

REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA

DELITOS ECONÓMICOS • CONTRAVENCIONAL •
GARANTÍAS CONSTITUCIONALES • PROCESAL PENAL •
EJECUCIÓN DE LA PENA

DIRECTOR

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

ÁREA PROCESAL

MIGUEL A. ALMEYRA

COMITÉ ACADÉMICO

EDUARDO AGUIRRE OBARRIO (ARGENTINA 1923-2011)

CARLOS JULIO LASCANO (ARGENTINA)

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)

THOMSON REUTERS

LA LEY

COORDINADORES

MATÍAS BAILONE

RODRIGO CODINO

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
MÁXIMO SOZZO
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.pen@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 plazo razonable de duración de la suspensión por incapacidad sobreviniente
Por **Pablo E. Ordoñez** 3

Las circunstancias extraordinarias de atenuación
Por **Lino Claudio Mirabelli** 16

NOTA A FALLO

Algunas consideraciones sobre el delito de trata de personas con fines de explotación sexual
Por **Pablo Cannata** 36

PROXENETISMO / Explotación de un prostíbulo en la provincia de Tucumán. Procesamiento.
Cambio en la calificación del hecho. Trata de personas y proxenetismo. Libertad individual. Com-
petencia federal. Prisión preventiva (CFed. Tucumán) 36

JURISPRUDENCIA AGRUPADA

Homicidio preterintencional
Por **Jorge Alberto Diegues** 46

CRIMINOLOGÍA

DOCTRINA

Acercas de la criminalización de la homofobia: perspectivas desde la criminología *queer*
Por **Saló de Carvalho** 51

Borges y la criminología. Una criminología literaria crítica Por Alejandro Poquet	65
---	----

Acusatorio y punitivismo: la triste historia de nuestras victorias garantistas (parte 2) Por Mariano H. Gutiérrez	75
---	----

DERECHO PROCEDIMIENTO PENAL

DOCTRINA

Algunas consideraciones en relación con el instituto del juicio por jurados Por Fernando Valsecchi	91
--	----

NOTA A FALLO

La incorporación por lectura al juicio de testimonios prestados durante la instrucción Por Ernesto José Cano	101
--	-----

HOMICIDIO EN OCASIÓN DE ROBO / Estrangulamiento de la víctima. Sentencia condenatoria. Conducción del automóvil que trasladó a los perpetradores. Robo en poblado y en banda (TCa-sación Penal, Buenos Aires)	101
---	-----

DERECHO EJECUCIÓN PENAL

DOCTRINA

La pena de prisión, de las sociedades disciplinarias a las sociedades de control Por María Cecilia Toro	111
---	-----

DERECHO PENAL JUVENIL

NOTA A FALLO

Apuntes sobre la agravante de pena prevista en el artículo 41 quáter del Código Penal Por Gabriela Yuba	123
---	-----

PENA / Agravantes. Participación de un menor en el delito. Efectos. Art. 41 quarter del Cód. Penal. Interpretación de la norma. Disidencia (SC Buenos Aires)	123
--	-----

DERECHO PENAL ECONÓMICO

DOCTRINA

La doctrina de la responsabilidad "penal" de las personas jurídicas: clímax y paroxismo del constructivismo jurídico arbitrario, de la hostilidad entre las palabras y las cosas, y del desprecio del saber jurídico que convierte bibliotecas enteras en basura Por Luis Gracia Martín	135
---	-----

DERECHO POLÍTICA CRIMINAL

DOCTRINA

La prisionización bonaerense (1998-2013) -segunda parte-
Por **Ricardo S. Favarotto** 181

El principio de oportunidad en el Derecho Comparado
Por **Ricardo Alberto Grisetti** 198

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

DOCTRINA

Prisión preventiva y Derecho Internacional de los Derechos Humanos: una revisita
Por **Rolando E. Gialdino** 225

ANÁLISIS DEL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO PENAL

DOCTRINA

Breve glosa a las sanciones para las personas jurídicas en el Anteproyecto 2014
Por **Marcelo A. Riquert** 253

Teoría de los concursos en el Anteproyecto del Código Penal
Por **Nicolás Daniel Ramírez** 262

Límites constitucionales y pautas de interpretación en la aplicación de la ley penal argentina. Su tratamiento en el anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina
Por **Manuela De Agostino** 267

ACTUALIDAD

XIV Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Penal 281

DERECHO PENAL



El plazo razonable de duración de la suspensión por incapacidad sobreviniente

POR PABLO E. ORDOÑEZ

Sumario: I. Introducción. — II. El punto de partida: la aparición de una incapacidad sobreviniente. — III. El enfermo mental peligroso y su vinculación con el Derecho Penal de autor. — IV. El plazo razonable del proceso penal como garantía constitucional. — V. La dimensión de la afectación frente a la inexistencia de un plazo razonable. — VI. Propuesta.

I. Introducción

El presente tiene como objetivo analizar la compatibilidad constitucional entre el derecho de toda persona a ser juzgada en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas, y la suspensión del proceso penal por incapacidad sobreviniente prevista y regulada en el artículo 77 del Código Procesal Penal de la Nación.

Se trata de evaluar los casos en los que la incapacidad sobreviniente se debe a la aparición de una enfermedad mental, como así también a las situaciones de los sujetos en los que la mencionada enfermedad los transformó en peligrosos para sí o para terceros, con la consecuente imposibilidad de estar en juicio oral y público, por un lado, y la imposición de una medida de seguridad, por el otro.

La problemática que se desarrollará está determinada por la imprevisión temporal de la suspensión del proceso penal, máxime en los casos en los que el sujeto se encuentra sufriendo una medida de seguridad bajo la órbita del juez penal.

Se ensayará un límite de duración del proceso penal en estos casos, vinculado al plazo razonable de su duración de aquel que la norma procesal no contiene y, por lo tanto, queda librada a la discrecionalidad jurisdiccional.

El planteo de la cuestión demandará adentrarnos en el análisis de lo que representa una enfermedad mental, la validez de la posible declaración de peligrosidad y su notoria vinculación con el derecho penal de autor, en tanto aquél se presenta como un parámetro habilitante de la imposición de una medida de seguridad.

Como colofón, se brindará una propuesta *de lege ferenda* que pretende compatibilizar la legislación procesal penal con la efectiva vigencia del principio constitucional que impone que la duración del enjuiciamiento penal no puede exceder un plazo razonable.

Esa propuesta quedará sujeta a la necesidad de una reforma legislativa al artículo 77 del Código Procesal Penal de la Nación, incorporando limitaciones temporales precisas en los casos allí comprendidos, como así también la determinación de quién debe ser la persona encargada, desde que momento, de controlar al enfermo mental, sea ésta peligroso o no.

II. El punto de partida: la aparición de una incapacidad sobreviniente

El artículo 77 del Código Procesal Penal de la Nación establece que si en el transcurso de la investigación penal tiene lugar una incapacidad mental en el imputado se suspenderá la tramitación de la causa y, en caso de que se detecte que es peligroso para sí o para terceros, se lo internará; de recibir el alta médica, el proceso retomará su curso. (1)

(1) "Si durante el proceso sobreviniere la incapacidad mental del imputado, el tribunal suspenderá la tramitación de la causa y, si su estado lo tornare peligroso para sí o para los terceros, ordenará la internación de aquél en un establecimiento adecuado, cuyo director le informará trimestralmente sobre el estado del enfermo. La suspensión del trámite del proceso impedirá la declaración indagatoria o el juicio, según el momento que se ordene, sin perjuicio de que se averigüe el hecho o se prosiga aquél contra los demás imputados. Si se curare el imputado, proseguirá la causa al respecto".

La cuestión médica en este tipo de acontecimientos toma una importancia trascendental, dado que va a ser la que determinará la continuidad o la suspensión del proceso penal y, en su caso, la internación psiquiátrica del imputado.

Sostiene Gisbert Calabuig que la medicina legal *"es el conjunto de conocimientos médicos y biológicos necesarios para la resolución de los problemas que plantea el derecho, tanto en la aplicación práctica de las leyes como en su perfeccionamiento y evolución"*. (2) Tal es su magnitud que la Medicina Legal hoy en día es, internacionalmente, una ciencia auxiliar del derecho sin la cual no se concibe una recta administración de justicia.

La medicina legal con el rol procesal actual aparece en los albores del siglo XVI, cuando asoma en los diferentes Códigos de manera detallada la intervención pericial como toda actividad de estudio realizada por una persona o equipo de personas hábiles y prácticas en el tema objeto de peritaje y que poseen acreditación certificada de sus habilidades y conocimientos encaminada a obtener criterios certeros e indubitados útiles para los fines de la actividad procesal. (3)

Resulta imprescindible que el perito asuma con claridad su función dentro del proceso penal, sus alcances y sus limitaciones, diferenciando sus desempeños de los del juzgador. (4) Tamaña es su importancia en el sistema que los propios peritos previo a comenzar su labor prestan juramento (5); toda vez que una mala actuación puede ocasionar la internación psiquiátrica de una persona sana -la cual, entre medicaciones y su estadía allí, difícilmente continúe en ese estado

(2) GISBERT CALABUIG, J. A. Medicina Legal y Toxicología, 4ª edición, Editorial Masson - Salvat, Barcelona, 1991, p. 3.

(3) Cfr. DAGER AGUILAR AVILES, El Peritaje en el Proceso Penal, Editorial EUMED, Málaga, España, p. 10. Gisbert Calabuig sostiene que "Con el nombre de peritación médico-legal o prueba pericial médica, se conocen todas aquellas actuaciones periciales mediante las cuales se asesora la administración de justicia sobre algún punto de la naturaleza biológica o médica. Constituye la manifestación más genuina de la Medicina Legal y a su través desarrolla su función el perito médico legal", Ob. cit., p. 115.

(4) TRAVACIO, M., Manual de psicología forense. 1ª ed., Buenos Aires: Oficina de Publicaciones del C.B.C. Universidad de Buenos Aires, 1996, p. 337.

(5) GISBERT CALABUIG, J. A. Ob. cit., p. 115.

de salud- o el juzgamiento y la posible condena de una persona enferma mental.

Pero la función de la pericia psicológica en el ámbito penal ha mutado. En sus orígenes, el derecho penal moderno solicitaba a los peritos psiquiatras y psicólogos que se expidieran sobre estado mental de un sujeto en el momento de cometer un hecho delictuoso, es decir, la función de la pericia psicológica y psiquiátrica forense giraba en torno al concepto de imputabilidad. Sin embargo, en la actualidad una preocupante tendencia parece instalarse en el ámbito del derecho penal.

Así, en nuestros días el discurso jurídico interpele al perito psicólogo para que mediante la realización de un estudio completo y profundo dictamine sobre la existencia de un perfil de personalidad compatible con el hecho que se le enrostra.

Sostiene Cabello que la enfermedad mental es el resultado de un proceso cerebral, orgánico o funcional que, poniéndose de manifiesto mediante síntomas provistos de tipicidad, aceptó una etiología reconocida o postulada, en cuya virtud se produce una alteración de la personalidad que imposibilita adoptar una conducta acorde con los valores sociales vigentes. (6)

Ello permite comprender que las personas que son víctimas de una enfermedad mental se localizan en una especial situación de vulnerabilidad, situación receptada en las 100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. (7)

Por lo general, dado que la selección dominante responde a estereotipos, quien encuadra en alguno debe realizar un esfuerzo ínfimo para colocarse en una posición de riesgo criminalizante (y a veces debe realizar el esfuerzo para evitarlo), porque se halla en un estado de vulnerabilidad considerable.

(6) CABELLO, Vicente P., Ob. cit., p. 167.

(7) Aprobadas en la Asamblea Plenaria de la XIV edición del a Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada 4, 5 y 6 de marzo de 2008. Regla n° 3: "se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y / o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico".

Una situación de complejidad notoria se advierte en los casos en que no le es posible al perito médico establecer con seguridad plena que una persona sufre una enfermedad mental que le impide continuar afrontando el proceso penal. En ese marco, Cabello afirma que el dilema jurídico frente a la duda debe ser resuelto con base en el principio *in dubio pro reo*. Es que en un dictamen psiquiátrico -como en todo juicio- la duda surge de la equivalencia de los contrarios y la indecisión flota en el ámbito subjetivo. Cabello refiere que en parecidas circunstancias la psiquiatría también aplica el mismo precepto: *in dubio pro morbo*. Ante una persona cuya salud está en tela de juicio no se renuncia a considerarla enferma hasta que se demuestre lo contrario. (8)

Los casos de enfermos mentales no declarados peligrosos exacerbaban la problemática. Porque cuando se trata de uno riesgoso, atento a la finalidad de protección social, basta sólo con encastrarlo. Por el contrario, frente a uno no peligroso, como por definición no pueden operar razones de defensa social, resulta imposible adoptar medida alguna y queda abandonado, aun cuando padezca una afección grave que requiera tratamiento. (9)

Por ello, en este tipo de situaciones, una vez suspendida la causa por el juez penal corresponde inmediatamente dar intervención al juez civil a fin de que aplique al sujeto un tratamiento ambulatorio e informe al juez penal trimestralmente sobre su progreso. Ello exige una primera modificación a la actual redacción del artículo 77 del Código Procesal Penal, pues en los casos de la aparición de una incapacidad sobreviniente producto de una enfermedad mental corresponde la suspensión del proceso penal y la inmediata intervención de la justicia civil.

El civil es el ámbito natural para este tipo de tratamientos; cuanto más conflictos una sociedad deriva al sistema penal, mayor grado de desintegración comunitaria se demuestra. (10) En esa

línea, Javier de la Fuente tiene dicho que si existen razones para suponer que el sujeto cometerá actos socialmente dañinos contra sí mismo o terceros, corresponde acudir a los medios de protección menos lesivos previstos por el derecho civil. (11)

Por ello es que sostengo la idea de que sobreseído el sujeto por la aplicación del plazo razonable, el juez civil deberá continuar a cargo de la persona imponiéndole el tratamiento que crea necesario siempre que los médicos especialistas a cargo del paciente se lo soliciten.

III. El enfermo mental peligroso y su vinculación con el Derecho Penal de autor

Detectada la enfermedad mental que impide al sujeto presenciar el debate oral hasta tanto recupere su salud mental, existe la posibilidad de que el informe médico señale también la existencia de peligrosidad en la persona y que ello conduzca a que el juez penal a cargo de la investigación le imponga una medida de seguridad.

Afirmar que todo enfermo mental es de por sí un sujeto criminalmente peligroso -pese a que cuanto menos haya participado en un hecho que provocó la investigación penal referida-, y en sentido inverso, que todo sujeto criminalmente peligroso es de por sí un enfermo mental, resulta imposible de demostrar científicamente, por lo que el juez se encuentra obligado a analizar detalladamente cada caso en particular.

¿Existe una personalidad criminal? Si existiera una personalidad criminal *per se*, el diagnóstico del estado peligroso sería sencillo. En primer lugar, porque, en sí misma, la definición de estado peligroso y de peligrosidad es relativa y ambigua y, en segundo lugar, porque, si difícil es definir el daño o valorar el riesgo, más difícil es todavía predecir la conducta humana. (12)

Entonces, al haberse corroborado a lo largo de la historia la inexistencia de una peligrosidad criminal (13) determinable *a priori*, es sumamente

(8) CABELLO, Vicente P., Ob. cit., p. 201.

(9) HEGGLING, María Florencia, Los enfermos mentales en el Derecho Penal. Contradicciones y falencias del sistema de medidas de seguridad, Colección Tesis Doctoral, Editorial Del Puerto, Bs. As. 2006, p. 185.

(10) HENDLER, Edmundo, Enjuiciamiento penal y conflictividad social, en B.J. Maier y A. Binder, "El derecho penal hoy", Editorial Del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 375.

(11) Medidas de Seguridad para inimputables, en Separata de Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, año IV, n° 8 "A", Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 1998, p. 287 y siguientes.

(12) GISBERT CALABUIG, J. A. Ob. cit., p. 842.

(13) Recuérdese que en otra época se explicaba el comportamiento delictivo sobre la base de una patología de la

complejo arribar a dicha conclusión, la cual, en caso de ser afirmativa, cambiará diametralmente la vida de la persona en cuestión.

Lamentablemente, el sistema judicial suele acudir para imponer a una persona una medida de seguridad a la llamada “*Peligrosidad social*”, definida como el caso concreto sin vinculación alguna con el texto de la ley y los bienes jurídicos penalmente protegidos (14), lo cual provoca que el principio de legalidad resulte burdamente vulnerado.

Bajo la acusación de peligrosidad criminal como producto de una enfermedad mental pueden esconderse prejuicios de toda clase seriamente vinculados con lo que se conoce como derecho penal de autor.

Roxin es determinante en cuanto señala que “*no hace falta una amplia exposición para destacar que las medidas de seguridad y corrección, a diferencia de las penas, son fruto del pensamiento del Derecho Penal de Autor*”. (15) El cual es inaplicable, ya que en este tipo de derecho se trata al criminalizado como un ser inferior.

Así, los prejuicios de la sociedad -racistas, clasistas, xenófobos, sexistas- van configurando una fisonomía de la persona conocida como peligrosa en el imaginario colectivo, lo cual es alimentado

persona que lo cometía. No puedo dejar de recordar aquí que en el año 1912 la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se vio perturbada por un joven de 16 años llamado Cayetano Santos Godino que confesaba a los diarios porteños haber sido autor del delito de homicidio reiterado en cuatro oportunidades y otras siete tentativas de homicidio, víctimas que oscilaban entre los 13 años y los 18 meses de edad, no mostrándose en ningún momento arrepentido de ello y manifestando placer sexual por lo hecho. Posteriormente, en el año 1927 los médicos del Penal de Ushuaia -conocida vulgarmente como la Cárcel del Fin del Mundo- le practicaron una operación de reducción de orejas en razón de una serie de investigaciones realizadas por el médico italiano Césare Lombroso manifestaban que las personas petisas y de orejas de gran tamaño eran malvadas, intervención quirúrgica que obviamente no tuvo el resultado esperado.

(14) TERRADILLOS BASOCO, 1981:199 y 202; ROMERO CASABONA, 1986:125; VIVES ANTÓN y COBO DEL ROSAL, 1991:782, citado por María Florencia Heggling, Ob. cit., p. 94.

(15) ROXIN, Claus, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, La Estructura de la teoría del delito, Editorial Civitas, traducción realizada en Madrid, España, 1997, p. 189.

por las agencias de comunicación que van construyendo la cara de este ser peligroso.

Lo que aquí vengo desarrollando excede a nuestro país, ya que por ejemplo la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho que la introducción en el texto legal de la peligrosidad del agente como criterio para la calificación típica de los hechos y la aplicación de ciertas sanciones es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por ende, contraria a la Convención. (16)

La única manera de que un juez -si desea actuar en el marco de un Estado de Derecho- considere que una persona es peligrosa para sí y para el resto de la sociedad debe ser por la existencia previa de un informe médico determinante y jamás tomando en cuenta el estereotipo de persona peligrosa creado por la sociedad y fomentado por los medios de comunicación.

En síntesis, la falta de certeza inherente al juicio de peligrosidad impide considerarlo como único fundamento de una medida de internación y no permite restringir válidamente la libertad de aquellos enfermos mentales cuya salud mental resultará, finalmente, perjudicada por su internación.

Ello se debe a que la posibilidad de imponer al sujeto un régimen de medidas más grave que aquel que le habría correspondido de probarse su participación en el hecho antijurídico no parece lo más razonable conforme con un régimen general de garantías.

El juicio de peligrosidad debe hacerse saliendo de una base de que el mismo es inexistente, toda vez que una presunción *ius et de iure* de peligrosidad violaría el principio de inocencia.

a) Estándares internacionales que protegen a las personas con enfermedades mentales.

Los instrumentos generales para la defensa de los Derechos Humanos protegen a todos por igual, por lo que las personas con discapacidad mental se encuentran protegidas por la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Declaración Americana

(16) C.I.D.H., Serie C, n° 126, caso “Fermín Ramírez contra Guatemala”, sentencia del 20/6/2005.

de los Derechos y Deberes del Hombre; la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales; todos ellos incorporados a nuestra Carta Magna en el año 1994 por medio del artículo 75 inciso 22.

Pese a ello y en razón de su particular vulnerabilidad se han establecido estándares especiales para la protección de sus necesidades básicas. Es así que el 17 de diciembre de 1991 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó, en su resolución nº 46/119, "*Los principios para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la Salud Mental*".

Dichos principios ponen especial énfasis en el carácter excepcional de las medidas de seguridad, al manifestar que se impondrán cuando sea el único medio disponible para impedir un daño inmediato o inminente al paciente o a terceros y que esas prácticas no se prolongarán más allá del período estrictamente necesario para alcanzar ese propósito. (17)

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad consagra en su artículo 14 que los Estados parte asegurarán el disfrute del derecho a la libertad y seguridad de las personas con discapacidad y que la existencia de una discapacidad no justifica en ningún caso una privación de la libertad.

A su vez, en su artículo 19 establece el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en comunidad, con su correspondiente inclusión y participación.

De igual manera, los "*Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas privadas de la libertad en las Américas*" instauran que la privación de la libertad de una persona en un hospital psiquiátrico u otra institución similar deberá emplearse cuando realmente exista una seria posibilidad de daño inmediato o inminente para la persona o para terceros. (18)

En el mismo documento se resuelve que los sistemas de Salud de los Estados miembros de la

Organización de los Estados Americanos deberán incorporar medidas a favor de las personas con discapacidades mentales, a fin de garantizar la gradual desinstitucionalización de dichas personas que permitan alcanzar objetivos compatibles con un sistema de salud y una atención psiquiátrica integral, continua, preventiva, participativa y comunitaria, y así evitar la privación innecesaria de la libertad en los establecimientos hospitalarios o de otra índole.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha recogido tales principios en diferentes resoluciones vinculadas e internaciones psiquiátricas. (19)

Como vemos, hoy en día a nivel internacional cada vez tiene más lugar la idea de otorgar a las personas que poseen una discapacidad, en forma verdadera, opciones iguales a las del resto de las personas que conforman la sociedad. Es decir utilizar la internación psiquiátrica exclusivamente en los casos de real posibilidad de peligro inmediato para la persona o para terceros.

b) La salud mental y las medidas de seguridad según nuestros tribunales y doctrinarios.

De acuerdo con la desarrollada tendencia mundial, nuestro país poco a poco ha ido intentando otorgarle más espacio a un sector de la sociedad, los enfermos mentales, que han sido olvidados en gran parte de nuestra historia nacional.

Así, el 25 de noviembre de 2010 se sancionó en nuestro país la Ley Nacional de Salud Mental (20), la cual, en lo que aquí interesa, prescribe la internación involuntaria como un recurso terapéutico excepcionalísimo, precisando garantías judiciales, procesales y condiciones para su procedencia y mantenimiento.

Puntualmente, su artículo 14 consagra el carácter restrictivo de la internación y establece que únicamente puede llevarse a cabo cuando aporte mayores beneficios terapéuticos que el resto de las internaciones realizables en su entorno familiar, comunitario o social. Por su parte el artículo 15 destaca que la internación debe ser lo más breve

(17) Apartado nº 11.

(18) Principio III, inciso 3º Aprobado por la Comisión Internacional de Derechos Humanos el 13 de marzo de 2008.

(19) C.I.D.H. en "Víctor Rosario Congo c. Ecuador y Ximenes Lopes c. Brasil", sentencia del 4/7/2006, párrafo 128-132.

(20) Ley nº 26.657, promulgada el 2 de diciembre de 2010 y publicada en el Boletín Oficial el 3 de diciembre de 2010.

posible. Esta cuestión es reiterada en el artículo 20 de la citada norma al calificar la internación involuntaria como excepcional y operativa en aquellos supuestos en que no sean posibles abordajes ambulatorios.

Lo mismo propone nuestro Máximo Tribunal cuando señala que hoy nadie niega que las internaciones psiquiátricas que se prolongan innecesariamente son dañosas y conllevan, en muchos casos, marginación, exclusión y maltrato y no es infrecuente que conduzcan a un “hospitalismo” evitable. (21)

Por todo ello corresponde afirmar, reitero, que la actual intervención punitiva por intermedio de una internación psiquiátrica sin fecha de finalización bajo la guarda de un juez penal provoca que el sistema tambalee.

c) Penas y medidas de seguridad. Punto de partida para la necesidad de fijar plazos máximos de la duración de su fijación.

Su comparación me permitirá dar pie a mi postura sobre la duración de la suspensión de un proceso penal por la aparición de una incapacidad sobreviniente.

En relación con lo que aquí traigo a debate, Roxin tiene dicho que el fin de la pena y de las medidas de seguridad no varía en esencia, en lo que se diferencian es que el límite temporal de la medida de seguridad no está ligado a su gravedad sino al principio de proporcionalidad, el cual admite injerencias más amplias que las permitidas por la pena. (22)

Roxin es dueño de una teoría particular que marca que ambas tienen un fin plenamente preventivo y que la única diferencia entre las penas y las medidas de seguridad es la duración de su aplicación.

En otra línea, Mir Puig afirma que entre ambas hay importantes puntos de contacto y que si bien la medida de seguridad no se impone como un mal buscado, lo cierto es que de hecho supone a menudo privación de derechos básicos de la persona en un grado no menor que la pena. Lo

que significa que en la práctica en la ejecución de ciertas medidas asegurativas de internamiento no se diferencian sobradamente de las penas. (23)

Pero al tiempo de hablar de las diferencias entre ambas, Mir Puig expresa que la medida de seguridad no es retributiva como la pena; sino que se basa en la peligrosidad y no en la importancia del bien jurídico lesionado. Atiende más a lo que la persona es para el resto de la sociedad que a lo que ha hecho en esa oportunidad. A su vez opina que la medida de seguridad al poseer diferentes clases de tratamientos no admite un plazo fijo de curación, cuestión que no sucede con la pena, ya que ésta posee un solo tipo de tratamiento y por ende marca un plazo de finalización. (24)

Más allá de la manera en la que se pretenda vincular la pena y la medida de seguridad, ambas tienen con la actual redacción de nuestro código importantes similitudes. Por ello es que más adelante analizaré si el uso del tiempo máximo de detención cautelar -prisión preventiva- puede marcar un tope del tiempo que puede estar suspendido un proceso penal a la espera de la famosa “cura” de la que habla el artículo 77 del Código de forma.

Roxin es crítico de las medidas de seguridad, y se pregunta por qué ocuparon menos a las ciencias que la justificación de la pena, y él dice que la respuesta sólo puede surgir de la idea de ponderación de derechos, es decir que puede privarse de la libertad cuando su disfrute conduzca con una elevada probabilidad a menoscabos ajenos que globalmente pesan más que las restricciones que el causante del peligro debe soportar por la medida de seguridad. (25)

Lo único que le interesa al Estado y al resto de la sociedad es el encierro de las personas que le molestan o le pueden llegar a molestar en un establecimiento realmente similar a una cárcel. (26)

(23) MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, Parte General, 7ª edición, Editorial B de F, Bs. As. 2004, p. 54.

(24) CABELLO, Vicente P., Ob. cit., p. 204.

(25) ROXIN, Claus, Ob. cit., p. 105.

(26) Hoy la realidad se contradice con las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos, las cuales establecen que “los alienados no deberán ser reducidos en prisiones. Se tomarán disposiciones para trasladarlos lo antes posible a establecimientos para enfermos mentales”.

(21) Fallos: 331:211, considerando 6°.

(22) ROXIN, Claus, Ob. cit., p. 105.

Dilucidada la hermandad que poseen el cumplimiento de una pena y el sufrimiento de una medida de seguridad, me propongo ir más allá y ver que en la realidad la medida de seguridad termina siendo mucho más grave y violenta que la pena de cumplimiento efectivo.

El régimen penitenciario tiene como plataforma el principio de progresividad, que provoca que las personas que sufren una condena penal avancen de instituciones penales cerradas a regímenes cada vez más abiertos.

Para ir logrando dicho desarrollo se consideran la conducta del interno y su concepto, analizando su respeto por las normas internas de la unidad carcelaria y su evolución personal. Inversamente, los institucionalizados mediante una medida de seguridad no sólo no gozan de este sistema de progresividad sino que tampoco pueden ser sancionados en casos de mala conducta. (27)

Lo cual también dificulta la tarea de los agentes de seguridad, debido a que al no contar con la posibilidad de la sanción quedan impotentizados, vislumbrándose ello en la dimensión estructural de la violencia de la institución. Violencia que daña tanto a los destinatarios como a quien la ejerce.

Se suele creer que el loco no entiende, que no sabe lo que hace. Pero dejarlos por fuera de este sistema implica pensar que nunca pueden comprender nada ni dirigir ninguno de sus actos. (28)

Así, dejar a los enfermos mentales internados en centros psiquiátricos fuera del sistema de sanciones es no tratarlos como humanos, es sacarlos de la organización social.

Sumado a esa crucial desigualdad, los enfermos mentales peligrosos también se encuentran privados de poseer visitas íntimas. (29) Exponiendo ello que no sólo en sus efectos medidas de seguridad y pena son similares, sino que en importantes puntos las medidas de seguridad terminan siendo más rigurosas.

Por su parte, Michel Foucault cuenta una vivencia personal estrechamente vinculada a lo desarrollado: *“cuando visitamos Attica, nos hablaron de las cuatro alas del edificio y de los cuatro corredores (...) me enteré, siempre por el mismo ex interno, que había un quinto corredor del que no nos hablaron (...) Es lisa y llanamente la máquina de la máquina o, mejor, la eliminación de la eliminación, la eliminación en segundo grado: el pabellón psiquiátrico”*. (30)

Fácilmente se deduce que la verdadera situación en la que están aquellos que se encuentran cumpliendo una medida de seguridad se asemeja mucho más a la de las personas que se encuentran cumpliendo una pena en una prisión que a las personas enfermas. (31)

A mi modo de ver resulta indispensable modificar la actual redacción del artículo 77 del Código Procesal Penal de la Nación de modo que explícitamente obligue al juez penal a dar inmediata participación a su par del fuero civil frente a la aparición de una incapacidad sobreviniente. Y sumado a ello, que la internación tenga lugar en una entidad ajena a la fuerza de seguridad encargada de la custodia de los individuos privados de la libertad en el marco del sistema penal.

En rigor de verdad, la persona estará privada de su libertad, pero de ninguna manera podrá

(27) Artículo 73 del decreto n° 396/1999.

(28) Ana C. Izaguirre, Médica UBA especialista en Psiquiatría, ex residente y Jefa de Residentes Hospital Tornú, ex Instructora de Residentes Hospital Pirovano, Médica de planta CESAC 9 -Área Programática Hospital Argerich-, Integrante Dispositivo de Tratamiento PRISMA y M. Victoria Alcoba, Licenciada en Psicología UBA, ex Residente y Jefa de Residentes Hospital Álvarez, Integrante Dispositivo de Tratamiento PRISMA, “Implicancias de la ausencia de sanciones en las unidades psiquiátricas del SPF”, Artículo publicado en la Revista Derecho Penal, Delito, culpabilidad y locura. Directores Alejandro Alagia, Javier De Luca, Alejandro Slokar, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Año II, Número V, julio 2013, pp. 46/8.

(29) Artículo 68 del decreto 1136/1997.

(30) FOUCAULT, Michel, *Acerca de la cárcel de Attica, en El poder, una bestia magnífica: sobre el poder, la prisión y la vida*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2012, p. 182.

(31) El 31 de mayo del año 2011 tuvo lugar un importante incendio en donde por aquel entonces funcionaba la Unidad N° 20 del Servicio Penitenciario Federal que ocasionó la muerte de David Díaz Ríos (19 años, de nacionalidad española) y de Leandro Nahuel Muñoz (22 años, argentino), ambos detenidos a disposición de tribunales capitalinos, lo que provocó que la mencionada Unidad N° 20 fuera cerrada y trasladada al interior del Complejo Penitenciario Federal N° 1. Es decir, bajo la custodia del Servicio Penitenciario Federal.

asemejarse ello al cumplimiento de una condena penal en un establecimiento carcelario. (32)

IV. El plazo razonable del proceso penal como garantía constitucional

El plazo razonable es la expresión más significativa que utiliza la dogmática de los derechos fundamentales para regular la prerrogativa del imputado a que su proceso termine apenas sea posible. (33)

El tiempo desempeña un rol esencial en la situación existencial del ser humano; precede la existencia de cada ser y sobrevive a ella. (34) Por ello es que la excesiva duración de los litigios constituye uno de los mayores y más viejos males de la administración de justicia.

Carrara enseña al respecto que cuando no hay sentencia judicial la culpabilidad es incierta, los ciudadanos dudan de si ese hombre es un culpable afortunado o una víctima infeliz de injustas sospechas, y subraya que conviene extinguir aquellas

acciones que por tanto tiempo han permanecido inactivas. (35)

Beccaria tiene dicho que cuanto más pronta y cercana al delito cometido sea la pena, será más justa y útil, porque ahorra al que la recibe los inútiles tormentos de la incertidumbre y porque siendo una pena la privación de la libertad, no puede preceder a la sentencia. (36)

La misión del plazo razonable no es más que la de lograr que las reglas del proceso penal no se flexibilicen de modo perjudicial para la persona sometida, siendo que un proceso penal abierto de una manera casi eterna no hace más que transformarse en una semipenalización.

Para criticar la larga duración del proceso alcanza con imaginarse la situación física y psíquica de aquellos que a través de varios años fueron expuestos a la sospecha de haber cometido un hecho punible. Así, es sencillo introducir una sospecha que tenga como consecuencia la iniciación del procedimiento de instrucción, pero erradicarla lleva mucho más tiempo.

Habiendo analizado el artículo 77 del Código Procesal Penal de la Nación, las enfermedades mentales, la peligrosidad del sujeto, la aplicación de las medidas de seguridad y su comparación con la pena; arribo a la conclusión de que no hay motivos de peso para no aplicar el plazo razonable a la suspensión del proceso penal por la aparición de una incapacidad sobreviniente.

En adición, los ensayos para privar de efectos a la declaración de subsistencia de la acción han estado siempre emparentados con situaciones obstaculizantes de la prosecución de la causa provenientes del propio justiciable, como aquellas consideradas como medidas netamente dilatorias. Ningún caso más alejado al de una persona que sufre una incapacidad sobreviviente, que debe soportar incluso con la posible declaración de peligrosidad de dudosa rigurosidad científica, los efectos más limitadores de la coerción penal, sin ver su situación procesal avanzar hacia la deter-

(32) Lo aquí planteado no es algo novedoso, ya que, pese a no ser un caso exactamente igual al presente en razón de que allí la enfermedad mental no fue sobreviniente sino que se encontraba en la persona desde un principio, en la sentencia del año 1914 del Juez Dr. José Antonio de Oro en el proceso seguido contra Cayetano Santos Godino se señala que "la uniformidad de apreciación de los peritos, la competencia reconocida de todos ellos, los principios científicos en que se juntan y en cuyo nombre declaran alienado a Godino, la concordancia de su aplicación con las leyes de la sana lógica y las demás pruebas (...) autoriza al suscripto a concluir, que Cayetano Santos Godino se encuentra con sus facultades mentales alteradas, no pudiendo, por lo tanto ser objeto de imputación penal (...) Atento al estado evidente de alienación mental, pasar los antecedentes al señor juez de lo Civil en turno para que proceda en la forma que corresponda, dándosele el aviso del caso al señor Asesor de Menores en turno (Arts. 137, inciso 1º de la ley de organización de los Tribunales de la Capital (...)) Siendo Godino peligroso en grado extremo, mantenerlo en el Hospicio de las Mercedes, pabellón Lúcio Meléndez".

(33) PASTOR, Daniel, El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho. Una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones, Editorial Ad-Hoc, Bs. As., octubre 2002, p. 47.

(34) Sentencia C-160 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Juez Cañado Trindade.

(35) Programa de Derecho Criminal, Parte General, Editorial Temis, Bogotá, Volumen II, p. 175.

(36) BECCARIA, Cesare, De los Delitos y las penas, Tratado de Francisco Tomás y Valiente, Aguilar, Madrid, 1982, pp. 128/9.

minación definitiva de su responsabilidad penal o la ausencia de ella.

Así, partiendo de la base de la asimilación de los efectos de la medida de seguridad con la aplicación de una pena -lo cual, como hemos visto, realmente sucede-, considero que debe aplicarse el límite de dos años para la suspensión del proceso en los casos de incapacidad sobreviviente con aplicación de una medida de seguridad por la declaración de peligrosidad, tal como lo prevé la Ley 24.390 para los casos de prisión preventiva.

Y en casos en que el delito por el que se los juzga posea una pena máxima menor a dos años, el plazo razonable de duración de la suspensión del proceso debe identificar como límite el máximo sancionatorio establecido por el Código Penal para el caso en particular. Las razones de la flexibilidad del postulado obedecen a la estricta aplicación de criterios de proporcionalidad, el cual en este terreno tiene un fértil espacio para desplegarse.

Mir Puig explica que la proporcionalidad se trata de una exigencia que nació para las medidas de seguridad, al no encontrar éstas el límite del principio de culpabilidad, se hizo evidente la necesidad de acudir a ella. (37)

De dicho principio se predica el adecuado equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en el momento de la individualización legal de la pena (proporcionalidad abstracta), que sería el plazo de duración de la suspensión del proceso, como en el de su aplicación judicial (proporcionalidad concreta), que podría asemejarse a los casos en los que se aplica una medida de seguridad.

El principio en cuestión fluye de la idea del Estado de Derecho, y por lo tanto tiene rango jurídico-constitucional y concreta el principio de ponderación de bienes en el sentido de una prohibición de exceso. (38)

(37) MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, Parte General, 9ª edición, Editorial Reppertor, Barcelona, España, 2011, pp. 127/9.

(38) ROXIN, Claus, Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Editorial Thomson Civitas, traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, España, 1997, p. 106.

Es parte de la responsabilidad del derecho penal que en los casos en los que hay una coacción directa sobre algún individuo, evite que el proceso se desnaturalice.

La importancia del aporte temporal sugerido se debe a que un proceso penal abierto por gran cantidad de años provoca un sinnúmero de afectaciones al sujeto y, a su vez, la excesiva demora aflige el espíritu del proceso penal, toda vez es un progreso que finaliza con una resolución definitiva.

La criminalización adquiere un tinte intolerable cuando el conflicto sobre el que opera es de ínfima lesividad o cuando la afectación de derechos que importa es desproporcionada con la magnitud del conflicto. (39) Así, sea el hecho investigado ínfimo -situación en la que el actual sistema aún queda más expuesto (40)- o de una gravedad importante, el proceso penal no puede mantenerse abierto indeterminadamente.

1. El plazo razonable en la jurisprudencia internacional:

La Corte Internacional de Derechos Humanos ha señalado que el plazo razonable no es un concepto de sencilla definición, y que para considerar si se vio afectado se deben tomar en cuenta tres elementos: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales. (41)

Por su parte, la Comisión Interamericana, ha dicho que el principio de plazo razonable al cual hace referencia esta disposición tiene como finalidad impedir que las personas acusadas de cometer un delito permanezcan bajo proceso en ese estado en forma indefinida. (42)

Este límite de tiempo tiene como objetivo proteger al acusado en lo que se refiere a su derecho básico de libertad personal, así como su seguridad

(39) ZAFFARONI, Ob. cit., p. 130.

(40) Imaginémoslo el caso de un sujeto investigado por cometer un hurto simple víctima de una posterior enfermedad mental, sea o no peligrosa ella: ¿cuál es el sentido de mantener su proceso penal abierto por gran cantidad de años?

(41) "Genie Lacayo", del 29 de enero de 1997, Serie C, nº 30.

(42) Informe nº 64/99 en "García Valladares, Ruth del Rosario v. Ecuador", del 13 de abril de 1999.

personal frente al riesgo de que sea objeto de un procedimiento injustificado. (43)

El interés en la persecución del crimen no puede ser pretexto para que el Estado intente sustraerse al deber de asegurar el debido proceso decidiendo la imputación penal en un plazo razonable, derecho que no puede ser suspendido ni en situaciones de emergencia. (44)

Esta cuestión le brinda mayor solidez a lo aquí postulado en cuanto a su utilización para identificar un tope a la suspensión prevista en el artículo 77 del Código de forma, en razón de que, según lo manifiesta la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en ninguna situación puede dejarse de lado el derecho que posee el sujeto a ser juzgado en un plazo razonable.

A su vez, la jurisprudencia internacional ha marcado que el principio de plazo razonable tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente. (45)

El derecho de acceso a la justicia implica que la solución de la controversia se produzca en tiempo razonable, ya que una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales. (46)

Como puede advertirse (47), todos estos criterios no han tenido como destinatarios los casos en los que el justiciable es apartado temporalmente del proceso y, por lo tanto no pueden analizarse como categorías vinculadas al caso que analizo.

(43) Informe N° 12/96, 76, caso 11.245, Argentina, publicado en el informe anual del año 1995.

(44) Decisión del 6 de octubre de 1987, "Garantías Judiciales en estado de emergencia", Opinión Consultiva n° 9/87 utilizada por el Dr. Luis García, Profesor de esta casa de estudio, en el caso "Brochero, Sergio Luciano", Causa N° 329 del registro del Tribunal Oral en lo Criminal N° 9.

(45) CIDH. Caso "Suárez Rosero Vs. Ecuador". Sentencia del 12 de noviembre de 1997.

(46) CIDH. Caso "Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia". Sentencia del 27 de noviembre del 2008.

(47) "Suárez Rosero vs. Ecuador" con una duración de más 50 meses a los que habría que agregar los casos "Chaparro Álvarez" y "Lapo Iñiguez Vs. Ecuador" (CIDH, sentencia del 21 de noviembre de 2007) con una duración de 8 años y "López Álvarez vs. Honduras" (CIDH, sentencia del 1 de febrero de 2006) con una duración de 6 años.

Pero a fin de enfatizar mi postura, recuérdese que aquí analizo situaciones en las que la suspensión del proceso no fue provocada intencionalmente por el imputado.

2. El plazo razonable en la jurisprudencia de nuestro país:

El tiempo hay que valorarlo tomando como base la vida de la persona en cuestión, siempre con la intención de obtener un pronunciamiento que disponga una respuesta lo más rápida posible. (48)

La garantía constitucional de la defensa en juicio contiene el derecho de todo imputado a adquirir un pronunciamiento que coloque término del modo más rápido a la situación de dilema y de restricción de libertad que comporta el enjuiciamiento penal, lo que obedece al respeto a la dignidad del hombre, ya que es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito.

El derecho a obtener una resolución que defina la situación se fundamenta en que el Estado, con todos sus recursos, no tiene facultad de llevar a cabo esfuerzos repetidos para condenar a un individuo por un supuesto delito, obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad. (49)

No se puede concebir que una persona esté sometida a un proceso penal, aun cuando se presuma su inocencia, de manera indefinida. El aparato estatal debe ceder ante tal situación aun cuando ello conlleve la supuesta impunidad, puesto que se involucra la dignidad de la persona que se encuentra sometida al proceso.

Así, a partir del fallo "*Mattei*" se ha fijado una doctrina judicial clara a favor del reconocimiento de la garantía del "*plazo razonable*". (50)

Con otro pronunciamiento, "*Mozzatti*" (51), numerosa doctrina considera que la Corte Suprema creó una causa de invalidez del procedimiento

(48) C.S.J.N., "*Mattei*". 272:188.

(49) C.S.J.N., "*Barra, Roberto*" del 9 de marzo de 2004.

(50) "*Pileckas*", Fallos: 297:486; "*Aguilar*", Fallos: 298:50, "*Klosowsky*", Fallos: 298:312, "*Oñate*", Fallos: 300:226; "*Mozzatti*", Fallos: 300:1102; "*Berel Todres*", Fallos: 302:1333.

(51) Fallos: 300:1102.

denominada “*insubsistencia*”. Tal insubsistencia se motiva exclusivamente en la idea de que los actos procesales resultan “*defectuosos*” por haber sido realizados fuera de los límites razonables de duración del proceso.

Evidentemente, al analizar la prescripción de la acción y la insubsistencia, se colige que se trata de dos institutos distintos a pesar de que existe una relación entre ambos. Pero lo que importa en lo que aquí respecta es la confirmación de la necesidad de adecuar la duración de los procesos a un criterio de razonabilidad en el plazo que pretendo adecuar a la suspensión por incapacidad sobreviviente con la propuesta *de lege ferenda* que concretaré más adelante.

Lo concluyente es que el Estado pierde la facultad de seguir con la prosecución de un proceso cuando no lo ha hecho a tiempo. La amenaza penal no puede quedar suspendida sin plazo, ya que la prescripción es el instrumento realizador de otro derecho fundamental que es el de la definición del proceso penal en un plazo razonable. (52)

Luego, los idénticos fundamentos para concretar la extinción de la acción por prescripción parecen adaptarse a la necesidad de poner fin al proceso en casos de suspensión indeterminada que excede el plazo razonable, cuando ella sea decretada en el marco de una enfermedad mental sobreviviente, sea peligrosa o no.

V. La dimensión de la afectación frente a la inexistencia de un plazo razonable

Sabido es que ningún habitante puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso (53), lo cual no hace más que imposibilitar al juez natural de la causa la aplicación de una condena penal -que aquí se vería representada por la medida de seguridad que hoy aplica el juez penal, a cumplir en manos del Servicio Penitenciario- sin haber realizado un proceso que culmine con una declaración fundada de culpabilidad, lo que requiere un programa legal que sea general e inalterable con el cual se investiguen y juzguen los delitos.

En relación con el camino que marca el citado artículo de nuestra Carta Magna, reitero que debe reputarse incluido en la garantía de la defensa en juicio el derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que ponga término del modo más rápido posible a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal. (54)

La doctrina dominante resuelve el problema recurriendo al argumento de que, entendidas tal como parece regularlas la ley, no se trata de penas sino de *medidas*, con lo cual pierden todas las garantías de las penas. El recurso es ingenioso aunque grosero, porque modificando su denominación logra que sobre algunos incapaces de delito se ejerza una variante del poder punitivo que se sustrae de los límites del restante.

No existe hipótesis alguna en el que el derecho penal pueda autorizar el ejercicio del poder punitivo sin que ello presuponga la comisión de un delito. Así, pese a que la conducta haya sido nociva, el Estado únicamente podrá sancionarla si previamente la ha determinado por ley como delictiva.

Esta imposición constitucional implica la exigencia primaria de una sentencia condenatoria firme para imponer una pena, y secundariamente que esa sentencia esté precedida de un proceso regular, cuestión que con la actual redacción del artículo 77 del Código de forma no sucede.

Así, la declaración de peligrosidad producto de la enfermedad mental sobreviniente que provoca que, previo al juicio, esa persona tenga que cumplir, casi por tiempo indeterminado, una internación psiquiátrica vigilada por una fuerza de seguridad que realmente se parece más al cumplimiento de una pena, afecta la mencionada garantía constitucional del juicio previo.

Por su parte, el estado de inocencia juega un papel fundamental en la situación previa a la declaración de peligrosidad de la persona en razón de que únicamente puede estar fundada en el informe del perito médico y no en las circunstancias en las que haya tenido lugar el hecho por el que se lo investiga.

(52) ZAFFARONI, Ob. cit., p. 860.

(53) Artículo 18 de la Constitución Nacional.

(54) Fallos: 272:188, entre muchos otros.

La ley fundamental no autoriza a tratar como si fuera culpable a una persona a quien se atribuye la comisión de un hecho punible hasta que el Estado, a través de sus órganos judiciales, no dicte una sentencia que declare su culpabilidad.

Las restricciones de los derechos individuales impuestas durante el proceso y antes de la sentencia definitiva son de interpretación restrictiva, todas las personas gozan de estado de inocencia hasta tanto una sentencia final y dictada con autoridad juzgada no la destruya declarando su responsabilidad penal. (55)

Como desarrollé precedentemente, una de las trascendentales derivaciones procesales del estado de inocencia es el principio *in dubio pro reo*, que tiene su participación aquí tanto con el *in dubio pro morbo*, que deben utilizar los peritos médicos al momento de examinar a una persona posiblemente afectada por una enfermedad mental como con el *in dubio pro reo* que debe tener el juez al momento de declarar al enfermo mental peligroso para sí y para el resto de la sociedad y aplicarle una medida de seguridad.

Otra substancial derivación del principio de inocencia es el que repercute sobre la distribución de la carga probatoria en el proceso penal. Así, la demostración de la peligrosidad del imputado le corresponde a la parte acusadora.

Asimismo, la garantía de la defensa en juicio para la persona imputada de un delito es el derecho por excelencia, supremo e inviolable. Comprende la facultad de intervenir en el proceso penal para decidir acerca de una posible reacción penal contra él y llevar a cabo todas las actividades necesarias para poner en evidencia la falta de fundamentación de la potestad penal del Estado.

Pero en este tipo de entornos, la garantía constitucional se afecta notoriamente en razón de que, para que una defensa sea eficaz, no puede existir una sobre-prolongación del proceso. Y en cuestiones como las aquí traídas ello sucede, ya que la enfermedad mental sobreviniente -sea que esté acompañada de una medida de seguridad o no- provoca en los procesos penales de nuestros días

su suspensión hasta que el imputado se encuentre en condiciones de continuar con él.

No opera el instituto de la prescripción, en razón de que la causa se encuentra suspendida. En caso de que la persona imputada recupere su salud mental tendrá que someterse a un juicio por un hecho lejano en el tiempo.

Se afecta el derecho de defensa tanto por los problemas que provoca para su eficaz ejercicio la duración excesiva de la investigación como por el mayor costo económico que implica.

En síntesis, la forma en la que hoy en día se resuelven este tipo de situaciones notoriamente afecta nuestras garantías constitucionales.

VI. Propuesta

Tal como fui describiendo a lo largo del presente, la aparición de una incapacidad sobreviniente en el sujeto sometido a un proceso penal provoca diferentes posturas respecto a cómo debería resolverse dicha cuestión.

El respeto de la dignidad humana no es un estándar al que todos accedan, lo que se traduce en la despersonalización, cosificación y demonización del sujeto bajo el mote de "peligroso".

Si bien el impulso garantista intenta ser la piedra fundacional de la consagración local e internacional de las limitaciones teóricas a la restricción de la libertad, en la praxis se desconoce su aplicación real.

La exigencia del encierro de los individuos aparentemente peligrosos provoca el vaciamiento de la presunción de inocencia, ya que ella no es sólo una garantía de libertad, sino también de esa seguridad específica ofrecida por el estado de derecho y que se expresa en la confianza de los ciudadanos en la justicia; y de esa puntual defensa que se ofrece a éstos frente al arbitrio punitivo.

Entiendo necesario que se modifique el artículo 77 del Código Procesal Penal, imponiéndole al juez penal:

a) Que ante la aparición de la mentada incapacidad sobreviniente, ya sea que venga o no acompañada de una declaración de peligrosidad del sujeto, se dé inmediata intervención al juez civil, el cual deberá informarle al juez penal de manera

(55) Fallos: 316:942; en sentido coincidente, considerando n° 5 del voto del juez Bossert in re "Fiscal c. Vila, Nicolás", del 10 de octubre de 1996.

trimestral la situación en la que se encuentra el individuo; y

b) La modificación normativa deberá incluir introducción de un tope máximo de dos años de la suspensión del proceso penal -ya sea que la persona que se encuentra a cargo del juez civil esté realizando un tratamiento ambulatorio o se encuentre internada debido a su peligrosidad-, por lo que para el caso de que subsistan las circunstancias que motivaron la suspensión el juez penal deberá imponer, obligatoriamente, el sobreseimiento del imputado.

Para los casos en los que la pena máxima del delito investigado sea inferior a dos años, el juez penal deberá dictar el sobreseimiento del sujeto, cumplido el tiempo máximo establecido por el delito en particular. Ello de manera independiente de la continuidad del tratamiento del sujeto en manos del juez civil.

Baso mi pensamiento en que la pauta de celeridad razonable admite holgadamente, desde la perspectiva constitucional que la ley fije un tope, por razón análoga a la que, en materia de política criminal, le reconoce al Congreso la competencia de establecer las escalas penales para la condena. (56)

En razón de lo expuesto es que propongo la siguiente redacción para el artículo 77 del Código Procesal Penal de la Nación: *“Si durante el proceso sobreviniere la incapacidad mental del imputado, el tribunal suspenderá la tramitación de la causa y le dará inmediata intervención al juez civil a los fines de que, luego de los correspondientes exámenes médicos, determine cuál será el tratamiento a aplicarle al sujeto -ambulatorio o de internación, según la peligrosidad del sujeto para sí y para terceros-*

debiendo informarle al juez penal trimestralmente sobre el estado del enfermo.

“La suspensión del trámite del proceso impedirá la declaración indagatoria o el juicio, según el momento que se ordene, sin perjuicio de que se averigüe el hecho o se prosiga aquél contra los demás imputados.

“En ningún caso, la suspensión del proceso penal podrá extenderse más allá de dos años, es decir, que de persistir la incapacidad mental del imputado el juez deberá dictar obligatoriamente su sobreseimiento.

“Para los casos en los que el hecho investigado tenga una pena máxima menor a dos años, el plazo razonable para la suspensión del proceso penal de ninguna manera puede exceder el tope de pena previsto por el delito en particular.

“Ello de manera independiente de la continuidad del tratamiento del sujeto en manos del juez civil”.

Los tipos penales que elabora el legislador deben ser claros, expresos y concisos en relación con la conducta a la que se le da relevancia penal como también respecto a la pena con la cual se comina. Y es de aquí de donde deriva el principio de máxima taxatividad: que establece que la criminalización de una conducta debe ser efectuada con la mayor precisión técnica posible.

Cuando la inteligencia de un precepto, basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos -en lo que aquí respecta el artículo 77 del Código Procesal Penal de la Nación-, conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios axiológicos enunciados en otro de rango superior y produzca consecuencias notoriamente disvaliosas, resulta necesario recordar que las instituciones y los regímenes no son inamovibles ni incuestionables, sobre todo cuando no logran satisfacer las necesidades, controlar los conflictos ni dar respuestas satisfactorias a interrogantes inoportunos. ♦

(56) BIDART CAMPOS, Germán, El encarcelamiento cautelar de los procesados en la Ley 24.390, Editorial E.D., T. 164, p. 247.

Las circunstancias extraordinarias de atenuación

POR LINO CLAUDIO MIRABELLI

Sumario: 1. Antecedentes histórico-legislativos. — 2. Análisis doctrinario. — 3. Análisis jurisprudencial. — 4. Crítica. — 5. Conclusiones. — 6. Reforma de la ley 26.79: violencia de género. — 7. Bibliografía.

1. Antecedentes histórico-legislativos

1.a. Antecedentes nacionales

El art. 80 del Cód. Penal de la Nación establece reclusión o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el art. 82, al que matara: "1. A su ascendiente, descendiente o cónyuge, sabiendo que lo son;..."

El último párrafo del mismo artículo establece que "Cuando en el caso del inciso primero de este artículo, mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho a veinticinco años".

Las denominadas "circunstancias extraordinarias de atenuación" no se encontraban previstas en la redacción original del Código Penal, que únicamente permitía la pena indivisible del art. 80 inc. 1º en los casos en que hubiera emoción violenta y las circunstancias lo hicieren excusable (art. 82, 10 a 25 años de prisión o reclusión).

Fueron agregadas por el dec-ley 17.567 —luego derogado— y reimplantadas por la ley de facto 21.338 (B.O. 1/7/1976) y rigen actualmente en razón de la ratificación que se realizara por ley 23.077 (27/8/1984) que mantuvo la vigencia del art. 80 párrafo final, pero derogó el decreto-ley en lo referente a la escala privilegiada que establecía el art. 81 inc. 1º, de modo que los arts. 81 inc. 1º y 82 regresaron a su versión original.

Así, el dec.-ley 17.567 (B.O. 12/1/1968) introdujo por vez primera las circunstancias extraordinarias de atenuación, y a la vez estableció una escala penal de dos a ocho años de prisión para los casos de emoción violenta, siendo ineludible referir que en la exposición de motivos se afirmó "Determinamos una escala penal alternativa, igual a la del homicidio simple, para que el caso de homicidio de parientes, cuando mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación (no

comprendidas como emoción violenta), porque la práctica judicial ha puesto en evidencia para este caso, la inconveniencia de una pena fija". Y que "Mantenemos la agravante de parentesco para el homicidio emocional, pero con una escala penal adecuada, que da preferencia al estado de emoción violenta, con lo cual se corrige uno de los errores más notorios del código vigente. Para ello ponemos como segundo párrafo del art. 81 inc. 1º, la previsión del actual art. 82".

En cuanto al origen de la normativa, conforme las manifestaciones de Aguirre Obarrio (1), uno de los integrantes de la Comisión Redactora, se tomó en consideración entre otros el Proyecto Tejedor que distingue, entre las causas que eximen de pena, las de atenuación legal y las que atenúan prudencialmente la pena. (2) Las últimas contenían la falta de instrucción o la debilidad natural de la inteligencia, la existencia de persuasión, orden, amenaza o promesa para cometer el crimen, la miseria, el arrebato de pasión o la perturbación intelectual.

En el proyecto Tejedor se establecían figuras atenuadas para el homicidio: el precedido por ofensas o injurias por la emoción de la cólera, el cónyuge que mata al sorprender en adulterio a su consorte al considerar el ultraje como una provocación que merece indulgencia (3), igual que el caso de los padres y los hermanos mayores que dan muerte a los que yacen con sus hijas o

(1) MOLINARIO, Alfredo J., "Los delitos", t. I, 1996, Ed. TEA, actualizado por AGUIRRE OBARRIO, Eduardo, p. 183.

(2) ZAFFARONI, Eugenio Raúl y ARNEDO, Miguel A., "Digesto de codificación penal argentina", t. I, 1996, Ed. AZ, Bs. As., 157.

(3) "Proyecto de Código Penal para la República Argentina", por Carlos Tejedor, 1867, art. 3º "El cónyuge que sorprendiendo en adulterio a su consorte dé muerte en el acto a ésta o a su cómplice, o a los dos juntos, sufrirá uno a tres años de prisión".

hermanas menores de edad (4), sin que sea el parricidio excusable en caso alguno. (5)

En el proyecto de 1881 se suprimieron las causales de agravación y atenuación “prudencial” que contenía el proyecto Tejedor por entender que no eran otra cosa que circunstancias legales que se agruparon de forma general sin perjuicio de mantener otras para algunos delitos, como el caso de quien sorprende a su consorte en flagrante delito de adulterio y mate o hiere a los culpables, o a uno de ellos, y el de los padres o hermanos mayores que sorprenden a quien yace con su hija o hermana menor. (6)

El *Código Penal de 1886* se apartó en este aspecto del Proyecto Tejedor, imponiendo pena de muerte si no concurría circunstancia atenuante alguna. (7)

Se declaraba exento de pena al cónyuge que da muerte a su consorte o al adúltero, amparando de igual forma al padre o al hermano al que encuentra con la hija menor o hermana menor de 15 años (art. 81); y como atenuantes de pena la provocación del ofendido, el intento de reparar el mal causado, el estado de irritación o furor sin culpa (art. 83 y 9°).

El Proyecto de Coll y Gómez [1937], entre las circunstancias de atenuación del homicidio incluyeron, en razón de la menor peligrosidad del hecho, el cometerlo por piedad ante el dolor de la víctima, siempre que fuere intolerable e inútiles los esfuerzos por salvarle la vida (art. 117). (8)

(4) Art. 4° “Los padres y los hermanos mayores que dan muerte a los que yacen con sus hijas o hermanas menores de edad, en el acta de sorprenderlos infraganti, sufrirán el máximo de la misma pena”.

(5) David BAIGÚN, Eugenio R. ZAFFARONI, “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, Hammurabi, 2ª edición, Buenos Aires, 2010, p. 456.

(6) Proyecto de Código Penal presentado por la comisión encargada de examinar el proyecto Tejedor, compuesta por SISTO VILLEGAS, Andrés Ugarriza y Juan A. GARCÍA, 1881, en ZAFFARONI y ARNEDO, “Digesto de codificación penal argentina”, op. cit., t. II, artículos 93, 96, 198 y 199.

(7) David BAIGÚN, Eugenio R. ZAFFARONI, “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, Hammurabi, 2ª edición, Buenos Aires, 2010, p. 456.

(8) Julián LANGEVIN, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Tomo 15, LexisNexis, Buenos Aires, 2005, p. 1713.

En el Proyecto presentado por José Peco en 1941 se reducía entre diez y veinticinco años cuando concurrieran circunstancias importantes de menor peligrosidad. (9)

El proyecto de Sebastián Soler [1960] adopta un sistema de atenuantes genéricas que abarca los motivos (honorables, miserias, padecimientos, amenazas, situación de obediencia, el comportamiento y el arrepentimiento [229], y el homicidio por piedad como figura atenuada.

En 1968 es sancionada la ley 17.567 (BO. 12/01/1968) que, sin modificar el delito de homicidio agravado por el vínculo, introdujo las llamadas circunstancias extraordinarias de atenuación, poniendo en vigencia la posibilidad de que el juez aplique otra pena que no sea la de reclusión o prisión perpetua.

En 1976, la ley 21.338 (25/06/1976) reimplantó la causal de atenuación, que había perdido vigencia a raíz de la ley 20.509. En 1984, la ley 23.077 (17/08/1984) ratificó el agregado (art. 2°). (10)

También corresponde señalar que el Proyecto de Código Penal para la Nación Argentina [2006] mantiene la redacción y la escala punitiva de las circunstancias extraordinarias de atenuación (art. 84 párr. final), y contempla una pena de tres a doce años para los casos en que hubiere emoción violenta que las circunstancias lo hicieren excusable.

En el anteproyecto de Código Penal para la Nación Argentina [2012] también se mantiene la redacción actual mas al reincorporarse el infanticidio, tipificarse el homicidio por piedad y la disminución de pena de acuerdo a las circunstancias del caso (art. 6°) algunos supuestos habrán de salir de las circunstancias extraordinarias de atenuación y otros superponerse.

1. b. Antecedentes extranjeros

En cuanto a los antecedentes extranjeros citados en el proyecto original, Laje Anaya (11) sostiene que las

(9) David BAIGÚN, Eugenio R. ZAFFARONI, “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, Hammurabi, 2ª edición, Buenos Aires, 2010, p. 456.

(10) David BAIGÚN, Eugenio R. ZAFFARONI, “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, Hammurabi, 2ª edición, Buenos Aires, 2010, p. 456.

(11) LAJE ANAYA, Justo, “Homicidio calificado por el vínculo y circunstancias extraordinarias de atenuación”,

fuentes indicadas, salvo el código finlandés, no contienen una específica atenuación del parricidio por circunstancias extraordinarias, sino que siguen un sistema genérico o específico de atenuación, por lo que su referencia tiene solamente un valor genérico.

Según Langevín (12), citando a Bernardini, la norma del código finlandés guarda especial concordancia con la norma argentina al establecer una pena de reclusión de seis a doce años para aquel que ha perpetrado la muerte de un pariente en la línea ascendiente o un cónyuge cuando lo haya cometido bajo los efectos de la pasión o cuando la víctima hubiera provocado la cólera de su agresor sin falta grave de este último, por una *injuria grave* o por vías *de hecho* particularmente violentas, o sin existir *circunstancias particularmente atenuantes*. (13) Dando además especial tratamiento al caso del homicidio a pedido de la víctima.

I.c. Síntesis

Como puede advertirse, las fuentes citadas estaban orientadas a regular situaciones donde los

JA 1968-V-819/830; y "Uxoricidio provocado como circunstancias extraordinaria de atenuación", JA 1970-6-673/685.

(12) Julián LANGEVÍN, *Revista de Derecho Penal y Proceso Penal*, Tomo 15, LexisNexis, Buenos Aires, 2005, p. 1716.

(13) Cap. XXI, "Del asesinato, de la muerte y otras violencias": "2. El que haya cometido un homicidio bajo los efectos de la pasión será castigado por muerte o pena de reclusión de diez a doce años o con pena de reclusión perpetua. Si la víctima hubiera provocado la cólera de su agresor sin que exista falta de este último, por una *injuria grave* o por vías *de hecho* particularmente violentas o si existieren otras causas particularmente atenuantes, la pena será de reclusión de cuatro a ocho años. Si la muerte se ha perpetrado contra un pariente en la línea ascendiente o un cónyuge, la pena será de reclusión por seis a doce años. La tentativa es punible. El que haya dado muerte a otro, a petición rotunda de éste, incurrirá en pena de prisión por seis meses como mínimo en pena de cuatro años de reclusión como máximo. El que sin tener propósito de causar la muerte, haya empleado intencionalmente violencias, de tal modo que han producido la muerte de su víctima, sufrirá pena de reclusión de dos a doce años. Si existieren circunstancias particularmente agravantes, la pena será de reclusión de cuatro años como mínimo. Si la víctima, sin provocación del agresor hubiere producido la cólera de éste por *injuria grave* o violencias de hecho o si éstas eran de tal índole que la muerte o herida grave no podían ser consideradas como consecuencia verosímil o si existieren circunstancias particularmente atenuantes, la pena será de reclusión por cuatro años como máximo o la de prisión por seis meses como mínimo".

afectos y los sentimientos se encontraban comprometidos y en razón de la gravedad derivada de los hechos, se tenían en cuenta para reducir la penalidad. (14)

Repasando las fuentes citadas por los redactores de la norma, se lee:

Proyecto Tejedor: I, II, tít. 3, 10; art. 3, ID, tít. 6, 4, S, Y II, 1, tít. 1, 2, 3 y 4: "Si el muerto mismo provoca el acto homicida, con ofensas, injurias ilícitas y graves; muerte ocasionada en ilegítimo concubito".

Proyecto de 1881, 93, 11: "Están exentos de responsabilidad criminal. El cónyuge que sorprende a su consorte en flagrante delito de adulterio, hiere o mata a uno de ellos, siempre que la mala conducta del cónyuge no haga excusable el hecho de su consorte".

Art. 96, incs. 2º, y 4º: "Son circunstancias atenuantes en general, y salvo las designaciones especiales, (...) 2). Haber precedido inmediata provocación, amenaza u ofensa directa o indirectamente por parte del ofendido".

Art. 198: "Los padres y los hermanos mayores que den muerte a los que encuentran yaciendo con sus hijas o hermanas menores de edad sufrirán la pena de prisión menor".

Código de 1886, art. 81, incs. 12, y 13: "Están exentos de pena. (...) 12) El cónyuge que sorprendiendo a su consorte en flagrante delito de adulterio, hiere o mata a los culpables o a uno de ellos. 13) El padre o hermano que mata al que encuentra yaciendo con su hija o hermana menor de 15 años".

Art. 83, incs. 4º, y 6º: "Son circunstancias atenuantes (...) 4). El haber precedido provocación, amenaza u ofensa por parte del ofendido (...) 6) El estado de irritación o furor sin culpa del autor del delito, cuando no le ha hecho perder del todo la conciencia de lo que hace".

Art. 97: "La pena será de tres años de prisión si la misma víctima provocó el acto homicida con ofensas o injurias ilícitas y graves".

(14) Justo LAJE ANAYA, "Breves estudios de Derecho Penal", Lerner, Córdoba, 2011, p. 168.

Proyecto de 1937, art. 117, 1º, y 2º: “1) Al que cometiere el delito en estado de emoción violenta que las circunstancias hicieren excusable. 2) Al que lo cometiere movido por un sentimiento de piedad ante el dolor físico de la víctima, si fuere intolerable, y las circunstancias evidenciaren la inutilidad de todo auxilio para salvar la vida del sufriente”. (15)

En suma, casos de: flagrante adulterio; a quien se sorprende yaciendo con hija o hermana menor de 15 años; provocación, amenaza u ofensa de la víctima; irritación o furor sin culpa, homicidio por piedad.

2. Análisis doctrinario

Como se expusiera al tratar el origen de la normativa, los redactores del texto original anclaron su fundamento en la experiencia de que en determinados casos del inc. 1º del art. 80 del Cód. Penal era inconveniente imponer una pena rígida, funcionando entonces la cláusula, podría decirse, como una válvula de seguridad ante estos supuestos en que la pena a perpetuidad apareciera desproporcionada (16), a consecuencia de lo cual, las circunstancias extraordinarias de atenuación a que se refiere la ley quedaban libradas al prudente arbitrio judicial, debiendo tomarse en cuenta las reglas del art. 41, particularmente hábitos y condiciones personales de las partes y el móvil que inspiró la acción. (17)

(15) Justo LAJE ANAYA, “Breves estudios de Derecho Penal”, Lerner, Córdoba, 2011, p. 168.

(16) Decía la Exposición de Motivos de la ley 17.567: “Determinamos una escala penal alternativa, igual a la del homicidio simple, para que el caso de homicidio de parientes, cuando mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación (no comprendidas como emoción violenta), porque la práctica judicial ha puesto en evidencia para este caso, la inconveniencia de una pena fija. Ver P. Tejedor: I, II, tít. 3, 10, tít. 6, 4, 5º y II, I, tít. 1, 1º, 2, 3, y 4: P. 1881, 93, 11º 96, 2º y 4º, y 198; C. 1887, 81, 12º y 13, 83, 4º, 5º y 6º, y 97; P. 1937, 117, 1º y 2º; P. 1963, 44, in fine; C. Uruguayo, 311, 1, 10-24 años; C. Brasileño, 121, 2º; C. Suizo, 112; C. Italiano, 574, 20; C. Finlandés, XXI, 2. En el C. Alemán, 215, fue suprimida la agravante. En el P. 1960 esa norma es innecesaria porque establece un sistema genérico de atenuantes, como sucede en otros sistemas legislativos” (MANIGOT, Marcelo A., “Código Penal Anotado y Comentado”, T. I, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1978, p. 241).

(17) FONTÁN BALESTRA, Carlos, “Tratado de Derecho Penal. Parte Especial”, t. IV, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1983, p. 81 y ss.

Las circunstancias extraordinarias según el origen del texto se refieren a situaciones intermedias entre el parricidio y la figura atenuada en ese caso de la emoción violenta, cuando no se dan sus requisitos, pero las “circunstancias” son tales que se considera justo atenuar la pena.

Incuso Aguirre Obarrio señala que las circunstancias son las mismas que en el caso de la emoción violenta y ejemplifica: la víctima que agobiada pide morir, la actitud de la víctima, el ímpetu de ira y justo dolor, las amenazas de la víctima, los tratos dados por ella a personas queridas, etc. (18)

Para Núñez, el fundamento de la atenuante tiene naturaleza subjetiva, el autor tiene que haber sido impulsado al hecho por una situación que, a pesar de no haberlo emocionado en forma violenta y excusable, represente una causa motora del homicidio de carácter excepcional concomitante o preexistente. (19)

Refiere que las circunstancias deben referirse a las relaciones del autor con la víctima, derivadas de su conducta o no, como graves y lacerantes agravios de distinta índole contra el autor, un acto de infidelidad, como un larga y penosa enfermedad (la hija de corta edad, que el autor cree sin remedio, y las graves dificultades habidas entre él y la compañera, madre de la criatura).

En suma, refiere que la atenuante, si bien consiste en circunstancias diferentes de la emoción violenta, conforme surge de la exposición de motivos, tiene, como ella, naturaleza subjetiva. (20)

De igual modo, Terán Lomas (21) opina que la causa debe ser una que haría excusable la emoción violenta, pero sin la presencia de ésta.

Recuerda que la provocación puede operar como tal circunstancia, que la ley quiere contemplar situaciones determinadas como extraordinarias pero de ninguna manera dejar sin contenido el art. 80 inc. 1º, ya que el intemperante, como tal,

(18) MOLINARIO, Alfredo J., “Los delitos”, t. I, 1996, Ed. TEA, actualizado por AGUIRRE OBARRIO, Eduardo, p. 183.

(19) NÚÑEZ, Ricardo C., “Análisis de la ley 21.338”, Lerner, 1976, pág. 10.

(20) NÚÑEZ, Ricardo, “La reforma del Código Penal”, L.L., t. 129, p. 1187/1203.

(21) TERÁN LOMAS, Roberto, “Derecho Penal, Parte Especial”, 53/59.

no puede pedir atenuación; sería injusto acordar el beneficio a quien, por su mal carácter, todo le parece o todo le resulta suficientemente provocador.

Pedro Bertolino señala que desde una aproximación gramatical por circunstancias extraordinarias debe entenderse todos aquellos supuestos que puedan ubicarse fuera del orden natural o común, o graves e inusitados. (22)

Refrendando lo expuesto en la exposición de motivos por los redactores del texto original, refiere que la práctica judicial puso en evidencia lo que los comisionados denominan “inconveniencia” de una pena fija, entendiéndose que bajo esa denominación se ha querido patentizar la injusticia que importaba la rigidez en la determinación legislativa de la pena.

Sostiene que todas las circunstancias extraordinarias de atenuación tendrán como zona jurídico-penal inmediata excluyente a los supuestos de emoción violenta.

En igual sentido Ricardo Levene (h.) entiende que se refieren a situación fuera de lo común y de especial gravedad que, sin llegar a la emoción violenta ni a la legítima defensa, merezcan ser tratadas con menor rigor en cuanto a la pena, sirviendo como pautas las previsiones de los arts. 40 y 41 del Cód. Penal de la Nación. (23)

Edgardo Donna (24) encuentra el fundamento de la atenuante en la menor culpabilidad del autor derivada de sus propias características y de las circunstancias en que ha actuado.

Entiende que los requisitos que se exigen deben ser por una parte negativos, en el sentido de que no deben darse los requisitos de la emoción violenta, y por otro, deben ser positivos, en el sentido de un hecho o circunstancias del ser del sujeto que lo ha llevado al delito, como sería la oligofrenia en grado de debilidad mental, que no llega a incapacidad de culpabilidad. Además, el hecho debe traducir una entidad que se halle fuera del orden o regla

(22) BERTOLINO, Pedro J., “La nueva escala penal para el homicidio por parentesco o por uxoricidio”, LL, t. 130, nota a fallo, 527/534.

(23) LEVENE, Ricardo (h.), “El delito de homicidio”, Depalma, Bs. As., 1977, pág. 176 y ss.

(24) DONNA, Edgardo A., “Derecho Penal. Parte Especial”, T. I, 2003, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 93/94.

natural o común, y que esa objetividad sea captada subjetivamente y que funcione como una causa determinante de la muerte, y por consecuencia determine una disminución de la culpabilidad del autor.

De todas formas, y respecto de la pena prevista por el art. 80 inc. 1 del Cód. Penal, sostiene que cualquiera sea el fundamento de la agravante no se justifica la penalidad impuesta, que es fija, lo cual hace de la figura un paliativo, para una pena que entiende debe ser revisada a la luz de las normas constitucionales.

López Bolado (25) sostiene que existen situaciones en las cuales pierden importancia los vínculos parentales tenidos en cuenta para agravar el homicidio, e incluso son dichos estrechos vínculos los generadores del conflicto que provoca la violencia.

Entiende que debe aplicarse en los casos en que el agente, sin encontrarse en un estado de emoción violenta o de inimputabilidad, actúa no con desprecio a la vida humana sino en una circunstancia excepcional, y así se lo castiga con la misma sanción que al homicida simple.

Reitera como el resto de la doctrina que la circunstancia puede derivar de una conducta del pariente y futura víctima (provocación, ofensas, golpes, amenazas e injurias, afrentas en general, sorpresas de ilegítimo concubito), o un estado o situación de desgracia que determine que uno o ambos sean víctima de esa propia situación o estado (casos de eutanasia, o el caso del padre que sabe que va a morir y, por ende, dejar desamparado a su hijo imbecil o demente).

Pareciera diferenciar así dos grupos de casos, mas sólo partiendo del fundamento de la agravante por parentesco fundamenta como circunstancias extraordinarias aquellas cuya concurrencia colocan al autor en una situación vital en la que, por alguna razón, los vínculos tenidos en cuenta —conyugal o de parentesco— para agravar el delito hayan perdido vigencia en cuanto a la particular consideración que debían suponer, pero que, también, por incompletas o deficientes no hagan a la configuración del homicidio emocional, pero obraren a título de “provocación por

(25) LÓPEZ BOLADO, Jorge D., “Los homicidios calificados”, Plus Ultra, Bs. As., 1975, pág. 65/75.

parte de la víctima sin que las circunstancias sean excusables o la emoción no domine al agente en forma suficiente”.

Creus (26) entiende que son circunstancias extraordinarias de atenuación las referidas al hecho que, por su carácter y la incidencia que han tenido en la subjetividad del autor, lo han impulsado a la acción con una pujanza tal que le han dificultado la adopción de una conducta distinta de la que asumió.

Desde el punto de vista subjetivo, la acción de matar debe ser en todos los casos “una respuesta, una reacción que haya tenido en cuenta esas circunstancias; en otras palabras, no basta la existencia objetiva de la circunstancia sin esa relación psíquica, para que pueda aplicarse la atenuante”.

A partir de distintos casos en que entiende su concurrencia, sostiene que las circunstancias extraordinarias de atenuación pueden ser concomitantes al hecho o preexistentes, desarrollarse en corto o largo período de tiempo, originarse en la relación de la víctima con el agente o proceder de la misma víctima, o incluso de circunstancias relativamente extrañas a las relaciones personales. Refiere casos como: sorprender a la esposa en adulterio, una larga enfermedad de la víctima a cuyos padecimientos el autor decide poner fin, larga vida de malos tratos de un cónyuge para con el otro, el caso del homicidio piadoso, y el de la madre que decide poner fin a la vida de sus hijos por hallarse en un estado de miseria extrema.

En cualquiera de esos casos, no basta con la existencia objetiva de la circunstancia sin esa relación psíquica para que pueda aplicarse la atenuante.

Aclara que el contenido subjetivo del instituto lo acerca a los requisitos de la emoción violenta, pero, aunque alguna doctrina ha tratado de equipararlos, hay que advertir que su aplicación requiere que se rechace la posibilidad de que la muerte haya sido causada en estado de emoción violenta excusable por las circunstancias.

Precisa que pudo no haber existido la emoción violenta, ya que muchos casos, como los del homicidio piadoso, pueden haber respondido a una

verdadera premeditación, o, de haber existido, debe estar ausente su exclusividad. (27)

Al igual que Soler (28) en el punto, entiende que se trata de una atenuante referida exclusivamente a los casos del art. 80 inc. 1º, por lo cual si la acción estuvo acompañada de alguna otra circunstancia calificante distinta no se aplicará, sancionándose la conducta con la pena indivisible.

A contrario, Aguirre Obarrio (29) sostiene que es un error creer que un homicidio agravado no merece nunca atenuarse, porque todo proviene del cuadro completo de circunstancias, y ejemplifica con el caso de una víctima sádica y prepotente, que hace imposible la vida a cuantos están cerca, preguntándose si puede provocar reacciones emotivas y qué sucede si el temeroso que se ve perdido mata por veneno.

Peña Guzmán (30), respecto de la introducción de las circunstancias extraordinarias de atenuación, entiende que la previsión de una pena alternativa respecto de la perpetua para la determinación de la sanción fue adecuada a partir de las circunstancias del hecho y del autor.

Sostiene que la referencia que trae la exposición de motivos a la emoción violenta es correcta.

Partiendo del fundamento de la pena agravada para el parricidio, que justifica —los lazos de la sangre, el respeto debido a los ascendientes, el deber para con los descendientes son elementos que no pueden dejar de estar presentes en la mente del autor y que habrían debido contenerlo en su reacción homicida—, entiende que ciertos agravios se magnifican forzosamente en el seno de la familia, aunque en el caso de los cónyuges, unidos por un vínculo consensual, el reproche disminuye.

(27) CREUS, Carlos, “Derecho Penal, Parte Especial”, T. I, Astrea, 6ª edición actualizada y ampliada, 2ª reimpresión, Bs. As., 1999, pág. 17/19.

(28) SOLER, Sebastián [1987], “Derecho Penal Argentino”, actualizado por Manuel A. BAYALA BASOMBRIÓ, 4ª edición, TEA, Buenos Aires, t. III, p. 20.

(29) MOLINARIO, Alfredo J., “Los delitos”, t. I, 1996, Ed. TEA, actualizado por AGUIRRE OBARRIO, Eduardo, p. 184.

(30) PEÑA GUZMÁN, Gerardo, “El delito de homicidio emocional”, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1969, 349 y ss.

(26) CREUS, Carlos, “Derecho Penal, Parte Especial”, T. I, Astrea, 6ª edición actualizada y ampliada, 2ª reimpresión, Bs. As., 1999, pág. 16.

Entiende que todas las circunstancias mencionadas en el arts. 41, Cód. Penal pueden tener muy distinta intensidad, y cuando alguna de esas circunstancias adquiere magnitud extraordinaria la ley crea un tipo especial, agravante, atenuante o autónomo, para modificar la sanción del delito —tipo básico—, por lo que en tales supuestos la aplicación de las “circunstancias extraordinarias” del apartado final el art. 80 será de suma utilidad para atenuar la draconiana pena fija de prisión perpetua, y que toda esta apreciación debe quedar librada al prudente arbitrio del juzgador, teniendo presente que en el supuesto legal: *no se trata de perdonar* (como también ocurre en el delito emocional), *sino de disminuir una sanción penal que puede ser excesiva*.

Conforme a la exposición de motivos de la ley, al excluir de las “circunstancias extraordinarias” los casos “no comprendidos como emoción violenta”, se refieren al delito emocional con los dos elementos: lo emocional y lo excusable, lo que queda librado al buen juicio del magistrado.

Bernardini (31) también parte para su análisis del parricidio, que ha tenido en cuenta el menosprecio a la calidad de la persona, al especial respeto mutuo entre personas unidas por vínculo de sangre o matrimonial.

Por ello entiende que las circunstancias extraordinarias de atenuación inciden sobre el motivo calificante del parricidio, haciéndolo desaparecer, de tal forma que merece igual reproche que un homicidio simple de acuerdo al caso concreto, donde la circunstancia debe haber operado como “extraordinaria”.

Kent (32) señala con acierto que no existe una definición pacífica aceptable para el alcance que cabe atribuir al término “extraordinario”, pese a que se han esbozado varias.

Que no es posible establecer reglas precisas y constantes, pero debe abarcar todos aquellos supuestos que acontezcan “fuera del orden habitual y común”, y se presenten con “características

inusitadas” y de “extrema gravedad”, materias éstas que deben ser valoradas por el juez con el criterio objetivo que surja de la causa, en estrecha e indispensable relación con los índices mensuradores estatuidos por los arts. 40 y 41 del Cód. Penal, para concluir si el agente se hace merecedor de lo que llama un beneficio.

Estrella y Godoy Lemos (33) han sintetizado las posiciones de la siguiente manera: “son todos aquellos supuestos que ocurrieren fuera del orden habitual, común o natural, circunstancias graves o inusitadas que no fundamentan la emoción violenta, pero tampoco constituyen circunstancias ordinarias o comunes a todo parricidio (Bertolino). Pueden referirse a las relaciones del autor con la víctima o a situaciones que, aunque referidas a la víctima, no se deben a su conducta (Núñez). Puede ser una conducta propiamente dicha, desplegada por la víctima o puede asumir la forma de un estado o situación de desgracia que determina que uno o ambos sean víctimas de su propio estado personal”.

Laje Anaya (34) trató con gran profundidad el tema de las circunstancias extraordinarias de atenuación. Parte de sostener como otros que es claro que la ley no ha expresado cuáles son, ni qué debe entenderse por ellas, pudiendo ser todos los hechos que presenten al hecho punible en una luz tan tenue que sería inadecuado aplicar la pena normal.

Entiende que su fundamento debe buscarse en la calidad de los motivos que determinan una razonable o comprensible disminución de los respetos hacia el vínculo de sangre, o a la calidad de cónyuge, razonabilidad que encuentra su génesis fuera del propio individuo. Y que la disminución de la pena debe hallarse en la menor culpabilidad del agente, en los hechos o circunstancias que la ley llama extraordinarios y capaces de atenuar.

Exige la concurrencia de requisitos positivos y negativos.

(31) BERNARDINI, Alberto, “Algunas observaciones sobre el art. 80 in fine del Código Penal”, *Iuris*, t. 40, enero-junio de 1972, p. 327/333.

(32) KENT, Jorge “La emoción violenta y las circunstancias extraordinarias de atenuación: dos figuras privilegiadas de estricta aplicación judicial”, *LL* 1990-B, 529.

(33) ESTRELLA, Oscar Alberto y GODOY LEMOS, Roberto, “Código Penal, Parte Especial”, t. 1, Hammurabi, Buenos Aires, 112, citado por David BAIGÚN, Eugenio R. ZAFFARONI, “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, Hammurabi, 2ª edición, Buenos Aires, 2010, p. 457.

(34) Obras citadas.

Entre los positivos: i) una objetividad, un hecho, un acontecimiento; ii) que el hecho traduzca en sí mismo una entidad de tal naturaleza que se halle fuera del orden o regla natural o común; iii) que esa objetividad sea captada subjetivamente por quien actúa y funcione como causa determinante de la muerte; y iv) que determine, por su naturaleza, una disminución de la culpabilidad.

Los requisitos negativos se refieren al hecho de que no medie un estado de emoción violenta que las circunstancias hicieran excusable reclamando que el hecho provocador debe ser suficiente, siendo tal cuando las circunstancias hubieran hecho excusable la emoción violenta, pero que en el caso de que se trata falta ese estado psíquico emocional, situación por la que ha sido criticado, ya que hace un exagerado hincapié en la emoción violenta, limitando así de algún modo la aplicación de la norma con requisitos que no surgen claramente del texto.

Por ello, concreta que las circunstancias extraordinarias de atenuación significan todas aquellas que permiten por su génesis ser determinantes de un estado de emoción violenta excusable, estado que al no manifestarse en su consistencia e intensidad las excluye e impide su aplicación. Recalca que lo que falta es la emoción violenta; lo presente son las circunstancias que la hubieran, de producirse, justificado.

Sostiene acertadamente que en la lógica de la ley 17.567 estos casos se presentaban como la situación intermedia entre el homicidio agravado por el vínculo (art. 80 inc. 1º del Cód. Penal) y el cometido en estado de emoción violenta (art. 82 del Cód. Penal), que preveía una pena de 2 a 8 años de prisión (ley 17.567), pues así lo expusieron los redactores originales.

Pero, al ser modificada con posterioridad la escala del art. 82 del Cód. Penal —en la actualidad es de 10 a 25 años de reclusión o prisión— la situación prevista como intermedia ha pasado a ser ilógicamente más benigna.

Consecuentemente, en la actualidad se castiga más gravemente al parricida que obró en estado de emoción violenta que al que lo hizo mediando circunstancias extraordinarias de atenuación, lo cual entiende como una incongruencia.

En cuanto al primer requisito positivo, dice que la objetividad —hecho o acontecimiento— puede también asumir la forma de un estado o situación de desgracia que determina que uno o ambos sean víctima de su propio estado o situación personal, ubicando en el caso al *homicidio piadoso a pedido*, que se trata siempre de un homicidio donde el autor del hecho es autor objetiva y subjetivamente de la muerte, para el que requiere: i) un estado de la víctima, que debe ser un enfermo grave e incurable; ii) que obre a su pedido; la víctima debe pedir mediante palabras o gestos que el pariente ponga fin a su vida; y iii) el móvil de autor. El autor debe moverse por un sentimiento de piedad y para evitar mayores sufrimientos a la víctima; se excluye el dolo eventual.

Lo distingue del *homicidio piadoso no pedido*, donde exige: i) una situación representada por un mal incurable para el victimario; ii) conocimiento real y efectivo de ese mal incurable que causará la muerte más o menos a corto plazo; iii) estado patológico orgánico o psíquico que no lleve necesariamente a la muerte de la víctima; y iv) sentimiento de piedad.

También admite dentro de la objetividad una situación de desgracia que afecta a los protagonistas (homicidio-suicidio malogrado), quienes eligen el camino de la muerte por no encontrar otra forma de solución que tenga su génesis en el amor, la pasión o el dolor.

Langevín (35), siguiendo a Bacigalupo, parte para su análisis de la razón de ser de la figura del parricidio, afirmando que no ha logrado soluciones convincentes en orden a su fundamento.

Que si éste se sitúa en la mayor culpabilidad que proviene de que “la ley presume que los vínculos parentales originan naturalmente una comunidad de afectos y sentimientos que es lo que hace que el atentado contra la vida del pariente se presente como una acción más reprochable”, la consecuencia es la agravación con un efecto automático: dado el vínculo parental debe aplicarse la agravante en todo caso, ya que resulta que lo decisivo para la existencia del delito de parricidio es exclusivamente la existencia de un determinado

(35) LANGEVÍN, Julián, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Tomo 15, LexisNexis, Buenos Aires, 2005, p. 1724 y ss.

vínculo de parentesco que el agente conoce, pero no una particular y efectiva relación de afecto, que de hecho puede no existir.

Siguiendo también a Bacigalupo sostiene que esta explicación no resulta convincente ya que choca con el principio de culpabilidad, pues “debe recurrir a una *culpabilidad presunta* como fundamento de la agravación de la pena”.

De la falta de razones valederas para fundamentar una agravación basada exclusivamente en el vínculo parental deduce que es preciso renunciar a cualquier fundamentación que imponga una agravación automática de la pena del parricidio, y partiendo de la base de que, como un supuesto en el que, además de la vida, no se protegen simples vínculos jurídicos sino reales relaciones parentales *generadoras de confianza y afecto entre las personas*, no corresponde recurrir a una *culpabilidad presumida deducida de la presunción*, a su vez, de una relación afectiva, inexistente en la realidad.

Sostiene que éste es el sentido en tanto contenido que la jurisprudencia nacional mayoritaria ha asumido cuando sostiene que resultan procedentes las circunstancias extraordinarias de atenuación cuando los vínculos de parentesco o conyugales hayan perdido vigencia de hecho, pues no puede seguir sosteniéndose la aplicación de la pena perpetua fijada originariamente, sino que se impone la escala atenuada.

Afirma que las escalas penales actuales no pueden considerarse ya como directriz interpretativa y seguirse aferrado a la emoción violenta y sus causas excusables como límite penal mínimo, pues las penas actuales impiden ubicar a las circunstancias extraordinarias de atenuación como una figura intermedia, tal como lo habían pensado los redactores del texto legal original.

En definitiva, entiende que “la denominación legal en estudio remite en general a las llamadas ‘causas innominadas de atenuación especial de la pena’, expresión que a su vez encuentra su raíz en las añejas *circunstancias atenuantes* del Derecho francés, siendo su característica más saliente la de no estar definidas por la ley al enunciarlas”.

En suma, según Langevín, hay que desvincular las circunstancias extraordinarias de la emoción violenta, pues es la única forma de dar coherencia

al actual sistema de penas. ¿Por qué la emoción violenta es más que una circunstancia extraordinaria? Hay que abandonar la idea de que la emoción violenta es una atenuante completa o merece menor pena pues no es lo que dice la ley.

Resumiendo, podemos decir sin temor a equivocarnos que la doctrina mayoritaria entiende, conforme al origen de la normativa, que las circunstancias extraordinarias de atenuación constituyen un supuesto intermedio entre el parricidio y el parricidio emocional. No obstante atenuar algunos autores la relación con la emoción violenta, la mayoría de ellos vinculan ambas figuras.

Lo dicho puede sintetizarse en las expresiones de Laye Anaya cuando escribió: “En una escueta, pero genérica fórmula inspirada para captar al homicidio agravado por el vínculo, sin estar a su vez comprendida en la atenuante de emoción violenta, la ley 17.567 estableció por primera vez en el derecho positivo argentino, un apéndice al art. 80 del Cód. Penal (...). Conforme al sistema de la ley 17.567, resultó: 1. El homicidio simple se reprimió entre 8 y 25 años de pena privativa de libertad. 2. El homicidio calificado por el vínculo, se reprimió con pena indivisible, esto es, con prisión o reclusión perpetua. 3. El homicidio agravado por el vínculo, pero atenuado por emoción violenta, se reprimió con prisión de 2 a 8 años. 4. El homicidio atenuado sin emoción violenta, pero con circunstancias extraordinarias de atenuación, se reprimió con pena privativa de libertad entre 8 y 25 años. Puede decirse que el sistema así concebido, resultó armónico porque a menor culpabilidad, menor pena; a la inversa, a mayor culpabilidad, mayor sanción (...). Claro es que con semejante fórmula de la ley 17.567, al intérprete no le resultaba sencillo saber qué hipótesis y qué casos quedaban comprendidos en ella, a pesar de poder inferirse, lógicamente, que la nueva atenuante no se aplicaba cuando concurría el estado de emoción violenta, y que tampoco se aplicaba, cuando en el homicidio no concurrían estas circunstancias extraordinarias de atenuación. Y así, podía resultar que el intérprete llegara a concluir que la nueva fórmula representaba una situación intermedia, no comprendida como emoción violenta”. (36)

Sin duda en la lógica de la ley 17.567, estos casos se presentaban como la situación intermedia entre

(36) Justo LAJE ANAYA, “Breves Estudios”, p. 166/166.

el homicidio agravado por el vínculo (art. 80 inc. 1º del Cód. Penal) y el cometido en estado de emoción violenta (art. 82 del Cód. Penal), que preveía una pena de 2 a 8 años de prisión (ley 17.567).

Ahora bien, al ser modificada con posterioridad la escala del art. 82 del Cód. Penal —en la actualidad es de 10 a 25 años de reclusión o prisión— la situación prevista como intermedia ha pasado a ser más benigna.

Consecuentemente, en la actualidad se castiga más gravemente al parricida que obró en estado de emoción violenta que al que lo hizo mediando circunstancias extraordinarias de atenuación; realidad de la que, según el autor citado, debería tomar nota el legislador, con el objeto de reparar la incongruencia apuntada. (37)

3. Análisis jurisprudencial

La jurisprudencia ha considerado la concurrencia de las circunstancias extraordinarias de atenuación en muy diversos casos.

Dentro de la jurisprudencia más reciente pueden ubicarse casos de uxoricidio —que ocupan la mayoría de los registros—, casos de homicidio del descendiente e infanticidio, parricidios propiamente dichos y homicidios por piedad.

Dentro de los casos de uxoricidio, se pueden relevar comparativamente supuestos en que el fundamento se asienta en el deterioro del vínculo conyugal (38), el

(37) Justo LAJE ANAYA, ob. cit., p. 166 y ss.

(38) “La mujer que padeció una injusta e infortunada vida conyugal, sometida a muy graves y lacerantes agravios de distinto orden de parte de la víctima” (C. Nac. Crim. y Corr., Sala de Cámara, “C. de C., A. T.”, 11/5/1969); “La marcada decadencia de la relación conyugal, pasando por etapas en extremo conflictivas apenas suavizadas después de la adopción de la hija menor, para luego experimentar varias separaciones de hecho, que llevaron a la víctima en concubinato con otro hombre, para luego volver a vivir con su esposo, lo que claramente lleva a la degradación de la vida conyugal” (T.O.C. Nro. 1 de Mar del Plata, “T., M. Á.”, 11/03/2002). “Los graves desajustes matrimoniales provocados por comportamientos de la víctima que determinaron el agotamiento del vínculo conyugal” (C. Nac. Crim. y Corr., Sala I, “C. de G., P. A.”, del 31/03/1986). “Si bien no puede afirmarse genéricamente que la inexistencia de hijos biológicos sea de por sí una circunstancia que deteriore el vínculo conyugal determinado la aplicación de la escala privilegiada del último párrafo del art. 80 del Cód. Penal, el hecho de que dicha circunstancia venga acompañada de repetidas

despecho (39) o éste sumado a la personalidad del imputado (40), la sola existencia de una separación de hecho, considerada como “fuera del orden o regla natural o común” (41), criterio atemperado

insinuaciones de la víctima respecto de la imposibilidad de la mujer de lograr un embarazo exitoso, sumado ello a la importante degradación del vínculo, permite concluir que en el caso median circunstancias extraordinarias de atenuación que permiten la aplicación de la escala penal prevista por el mencionado artículo” (TCPBA, sala II, voto Dr. Celesia, P. 7310, sent. del 03/10/2002). “Del caso resulta una mutua agresión homicida, producto de una pésima convivencia conyugal, con violencia mutua que los había llevado al borde de una ruptura no concretada, y justamente es esa pésima relación de convivencia que neutraliza la valoración que para una persona normal (y para la sociedad en general) tiene el vínculo que califica el homicidio y opera como circunstancia extraordinaria de atenuación, excepción prevista en el último párrafo del art. 80 del Cód. Penal. El homicidio calificado del art. 80, inc. 1º es el mismo homicidio del art. 79, aunque en el primero el reconocimiento del vínculo y los deberes morales que entraña deben obrar como un último y especial freno. Se castiga ese plus de criminalidad, de inmoralidad. Si por el contrario no han sido motivos esencialmente extraños a la convivencia los que llevaron al parricidio, sino situaciones patológicas propias del vínculo, resulta chocante valorar el sentido moral de ese vínculo y no la fuerza de la emoción que sólo de la situación por él creada resulta ya la que sucumbe el agente; se instruye que una cosa neutraliza la otra y devuelve el disvalor original del art. 79 del Cód. Penal, cuya pena refiere el párrafo en cuestión, por lo que debe el justificable responder por homicidio calificado por el vínculo producido en circunstancias extraordinarias de atenuación” (C. Apel. Penal Neuquén, Sala II, 01/02/1997, DJ, 1997-1-98).

(39) “Los desvelos, preocupaciones y mortificaciones del imputado al comprobar la conducta equívoca del cónyuge y el drama vivencial que transitó, que hicieron crisis el día del hecho en que recibe la confirmación de que existe otro hombre en la vida de la víctima” (C. Nac. Crim. y Corr., Sala V, “M., Ricardo D.”, 5/2/88).

(40) “La personalidad celosa en extremo del imputado, la circunstancia de que ahora debía afrontar el gobierno de su casa y la responsabilidad de sus hijos menores, el despecho no sólo del abandono sorpresivo de su esposa, sino de la certeza de que vivía con otro varón, la sensación impotencia frente a la situación que sólo se podía resolver mediante la discusión con sus hijos, son circunstancias muy significativas a la hora de valorar la dificultad que para el procesado representó adecuar su conducta a la comprensión que tenía de que su hacer era contrario a Derecho. Todos los fundamentos son suficientemente fuertes para aceptar que la pena impuesta al procesado transite por la vía del art. 80, in fine del Cód. Penal” (C. Apel. Penal La Plata, Sala III, 07/07/1994, inédito).

(41) “La separación de hecho como circunstancia “fuera del orden o regla natural o común”, de modo que constituyere

en algunos casos (42) o incluso considerado de por sí insuficiente en otros en que se verificó una situación de violencia previa del hombre hacia su pareja víctima (43), y sí aplicado al caso de la mu-

una “circunstancia extraordinaria” siempre que, entre los hechos que se tienen por acreditados no exista ninguno que, a su vez, origine excepciones que obsten la mediación de las “circunstancias extraordinarias de atenuación” (SCJBA, voto Dr. Ghione, P. 50.456, sent. del 13/08/1996); “Median las circunstancias extraordinarias de atenuación previstas en el último párrafo del art. 80 del Cód. Penal, si los cónyuges se hallaban separados de hecho, toda vez que esta situación debilita la razón de ser de la calificante basada en el vínculo matrimonial. O sea que a los efectos que traza la aplicación de la pena, no así de la subsunción legal, el homicidio del cónyuge cuando media la situación anotada debe ser equiparado a la figura simple del art. 79 del sustantivo. Se trata, en definitiva, de una situación objetiva de relajación, sin que quepa abrir juicio —como lo haría un tribunal civil para atribuir culpas— acerca del motivo de la misma o, yendo más allá, de la actitud personal que respecto de esa alternativa matrimonial tenga cada uno de los miembros de la pareja” (TCPBA, sala I, voto Dr. Piombo, P. 8468, sent. del 08/06/2004). “Si bien el vínculo jurídico que unía al acusado con la víctima se mantenía al tiempo del hecho, la situación de separación de hecho que existía entre ambos y la desaparición de todo vínculo afectivo matrimonial que se refiere al perito psicólogo, llevan a aplicar al caso lo dispuesto por el último párr., art. 80 del Cód. Penal” (C. Apel. Penal La Plata, Sala 1ª, 30/03/1993, DJ, 1994-1-262). “En el régimen matrimonial la separación de hecho es ‘fuera del orden o regla natural o común’, de modo que constituye una circunstancia ‘extraordinaria’. Todo ello siempre que, entre los hechos que se tienen por acreditados exista alguno que desplace las circunstancias extraordinarias de atenuación” (TCPBA, sala III, voto Dr. Borinsky, P. 22.404, sent. del 04/10/2007).

(42) “Si bien la aplicación de las circunstancias extraordinarias de atenuación podría discutirse en el caso de un añejo distanciamiento de los cónyuges, que pudiera haber hecho desaparecer en la conciencia de sus integrantes la existencia del vínculo, o para el caso de haberse producido un altercado con tan fatal resultado por circunstancias absolutamente ajenas a la relación marital; ello no ocurre cuando el luctuoso suceso fue ocasionado en una discusión conyugal en relación con la unión familiar que los conectaba más allá de no cohabitar: sus hijos” (Trib. Cas. Penal Buenos Aires, Sala II, 09/09/2003, “T. A. O.”, Secretaría de Jurisprudencia del Tribunal).

(43) “La mera separación de hecho no constituye motivo provocador válido para causar en el ánimo del agente una reacción que al menos explique —desde el punto de vista subjetivo— que el mismo actuó como lo hizo a causa de que sus frenos inhibitorios se hallaban desbordados, no habiendo éste invocado en su defensa la existencia de ninguna actitud provocadora de parte de la víctima que lo haya impulsado a tornar la decisión que adoptó (darle muerte). La disminución de la pena —en el caso, de la atenuante—

jer víctima de violencia de género que mató a su cónyuge (44), y hasta en casos de infidelidad. (45)

es obligatoria, por cuanto la circunstancia extraordinaria de atenuación, al ser una cuestión de Derecho, escapa al poder discrecional del juzgador, quien en atención al principio de legalidad se halla sometido a la voluntad de la ley, cuyo respeto deviene a consecuencia que ejerce un poder deber de ejercicio obligatorio atento a que en nuestro país, de conformidad a la Constitución Nacional (art. 18), rige el sistema de formulación legal del derecho propio de todo sistema republicano y democrático de gobierno (art. 52, Const. Nacional). Así las cosas, se trata de un derecho del que goza el imputado cuyo respeto se traduce en la correcta aplicación de la ley al caso concreto” (TS Córdoba, 09/09/1999, “B., C. A.”, Secretaría de Jurisprudencia del Tribunal Superior de Córdoba). “Las circunstancias extraordinarias de atenuación contempladas en el último párrafo del art. 80 del Cód. Penal no pueden ser invocadas por el imputado que dio muerte a la esposa de quien se encontraba separado de hecho, si el desajuste en la relación matrimonial provino de comportamientos violentos y agresivos por él generados —en el caso, la defensa afirma que la exclusión del hogar significó un acontecimiento degradante que lo impulsó a cometer el delito—, pues ello significaría dejar en sus manos la reducción de la pena invocando en su beneficio ese mismo comportamiento” (CS Tucumán, Sala Civil y Penal, 23/10/3002, “V., L. M.”, LLNOA, 2003-96).

(44) “Las circunstancias extraordinarias de atenuación pueden estar constituidas por el continuo hostigamiento al que sometió la víctima a su esposa e hija, poniendo a la imputada en una situación de continuo stress y agotamiento que derivó en una notoria afectación de su vida cotidiana. A esto se suman los dichos de amenazas que se tuvieron por probados durante la audiencia y que incluían no sólo el suicidio, remarcando la carga y responsabilidad que por este tendría la acusada sino también dirigiendo efectivas amenazas de muerte contra ella y su hija. Existiendo circunstancias tan especiales como las descriptas, corresponde recurrir de acuerdo con su incidencia en el reproche penal a una disminución significativa de la pena como es la prevista en la última parte del art. 80 del Cód. Penal” (TOC n. 9, 29/3/01, “M., M. C.”, inédito).

(45) “Corresponde confirmar la resolución que condenó al cónyuge como autor del delito de homicidio agravado por el vínculo, pero revocándola en cuanto consideró que, por la infidelidad cometida por la víctima, existieron circunstancias extraordinarias de atenuación si se encuentra acreditado que el acusado condujo a su mujer a un lugar despoblado, aumentando la indefensión de aquélla, que no podía así procurarse el auxilio de terceros, propinándole una golpiza salvaje a punto de producirle la muerte, seguido por una actitud jactanciosa sobre su reprochable accionar, pues tal deliberada conducta estuvo guiada por móviles vindictivos que no lo tornan merecedor de benignidad (del voto mayor de la mayoría). Debe considerarse que mediaron circunstancias extraordinarias de atenuación del delito de homicidio cometido por uno de los cónyuges contra el otro, debido a la infidelidad de este último, sin que a ello obste el hecho de que el imputado haya sido

Dentro de los supuestos de homicidio del descendiente casos de infanticidio por cuestión de honor (46) o por las calidades personales del autor (47) y socioeconómicas (48) aunadas a la enfermedad del descendiente (49), vinculando el infanticidio —ya derogado— directamente con la atenuación extraordinaria. (50)

un marido violento y autor de otras infidelidades, pues existe en este supuesto la infidelidad como motivo fútil e injustificado socialmente, pero motivo al fin como estado emocional de menor intensidad que una emoción violenta, pero diferenciado de las finalidades que fundan los demás incisos a del art. 80 del Cód. Penal (del voto en disidencia parcial del doctor Mestres)” (C. Apel. Penal Santa Fe, Sala II, 30/12/04, “L., P. H. “; LL Litoral, 2005-516).

(46) “La mujer que, durante el puerperio, procedió a dar muerte a su hija recién nacida en un momento de desesperación para proteger el honor ante su familia” (C. Apel. Crim. San Francisco, “A., R.”, 01/02/1997, LLC, 1998-887).

(47) “Si fluye de lo actuado que la procesada tiene pobre nivel intelectual, con primitivismo psíquico sobre el cual influye una historia vital signada por el abandono, no puede ser ignorado a la hora de decidir en un Derecho penal que, como el argentino, campea lo subjetivo por sobre lo objetivo, Si el hecho ocurre mientras se encontraba en el puerperio, estado de salud respecto del cual la redacción original del Código conducía a una calificación atenuada, del infanticidio, suprimida por la ley 24.410, no puede ser ignorado como factor que condiciona la psiquis del sujeto activo del ilícito” (Trib. Cas. Penal Buenos Aires, Sala I, 30/12/2003, “C. M., M. A.”, Secretaría de Jurisprudencia del Tribunal).

(48) “El homicidio cometido por la madre después del nacimiento de la criatura, golpeándola para luego arrojar el cuerpo a la letrina se encuadra dentro del delito de homicidio agravado por el vínculo, concurriendo las siguientes circunstancias extraordinarias de atenuación: la encartada es analfabeta, se desempeñaba en el servicio doméstico, encontrándose sin trabajo a la época del hecho, viviendo de la caridad pública, sin pareja, junto a varios hijos de corta edad —algunos con deficiencias psíquicas y es portadora de trastornos de la personalidad—; el hecho fue cometido instantes después del nacimiento, con los lógicos desórdenes psicológicos motivados por el alumbramiento” (C. Apel. Penal Mercedes, Sala I, 24/03/1994, LLBA, 1994-708). O el conocido caso de “Recurso de hecho deducido por la defensa de R. A. T. en la causa T., R. A. s/ homicidio calificado causa N° 29/05C”.

(49) “El padre que mató a su hija luego de una larga y penosa enfermedad —elefantiasis— cuyas posibilidades de recuperación creyó nulas y sus dificultades económicas derivadas de la salud de la hija” (C. Nac. Crim. y Corr., Sala de Cámara, “B., J. C.”, 28/10/1969).

(50) “Si bien la ley 24.240 derogó el delito de infanticidio, tal supresión no implica que los elementos que componían dicho tipo penal no deban ser tenidos en cuenta en la actualidad a los fines de analizar si se configura alguna

En casos de parricidio se han aplicado las disposiciones del art. 80 *in fine* del Cód. Penal en supuestos de deterioro del vínculo porque se verificaban malos tratos frecuentes por parte del progenitor hacia toda la familia (51), teniendo en cuenta las circunstancias personales del autor y la situación vincular. (52)

También se pueden ubicar casos de los denominados de homicidio por piedad, donde a contrario de lo referido en cuanto al vínculo en los anteriores precedentes, la relación parental es justamente la que coloca al sujeto en calidad de autor, su intensidad y no deterioro. (53)

circunstancia extraordinaria de atenuación en los términos del art. 80, última parte del Cód. Penal (mayoría). El agravio referido a la aplicación del art. 80, última parte del Cód. Penal en cuanto establece las circunstancias extraordinarias de atenuación correspondientes al delito de homicidio, resulta inadmisibles en la instancia casatoria toda vez que, no ha sido sometido a la consideración del tribunal de origen (del voto en disidencia parcial del doctor Natiello) (Trib. Cas. Penal Buenos Aires, Sala I, 15/09/2005, “A., M. B. y otro s/Rec. de casación”, LLBA., 2006-212).

(51) “Cuando un padre ebrio consuetudinario y agresivo profería malos tratos frecuentes a la madre y toda la familia” (C. Apel., Sala 2ª, Mar del Plata, “C., H.”, del 13/08/1968). “En el caso de una relación paterno filial ríspida y tormentosa, azuzada por episodios alcohólicos de quien a la postre fuera víctima, en la que el de cuius no perdía oportunidad de reiterar el ultraje a toda autoridad paterna en desmedro de la tranquilidad y sosiego del victimario, constituyen circunstancias extraordinarias de atenuación que conducen a la atenuación del reproche” (TCPBA, sala I, voto Dr. Piombo, P. 9485, sent. del 02/08/2005).

(52) Las circunstancias personales del autor del homicidio, quien presenta una tendencia al acting out como respuesta a los estímulos emocionales y el desquiciamiento familiar que en el caso tenía ribetes de franca y gravísima patología grupal, configuran circunstancias extraordinarias de atenuación” (C. Apel. Penal Pergamino, 03/10/1994, inédito).

(53) “Si bien las circunstancias extraordinarias de atenuación pueden subsumir la ausencia de una acriminación específica del homicidio por piedad, queda vagando la especial consideración que debe merecer una finalidad que linda con lo altruista, como la de tratar de acabar con el sufrimiento y los males del sujeto pasivo, vale decir, con una intención extraña a la que suele verse en el hacer del homicida en las muertes causadas con dolo. De ahí que la justicia deba tener en cuenta ese particular a los fines de aminorar la pena dentro de la escala penal legalmente prevista” (Trib. Cas. Penal Buenos Aires, Sala 1ª, 22/09/2000, Secretaría de Jurisprudencia del Tribunal).

En los argumentos utilizados se observan de alguna forma los esgrimidos por la doctrina: el desplazamiento del fundamento de la calificante (54) aun prescindiendo de la personalidad del autor (55), la equiparación de las circunstancias a las de la emoción violenta pero sin ella (56), que la acción sea una “reacción” ante uno o más hechos (actos u omisiones) que sin llegar a emocionar violentamente impacten en el ánimo del victimario. (57)

(54) “Sin perjuicio de otros casos igualmente encuadrables en el art. 80, in fine del Cód. Penal, también lo son aquellos en los que el fundamento de la calificante de vínculo (art. 80, inc. 1º) esté sustancialmente desplazado, pues no otro sentido cabe atribuir a la circunstancia de relacionarse este último apartado del art. 80 solamente con su primer inciso” (SCBA, 31/05/1988, “C., H.”, inédito).

(55) “Para determinar las circunstancias extraordinarias de atenuación, la ley no toma en cuenta la personalidad, el carácter, la intemperancia ni el desorden anímico del sujeto activo, sino hechos en cuya virtud el vínculo carece de significación, y que pasan a constituir la causa determinante que impulsa a ejecutar la determinación de matar” (TCPBA, sala III, voto Dr. Borinsky, P. 27.104, sent. del 23/02/2010).

(56) “Las circunstancias extraordinarias de atenuación son todas aquellas que permiten por su génesis ser determinadas de un estado de emoción violenta excusable, estado que al no manifestarse en su consistencia e intensidad, lo excluyen e impiden su aplicación. Lo que falta es la emoción violenta, lo presente son las circunstancias que, de producirse, la hubieran justificado” (C. Nac. Cas. Penal, Sala 1ª, 21/8/96, “S. P., A. N.”, Secretaría de Jurisprudencia del Tribunal).

(57) “Las circunstancias extraordinarias de atenuación a las que alude el art. 80, último párrafo del Cód. Penal, se traducen en uno o más hechos (actos u omisiones) que sin llegar a emocionar violentamente impacten en el ánimo del victimario generando como reacción su conducta homicida. Es decir, el autor tiene que haber sido impulsado al homicidio calificado por el vínculo por un hecho, una causa motor hacia el crimen, de poder excepcional con arreglo a las circunstancias preexistentes o concomitantes al delito, sin llegar a emocionarlo violentamente. En cuanto al carácter extraordinario que la ley impone como exigencia a tales circunstancias, con ello a lo que ha apuntado el legislador es que el hecho o conjunto de hechos tengan idoneidad como hecho provocador en la persona del autor. Entonces, el fundamento de la atenuante debe buscarse en la calidad de los motivos que determinan una razonable o comprensible disminución de los respetos hacia el vínculo de sangre, o a la calidad d cónyuge, razonabilidad que encuentra su génesis fuera del propio individuo. El hecho provocador puede tener dos fuentes distintas de producción, esto es, cuando halla su origen en una actitud (o pluralidad de actitudes), llevada a cabo por la propia víctima, o en un estado o situación de desgracia que determina que uno o ambos sean víctimas

A su vez para su procedencia se ha exigido que la defensa exponga los argumentos que sirvan para demostrar la “excepcionalidad” que asigna a las circunstancias atenuantes que alega (58), el vínculo entre el hecho o situación que altere lo ordinario y el autor con impacto en la culpabilidad (59) y que su evaluación corresponde en el ámbito de la punibilidad para no afectar el contenido materialidad del principio de culpabilidad. (60)

Como puede observarse, la jurisprudencia ha considerado la concurrencia de las circunstancias extraordinarias de atenuación en muy diversos casos, donde se observa que los valores personales del juzgador ante el caso inciden en su consideración y hasta con fundamentos contradictorios, tratándolas como beneficio o vinculadas a un menor grado de injusto, derivadas de causas tanto exógenas como endógenas del agente, pero

de su propio estado o situación personal. En ambos casos debe estarse al análisis de las consecuencias o efectos de la circunstancia extraordinaria en el ánimo del autor, siendo obvio que no se hallará beneficiado en este sentido aquel cuya conducta sea producto de la inestabilidad emocional, susceptibilidad extrema, irascibilidad o intemperancia” (TS Córdoba, 09/09/1999, “B., C. A.”, Secretaría de Jurisprudencia del Tribunal Superior de Córdoba).

(58) “La defensa debe exponer argumentos que sirvan para demostrar la ‘excepcionalidad’ que asigna a las circunstancias atenuantes por alegadas, requisito éste indispensable para la aplicación del art. 80, in fine, atento la extraordinariedad específicamente requerida por la ley de fondo” (Trib. Cas. Penal Buenos Aires, Sala II, 21/03/2002, “H., M. S.”, Secretaría de Jurisprudencia del Tribunal).

(59) “Las circunstancias extraordinarias de atenuación requieren de un elemento objetivo que es un hecho o situación que altere lo ordinario de la realidad y una relación subjetiva entre ese hecho y la personalidad del autor que lo aprecia con una culpabilidad reducida por la menor exigibilidad de otra conducta, dado que es una respuesta impulsada por aquellas circunstancias” (TCPBA, sala II, voto Dr. Celesia, P. 12.936, sent. del 14/04/2008).

(60) “Las circunstancias extraordinarias de atenuación previstas en el último párrafo del art. 80 del Cód. Penal tienen operatividad en el ámbito de la punibilidad, pero a partir de su presencia en la instancia de la culpabilidad, poniendo de manifiesto que el grado de reproche del que es merecedora la imputada no se compadece con la existencia de una sanción que no tiene prevista escala penal y termina remitiendo a una pena perpetua privativa de la libertad. Esa desproporción entre el grado de culpabilidad que se deja ver en este caso y la repuesta sancionadora prevista reclamada, para no afectar el contenido material del principio constitucional de culpabilidad, que se recurra a la atenuación prevista por el legislador en la disposición aludida” (TOC nº 9, 29/3/01, “M., M. C.”, inédito).

sin un análisis dogmático claro que oriente las soluciones.

4. Crítica

a) Como vimos Aguirre Obarrio sostiene que las circunstancias son las mismas que en la emoción violenta; Núñez en cambio, que consisten en circunstancias diferentes pero que tienen como aquélla una naturaleza subjetiva. En tanto el primero restringe entonces la aplicación equiparándolas, el segundo las limita dejando ausentes de fundamento los casos de circunstancias exógenas al agente.

Terán Lomas coincide con Aguirre Obarrio en cuanto que deben ser las mismas que la emoción violenta pero sin ella, criterio que también se ha visto reflejado en la jurisprudencia. (61)

Bertolino sólo refiere que las circunstancias extraordinarias de atenuación son algo fuera de lo común, fuera del orden natural, criterio que también se ve receptado en varios precedentes jurisprudenciales (62), e igual criterio adopta

(61) C. Nac. Cas. Penal, Sala I, 21/08/1996, "S. P., Ángela N.," Secretaría de Jurisprudencia del Tribunal.

(62) "Cabe recordar que esta sede, siguiendo el carril trazado por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires tiene dicho que median las circunstancias extraordinarias de atenuación previstas en el último párrafo del art. 80 del Cód. Penal, si los cónyuges se hallaban separados de hecho; situación ésta que debilita la razón de ser de la calificante basada en el vínculo matrimonial (Sala I^a, sent. del 2214/99, causa 58, 'Barboza'); o sea, que a los efectos que traza la aplicación de la pena, no así de la subsunción legal, el homicidio de autos debe ser equiparado a la figura simple del art. 79 del sustantivo (del voto de la mayoría). La sola referencia a la doctrina de la Suprema Corte no es suficiente para hacer jugar la atenuación de la pena. Ello implicaría que cualquiera sean las circunstancias que rodearan el caso de uxoricidio, donde los sujetos se encuentren separados de hecho, procedería la atenuación extraordinaria, casi como una cuestión objetiva sin meritar el resto de la causa. Debe ser el contexto de las circunstancias que rodearon el evento histórico las que lleven aplicar la atenuación. Como se ve, mi afirmación no parte de una irreductible interpretación conceptualista de la norma, de ninguna manera, pues es perfectamente posible que aun, en casos donde los cónyuges sean convivientes, la atenuación extraordinaria sea aplicable. En la jurisprudencia podemos encontrar casos en que se ha aplicado dicha atenuación debido una historia de vida desgraciada, a ofensas que resultan con capacidad de influir en el ánimo del victimario, a sentimientos de piedad que guían la conducta del sujeto activo, etcétera, que llevan al autor a un estado de agitación que estrechan la capacidad

Levene (h.) definiéndolas como supuestos "fuera de lo común", con especial gravedad, sin llegar a ser un caso de emoción violenta ni de legítima defensa. En similar sentido han expresado su opinión Kent y Estella y Godoy Lemos.

Edgardo Donna como vimos encuentra el fundamento de la atenuante en la menor culpabilidad del autor derivada de sus propias características -haciendo especial referencia a la disminución de la culpabilidad- a partir de las circunstancias en que ha actuado a raíz de un hecho que se halle fuera del orden o regla natural o común captado subjetivamente y que funciona como causa determinante de la muerte.

López Bolado, se inscribe junto a los autores que parten para su análisis del fundamento de la agravante del art. 80 inc. 1º del Cód. Penal, de su dilución o pérdida de vigencia de los afectos derivados de los lazos, y también requieren que no se esté ante un caso de emoción violenta o que la emoción no domine al individuo de forma suficiente, pero a su vez admiten casos de estado o situación (piedad, miseria extrema) aún con el mismo fundamento (63), lo cual lo exhibe entonces como insuficiente.

Creus como vimos opina que son circunstancias extraordinarias de atenuación las referidas al hecho, y que al vincularse subjetivamente con el agente lo llevan a actuar como "reacción" ante dicha circunstancia, requiriendo que no se dé un caso de emoción violenta. Como se ve, al igual que la jurisprudencia citada que esgrime este criterio (64), parece excluir las circunstancias referidas al sujeto-endógenas.

Peña Guzmán, al igual que López Bolado, parte del fundamento de la agravante a la que se vinculan las circunstancias extraordinarias de atenuación, y si bien entiende que las circunstancias mencionadas en el art. 41 del Cód. Penal pueden tener muy distinta intensidad, las justifica cuando

de gobierno de su voluntad. Y no por ello me llevarían a desmerecer la aplicación del beneficio. Es que, a mi entender, esa atenuación no deviene por sentimentalismo, o como en el caso, por una mera alegación objetiva, sino por la menor peligrosidad que el hecho evidencia (del voto del doctor Carlos A. Natiello)" (Trib. Cas. Penal Buenos Aires, Sala I^a, 08/06/2004, "R., P. R. y otra", LLBA, 2005 [abril] 300).

(63) Ver precedentes de la nota 54.

(64) Ver nota 57.

una de ellas adquiere magnitud extraordinaria, sosteniendo que la ley crea un tipo especial, agravante, atenuante o autónomo para modificar la sanción del delito, pero que deben ser casos no comprendidos en la emoción violenta, todo lo cual entiendo corresponde dejar librado “al buen juicio del magistrado”.

En igual sentido Bernardini, en tanto considera que hacen desaparecer el motivo calificante.

Laje Anaya también ubica el fundamento en la disminución del respeto al vínculo, pero también en una objetividad, un hecho, donde coloca los casos de extrema miseria y piedad, manteniendo la exigencia negativa en cuanto a la concurrencia de la emoción violenta.

Langevín, por su parte, sostiene que corresponde desvincular las circunstancias extraordinarias de atenuación de la emoción violenta pero sigue encontrando su fundamento en la calificante del homicidio, lo cual deja fuera los casos que entiendo no previstos: infanticidio, miseria, piedad —para lo cual propone una reforma legal—. De tal forma, su análisis de la normativa restringe la aplicación de las circunstancias extraordinarias de atenuación lo que lleva consecuentemente a ampliar el ámbito de la punición.

b) Es claro que una aproximación gramatical a partir de la cual por circunstancias extraordinarias debe entenderse todos aquellos supuestos que puedan ubicarse fuera del orden natural o común, o graves e inusitados, no aporta demasiado para esclarecer cuándo deben aplicarse, y ha llevado a pronunciamientos criticables que constituyen incluso doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. (65)

El vínculo jurídico (art. 80 inc. 1º del Cód. Penal) debe estar, es un requisito mínimo derivado del principio de legalidad, pero la atenuante no puede quedar solamente supeditada a un deterioro del vínculo material ya que ello excluye o deja sin fundamento los casos de homicidios piadosos

(65) “La separación de hecho como circunstancia ‘fuera del orden o regla natural o común’, de modo que constituye una ‘circunstancia extraordinaria’ siempre que, entre los hechos que se tienen por acreditados no exista ninguno que, a su vez, origine excepciones que obsten la mediación de las ‘circunstancias extraordinarias de atenuación’” (SCJBA, voto Dr. Ghione, P. 50.456, sent. del 13/08/1996).

o de extrema miseria, tampoco abarcados salvo interpretaciones forzadas en la emoción violenta, y a su vez puede incluir indebidamente los de violencia de género, cuando se sostiene como se dijo por ejemplo que la “separación de hecho” de los cónyuges es “fuera del orden o regla natural o común”.

Considerar la separación de hecho de los cónyuges sin más como una circunstancia extraordinaria de atenuación puede llevar a soluciones inadmisibles donde la ruptura del vínculo se produce, por ejemplo, sólo por el desamor de alguno de los miembros de la pareja, situación que no es aceptada por el restante, ocasiones que dan lugar muchas veces a los denominados casos de “homicidio de género”.

Qué circunstancia o circunstancias, motivo o situación son “extraordinarios” y cuáles no es algo sin duda subjetivo, cambiante, y no puede quedar como beneficio y sin fundamento al arbitrio judicial, a la ideología o concepción de la vida que pueda tener el juez.

c) De otra parte, hay que desvincular las circunstancias extraordinarias de atenuación del vínculo que fundamenta la figura agravada pues ello lleva a la conclusión que el deterioro del vínculo es a su vez sustento de las circunstancias extraordinarias, pero a la vez quita consistencia dogmática a la solución por dejar sin fundamento los casos de piedad o por mediar causas exógenas —extrema miseria—.

En este sentido aparece insuficiente la propuesta de Langevín que se limita a los casos en los que el vínculo de hecho no existe, pero no abarca una solución respecto de los casos de homicidio piadoso y el infanticidio, para los que reclama figuras legales que deberían contemplarlos expresamente. (66)

d) A partir de la referencia que se realizara en la exposición de motivos del texto legal original a la emoción violenta y la escala penal allí prevista, se construyó dogmáticamente un requisito negativo con sustento en la menor pena prevista para la emoción violenta, pero esa escala penal ya no se encuentra vigente y ello obliga a revisar los conceptos.

(66) LANGEVÍN, Julián, ob. cit., p. 1725 y ss.

Así, no sería suficiente un análisis del texto legal que restrinja los casos abarcados por la atenuante acudiendo a los elementos del tipo de homicidio en estado de emoción violenta, cuando del texto expreso de la ley ya nada puede extraerse en ese sentido.

Resulta hoy meridianamente claro que más allá que la doctrina mayoritaria ubique las circunstancias extraordinarias de atenuación como un supuesto intermedio entre el parricidio y el parricidio emocional (y por cierto que así puede haber sido concebido el texto) a partir de las escalas penales actuales puede decirse que ello no es así.

Es a su vez notorio que la interpretación de los autores que sostienen que las circunstancias extraordinarias de atenuación son las mismas que las de la emoción violenta ya no es sostenible pues ello equivale a decir que el Código Penal castiga la “emoción” con un plus de dos años en el mínimo legal.

De ello se deriva que las circunstancias no pueden ser iguales sino más amplias y plurales en las circunstancias extraordinarias de atenuación, y no la existencia de un requisito negativo de no estar presente la emoción violenta, antes bien, las actuales escalas penales sí habilitan a decir en cambio que corresponde indagar sobre su presencia para verificar si corresponde una pena mayor, pero no a la inversa.

A su vez, se advierte que el Proyecto Tejedor contenía dentro de los atenuantes muchas circunstancias (la falta de instrucción, debilidad de la inteligencia, la existencia de orden, provocación, injurias graves, etc.) que fueron luego al art. 41 del Cód. Penal separándose de la emoción violenta.

e) El principio de taxatividad exige que las leyes penales contengan, en la descripción de los comportamientos prohibidos, términos descriptivos lo más precisos posibles, que la vaguedad que afecta a todos los conceptos generales sea reducida, porque para saber si un comportamiento está criminalmente prohibido hace falta no sólo determinararlo sino también establecer debidamente cuándo está justificado, eximido de pena o sujeto a una pena menor. (67)

(67) SPOLANSKY, Norberto, “Error, dolo y condiciones negativas del tipo penal” en *La Ley* t. 150 p. 256 y ss., citando

En el caso de las causas de justificación, se ha sostenido la idea de que corresponde limitar el alcance del principio de taxatividad para que las incluya adecuadamente. Moreso atinadamente sostiene que mientras en el caso de la formulación de los tipos penales, la precisión puede producir un cierto grado de infra-inclusión, en el caso de la formulación de las causas de justificación, el grado de infra-inclusión sería mucho más grave, comportaría que determinados comportamientos justificados serían punibles, por eso se precisa de una formulación más amplia y flexible de las causas de justificación, que sea capaz de abarcar todos los casos en los que no existe justificación para castigar. (68)

Lo mismo podría predicarse de las circunstancias de atenuación a través del principio de irracionalidad mínima de la respuesta punitiva, que requiere que la pena guarde proporción con la magnitud del delito (del injusto y de la culpabilidad), lo que demanda cierta flexibilidad que posibilite su adecuación a cada caso concreto, puesto que de no ser así, conforme opinan Zaffaroni, Alagia y Slokar (69), ello obligaría a decisiones inicuas, que equipararían injustamente situaciones que sólo son iguales en cuanto a los elementos relevados por la ley pero diversas en los rasgos particulares y específicos de un conflicto.

Partiendo de un criterio amplio respecto de las atenuantes, sería conveniente una interpretación distinta de la normativa.

Desde esa óptica puede sostenerse que las circunstancias extraordinarias de atenuación no son en definitiva más que atenuantes que por su especial incidencia o intensidad en el caso permiten la remisión a una escala penal, alejando de la pena perpetua el caso del 80 inc. 1º del Cód. Penal.

Esos atenuantes son los mismos de art. 41 del Cód. Penal y no las circunstancias limitadas de la emoción violenta.

a J. L. Agustín “A Plea for Excuses”, versión castellana “El lenguaje común”, ed. Tecnos, p. 64 y 65.

(68) MORESCO, José Juan, Principio de legalidad y causas de justificación (sobre el alcance de la taxatividad), *Revista Doxa* n° 24, Alicante, 2001, ps. 525/45.

(69) ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, “Derecho Penal, Parte General”, *Ediar*, 2005, p. 708.

Su especial incidencia y vinculación subjetiva con el hecho desplazan la pena perpetua a una escala.

Así no requieren para su aplicación el compromiso o no de los lazos afectivos que fundamentan el homicidio calificado, tampoco buscar un fundamento dogmático en la existencia de una objetividad, ni pueden excluirse de consideración las condiciones personales del autor y la víctima, y fundamentalmente recurrir a la consideración subjetiva de que debe ser algo “extraordinario”, fuera de lo “normal” o “común” para la generalidad, con lo peligroso de esos conceptos. Basta con atender a la ponderación adecuada de los atenuantes que puedan concurrir en el caso y qué intensidad se les otorga a nivel de la culpabilidad.

Por ello, en el ámbito de las circunstancias de atenuación, la palabra “extraordinaria” no puede y no debe querer decir otra cosa que se debe poner especial atención en el caso del inc. 1º a los motivos y las circunstancias previstas por el art. 41 de Cód. Penal que llevaron al autor a cometer el hecho, pues podremos enumerar miles de casos pero nunca serían exhaustivos —la realidad siempre se encargará de darnos uno no previsto—. (70)

El caso de las circunstancias extraordinarias de atenuación es sin duda abarcativo de más supuestos que las circunstancias que hacen excusable la emoción violenta.

Puede haber circunstancias de atenuación referidas al sujeto y circunstancias que haga excusable la emoción. Dicho con un ejemplo: el caso de la miseria extrema nunca sería considerado un caso de emoción violenta, a menos que se den otras circunstancias que hagan excusable la emoción, que también puede llegar a concurrir.

La única posibilidad de abarcar todos los supuestos en que resulten aplicables las circunstancias extraordinarias es pensar que la ley ha querido solamente potenciar cualquiera de los motivos del art. 41 para reducir la pena a la del homicidio simple, de modo que la pena perpetua del parricidio podrá ser impuesta siempre que se justifique que ningún atenuante posee entidad suficiente como

para reducir la pena hasta la escala inferior del homicidio simple.

O, lo que sería lo mismo, que la pena del parricidio será perpetua siempre que no se dé una circunstancia extraordinaria de atenuación, lo cual obliga a indagar acerca de los motivos que llevaron a cometer un parricidio y las condiciones de la víctima y el autor, justificando la pena, obligación que ya está en la ley (art. 41 de Cód. Penal).

En efecto, si las consideramos simplemente atenuantes, que por su especial incidencia en el caso, permiten la disminución de la pena —remitiéndola a una escala— ingresan en la obligatoriedad de su consideración por parte del juez (art. 41) al ser un requisito de motivación de las sentencias.

Cualquiera de las circunstancias previstas por el art. 41 puede tener el carácter extraordinario requerido por el art. 80 *in fine*, debiéndose a partir de esta disposición legal analizar su intensidad al momento de la pena.

Art. 41: “Edad”, “Educación” y “Costumbres”: es relevante en muchos casos y con distinta valoración de conformidad con las condiciones de los involucrados, la deshonra, la infidelidad o la injuria en el ámbito de una comunidad pequeña puede tener diversa influencia en el autor, como así puede entenderse que la edad debe tenerla.

“La conducta precedente del sujeto” es sin dudas relevante como “la calidad de los motivos que lo llevaron a delinquir, especialmente la miseria”.

Los “vínculos personales”, “la calidad de las personas”, son asimismo relevantes.

De todos estos supuestos hemos verificado casos en la jurisprudencia.

El art. 41 dice a su vez que “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”.

La C.S.J.N. en el caso “S., A. y otro” del 8 de agosto de 2006 dijo que “5º) Que si bien las decisiones relacionadas con la aplicación del monto de la pena resultan privativas de los jueces de mérito, cabe hacer excepción cuando, como en el caso, no se advierte una adecuada fundamentación respecto de tan trascendentes cuestiones, lo cual, descalifica al fallo como acto jurisdiccional válido.

(70) HART, H. L. A., El concepto de derecho, traducido por Genaro Carrió, 2ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, p. 160.

En efecto, más allá de que los dos años de condena impuestos a S. por el tribunal de juicio se compadecen formalmente con la escala autorizada por la figura que reprime la conducta ilícita que se le reprocha, la mera enunciación genérica de las pautas objetivas y subjetivas que prescriben los arts. 40 y 41 del Cód. Penal para graduarla, desprovistas de toda relación y ponderación conjunta con los elementos que a tales fines fueron incorporados al juicio, sólo evidencia un fundamento aparente y colocan al pronunciamiento dentro de los estándares de la arbitrariedad de sentencia (Fallos: 315:1658 y 320:1463). 6°) Que idéntico vicio se constata cuando alude a su cumplimiento efectivo. Es que si bien los jueces de la mayoría del fallo de casación argumentaron que sólo la aplicación de la condenación condicional debía ser fundada por ser la excepción a la pena de encierro (art. 26 del Cód. Penal), no es menos cierto que la opción inversa, en casos donde aquella hipótesis podría ser aplicada, también debe serlo. 9°) Que si bien surge del citado art. 26 de la ley de fondo el mandato expreso de fundamentar la condenación condicional, no por ello el magistrado deberá dejar de lado el mandato implícito que lo obliga con el fin de asegurar una debida defensa en juicio a dictar sus fallos en términos de una derivación razonada del derecho vigente”.

En el caso “M. C.” (de fecha 17/3/2009) —tras remitirse al dictamen del Procurador Fiscal ante la Corte—, descalificó una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires que había convalidado la idea de conformidad con la cual ante la inexistencia de agravantes y la concurrencia de atenuantes el juez no estaba obligado a aplicar la pena mínima establecida en la respectiva escala legal. En sentido contrario —y con base en el precedente “S.” de Fallos 329:3006— la Corte sostuvo explícitamente que para apartarse del mínimo legal resultaba imprescindible esgrimir razones de peso que pudieran legitimar tal decisión.

El juez debe fundar por qué no se da ninguna causal de atenuación que tenga el carácter de extraordinario de modo de aplicar la prisión perpetua y no la pena del homicidio simple como debe hacerlo con los atenuantes del art. 41 del Cód. Penal y con la condenación condicional de ser en principio procedente.

Corresponde señalar también que de esta forma desaparece, la supuesta incongruencia señalada

por la doctrina de castigar más severamente al parricida que obró en estado de emoción violenta que al que lo hizo mediando circunstancias extraordinarias de atenuación.

En efecto, desde la lógica del texto original y sus escalas penales con la consecuente consideración de la existencia de una situación intermedia, las soluciones fueron: declarar la inconstitucionalidad del mínimo de la emoción violenta (71) o aplicar la pena mínima de las circunstancias extraordinarias a los casos de emoción violenta. (72)

Sin embargo ninguna es convincente, pues se impondría de todas formas el mismo mínimo legal y en la jurisprudencia rige el llama *postulado de prudencia*, según el cual una ley debe ser declarada inconstitucional cuando no exista ninguna interpretación que la haga compatible con la Constitución Nacional. (73)

La Corte Suprema ha dicho que “una de las pautas más seguras para verificar la razonabilidad de una interpretación legal es considerar las consecuencias que se derivan de ella” (74) y que es necesario atender al momento en que la ley es aplicada, por lo que la situación que antecede puede ser resuelta con la interpretación que es propicia.

(71) “La Sala I de la Cámara de Apelación en lo Penal de San Martín (sent. del 15/03/1988), sostuvo que dicha norma crea un régimen injusto, agravando en forma inequitativa la situación de cualquiera de los esposos que incurra en la ilicitud allí prevista, llegándose en esa irracionalidad a la aplicación de un mínimo de pena, superior a la aplicable a aquellos que, vinculados por el mismo parentesco político, consumaren el hecho mediante circunstancias extraordinarias de atenuación, siendo estas últimas un estadio menor a la emoción violenta. La previsión contenida en el art. 82 del CP. —agrega la Cámara— trata en forma totalmente desigual a los esposos homicidas, comparando ese idéntico quehacer delictuoso con aquellos autores no vinculados por lazos parentales. El actual art. 82 contiene una sanción desproporcionada, irracional e injusta, lo cual surge de la simple confrontación del articulado referido. El excesivo rigor condenatorio no halla razonabilidad dentro del precepto constitucional consagratorio del art. 28 de la CN” (GARCÍA MAÑÓN, Ernesto, “Homicidio simple y homicidio agravado”, 2ª edición, Universidad, Buenos Aires, 1989).

(72) SCBA dijo que por especialidad se aplicaba el 80 in fine, P. 44.754 del 5/7/1996 citado por LANGEVÍN, Julián, ob. cit., p. 1724, nota 88.

(73) ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, “Manual de Derecho Penal, Parte General”, Ediar, Buenos Aires, 2011, p. 106.

(74) Fallos 312:1:157; 302:1284.

En los fundamentos Proyecto de reforma del Código Penal de la Nación del año 2006 se lee: “resulta necesario advertir que la labor instrumental de la justicia penal está —o debería estar— signada por la pena y que ello exige, a la hora de su cuantificación y motivación una adecuada fundamentación material, especialmente en un esquema legal que, como se ha dicho, consagra un sistema relativamente flexible, con mínimos y máximos que deben guardar adecuada proporción con el injusto y la culpabilidad”.

A nivel procesal, la implantación de la “cesura de juicio” (75) permitiría en estos y otros casos un adecuado tratamiento de la problemática, porque la discusión sobre el monto de la pena no es una discusión menor.

5. Conclusiones

1) Una aproximación gramatical a partir de la cual por circunstancias extraordinarias debe entenderse todos aquellos supuestos que puedan ubicarse fuera del orden natural o común, o graves e inusitados, no aporta demasiado para esclarecer cuándo deben aplicarse.

2) El vínculo jurídico (80 inc. 1º del Cód. Penal) debe estar, es un requisito mínimo derivado del principio de legalidad, pero hay que desvincular las circunstancias extraordinarias de atenuación de aquél que fundamenta la figura agravada pues ello lleva a la conclusión de que el deterioro del vínculo es a su vez sustento de las circunstancias extraordinarias, quitando consistencia dogmática a la solución por dejar sin fundamento los casos de piedad o por mediar causas exógenas —extrema miseria—.

3) Más allá de que la doctrina mayoritaria ubique las circunstancias extraordinarias de atenuación como un supuesto intermedio entre el parricidio y el parricidio emocional a partir de las escalas penales actuales puede decirse que ello no es así.

4) La interpretación que sostiene que las circunstancias extraordinarias de atenuación son las mismas que las de la emoción violenta ya no es sostenible pues ello equivale a decir que el Código

Penal castiga la “emoción” con un plus de dos años en el mínimo legal.

5) No existe un requisito negativo de no estar presente la emoción violenta; antes bien, las actuales escalas penales sí habilitan decir en cambio que corresponde indagar sobre su presencia para verificar si corresponde una penal mayor, pero no a la inversa.

6) Partiendo de un criterio amplio de interpretación respecto de las atenuantes, puede sostenerse que las circunstancias extraordinarias de atenuación no son en definitiva más que atenuantes que por su especial incidencia o intensidad en el caso permiten la remisión a una escala penal, alejando de la pena perpetua el caso del 80 inc. 1º del Cód. Penal.

7) Esos atenuantes son los mismos de art. 41 del Cód. Penal y su especial incidencia y vinculación subjetiva con el hecho desplazan la pena perpetua a una escala.

8) Si las consideramos simplemente atenuantes que por su especial incidencia en el caso, permiten la disminución de la pena —remitiéndola a una escala— ingresan en la obligatoriedad de su consideración por parte del juez (art. 41) al ser un requisito de motivación de las sentencias.

9) De esta forma desaparece, la supuesta incongruencia señalada por la doctrina de castigar más severamente al parricida que obró en estado de emoción violenta que al que lo hizo mediando circunstancias extraordinarias de atenuación.

6. Reforma de la ley 26.791: violencia de género

El 14 de noviembre de 2012 se sancionó la ley 26.791 (publicada en el B.O. el 14/12/2012) que modificó las disposiciones del art. 80 inc. 1º ampliando los sujetos pasivos del homicidio calificado por el vínculo y a su vez agregó un párrafo al art. 80 *in fine* que quedó redactado de la siguiente manera: “Cuando en el caso del inc. 1º de este artículo, mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho [8] a veinticinco [25] años. *Esto no será aplicable a quien anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima*”.

(75) Vigente según el art. 372 del CPPBA, pero nulamente utilizada.

Dicha modificación no incide en las consideraciones expuestas en este trabajo, pues la reforma ha pretendido solamente excluir los casos de violencia de género de las circunstancias extraordinarias, exclusión cuyo alcance e interpretación no fue objeto del presente.

7. Bibliografía

Baigún, David, Zaffaroni, Eugenio R., “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, Hammurabi, 2ª edición, Buenos Aires, 2010.

Bernardini, Alberto, “Algunas observaciones sobre el art. 80 *in fine* del Código Penal”, *Iuris*, t. 40, enero-junio de 1972.

Bertolino, Pedro J., “La nueva escala penal para el homicidio por parentesco o por uxoricidio”, *LL*, t. 130, nota a fallo, 527/534.

Breglia Arias, Omar - Gauna, Omar, “Código Penal comentado”, Astrea, Buenos Aires, 1994.

Buompadre, Jorge Eduardo, “Tratado de Derecho Penal. Parte Especial”, 3ª edición actualizada y ampliada, Tomo I, Astrea, Buenos Aires, 2009.

Bujan, Javier Alejandro — De Langhe, Marcela Vivian, “Tratado de los delitos I”, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2004.

Creus, Carlos, “Derecho Penal, Parte Especial”, T. I, Astrea, 6ª edición actualizada y ampliada, 2ª reimpresión, Bs. As., 1999.

Donna, Edgardo A., “Derecho Penal. Parte Especial”, T. I, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2003.

Donna, Edgardo Alberto, “El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia”, Tomo II, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2003.

Estrella, Oscar Alberto y Godoy Lemos, Roberto, “Código Penal, Parte Especial”, t. 1, Hammurabi, Buenos Aires, 2007.

Fontán Balestra, Carlos, “Tratado de Derecho Penal. Parte Especial”, t. IV, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1983.

Hart, H. L. A., “El concepto de derecho”, traducido por Genaro Carrió, 2ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.

Kent, Jorge, “La emoción violenta y las circunstancias extraordinarias de atenuación: dos figuras privilegiadas de estricta aplicación judicial”, *LL* 1990-B, 529.

Laje Anaya, Justo, “Breves estudios de Derecho Penal”, Lerner, Córdoba, 2011.

Laje Anaya, Justo, “Homicidio calificado por el vínculo y circunstancias extraordinarias de atenuación”, *JA* 1968-V-819/830.

Laje Anaya, Justo, “Uxoricidio provocado como circunstancias extraordinaria de atenuación”, *JA* 1970-6-673/685.

Langevín, Julián, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Tomo 15, LexisNexis, Buenos Aires, 2005.

Levene, Ricardo (h.), “El delito de homicidio”, Depalma, Bs. As., 1977.

López Bolado, Jorge D. “Los homicidios calificados”, Plus Ultra, Bs. As., 1975.

Molinario, Alfredo J., “Los delitos”, t. I, 1996, Ed. TEA, actualizado por Aguirre Obarrio, Eduardo.

Moresco, José Juan, “Principio de legalidad y causas de justificación (sobre el alcance de la taxatividad)”, *Revista Doxa* n° 24, Alicante, 2001.

Núñez, Ricardo C., “Análisis de la ley 21.338”, Lerner, 1976.

Núñez, Ricardo, “La reforma del Código Penal”, *L.L.*, t. 129.

Peña Guzmán, Gerardo, “El delito de homicidio emocional”, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1969.

Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, actualizado por Manuel A. Bayala Basombrio, 4ª edición. TEA, Buenos Aires, t. III, 1987.

Spolansky, Norberto, “Error, dolo y condiciones negativas del tipo penal” en *La Ley* t. 150 p. 256 y ss.

Zaffaroni, Eugenio Raúl y Arnedo, Miguel A., “Digesto de codificación penal argentina”, t. I, 1996, Ed. AZ, Bs. As.

Zaffaroni, Alagia, Slokar, “Derecho Penal, Parte General”, Ediar, Buenos Aires, 2005. ♦

PROXENETISMO

Explotación de un prostíbulo en la provincia de Tucumán. Procesamiento. Cambio en la calificación del hecho. Trata de personas y proxenetismo. Libertad individual. Competencia federal. Prisión preventiva.

***Hechos:** La sentencia dispuso el procesamiento con prisión preventiva del dueño de un prostíbulo y de la encargada del local por el delito de trata de personas con fines de explotación sexual. Apelado el decisorio, la Cámara Federal de Tucumán, modificó la calificación legal por la de proxenetismo, dispuso ahondar la investigación a efectos de acreditar la comisión del delito de trata de personas y sostuvo la competencia federal para seguir entendiendo en la causa ante la posible existencia de un concurso ideal entre ambos delitos. Por último, revocó la prisión preventiva.*

1. — La calificación legal del hecho por el que fueron procesados los imputados, en la figura de trata de personas, debe modificarse a la de proxenetismo si de las pruebas agregadas no se advierte infracción al bien jurídico “libertad

individual” —arts. 145 bis y 145 ter del Código Penal—, sino un aprovechamiento económico del ejercicio de la prostitución, máxime cuando tampoco puede sostenerse que medió reclutamiento con la separación de la persona de su familia o lugar de origen, mediante el traslado hasta un destino de utilización sexual o laboral.[1]

2. — Frente a la posibilidad de concurrencia ideal entre un delito común, como es el prescripto por el art. 127 del Código Penal —proxenetismo— y otro de índole federal, como es el caso del delito previsto por el art. 145 bis, es al fuero federal al que le corresponde continuar con la sustanciación del proceso, ello en virtud de la especialidad que caracteriza a ese fuero de excepción.
3. — La prisión preventiva decretada respecto de los procesados por hechos que fueron calificados como proxenetismo debe revocarse si no existen elementos que hagan presuponer que intentarán eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones, máxime cuando tienen domicilio constituido, no poseen antecedentes penales de condena y, en todo momento, estuvieron a disposición de la justicia.

Algunas consideraciones sobre el delito de trata de personas con fines de explotación sexual

POR PABLO CANNATA

Sumario: I. Introducción. II. Antecedentes de la causa. III. Sobre los fundamentos del fallo. IV. La decisión adoptada. V. Nuestra opinión. VI. El concurso aparente. VII. Algunas conclusiones.

I. Introducción

En el marco de una causa en la que se investiga el delito de trata de personas, la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán confirmó el auto de procesamiento dispuesto en contra de L.R.G. y M.J.B., modificando la calificación legal endilgada (art. 145 bis y 145 ter, inc. 4 y penúltimo párrafo del CP) por la prevista en el art. 127, primera parte,

del CP (que pena el “proxenetismo”), revocando la prisión preventiva oportunamente dispuesta en contra de los nombrados. (1)

En el fallo en estudio, el Tribunal de Alzada toma posición respecto de varias cuestiones atinentes al delito de trata de personas (en este caso, con fines de explotación sexual) hartamente discutidas en la doctrina, como el bien jurídico tutelado por la figura penal, sus acciones típicas, la competencia federal, el concurso con otros delitos, etc., lo que -en definitiva- pone en evidencia los diferentes matices de este complejo tipo penal.

II. Antecedentes de la causa

La causa se inicia con una denuncia anónima que noticiaba sobre un prostíbulo donde supuestamente eran explotadas mujeres menores de edad, circunstancia que motivó el inicio de tareas de inteligencia a cargo de personal de Gendarmería Nacional.

(1) Sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán, de fecha 20 de diciembre de 2013, dictada en los autos: “G.L. y otros s/Infracción Ley 26.364”, Expte. n° 18746/2012, del Juzgado Federal n° 2 de Tucumán.

CFed. Tucumán, 20/12/2013. - G., L. R. y otros s/ infracción ley 26.364.

[Cita on line: AR/JUR/108930/2013]



JURISPRUDENCIA VINCULADA

La **Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán**, sala civil y penal en "I., D.G. y otros s/ privación ilegítima de la libertad y corrupción", 17/12/2013, Sup. Penal 2014 (marzo), 35, LA LEY 2014-B, 37, LA LEY 17/03/2014, 11 P. M., LLNOA 2014 (abril), 318, LLNOA 2014 (mayo), 425, DJ 11/06/2014, 66, AR/JUR/84594/2013, sostuvo que quien fue apuntado como dueño de un prostíbulo debe ser declarado penalmente responsable por el delito de retención y ocultamiento agravado para el ejercicio de la prostitución, pues numerosas declaraciones dan cuenta del lugar relevante y de decisión que ocupaba en el grupo de personas que comercializaban y administraban la explotación sexual de mujeres, entre las cuales se ubicó directamente a la víctima.

La Plata, abril 9 de 2014.

1ª ¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el señor Fiscal Adjunto

ante el Tribunal de Casación Penal? 2ª ¿Lo es el presentado por el señor Defensor Oficial de Casación Penal?

El doctor *Genoud* dijo:

Prioritariamente al tratamiento de los recursos interpuestos, esta Corte debe analizar si se encuentra o no vigente la acción penal de los delitos de resistencia a la autoridad y lesiones leves —que concurren idealmente entre sí; causa 2614— y de resistencia a la autoridad, lesiones leves y daño —todos en concurso ideal entre sí; causa 2636— que junto a otros ilícitos en concurso material son imputados al acusado F.

Pues es un criterio consolidado que la prescripción puede (y debe) ser declarada, incluso, de oficio, en cualquier instancia del proceso y por cualquier tribunal, por tratarse de una cuestión de orden público que, como tal, opera de pleno derecho, por el sólo "transcurso del tiempo" (P. 50.959, sent. del 17/V/2000; P. 61.271, sent. del 23/VIII/2000; P. 62.689, sent. del 3/X/2001; P. 70.374, sent. del 28/IX/2005; entre muchas otras).

Por otra parte resulta innecesario establecer si debe aplicarse en el caso la tesis del paralelismo en el concurso ideal de delitos, en tanto ha operado el lapso previsto para los tipos de los arts. 89, 183 y 239 del Cód. Penal, que simbolizan las calificaciones que forman parte de la aludida relación concursal (art. 62

Dicha fuerza de seguridad pudo constatar que, efectivamente, en el lugar denunciado funcionaba un prostíbulo, propiedad de L.R.G., quien -a su vez- había designado como encargada del local a M.J.B. toda vez que, entre ambos, existió una relación sentimental.

Asimismo, pudo determinarse que en el local trabajaban alrededor de cinco mujeres (de entre 21 y 30 años de edad) y que la mayoría de ellas vivieron en dicho lugar y se desenvolvían -en principio- con total libertad, ya que fueron observadas limpiando la vereda sin custodia. Que para trasladarse utilizaban dos motos (también propiedad de L.R.G.) y un taxi (propiedad del hermano de L.R.G.). Que el dinero recibido por las mujeres -por servicios sexuales o consumo de bebidas en el local- se entregaba a la encargada (M.J.B.), quien llevaba el control de todos los ingresos, registrando cada uno de ellos en una planilla.

Con los informes producidos por Gendarmería Nacional, el magistrado actuante dispuso una serie de allanamientos, tanto en el local como en diferentes domicilios particulares, recabándose

-posteriormente- el testimonio de F.C.O., presunta víctima del delito de trata de personas con fines de explotación sexual. Durante la entrevista, F.C.O. comentó que ingresó a trabajar en el local de L.R.G. gracias a la gestión de su amiga, la encargada del lugar (M.J.B.), quien anotaba los pases y recibía la mitad de la plata que ganaba. Posteriormente, con los elementos de prueba recolectados, se dispuso la detención de L.R.G. y M.J.B.

Al prestar declaración indagatoria, M.J.B. reconoció ser trabajadora sexual y ex pareja de L.R.G. Sostuvo que era estudiante de abogacía y que alquilaba el departamento en donde vivía. Explicó, a su vez, que subalquilaba a otras mujeres que ejercían, también, la prostitución pero libremente, sin coacción alguna. A su turno, L.R.G. negó los hechos atribuidos, indicando ser propietario del domicilio allanado, el cual, al momento de los sucesos, se encontraba alquilado.

En definitiva, el juez *a quo* dispuso el procesamiento con prisión preventiva de L.R.G. y M.J.B. por resultar presuntos co-autores del delito de trata de personas con fines de explotación sexual

inc. 2, Cód. cit.). En efecto, en el caso, desde la sentencia del Tribunal de Casación Penal, pronunciada el 15 de abril de 2010 (fs. 66/72 vta.) ha transcurrido el plazo de dos años previsto para los delitos tipificados en los arts. 89, 183 y 239 del Cód. Penal, sin que durante ese período mediase factor interruptivo alguno del curso de la prescripción sea, en atención al catálogo cerrado de actos procesales revestidos con tal aptitud por el art. 67 citado en su párrafo cuarto, incs. "b" a "e", sea porque tampoco se verifica la concurrencia de la restante causa del inc. "a", a tenor de los informes del Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal y de la Dirección de Antecedentes Personales del Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires agregados en la causa (ver fs. 142/144 y 153/158).

De todo lo expuesto se sigue que corresponde declarar de oficio la extinción de la acción penal por prescripción respecto de J. G. F. en orden a los delitos de resistencia a la autoridad (dos hechos), lesiones leves (dos hechos) y daño, por los que venía condenado junto con otros ilícitos (arts. 54, 55, 59 inc. 3, 62 inc. 2, 67 —texto según ley 25.990—, 89, 183 y 239 del C.P.). Por ello y en atención a lo que se resuelve en la cuestión siguiente, deben volver las actuaciones a la instancia de grado para que se individualice la pena de los delitos que subsisten, de acuerdo con los índices de graduación pertinentes (arts. 40 y 41 del C.P.). Voto por la afirmativa.

agravado por el número de víctimas y por haberse consumado la explotación (arts. 145 bis y 145 ter, inc. 4 y penúltimo párrafo del CP). Apelada que fuera la sentencia, el tribunal *ad quem* confirmó la resolución, sin embargo modificó la calificación legal por el tipo penal previsto en el art. 127 CP (proxenetismo), disponiendo la inmediata libertad de L.R.G. y M.J.B.

III. Sobre los fundamentos del fallo

La sentencia, antes de ingresar en el caso particular, realiza todo un análisis sobre el tipo penal en cuestión; establece, por ejemplo, el concepto de trata de personas, el marco legal aplicable a tal figura, delimita el bien jurídico tutelado, describe las acciones típicas y expone las características propias de este delito.

Para definir este tipo penal, el tribunal *ad quem* remite al Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

El doctor *Soria* dijo:

Adhiero al voto del Juez Genoud. Siendo que los hechos aquí en juzgamiento acontecieron con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 25.990 (B.O., 11/1/2005), se rigen indudablemente por sus previsiones (art. 18, C.N.). Con todo es dable señalar que ya con anterioridad a su dictado sostuve que a los efectos de determinar si ha operado o no el plazo de prescripción de la acción penal, deben analizarse separadamente cada uno de los delitos atribuidos al imputado sea que concurren materialmente (art. 55, C.P. —conf. P. 79.797 —"Vasallo", sent. de 28/V/2003—) o de manera formal (art. 54, C.P. —conf. P. 66.793 —"J., J. s/ Abuso de armas", sent. de 9/XII/2003— y P. 85.149 —"T., J. H. Calumnias e injurias en concurso ideal", sent. de 29/IX/2004—), pues, la regla que determina que el plazo de prescripción debe correr independientemente para cada delito no autoriza a efectuar distingos, según se trate de una u otra forma concursal.

Aunque ahora lo dispuesto en el quinto párrafo del art. 67 del Cód. Penal —según ley 25.990, cit.— no deja margen para ninguna discusión, adscribiendo sin ambages a la llamada "tesis del paralelismo". Por ello y demás consideraciones expresadas en el voto del ponente, hallándose satisfechos todos los requisitos necesarios para que opere el instituto de la prescripción respecto de los delitos aludidos en la cuestión en trato, doy el propio por la afirmativa.

Conforme a dicho instrumento internacional, la trata de personas es *"la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos"*.

El fallo explica que la trata de personas se integró al derecho argentino -como delito autónomo- mediante la sanción de la ley 26.364 -publicada en el Boletín Oficial el 30/04/08-, que incorporó los artículos 145 bis y 145 ter a nuestro Código Penal. Con posterioridad, se sancionó la ley 26.842 -publicada en el Boletín Oficial en fecha 27/12/2012- quedando redactados los citados artículos de la siguiente manera:

Los doctores *Kogan, de Lazzari y Negri* por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Genoud, votaron la cuestión previa también por la afirmativa.

El doctor *Genoud* dijo:

1. La Sala Primera del Tribunal de Casación Penal, en cuanto interesa, eliminó la agravante genérica contenida en el art. 41 quáter del Cód. Penal y redujo la pena impuesta al procesado F. a once años de prisión (fs. 66/72 vta.).

Sostuvo, a esos fines, que “la sola concurrencia de un menor de edad en la comisión del hecho, no habilita su aplicación automática. Debe —para ello— acreditarse que el mayor se haya aprovechado o valido del mismo, o que lo haya iniciado en la senda criminal. Ese ‘proselitismo delictivo’ no se ha acreditado en el fallo, ni invocado por el acusador, por lo que debe ceder” (del voto del doctor Sal Llargés que concitó —sólo en este argumento— el acuerdo de los demás integrantes del tribunal; fs. 69 vta. tercer párrafo y 71).

2. El recurrente denuncia inobservada la referida ley sustantiva en el entendimiento que las circunstancias acreditadas permiten subsumir el caso en la referida agravante, conforme lo decidido por el órgano de juicio. En tal sentido recordó los objetivos perseguidos por el legislador con la sanción de la ley 25.767 de dar

respuesta a la sociedad frente a la participación en los delitos cometidos por mayores y menores, por la sensación de impunidad que la sanción de los menores genera, e intentar evitar que los mayores utilicen a los menores para la comisión de delitos, de modo de proteger a estos últimos (fs. 92).

Señaló que el texto de la norma “no especifica que debe comprobarse un deslinde de responsabilidad hacia el menor. Es decir, no requiere a los fines de incrementar la escala punitiva aplicable para el o los mayores que intervinieran en el hecho, otra exigencia que alguno de los delitos previstos en el ordenamiento de fondo sea cometido con la intervención de menores de dieciocho años de edad, de donde la exigencia subjetiva de finalidad, carece de virtualidad para su aplicación” (fs. idem). De tal manera consideró que debía restablecerse su imposición —y la consiguiente sanción fijada en origen— puesto que se comprobó en el escenario de los hechos la presencia de un menor, lo que refleja la mayor peligrosidad del encartado, derivada de la decisión de hacer participar a aquel o de haber aceptado su concurrencia (fs. 92 vta.).

3. El señor Subprocurador General sostuvo el recurso y propició su acogimiento (fs. 129/130 vta.).

En sentido diverso, el señor Defensor solicitó a fs. 136/137 vta. se declare inadmisibile el recurso fiscal en

Art. 145 bis del CP: “Será reprimido con prisión de cuatro a ocho años, el que ofreciere, captare, trasladare, recibiere o acogiere personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países, aunque mediare el consentimiento de la víctima.”

Art. 145 ter del CP: “En los supuestos del artículo 145 bis la pena será de cinco a diez años de prisión, cuando: 1) mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima; 2) la víctima estuviere embarazada, o fuere mayor de setenta años; 3) la víctima fuera una persona discapacitada, enferma o que no pueda valerse por sí misma; 4) las víctimas fueren tres o más; 5) en la comisión del delito participaren tres o más personas; 6) el autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, a fin en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de una fuerza de

seguridad, policial, o penitenciaria. Cuando se lograra consumir la explotación de la víctima objeto del delito de trata de personas la pena será de ocho a doce años de prisión. Cuando la víctima fuere menor de dieciocho años la pena será de diez a quince años de prisión.”

Como parte medular del fallo analizado, el Tribunal *ad quem* afirmó que el bien jurídico protegido por las figuras de los arts. 145 bis y 145 ter del CP es la “libertad individual”. En efecto, expresamente sostuvo que “la trata de personas implica, lisa y llanamente, la pérdida de la libertad de la víctima en manos de su tratante, quien la captó y trasladó de manera ilegal, ya sea dentro del país o de un estado a otro, abusando de las condiciones de vulnerabilidad social, cultural o económica, para su explotación (laboral, económica o sexual) siendo ellas las notas básicas del delito en examen”.

Al analizar el delito en cuestión, el tribunal *ad quem* someramente describió las acciones típicas que comprende el delito de trata de personas; de esta manera, sostuvo que la acción de ofrecer se consuma con la sola oferta o promesa de entrega

función de los agravios que entienda le ocasionaría su eventual acogimiento; petición sobre la cual deviene innecesario pronunciarse pues, más allá de las consideraciones que pudieran formularse, la queja no prospera (art. 421 del C.P.P.).

Si bien es cierto que desde la interpretación literal no se verifica que se exijan elementos subjetivos también lo es, como lo reconoce [el señor Subprocurador] en su dictamen, que existen otras interpretaciones —nacidas a partir de los diferentes proyectos de ley que gestaron a la agravante en cuestión—, entre las cuales se encuentra aquélla que entiende que la participación debe haber pretendido descargar la responsabilidad en los jóvenes o que los mismos deben ser instigados por los adultos; y —al menos otra—, que estima que la agravante tiene en miras la utilización de un menor para la comisión del ilícito, o cuando se demuestre alguna influencia sobre el mismo para impulsarlo a delinquir.

En ese contexto y teniendo especialmente en cuenta la escasa diferencia de edad verificada en el caso entre el imputado —21 años— y el menor, la postura asumida por el órgano casatorio de descartar el juego directo de la preceptiva objetada ante la falta del elemento subjetivo que entendió injustificado en la causa ni invocado por esa parte acusadora, no ha sido fundamentamente controvertida en la impugnación; por el contrario, en

opinión del recurrente, la conducta del imputado daría sentido a la agravante en razón de la mayor peligrosidad evidenciada por su decisión de hacer participar al menor o al menos aceptar su concurrencia, y las notas anímicas de su propio razonar se contraponen con la prevalencia de la lectura literal de la norma por la cual aboga, técnica ineficaz para demostrar violación legal alguna en la significación jurídica asignada al hecho (art. 495, C.P.P.). Por lo expuesto, voto por la negativa.

El doctor *Soria* dijo:

1. En el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley bajo estudio, el señor Fiscal Adjunto ante el Tribunal de Casación Penal postuló como único agravio la inobservancia de la agravante estatuida en el art. 41 quáter del Cód. Penal, pues —a su entender— las circunstancias fácticas debidamente acreditadas en autos permiten su aplicación a uno de los delitos de robo con armas atribuido al imputado (fs. 92). Se queja de los argumentos que llevaron al órgano casatorio —a partir del voto del Juez Sal Llargués, a cuya parcela adhirieran los otros votantes— a desconsiderar la aplicación de esa agravante genérica, con sustento en que “la sola concurrencia de un menor de edad en la comisión del hecho, no habilita su aplicación automática”, debiendo acreditarse que el mayor se haya aprovechado o valido del menor o lo haya iniciado en la senda criminal.

de la persona para ser explotada, no siendo necesario que sea aceptada. La *captación* implica ganar la voluntad, atraer, reclutar a quien va a ser víctima de este delito, resultando indiferente el medio por el cual se haga. El *transporte y/o traslado* consiste en llevar a la víctima de un lugar a otro y se configura aun cuando no haya llegado a destino. La *acción de acoger* implica dar hospedaje, alojar, admitir, esconder o brindar a la víctima protección física para impedir el descubrimiento de su condición de persona explotada presente o futura. La *recepción* alude a tomar, admitir a la víctima, haciendo referencia, por lo general, al lugar de destino de la explotación, que igualmente puede no ser fijo.

El fallo en estudio expresa que la trata tiene por finalidad la explotación de un ser humano, para lo cual las víctimas son retenidas en el lugar de explotación mediante amenazas, falsas deudas, mentiras, coacción, violencia y bajo tales condiciones son sometidas a esclavitud. En cuanto al aspecto subjetivo del delito, existe coincidencia en la doctrina respecto de que se trata de una figura dolosa que requiere que las conductas típicas estén orientadas

a la finalidad de explotación de la víctima que también debe ser conocida por el autor.

De esta forma, el tribunal sostuvo: *“al requerir la figura la finalidad de explotación como intención interna trascendente, cobran relevancia los mecanismos de control y coerción empleados por los tratantes con miras a mantener a las damnificadas en condición de explotadas (por ejemplo, restricción de la libertad de circulación mediante condiciones de encierro y vigilancia permanente, alejamiento del núcleo familiar y lugares de origen, retención de documentos, amenazas a la vida de los seres queridos, violencia física, abusos sexuales, etc.)”*.

A la par de ello, el *ad quem* también realizó una serie de reflexiones en torno al delito de proxenetismo, previsto en el art. 127 del CP, primer párrafo, que dispone: *“será reprimido con prisión de cuatro a seis años, el que explotare económicamente el ejercicio de la prostitución de una persona, aunque mediar el consentimiento de la víctima”*.

Expresó que la figura analizada integra los delitos contra la integridad sexual (Título III del CP) siendo

Considera, contrariamente a lo allí decidido, que lo único que reclama ese precepto a los fines de incrementar la escala punitiva aplicable al delito cometido es que lo haya sido con la intervención de un menor de dieciocho años de edad, “de donde la exigencia subjetiva de finalidad, carece de virtualidad para su aplicación” (fs. 92).

Dice que en el caso la intervención de un menor de edad en el hecho se trata de un dato fáctico adecuadamente demostrado y que la mayor peligrosidad que justifica el plus punitivo “deriva de la decisión de hacerlo participar al menor o de haber aceptado su ‘concurriencia..’” (fs. cit. y vta.).

2. Al dictaminar el señor Subprocurador General a fs. 128/133 vta., sostuvo el recurso fiscal.

3. Como señalé al votar la causa P. 107.881, sent. de 7/IX/2011, de los diversos proyectos de ley tratados en oportunidad de sancionarse el precepto en cuestión, prevaleció el texto finalmente aprobado frente a otros que proponían otras fórmulas. En el trámite parlamentario al que se hace referencia tales proyectos de ley fueron —juntamente— tratados sobre tablas en la Cámara de Diputados el 14/VIII/2002, en la 11° Sesión Ordinaria (expedientes 3143-D-01, autoría del Dip. Fayad, que reprodujo el presentado tiempo antes en coautoría con la Dip. Carrió exp. 1705-D- 98; 1350-D-

02, autoría de la Dip. Roy; 2002-D-02, autoría de la Dip. Martínez; 2248-D-02, autoría del Dip. Martínez Llano; y 4624-D-02, autoría del Dip. Saredí).

Allí se acordó un texto único que el 20/IX/2002 fue girado al Senado de la Nación, siendo tratado tiempo después (teniendo también a la vista, según se informa, el expediente 1934-S-02, de autoría del Sen. Pichetto), en la Orden del Día N° 936, recibiendo sanción definitiva el 6/VIII/2003, según el texto que expresa la ley 25.767 (B.O., 1/IX/2003).

En los diferentes textos puestos a consideración, la agravante —cuya incorporación al Cód. Penal fue propuesta como art. 10 bis, 41 quáter, complementario del art. 45 o 45 bis— preveía el aumento de la escala penal del delito respectivo con fórmulas no siempre equivalentes.

Así se establecía que la agravante tendrá lugar cuando el agente “... delinquire con la intervención de un menor que no ha cumplido 18 años o se valiere o sirviere de éste o lo determinare directamente a cometerlo” (proyecto Fayad-Carrió, y de similar tenor el proyecto Roy); “... si los hechos se cometieren sirviéndose de niños o en perjuicio de éstos”, entendiéndose por tales a los menores de 18 años (proyecto Martínez); “... cuando en el hecho hubieren intervenido menores, imputables o no, o se hubiere determinado a los mis-

éste el bien jurídico protegido por el tipo penal, en el cual la idea esencial es que el autor explota las ganancias que provienen del ejercicio de la prostitución, como un comercio del que se obtienen entradas, es decir, la conducta típica consiste en explotar económicamente a cualquier persona.

IV. La decisión adoptada

En lo que respecta al caso particular, el tribunal *ad quem* sostuvo que las conductas atribuidas a los imputados L.R.G. y M.J.B. no encuadraban -por ahora- en la figura de trata de personas prevista en los arts. 145 bis y 145 ter del CP, ya que de las pruebas agregadas en autos no se advertía infracción al bien jurídico “libertad individual” tutelado por la normativa citada. Por el contrario, entendió que vuelta la causa a origen el *a quo* debía ahondar en la investigación de la causa y disponer nuevas medidas de prueba tendientes a determinar la presunta comisión, por parte de L.R.G. y M.J.B., del delito de trata de personas con fines de explotación sexual.

Sin embargo, el tribunal consideró que en autos se había consumado un aprovechamiento económico

del ejercicio de la prostitución, siendo L.R.G. y M.J.B. penalmente responsables del tipo penal previsto por el art. 127, primera parte del CP (proxenetismo).

Finalmente, los vocales de Cámara entendieron que “*frente a la posibilidad de concurrencia ideal entre un delito común -como el prescripto por el art. 127 del CP- y otro de índole federal -como el delito previsto por el art. 145 bis del CP- corresponde al fuero federal continuar con la sustanciación del proceso.*”

En conclusión: la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán confirmó el auto de procesamiento dictado en contra de L.R.G. y M.J.B., modificó la calificación legal impuesta en contra de ellos por la del tipo penal previsto por el art. 127 del CP (proxenetismo) y dispuso ahondar la investigación de la causa a efectos de acreditar la comisión del delito de trata de personas, sosteniendo la competencia federal para continuar entendiendo en la causa ante la posible existencia de un concurso ideal entre ambos delitos.

¿Fue correcto lo resuelto? Es decir, ¿puede concurrir idealmente el delito de trata de personas con fines de explotación sexual y la figura del

mos directamente a cometerlo” (proyecto Pichetto); “quienes perpetraren un delito [...], juntamente o con la participación de personas menores de edad...”, en cuyo caso se preveía una pena diversa a la establecida para el delito respectivo “por la inclusión del menor” (proyecto Martínez Llano).

Finalmente, con un contenido pensado en la responsabilidad penal de los padres, tutores y guardadores que omiten velar por el buen comportamiento de los menores bajo su patria potestad tutela o guarda (proyecto Saredi).

De todas esas fórmulas prevaleció la que expresaba como común denominador la agravación del hecho cuando “sea cometido con la intervención de menores de dieciocho años de edad”, quedando relegadas las que especificaban el “valerse” o “servirse” de un menor, inimputable o no, con el fin de descargar la responsabilidad criminalidad en él, o las de inducción o instigación (el que determinare a un menor de 18 años directamente a cometer un delito determinado).

Por ello, si bien el sentido de los diversos proyectos parlamentarios, por sus fundamentos y por la discusión en el trámite de la sanción, reflejan como objetivo primordial de la agravante “desalentar la utilización de menores para delinquir o su intervención en la comisión de delitos” (Fayad), y que la mayor severidad

punitiva tenga “efecto disuasivo”, pues “[l]os adultos deben saber que formar, alentar y acompañar a un menor en el delito, es un hecho grave, y que conlleva, necesariamente, una mayor responsabilidad de su parte...” (Pichetto), primó como fórmula abarcativa de todas las expresiones en danza la del hecho cometido “con la intervención de menores”, por sobre la de “utilización de menores”, “servirse o valerse de menores”, que por definición comprenden el “aprovechamiento”. Con quedar también esas conductas comprendidas en la agravante no parecen ser las únicas que le dan sentido.

Como vemos el criterio amplio ha sido preferido por el propio legislador frente a otras fórmulas más restrictivas que se discutieron en ocasión de sancionarse el precepto. Ya por esto no puede refrendarse la interpretación que del art. 41 quáter efectuó el tribunal recurrido, pues los propios antecedentes parlamentarios cuya utilidad para conocer el recto sentido y alcance de la ley ha sido siempre reconocida por la Corte federal, despejan toda duda al respecto (Fallos 321:2594; 323:3386; 325:2386).

4. Por lo demás, también ha sostenido que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, las palabras deben entenderse empleadas en su verdadero significado —el que tienen en la vida diaria—, y cuando la ley emplea varios términos, no son superfluos, sino

proxenetismo? ¿Es competente la justicia federal para entender en la presente causa?

V. Nuestra opinión

A los fines de intentar resolver los interrogantes planteados precedentemente, corresponde, previamente, esbozar algunas consideraciones en torno al concurso aparente de delitos para luego adoptar una posición sobre los temas en cuestión.

VI. El concurso aparente

A diferencia de lo que sucede en el concurso ideal (en el que para valorar plenamente la gravedad de un hecho hay que aplicar varias disposiciones legales), en el llamado concurso aparente de las diversas leyes concurrentes en un mismo hecho sólo una de ellas es realmente aplicable, quedando desplazadas las demás conforme a diversos criterios interpretativos elaborados tanto por la doctrina como la jurisprudencia. (2) Es

decir, habrá concurso aparente cuando un hecho sea alcanzado por varios preceptos penales, de los cuales sólo uno —que por sí mismo basta para aprehender todo el desvalor del hecho— puede aplicarse, puesto que su estimación conjunta supondría un *bis in idem*. (3) Estamos en presencia —entonces— de un solo delito, abarcado por un solo tipo penal.

La mayoría de la doctrina, para determinar si existe un concurso de delitos o, por el contrario, un concurso aparente y, en su caso, establecer qué norma se aplica y cuál es desplazada, acepta los siguientes tres principios fundamentales: a) especialidad, b) consunción y c) subsidiariedad. Sin embargo no hay acuerdo sobre el contenido y/o el alcance de cada principio.

a) Principio de especialidad: existe concurso aparente cuando de los varios preceptos o tipos que aparentemente concurren, uno de ellos contempla más específicamente el hecho que

(2) MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, “Derecho Penal, Parte General”, 4ª edición, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 538.

(3) MIR PUIG, Santiago, “Derecho Penal, Parte General”, Ed. B de F, Montevideo — Buenos Aires, 2004, p. 646.

que han sido empleados con algún propósito, sea de ampliar, de limitar o de corregir conceptos, por cuanto, en definitiva, el fin primordial del intérprete es dar pleno efecto a la voluntad del legislador (conf., por muchos, Fallos 326:1778; 327:769 y 5736; 328:456); y, además, cuando ésta no exige esfuerzo de comprensión debe ser aplicada directamente, sin que sea admisible efectuar consideraciones ajenas al caso que aquella contempla (Fallos 313:1007; 314:458; 315:1256; 318:950; 324:2780; 330:4476). Siempre teniendo en cuenta que no corresponde a los jueces sustituir al legislador, sino aplicar la norma tal como éste la concibió (Fallos 300:700).

5. En esto acierta el recurrente cuando señala que el tribunal revisor ha delimitado erróneamente el contenido del precepto en cuestión cuando señala que aquél reclama que debe acreditarse en el caso que el mayor se haya aprovechado o valido del menor de edad, o lo haya iniciado en la senda delictiva, o inducido al delito.

6. Claro está que de la fuerza prevalente de la interpretación literal y la voluntad del legislador, no parece derivarse como conclusión inescrutable que la circunstancia comprobada de la presencia en el escenario de los hechos de un menor de edad abastece la agravante, sin atender al real sentido de los distintos ingredientes que la componen.

La norma agrava la pena respecto de los mayores que hubieran participado en alguno de los delitos contemplados en el digesto penal, cuando en él haya existido la “intervención” de un menor de dieciocho años de edad. Esa “intervención” del menor a que alude el precepto es aquella con significado jurídico, penalmente relevante, lo cual se da cuando éste interviene en el hecho en el cual participa el mayor a través de algunas de las formas de autoría o participación previstas en el sistema penal (arts. 45 y 46 del C.P.).

Por supuesto que por fuera de los casos prototípicos, podrá siempre existir algún supuesto en el que corresponda efectuar un mayor esfuerzo para elucidar si por la particular configuración del suceso en el que participan en sentido amplio un mayor y un menor de edad la intervención del primero interesa ese énfasis punitivo; pero este no es uno de aquellos casos marginales.

7. Por lo demás, como señala la Procuración en su dictamen, aun cuando no se requiera aquel plus al que refiriera el fallo casatorio (inducir, influir, instigar, aprovecharse de), debe existir el elemento subjetivo exigible respecto de cualquier circunstancia que integra el tipo objetivo en los delitos dolosos (fs. 129 vta.).

8. En el caso, en relación con el hecho que nos ocupa (causa 2614) se tuvo por acreditado que el 31 de agosto

los demás, debiendo resolverse el caso aplicando sólo la ley más especial (*lex specialis derogat legem generalem*). (4)

b) Principio de consunción: esta relación entre tipos se da cuando uno de ellos encierra a otro, pero no porque lo abarque conceptualmente (algo propio del principio de especialidad) sino porque “consume” el contenido material de su prohibición (*lex consumens derogat legi consumtae*). (5) Ocurre varias veces que un delito engloba hechos o conductas que en sí mismos constituyen sendos delitos, pero que no se castigan autónomamente porque su desvalor va incluido en el desvalor del delito del que forman parte. (6)

c) Principio de subsidiariedad: esta regla, conocida con la máxima *lex primaria derogat legi subsidiariae*, supone la aplicación de la norma subsidiaria sólo cuando la principal no es aplicable. Es decir, solamente se aplicará uno de los tipos involucrados (el subsidiario) en caso de inaplicabilidad del o de los otros involucrados (más gravosos). (7)

VII. Algunas conclusiones

A nuestro entender, el fallo de la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán realizó un correcto análisis del delito de trata de personas con fines de explotación sexual, abarcando plenamente todos los matices de este complejo delito (como la descripción del marco legal aplicable o de las diferentes acciones típicas incluidas en la figura penal). En este sentido, cobra relevancia cómo el Tribunal

(4) MIR PUIG, Santiago, “Derecho Penal, Parte General”, Ed. B de F, Montevideo — Buenos Aires, 2004, p. 648.

(5) ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, “Derecho Penal, Parte General”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 832.

(6) MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, “Derecho Penal, Parte General”, 4ª edición, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 540.

(7) CARAMUTI, Carlos S., “Código Penal y Normas Complementarias. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial” -Dirección: David BAIGÚN y Eugenio R. ZAFFARONI- t. II (comentario a los arts. 54 a 58), Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2002, p. 362.

de 2007 el aquí imputado J. G. F. junto con el menor J. V. —de 17 años de edad— ingresaron al comercio “Dash Deportes” del partido de San Miguel y mediante violencia y el uso de un arma de fuego —que en el debate quedó acreditado que portaba F.— sustrajeron dinero y efectos personales a los del lugar, retirándose con el botín, para seguidamente subir al colectivo de la línea 303 —interno 230—, constatándose que uno de los sujetos, el mayor, portaba sin la debida autorización un revólver cargado calibre 32, quien al tratar de huir del transporte una vez divisado por el personal policial desobedeció la orden impartida y resistió a golpes lesionando en forma leve a uno de los preventores.

De las constancias del expediente no cabe duda que se hallan configurados los presupuestos de aplicación de la agravante, en tanto F. en coautoría con el menor perpetraron el desapoderamiento violento narrado, llevando como quedó además acreditado F. la iniciativa, portando el arma de fuego y efectuando posteriormente la resistencia contra el personal policial.

9. Para terminar, no se me escapa que F. para entonces era un joven de 21 años de edad, y de 17 años el menor J. V. que intervino junto a él, lo cual refleja poca distancia temporal entre ambos que podrá hallar mérito en ocasión de determinarse la cuantía punitiva. Lo relevante es que, aun cuando ambos han incurrido

en un comportamiento ilícito, en el caso de gravedad, el legislador les dispensa un trato diferencial, no sólo desde lo formal del enjuiciamiento sino también respecto del régimen sustantivo (vgr.: art. 4, ley 22.278).

Pues, como ha señalado la propia Corte federal ello se debe, entre otras cuestiones a considerar, a que los menores (niños o adolescentes) no tienen el mismo grado de madurez emocional que debe suponerse y exigirse en los adultos. Esta incuestionada inmadurez emocional impone, sin lugar a duda alguna, que el reproche penal de la culpabilidad que se formula al menor no pueda tener la misma entidad que el formulado normalmente a un adulto. Desde este punto de vista, la culpabilidad por el acto de aquél es de entidad inferior a la del adulto, como consecuencia de su personalidad inmadura en la esfera emocional (v. consid. 37 del caso “Maldonado”, Fallos 328:4343).

Sólo desde esa especial hermenéutica es dable afirmar que está inferido en el sentido de la agravante que quien participa en un hecho delictivo con un menor de edad se “vale” de un sujeto al cual el legislador de dispensa un trato diferencial y tuitivo.

Es claro que la finalidad del legislador es desincentivar o desalentar la comisión de delitos con la intervención o participación de menores de edad, sin que quepa ingre-

ad quem delimitó el bien jurídico tutelado por el tipo penal en torno a la “*libertad individual*”, en contraposición a la figura del proxenetismo que refiere a la “*integridad sexual*”.

Sin embargo, debemos disentir en torno a la solución adoptada por el Tribunal ya que, a nuestro criterio, las figuras penales de la trata de personas con fines de explotación sexual (arts. 145 bis y 145 ter del CP) y el proxenetismo (art. 127 CP) no pueden concurrir idealmente (art. 56 CP) puesto que -en este caso- nos encontramos frente a un caso de concurso aparente por consunción.

Consideramos que cuando confluyen en una causa (con identidad de sujeto y objeto) las figuras del proxenetismo y la trata de personas con fines de explotación sexual, el desvalor de la primera queda incluido en la segunda, es decir, la figura del tratante engloba al proxeneta, todo ello, claro, si nos referimos a un mismo sujeto activo.

A la par de ello, en el presente caso existe un claro conflicto de competencia atento a los tipos penales en pugna, ya que sólo el delito de trata

de personas es de competencia federal. Tal circunstancia no es ajena al Tribunal *ad quem* que resuelve mantener el fuero de excepción (aunque no esté comprobado el delito federal) y confirma el procesamiento de los imputados pero -ahora- en orden al delito previsto y penado por el art. 127 CP (proxenetismo), todo ello ante la posibilidad de una futura concurrencia ideal entre ambos tipos penales.

Disentimos, aquí también, con la decisión adoptada toda vez que, al no existir elementos de prueba que acrediten la consumación del delito de trata de personas, la justicia federal debió declararse incompetente y remitir la causa a la justicia ordinaria, la que —en definitiva- está facultada para analizar si cabe responsabilizar penalmente a los imputados por el delito previsto y penado por el art. 127 CP.

Es decir, los vocales de Cámara no debieron sostener la competencia federal ante la posible determinación de un concurso ideal entre delitos que se absorben entre sí, pues, culminaron aplicando al caso, en forma autónoma, el delito de proxenetismo -extraño al fuero federal-. ♦

sar a evaluar su razonabilidad. Pues, no huelga recordar que el control que al respecto compete a los órganos jurisdiccionales no incluye el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador (conf. C.S.J.N., entre otros, Fallos 308:1631; 323:2409).

10. Como resultado de lo dicho, propongo hacer lugar al recurso deducido por el señor Fiscal Adjunto ante el Tribunal de Casación Penal, casar la sentencia recurrida en cuanto eliminó la agravante genérica contenida en el art. 41 quáter con relación al art. 166 inc. 2, ambos del Cód. Penal —respecto de la causa 2614 seguida al imputado— y, asumiendo competencia positiva establecer que resulta aplicable al caso.

Con todo, a tenor de lo resuelto en la cuestión previa en razón de las prescripciones declaradas, sumado a la reposición de la agravante del 41 quáter que aquí se propicia, deberán volver los autos a la instancia a fin de graduar la pena a imponer. En consecuencia, voto por la afirmativa.

Los doctores *Kogan* y *de Lázari* por los mismos fundamentos del señor Juez doctor *Soria*, votaron la primera cuestión también por la afirmativa.

El doctor *Negri* dijo:

Adhiero al voto del doctor *Soria* con la sola aclaración en cuanto a que si bien por regla los fallos de la Corte de Justicia de la Nación no son vinculantes, pues sus alcances se encuentran limitados a los casos en que se dictan, su contenido puede, no obstante, ser receptado en orden a su validez intrínseca, como sucede en la especie en relación a los citados. Voto por la afirmativa.

2ª cuestión.— El doctor *Genoud* dijo:

Según el señor defensor, la sentencia del a quo resulta arbitraria en la medida que el examen de la individualización punitiva se apartó sin razón alguna de los parámetros fijados en el precedente P. 87.172 de esta Corte, así como de la postura delineada por la Corte federal con el fallo “Casal” acerca del derecho del imputado a obtener una revisión amplia de su condena y de la pena impuesta (fs. 105 vta./107 vta.). Con reflexiones además sobre el sistema reglado por los arts. 40 y 41 del Cód. Penal se disconforma concretamente con el monto determinado por la casación en la inteligencia que ese proceso tomó en consideración el punto medio de la escala pertinente, cuando, a su criterio, la dosimetría se realiza a partir del monto mínimo de aplicación a la especie, de acuerdo con los argumentos que sobre el tema expuso (fs. 108 vta./113 vta.).

Ahora bien, en la cuestión previa planteada se dispuso el reenvío de esta causa a la instancia anterior para que se mensure la pena correspondiente en razón de las prescripciones declaradas; siendo así, y teniendo en cuenta el reseñado contenido de la queja, su tratamiento carece por el momento de virtualidad (art. 421, C.P.P.). Así lo voto.

2ª cuestión.— El doctor *Soria* dijo:

Concuero con el ponente en que a tenor de lo resuelto en la cuestión previa en la que se dispuso la prescripción de la acción penal de los delitos de resistencia a la autoridad (dos hechos), lesiones leves (dos hechos) y daño, sumado a la reposición de la agravante del 41 quáter del Cód. Penal con relación al hecho de la causa 2614 propiciada, siendo que los autos deberán volver al tribunal de la instancia a fin de mensurar la nueva pena correspondiente al caso, la queja en tanto transcurre por el carril de su determinación, y el régimen de lo reglado por los arts. 40 y 41 del Cód. Penal, su tratamiento carece por ahora de virtualidad. Así lo voto.

Los doctores *Kogan*, *de Lázari* y *Negri* por los mismos fundamentos del señor Juez doctor *Soria*, votaron la segunda cuestión en igual sentido.

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, oído el señor Subprocurador General, se resuelve: 1. Declarar de oficio la extinción de la acción penal por prescripción respecto del procesado F. en relación a los delitos de resistencia a la autoridad (dos hechos), lesiones leves (dos hechos) y daño, por los que venía condenado junto con otros ilícitos (arts. 54, 55, 59 inc. 3, 62 inc. 2, 67 —texto según ley 25.990—, 89, 183 y 239 del C.P.). 2. Por mayoría, hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el señor Fiscal ante el Tribunal de Casación Penal, casar la sentencia recurrida en cuanto eliminó la agravante genérica contenida en el art. 41 quáter con relación al art. 166 inc. 2, ambos del Cód. Penal —respecto del expediente 2614 seguido al imputado— y, asumiendo competencia positiva, establecer que resulta aplicable al caso (art. 496 y concs. del C.P.P.). 3. Declarar inoficioso el tratamiento del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido por el señor Defensor Oficial ante el Tribunal de Casación Penal (art. 421 y concs. del C.P.P.). 4. Devolver la causa al tribunal a quo a fin de que se gradúe la pena a imponer al acusado J. G. F. de conformidad a lo aquí resuelto (art. 496 y concs. del C.P.P.). Regístrese y notifíquese. — *Héctor Negri*. — *Daniel F. Soria*. — *Luis E. Genoud*. — *Hilda Kogan*. — *Eduardo N. de Lázari*.

Homicidio preterintencional

POR JORGE ALBERTO DIEGUES

Sumario: I. Principios generales. — II. Casuística.

I. Principios generales

1. La figura del homicidio preterintencional prevista en el artículo 81 inciso b) del Código Penal exige que el autor obre dolosamente, aunque tal designio debe estar dirigido únicamente a la lesión, sin extenderlo a la muerte y requiere, a su vez, la producción del resultado como consecuencia del daño generado por el agente y que el medio empleado no deba razonablemente causar la muerte.

CNCrim. Corr., sala IV, B., J. A. y otros, 16/11/2010.

II. Casuística

2. Habiéndose acreditado que el imputado utilizó al menos un trozo de mármol durante la pelea entablada con la víctima, debe descartarse la preterintencionalidad de su conducta, pues la capacidad o idoneidad letal del trozo de mármol empleado surge evidente en virtud de su capacidad vulnerante.

CNCP, sala I, López, Cristian Raúl s/recurso de casación, 24/11/2010.

3. Corresponde sobreseer a dos imputados del delito de homicidio preterintencional con motivo del fallecimiento de una persona que fue golpeada en una pelea callejera, pues ninguno de ellos fue quien golpeó a la víctima ni se acreditó algún grado de participación por parte de ellos en los golpes que le habrían propinado, ni elemento alguno da cuenta de que hubieran promovido la reyerta u hostigado o insistido en su continuación, lo que hace imposible la imputación por falta de adecuación típica.

CNCrim. Corr., sala IV, B., J. A. y otros, 16/11/2010, DJ 23/03/2011, 94.

4. Corresponde sobreseer en orden al delito de homicidio preterintencional a quienes corrieron junto al agresor detrás de la víctima y presenciaron una pelea en la cual aquella recibió golpes que derivaron en su muerte, pues aun cuando los imputados

hayan mantenido una conducta pasiva frente al desarrollo de la pelea, permitiendo su continuación, ello no constituye per se la causación de un daño ni un tipo de colaboración, y no pudiendo tampoco hacérselos responder por omisión impropia, porque no se encontraban en posición de garante.

CNCrim. Corr., sala IV, Bartra, Joaquín Alejandro y otros, 16/11/2010, LA LEY 2010-F, 425.

5. Incurrir en homicidio preterintencional quien golpeó a otra persona causándole la muerte, pues aunque el acusado no hubiera tenido en un principio el dolo directo de matar y sólo el de lesionar, la desproporción del ataque y la pluralidad de golpes dirigidos a la víctima indican que podían razonablemente causarle la muerte.

CNCP, sala I, Saavedra Aliaga, Miguel Hugo s/recurso de casación, 12/06/2009.

6. Incurrir en homicidio simple, y no en homicidio preterintencional, quien impactó la cabeza de la víctima contra un muro, causándole la muerte, pues la contundencia de los golpes provocados son de por sí suficientemente idóneos para superar el umbral del delito de lesiones, de cualquier tipo, y son causa suficiente de homicidio.

CNCP, sala III, Corvalán, José Fabián s/recurso de casación, 11/02/2009.

7. Resulta correcta la decisión del sentenciante al descartar la comisión del delito de homicidio preterintencional postulado por la defensa -en el caso, se condenó al imputado como autor del delito de homicidio simple en concurso real con robo simple-, para arribar a dicha conclusión, tuvo en cuenta la diferencia de edad entre la víctima y el imputado, las dimensiones y peso del elemento utilizado, la fuerza utilizada en la aplicación de los golpes, la circunstancia de sorprender a la víctima durmiendo y la dirección de los golpes, pues ello representa un medio más que razonable para producir su muerte.

Corte de Justicia de la Provincia de Catamarca, Soria, Pablo Alberto, 14/07/2008, LLNOA 2008 (noviembre),

955, DJ 11/02/2009, 291, LLNOA 2009 (junio), 432 con nota de Luis Lezana Flores.

8. Corresponde procesar como coautores del delito de homicidio preterintencional a quienes, en el marco de una pelea callejera, aplicaron golpes de puño en la cabeza de la víctima ocasionándole un edema cerebral que derivó en su muerte, pues si bien debe descartarse la configuración de un designio homicida en tanto el medio empleado no debía razonablemente provocar la muerte, medió una relación de causalidad entre el fallecimiento y el daño a la salud causado mediante los golpes propinados por los encartados.

CNCrim. Corr., sala IV, Bragagnolo, 25/08/2008, LA LEY 13/01/2009, 3.

9. Incurrir en el delito de homicidio simple, y no en el de homicidio preterintencional, quien aplicó reiterados golpes de puño en la cabeza de la víctima a la cual continuó pateando una vez que ésta cayó al suelo, pues dicho proceder sumado a la notoria ventaja desde el punto de vista físico que tenía el encartado con respecto a aquélla, resulta demostrativo de que medió en el caso ánimo de matar.

Corte de Justicia de la Provincia de Catamarca, Pachao, José L., 22/05/2007, DJ 2007-III, 1236, LLNOA 2007 (agosto), 701.

10. Corresponde condenar en orden al delito previsto en el art. 81 inc. 1 b) del Código Penal a quien le ocasionó la muerte a una persona que sufría problemas respiratorios al propinarle golpes de puño en la zona nasal y frontal, ya que el encartado mediante una acción dolosa quiso producir un determinado resultado, que fue el de lesionar a la damnificada, y terminó provocando otro de mayor envergadura no buscado por su accionar, pues la contextura física de la víctima llevaba a suponer que un golpe no podría ocasionar razonablemente el deceso.

Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero, sala Criminal, Laboral y Minas, Navarro, Walter M., 09/05/2007, LLNOA 2007 (setiembre), 825.

11. Incurrir en homicidio simple y no en homicidio preterintencional quien golpeó con una maza para machacar milanesas a su pareja, pues aún de

aceptarse que el acusado no tenía en un principio el dolo directo de matar y sólo el de lesionar a su esposa, debió haber previsto que el objeto utilizado dirigida a la cabeza podía razonablemente causar la muerte.

CNCP, sala I, Vequi Martínez, Josué s/recurso de casación, 1/06/2006.

12. Debe tipificarse como homicidio preterintencional la muerte causada por un miembro del Servicio Penitenciario Federal que disparó a un interno mientras se daba a la fuga en una zona que razonablemente no podía producirle la muerte -en el caso, en el glúteo, pero se produjo la perforación de la vena cava inferior-, atento a la forma de utilización del medio, pues si un objeto definido como arma de fuego es utilizado de manera tal que no permite representarse el resultado muerte sino sólo el de lesión, únicamente podremos imputar la muerte a título de culpa.

TOC Nro. 13 de la Capital Federal, Giménez, Jesús P., 19/05/2004, Sup. Penal 2004 (octubre), 50.

13. Cabe encuadrar en el tipo legal de homicidio simple y no en la figura preterintencional -art. 81 del Cód. Penal-, la conducta de quien propinó golpes a una persona causándole la muerte, pues el autor por su condición de boxeador conocía la potencia de sus puños y la proporcionalmente escasa consistencia física de la víctima.

Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, sala I, R., J. J. s/rec. de casación, 06/05/2004, LLBA 2005 (febrero), 66; Sup. Penal 2004 (diciembre), 65.

14. Resulta improcedente modificar la calificación de homicidio preterintencional otorgada por el tribunal de juicio, por homicidio culposo, con sustento en que el golpe leve que le propinara el padre a su hija excluye la hipótesis dolosa -en el caso, debido a ese golpe la niña fallece días después- toda vez que los padres no están autorizados a golpear a sus hijos y, si al golpearlos dañan su cuerpo o su salud, cometen el delito de lesiones dolosas.

Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, sala III, H., J. C. s/rec. de casación, 04/09/2003, Sup. Penal 2004 (julio), 75, LLBA 2004, 849, AR/JUR/5268/2003.

.....

CRIMINOLOGÍA

Acerca de la criminalización de la homofobia: perspectivas desde la criminología *queer* (*)

POR SALO DE CARVALHO (**)

Sumario: I. Introducción: la homofobia como tema central de las teorías *queer*. — II. Las políticas (criminales) *queer*: demandas positivas y negativas del movimiento LGBT. — III. La cuestión de la criminalización de la homofobia: el debate jurídico-penal. — IV. Consideraciones finales: el debate criminológico acerca de la criminalización de la homofobia. — V. Referencias bibliográficas.

I. Introducción: la homofobia como tema central de las teorías *queer*

“Joven gay sometido a sesión de ‘curación’ en Iglesia fue electrocutado, quemado y perforado. Tras meses de tortura, el joven [estadounidense Samuel Brinton] consideró el suicidio, subiéndose al tejado de la casa. Su madre, que también apoyaba el intento de ‘conversión’, procuró disuadirlo de la idea diciéndole: ‘Yo te querré de nuevo, pero solo si cambias’” (Agencia Pragmatismo Político, 7 de octubre de 2011).

1. El objeto de este estudio es problematizar, desde los puntos de vista normativo (derecho penal) y empírico (criminología), la legitimidad del proyecto de criminalización de la homofobia en Brasil. El tema viene ganando un importante terreno en los medios de comunicación y, justificadamente, viene siendo objeto de innumerables investigaciones en el campo de las humanidades.

Sin embargo, a raíz de una serie de investigaciones que he realizado en los últimos años sobre las nuevas tendencias del pensamiento criminológico, sobre todo las innovaciones en el campo de la criminología crítica y poscrítica, entiendo que es adecuado enmarcar, de manera introductoria, el tema (criminalización de la homofobia) en el contexto político del movimiento social que representa a gays, bisexuales, transexuales, travestis,

transgénero y simpatizantes (movimiento LGBT) y en el ámbito académico de las teorías *queer*.

Según enseña Kepros, a las teorías *queer* se las puede identificar como un movimiento académico con fuerte inclinación política que tiene por objeto central de análisis el modo por el cual la heterosexualidad se ha mantenido, silente pero sobresalientemente, como norma dominante, al establecer privilegios, desigualdades y opresiones. Insertadas en este horizonte, las teorías *queer* pretenden *“promover cambios sociales manteniendo el estatus de una teoría indefinida, de una técnica posmoderna, de una asociación abierta”* (apud Fineman, 2009:05).

Al revisar la literatura nacional en el área, se pudo verificar la inexistencia de diálogo entre la teoría *queer*, el derecho (penal) y la criminología (crítica). La ausencia de intersección del discurso jurídico y criminológico con un área del saber asentada en las ciencias sociales terminó por motivar el desarrollo de un estudio más amplio que buscó tensar al máximo el derecho penal y la criminología a partir de la teoría *queer* (y de la teoría feminista), con el fin de indagar acerca de las posibilidades de afirmación de una nueva perspectiva criminológica (*queer criminology*).

En una serie de artículos sobre la temática (Carvalho, 2012a; Carvalho, 2012b), opté por mantener

(*) Traducción al español a cargo de Lara Oleques de Almeida.

(**) Profesor en los Programas de Maestría de la Unilasalle y de la Universidad Federal de Santa María (UFSM). Máster en Derecho por la Universidad Federal de Santa

Catarina (UFSC) y doctor en Derecho por la Universidad Federal de Paraná (UFPR). Posdoctor en Criminología por la Universidad Pompeu Fabra y por la Universidad de Bolonia. Autor de, entre otros, Antimanual de Criminología (5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013).

el término *queer* en lengua inglesa debido a su consolidada adopción por las ciencias sociales en la tradición iberoamericana. Como adjetivo, el significado de *queer* se acerca a extraño, raro, excéntrico u original. Como sustantivo, generalmente se lo traduce por homosexual; pero su uso cotidiano y su incorporación por el sentido común denotan una acepción más fuerte y agresiva, con importantes connotaciones homofóbicas: ‘gay’, ‘maricón’, ‘puto’, ‘trollo’.

Así que al término criminología *queer* se podría traducir de varias maneras: criminología extraña, criminología excéntrica, criminología homosexual, criminología gay, criminología marica. Dejo, sin embargo, al criterio del lector asignarle el sentido que mejor le convenga. Incluso porque pienso que este ejercicio de traducción, por sí solo, configura un interesante proceso hermenéutico que permite verificar, en nosotros mismos, los niveles de prejuicio y discriminación.

Señalo, por lo tanto, que, si bien este texto está inspirado por las teorías *queer* y el feminismo, el debate acerca de las posibilidades de una criminología *queer* (cuestión epistemológica; inserción en el campo de las ciencias criminales; objeto de investigación y supuestos de análisis) fue llevado a cabo en estudios autónomos (Carvalho, 2012a; Carvalho, 2012b), sobre todo en virtud de la necesidad de profundización de sus marcos teóricos referenciales (especialmente Ferrel & Sanders, 1995; Foucault, 1998; Foucault, 1996; Groombridge, 2001; Messerschmidt, 2012; Smart, 2005; Sorainen, 2003).

“Un pastor estadounidense causó indignación en Internet este martes, después de sugerirle a la gente que encierre a los homosexuales en una cerca electrificada, como si fueran reses, y espere que mueran (...).”

Delante de los fieles, declaró: ‘Construyan una gran cerca (...), pongan todas las lesbianas adentro, vuelen sobre ellas y tírenles comida. Hagan lo mismo con los homosexuales y asegúrense de que la cerca sea electrificada, para que no puedan escapar... y dentro de algunos años morirán (...) no pueden reproducirse’, dice el pastor en un video en Youtube, que este martes ha tenido 305 mil accesos” (portal Terra, 22 de mayo de 2012).

2. Como sería de esperar en un tema sensible que involucra cuestiones de sexualidad, el debate sobre la criminalización de la homofobia

viene radicalizando posturas. La demanda del movimiento LGBT ha recibido apoyo de importantes movimientos sociales con similar perspectiva emancipadora, como lo son el movimiento de mujeres y el movimiento negro, que consideran legítima la inclusión de los temas relativos a la orientación sexual y la identidad de género en la Ley que define los delitos por motivos de discriminación o prejuicio de raza, color, etnia, religión o ascendencia nacional (Ley 7716/1989). En el sentido opuesto al de la criminalización, distintas perspectivas políticas, muchas veces orientadas por posturas ideológicas absolutamente antagónicas —p. ej., las representaciones políticas evangélicas y los actores jurídicos identificados con el derecho penal mínimo y el abolicionismo—, terminaron por converger.

No obstante, como preliminar necesario al debate sobre los costos y los beneficios de una eventual criminalización de las conductas homofobas, entiendo que es posible diagnosticar cierta superficialidad dogmática del debate. Al revisar la literatura jurídico-penal, se pudo notar que el enfrentamiento de la cuestión normalmente se pulveriza (y se dicotomiza) en algunos argumentos de consenso, tesis genéricas y poco palpables (sentido común teórico) como, p. ej., (a) la necesidad de tutela de nuevos bienes jurídicos; (b) la prohibición de la protección penal deficiente; (c) la ineficiencia de la ley penal para prevenir conductas homofobas y (d) la ruptura con la idea de intervención mínima.

En este marco, creo que el diálogo de las ciencias criminales (derecho penal y criminología) con las teorías *queer* y el feminismo permite ampliar y profundizar el debate, a fin de alterar el sentido del procedimiento de reducción dogmática del tema. Si bien las teorías *queer* están asentadas académicamente en el ámbito de los estudios culturales —e integran, en los países anglosajones, como teoría jurídica (*queer legal theory*), la pluralidad de perspectivas críticas del derecho (*critical legal theory*)—, las intersecciones con las ciencias criminales, especialmente en Brasil, son incipientes. Dicho sea de paso, a partir de la recopilación y revisión de la literatura nacional ha sido posible percibir cómo la criminología y el derecho penal, incluso sus tendencias críticas, se ubican al margen de las reflexiones sobre los estudios *queer*.

Es interesante notar que, al igual que el movimiento de mujeres encuentra sustentación en la teoría feminista, el movimiento verde se consolida

a partir de la ecología política, el movimiento antimanicomial se funda en la antipsiquiatría y el movimiento negro se estructura en el paradigma de la afrocentricidad, el movimiento LGBT fija sus bases y construye sus dinámicas mediante los *estudios gays* y las *teorías queer*. A propósito, la mayoría de los nuevos (o novísimos) movimientos sociales opera en esta doble dinámica: *política*, como movimiento orgánico y representativo, hacia la defensa de agendas emancipadoras (positivas y negativas); y *teórica*, con inserción académica, hacia la construcción de un sistema de interpretación capaz de comprender los procesos de violencia y exclusión de lo diferente (intolerancia) en sus especificidades (misoginia, homofobia, racismo, degradación ambiental).

Se nota, además, que las pautas políticas y las construcciones teóricas que han echado los fundamentos de innumerables movimientos sociales contemporáneos fueron recepcionadas por las ciencias criminales, desplegándose en importantes vertientes de la criminología contemporánea (criminología feminista, criminología negra, criminología ambiental, entre otras perspectivas). Así, pienso que la intersección de las ciencias criminales con la *teoría queer* puede crear nuevos campos de reflexión y desarrollar nuevas líneas de investigación.

Mirar el problema desde afuera de la dogmática y sumergir el tema en la complejidad de lo empírico, posibilidad aportada por las ciencias sociales permite percibir que el proyecto de criminalización de la homofobia no representa una pauta aislada o voluntarista ni tampoco alejada de una seria reflexión teórica, según insinúan ciertos estudios en el terreno jurídico.

II. Las políticas (criminales) *queer*: demandas positivas y negativas del movimiento LGBT

“Proyecto de parlamentarios evangélicos propone legalizar ‘curación gay’.

El paciente se acuesta en el diván y pide: ya no quiere ser gay. ¿El psicólogo debe ayudarlo a revertir la orientación sexual? Parlamentarios evangélicos dicen que sí e intentan revertir una resolución del Consejo Federal de Psicología (...).

Según el proyecto del diputado João Campos (PSDB-GO), líder del Frente Parlamentario Evangélico, el Consejo ‘extrapoló su poder de reglamen-

tar’ al ‘restringir el trabajo de los profesionales y el derecho de la persona a recibir orientación profesional’” (Folha de São Paulo, 27 de febrero de 2012).

3. Hay una conexión prácticamente necesaria entre las perspectivas criminológicas y las demandas político-criminales. Así como los modelos criminológicos, aun los autotitulados “neutrales” (criminología positivista), conllevan desarrollos político-criminales inherentes a sus postulados, las pautas político-criminales se estructuran en imágenes construidas sobre el delito, el criminal, la criminalidad, la criminalización y el control social. No es por otra razón que se puede verificar que las distintas agendas de los nuevos movimientos sociales, sobre todo aquellas en las que existen puntos relativos a la (des)criminalización, crean, incorporan o comparten, implícita o explícitamente, discursos criminológicos.

Con todo, también se puede decir que las agendas de estos movimientos sociales emancipadores que dialogan directamente con la criminología no están restringidas o no privilegian, al menos en un primer momento, cuestiones político-criminales. Se nota, p. ej., que, para los movimientos negro, de mujeres y de gays, lesbianas, bisexuales, transexuales y transgénero, la reivindicación primera se refiere al reconocimiento de los derechos civiles (igualdad formal) para, posteriormente, buscar su densificación y efectividad (igualdad material). Dos episodios que marcaron el surgimiento de las acciones reivindicadoras en el siglo pasado son significativos: la lucha del movimiento de mujeres por el derecho al voto y la lucha del movimiento negro contra las políticas segregacionistas.

En el ámbito de los *derechos antidiscriminatorios*, ha sido notable el avance del movimiento LGBT brasileño en los últimos años, al ampliar significativamente sus conquistas, suceso que marca, incluso, una injerencia positiva del Poder Judicial en la política. Por ausencia de marcos legales regulatorios de la igualdad sustancial, el movimiento LGBT dirigió sus demandas al Poder Judicial, donde ha encontrado un espacio acogedor de reconocimiento de derechos, p. ej., el reconocimiento de la unión libre y, posteriormente, del matrimonio civil entre personas del mismo sexo, con reflejos en los derechos sucesorio y previsional; la realización de cirugías de cambio de sexo para transexuales en el sistema público de salud; la posibilidad de cambio de la

inscripción en el registro civil para adopción del nombre correspondiente a la identidad de género; la adopción de niños por parejas homosexuales y, por consiguiente, el derecho a la licencia por natalidad.

La construcción de mecanismos jurídicos y prácticas políticas de garantía de los derechos civiles representa un expresivo avance hacia la lucha por la igualdad y la reducción del prejuicio, con importantes impactos no únicamente en las esferas jurídicas, sino, sobre todo, en lo simbólico. Tales factores incrementan las acciones de resistencia y ruptura con la cultura homofóbica determinada por la lógica heteronormativa. (1)

“Obispo justifica pederastia: ‘hay niños que provocan’

‘(...) Hay adolescentes de 13 años que son menores y están perfectamente de acuerdo y, además, deseándolo. Incluso, si te distraes, te provocan.’ En la misma conversación, el prelado presenta, sin matices, todos los prejuicios de la Iglesia católica contra los homosexuales. ‘Es algo que perjudica a las personas y a la sociedad,’ critica el obispo.

(1) Constata Miskolci que la teoría queer, que emerge en los Estados Unidos a finales de los años 80, comparte la noción de sexualidad como construcción social e histórica, sin embargo, a diferencia de los demás estudios sociológicos, afirma que las ciencias sociales operan a partir de una lógica heteronormativa constitutiva de la sociedad moderna: “el extrañamiento queer en relación con la teoría social se deriva del hecho de que, al menos hasta la década de los 1990, las ciencias sociales trataban el orden social como sinónimo de heterosexualidad (...). A pesar de sus buenas intenciones, los estudios sobre minorías terminaban por mantener y naturalizar la norma heterosexual” (MISKOLSCI, 2009: 151). Las teorías queer buscan desestabilizar algunas zonas de confort culturales creadas por el heterosexismo, tales como la polarización entre hombres y mujeres y la heteronormatividad compulsiva que se constituyó históricamente como un dispositivo de regulación y control social (dispositivo de poder). La naturalización de la norma heterosexual, al atrapar a los sujetos y las subjetividades en el binarismo hetero/homosexual, crea, automáticamente, mecanismos de saber y poder en los que la diferencia se expone como una desviación o una anomalía (CARVALHO, 2012b). En este sentido, es posible conceptualizar al heterosexismo como “la discriminación y la opresión basada en una distinción establecida por motivos de la orientación sexual. El heterosexismo es la promoción continua, por parte de las instituciones y/o de los individuos, de la superioridad de la heterosexualidad y de la subordinación simulada de la homosexualidad. El heterosexismo da por hecho que todo el mundo es heterosexual” (WELZER-LANG, 2001:467).

‘No es políticamente correcto decir que es una enfermedad, una carencia, una deformación de la naturaleza propia del ser humano,’ se descarga Bernardo Álvarez, después de protegerse en una frase hecha: ‘Las personas son siempre dignas del mayor respeto.’

‘Aún así, el titular de la diócesis de Tenerife llega a asegurar que, en ocasiones, la homosexualidad se practica ‘como vicio.’ ‘Yo no digo que se reprima, pero entre no reprimirlo y promoverlo hay un margen,’ añade” (Agencia Pragmatismo Político, 23 de agosto de 2011).

4. En el plano político-criminal, es posible identificar dos agendas distintas del movimiento LGBT: (a) la *agenda negativa* (limitadora de la intervención penal), en las esferas del derecho y la psiquiatría, orientada a la descriminalización y la despatologización de la homosexualidad; (b) la *agenda positiva* (expansiva de la intervención penal), en el ámbito jurídico, dirigida a la criminalización de las conductas homofobas. Aunque la agenda positiva del movimiento LGBT se oriente de forma preponderante hacia la criminalización de la homofobia, se pueden identificar otros procesos de expansión de la intervención penal a partir del reconocimiento de la igualdad de trato independientemente de la orientación sexual, como, p. ej., la posibilidad de que la compañera sea enjuiciada en los casos de violencia doméstica en el ámbito de las relaciones homoafectivas (art. 5º, párrafo único, Ley 11.340/2006).

La agenda negativa atañe a la represión histórica de la diversidad sexual por medio de los dos más significativos sistemas formales de control social punitivo: el derecho penal y la psiquiatría. Por más aterrador que pueda parecer, todavía están vigentes legislaciones que criminalizan actos homosexuales consentidos entre personas adultas. Según informe presentado por la Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersexo (ILGA), en la actualidad, “aproximadamente el 60% de los miembros de la ONU (113 de 193) abolieron (y algunos nunca lo han hecho) las legislaciones que criminalizan actos homosexuales consentidos entre personas adultas del mismo sexo, mientras que alrededor del 40% (78 de 193) de las naciones todavía se aferra de forma equivocada —así como criminal— al intento de preservar sus ‘identidades culturales’ frente a la globalización (...). Los castigos varían desde un número de azotes (como en Irán), dos meses de cárcel (por ejemplo, en

Argelia), la sentencia de cadena perpetua (como en Bangladesh) o aun la muerte (en Irán, Mauritania, Arabia Saudita, Sudán, Yemen)” (ILGA, 2012:04).

En Brasil, aunque en la esfera de la vida civil la descriminalización de la homosexualidad haya sucedido en el año 1830, cuando el Código Penal del Imperio derogó el régimen inquisitorial de las Ordenaciones, conviene recordar que hoy no vivimos una situación de plena abolición de la práctica voluntaria de acto sexual entre personas del mismo sexo, ya que el vigente Código Penal Militar establece pena de detención de 6 (seis) meses a 1 (un) año, para las conductas de *sodomía u otro acto de lascivia* — “*practicar, o permitir el militar que con él se practique acto lascivo, homosexual o no, en lugar sujeto a administración militar*” (art. 235, Código Penal Militar).

En el discurso y en las normativas médico-psiquiátricas, la despatologización de la homosexualidad ha sucedido muy recientemente. Tan sólo en la década de los 70, la Asociación Americana de Psiquiatría [1973] y la Asociación Americana de Psicología [1975] dejaron de considerar a la homosexualidad como una enfermedad psiquiátrica (trastorno o perversión); y solamente en el año 1990 la Organización Mundial de la Salud (OMS) excluyó la homosexualidad del elenco de las enfermedades mentales (Clasificación Internacional de Enfermedades — CIE), una postura que fue anticipada por el Consejo Federal de Medicina brasileño en 1985. (2) En 1999, el Consejo Federal de Psicología —órgano que tiene competencia

para normalizar la actividad del profesional de la psicología— editó una Resolución extremadamente relevante, que prohíbe todo tipo de práctica profesional orientada al tratamiento o la curación de la homosexualidad. (3)

No obstante, aunque sean claros los avances en el proceso de despatologización, es pública la información de que la Asociación Americana de Psiquiatría, en la quinta edición [2012] del Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM), mantendrá la tipificación de la transexualidad como *trastorno de identidad de género*. (4)

El breve informe de las agendas negativas del movimiento LGBT indica que la descriminalización y la despatologización de la homosexualidad son procesos todavía en marcha y que, más allá de

de la inclinación sexual; F65.9 trastorno de la inclinación sexual sin especificación.

(3) “Art. 3º - Los psicólogos no ejercerán cualquier acción que favorezca la patologización de comportamientos o prácticas homoeróticas, ni adoptarán acción coercitiva tendiente a orientar a homosexuales para tratamientos no solicitados. Párrafo único - Los psicólogos no colaborarán con eventos y servicios que propongan tratamiento y curación de las homosexualidades” (Consejo Federal de Psicología, Resolución 01/99).

(4) El colectivo de entidades que participó en el Diálogo Latinoamericano sobre Sexualidad y Geopolítica (Rio de Janeiro, agosto de 2009) se adhirió a la campaña internacional Stop Pathologization. Según el Manifiesto publicado por el grupo, “la patologización de la intersexualidad y de la transexualidad está basada en el supuesto de que los géneros son determinados por el dimorfismo de los cuerpos. La ausencia de un pene y un orificio vaginal serían condiciones necesarias para determinar la identidad de género femenino, y la coherencia del género masculino estaría dada por la presencia del pene. Ese determinismo, apoyado en el saber/poder médico, como instancia hegemónica de producción de discursos sobre sexo y género, fundamenta políticas estatales de salud pública y derechos, estableciendo el acceso de las personas a la categoría de lo humano. Tal noción de humanidad, mediada por el arbitrio médico, violenta el derecho a la identidad y al reconocimiento social de la diversidad” [2010:265]. Los signatarios del documento justifican que la patologización de la intersexualidad y la transexualidad legitima una serie de violaciones de los derechos humanos, razón por la cual reivindican: (a) la retirada de la transexualidad de los manuales internacionales de diagnóstico; (b) la financiación estatal del proceso transexualizador para las personas que se adhieren autónomamente; (c) el fin de las cirugías genitales en niños y niñas intersexuales, instaurándose protocolos médico-legales internacionales para la tutela de sus derechos [2010:268].

(2) En la 9a edición de la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-9), publicada en 1980, el homosexualismo figuraba en el capítulo referente a los ‘desórdenes mentales’, el cual estaba compuesto por los apartados ‘desórdenes neuróticos, desórdenes de la personalidad y otros no psicóticos’ y ‘desviaciones y trastornos sexuales’. Para las desviaciones y trastornos sexuales, la clasificación se hacía de la siguiente manera (de acuerdo al código): 302.0 homosexualismo; 302.1 bestialidad; 302.2 paidofilia; 302.3 travestismo; 302.4 exhibicionismo; 302.5 transexualismo; 302.6 trastorno de identidad psicosexual; 302.7 frigidez e impotencia; 302.8 otros: fetichismo, masoquismo, sadismo; 302.9 no especificados. El Consejo Federal de Medicina excluyó el homosexualismo en 1985, derogando el código 302 del CIE-9. En la 10a edición del CIE (CIE-10) hubo una profunda modificación en la forma de clasificación, al presentar el elenco de los ‘trastornos de la inclinación sexual’ — F65.0 fetichismo; F65.1 travestismo fetichista; F65.2 exhibicionismo; F65.3 escoptofilia (voyeurismo); F65.4 paidofilia; F65.5 sadomasoquismo; F65.6 trastornos múltiples de la inclinación sexual; F65.8 otros trastornos

los avances hacia la conquista de los derechos civiles, en numerosos casos la diversidad sexual y de identidad de género sigue considerada como delito o enfermedad. Bajo este aspecto, es importante referir que a pesar de la tradición inquisitiva de las prácticas del derecho penal, es fundamentalmente el discurso psiquiátrico que sostiene, en el Occidente, la patologización de la diferencia sexual. El saber psiquiátrico indica permanecer apoyado en una *lógica (inquisitiva) presecularización* y, precisamente por ello, termina por obedecer a un código interpretativo moralizante que acerca, sino más bien funde y confunde, los conceptos de enfermedad (naturaleza) y pecado (moral).

III. La cuestión de la criminalización de la homofobia: el debate jurídico-penal

“Trabajador homosexual de Sadia fue empalado por ‘colegas’ con manguera de aire.

(...) un trabajador de Sadia, que no tuvo su nombre divulgado, fue cruelmente empalado por ‘colegas’ de trabajo con una manguera de aire comprimido, en Chapecó. La agresión habría sido motivada por homofobia.

Según el presidente del Sintracarnes [Sindicato de los Trabajadores en la Industria de la Carne], Jenir de Paula, cuatro trabajadores y una trabajadora participaron en el delito. Los cuatro hombres inmovilizaron a la víctima, mientras que la mujer le introdujo la manguera de aire comprimido por el ano del trabajador, encendiéndola posteriormente” (Agencia Pragmatismo Político, 17 de junio de 2011).

5. A mi entender, la primera cuestión a afrontar es la concerniente al significado y la extensión del término “homofobia”.

Según lo he trabajado en momentos anteriores (Carvalho, 2012a; Carvalho, 2012b), encuentro que resulta viable la construcción de una lente criminológica *queer* a partir de la delimitación de un específico *objeto* de análisis: la *violencia homófoba*. El estudio de esta forma de violencia comprende tres niveles de investigación, dispuestos de manera no jerárquica o preferente: primero, la *violencia homófoba interpersonal*, que implica el estudio de la vulnerabilidad de las masculinidades no hegemónicas y de las feminidades a la violencia física (violencia contra la persona y violencia sexual); segundo, la *violencia homófoba institucio-*

nal —homofobia de Estado (5)—, que se traduce, de una parte, en la construcción, interpretación y aplicación sexista (misógina y homófoba) de la ley penal en situaciones que invariablemente reproducen y potencian las violencias interpersonales (revictimización) y, de otra, en la construcción de prácticas sexistas violentas en y por medio de las agencias punitivas (violencia policial, carcelaria y manicomial); tercero, la *violencia homófoba simbólica*, que comprende los procesos formales e informales de elaboración de la gramática heteronormativa.

De acuerdo a Welzer-Lang, homofobia sería “la discriminación contra personas que muestran, o a quienes se les atribuyen, algunas cualidades (o defectos) atribuidos al otro género” [2001:465]; Pochahy y Nardi entienden que “representa todas las formas de descalificación y violencia dirigidas a todas y todos los que no corresponden al ideal normativo de sexualidad” [2007:48]; Junqueira plantea que la “homofobia puede entenderse para referir las situaciones de prejuicio, discriminación y violencia contra personas (homosexuales o no) cuyas actuaciones y/o expresiones de género (gustos, estilos, comportamientos, etc.) no encajan en los modelos hegemónicos constituidos” [2007:153].

Es interesante notar cómo los autores excluyen del campo conceptual la idea tradicional de “temor irracional a la homosexualidad” —sobre todo porque implica(ría) la reproducción de una lógica patologizadora (6)— y trabajan el tema/problema como una *construcción social* anclada en el *estigma* y la *discriminación* contra la *homosexualidad* (Ríos, 2007). La proposición de los autores realiza una especie de *delimitación conceptual de la violencia homófoba* que se expresa en el prejuicio (estigma y discriminación). Sin embargo, dicha delimitación teórica parece privilegiar las formas más visibles de *violencia homófoba*: la violencia

(5) El término homofobia de Estado fue apropiado del informe de ILGA (Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersexo) sobre las legislaciones que criminalizan las relaciones sexuales consensuadas entre adultos del mismo sexo (ILGA, 2012).

(6) “Es importante señalar que el término ‘homofobia’, a pesar de haberse constituido en una palabra de orden que asigna sentido a muchas de las violaciones de los derechos humanos, sin embargo, no está libre de problemas, ya que ‘fobia’ remite el ‘problema’ a instancias de la psique humana o al inconsciente, amparado en el orden de lo no racional” (POCAHY & NARDI, 2007:48).

real o simbólica *interpersonal*. Lógicamente que este horizonte conceptual no excluye *a priori* las dimensiones institucionales y discursivas de la homofobia (homofobia de Estado y cultura homofóbica), pero es esta concreción de la homofobia como un acto concreto (físico) de prejuicio practicado por una persona contra otra la que pasa a ser el referencial político-criminal de criminalización, sobre todo porque permite la individualización de la conducta homofoba y la consiguiente responsabilización jurídica de su autor.

Desde esta perspectiva, sería posible conceptuar el *crimen homófobo* como toda conducta lesiva a bienes jurídicos penalmente protegidos motivada por el prejuicio o por la discriminación hacia personas que no se adhieren al patrón heteronormativo. Ello significa decir que, en principio, toda conducta prevista en ley como delito podría adecuarse al concepto de *crimen homófobo* con tal que se derivara de la expresión (motivación) de un prejuicio o discriminación de orientación sexual, p. ej., homicidios, lesiones personales, injurias, constreñimientos, violaciones.

La propuesta de modificación de la ley 7716/1989 por el Proyecto de Ley 122/2006, que se convino en llamar en Brasil proyecto de *criminalización de la homofobia*, considera como ilícitas, sin embargo, las conductas practicadas en virtud de discriminación o prejuicio de género, sexo, orientación sexual e identidad de género que encajan en las siguientes hipótesis: (a) dispensa del trabajo; (b) prohibición de ingreso o permanencia en ambiente público o privado; (c) denegación, menoscabo o exclusión de sistema de selección educacional, reclutamiento o promoción funcional o profesional; (d) recargo o impedimento de alojamiento en hoteles o similares; (e) recargo o impedimento de arrendamiento, compra, adquisición o préstamo de bienes muebles o inmuebles; (f) impedimento o restricción de la expresión o la manifestación de afectividad en lugares públicos o privados; (g) prohibición de la libre expresión y manifestación de afectividad, cuando permitidas a los demás ciudadanos o ciudadanas. Asimismo, el proyecto redefine el § 30 del art. 140 del Cód. Penal, incluyendo cuestiones relativas a la orientación sexual y la identidad de género en el delito de injuria —“*si la injuria consiste en la utilización de elementos referentes a la raza, color, etnia, religión, origen o condición*

de persona anciana o con discapacidad: pena —reclusión de 1 (uno) a 3 (tres) años y multa”.

“*Clínicas ofrecen ‘deshomosexualización’ de lesbianas utilizando prácticas inhumanas*

Mujeres homosexuales son sometidas a castigos físicos y psicológicos que van desde la humillación verbal, obligación de permanecer esposadas, días sin consumir alimentos, palizas, diferentes formas de abuso y violencia.

En Ecuador, clínicas llamadas Centro de Rehabilitación ofrecen servicios de ‘deshomosexualización’ de mujeres lesbianas. Lo que se encuentra en esos lugares son situaciones degradantes, según denuncia el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (Cladem), en un comunicado lanzado la semana pasada” (Agencia Pragmatismo Político, 28 de septiembre de 2011).

6. Una cuestión relevante que merece discutirse, antes del análisis respecto a la conveniencia y la adecuación del PL 122/06, se refiere a la legitimidad de la criminalización de la homofobia desde las perspectivas teóricas que informan el estudio, es decir, las del *derecho penal mínimo* y del *garantismo penal*. El interrogante que me parece merecedor de una reflexión seria es el atinente a la *legitimidad jurídica (constitucional) y política de la tutela penal de la libre orientación sexual y de la identidad de género*. En otros términos, indago si es legítimo que en el Estado Democrático de Derecho se distingan los delitos en general de los practicados por motivos de *prejuicio o discriminación* de orientación sexual o identidad de género. El primer plano de análisis, por lo tanto, es el de la *esfera normativa del derecho penal*.

Insisto que, en este primer momento, no estoy preocupado por los tipos penales que el PL 122/06 pretende crear. Solamente cuestiono si, p. ej., sería legítimo distinguir el *homicidio* o las *lesiones personales* motivadas por el prejuicio en cuanto a la orientación sexual de otras formas de homicidios o lesiones personales. De modo más específico, la pregunta que quisiera plantear es si, desde el punto de vista de la *construcción histórica de los derechos humanos*, esa distinción cualitativa estaría adecuada y justificada constitucionalmente. No discuto, repito, los nuevos tipos propuestos. Solamente pienso la cuestión

a partir de una agenda altamente restringida que sería compartida desde una orientación garantista/minimalista. (7) Veo la cuestión desde la perspectiva de los delitos que producen daños reales a bienes jurídicos concretos de personas de *carne y hueso*, en el lenguaje propuesto por Ferrajoli —“*el principio de ofensividad permite considerar como ‘bienes’ [jurídico-penales] únicamente aquellos cuyas lesiones se concretan en una ofensa contra personas de carne y hueso*” (1998:481, el destacado es mío).

Desde este punto de vista (garantista), *a priori* no percibo como ilegítima la *distinción cualitativa* de los delitos homófobos respecto de los demás delitos. Entiendo justificable, desde el punto de vista de la tutela de los derechos fundamentales, que la motivación homófoba *adjetive* (8) conductas que acarrearán daños concretos a bienes jurídicos tangibles, tales como la vida (*homicidio homófobo*), la integridad física (*lesiones personales homófobas*) y la libertad sexual (*violación sexual homófoba*). Incluso porque estos bienes jurídicos invariablemente integran la ceñida agenda de criminalización defendida en los programas de derecho penal mínimo. Retomo (y adapto), por lo tanto, una conclusión que he manifestado en otro momento, concerniente al debate sobre la violencia contra la mujer: la mera especificación

(7) Por supuesto que el debate no problematiza el tema desde la perspectiva abolicionista, que percibe como ilegítima toda especie de criminalización. Sin embargo, la orientación abolicionista se incorpora como un recurso crítico de interpretación, sobre todo en la discusión acerca de los límites de la injerencia por medio del sistema penal (esfera criminológica). Dentro de los límites propuestos, para el debate comparto con Nils Christie la idea de que “en esa situación, lo que más me toca podría llamarse minimalismo. Él está cerca del abolicionismo, pero acepta que, en ciertos casos, el castigo es inevitable. Tanto abolicionistas como minimalistas tienen como punto de partida actos indeseables, y no delitos. Ambos se preguntan cómo se puede hacer frente a tales actos. ¿Compensar al ofendido, establecer una comisión para la verdad, ayudar al ofensor a pedir perdón? El minimalismo ofrece alternativas (...). El minimalismo aleja la visión rígida del castigo como obligación absoluta, pero construye a motivar la elección por la pena o por la impunidad” (CHRISTIE, 2011:131).

(8) Aunque el término “calificar” sea lingüísticamente más correcto, jurídicamente podría causar malentendidos, pues no propongo, p. ej., que el homicidio homófobo se incluya en la lista de los homicidios calificados. La idea de “calificación” del delito significa exclusivamente su especificación por motivos de prejuicio o discriminación de orientación sexual o identidad de género.

de la violencia homófoba en un *nomen juris* propio asignado para las hipótesis de *conductas ya criminalizadas* no produce el incremento de la represión penal y, además, es compatible con las pautas político-criminales minimalistas (Campos & Carvalho, 2011:150).

Justifico la nominación del *delito homófobo* porque no veo ninguna diferencia entre esta especie de prejuicio y otros que afectan a *grupos vulnerables* que merecieron una tutela diferenciada, reconocida por la propia Constitución Federal —p. ej., el prejuicio de raza y color (art. 5º, XLII); la violencia contra la mujer (art. 226, § 8º); el abuso, la violencia y la explotación sexual del niño y el adolescente (art. 227, § 4º).

Desde el punto de vista de la construcción histórica de los derechos humanos, los grupos LGBT tienen la misma legitimidad de postulación para la efectividad de sus pautas políticas (positivas y negativas) que, p. ej., el movimiento de mujeres y el movimiento negro. Dicho sea de paso, más allá del debate dogmático-constitucional de los deberes de tutela y de la prohibición de la protección insuficiente (Streck, 2011:100), opino que sería extremadamente discriminatorio garantizar políticas públicas de equiparación y defensa de los derechos de las mujeres y los afrodescendientes sin observar las reivindicaciones de los grupos LGBT.

Encuentro que es fundamental reconocer la existencia de un pasivo histórico en la cultura occidental que legítima formas distintas de tutela jurídica de estos grupos vulnerables. No sólo por la violencia interpersonal, fruto de la cultura misógina, racista y homófoba, que se presentifica y se actualiza en el cotidiano, sino, sobre todo, por el hecho de que han sido instituidas formalmente políticas de Estado orientadas hacia la eliminación y la segregación de estas diferencias —p. ej., el control punitivo violento sobre el cuerpo femenino en el medioevo (misoginia de Estado); las políticas esclavistas en la época colonial (racismo de Estado); la criminalización y la patologización de la homosexualidad en la historia reciente (homofobia de Estado). (9)

(9) Los conceptos de misoginia de Estado, de racismo de Estado y de homofobia de Estado, referidos en el texto, podrían enmarcarse, de manera más amplia, en la idea de racismo de Estado desarrollada por Foucault [2002].

La cuestión de la legitimidad parece, por lo tanto, indiscutible en lo que atañe: 1) a la implementación de políticas de discriminación positiva; y 2) a la *especificación* de los *delitos violentos* practicados en virtud de discriminación o prejuicio (*crímenes de odio*). La defensa de una especificación legal (*nomen juris*) de la violencia homófoba se deriva de la necesidad de *nomina-ción* y del consiguiente *reconocimiento formal* del problema por el Poder Público, quitándolo de la invisibilidad y la marginación.

“Homosexual decapitado tuvo sus genitales ‘arrancados e introducidos en la boca.’

El homosexual de 23 años de edad, Thapelo Makutle, fue decapitado en su casa, en la ciudad de Kuruman, Sudáfrica, el último lunes. Los informes describen detalles escalofriantes del asesinato de Makutle: él fue ‘severamente mutilado’ y sus genitales fueron ‘arrancados e introducidos en su boca,’ relató Global Post citando ‘la declaración realizada por grupos de defensa de los derechos de gays y lesbianas. Makutle también se identificaba como transgénero’ (The New Civil Rights Movement, 14 de junio de 2012).

7. Pero reconozco que esta conclusión (legitimidad de la *nomina-ción* de la violencia homófoba) no resuelve el problema, porque necesariamente deben discutirse los instrumentos legales y los efectos jurídico-penales derivados de esta distinción — p. ej., creación de nuevos tipos, aumento de penas, calificación de los delitos existentes, inclusión de circunstancias agravantes genéricas, restricciones de derechos materiales o procesales.

Trabajo, no obstante, con específicas políticas punitivas orientadas al control, neutralización o eliminación de estos grupos vulnerables. La concepción de racismo de Estado de Foucault es más amplia, se trata de un desarrollo del biopoder, de un modelo político de gestión y de gobierno en el que, a partir de una fisura (ruptura) en el dominio de la vida, determinadas personas son elegidas en perjuicio de otras. Según el autor, “si la criminalidad se pensó en términos de racismo fue igualmente a partir del momento en que era preciso hacer posible, en un mecanismo de biopoder, la condena a muerte o el aislamiento de un criminal. Lo mismo para la locura, lo mismo para las diversas anomalías” [2002: 308]. En este sentido, el racismo “asegura la función de muerte en la economía del biopoder, según el principio de que la muerte de los otros es el fortalecimiento biológico de uno mismo en tanto miembro de una raza o una población, en tanto elemento en una pluralidad unitaria y viva” [2002: 308].

En la legislación penal brasileña, pienso que las experiencias promovidas por las leyes 7716/1989 y 11.340/2006 constituyen *cases* que merecen una reflexión con ponderación y sin prejuicio.

La ley 7716/1989, que es el estatuto de referencia en el proyecto de criminalización de la homofobia, optó por crear un sistema propio de criminalización de las conductas resultantes de prejuicio racial. Sin embargo, prácticamente todas las conductas tipificadas aspiran a la responsabilización penal por el impedimento, denegación u obstaculización de acceso a oportunidades (cargo, empleo, ascensión funcional), servicios (enseñanza, transportes) o lugares (establecimientos comerciales), por motivos de prejuicio o discriminación de raza, color, etnia, religión o ascendencia nacional. De manera episódica, el art. 20 estableció como delito “*practicar, instigar o incitar la discriminación o el prejuicio de raza, color, etnia, religión o ascendencia nacional*”, formas típicas conocidas en la legislación y en la doctrina del derecho internacional de los derechos humanos como *crímenes de odio* (*hate crimes*) — “*delitos que involucran actos de violencia y de intimidación, generalmente dirigidos contra grupos estigmatizados y marginados. Se trata de un mecanismo de poder y opresión, con el fin de reafirmar precarias jerarquías que caracterizan un orden social constituido*” (Perry, 2001:10). Asimismo, siguiendo el mismo camino, la ley 10.741/2003 creó el tipo penal de la *injuria racial*, de entre otras especificaciones de conductas contra el honor de personas vulnerables, con la inclusión del § 3º en el art. 140 del Cód. Penal (“*injuriar a alguien, ofendiéndole el honor o el decoro, mediante la utilización de elementos referentes a la raza, color, etnia, religión, origen o condición de persona anciana o con discapacidad*”).

La Ley 11.340/2006 buscó una forma distinta de afirmar los derechos de las mujeres y de establecer responsabilidad criminal por motivos de violencia doméstica. La Ley Maria da Penha procuró crear un sistema jurídico autónomo, que se rige por reglas propias de interpretación, aplicación y ejecución. Así, desarrolló la categoría normativa *violencia de género*, redefinió la expresión víctima (incluyendo los casos de relaciones homoafectivas), estableció una serie de medidas cautelares de protección y, principalmente, diseñó la creación de un Juzgado de Violencia Doméstica y Familiar con competencia en lo civil y en lo

penal. No es por otra razón que se puede afirmar que *“la Ley 11.340/2006 impone la creación de un sistema procesal autónomo que no puede interpretarse dentro de las categorías ortodoxas de la dogmática jurídica, es decir, no puede calificarse exclusivamente como ‘penal’ o ‘civil’”* (Campos & Carvalho, 2011:150).

Es interesante notar las diferentes configuraciones de los proyectos político-criminales a partir de la consolidación normativa de las reivindicaciones del movimiento negro y del movimiento de mujeres. La Ley 7716/1989 simplemente nombra las conductas lesivas resultantes de prejuicio de raza o de color y las incluye dentro del tradicional sistema represivo, o sea, se trata de una *innovación de tipos incriminados* en el ámbito del derecho penal.

En sentido distinto, la Ley 11.340/2006 diseñó la *construcción de un nuevo modelo de gestión de conflictos*, con el propósito de superar y rebasar las estructuras dogmáticas que reducen los problemas a las esferas *penal y civil*. Por supuesto que los efectos prácticos y las formas de instrumentalización del sistema implementado por la Ley Maria da Penha pueden poner en duda la efectividad de su proyecto —tanto más porque el impacto que la Ley 11.340/2006 produce en la dogmática procesal vuelve la materia extremadamente delicada, situación que permite ver la dificultad de superación de los prejuicios arraigados en la teoría del derecho. Con todo, es innegable percibir cómo el movimiento de mujeres *innovó* al plantear un *nuevo sistema jurisdiccional de comprensión y resolución de los conflictos de género*, sobre todo porque *la naturaleza de la Ley es eminentemente procesal*. En lo que atañe específicamente al debate acerca de la criminalización —cuestión periférica en la estructura normativa, pero convertida en tema central del debate político y académico, hecho que me parece que ha ocultado a las demás proposiciones no penales del movimiento de mujeres—, la Ley Maria da Penha modificó dos preceptos del Código Penal: (a) *especificó*, bajo el *nomen juris* *“violencia doméstica”*, las formas de *lesiones personales* practicadas por ascendiente, descendiente, hermano, cónyuge o compañero en las relaciones domésticas, de cohabitación o de hospitalidad, estableciendo la pena de detención de 3 (tres) meses a 3 (tres) años (art. 129, § 9o del Código Penal); (b) *incluyó*, en las circunstancias agravantes relativas al abuso de autoridad, la violencia practicada prevaliéndose de relaciones

domésticas, de cohabitación o de hospitalidad o la violencia contra la mujer (art. 61, II, f del Código Penal).

En este marco normativo, entiendo que la Ley Maria da Penha, a diferencia de la Ley 7716/1989, produjo el menor daño posible en cuanto a la expansión del sistema de criminalización (10), siendo posible indagar, incluso, si el hecho de *nominar* (especificar) una forma de violencia contra la persona ya antes criminalizada efectivamente produce una ruptura insanable o genera una contradicción insuperable con un modelo político-criminal minimalista (Campos & Carvalho, 2011:150). (11) La cuestión parece residir mucho más en lo simbólico y discursivo, es decir, en la producción de un significado cultural de expresión de intolerancia en relación con la violencia contra las mujeres, que efectivamente en el incremento de las prácticas cotidianas de criminalización y encarcelamiento.

Así, a mi entender, el problema de la criminalización de la homofobia en Brasil reside en la *estrategia* utilizada por el movimiento LGBT. No veo problemas de legitimidad jurídica o de incompatibilidad con el proyecto político-criminal garantista si la forma de *nominación* (*nomen juris*) del *crimen homófobo* sucede únicamente mediante la *identificación* de determinadas conductas violentas ya criminalizadas, es decir, a partir de un proceso de *adjetivación* de ciertos delitos a raíz de la motivación prejuiciosa o discriminatoria en cuanto a la orientación sexual —p. ej., la especificación de la violencia homófoba en las estructuras típicas del homicidio, las lesiones personales, el constreñimiento ilegal, la violación.

(10) Lógicamente que no se desconocen las restricciones que la Ley impuso en relación con los institutos procesales diversificacionistas (transacción penal y suspensión condicional del proceso). Pero, a pesar de los efectos deletéreos del proceso, ello no conlleva necesariamente la ampliación de la red de encarcelamiento, por cuanto se preservan las hipótesis de sustitución de la pena en el caso de condena.

(11) En términos criminológicos, el interrogante pertinente es si sería adecuado etiquetar el movimiento de mujeres, específicamente por esta acción, como un grupo de empresarias morales atípicas (SCHEERER, 1986) o como un colectivo identificado con la izquierda punitiva (KARAM, 2011). Entiendo que la respuesta debiera ser negativa, ya que, desde el punto de vista fenomenológico y estructural, el proceso de nominación de una forma de violencia contra la mujer como violencia doméstica no parece ser un hecho significativo en el incremento del punitivismo.

La técnica legislativa podría ceñirse a la identificación de esta forma de violencia— sin cualquier ampliación de penas, con el fin exclusivo de dar visibilidad al problema —mediante la remisión de la sanción al precepto secundario del tipo penal genérico— p. ej. el encabezado del art. 121 del Cód. Penal: “*matar a alguien: pena-reclusión de 6 (seis) a 20 (veinte) años*”; la inclusión de un párrafo titulado *homicidio homófobo*: “*en las mismas penas incurrirá el que practicare la conducta descrita en el encabezado por motivos de discriminación o prejuicio de género, sexo, orientación sexual e identidad de género*”. Como máximo, siguiendo el camino recorrido por la Ley Maria da Penha, la inclusión de la motivación homófoba como una causal de agravación de la pena en la lista de las circunstancias agravantes genéricas.

Encuentro que la pauta político-criminal del movimiento LGBT estaría adecuada a las premisas de un derecho penal de garantías si, en primer lugar, las conductas identificadas como homóforas estuvieran ceñidas a aquel horizonte de criminalización de la violencia contra personas concretas de carne y hueso y, en segundo, si la criminalización quedara restringida al plano simbólico de nominación de la violencia, sin habilitación del poder punitivo sancionatorio.

En este sentido, creo que la *vía elegida* por el movimiento LGBT, al optar por la inclusión de la homofobia en la ley 7716/1989, fue extremadamente inadecuada. *Primero* porque diluye la idea de prejuicio y discriminación por orientación sexual e identidad de género en las cuestiones de raza, color, religión, etnia y ascendencia nacional. Por más que se pueda encuadrar teóricamente la homofobia en los crímenes de odio (*hate crimes*) y ella guarde una significativa identificación con la xenofobia, el racismo y el antisemitismo (12), cada

(12) En este sentido, sostienen Pochay y Nardi que “la homofobia es, al igual que la xenofobia, el racismo o el antisemitismo, una manifestación arbitraria que consiste en designar al otro como el contrario, inferior o anormal, refiriéndose a un preconceito e ignorancia que consisten en creer en la supremacía de la heterosexualidad” (POCAHY & NARDI, 2007:48). En sentido similar, asevera Junqueira: “más que la homofobia -pero sin disociarse de ella- la heteronormatividad, al relacionarse con la producción y la regulación de subjetividades y relaciones sociales, parece llamar más la atención para los nexos entre un conjunto de ejes que actúan en la construcción, legitimación y jerarquización de cuerpos, identidades, expresiones, comportamientos, estilos de vida y relaciones de poder. Un especial énfasis puede

uno de estos fenómenos tiene una complejidad propia que merece ser analizada individualmente. *Segundo*, porque las conductas tipificadas por la ley 7716/1989, además de otras planteadas en el ámbito del PL 122/06, aluden, en su mayoría, a obstaculizaciones o impedimentos de acceso a oportunidades, bienes, servicios o lugares, situaciones que, desde una perspectiva garantista/minimalista, podrían gestionarse de manera más adecuada fuera del ámbito del derecho penal, como, p. ej., en lo civil, laboral, consumerista o administrativo. *Tercero*, y de forma más contundente, porque el PL 122/06 no nomina, como *crimen homófobo*, las conductas violentas practicadas contra lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero y travestis por motivos de prejuicio o discriminación. La cuestión parece ser de fundamental análisis porque son exactamente estos datos sobre el volumen de delitos violentos, impulsados por la homofobia, los que justifican empíricamente la demanda de criminalización.

Según el último informe producido por el Grupo Gay de Bahía (GGB), p. ej., “*en 2011, cada 33 horas, un homosexual brasileño fue brutalmente asesinado*” [2012]. Los investigadores constatan que se ha mantenido la tendencia de los años anteriores a la identificación de actos practicados con violencia extrema, hecho que valida la tesis de que la homofobia es un *crimen de odio*. (13) Mott, al analizar los datos recopilados, sostiene que “*el 99% de estos homicidios contra gays tiene como motivo, ya sea la homofobia individual, cuando el asesino tiene mal resuelta su propia sexualidad; ya sea la homofobia cultural, que expulsa a las travestis hacia los márgenes de la sociedad, donde*

darse, pues, a los fuertes vínculos de la heteronormatividad con otros arsenales normativos, normalizadores y estructurantes que actúan en esos mismos terrenos, tales como el racismo, el sexismo, la misoginia, la xenofobia, el clasismo, la colopatría, entre otros” (JUNQUEIRA, 2007:155).

(13) Identifica el Informe que “70 de los asesinatos fueron practicados con arma de fuego, 67 con arma blanca (cuchillo, hoz, hacha, tijera), 56 palizas (porrazo, pedrada, mazazo), 8 ahorcamientos. Figuran todavía ahogamientos, atropellamientos, carbonización, degollamientos, empalmientos y violencia sexual, asfixias, tortura. A nueve de las víctimas se les asestaron más de 10 puñaladas y tres, más de 10 disparos. La travesti Idete, 24 años, de Campina Grande, PB, tuvo su ejecución filmada y difundida en internet, cuando se le asestaban 32 puñaladas; el cantante gay Omar Faria, de Paraitins, (AM), 65 años, fue asesinado de 27 puñaladas dentro de su casa” (GGB, 2012).

la violencia es más endémica; o bien la homofobia institucional, cuando el Gobierno no garantiza la seguridad de los espacios frecuentados por la comunidad LGBT" (GGB: 2012).

Es innegable que los datos sobre la violencia homófoba (contra la vida, contra la integridad física, contra la libertad sexual), en especial extraídos de una sociedad enmarcada en el contexto de una cultura punitivista como lo es la brasileña, hacen pensar en el instrumento más radical (derecho penal) como alternativa para la protección de estas personas y grupos vulnerables. Encuentro, incluso, que sería demasiado romántico e idealista exigir que el movimiento LGBT negara la vía criminalizadora, principalmente cuando movimientos sociales análogos ya han recorrido este camino. Con todo, sigo pensando que, por más legítima que pueda ser la demanda de criminalización, como mínimo, hay una equivocación en la estrategia político-criminal elegida (PL 122/06).

IV. Consideraciones finales: el debate criminológico acerca de la criminalización de la homofobia

"Escuela sin homofobia: Chico se suicida y los padres culpan al colegio.

Rolliver de Jesus, 12, se ahorcó con un cinturón de su madre el 17 de febrero, en Vitória (ES). Él ya no aguantaba más el bullying que sufría en la escuela. 'Ellos [los alumnos] le decían gay, maricón, gordito. A veces, se iba llorando,' contó una compañera del chico (...).

El chico dejó una carta pidiéndoles perdón a sus padres por el suicidio y preguntándose por qué era el blanco de tantas humillaciones" (Folha de São Paulo, 29 de febrero de 2012).

8. Las provocaciones llevadas a cabo hasta este momento acerca de la criminalización de la homofobia se han centralizado fundamentalmente en el análisis de la legitimidad normativa del proyecto, es decir, hasta qué punto una propuesta de criminalización estaría adecuada a los preceptos constitucionales que orientan un modelo de derecho penal mínimo o de garantías.

Llamo la atención, por lo tanto, a que el debate planteado hasta este momento se limita al horizonte de proyección del derecho penal a partir de la discusión en torno a la compatibilidad del

crimen homófobo en el Estado Democrático de Derecho con las alternativas normativas (vías posibles) para el reconocimiento, individualización y nominación de dicha clase de crimen de odio (*hate crime*).

Pero, desde el principio de este estudio, me ha parecido relevante evaluar cómo la criminalización de la homofobia se inserta en una pauta político-criminal sostenida por una teoría general (*queer studies*) que se proyecta en el derecho (*queer legal studies*) y en la criminología (*queer criminology*). Se hace fundamental, en este sentido, rebasar las fronteras de la legalidad penal e ingresar en el debate sobre la legitimidad criminológica de la criminalización de la homofobia.

Tal cuestión es importante porque invariablemente se percibe que los argumentos contra la legitimidad jurídica (deber-ser) de la criminalización de la homofobia son presentados a partir de datos sobre el funcionamiento del sistema punitivo (ser), situación que permitiría afirmar la violación de la Ley de Hume, según la cual argumentos empíricos no pueden utilizarse para descalificar premisas normativas y viceversa. Por supuesto que una de las virtudes de la criminología crítica en el siglo pasado fue la de 'derogar' la Ley de Hume, en especial porque constituye un argumento típico del positivismo científico, que sostiene, en el derecho penal y en la criminología, un pensamiento ortodoxo muchas veces autista, o sea, un sistema discursivo completamente disociado de la realidad. Sin embargo, si bien me adhiero expresamente a la *derogación de la Ley de Hume*, creo que es importante que las críticas se puntualicen en sus esferas específicas, incluso para que los argumentos sean mejor comprendidos.

Tras el choque de realidad provocado por la criminología crítica, aun para los investigadores que siguen trabajando a partir de un modelo criminológico ortodoxo, no existe la posibilidad de adoptar un idealismo ingenuo en el sentido de que la criminalización, en sí misma, posea la capacidad de reducir las violencias. Cada especie de delito tiene su complejidad y estrategias generales abstractas, tales como la criminalización, muy poco ayudan en la resolución del problema. Es imposible pensar, p. ej., que la misma estrategia (criminalización) produzca efectos significativos en la reducción de situaciones de violencia tan dis-

tintas como lo son los homicidios, hurtos, robos, estafas, accidentes de tráfico, comercio ilegal de drogas, fraudes previsionales, evasiones fiscales, violencia doméstica, daños ambientales, prácticas racistas y los actos homófobos. La posibilidad de reducción de las violencias a rangos razonables conlleva un proceso complejo de análisis de cada situación-problema en su lugar de emergencia, en el acercamiento a los actores involucrados y en intervenciones individualizadas en diferentes ámbitos (individual, familiar, social y económico). La ley penal es sólo una —y probablemente la menos eficaz y más falible— de las estrategias.

En el interior de una cultura emborrachada por el punitivismo, sin embargo, es innegable percibir que la criminalización tiene un *efecto simbólico*. Además, en innumerables casos el efecto simbólico es el único que tiene la criminalización.

Cabría indagar, por lo tanto, desde el punto de vista criminológico, si la visibilidad que se haría posible con la nominación de la homofobia como delito, independientemente de la estrategia normativa que se adopte, podría producir un *efecto simbólico* virtuoso, un impacto cultural positivo en el sentido de desestabilizar la cultura homofóbica arraigada en el tejido social.

Bajo este aspecto, me parece conveniente recordar el *case* aportado por la Ley Maria da Penha. Datos sobre la representación de la sociedad brasileña acerca de la violencia doméstica antes y después de la Ley 11.340/2006 demuestran que el estatuto provocó importantes cambios culturales (Ibope/Themis: 2008), aun por las reacciones que el movimiento de mujeres y la propia Ley han sufrido. Investigaciones evidencian que el nivel de conciencia del problema de la violencia doméstica en la sociedad brasileña ha ganado densidad, sofisticación (Ibope/Themis: 2008). Sobre todo en cuanto a la forma por la cual los medios de comunicación y de entretenimiento pasaron a informar los actos de violencia contra mujeres. E indudablemente la Ley Maria da Penha jugó un papel estratégico central en este cambio cultural.

Por supuesto que no se puede ser ingenuo en el sentido de esperar que la Ley, aisladamente, provoque una reducción de los actos de violencia. Los datos demuestran que tras la publicación de la Ley Maria da Penha hubo, además, un incremento gradual del número de registros, consecuencia probable de las campañas gubernamentales y de

la creación de los centros de atención a las mujeres víctimas de la violencia (Campos & Carvalho, 2011:158). Pero el hecho de que las mujeres se sientan acogidas en los servicios de atención y denuncian los actos de violencia es un importante dato para que se pueda mapear el problema y operar positivamente, por medio de políticas públicas no punitivas, hacia su reducción.

En este sentido (y únicamente en lo simbólico, subrayo), podríamos esperar algún efecto virtuoso de la criminalización de la homofobia, especialmente a raíz del papel que el derecho penal todavía juega en la cultura (punitiva). No obstante, es imperativo decir que *todo uso del derecho penal debe evaluarse con la máxima cautela*, fundamentalmente porque, aun en una acción estratégica controlada, la injerencia violenta del sistema punitivo termina por ser habilitada, situación que invariablemente orienta la actuación de las agencias contra los ‘sospechosos’ y los ‘peligrosos’ de siempre, es decir, las personas y los grupos vulnerables a la criminalización. No podemos olvidar que, desde una perspectiva crítica, el derecho penal debe estar bajo constante sospecha.

En conclusión, sigo defendiendo que el movimiento LGBT podría superar la lógica criminalizadora (voluntad de castigar) y enseñar a los demás movimientos sociales los riesgos que genera la convocación del derecho penal. Y me parece que sería posible abdicar del derecho penal sin mayores daños a las estrategias del movimiento, en especial porque las políticas antidiscriminatorias no punitivas de reconocimiento de los derechos civiles vienen siendo eficaces en la nominación y en la exposición del problema de las violencias homófobas en todas las dimensiones (violencias simbólica, institucional e interpersonal).

Se trata, sin embargo, de una exigencia que quizás esté más allá de las reales posibilidades político-criminales del movimiento LGBT en este momento histórico. Pero al negar explícitamente todo vínculo con el sistema penal, el movimiento LGBT estaría afirmando que la propia lógica punitiva es homofóbica, misógina y racista. Quizás esta sería la estrategia efectivamente revolucionaria en términos de ruptura con la cultura homofóbica.

V. Referencias bibliográficas

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE LESBIANAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRANS E INTERSEXOS (ILGA). *Homofobia do Estado*, 2012.

CAMPOS, Carmen Hein & CARVALHO, Salo. Tensões Atuais entre a Criminologia Feminista e a Criminologia Crítica: a Experiência Brasileira *in* Campos, Carmen Hein (org.). *Lei Maria da Penha (comentada em uma perspectiva jurídico-feminista)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARVALHO, Salo. *Antimanual de Criminologia*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARVALHO, Salo. Três Hipóteses e uma Provação sobre Homofobia e Ciências Criminais: Queer(ing) Criminology *in* *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, v. 238, 2012a.

CARVALHO, Salo. *Sobre as Possibilidades de uma Criminologia Queer*, Porto Alegre, 2012b (mimeo).

CHRISTIE, Nils. *Uma Razoável Quantidade de Crime*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

Diálogo Latino-Americano sobre Sexualidade e Geopolítica. Manifesto *in* *Revista Bagoas*, v. 04, n. 05, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione: Teoria del Garantismo Penale*. Roma: Laterza, 1998.

FERRELL, JEFF & SANDERS, Clinton R. Toward a Cultural Criminology *in* Ferrell, Jeff & Sanders, Clinton R. *Cultural Criminology*. Boston: Northeastern University Press, 1995.

FOUCAULT, Michel. *La Vida de los Hombres Infames*. La Plata: Caronte Ensayos, 1996.

FOUCAULT, Michel. *Historia da Sexualidade: a Vontade de Saber*. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GROOMBRIDGE, Nic. Perverse Criminologies: The Closet of Doctor Lombroso *in* *Social & Legal Studies*, n. 08, v. 04, 1999.

GRUPO GAY DA BAHIA (GGB). *Estatísticas do Ódio* *in* www.ggb.org.br, 2012.

GRUPO GAY DA BAHIA (GGB). *Relatório Anual de Assassinato de Homossexuais de 2011: Balanço Homofobia* *in* www.ggb.org.br, 2012.

Ibope/Themis - Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero. *Dois Anos da Lei Maria da Penha: o que pensa a sociedade?* São Paulo/Porto Alegre, 2008.

JUNQUEIRA, Rogério Diniz. Homofobia: Limites e Possibilidades de um Conceito em Meio a Disputas *in* *Revista Bagoas*, v. 01, n. 01, 2007.

KARAM, Maria Lucia. A Esquerda Punitiva *in* *Discursos Sediciosos*, v. 01, 1996.

MESSERSCHMIDT, James W. & TOMSEN, Stephen. Masculinities *in* DeKeseredy, Walter S. & Dragiewicz, Molly (eds.). *Routledge Handbook of Critical Criminology*. Nova Iorque: Routledge, 2012.

MISKOLCI, Richard. A Teoria Queer e a Sociologia: o Desafio de uma Analítica de Normalização *in* *Sociologias*, n. 21, 2009.

PERRY, Barbara. *In the Name of Hate: Understanding Hate Crimes*. Londres: Routledge, 2001.

POCAHY, Fernando & NARCI, Henrique Caetano. Saindo do Armário e Entrando em Cena: Juventudes, Sexualidades e Vulnerabilidade Social *in* *Estudos Feministas*, n. 15, v. 01, 2007.

RIOS, Roger Raupp. O Conceito de Homofobia na Perspectiva dos Direitos Humanos e no Contexto dos Estudos sobre Preconceito e Discriminação *in* Rios, Roger Raupp (org.), *Em Defesa dos Direitos Sexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHEEERER, Sebastian. Toward Abolition *in* *Crime, Law and Social Change*, v. 10, n. 01, 1986.

SMART, Carol. Feminist Approaches to Criminology or Postmodern Woman Meets Atavistic Man *in* McLaughlin, Eugene; Muncie, John & Hughes, Gordon (eds). *Criminological Perspectives: Essential Readings*. 2. ed. Londres: Sage, 2005.

SORAINEN, Antu. Queering Criminology *in* *Annual Conference of the European Society of Criminology 'Crime and Control in an Integrating Europe'*, University of Helsinki, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. Lei Maria DA PENA no Contexto do Estado Constitucional: Desigualando a Desigualdade Histórica in Campos, Carmen Hein (org.). *Lei Maria da Penha (comentada em uma perspectiva jurídico-feminista)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

WELZER-LANG, Daniel. A Construção do Masculino: Dominação das Mulheres e Homofobia *in* *Estudos Feministas*, n. 02, v. 01, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico*. Belo Horizonte: Alfa-Ômega, 1994. ♦

Borges y la criminología. Una criminología literaria crítica

POR ALEJANDRO POQUET

*...nada hay más vacilante, nada más empírico...
que la instauración de un orden de las cosas*
Michel FOUCAULT, *Las palabras y las cosas*

La criminología es reflexión sobre el orden social a través del prisma de la violencia. Formuladas las preguntas inmediatas sobre el crimen y su circunstancia (síntoma) quedan a la espera los interrogantes por el orden que arma el escenario y escribe el guión del drama violento. (1) ¿De qué y por quién está hecho ese orden en el cual se instala, naturalmente, la violencia? ¿Para qué y a quiénes sirve esa violencia (ese orden)? ¿El desorden no es el orden de los que no participan del Orden oficial? El libro de Michel Foucault citado en el epígrafe examina las complejidades que permanecen invisibles en la superficie del orden de las cosas, pero lo importante a resaltar, su pertinencia, es que ese libro se inspiró (*nació*, dice Foucault) en un texto de Jorge Luis Borges. (2)

Las palabras y las cosas es la prueba filosófica y científica (*Una arqueología de las ciencias humanas*, se subtitula) de que en la literatura borgesiana está presente la cuestión del orden, y lo está a lo

(1) Desde el enfoque sociológico interaccionista de la desviación más que una cualidad del acto en sí mismo es, antes bien, una consecuencia (aunque no única) del rólulo que la sociedad distribuye con el dictado de normas cuya infracción es bautizada, precisamente, como desviación. Enriquecido el análisis por esa interacción ¿no es razonable postular que está en la norma en germen y a la manera de espejo (en la cual se refleja y es, a la vez, proyectada) la forma de la desviación, el guión que hará previsible su actuación y desenlace final? De este análisis interaccionista se pretende rescatar aquí dos hallazgos centrales para la definición introductoria de criminología que abre este trabajo: la violencia como una obra colectiva y el cuestionamiento al orden social al convertir en objeto de estudio a ese colectivo (Para esta teoría ver Becker, Howard, *Outsiders*. Hacia una sociología de la desviación, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2012).

(2) BORGES, Jorge Luis, "El idioma analítico de John Wilkins" en *Otras inquisiciones*, Obras completas, 1952-1972, Brasil, Emecé Editores, 1993, pp. 84/87, citado en FOUCAULT, Michel, *Las palabras y las cosas: Una arqueología de las ciencias humanas*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2013, p. 9.

largo de toda su obra en forma de poesía, cuento policial, ensayos filosóficos y relatos fantásticos, así como en la historia del orden de Foucault está presente, de manera inaugural, una exótica e inconcebible clasificación borgesiana. En la obra de Borges aparecen una y otra vez los temas criminológicos por excelencia como el delito, el preso, la cárcel, la policía y la justicia, además de la ciudad pero no sólo como espacio físico sino, principalmente, a la manera de *polis* en el sentido de *organización comunitaria que se deriva del actuar y hablar juntos* alrededor de una ética y estética, vaya donde vaya o esté donde esté ese ciudadano (3), razón por la cual Borges pudo ser tan porteño y, a la vez, tan cosmopolita.

Pero ¿una estética? No debe olvidarse que la criminología es un ámbito de conocimiento formado por aportes jurídicos, sociológicos, médicos, políticos, históricos y, por más que parezca extraño, también literarios. Más allá de que no sólo la literatura sino el arte en general contribuyen con su estética a la representación de otros valores, a darle contenido a una ética que impacta en los símbolos del universo criminológico. El orden estético de las cosas, como narra el personaje de uno de los cuentos de ficción de Borges, puede ser un camino para descubrir la verdad. (4)

La belleza retratada por las distintas manifestaciones artísticas ha influido sobre la percepción de la bondad, con una función positiva para el orden social. Por el contrario, la fealdad suele ser sinónimo de maldad, peligro, atraso social. Claro que la belleza y la fealdad de la que se está hablando no son valores ideales ni absolutos, están impregnados de poder exactamente igual

(3) ARENDT, Hannah, *La condición humana*, Buenos Aires, Paidós, 2003, p. 221.

(4) BORGES, Jorge Luis, "El inmortal" en *El Aleph*, ob. cit., 1923-1949, Buenos Aires, 1990, p. 543.

que el objeto de estudio de la criminología. (5) Recorrer la historia de estos dos valores estéticos como lo hizo Umberto Eco (6) enseña acerca de sus vicisitudes en la civilización occidental y, más aún, confrontadas con las de otras civilizaciones.

Es estrecha la cercanía entre arte y criminología como lo muestra el trabajo del sociólogo Howard Becker, teórico del etiquetamiento (*labelling approach*), quien luego de explicar en *Outsiders* el proceso de desviación partiendo del proceso de construcción de esa etiqueta, continuó sus investigaciones en el campo de la sociología del arte, porque en ésta encontró *una versión más general del mismo tipo de pensamiento, donde surgen los mismos problemas, ya que nunca se sabe claramente qué es "arte" y qué no lo es, y en ese ámbito se observan los mismos argumentos y los mismos procesos.* (7) Desde esta estrechez, marcada también muy especialmente por Feyerabend a partir de una teoría anarquista/dadaísta del conocimiento (8), no es aventurado afirmar

(5) Esta relatividad de valores estéticos y éticos que gira alrededor del eje del poder ha sido puesta de manifiesto por Marx, centrando el eje en el dinero por su capacidad de apropiarse de todos los objetos y ser, en consecuencia, el objeto por excelencia: "Las propiedades del dinero son propiedades y capacidades esenciales mías —que soy su poseedor—. Eso que soy y puedo no está determinado de ninguna manera por mi individualidad. Soy feo, pero puedo comprar a la mujer más bella. Por consiguiente, no soy feo... Yo —según mi individualidad— soy inválido, pero el dinero me proporciona veinticuatro pies; por lo tanto, no soy inválido; soy un hombre malo, deshonesto, inconsciente, carente de espíritu, pero el dinero es honrado, por ende, su poseedor también" (MARX, Karl, *Manuscritos Económicos-Filosóficos de 1844*, Buenos Aires, Colihue, 2010, p. 181).

(6) ECO, Umberto, *Historia de la belleza*, Barcelona, Lumen, 2004, e *Historia de la fealdad*, Barcelona, Lumen, 2007.

(7) Ob. cit., p. 16.

(8) FEYERABEND, Paul, *Tratado contra el método*. Esquema de una teoría anarquista del conocimiento, Madrid, Tecnos, 1986. En el prólogo a la edición castellana Feyerabend advierte que la ciencia no presenta una estructura y que los científicos utilizan indistintamente un procedimiento u otro según la ocasión, sin existir una "racionalidad científica" que sea guía para cada investigación, sino experiencias anteriores, sugerencias heurísticas, concepciones del mundo, disparates metafísicos, restos y fragmentos de teorías abandonadas. Con el tiempo Feyerabend optó por emplear el término Dadaísmo antes que Anarquismo para designar su posición, por su incapacidad absoluta de daño, la sospecha ante cualquier empresa "seria" y por tomar las cosas "a la ligera", guardando la esperanza de que se lo recuerde como un frívolo dadaísta y no como un anarquista serio (p. 6).

que el éxito de la primera escuela científica de criminología se haya debido, en gran medida, a la fina intuición de artista del médico italiano César Lombroso. Con un clasicismo que contrasta con la gracia y armonía florentina renacentista, esculpió los tétricos rasgos del "estereotipo criminal" conectándolo, fantásticamente, con la fealdad que imponía el poder de turno italiano en la segunda mitad del siglo XIX. Más allá de que su vocación artística parece haber sido muy fuerte mientras fue joven, etapa de su vida en la que encontró refugio en la "Sociedad Literaria" de Verona durante los años de clausura de las universidades de la región, con un gusto mayor por las letras que por la medicina en sus inicios universitarios. (9)

El recorrido histórico propuesto por Eco muestra una gran variedad de célebres intentos literarios y filosóficos de inversión de esta relación. El ideal griego de la perfección era la unión de lo bello con lo bueno, pero posteriormente San Agustín encontró bellos a los monstruos por ser criaturas de Dios. La liberación renacentista trasladó lo obscuro y grosero de la antigua cultura popular a la corte real, asumiendo, en forma de sátira, una función filosófica (*Gargantúa y Pantagruel* de Rabelais), los estilos manierista y barroco realizan el elogio de la mujer fea (*Ensayos*, Michel DE MONTAIGNE), los monstruos de la modernidad como Frankenstein, King Kong y Godzilla exhiben una conmovedora ternura. (10) Estas vicisitudes llevan al semiólogo italiano a formular un inquietante interrogante: ¿y si tienen razón las brujas de *La tragedia de Macbeth* de Shakespeare cuando gritan al comienzo de la obra "Lo bello es feo y lo feo es bello"? (11)

Como Flaubert en *Bouvard et Pécuchet*, que se valió de dos imbéciles para someter a crítica a todas las ideas modernas (12), como Swift que, desdeñando la ciencia en general y la experimental en particular, en *Los viajes de Gulliver* ubicó la civilización y la alta racionalidad en un país de finos caballos que confundieron la humanidad

(9) LOMBROSO FERRERO, Gina, *Vida de Lombroso*, Buenos Aires, Aquiles Gatti, 1940, pp. 47/48.

(10) *Historia de la fealdad*, pp. 10, 114, 142, 169/170, 422.

(11) Ob. cit., p. 20.

(12) BORGES, Jorge Luis, "Vindicación de `Bouvard et Pécuchet`" en *Discusión*, ob. cit., 1990, pp. 259/262.

del viajero con la de animales salvajes (13), la obra de Jorge Luis Borges invierte los rasgos estéticos y éticos del estereotipo criminal que originó y permitió sistematizar el pensamiento criminológico positivista.

Su literatura puede ser recorrida con el propósito de construir la visión criminológica que se deriva de esa inversión. En sus ensayos y cuentos, incluso en la poesía y otras ficciones, dejó huellas útiles para este rastreo a través de personajes, argumentos, mitos, diálogos y reflexiones que no sólo se refieren al crimen y su circunstancia sino, también, al Estado y las instituciones relacionadas con ese mundo al margen de la ley, es decir que esas referencias se insertan en una dimensión política e ideológica que forma parte de este recorrido. Los rasgos éticos (aun para *inmortales*) (14) —que se pueden hurgar, incluso, en varios de sus poemas— (15) de la estética borgesiana reflejan un modo particular de contar la violencia que, junto a aquellas instancias políticas e ideológicas, sugieren las bases de un orden social diferente. Una literatura que combina todos estos elementos y se enriquece, además, con meditaciones antropológicas, metafísicas y ficcionales que permiten agregar al análisis un sentido más complejo y

profundo que el impuesto binaria o esquemáticamente por las refractarias categorías policiales y judiciales, puede estar impulsando, sin escándalo epistemológico, una construcción teórica merecedora del académico adjetivo de “criminológica” sin que por ello deba, necesariamente, cargar con el de *aburrida* (16) sino que, por el contrario, pueda ser considerada *interesante* como las hipótesis explicativas de la realidad criminal que brindaba el detective Erik Lönnrot. (17)

Borges no sólo esparció rasgos de un orden a lo largo de toda su obra sino que se apropió de uno de sus símbolos representativos: el laberinto, al punto que la humanidad de lectores identifica su literatura con esa imagen, como *une fatalmente* la literatura de John Keats a la del ruiseñor, o la de William Blake al tigre. (18) Un laberinto es *una casa labrada para confundir a los hombres; su arquitectura, pródiga en simetrías, está subordinada a ese fin*, según uno de sus cuentos de ficción. (19) Una finalidad guiadora de simetrías de una construcción, cualquiera, es premisa de orden, pero Borges no sólo se apropia del símbolo sino que, además, parece prevenir sobre los riesgos de un ámbito ordenado tendiente a encerrar, sin posibilidad de salida, que bien puede extenderse a la *casa labrada* por el orden social, la cual puede llegar a abarcar el (orden del) mundo mismo como la casa de Asterión. (20) Entonces puede leerse la literatura borgesiana, también, como un llamado de atención a un orden que convierte al hombre en prisionero (21), un orden que se solaza colo-

(13) “En el tercer viaje Swift se burla de la ciencia experimental invirtiendo el procedimiento: los gabinetes destartados de Swift quieren propagar ovejas sin lana, usar el hielo para la fabricación de la pólvora, ablandar mármol para almohadas, batir en láminas sutiles el fuego y aprovechar la parte nutritiva que encierra la materia fecal” (BORGES, Jorge Luis, “El arte de injuriar” en *Historia de la eternidad*, ob. cit., p. 422). Estos gabinetes se encuentran en la Academia de Lagado que visita Gulliver en ese viaje, donde uno de los profesores le comunica la esencia del progreso de los conocimientos especulativos y de la obtención de la sabiduría en las artes y en las ciencias: a través del método de operaciones prácticas y mecánicas, como su (disparatado) tablero formado por varias piezas de madera del tamaño de un dado con todas las palabras del idioma, el cual al ser girado cambiaba el orden de las palabras que debía ser estudiado por varias horas al día y reunido en volúmenes las frases truncan que resultaban de esos giros (SWIFT, Jonathan, *Los viajes de Gulliver*, Madrid, Editorial Alfredo Ortells, 1984, pp. 122/125).

(14) Como un bosquejo de una ética para inmortales sintetiza Borges a su ficción “El inmortal” (Epílogo a *El Aleph*, ob. cit., p. 629).

(15) Borges admite que su preocupación central es de naturaleza ética en el libro de poemas *Elogio de la sombra*, ob. cit., 1993, pp. 351/396 (BORGES, Jorge Luis con DI GIOVANNI, Norman Thomas, *Autobiografía*, Buenos Aires, El Ateneo, 1999, p. 150).

(16) Así la denominó Stanley Cohen a la criminología oficial positivista inglesa de la década del 60 del siglo pasado, uno de los motivos, además del ideológico por supuesto, para el nacimiento de la criminología radical. Citado por VAN SWAANINGEN, René, en *Perspectivas europeas para una Criminología Crítica*, Buenos Aires, B de f, 2011, p. 128.

(17) BORGES, Jorge Luis, “La muerte y la brújula” en *Artificios*, ob. cit., p. 500.

(18) BORGES, Jorge Luis, “El ruiseñor de Keats” en *Otras inquisiciones*, ob. cit., p. 97.

(19) BORGES, Jorge Luis, “El inmortal” en *El Aleph*, ob. cit., p. 537. La confusión de esa arquitectura puede provenir de puertas abiertas que en número infinito (otra forma de laberinto) hacen del morador un prisionero no visitado por —casi— nadie (“La casa de Asterión”, ob. cit., p. 569).

(20) Ob. cit., p. 570.

(21) ¿Cuál es la legitimidad interpretativa de un llamado de atención en esta literatura sobre un orden carcelero? Al finalizar el cuento, Asterión relata que su soledad es indolora gracias a la esperanza de un redentor que lo libere

cando puertas para que no sean atravesadas, una arquitectura social similar a la de las libertades prometidas por el orden iluminista que, simultáneamente, creó el control social transformador de esas libertades en materia de normalización u *ortopedia social*. Así, lo denunciaría, tiempo después, Foucault al analizar el sueño panóptico y la sociedad disciplinaria de Jeremy Bentham (22), sintetizado este análisis en su famosa frase: *Las luces que han descubierto las libertades, han inventado también las disciplinas*. (23)

No debe sorprender, entonces, el recorrido literario en busca de una visión criminológica. Lo que sí produce sorpresa es la independencia de los trazos analíticos de esa literatura de los postulados de la criminología positivista, hegemónica en los tiempos en que se escribió gran parte de esta obra, principalmente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (24), hasta incluso en los primeros años de la década del 80 del siglo veinte en el ámbito estrictamente académico (25), salvo la aislada y notable reacción del jurista profesor de la Universidad Nacional de Córdoba, Sebastián Soler, que aunque positivista jurídico lanzó una certera y temprana crítica al estado peligroso del positivismo criminológico. (26)

llevándolo a un lugar con menos galerías y menos puertas, razón por la cual apenas se defendió (ya minotauro) cuando llegó el héroe y verdugo Teseo (p. 570). El que Borges lo haya calificado como pobre protagonista también permite inducir la postulación de un orden diferente (“Epílogo”, ob. cit. p. 629).

(22) FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, México, Gedisa, 1984, p. 98.

(23) FOUCAULT, Michel, *Sobre la Ilustración*, traducción de Javier de la Higuera, Madrid, Tecnos, 2003, p. 220.

(24) BACIGALUPO, Enrique, “El positivismo jurídico de la generación del 40 y la recepción de la dogmática penal alemana en la Argentina y en Latinoamérica”, en *Dogmática penal entre naturalismo y normativismo: libro en homenaje a Eberhard Struensee*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2011, p. 47.

(25) Hasta aproximadamente el año 1980 el texto preferentemente utilizado en las cátedras de criminología era la *Criminología* de Roberto Ciafardo, basada en el programa de José Ingenieros, y el Objeto y método de la criminología de Francisco Laplaza fundado en el paradigma peligrosista marcó el rumbo de la criminología de la Universidad de Buenos Aires hasta el fin de la última dictadura militar (ver ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*, Buenos Aires, Ediar, 2011, p. 120).

(26) SOLER, Sebastián, *Exposición y crítica de la teoría del Estado peligroso*, Buenos Aires, Abeledo, 1929.

Borges nació en Buenos Aires el último año del siglo XIX, unas dos décadas después del descubrimiento del “hombre delincuente” por parte de César Lombroso [1876]. La filosofía positivista había puesto de moda las ciencias naturales y el método experimental; mientras más se estudiara la sociedad como si fuera la naturaleza, mayor iba a ser el “orden y progreso” social. Lombroso demostró que la criminología podía merecer la jerarquía de ciencia y naturalizó el objeto de estudio. El “criminal nato” era una realidad tan natural que podía ser reconocido a simple vista a través de sus rasgos físicos, y como el método de observación era infalible y no conocía límites, aun después de la muerte podía encontrar pruebas de esa naturaleza criminal. Así Lombroso logró descubrir la célebre *foseta occipital media* en el cráneo de un famoso delincuente, prueba del parentesco con el hombre primitivo y los animales inferiores. (27)

Ante una conclusión que precedió a las “pruebas” en uno de sus cuentos ficticiales, Borges pregunta ¿Quién se resigna a buscar pruebas de algo no creído por él o cuya prédica no le importa?. (28) Efectivamente, el estereotipo criminal que confeccionó el médico italiano siguiendo ese pre-judicio —que Feyerabend denominó *intuición* (29)— fue el que aseguró el éxito del método científico de moda. Cualquiera que recorriera las cárceles, manicomios y asilos del momento podía constatar similitudes con sus descripciones fisonómicas. Sin importar en lo más mínimo si esas analogías en lugar de confirmar el nuevo descubrimiento ponían en evidencia el serio déficit de la justicia represiva por su discriminación, en perjuicio de los excluidos de un país en pleno proceso de difícil unificación, con resistencias y enfrentamientos, principalmente entre una Italia meridional empobrecida y atrasada y un Norte pujante e industrializado, donde Lombroso hacía sus autopsias y enviaba fotos para exportar los estigmas

(27) Tanto el cráneo de este famoso bandido llamado Giuseppe Villella como el de otros 400, además de esqueletos y fotografías de delincuentes de la época, se pueden conocer en el museo de Antropología Criminal fundado por Lombroso en Turín, Italia, donde desempeñó el cargo de profesor de Medicina Legal y Antropología Criminal en la Universidad de Turín.

(28) BORGES, Jorge Luis, “Tres versiones de Judas” en *Artificios*, ob. cit., p. 514.

(29) Feyerabend considera que los conocimientos científicos son, en gran medida, intuitivos (ver el prólogo citado).

criminales. (30) No importaba interrogarse sobre esa posibilidad porque lo natural era lo evidente, que la clientela habitual del encierro no sólo era físicamente parecida, sino que provenía de la misma condición social, económica y cultural.

Los sectores políticos y académicos de la Argentina de la época de Borges estuvieron embelesados con esta ideología también conocida con el nombre de Escuela Positiva, que se extendió de manera hegemónica al Derecho Penal (31), porque venía a suministrar la explicación teórica para justificar, en un proceso de enfrentamiento cultural, la estigmatización de lo local, del habitante original de estas tierras y de la inmigración resistente, aquella indócil al proyecto conservador y europeizante de un país que entraba en una etapa de intensa modernización. Las minorías ilustradas de Buenos Aires buscaban subirse al vagón de cola del desarrollo capitalista mundial, y la manera más conveniente de explicar el atraso e intentar superarlo fue utilizando el arsenal doctrinario e instrumental del positivismo criminológico, es decir neutralizando y separando a todo elemento peligroso contra el “orden y progreso”, cuyo común denominador de esa peligrosidad era haber sido excluido del modelo de país que se estaba imponiendo.

En pleno auge de esa cosmogonía represiva representada por Luis María Drago, José Ingenieros, Eusebio Gómez, entre otros, la literatura de Borges no sólo no se contamina de sus postulados positivistas sino que, por el contrario, los ridiculiza y desautoriza al igual que al método mismo, como sucede con el *cronométrico* Ireneo Funes de su cuento ficcional, imposibilitado de razonar y elaborar conceptos por culpa de una memoria que, con la fidelidad del espejo, refleja la realidad en sus mínimos detalles. (32) Los positivistas creían

(30) Luis María DRAGO agradeció a Lombroso la remisión de fotografías sobre cráneos criminales examinados, en las cuales “se nota, a primera vista, una gran cantidad de asimetrías y el desarrollo exagerado de las cavidades orbitarias”. Ver *Los Hombres de presa*, Buenos Aires, La Cultura Argentina, 2ª ed., 1921, p. 38.

(31) Luis JIMÉNEZ DE ASÚA comenta en 1940 que todos los penalistas argentinos son “secuaces del positivismo” salvo dos excepciones: Sebastián Soler y su discípulo Ricardo Núñez (Prólogo a *Vida de Lombroso* de Gina Lombroso Ferrero, ob. cit., p. 17).

(32) BORGES, Jorge Luis, “Funes el memorioso” en *Artíficos*, ob. cit., pp. 485/490.

en la “naturalidad” del delito y del delincuente, Borges, por el contrario, desconfía de la realidad en sí misma o, mejor, de una interpretación ajustada a la realidad, que es precisamente de lo que se jacta el positivismo con su método experimental. (33) La radical diferencia también es de índole estética. El naturalismo opta por la *estética pasiva del espejo*, para la cual el arte es copia del medio ambiente. En cambio Borges, ya de joven en España, se había decidido por la *estética activa de los prismas*, donde el mundo no es más que un instrumento del arte. (34)

Es más, los cuchilleros, malevos, asesinos y personajes marginales que conforman la delincuencia natural del positivismo criminológico, en la literatura de Borges, llegan a exhibir rasgos del héroe épico (35), caracterizados por el valor, la inteligencia o el papel de víctimas de la injusticia

(33) Una prueba de esa desconfianza es su preferencia por la figura del oxímoron, en la cual el epíteto que tiene por función aclarar el significado de la palabra que complementa parece, por el contrario, contradecirla, logrando un nuevo concepto a partir de ese “absurdo” gramatical. Borges no sólo recurrió a esa figura sino que la aplicó, incluso, a escenas vividas por sus personajes como aquel interpretado por él mismo luego de salir del funeral de su enamorada Teodelina Villar y detenerse a beber caña de naranja en un almacén donde se jugaba al truco (“El Zahir” en *El Aleph*, ob. cit., p. 590).

(34) Manifiesto del ultra en Jorge Luis Borges. Textos recobrados. 1919-1929, Barcelona, Emecé, 1997, pp. 86/87. Borges contribuyó a la redacción de ese manifiesto del movimiento ultraísta, en el que, además, se lee: “Y, para conquistar esta visión, es menester arrojar todo lo pretérito por la borda. Todo: [...] los microscopios del naturalismo [...]. Toda esa vasta jaula absurda donde los ritualistas quieren aprisionar al pájaro maravilloso de la belleza.” En coincidencia con esa estética, recién llegado a la Argentina Borges cofundó la efímera revista *Prisma* para dar la idea de “trastocamiento de la realidad, comparable a la descomposición de la luz al atravesar un prisma de cristal” (Proclama en ob. cit., p. 124, nota 3). En *Anatomía de mi “ultra”* refiriéndose a su lírica dice “anhelo un arte que traduzca la emoción desnuda, depurada de los adicionales datos que la preceden” (ob. cit., p. 95).

(35) En el epílogo a su obra, Borges escribe una nota autobiográfica que ironiza con ser publicada en el futuro en el año 2074, en la Enciclopedia Sudamericana en Santiago de Chile, en la cual luego de considerar que el valor es una de las pocas virtudes de que son capaces los hombres, expresamente admite que el culto que le prodigó a ese valor lo llevó a la veneración de los hombres del hampa. Claro que ya de grande, finalizada esa obra, a esa veneración el autor la adjetivó como atolondrada (“Epílogo”, ob. cit., 1975 - 1985, Buenos Aires, 1991, p. 506).

social. Nostálgico del coraje le rinde tributo, provocativamente, colocándolo en cabeza de hombres anónimos, grises, marginados o buscados por la ley, a cuyo funcionamiento lanza irónicas y ácidas críticas a través de las desventuras de esos personajes. Este mecanismo burguesiano de inversión de valores, de cambiar el lugar donde éstos habitan, retratando virtudes éticas en la marginalidad y cuestionando el orden establecido, anticipa el estallido epistemológico que se produciría muchos años después con la irrupción crítica en el horizonte teórico de la criminología.

Borges no sólo se apartó del positivismo criminológico triunfante de su época, sino que se adelantó a los textos críticos de la criminología europea que comenzaron en la década del 70 del siglo XX, en forma sistemática a partir del libro *La nueva criminología* de los ingleses Ian TAYLOR, Paul WALTON y Jock YOUNG [1973] (36), con la propuesta de politizar el delito, sacar a la criminología del confinamiento técnico y artificialmente segregado al que estaba sometida, vincular las causas de la desviación con la forma de los ordenamientos sociales, para ser consagrada esta nueva criminología a la erradicación de las desigualdades de riqueza y poder.

Los trabajos posteriores insertos en esta nueva ciencia emprendieron un fuerte cuestionamiento al modo en que el Estado y sus agencias burocráticas imponen el orden público. Pues problematizan el concepto de delito, sacándolo del campo natural u ontológico y devolviéndole su naturaleza política, para denunciar la notoria discriminación en el actuar policial, penitenciario y judicial, en contra de los más desfavorecidos socialmente, generalmente autores de los delitos menos trascendentes. Esto conlleva el resultado práctico de fortalecer la

división de clases y ocultar la existencia de ilícitos de mucha mayor gravedad vinculados con el poder político o económico.

Ese pensamiento crítico de confesada ascendencia marxista se trasladó casi de inmediato a América Latina gracias a los trabajos pioneros de las venezolanas Rosa del Olmo y Lola Aniyar de Castro, quienes en la misma década del 70 del siglo anterior propusieron una ruptura con el objeto de la criminología positivista centrado en la biología y la psiquis del delincuente para no estorbar la legitimación del orden social y económico impuesto por el capitalismo. Así plantearon la necesidad de cambiar esas condiciones a través de la elaboración de una teoría crítica del control social en el marco de una nueva *criminología de la liberación*. (37)

Borges ya había escrito la mayor parte de su literatura en esa década del 70 del siglo pasado. Como se dijo su obra contiene elementos que minan las bases científicas, ideológicas y filosóficas del positivismo criminológico dominante en la época de gran parte de su producción literaria. Pero a su vez esos elementos sirven de manera anticipatoria al entramado de una teoría crítica en materia criminológica. No obstante, la potencia crítica de esa literatura no se detiene ahí, en tanto existen en ella enunciados y dispositivos que llevan la crítica a un extremo que coincide con postulados de la corriente (anti) criminológica denominada abolicionismo penal. (38) Esta especie de anarquismo punitivo (aunque no jurídico) (39) surgido en la década del 70 del siglo veinte con el libro pionero del noruego Thomas Mathiesen (*The Politics of Abolition*, 1974) y con los trabajos del también noruego Nils Christie y del holandés Louk Hulsman,

(36) El título original en inglés es *The new criminology: for a social theory of deviance*. En español se publicó como *La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada*, Buenos Aires, Amorrortu editores, 1977. Aunque, institucionalmente, el nacimiento de la criminología radical inglesa se sitúa con anterioridad, en 1968, con la Conferencia Nacional sobre Desviación (NCD), y si bien a partir de esa fecha proliferaron estudios críticos, éstos se centraron en aspectos parciales de la cuestión criminal: el pánico moral creado por los medios masivos de comunicación, el efecto de esos medios y la policía en el consumo de droga, movimientos estudiantiles, subcultura de los motociclistas, la posición de clase de los barrabravas en el fútbol y de los hippies (ver VAN SWAANINGEN, René, ob. cit., p. 127).

(37) Ver ANIYAR DE CASTRO, Lola, *Criminología de la Liberación*, Maracaibo, Instituto de Criminología Dra. Lolita Aniyar de Castro, Universidad del Zulia, 1987.

(38) POQUET, Alejandro, "El abolicionismo penal: un pensamiento (anti) criminológico a la intemperie", en *Temas de Derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires, Ediar, 2005, pp. 119/160.

(39) Postular el fin de la represión penal no significa, necesariamente, fomentar la abolición de cualquier otra coacción jurídica; su identificación es un error conceptual producido, según Zaffaroni, por apresuramiento u omnipotencia penalista o panpenalista (ZAFFARONI, Eugenio Raúl con ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 347).

propuso el fin de la cosmogonía represiva con sus penas, cárceles, lógica y lenguaje penal.

Tampoco debe causar sorpresa la búsqueda de afinidades entre este abolicionismo y la obra de Borges, si se parte de su conocida esperanza acerca de la desaparición de los gobiernos, derivado del anarquismo spenceriano transmitido tempranamente por su padre (40) y por su admirado Macedonio Fernández (41), el mayor acontecimiento de su regreso de Europa (42), manteniendo aún esta utopía al prologar una obra de su vejez temprana, en la cual vuelve a profetizar: *Creo que con el tiempo mereceremos que no haya gobiernos.* (43) Es verdad que él mismo se encargó en ese prólogo de distanciarse del antiguo predicador de parábolas o de la actual categoría de escritor comprometido, no obstante tal como una sentencia suya predica, *pocas veces lo que decimos se parece a nosotros, y su desconfianza hacia el Estado y los gobiernos, su rechazo a una realidad modernizantemente caótica, su aversión a cualquier tipo de totalitaris-*

(40) En Autobiografía Borges menciona que su padre había sido “filósofo anarquista en la línea de Spencer” y que “Una vez me dijo que me fijara bien en los soldados, en los uniformes, en los cuarteles, en las banderas, en las iglesias, en los sacerdotes y en las carnicerías, ya que todo eso iba a desaparecer y algún día podría contarle a mis hijos que había visto esas cosas. Hasta ahora, desgraciadamente, no se ha cumplido la profecía” (ob. cit., pp. 15 y 19). Tres años antes de su muerte dijo: “He sido sucesivamente anarquista, socialista y radical. Soy, ahora, un inofensivo discípulo de Herbert Spencer, un partidario del individuo contra el Estado”, en Diálogos de Montenegro, Néstor J. Pcia. de Buenos Aires, Nemont Ediciones, 1983, p. 46.

(41) Dos años antes del nacimiento de Borges, Macedonio Fernández había fundado en el Paraguay una colonia anarquista (BORGES, Jorge Luis, Prólogos con un prólogo de prólogos, Macedonio Fernández, Madrid, Alianza Editorial, 1988, p. 75; y en Obras Completas IV, cit., 1975-1988, Barcelona, 1996, p. 53). También menciona esta experiencia en La lírica argentina contemporánea, donde junto con el poema de Macedonio FERNÁNDEZ titulado Al hijo de un amigo hace su semblanza (Textos recobrados, cit., p. 133).

(42) Autobiografía, ob. cit., p. 70.

(43) Prólogo a El Informe de Brodie, ob. cit., p. 399. En el diálogo con Osvaldo Ferrari, poco tiempo antes de morir, se definió como un “inofensivo anarquista; es decir, un hombre que quiere un mínimo de gobierno y un máximo de individuo” (BORGES, Jorge Luis y FERRARI Osvaldo, Diálogos, Buenos Aires, Seix Barral, 1992). En la entrevista con Joaquín Soler Serrano en 1980: “Soy anarquista. Siempre he creído fervorosamente en el anarquismo. Y en esto sigo las ideas de mi padre. Es decir, estoy en contra de los gobiernos, más aún cuando son dictaduras, y de los Estados”.

mo, hicieron que su obra también permitiera una lectura en clave política, si bien escondida detrás de fantásticas tramas tendientes, en primer lugar, a *causar asombro* para lograr el *hecho estético* (como los libros de su imaginario Herbert Quain) (44), a *distraer y conmover* y *no persuadir*. Aunque ¿asombrar, distraer y conmover no son una forma efectiva de persuadir?

La obra de Borges es oblicua como el ilusorio Ts’ui Pén autor de *El jardín de senderos que se bifurcan* (45), sutil, tal vez sin propósito de una verdad coherente y central sino angular y astillada (46) (*la ambigüedad es una riqueza*, les contestará a los críticos del *Quijote* de Pierre Menard) (47), pasible de más de una lectura, no obstante el intento de construir una visión criminológica es ayudado por la persistencia de sus preocupaciones literarias. Los temas centrales se repiten a lo largo de su literatura, claro que disfrazados borgesianamente como poesía (el argumento y el hilo narrativo son parte de sus poemas) (48), cuento policial, ensayos filosóficos y teológicos y relatos fantásticos, y esta reiteración le permite al lector encontrar nuevas analogías y afinidades a medida que van pasando las páginas y la edad del escritor. Con la ironía que lo caracterizó, Borges se confesó decididamente monótono, hostigado por unos pocos argumentos. (49) Casi al mismo tiempo en *Autobiografía* confirma para alarma de su insobornable lector (aquel al que recurre en *Las kenningar*) (50), que durante toda su vida estuvo reescribiendo su primer y único

(44) “Examen de la obra de Herbert Quain” en Ficciones, ob. cit., pp. 461/464.

(45) BORGES, Jorge Luis, “El jardín de senderos que se bifurcan” en Ficciones, ob. cit., p. 479.

(46) Se infiere este modo de verdad del epígrafe del libro Evaristo Carriego, el cual pertenece a De Quincey (Writings, XI, 68): ...a mode of truth, not of truth coherent and central, but angular and splintered (BORGES, Jorge Luis, ob. cit., p. 99).

(47) “Pierre Menard, autor del Quijote” en Ficciones, p. 449.

(48) Autobiografía, ob. cit., p. 130.

(49) Prólogo citado, p. 400. Esta confesión le da pie a Beatriz Sarlo para proponer la lectura de este volumen publicado en 1970, es decir en época no lejana a la “clausura de su obra”, a la manera de “summa de obsesiones borgeanas” (SARLO, Beatriz, “Introducción a El informe de Brodie”. Borges Studies Online. On line. J. L. Borges Center for Studies & Documentation).

(50) BORGES, Jorge Luis, “Las kenningar” en Historia de la eternidad, ob. cit., nota al pie de la página 369.

libro, *Fervor de Buenos Aires*, publicado a la edad de 23 años. (51) El mismo libro que, en su madurez ficcional tomará, por momentos, la forma de *un Buenos Aires de sueños* oculto en una trama policial de nombres alemanes o escandinavos y honrado con un detective de inteligencia y razonamiento equiparable (y equiparado) al célebre Auguste Dupin de Allan Poe. (52)

En el prólogo escrito en 1969 lo vuelve a confirmar:

[...] *he sentido que aquel muchacho que en 1923 lo escribió ya era esencialmente —¿qué significa esencialmente?— el señor que ahora se resigna o corrige. Somos el mismo. [...] Para mí, Fervor de Buenos Aires prefigura todo lo que haría después. [...] me propuse demasiados fines: [...] cantar un Buenos Aires de casas bajas.* (53)

Borges a lo largo de su obra imaginó y pensó un Buenos Aires porque fue el modo de construir su literatura y, a través de ella, manifestarse en contra de un modernismo basado en la filosofía y ciencia positivistas del eslogan “orden y progreso”, que arrasaba con la fisonomía, la cultura y los valores de una tradición rioplatense. Sin embargo esta tradición fue, en parte, inventada y recreada para denunciar, nostálgicamente, los estragos de esa modernidad industrializada culpable de la Primera Guerra Mundial que lo sorprendió en Ginebra, donde simpatizó con el expresionismo alemán que proponía superar la realidad tangible que sólo ofrecía una demencia dolorosa y absurda. (54)

Para oponerse a esa modernidad europeizante que, encima, a los pocos años había tomado la forma del totalitarismo, Borges mostró las virtudes de otro orden social, con otra estética y valores, un orden que se proyecta desde la marginalidad

y desde un pasado, en parte inventados, porque creía o le gustaba creer en el *arte de modificar el pasado* (55), posibilidad del mundo inverso del regresivo y ramificado (e ilusorio) libro *April March* del fantástico Quain (56), en el cual es posible que la condena preceda al juicio y la culpa al autor (¡ay del ingenio de *Abril marzo* de haber conocido la rutina de los procesos penales!).

Siendo muy joven, en un artículo que publicó en una revista de Madrid con intenciones de diferenciar su credo literario, rechaza el naturalismo con su nexa causal *inafijable*, enfermedades hereditarias, puestas o salidas de sol en los momentos oportunos, y opta expresamente por lo espontáneo y marginal:

Lo marginal es lo más bello.

Por ejemplo: Cualquier casita del arrabal, seria, pueril y sosegada. (57)

Su literatura fue marginal no sólo porque se armó de gauchos y duelos a cuchillo, sino porque asumía que ese orden desde el cual escribía, su Buenos Aires, estaba situado en la periferia del poder mundial. Para humillar a esa realidad modernizante y su razón experimental, sus cuentos y ensayos escandalizan a la lógica ayudados por el oxímoron y las paradojas, utilizando el recurso ficcional para negar la realidad misma o, mejor, para negar la representación fiel de la realidad, su observación pura y descontaminada, que fue lo que los criminólogos positivistas siempre se jactaron de poseer gracias a su método experimental. Dicho sea de paso, convertir esa marginalidad en interés universal fue su hallazgo de mayor trascendencia. El mérito singular de su obra fue, entonces, poner fin a la *condición indigente de nuestras letras*, a su *incapacidad de atraer* (58),

(51) Autobiografía citada, p. 66. En el poema Arrabal se lee: los años que he vivido en Europa son ilusorios/yo estaba siempre (y estaré) en Buenos Aires (*Fervor de Buenos Aires*, ob. cit., p. 32).

(52) Este carácter de Buenos Aires y su soporte geográfico a esta trama policial titulada “La muerte y la brújula” es revelada por Borges en el “Prólogo” a *Artificios*, ob. cit., p. 483.

(53) Prólogo a *Fervor de Buenos Aires*, ob. cit., p. 13.

(54) “Lírica expresionista: síntesis” en Jorge Luis Borges, *Textos recobrados*, ob. cit., pp. 52/53. En esta obra aparecen las notas y traducciones de poetas expresionistas alemanes que Borges publicó en distintas revistas de España, difundiendo este movimiento artístico en este país gracias a su conocimiento del idioma alemán.

(55) “Nota para un cuento fantástico” en *La cifra*, ob. cit., 1991, p. 303.

(56) Ob. cit., p. 462.

(57) “Crítica al paisaje” en *Textos recobrados*, ob. cit., pp. 100/101. Esta estética de lo marginal también puede advertirse en el momento del día preferido por Borges para apresar el alma del paisaje de Buenos Aires, “una de aquellas horas huérfanas que viven como asustadas por los demás y en las cuales nadie se fija. Por ejemplo: las dos y pico, p. m. El cielo asume entonces cualquier color. Ningún director de orquesta nos impone su pauta”, en “Buenos Aires”, *Textos recobrados*, ob. cit., p. 102.

(58) “La supersticiosa ética del lector”, en *Discusión*, ob. cit., p. 202.

como lo prueba *la atracción* que ejerció en la investigación de Foucault citada en el epígrafe. (59)

Pensar y escribir con *Fervor* sobre la ciudad es advertir que cualquier idea de orden y desarrollo no puede existir por fuera de un espacio urbano en el cual se ejerce el control social. Lo sabían las primeras reflexiones sociológicas de la escuela ecológica de Chicago de principios del siglo veinte, aunque formuladas bajo el legado del positivismo biológico aplicado a la *ecología humana*, que trasladó la lucha por la supervivencia de las especies a la *lucha por el espacio urbano*. En ese mismo tiempo Borges retrató el perfil del Buenos Aires que añoraba, muy distinto del Detroit o el Chicago interpretados bajo el modelo biológico de metrópoli industrial y moderna, con zonas delimitadas y jerarquizadas según la “ley del más fuerte”. (60)

Queda un interrogante en pie, tal vez central para un parentesco interdisciplinario como el que acá se propone. ¿Se puede hablar de literatura y criminología como si ambas disciplinas estuvieran en un pie de igualdad o pertenecieran a un mismo orden de conocimientos en relación con la cuestión criminal? En vías de dilucidar

(59) A tal punto Borges despertó curiosidad intelectual internacional que en el año 1983 Michel Foucault, Raymond Aaron y Henri Micheux presenciaron sentados en primera fila la conferencia que brindó en el Collège de France, tras lo cual Micheux le agradeció la traducción al español de su libro *Un bárbaro en Asia* (conforme María Kodama, que también estuvo presente en la ocasión, le confiara al autor de este trabajo). El momento inicial de esta conferencia con el registro de esas figuras del pensamiento francés se publicó en *Momentos borgeanos* (Varios autores), “Borges en el Collège de France” de Efraín KRISTAL, Chile, Revista del Instituto de Letras de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 1999, p. 117. En abril de 1986, unos meses antes de su muerte, coincidió con Jacques Derrida en Ithaca, Nueva York, quien hizo gestiones para tener un encuentro con el “admirado Borges”, el que se produjo por casualidad en el pequeño aeropuerto de esa ciudad, donde el filósofo parisino como “niño contento, casi saltarín” pidió ser presentado, escuchando con atención cómo Borges, luego de conocer el origen y la etimología del apellido Derrida, “le ofreció teorías sobre los judíos del Magreb, el alfabeto hebreo y la pobreza idiomática del francés” (SANTÍ, Enrico Mario, ob. cit., pp. 120/122).

(60) TAYLOR, I., Walton, P. Y YOUNG, J., *La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada*, Buenos Aires, Amorrortu editores, p. 131; PAVARINI, Massimo, “¿Gobierno del miedo o a través del miedo?”, en *Por una sociología crítica del control social. Ensayos en honor a Juan S. Pegoraro*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2010, p. 140.

este interrogante es importante recordar que la pasión literaria inicial de César Lombroso terminó influyendo en toda su obra científica, tal como lo demostró el inapelable juicio de la historia. Hoy, al cabo de tantos años transcurridos, no podemos sino leer esas “investigaciones científicas” como capítulos de una novela fantástica con personajes caricaturescos como el criminal nato y la prostituta cual símil femenino del delincuente, o la fantástica función biológica de la administración de justicia según uno de sus discípulos vernáculos. Se trata de una novela en la cual el mal tiene una disparatada fisonomía igual que en las historietas, que se puede describir hasta en sus más mínimos detalles y ser reconocible a simple vista, aun por los niños.

El joven Borges en la revista *Cosmópolis* de Madrid suministra la clave para responder el interrogante sin impugnar, *ab ovo*, el carácter científico de la obra de Lombroso y comprender, al mismo tiempo, las derivaciones *fantásticas* de una ciencia como la genética que en la década del 60 del siglo pasado propuso, con la misma linealidad que el médico de Turín, una relación entre la delincuencia y el conjunto cromosómico XYY. (61) La metáfora de los literatos utiliza el mismo procedimiento que la explicación científica de los fenómenos, ambos recursos sirven para vincular dos cosas distintas y son igualmente verdaderos o falsos. Explicar el dolor en términos de histología equivale a escamotear lo explicado, y cuando un geómetra afirma que la luna es una cantidad extensa en las tres dimensiones, su expresión no es menos metafórica que la de Nietzsche cuando prefiere definirla como un gato que anda por los tejados. En ambos casos, agrega Borges, se tiende un nexo desde la luna hacia otro ente. Se trata de mitos físicos y líricos que no reemplazan el trozo de realidad al que se refieren sino que, por el contrario, representan, *como todas las explicaciones y todos los nexos causales*, énfasis de aspectos parciales del sujeto que tratan hechos nuevos que se añaden al mundo. (62)

(61) En sentido crítico TAYLOR, Walton, Young en *La nueva criminología*, ob. cit., pp. 62/65.

(62) “La metáfora” en *Textos recuperados*, ob. cit., p.114. En “Proclama” critica la explicación filosófica de la vida como la única verdadera, basada en la remisión a los átomos, la energía o cualquier otra cosa “¿Como si la realidad que nos estruja entrañalmente, hubiera menester muletas o explicaciones!” (Textos recuperados, ob. cit., p. 122). Para más reflexiones del joven Borges sobre la metáfora, ver ZONANA, Víctor Gustavo, “Jorge Luis Borges: su concepción

A su vez, la literatura de Borges tiene el poder de formular interrogantes de todo tipo, desde filosóficos y metafísicos pasando por las posibilidades del conocimiento humano y su metodología, hasta vinculados con la dimensión cultural, política, moral y social. Es por esta razón que la crítica de *escapista* no es más que un acto de incompreensión antes que una característica de esas letras. No es insensato pensar, entonces, que así como desde el crudo empirismo se pretendió asir la sustancia del mal, del mismo modo pero invirtiendo el procedimiento como gustaba a Borges con el método de Plotino en las *Enéadas*, la trama sólida de un abstracto cuento fantástico bien puede, además de *influir en los sentimientos y dictar conductas* (63), aportar soluciones teóricas o miradas enriquecedoras a dilemas o cuestiones de orden práctico relacionados con la violencia. Una violencia que continúa siendo tan poco porosa a su prevención y control por ser, entre otras razones, patrimonio teórico de la mano de obra rústica del conocimiento. Es decir, de una criminología preocupada principalmente por la racionalización de un orden subalterno, el orden legal, y a la vez desinteresada por (re) conocer su razón de ser en el orden del conocimiento que generó la modernidad que la hizo nacer, lo que hasta hoy le ha impedido definirse y conocer cuál es o debería ser su objeto.

A este dilema en torno a la cuestión criminal que aquí se está proponiendo con la entrada en escena criminológica de la obra de Borges, se le puede trasladar, para su legitimación, gran parte de las discusiones que desde principios del siglo XX se han venido sosteniendo entre derecho y literatura. Esta traslación es posible si se recuerda que la cri-

minología positivista, a pesar de haberse creado sobre la base del delincuente y el delito “naturales”, se limitó a estudiar las definiciones penales “artificiales”, descritas por el legislador en normas codificadas, o sea esa criminología —natural— se subordinó a la artificiosidad del Derecho. Para agravar esa contradicción, el positivismo en su forma jurídica en un nuevo —y falaz— intento de objetivación se opuso a incorporar al Derecho cualquier contenido moral, político o metafísico, identificando la razón jurídica con una racionalidad meramente instrumental. Detrás de esta reincidente falacia de “pureza científica” anida un rechazo a *la dimensión política del carácter poético del lenguaje*. Es decir a la literatura, sin advertir que en todo discurso jurídico existe siempre una instancia poiética/poética en el sentido de creación del lenguaje. (64) Así como esta esencia creativa de la literatura obliga al derecho a revisar sus supuestos (65), del mismo modo y con mayor fuerza debe obligar a la criminología a revisar sus premisas, categorías, conceptos y vocabulario para ampliar las posibilidades de comprensión de la violencia y del orden en el cual se manifiesta.

El texto de Borges motivó a la investigación arqueológica de Foucault a restituir *a nuestro suelo silencioso e ingenuamente inmóvil sus rupturas, su inestabilidad, sus fallas*. (66) Se abraza la esperanza de que una lectura criminológica de toda esa obra al menos *inquiete el suelo* conceptual que pisa con tanto aplomo esta ciencia, dejando entrever el desorden que acecha bajo el orden empírico y el carácter tosco del código que lo instaura. ♦

de la metáfora en la década del '20", en Borges entre dos siglos: Recuperaciones y anticipaciones, Mendoza, Revista de Literaturas Modernas. Homenaje a Jorge Luis Borges, N° 29, 1999, pp. 295/320.

(63) “Las letras”, en Evaristo CARRIEGO, ob. cit., p. 164.

(64) ROGGERO, Jorge, “Derecho c/Literatura” en Filosofía del Derecho, C.A.B.A., Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Año 1, Número 1, Mayo 2012, pp. 175/177.

(65) Ob. cit., p. 188.

(66) FOUCAULT, Michel, ob. cit., p. 18.

.....

Acusatorio y punitivismo: la triste historia de nuestras victorias garantistas (parte 2)

POR MARIANO H. GUTIÉRREZ

Sumario: I. Las relaciones peligrosas. — II. La letra chica de las reformas. — III. Preguntas. — IV. Observaciones finales. — V. Bibliografía.

I. Las relaciones peligrosas

Recordemos que, para la formulación típica del neoliberalismo, bandera, entre otras cosas, de los mercados financieros, la clave del mercado está en la “seguridad jurídica”, es decir en la estabilización de las reglas del mercado, garantizadas por la justicia. De allí que los saberes de “gestión” y la mirada del “Law and Economics” (análisis económico del derecho) sean un objetivo de lenguaje importante para el CEJA, órgano de la OEA: el lenguaje jerárquico y crea concepciones, impone miradas. Pero también permite intervenciones en el trabajo de la estructura judicial, imprime objetivos. Por ejemplo, el Banco Mundial, el FMI y el Fondo de Intercambio Regional otorgaron a la Argentina un crédito de 2000 millones en 1997 para la modernización del Sistema de Justicia (en general), exigiendo también mayor eficiencia y “construir un Poder Judicial más transparente como condición ineludible para atraer nuevas inversiones y disminuir la evasión tributaria” (Diario La Nación, 26/08/97, citado por Ganón, 2008).

Pero ello no nos puede llevar a sostener que “la eficiencia” haya sido un desvío claro de los planteos originales que bogaban por las reformas procesales penales en los años ochenta, una imposición puramente externa. La promesa de eficiencia en los códigos acusatorios ya se encontraba presente en los mismos argumentos cuando se comenzó a difundir el Código Procesal Modelo para toda América Latina (véase Langer, 2009, p. 22). El acusatorio era la vía para democratizar a la justicia penal, pero también para hacerla más efectiva y eficiente. La cuestión es que, aunque el lenguaje de la eficiencia es, en sí mismo, un recorte economicista, una vez construido como herramienta, aparece el problema de para qué se la utiliza. Hay una limitada funcionalidad de la herramienta. Pero al mismo tiempo hay distintas

formas de utilizarla: ¿ser eficiente en qué sentido? ¿En miras de qué objetivo?

Es dable recordar que el crecimiento de la tasa de encarcelamiento trae también el aumento y recrudecimiento de los problemas propios de la cárcel: empeoramiento de las condiciones de detención y la superpoblación, muertes, torturas, falta de control de la violencia intracarcelaria, y todo el cuadro dantesco que se conoce públicamente. Como dijimos, ni en la página ni en las revistas del CEJA existen números ni análisis sobre las condiciones carcelarias o el aumento del encarcelamiento en la región, a pesar de que la revista tiene una clara debilidad por los números. Este dato se presentaría demasiado incómodo para el discurso que unifica objetivos de eficiencia y retórica de derechos humanos, al mismo tiempo que promesas punitivas. No es un dato que no pueda conocerse, y tampoco es un dato que deba escapar a cualquier evaluación sobre los sistemas de justicia. De hecho, abundan informes en nuestro medio, de organismos estatales como la Procuración Penitenciaria, de organismos no estatales como el CELS (2012) y de organismos regionales/internacionales, como el ILANUD, que sí recopilan e interpretan estos datos. En general, y para no sobreabundar, resumamos en que “La situación penitenciaria en los países de América Latina y el Caribe es muy grave. Hay alta violencia, numerosas muertes y delitos que ocurren al interior de los presidios, muchos de ellos cometidos en su interior pero con efectos fuera de ellos, y gravísimas violaciones a derechos humanos tanto de las personas privadas de libertad como de las personas funcionarias. La situación ha venido deteriorándose durante las tres últimas décadas (1980-2010), y ha escapado del control de los países a partir de la década de los noventa en la mayoría de los casos.” (Carranza, 2012).

¿Cómo derivó, esta idea garantista de un sistema transparente y ágil, ligada esencialmente a la idea de democracia, en una herramienta economicista, que ignora el problema del *quantum* del castigo, que en definitiva, es, como indicaban los padres del pensamiento crítico, dolor y el sufrimiento, persecución selectiva a los marginales, violencia estructural que se reproduce en las instituciones penales? ¿Cómo la idea de democracia en la institución penal, terminó apoyándose en el castigo eficiente y efectivo a los pobres?

Como vimos, desde los años ochenta confluyeron en la región actores particulares muy activos, y muy comprometidos con intereses diversos, que se organizaron y establecieron un plan común. Siempre siguiendo a Langer (2009), en los años ochenta la USAID y el Departamento de Estado norteamericano (época de Reagan) se encontraban promocionando programas de reforma a la justicia, para intervenir en las instituciones de los países latinoamericanos, principalmente para asegurarlos como mercados estables. Estas agencias se encontraron con expertos militantes latinoamericanos (principalmente Maier, Binder y Mora Mora) que estaban promocionando la reforma hacia los sistemas acusatorios en la región como una reforma democrática. Los regímenes democráticos debían refundar la lógica del Estado de derecho luego de las dictaduras, y en algunos casos, de la guerra civil. Los expertos latinoamericanos convencieron a las agencias que la transformación también serviría para sus objetivos declamados de transparencia y estabilización. Finalmente la USAID adoptó la fórmula propuesta, y en los años noventa se sumaron a ella el BID (Banco Interamericano de Desarrollo) y agencias europeas. A mediados de los años 90 se sumó el Departamento de Justicia, bogando por un sistema penal más similar al norteamericano y por la colaboración para la persecución de distintos delitos de su interés (Langer, 2009, pp. 35-41).

Por ello, un factor que explica la diseminación de las reformas acusatorias, explica Langer “fue la adaptabilidad de los nuevos códigos para ser presentados como respuesta a demandas múltiples, incluso contradictorias (...) Los miembros de la red tuvieron la habilidad de presentar la introducción de códigos acusatorios como una forma de lidiar con todas estas demandas”, y así, fue impulsado tanto por gobiernos de la región de izquierda (o centro izquierda) como de derecha y centro derecha (Langer, 2009; p. 46).

Pero a fines de los años 90, las demandas y las necesidades políticas habían cambiado. Ya la demanda pública no es por los derechos humanos, ni la necesidad política es la de refundar el Estado de Derecho. La demanda pública contra la impunidad, en toda la región, se ha convertido la lucha contra la inseguridad y reclama más y más duros castigos para el delito común. La necesidad política, que ha perdido sus viejos y grandes relatos y con ellos su promesa de futuro, es la de relegitimarse continuamente. Relegitimarse como gestión, y particularmente como buena gestión, entre otras cosas, de la inseguridad (Gutiérrez, 2007). “El problema del delito, definido ahora en términos de (in)seguridad, se constituye... como una herramienta privilegiada de gobierno del neoliberalismo en tanto instala la lógica empresarial como forma de gestión de la vida y de las relaciones sociales.” (Ranguigni, 2010). Las propuestas reformistas, con su elasticidad que les es propia, han sabido también presentarse como una respuesta a estas nuevas demandas del fin de siglo: “antiimpunidad” entendida como persecución efectiva al delito común, “justicia” entendida como un servicio medible económicamente.

Si, como reconocen los propios autores del CEJA, la alarma social frente al aumento del delito y la percepción de ineficiencia de la justicia sirvieron de legitimación para la reforma, la reforma también sirvió como vehículo para la promesa de poder *combatir con eficiencia* a la inseguridad. El éxito del CEJA, y en general de estos “paquetes” de reformas (en los que también participan el INECIP y el FORES a nivel local) se basa en que su fórmula se presenta alternativamente como una superación garantista y al mismo tiempo como herramienta práctica de gobernar el delito y a la justicia, incluido en este plan “el combate al delito”. Mediante la omisión de tratar sobre los resultados “duros” del sistema penal (encarcelamiento, violencia y muerte en las cárceles, condiciones de detención) puede mantener esa ambigüedad ideológica que sirve políticamente. Y si el lenguaje de la eficiencia no se puede subsumir ni reducir a la retórica punitiva belicista, tampoco le resulta un enemigo irreconciliable, y más de alguna vez han hecho negocios juntos.

Por ejemplo, en las discusiones por el Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires los senadores combinaban argumentos de garantías, celeridad y combate a la impunidad: “... la Justicia

no es Justicia si no falla pronto, rápido. (...) Y la Justicia no es tal si a ese procesado no le damos un mínimo de garantías, porque hasta que no sea penado o hasta que no sea condenado, es inocente”, afirmaba un senador (Diario de sesiones de la Cámara de Senadores de la Provincia de Buenos Aires, 1996: 3238, citado por Ciocchini, 2012). Y en la exposición de motivos del gobierno que acompañaba al mismo proyecto de reforma sostenía que el principal objetivo de la ley era resolver las deficiencias del sistema de enjuiciamiento que identificaba como “... el congestionamiento de causas, la lentitud del trámite en los procesos, y la consecuente dilación en el dictado de las sentencias” que resultaban finalmente en “... una desalentadora sensación de inseguridad e injusticia, instalando en la opinión pública la idea de que la demora en el juzgamiento se traduce en impunidad” (Fundamentos de la ley n° 11.922, 1996, citado por Ciocchini, 2012). (1)

De igual manera, en pleno fenómeno Blumberg (2004), mientras el diputado Díaz Bancalari prometía una modificación al Código de Ejecución Penal “de modo tal que la pena de prisión perpetua con la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado se cumpla en su totalidad”, el gobernador de la Provincia de Buenos Aires afirmaba “que la semana próxima serán tratadas las leyes para reformar el Código Procesal Penal de la provincia”. Estas modificaciones están “destinadas, básicamente, a agilizar procesos, obtener condenas más rápidamente y dificultar liberaciones”. (“La seguridad, en estado de emergencia”, nota de Ramiro Sagasti, diario La Nación 03 de abril de 2004, citado por Ciocchini, 2012).

A fines de diciembre de 2006 también por una reforma hacia mayor eficiencia y velocidad en los procesos, promovida en la PBA por el CEJA, y en este caso con apoyo del FORES, el diputado Feliú

(del partido gobernante y mayoritario) señalaba que “se busca que las condenas o absoluciones queden firmes en mucho menor tiempo”. Y en su mensaje a la legislatura, el gobernador Solá manifestó que “la reforma apunta a cerrar las puertas a la injusticia que significan las excarcelaciones de peligrosos delincuentes y a terminar con las chicanas, cerrar las puertas a intereses corporativos negativos y agilizar la administración de justicia”.

En el sistema de flagrancia introducido en la PBA unos años después (leyes 13.183 de 2004 y 13.811 del 2008) por acuerdo entre el Gobierno, el INECIP y el CEJA (2), uno de los objetivos principales en ese acuerdo: “mejorar la capacidad de respuesta del sistema penal a los conflictos de los ciudadanos y, en consecuencia, la imagen institucional del Poder Judicial, optimizando el modelo de gestión de los recursos materiales y humanos”. (3) Y al mismo tiempo en el parlamento provincial “los legisladores oficialistas defendieron la reforma como un arma contra el combate por la inseguridad” (Tapia, 2007).

Lo común a todas estas reformas que se presentan bajo el nombre de “acusatorio”, cada vez menos claro en su contenido, es que, a los actores políticos de Derechos Humanos la herramienta de la reforma se vende como un saber técnico garantista; a nivel político-público como la mejor herramienta para hacer un sistema penal más represivo. La ambigüedad entre la posición discursiva y su

(1) Casi para la misma época (1998), a nivel nacional, desde el ejecutivo (presidencia de Menem), se proponía también un “Plan Nacional de Reforma Judicial”. En su presentación el Ministro de Justicia lo justificaba de la misma manera: “Se ha privilegiado la flexibilidad, la simpleza, la practicidad por encima de cualquier estudio dogmático (...) La inmediatez, eficiencia (...) La idea central consiste en dotar a los jueces de una estructura moderna, ágil y flexible, que les permita ejercer sus funciones jurisdiccionales en tiempo y forma (...) es importante insistir en la celeridad de los procesos (...) la justicia lenta es justicia denegada” (en Ganón, S/F).

(2) El sistema de flagrancia está destinado como su nombre lo indica, a establecer un proceso sumarísimo en casos en que el imputado es capturado en momento de la comisión del delito, simplificando todos los pasos procesales posibles en una sola audiencia presencial. Sin embargo, al ser una herramienta que mejora los tiempos procesales, simplifica el trabajo, y al estar medida estadísticamente, la práctica judicial ha extendido su práctica a situaciones más allá de la ley, a casos en que hay una persecución interrumpida, e incluso a casos en que el imputado es detenido por una orden del juez unos días después de denunciado el hecho. Cuando se atrasa la comparecencia del imputado detenido, las audiencias se practican sin su presencia. Y los defensores se quejan de la imposibilidad temporal de preparar un caso, leerlo críticamente, presentar prueba y poder alegar. Por otro lado, es obvio que profundiza e intensifica la orientación de la persecución penal hacia el delito “torpe” y en la vía pública, aquel que es visible en el momento de su comisión. Véase, entre otras críticas tempranas, FERNÁNDEZ y GIARONE, 2008.

(3) Para un análisis profundo de los significados de este proceso KOSTENWEIN, 2012.

aplicación política práctica ha sido la clave del enorme éxito en reforma a todo el continente. Los técnicos venden su receta con el discurso de las garantías, de la buena técnica y de la administración eficiente. Los políticos la compran y la revenden con palabras de combate al delito.

Lejos de ser opuestos, el lenguaje de la demagogia punitiva y del “eficientismo” que mantiene una retórica garantista (aunque reduciendo la idea de las garantías a su naturaleza jurídica más estrecha) no sólo pueden convivir, sino que entre ellos se produce préstamos de legitimidad discursiva, se apoyan mutuamente, mostrando distintas caras según se requiera, o ambas conjuntamente. La “eficiencia” es el concepto clave que permite este pivoteo ideológico y de argumentaciones, permite ingresar en el foco de los objetivos de un discurso garantista el ataque a la impunidad. El discurso beligerante contra la impunidad formula su promesa apelando a los procesos más eficientes, y el garantismo no está en contra de la eficiencia, todo lo contrario. Por supuesto ello a costa de que se vacíe de contenido sustantivo al concepto, de que no nos cuestionemos “eficiencia para qué”. Y es que, como hemos dicho, no se trata sólo de “la” eficiencia sino de “qué eficiencia” es la que se promueve. Sobre qué indicadores se pone el foco y que objetos de evaluación se producen, a la inversa, cuáles se invisibilizan o se relegan en la agenda. Es decir ser eficientes para qué objetivos.

Después de veinte años de reformas en toda la región ¿podemos seguir pensando que la colusión entre un discurso técnico del derecho ordenado y ágil y su uso para “combatir la inseguridad” es meramente coyuntural?

La hipótesis que queremos sustentar es que ha habido un desplazamiento ideológico en los promotores de las reformas. Y que lo que hoy se plantea como “acusatorio” tiene un significado distinto, al que tenía en los años ochenta y noventa. Por supuesto, en parte por el contexto, y en otra parte porque sus principales promotores han debido adaptarse a ese contexto. Recordemos que todavía en 1993 la reforma hacia el acusatorio era pensada como una reducción del poder penal, e incluso una estrategia para su desaparición. “Se ocupa de los límites del poder penal y esos límites son un anticipo de su desaparición.” (Binder, 1993) Hoy, por el contrario, el movimiento reformista dominante asume que la impunidad, la no apli-

cación efectiva del sistema penal, es un problema, y se propone un sistema penal más eficiente y eficaz, y que esto quiere decir, también más encarcelamiento. Si hay que tener un plan político y de gobierno del sistema penal es para “*volver real el programa punitivo*”. (4) El problema del sistema inquisitivo y de los viejos sistemas procesales es, entonces, la ineficiencia, y cómo a partir de esa ineficiencia funcional, no da respuestas al reclamo contra la impunidad. (5)

Las producciones del CEJA asocian el *punitivismo* o la demagogia punitiva con la ineficiencia, como una mala respuesta política a un genuino reclamo social contra la impunidad. Curiosamente y contra lo que la misma palabra indica, la demagogia consistiría no en perseguir al delincuente como reclama la gente, con justa razón, sino, al contrario en mantener, interesadamente, la impunidad. A la inversa, asocia al eficientismo a un saber que reconoce la justicia de todo reclamo social, entre ellos el de la impunidad, y puede responder de forma adecuada a ese reclamo. Es usual en estas argumentaciones (Binder, 2007; Duce, Fuentes y Riego, 2009) introducir el problema de la demanda social

(4) “Tensiones político-criminales en el proceso penal”, Binder, A. (2007). Si quedaran dudas que en este artículo entiende por eficacia/eficiencia al encarcelamiento, la duda se despeja cuando acepta que por vía de una distorsión legal, hay un poco menos de ineficacia gracias al uso extendido de la prisión preventiva: “Cualquier análisis elemental del funcionamiento del sistema penal puede demostrar sus grandes niveles de ineficacia. Esto en cualquiera de sus niveles. Si tomamos el sector de los delitos no tradicionales, esa ineficacia llega a niveles tan altos que puede ser calificada de absoluta. Criminalidad económica, delitos de los poderosos, corrupción, economía ilegal, delitos contra el medio ambiente, etc. En el plano de la criminalidad tradicional, también presenta grandes niveles de ineficacia y el descontrol general sobre los problemas de criminalidad urbana es solo una señal. Es más, esos niveles de ineficacia serían mucho más grandes si se respetaran derechos mínimos, ya que gran parte de la eficacia se consigue todavía gracias al uso distorsionado de la prisión preventiva”.

(5) En 2013 (Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I), Binder reconoce estos dos objetivos contradictorios en la propuesta político criminal que acompaña la reforma, y se plantea que en toda política criminal, garantías contra la persecución y objetivos institucionales de persecución, permanecerán como dos polos en tensión constante, irresuelta. Lo que intentaremos señalar es que, esta tensión, en la práctica, sí se resuelve políticamente, y se ha resuelto, en nuestro caso, y en el caso latinoamericano en general, en favor de maximizar, facilitar o acelerar la persecución penal, contra la lógica de las garantías.

contra la impunidad enumerando los delitos de los poderosos, pero apenas mencionados, las características específicas de esos muy particulares delitos, de los reclamos contra la impunidad “del poder”, situados en un contexto histórico preciso y muy precisos también en su objetivo político, desaparecen, y el reclamo antiimpunidad válido se homologa a una “demanda social” generalizada contra el delito. Recordemos que, en el siglo XXI, en el contexto argentino, y en gran parte latinoamericano, la lucha contra la impunidad ya no es aquel reclamo de ciudadanía de los sectores desfavorecidos o de los grupos políticos por ser reconocidos, es, principalmente, el reclamo de más dureza contra los delincuentes comunes, y mayor encarcelamiento.

El caso resume la transformación de las preocupaciones políticas centrales desde refundar el estado de derecho en los años ochenta, con especial énfasis en el control de la violencia estatal, hasta, responder al reclamo contra la impunidad de los delincuentes con mayor eficiencia en la persecución, en el siglo XXI.

La preocupación por la eficiencia/eficacia desplaza así a los otros problemas en la propuesta de estos actores político-académicos. Se utiliza la demanda antiimpunidad para justificarlo, y al mismo tiempo para presentarlo como la propuesta opuesta a la demagogia punitiva, con la que sin embargo, establecerá una alianza política. Al hacerlo, se aleja calladamente de sus orígenes críticos que ponían en el foco de sus cuestionamientos a la selectividad del sistema penal, a la violencia estructural e institucional, y a la crueldad misma de aplicar dolor.

La ambigüedad y tensión subyacente que hay en las recetas del CEJA y actores similares entre garantismo jurídico (en el sentido estricto), y eficiencia en la persecución penal se cuece en el producto jurídico tanto como en la práctica de su aplicación, se hace patente en los desplazamientos ideológicos de sus autores, y se resuelve, en nuestra historia actual, en favor del segundo componente. (6) Hay una conexión íntima, de

(6) CIOCCINI (2012), por ejemplo, distingue dos períodos en la Provincia de Buenos Aires. En el primero, 90-2004, el discurso gubernamental asoció el retraso judicial con estructuras legales obsoletas, las reformas se presentaron como modernización jurídica. En el segundo, desde, la intervención del CEJA en el 2004 “el discurso del Gobierno

oportunidad y de justificación entre estos procesos de reforma con el fenómeno de la “demanda social” de castigo, los movimientos antiimpunidad, y las respuestas políticas a ellos. Las respuestas políticas en su mayoría operan con el lenguaje de la promesa represiva, la demostración populista o demagógica, pero encuentran en estos proyectos y procesos de transformación institucional, un argumento técnico para gestionar una respuesta, y una intervención sobre lo judicial.

La campaña por las reformas de los sistemas procesales en América Latina hacia el acusatorio, fue debiendo acomodarse a ciertas condiciones políticas y encontrando nuevas justificaciones a medida que cambiaba el signo de los tiempos, las sensibilidades públicas, los objetivos políticos. A medida que la campaña reformista tuvo éxito debió hacerse cargo de las demandas políticas que ese éxito le generaba, y en distintas épocas la demanda fue cambiando. En función de esas demandas, la campaña -sus expertos- abandonaron sus orígenes críticos e incorporaron el discurso de la buena gestión económica, se aliaron con otros actores que promovían este nuevo lenguaje, potenciaron su éxito político.

Tal vez la tragedia a la que estaba destinada esta noble cruzada estaba anunciada desde sus comienzos, fue permitida por su propia ambigüedad de objetivos y determinada por los intereses de los actores que la protagonizaron: algunos, claro, mucho más poderosos que otros. Las reformas, como vimos, se dieron desde los años noventa en el cruce de intereses entre 1) las agencias norteamericanas que intentaban estabilizar sus mercados subalternos (a través de la intervención en sus sistemas judiciales con el vocabulario de la eficiencia), 2) la pretensión militante de estos expertos por transformar los sistemas penales de la región en sistemas transparentes y democráticos; y 3) los nuevos gobiernos democráticos necesitados de demostrar mayor aplicación de los estándares de derechos humanos que sus predecesores (Lan-

trasladó su centro de atención desde la reforma legal hacia la introducción de prácticas basadas en la ciencia de la gestión. En este período del discurso identifica a la demora judicial como un problema de gestión y por lo tanto insiste en la necesidad de la adopción de una serie de técnicas de gestión las prácticas de la organización judicial. En el discurso gubernamental se comienzan a utilizar conceptos como productividad, cultura organizacional o prácticas de trabajo para referirse al problema de la demora judicial.”

ger, Op. cit.). Los tres actores -con sus distintos objetivos- se utilizaron, apoyaron y necesitaron (ocasionalmente, entraron en tensión), y cada uno agregó sus propios productos y saberes a la receta. Receta que, entonces, fue cambiando de composición y de sabor a lo largo del tiempo. A veces simplemente tolerando, a veces justificando o proponiendo la mayor persecución penal (y por lo tanto expansión carcelaria).

II. La letra chica de las reformas

Carlos Lista (2008) sostiene que en ese contexto la posibilidad de las reformas penales está marcada por el Banco Mundial y su política de créditos, a favor de una justicia más transnacional y que dé más importancia a ciertos indicadores de mercado que los criterios de correspondencia tradicionales de la justicia. Algunos datos que agrega Ganón (2008) en el caso argentino, parecen ratificar esta hipótesis, y conectarla con el caso específico de las reformas penales. Estos mismos indicadores de mercados son los que promueven estos centros de intervención, como el CEJA de la OEA, como herramienta de reforma inserta dentro del “paquete” acusatorio.

Por otro lado hay una llamativa persistencia en la cultura jurídica en defender el vocabulario. La máscara retórica ha impedido con notable facilidad que se desarrolle una crítica a los contenidos. Hay una negación activa para discutir el contexto institucional en el que estas reformas se dan, y justificarlas siempre y cuando lleven el título de “acusatorias”. Hay todo un marco de contexto cultural sostenido que las hace aceptables, aún para aquellos que siguen pensándose como parte de ese espacio crítico.

La persistencia del análisis liberal de “todo Estado como Estado represivo”, concepto clave para la formación de un discurso jurídico crítico contra la mentalidad militar y autoritaria en los años ochenta, persiste más allá del contexto histórico que le dio origen y que ha cambiado sustancialmente. Y por ello su funcionalidad política cambia. (7) Tomando gran parte de las consignas liberales críticas contra el Estado, fue como se intervino y rediseñó el Estado neoliberal en los años 90. Aunque esto dicho así, en general,

(7) Uno acá el término “función” en el sentido de “efecto”, no de “objetivo” (MERTON; 1995, Cap. IV).

no aporta mucho al análisis, llevemos la pregunta al terreno más específico de los sistemas penales. ¿Podría pensarse que la fuerza del proyecto reformista en favor de un sistema que relegue las potestades del Juez en favor de las partes hubiera sido posible si no se hubiera extendido con éxito un clima cultural “antiestatalista”? ¿Ese discurso antiestatalista no se “conectaba” de alguna manera, con algunos conceptos liberales e indiscutiblemente humanistas que formaban la columna vertebral del campo de penalistas “expertos” de los años ochenta (el Estado como entidad puramente represiva, la necesidad de achicar a ese Estado, el desplazamiento de la preocupación por “lo social” contraponiéndolo a las libertades individuales; la confianza en el individuo, como lo sano, lo bueno, lo impoluto, contra el Estado y contra otras construcciones colectivas institucionales)?

Hay una radicalidad liberal en todo nuestro derecho penal moderno, que lo vuelve fértil a estos juegos discursivos. Y específicamente, fue con esta tradición liberal y formalista como se refundó el campo de expertos penales en la democracia, a partir de una crítica tejida por conceptos y lecturas liberales de la relación individuo-Estado. (8) Y, finalmente, como en toda receta liberal ¿no desaparece también de estas recetas acusatorias el problema de la desigualdad de poderes fácticos tras el manto de la igualdad formal? Ya tempranamente Langer (2001) advertía sobre los peligros de estos procesos de reforma hacia el sistema adversarial, cuando su idea de “igualdad de partes” se reduce a la igualdad formal, y se desprecia el dato de la desigualdad material de las partes en el proceso (tal como ocurrió en el caso norteamericano, que se convirtió en la verdadera distopía punitiva de la desigualdad). (9)

(8) “Se puede pensar que el modo de elaboración de la política penal mismo, en su carácter formalista, focalizado en la creación de la ley, delegando el diseño e implementación de estrategias e intervenciones para su aplicación a las autoridades de las instituciones penales, pudo haber jugado un papel en este crecimiento ulterior del encarcelamiento, dado que permitía en muchos aspectos la persistencia de modos tradicionales de pensar y actual en las prácticas cotidianas del sistema penal.” (SOZZO, 2012).

(9) “debe resaltarse que, en el modelo de la disputa, estas desigualdades materiales no pueden ser compensadas o atenuadas por el juez. En este tipo de proceso, el juez es sólo un árbitro, que se encuentra en una posición pasiva. En consecuencia, no puede suplir con su actividad los problemas que causan las desigualdades materiales entre acusador y

Dicho de una manera cruda: en contextos de alta conflictividad (alta criminalidad registrada y alto encarcelamiento) se intenta crear un sistema más eficiente de administración de justicia penal. Se pone acento en que las formas expresen igualdad entre las partes en el proceso. Pero esa igualdad no se garantiza materialmente en sus procesos de reforma: la defensa queda reconocida formalmente reducida en sus posibilidades efectivas. El poder concentrado pasa así del juez a la fiscalía (como observa Ciocchini, 2012). (10)

En los sistemas sometidos a reformas procesales e institucionales permanentes, como el de la PBA, se acentúa cada vez más la lógica de la eficiencia

acusado -por ejemplo, ordenando la producción de prueba de oficio o revisando si es justo el pacto al que han llegado para resolver su litigio (...) sería necesario que la acusación y la defensa tuvieran similares recursos materiales y humanos para desarrollar sus respectivas investigaciones. Sin embargo, esto no es así en la mayoría de los casos. De los 97.500 millones de dólares que los Estados Unidos gastan anualmente en el sistema criminal 62, más de la mitad, se destina a las policías y fiscalías -quienes, conjuntamente, investigan, preparan y persiguen los “casos de la acusación”. En cambio, los sistemas de defensa de indigentes -que, en 1992, asumieron la defensa de aproximadamente el 80 % de los acusados de haber cometido delitos- 63 sólo reciben un 2% de ese presupuesto para investigar y preparar los correspondientes “casos de la defensa” 64. Dadas estas claras desigualdades materiales, no es difícil imaginar en qué condiciones llegan, en la mayoría de los casos, el fiscal y el defensor a negociar reconocimientos de culpabilidad a cambio de desistimientos de cargos y/o reducciones de pena. Éste es, entonces, uno de los principales problemas que presenta la práctica del plea bargaining en Estados Unidos. Pero esta desigualdad también tiene obvias consecuencias en los juicios” (LANGER, 2011).

(10) Esto es parcialmente válido, incluso para reformas mucho menos ambiciosas sobre sistemas que siguen trabajando sobre el modelo “inquisitivo reformado”. LANGER (2001) sostiene que, aun en sistemas que permanecen inquisitivos en su estructura, la introducción del instituto como el juicio abreviado, que introducen fuertemente la cuestión del cálculo de riesgo de resultado del proceso para cada parte y la opción de un resultado negociado como resultado de ese cálculo, implica un cambio tan fuerte en las reglas de juego procesales que transforma estructuralmente la lógica inquisitiva en favor de una acusatoria. Finalmente, y recuperando la cuestión de la legitimidad moral y política del poder de perseguir y castigar (problema que ha quedado olvidado por los nuevos garantistas de la eficiencia), podríamos aventurar que todas las formas de darle poder a las partes para determinar el resultado (mediación, suspensión del juicio a prueba, posibilidad de negociar la condena) permiten también al juez descargar la responsabilidad por el resultado del proceso en la voluntad de las partes.

en la persecución penal (colocándola en responsabilidad del Ministerio Público Fiscal), y no en la posibilidad real del ejercicio del derecho a la defensa. Y esto también fertiliza al sistema para su aceleración, a costa, por supuesto del trabajo efectivo en favor de las garantías del imputado, que queda en manos de una desfavorecida defensa. “El fortalecimiento de los fiscales permitió que penetrara el gerencialismo a través del Ministerio Público. La independencia de los jueces les permitía resistir mejor reformas que les impusieran parámetros de gestión... La lógica que se encuentra en las audiencias multipropósito, la creación de la OGA (Oficinas de Gestión de Audiencias) y los acuerdos tempranos (suspensión de juicio a prueba y juicio abreviado) fue la de procesar sin demora los casos simples. Así, la práctica de los actores judiciales de realizar los acuerdos ‘por fuera’ de la audiencia y luego simplemente actuarlos en la audiencia oficial puede entenderse menos como resistencias al programa de reforma judicial que las introdujo, que como una radicalización de la lógica detrás de ese programa.” (Ciocchini, 2012). Por otro lado, la enorme transferencia de poder a las fiscalías, particularmente aquellas que permiten procesar y condenar más rápido casos simples, acentúa la selectividad: “se incrementa su capacidad de respuesta sin afectar la selectividad en el tratamiento de casos. Es decir, la justicia penal sigue concentrando su operacionalidad en los casos más simples en los cuales los acusados se encuentran detenidos.” (Ciocchini, 2012).

III. Preguntas

El discurso de la eficiencia, tecnocrático, aparentemente neutral en términos ideológicos, ha demostrado que en donde mayor eficiencia produce no es en gestionar algún tipo de conflictividad social (¿reduce de alguna forma la conflictividad social? ¿Cómo se mide eso? La tasa de delitos registrados ha continuado creciendo) sino en lograr procesos más rápidos y ágiles y por tanto poder manejar de forma menos “costosa” la necesidad de encarcelamiento: principalmente poder condenar más rápido, y así evitar el “costo” de legitimidad que supone el preso sin condena, foco sobre el que se suelen concentrar las críticas de los organismos internacionales y las denuncias de organismos de derechos humanos.

El proceso de reformas, mientras se apoyaba cada vez más en la lógica eficientista y abando-

naba sus orígenes críticos, permitía dejar incuestionados problemas difíciles como la selectividad penal, y las formas y la intensidad del dolor. Y esto es lógico, en tanto, se pretenda alejar la concepción de la función judicial de los conceptos inequívocamente morales de “justicia” o “merecimiento”, por otras varas de medición como la eficiencia en la administración de un servicio. “La penetración y vigencia del discurso económico neoliberal como fundamento de las reformas legales y judiciales resalta y tiende a reducir la administración de justicia a un servicio, a valorarlo por su eficiencia y a medirlo fundamentalmente por la satisfacción de los usuarios... La aplicación de criterios propios de los modelos de gestión de las empresas privadas ha desplazado la preocupación por la justicia como valor y por los resultados políticos, sociales y éticos de tales servicios de justicia.” (Lista, 2008).

Así, estas reformas, persistiendo en una retórica garantista, pero cortando sus vínculos de origen con la criminología crítica han abandonado sus preocupaciones por la producción del dolor material en los cuerpos castigados, por la selectividad de los perseguidos, por la violencia institucional, en favor de criterios de medición administrativos y económicos. (11)

Tal vez estas reformas sean la única salida política posible para adaptar el sistema penal al contexto histórico y a los cambios sociales y políticos propios del fin del siglo XX, incluido en ellos el problema del aumento del delito visible, del encarcelamiento y de la demanda antiimpunidad. Tal vez se necesitaba (el mismo sistema lo necesitaba) en el contexto posmoderno-neoliberal en que estas reformas comenzaron que el sistema penal fuera menos rígido y lento, que desplazara la responsabilidad de la condena a las partes, y que se abriera a las demandas públicas y a la auditoría economicista de la “gestión eficiente” propia de la era neoliberal.

Hemos visto que la mejor gestión y aceleración de los tiempos procesales y la reducción del porcentaje de presos sin condena son objetivos

(11) Según como se quiera conceptualizar ese cambio se podrá decir que han introducido el “gerencialismo” o “managerialismo” penal (CIOCCINI, 2012), a partir de la medición numérica de su velocidad y productividad, o el “actuarialismo” a partir de la introducción del cálculo de riesgo en las partes como parte decisiva del proceso (FEELEY y SIMON, 1995; FEELEY, 2008).

explícitos de las reformas procesales hacia sistemas acusatorios. Si los sistemas procesales de rasgos acusatorios, son en efecto, más rápidos y más eficaces, pueden encarcelar bajo la figura de la condena a más personas, en menos tiempo, lo que soluciona los embudos judiciales en los que se encuentran los lentos sistemas inquisitivos cuando comienzan períodos de alta delictividad registrada y alto encarcelamiento. Pero si esto facilita o legitima el aumento de la tasa de encarcelamiento y el empeoramiento de las condiciones de detención podríamos preguntarnos si el efecto es derivar los problemas de la gestión de la criminalidad al sistema carcelario, transfiriéndole su crisis. Es decir, veremos sistemas judiciales con mayor tasa de encarcelamiento y menor porcentaje de presos sin condena que antes de las reformas. (12) Pero también mayores problemas en las cárceles.

A nivel político, demostrando una buena gestión el problema de la crisis institucional que generan las emociones punitivas, la alta victimización y el manejo de los cuerpos castigados, se promete más procesos y castigos más rápidos. La “crisis” de la seguridad se traslada, y se va delegando de una agencia a otra. De la demanda del público, a la policía y a la agencia legislativa, de la agencia legislativa a la agencia judicial, de la agencia judicial a la penitenciaria. La penitenciaria sólo descomprime o a través de nuevas cárceles o abandonando cualquier atisbo de dignidad en el trato a sus prisioneros, poniendo dos (o tres) en el lugar que la arquitectura asigna a uno.

Por otro lado, habrá que interrogarse por la hipótesis de otra funcionalidad política mucho más cruda aún, que aquí no hay más espacio para desarrollar. Los momentos de reforma de una institución no implican su disolución y puesta en marcha de una nueva, sino que se plantean sobre estructuras anteriores, con la dificultad agregada de que esta estructura anterior está formada por operadores irremovibles en sus cargos. En definitiva, muchas veces la posibilidad de la reforma depende de una expansión, que posibilite el ingreso de nuevos operadores que respondan a los nuevos intereses y apliquen las nuevas concepciones de justicia. La expansión del sistema judicial, en tanto se gobierne el mecanismo de ingreso y nombramiento de funcionarios y magistrados,

(12) Como se puede comprobar en las cifras que aporta CARRANZA, 2011.

es una estrategia para intervenir políticamente de forma directa en el espacio judicial. (13) Y en la conformación de un nuevo y ampliado plantel judicial no sólo pesan las recetas jurídicas, sino que se movilizan toda clase de intereses extrajudiciales. (14)

El proceso acusatorio tal como se ha dado desde el cambio de siglo es más transparente a la mirada y a la demanda pública, en este contexto, es más receptivo a la “demanda” punitiva. Al mismo tiempo, la reforma permanente lo hace más flexible a imprimirle la voluntad política de coyuntura. La reforma permanente permite gobernar la expansión penal con “eficiencia” a nivel jurídico, y gobernar “políticamente” la continua “crisis de la seguridad”.

El problema de un sistema procesal más rápido y menos costoso, desplazó de la agenda al objetivo de la reducción del encarcelamiento y del sufrimiento que produce el sistema penal. Se encuentra en la agenda reformista (dominada hoy por los actores nucleados en el CEJA) cómo y qué costo perseguir, pero no cómo y a qué costo no perseguir. Se habla con obsesión persistente y precisión metodológica los costos del proceso, su duración y los porcentajes de condena, pero no de la superpoblación, la violencia en las cárceles, el aumento de encarcelamiento como problema. Se evalúan los impactos de un sistema administrativo de gestión sobre los tiempos del proceso, pero no la selectividad de la persecución y las herramientas para corregirla. No se problematiza a qué reclamo antiimpunidad se está escuchando y cuál es su contenido. ¿Puede seguirse pensando *éste* llamado a la reforma como progresista, o crítica, o humanista, o reduccionista? ¿No está saturada, la receta, de la mirada y los intereses “de otros”

(13) Que nos obligará a preguntarnos, si toda reforma hacia el acusatorio es buena en cualquier contexto, o si, en su lugar, debe tenerse en cuenta el contexto institucional y político para saber cuál será su resultado, y para saber si será conveniente o no ponerla en marcha. Las reformas más importantes al sistema judicial provincial, en las que intervinieron los expertos activistas, por ejemplo (el nuevo CPP y luego la introducción del procedimiento para casos de flagrancia), se dieron bajo gobiernos abiertos y explícitamente represivos ¿Puede ser casualidad? ¿Resulta conveniente hacerla en ese momento?

(14) Sobre la continuidad de la lógica política en el mundo judicial, GUTIÉRREZ, 2014.

que no suelen mostrarse explícitamente en la discusión jurídica?

IV. Observaciones finales

*“Hay una propaganda que va por el mundo,
que quiere una justicia “express”,
expeditiva, rápida, prêt-à-porter,
sin papeles ni nada.*

Me parece una barbaridad,

por mucho que la vendan en envase atractivo.

En el fondo no es más que una suerte de linchamiento rápido de los pobres.”

(Zaffaroni, en Página 12, 12/11/2006)

La historia de las reformas de estos últimos veinte años en América Latina nos dice que, la primera ley que transforma el sistema, que combina en sus formas dosis equilibradas de garantías y eficiencia, va cediendo lugar en los años siguientes a nuevas leyes que la reforman parcialmente, haciendo hincapié alternativamente en facilitar la privación de libertad o buscando la efectividad en la persecución, desplazando al objetivo original de las garantías. Dicho de otra forma, es usual que el diseño original, de amplias declamaciones garantistas, sea seguido de una serie de leyes parciales que aumentan el gradiente de la eficiencia y la persecución penal/encarcelamiento, relegando el de las garantías como freno a esa persecución penal. Los actores que promueven, las reformas posteriores (particularmente los que hablan la retórica de la eficiencia) son, en muchos casos, los mismos que intervinieron en el diseño original. Muchos de ellos, actores puramente políticos y transnacionales, desaparecen en el debate jurídico, y sus intereses son invisibilizados, tras el manto mágico que trae la palabra “acusatorio” como forma de legitimar cualquier intervención legal o sobre lo judicial, y la retórica general de las garantías con eficiencia.

Debemos revisar las fuentes críticas de este proceso. O mejor, sacar a la luz su actual desconexión con ellas. A medida que se han reformado los sistemas penales judiciales latinoamericanos hacia sistemas de tipo adversarial/acusatorio se han reducido los porcentajes de presos sin con-

dena, pero ha aumentado el encarcelamiento. Ha desaparecido de la agenda, presuntamente garantista, de estos actores regionales, la reducción del encarcelamiento, la selectividad en la persecución, la superpoblación y los vicios de los sistemas carcelarios.

Las reformas acusatorias son presentadas como la herramienta política que se da en estos contextos de alta "inseguridad" (15) y alto encarcelamiento, para gestionar el problema de la demanda punitiva cuando los viejos sistemas inquisitivos se muestran obsoletos y torpes para ello, al mismo tiempo que para presentar estándares jurídicos formales aceptables para los organismos de derechos humanos sobre duración de los procesos, porcentaje de presos sin condena, garantías en la ley, etc.

Finalmente, las denuncias generalizadas y burdas sobre un neopunitivismo apocalíptico, que anuncia la llegada de la panpenalización de la vida cotidiana de la mano de un discurso antiliberal o antijurídico, son falaces, primero, porque una vez más neutralizan el principal problema que es de la selectividad penal, sobre todo en la respuesta carcelaria: el encarcelamiento es casi exclusivamente de los pobres (nada nuevo en esto). Segundo, porque encubren algo mucho más complejo, que debemos comprender: en casos como el nuestro: el vehículo jurídico de la expansión carcelaria no es justamente, un discurso antihumanista o antiilustrado, sino al contrario, una propuesta que en su origen fue garantista reduccionista y *deslegitimante* de lo penal y que se ha desplazado ideológicamente y en sus alianzas políticas, hasta poner en el foco de sus objetivos la *legitimación* del sistema penal a través de la demostración de eficiencia.

En nuestro caso, a través de un vocabulario garantista que sigue apelando al valor simbólico que adquirió la bandera del proceso acusatorio, se introduce la lógica económica como parte del proceso penal, y como forma de evaluación del comportamiento del sistema penal. El proceso que acompaña este cambio no es la panpenalización de *nuestra* vida cotidiana, sino, en todo caso, la

(15) "Inseguridad" debe entenderse, como ya hemos explicado, como una particular construcción subjetiva de la victimización delictiva, situada en el tiempo, orientada a ciertos significados y a ciertos actores.

de *ellos*, de aquellos que son el objeto de la persecución penal relacionada con su problemática cotidiana.

Si no todos los reclamos antiimpunidad son lo mismo, tampoco todos los discursos que se llaman "garantistas" son lo mismo. Los hay críticos, y los hay liberales. Los hay humanistas y los hay economicistas. Sus usos y sus efectos, sin embargo, ni siquiera son determinados por esos mismos discursos. Pues en tanto prácticas discursivas son inseparables de los contextos donde se generan y se ponen a en funcionamiento, son inseparables del juego complejo de intereses de los actores que los dominan e interpretan.

En síntesis:

1) No vivimos un giro antihumanista ni antiilustrado y una panpenalización de la vida cotidiana. Particularmente no en nuestros discursos penales. Primero, porque aunque el sistema penal llegue a la vida cotidiana (de la clase media), la mayoría de las veces lo hace con funciones no punitivas, sino como una amenaza simbólica o como una justicia civil paralela. En segundo lugar, la conflictividad de los sectores sumergidos, siempre estuvo gestionada, principalmente, desde la mirada penal. Por otro lado aunque el discurso punitivo está presente y visible en muchas intervenciones públicas, en el ámbito experto, por el contrario nos encontramos transitando desde los años 80 una época de renovación de un discurso jurídico penal democrático y humanitario, dominado por una matriz liberal de pensamiento.

2) Respecto de las leyes efectivamente represivas, sí hay un proceso de aceleración y multiplicación de leyes penales. Pero a la inversa también hay un proceso intenso de sanción de leyes declamativas de principios anti-represivos o garantistas/reductores. De la gran cantidad de nueva legislación represiva, hay un enorme porcentaje de legislación simbólica, otra de aplicación específica en casos puntuales, y otra de resolución de conflictos entre partes. Sólo el agravamiento en tipos penales que persigue el sistema penal carcelario (robos, homicidios, violaciones, lesiones) o en las cuestiones relativas a la libertad en los procedimientos penales (sistema procesal), tienen el potencial de influir sobre la tasa de encarcelamiento, es decir, de provocar un

aumento visible y medible en la prisionización, en la aplicación de dolor.

3) En los últimos treinta años sí hay un aumento visible en las tasas de encarcelamiento en toda la región. Pero este aumento recae sobre el mismo tipo de conductas tradicionalmente perseguidas por el sistema penal, y sobre los mismos perfiles de los perseguidos. No sobre las nuevas conductas alcanzadas por tipos penales simbólicos, ni sobre nuevos sujetos sociales castigados. Las causas del aumento son complejas y seguramente múltiples, pero debe tomarse en cuenta el dato de que coincide tanto con “inflación penal” como con un aumento del registro oficial de esos delitos tradicionalmente perseguidos. A pesar de ello, la violencia interpersonal letal, único conflicto penal más o menos medible estadísticamente, no ha aumentado.

4) Durante este mismo período creció y se consolidó, en la región latinoamericana y especialmente en nuestro país, un nuevo campo de expertos democráticos, antiautoritarios, críticos y liberales que intervino políticamente de forma decisiva. Las *redes de expertos-activistas* que impulsaron las reformas de los sistemas penales en los últimos treinta años colocaron en el centro de su intervención la reforma legal procesal, hacia el sistema acusatorio/adversarial con el doble argumento de mayores garantías para el imputado y mayor transparencia en el proceso, a la vez que mayor celeridad, eficiencia y rapidez. La acción de estas redes se fue aliando, progresivamente, por coincidencias programáticas o por oportunidad política, a organismos internacionales que promovían la reforma de la justicia hacia estándares de mercado y con un carácter transnacional. Y a partir de entonces se fue abandonando como parte del objetivo reformista, el reducir la persecución penal, reducir el encarcelamiento, o la superpoblación penitenciaria y sus manifestaciones aberrantes (la violencia institucional). Por el contrario el impulso reformista giró cada vez con mayor intensidad a recetas tecnocráticas y economicistas sobre la eficiencia y la buena gestión, incorporando explícitamente a sus objetivos la necesidad de dar respuesta a los reclamos sociales contra la impunidad en el siglo XXI a través de la persecución penal. Este reclamo también se ha desplazado, de poner su foco en la impunidad de los poderosos, a poner su foco en la impunidad en general (es decir, la de los delincuentes comunes).

5) La coincidencia temporal entre el aumento de las tasas de encarcelamiento, el contexto geopolítico y económico del fin de siglo y que los países de la región adoptaran masivamente las recetas del acusatorio, permite ver en la ambigüedad discursiva y de objetivos (más garantías individuales y más eficiencia en la persecución general) que hay en la oferta de los reformistas y en el diseño de los nuevos sistemas procesales una funcionalidad política múltiple: permite, alternativamente o simultáneamente, su justificación tecnocrática con discurso garantista y su justificación demagógica punitiva como combate efectivo contra el delito, permite venderse, por “izquierda” y por “derecha” al mismo tiempo.

6) Si el objetivo político-criminal (16) de una reforma es “volver real el programa punitivo”, reducir la impunidad de los delincuentes en general, o responder satisfactoriamente a las demandas públicas de persecución del delito, claramente no es reducir el poder punitivo, ni tender a la abolición de la persecución penal, o corregir la selectividad. Todo vínculo de estas campañas regionales reformistas con unos presuntos orígenes en el pensamiento crítico que nutrió sus fuentes, ha sido abandonado. En consecuencia, el impulso reformista dominante en la actualidad, aunque se nutre de discursos garantistas y de pensamiento crítico en su retórica, se aparta de una verdadera reforma de contenidos y de orientación en la política criminal. En cambio, trata de acelerar e intensificar la que existe, la que ha existido históricamente.

Este fenómeno, entre muchos otros, forma parte de esa extraña paradoja por la cual, a pesar de que los garantistas críticos han conquistado muchos espacios políticos, el sistema se ha vuelto cada vez más punitivo, y no a pesar de ellos, sino, a veces gracias a ellos.

(16) Utilizo aquí la expresión “política criminal” como lo hace BINDER (2007b), en el sentido de que en la cuestión de pensar los sistemas procesales y los sistemas judiciales, hay un plano jurídico, que es el que hace a las garantías individuales, y otro plano de política criminal, que es el que hace a la cuestión de qué hacer con la cuestión del delito como fenómeno social, y con el sistema penal como dispositivo, maquinaria, complejo institucional. Es decir cuánto y cómo perseguir o no el delito, y qué hacer con los conflictos graves y las violaciones a la ley, en clave de política públicas.

Se han ganado muchas batallas, hemos plantado muchas banderas, pero hemos perdido todo el territorio.

V. Bibliografía

FERNANDEZ, Mariano y GIARONE, Ezequiel (2008) "Flagrancia, fast justice y criminalización de la pobreza". *Aula Virtual Derecho Procesal Penal*, Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Mar del Plata (www.procesalpenal.wordpress.com).

APONTE CARDONA, Alejandro (2006) "De la guerra y la política: de la guerra cotidiana al derecho penal del enemigo" en BOHM, M.L. y GUTIERREZ (Comps.) *Políticas de Seguridad: Peligros y Desafíos para la Criminología del Nuevo Siglo*, Ed. Del Puerto.

BINDER, Alberto (1993) *Introducción al Derecho Procesal Penal, Ad-Hoc*, Buenos Aires.

(2007a) "Tensiones político-criminales en el proceso penal", *Revista 'Jueces para la Democracia. Información y Debate'*, Número 60, noviembre 2007, Asociación Jueces para la Democracia, Madrid.

(2007b) "La cultura jurídica, entre la innovación y la tradición". Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca.

(2013) *Tratado de derecho procesal penal. Tomo I. Hermenéutica del Proceso Penal*.

CAIMARI, L. comp. (2007) "Suceso de Cinematográficos Aspectos" en *La Ley de los profanos. Delito, Justicia y Cultura en Buenos Aires (1870-1940)*, FCE, Buenos Aires.

CARRANZA, Elías; Mario Houed, Luis Paulino Mora, y Raúl Zaffaroni (1983), *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, ILANUD, Costa Rica, 1983.

CARRANZA, Elías (2012) "Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer?", *Anuario de Derechos Humanos*, No. 8: Anuario de Derechos Humanos 2012, pp. 31-66.

CELS (2008) *La Situación Carcelaria: Una Deuda de Nuestra Democracia*. Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires.

CIOCHINNI, Pablo Leandro "Domando a la bestia: las reformas en la justicia penal bonaerense para eliminar la demora judicial" en *Revista Derecho y Ciencias Sociales*. Octubre 2012. N° 7 pp. 203-223, Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S, UNLP.

COLOMBO, R. (2008) "En el nombre de la (in)seguridad: politización y "populismo punitivo" en los discursos y programas de gobierno. Argentina (2007)", *V Jornadas de Sociología de la UNLP*, La Plata.

CORIGLIANO, M. (2008) "Una Sensación de M. ...! (Miedo). (In)Seguridad y Control Social", en *Asociación de Pensamiento Penal* (www.pensamientopenal.com.ar), sección criminología, agosto de 2008.

DPLF (Due Process of Law Foundation) (2013) *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú*. Washington.

DUCE, Mauricio; FUENTES, Claudio y RIEGO, Christian (2009) "Prisión preventiva y reforma procesal en América Latina: Evaluación y Perspectivas", CEJA-JSCA.

FEELEY, Malcom. (2008). Reflexiones sobre los orígenes de la justicia actuarial. *Delito y Sociedad*. Revista de Ciencias Sociales. n. 26, Buenos Aires: UNL.

FEELEY M. y Simon J. (1995) "La nueva penología", en *Delito y Sociedad*, Revista de Ciencias Sociales, N° 6/7, FSO, UBA, Buenos Aires.

GANON, Gabriel (2008) "¿La macdonalización del sistema de justicia criminal? Nuevo orden o nuevo derecho en la globalidad de la sociedad excluyente". *Revista Pensamiento Penal*, edición 60, 01/04/08.

GARLAND, David (2005), *La Cultura del Control*, Gedisa, Barcelona.

GUTIÉRREZ, M. H.

(2005) "Nuestro extraño imaginario jurídico penal" en *derechopenalonline.com* (<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=15,226,0,0,1,0>).

- (2006) *La Necesidad Social de Castigar*, Fabián Di Plácido Ed., Buenos Aires, 2006.
- (2007), *La Dinámica de las Oposiciones y la Inseguridad Subjetiva*, Fabián Di Plácido Ed., Buenos Aires, 2007.
- (2008), “Prensa y Persecución Pública”, Jornada Sobre Prensa y Violencia Institucional, Facultad de Ciencias Jurídicas y Colectivo de Eso No se Habla, UNLP, (www.derechopenalonline.com), 2008.
- (2010, a) “Punitivismo y actuarialismo en la Argentina” en Revista Pensamiento Penal (www.pensamientopenal.com.ar), sección Criminología y Control Social, Asociación de Pensamiento Penal.
- (2010, b) “Funciones, disfunciones, prácticas y discursos: herramientas para entrenar la mirada crítica del sistema penal” en Revista Pensamiento Penal (www.pensamientopenal.com.ar), sección Criminología y Control Social, Asociación de Pensamiento Penal. (2010, c) “Cambios reales y supuestos en el sistema penal. Las manifestaciones del “giro punitivo” en Delito y sociedad: revista de ciencias sociales, N° 29, 2010, pp. 53-76.
- (2011) “La tragedia de la lucha por la justicia” en Sozzo, Máximo (comp.) en *Por una sociología crítica del control social. Ensayos en honor a Juan S. Pegoraro*, Editores del Puerto, Buenos Aires.
- (2014) “Hilos y costuras de la trama judicial” en *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, N° 22, año 16. UNL.
- HALLSWORTH, S. (2007) “Repensando el Giro Punitivo”. En *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, N° 22, año 16. UNL.
- KOSTENWEIN, Ezequiel (2012) “La velocidad y las formas jurídicas: prisión preventiva en tiempos de flagrantía”, *Revista Pensamiento Penal*, 01/31/2012.
- LANGER, Máximo (2001) “La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado”, en Hendler, Edmundo S. (comp.), *Las garantías penales y procesales*. Enfoque histórico-comparado, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2001, pp. 239 y ss.
- (2009) “Revolución en el proceso penal latinoamericano: difusión de ideas legales desde la periferia”, por *Revista de Derecho Procesal Penal*, Año 2009, número extraordinario: El proceso penal adversarial - Tomo II, Ed. Rubinzal Culzoni.
- MAIER, J. B. J.; BOVINO, A. Orgs (2001) “El procedimiento abreviado”. Buenos Aires: Del Puerto.
- MARTINEZ, C. (2011) “La política penal durante el segundo gobierno de Carlos Menem: el inicio de un endurecimiento penal”. En *Populismo Punitivo y Justicia Expresiva*, Gutiérrez, M.H. Coord., Ed. Fabián Di Plácido, Buenos Aires.
- MATTHEWS, Robert (2010). “El mito del punitivismo” en *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, año 19. n. 28. Buenos Aires: UNL.
- MERTON, Robert K. (1995), *Teoría y Estructura Social*, Fondo de Cultura Económica, México.
- NELKEN, David (2010) *Comparative Criminal Justice: Making Sense of Difference*. Los Angeles: Sage.
- O’MALLEY, P. (2001). “Riesgo, Poder y Prevención del Delito”, en *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales* N° 20, año 13, UNL.
- PASTOR, Daniel (2005) “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”, *Nueva Doctrina Penal*, Edit. del Puerto, T° 2005/A, Buenos Aires, mayo 2005, p. 73 y ss.
- PITCH, Tamar (2003). *Responsabilidades limitadas. Actores, conflictos y justicia penal*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- PRATT, J. (2006) “El castigo emotivo y ostentoso. Su declinación y resurgimiento en la edad moderna” en *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, año 15 nro. 22. IIGG-UNL.
- RANGUGNI, Victoria (2010) “Delito, inseguridad y redefinición de las relaciones de gobierno en la Argentina neoliberal” en Gutiérrez, M. H. (coord.) *Populismo Punitivo y Justicia Expresiva*, FJdP, Buenos Aires.
- SOZZO, Máximo (2002): “Pintando con Números. Fuentes Estadísticas de Conocimiento y Gobierno Democrático de la Cuestión Criminal

en la Argentina". Anuario de Ejecución Penal, Mar del Plata, Año 1, N. 1, 2002, pp. 85-138.

(2007) "Populismo punitivo, proyecto normalizador y prisión depósito en Argentina", Nueva Doctrina Penal, Buenos Aires: Del Puerto.

(2011), "Política penal, elites y expertos en la transición a la democracia en Argentina", Nova criminis: visiones criminológicas de la justicia penal, Nº 2, 2011.

SPARKS, R. (2007) "Perspectivas sobre Riesgo y Política Penal" en *Delito y Sociedad, Revista de Ciencias Sociales*, Nº 23, año 16, UNL.

WACQUANT, Loic (2004) *Las cárceles de la miseria*, Buenos Aires, Manantial, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1992) *Hacia un realismo jurídico penal marginal* Caracas: Monte Avila.

.....

DERECHO PROCEDIMIENTO PENAL



Algunas consideraciones en relación con el instituto del juicio por jurados (*)

POR FERNANDO VALSECCHI

Sumario: I. Introducción. II. Naturaleza jurídica. III. Concepto. Algunos argumentos a favor y en contra. IV. La participación de los ciudadanos en la administración de justicia. V. Fundamentación legal del veredicto. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

I. Introducción

Como enseña el Dr. Edmundo Samuel Hendler, nuestra Constitución Nacional prevé la instauración del juicio por jurados (1), aun cuando todavía, en el orden federal, no se haya implantado este sistema de enjuiciamiento penal. Sin embargo, ello es así no por falta de proyectos de ley que regulen la institución (2), sino porque los mismos no prosperaron. Se citan, entre las razones que frustraron estos intentos, al

(*) El presente trabajo ha sido presentado en la materia "Garantías Constitucionales y Proceso Penal", dictada por el Dr. Ignacio Tedesco, en el "Doctorado en Derecho Penal para Latinoamericanos", de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, cursado durante los meses de septiembre/octubre del año 2013. Agradezco al Dr. Ignacio Tedesco el aporte de material bibliográfico. Los aciertos y errores del artículo corren por exclusiva cuenta de su autor.

(1) "El juicio por jurados aparece referido en la segunda parte del texto constitucional, designada 'Autoridades de la Nación', donde se establece que es atribución del Congreso dictar las leyes necesarias para su implantación (art. 75, inc. 12) y que es ése el modo en que deben concluir los juicios criminales ordinarios (art. 118). Pero la referencia se encuentra también en la primera parte, la ya mencionada concerniente a declaraciones, derechos y garantías. El artículo 24 proclama que 'El Congreso promoverá (...) la implantación del juicio por jurados...' (HENDLER, Edmundo Samuel, "El significado garantizador del juicio por jurados", en: AA.VV., "Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier", 1ª ed., Bs. As., Del Puerto, 2005, p. 329).

(2) Prueba de ello sería la sanción de la ley 483 y los proyectos de ley presentados, entre otros, por los senadores Aráoz y Oroño, en cuya consecuencia se nombró una comisión de juristas: Florentino González y Victorino de la Plaza, así como también el elaborado por Del Valle Iberlucea (cfr. HEREDIA, José Raúl, "Lectura constitucional del proceso penal", 1ª ed., Córdoba, Ediciones del Copista, 2010, pp. 30/52). También puede citarse, entre otros, al Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación de 1987, del Poder Ejecutivo, y su derivado, el "Proyecto de ley orgánica para

auge que tuvo en nuestro país, primero, la escuela positiva, y, luego, el formalismo jurídico. (3) Prueba de ello fue la implantación de la ley 50, así como también del llamado Código Obarrio (ley 2372), sumado a ciertos antecedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en sentido contrario a su establecimiento inmediato (4), interpretando que "la labor legislativa no estaba sometida a términos perentorios". (5) Una excepción a lo hasta aquí dicho habría sido destacada por Zampini (6), al aludir a la experiencia registrada, en el siglo XIX, en la provincia de Chubut.

Así, se pusieron de relieve dos posturas antagónicas: quienes se pronunciaron por que las cláusulas constitucionales que establecían la institución del juicio por jurados constituían una simple "recomendación al legislador ordinario" (Bielsa, Vélez Mariconde, Obarrio, y Clariá Olmedo), y aquellos otros que consideraron que las cláusulas eran imperativas (Jofré, García, De Vedia, Joaquín V. González, Bas, González Calderón, Sagüés, Mooney, y Cavallero-Hendler) (7), llegando a señalar que

la Justicia Penal y el Ministerio Público", de 1988 (Maier-Binder), que finalmente no prosperaron.

(3) CAVALLERO, Ricardo J. — HENDLER, Edmundo S., "Justicia y participación. El juicio por jurados en materia penal", Bs. As., Ed. Universidad, 1988, pp. 71/74.

(4) Fallos: 115:92; 165:258; 208:21 y 225 (aut. cit., ob. cit., pp. 51/52).

(5) También se puede consultar: CAVALLERO, R. J. — HENDLER, E. S., "Justicia y participación...", pp. 49/50.

(6) ZAMPINI, Virgilio, "Chubut Siglo XIX: Una década del juicio por jurados", Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal n° 14, pp. 343/354.

(7) Aun cuando, más adelante, los autores citados en último término las denominaban "cláusulas programáticas obligatorias", aut. cit., ob. cit., pp. 46/52.

se trata de una omisión “en transgresión a normas constitucionales” (8), o una “inconstitucionalidad por omisión legislativa” (9), y que ello es “insostenible”, después de la reforma de 1994, que, a diferencia de la de 1949, no derogó las normas que ordenan organizar los juicios por jurados en materia criminal.

Frente a este escenario, las provincias del país han ido estableciendo el juicio por jurados, a pesar de que los arts. 24, 75, inc. 12, 118 y 126 de la C.N., le asignaron esa facultad al Poder Legislativo nacional. En este contexto, Sagüés se manifestó a favor de que las provincias regulen el procedimiento y la integración de los tribunales, en tanto el Estado nacional no lo haga, mientras que Barrancos y Vedia se pronunció en contra, aseverando que la atribución de legislar en esa materia le compete al Estado nacional (10); en esta última postura se enrolan, entre otros, autores de la talla de Gelli y Caffèrta Nores (11), mientras que apoyaría la primera Bidart Campos. (12) Recientemente, la provincia de Buenos Aires dictó la ley 14.543 estableciendo el juicio por jurados, al igual que lo hicieron, en su oportunidad, Córdoba (ley 8192), donde está funcionando activamente, y Neuquén (ley 2784), sitio en el cual ha sido puesto en marcha en el año en curso; La Pampa y Chubut están a la espera de una ley especial que lo reglamente. (13)

II. Naturaleza jurídica

En la discusión acerca de su naturaleza jurídica, Hendler se expide señalando que se trata de

(8) Aut. cit., ob. cit., p. 53, con cita de BIDART CAMPOS, Germán: “La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión”, *El Derecho*, t. 78, p. 786.

(9) GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada”, tomo I, 4ª ed., Bs. As., La Ley, 2008-409.

(10) FLEMING, Abel - LÓPEZ VIÑALS, Pablo, “Garantías del imputado”, 1ª ed., 1ª reimpr., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, pp. 530/531.

(11) ALLIAUD, Alejandra, “El juicio por jurados y las provincias. El caso de Buenos Aires”, p. 33, (www.infojus.gov.ar/_pdf_revistas/DERECHO_PENAL_A1_N3.pdf).

(12) ALLIAUD, A., “El juicio por jurados...” cit., p. 41, con cita de: BIDART CAMPOS, “Manual de la Constitución Reformada”, tomo III, cap. XXXIII, nº 31.

(13) ALMEIDA, Vanina — BAKROKAR, Denise, “Una alternativa posible para contrarrestar las prácticas inquisitivas: el juicio por jurados” (www.infojus.gov.ar/_pdf_revistas/DERECHO_PENAL_A1_N3.pdf).

una garantía de los individuos, de carácter renunciable, a ser juzgado con una determinada forma de integración del tribunal, y no, como sostienen otros autores, que dicha forma de juzgamiento es obligatoria, en función de un modo de ejercicio de la autoridad derivado de la soberanía popular. (14) En este sentido, dicho jurista refiere, después de aludir a sus antecedentes históricos, (15) que su ejercicio implicaba una garantía “frente a la autoridad del gobierno” (16) (ésta era, por lo demás, la posición del maestro Joaquín V. González (17) y es la que, hoy en día, sustenta, entre muchos otros procesalistas dignos de mención, Eduardo Jauchen (18); también es la postura de Claudio D.

(14) HENDLER, Edmundo Samuel, “El significado garantizador...”, cit., p. 330.

(15) “El juicio por jurados surgió en la isla británica a partir de una transformación de lo que originariamente fueron un conjunto de vecinos que daban testimonio del hecho para convertirse luego en jueces que decidían basándose en el testimonio de otros. Junto con esa transformación fue gestándose también la independencia del jurado frente al poder de los gobiernos monárquicos y el sentido de su intervención en función garantizadora para los ciudadanos” (HENDLER, E. S., “Significados, genealogías, incógnitas”, 1ª ed., Bs. As., Del Puerto, 2006, p. 88).

(16) “De allí entonces que en sus orígenes el jurado inglés aparezca como una suerte de acuerdo transaccional entre los funcionarios del rey extranjero y los vecinos de cada comarca o, si se quiere, entre colonizadores y colonizados. (...) Con esa perspectiva cabe ya intentar una explicación del significado del jurado de alcance más general, proyectándolo en un plano cultural o etnológico. El establecimiento del jurado tendría el sentido de proteger a las capas sociales más débiles frente al poder gobernante, permitiéndoles restringir las atribuciones de este último y preservar sus propias pautas de comportamiento. (...) la necesidad de asegurar la integración del tribunal con quienes pertenecen al mismo entorno cultural de quienes tienen que ser juzgados” (aut. cit., ob. cit., pp. 336 y 340/341). En este sentido, se hace alusión a la cláusula número treinta y nueve, de la Carta Magna del año 1215, como un antecedente histórico de suma trascendencia (CAVALLERO, R. J. - HENDLER, E. S., “Justicia y Participación...” p. 24).

(17) “Éste es un privilegio en casos de acusación criminal (...). Tan esencialmente incorporado a la soberanía está ese derecho, que los jurados que oyen la prueba del acusado en presencia y bajo la dirección de los jueces o tribunales de derecho, no tienen responsabilidad alguna por apartarse o disentir de la instrucción del tribunal, ‘debiendo expedir su veredicto libremente y sin consignar razones’” (GONZÁLEZ, Joaquín V., “Manual de la Constitución Argentina (1853-1860)”, actualizado por Humberto Quiroga Lavié, Bs. As., La Ley, 2001-166/167).

(18) JAUCHEN, Eduardo, “Tratado de Derecho Procesal Penal”, tomo I, 1ª ed., 1ª reimpr., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2013, p. 338.

Gómez (19)). Propician una posición contraria, en la inteligencia de atribuirle al jurado el carácter de una institución orgánica, entre otros juristas de renombre, los Dres. Magariños, Bruzzone (20) y Chiara Díaz (al que se hará alusión más adelante).

III. Concepto. Algunos argumentos a favor y en contra

Cavallero y Hendler distinguen entre el jurado histórico o anglosajón, en donde el jurado (ciudadanos no profesionales presididos por un Juez letrado) emite un veredicto sobre la existencia del hecho delictivo, indicando si el acusado es o no culpable, mientras el Juez letrado califica jurídicamente el hecho y, eventualmente, determina la pena, y el jurado escabinado, en donde los jueces técnicos y los legos confeccionan la sentencia en forma mancomunada, sin un veredicto previo que los condicione. Estos autores enseñan que, desde una perspectiva histórica, la Constitución Nacional previó el jurado anglosajón, aunque, siguiendo un enfoque progresivo, es posible aceptar el escabinado, a condición de que el número de jueces legos sea mayor al de los jueces letrados. Citan la clasificación realizada por Tomás Jofré en torno a las críticas formuladas a la institución, rebatiéndolas. (21)

Falcón piensa, desde una visión opuesta, que muchos de los pros y los contras del jurado están teñidos de un matiz político o ideológico, agrupando éstos en cuatro clases: a) el jurado y la democracia, b) idoneidad y competencia, c) interpretación legal, y d) necesidad y eficacia, respecto de los cuales expone sus fundamentos antagónicos. (22)

III. a) Los argumentos esgrimidos en contra del jurado han sido resumidos de la siguiente forma: a) contraviene los principios sentados por los arts. 16 y 22 de la C.N., b) los veredictos son impredecibles e influenciados, presentando falencias cuando deben resolver cuestiones complejas, c)

(19) GÓMEZ, Claudio D., "El juicio por jurados en la provincia de Córdoba. Su constitucionalidad a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia", LLC, 2006-1007.

(20) HENDLER, E. S., "El juicio por jurados...", p. 51.

(21) CAVALLERO, R. J. - HENDLER, E. S., "Justicia y participación...", pp. 67, 70 75/76, y 77/94.

(22) FALCÓN, Enrique M., "El juicio por jurados", Revista de derecho procesal: medidas cautelares, Año 1998, n° 1, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, p. 489 y sigtes.

no se corresponden con la naturaleza del pueblo argentino, y es una institución desprestigiada, d) dificultan o imposibilitan la posibilidad de interponer recursos en contra de la decisión, pues los motivos de los veredictos son desconocidos, y e) es un procedimiento costoso, resultando engorrosa la selección de los jurados. (23)

III. b) Entre los más fervorosos partidarios del establecimiento de esta modalidad de enjuiciamiento penal se encuentra Maier, quien, en un reciente trabajo, sostiene que "La adopción constitucional del juicio por jurados señala también, indiciariamente, el tipo de procedimiento judicial que nuestra ley básica considera 'democrático' o, si se quiere, transparente, abierto a los ciudadanos en general, para el control de la labor de sus jueces. Se trata del debate público de las cuestiones a decidir, aspecto del procedimiento judicial que ya ha tenido principio de realización en el Derecho y los tribunales penales. (...) para todas las cuestiones a decidir por los jueces, incluidas allí también las llamadas 'interlocutorias', es decir, aquellas que deben ser resueltas durante el procedimiento y antes de la sentencia definitiva, que examina el llamado 'fondo del asunto'. Ellas también deben ser decididas en audiencias públicas, básicamente mediante el modo de comunicación oral, con intervención de los protagonistas del litigio o asunto de que se trate, con la prueba eventual exhibida en la audiencia y con la presencia voluntaria de quienes, si bien no tienen un interés legítimo que defender en ella, desean presenciar el procedimiento judicial. Se trata del así llamado 'procedimiento judicial por audiencias', en todo caso sucesivas". (24)

Binder alega, en esa inteligencia, que "Es de mayor calidad por el modo como se litiga (frente al ritual secuencial de nuestros juicios "orales"), por la atención que prestan los jueces (que no tienen que estar atendiendo al control del debate y a la producción de la prueba al mismo tiempo), por el número de personas involucradas en la decisión

(23) ARES, José L., "Juicio por jurados. Incompatibilidad constitucional del modelo anglosajón puro por la carencia de motivación del veredicto", Pensamiento Penal del Sur, Año 2006/II, Fabián J. Di Plácido Editor, pp. 848/849.

(24) MAIER, Julio B. J., "¿Democratización del Poder Judicial?", Contextos, Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, n° 6, 2013, pp. 15/16.

(frente a la realidad de los juicios unipersonales de nuestros tribunales, dado que en muchos de ellos, aun cuando se establezca un tribunal colegiado, se reparte entre los jueces las tareas de realizar la sentencia de ese juicio), por la existencia de verdadera deliberación (una garantía que ha casi desaparecido de nuestros tribunales), sin que ello signifique abandonar la convicción “personal” que se debe exponer en la deliberación. La convicción de cada jurado es personal, no es colectiva (como hacen muchos jueces profesionales que delegan su votos en otros) y ése es el significado de “íntima convicción” (convicción personal, propia) que nada tiene que ver con algo emocional, o sin control, como creo que erróneamente interpretó mucha doctrina. Y es de mayor calidad porque también en el jurado la publicidad se realiza, frente a los juicios nuestros que ya no son a oscuras pero son todavía “en tinieblas”. Donde existe el juicio por jurados, los cuerpos de jueces suelen ser mucho más profesionales, porque si bien el juicio por jurados es siempre excepcional, genera un paradigma de actuación profesional para el juez abogado y para los propios litigantes. En nuestra región, por el contrario, el paradigma ha sido el juez tramitador y, pese al enorme esfuerzo por establecer la oralidad, los jueces profesionales la empujan de un modo permanente hacia una mera tramitación”. (25)

Jauchen emparenta este modo de juzgamiento con el sistema republicano, posibilitando la participación ciudadana en la cosa pública, mientras que Vázquez Rossi lo elogia por constituir una forma de intervención popular directa, de raigambre acusatoria. (26)

Heim resalta, en esta misma línea interpretativa, que el jurado tiene suma influencia en el plano sociológico y en la forma de administrar justicia. Se vale, para arribar a esa conclusión, de las palabras emitidas por muy eminentes juristas: “Nino sostiene que el juicio por jurados claramente ‘... tiene un enorme valor como expresión de la participación directa de la población en el acto de gobierno fundamental que es la disposición inmediata de la coacción estatal. Ello disminuye

(25) BINDER, Alberto M., “Crítica a la justicia profesional”, pp. 65/66, (www.infojus.gov.ar/_pdf_revistas/DERECHO_PENAL_A1_N3.pdf).

(26) JAUCHEN, Eduardo, “Tratado...”, tomo I, pp. 332/333 y 338.

la distancia entre la sociedad y el aparato estatal y atenúa el sentimiento de alineación del poder, o sea la percepción corriente entre los ciudadanos de democracias menguadas de que el poder es algo ajeno a ellos’ (...). Esta idea es, precisamente, la que magistralmente pone de resalto Moreno en las palabras que han sido citadas al comienzo de este trabajo”. (27)

Alliaud observa que tampoco sería una objeción válida para oponerse a su implementación la circunstancia de que el jurado se utilice cada vez menos, en función de la reiterada aplicación del *plea bargaining*, puesto que, en la República Argentina, sucedió algo parecido en relación con la merma en la realización de juicios orales. (28)

Igualmente, se sostuvo: a) ayudaría a combatir la burocratización de la justicia, que conduce a la insensibilidad de los jueces profesionales, b) tendría un efecto educativo en la población, c) permite un mayor control sobre el funcionamiento del Poder Judicial, d) fomenta la responsabilidad de los ciudadanos, e) atempera las tensiones sociales, y f) las decisiones judiciales se ajustarían más a las valoraciones sociales, incorporando la equidad como forma de resolución de los conflictos penales. (29)

Es más, en un estudio empírico desarrollado en el Reino Unido se estableció que “A pesar del hecho de que algunos miembros del jurado sí mostraron parcialidad hacia acusados en base a su raza, los veredictos de los jurados de los que formaron parte no discriminaron a los acusados por tales razones”. (30)

IV. La participación de los ciudadanos en la administración de justicia

En un precedente muy conocido, la Corte Suprema enfatizó que la publicidad del proceso penal constituye una exigencia constitucional, y que una de las formas más eficaces para efectivizarla sería

(27) HEIM, Andrés, “Juicio por jurados. Una paciente espera”, p. 170, (www.infojus.gov.ar/_pdf_revistas/DERECHO_PENAL_A1_N3.pdf).

(28) ALLIAUD, Alejandra, “El juicio por jurados...”, cit., p. 32.

(29) ARES, José L., “El juicio por jurados...”, p. 848.

(30) THOMAS, Cheryl, “Cuando se desenmascaran los mitos del jurado”, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, año 12, n. 1, octubre de 2011, p. 190.

a través de la instauración del juicio por jurados, máxime cuando el constituyente eligió un proceso penal acusatorio, que, lentamente se va imponiendo en nuestra legislación (Fallos: 328:3399, consid. 15°, del voto de la mayoría *in re*: “Casal”).

Ahora bien, el Dr. Tedesco, en un estudio de neto corte histórico, destacó que “La participación de la sociedad en el juicio, sea como espectadores o como miembros del tribunal encargado de establecer un veredicto sobre el conflicto planteado, provoca que su realización tenga rasgos evidentes de teatralidad: el enjuiciamiento penal es una representación escénica que se desarrolla en el marco del sistema penal. Esta escenificación se constituye tanto en un símbolo, es decir, en un proceso comunicativo que se dirige hacia la sociedad entera, como en una ficción: la construcción de una verdad” (31), acerca de una hipótesis histórica (32), “que sólo se puede explicar en función del concepto de metáfora. Ésta, (...) debe ser entendida como persuasión”. (33) Ahora bien, la propuesta consiste en “continuar con la tarea de garantizarle al sujeto acusado que sea un verdadero actor del ritual judicial y no simplemente un objeto al que se le permite estar físicamente dentro del cuadrado sagrado en el que se imparte justicia”. (34)

De ese modo, se explica que, mientras en un sistema (el inquisitivo, o incluso el mixto, que subsiste en países de Europa y América Latina) se persigue, como finalidad última, el descubrimiento de la verdad, en el ámbito anglo-americano, donde rige el sistema acusatorio, se procura “preservar el juego limpio entre los contendientes” (35); destacándose, incluso, que “*nuestra imparcialidad judicial es la del sistema acusatorio y los jurados*”. (36) Cabe

(31) TEDESCO, Ignacio F., “El acusado en el ritual judicial. Ficción e imagen cultural”, 1ª ed., Bs. As., Del Puerto, 2007, p. 117.

(32) Aut. cit., ob. cit., p. 128.

(33) Aut. cit., ob. cit., p. 126.

(34) Aut. cit., ob. cit., p. 446.

(35) HENDLER, Edmundo S., “Oralidad y sistema acusatorio: Perspectiva comparada de los sistemas de enjuiciamiento penal”, incluido en “Memoria del simposio: “La oralidad en el proceso penal como derecho humano”, México, ITESM, 2011, p. 87.

(36) ZYSMAN QUIRÓS, Diego, “Imparcialidad judicial y enjuiciamiento penal. Un estudio histórico-conceptual de modelos normativos de imparcialidad”, en HENDLER, E. S. (comp.), “Las garantías penales y procesales. Enfoque

acotar, a mayor abundamiento, que la garantía *del ne bis in idem* surge en el derecho anglosajón, desde que el veredicto de no culpabilidad, emitido por un jurado, “es irrecurrible para el acusador, vinculante para el juez y pone fin definitivamente a la persecución penal”. (37)

Por otro lado, se subrayó la importancia de que los ciudadanos puedan “emitir significados sobre lo moral y lo político”, y que esa tarea no quede en manos de “expertos”. Así, se dijo: “Es por ello que en el esquema de participación democrática en el poder, tenido en mente por los ilustrados, tenía un lugar preferente el jurado. (...). El ejercicio del poder en forma comunitaria, y la necesaria redefinición de la violencia para realizarlo, dependen de la limitación del poder del experto y de la difuminación del mismo a través del cuerpo social. Ésta es la única garantía de ‘independencia’ e ‘imparcialidad’ de parte del tercero frente al caso que se le presenta. En cuanto son funcionarios estatales los que llevan adelante la pretensión estatal del castigo, no parece suficiente garantía que sean otros funcionarios estatales ‘expertos’ con otra especialización- quienes decidan sobre el sí o el no del castigo”. (38) Sin embargo, este reconocido profesor también opina que “Los medios masivos de comunicación en las sociedades de masas reproduciendo el juicio penal parecen ser la herramienta más idónea para atribuir un nuevo significado al principio republicano de la publicidad en el contexto histórico actual. (...). La relación entre la televisión y la justicia penal podrá generar que se reflexione democráticamente sobre ciertas funciones sociales, que en el modelo vigente deben ser estatales. (...). Para impedir que se hagan juicios ‘paralelos’ al institucional en los medios de comunicación, creemos que lo mejor

histórico-comparado”, 1ª ed., 1ª reimp., Bs. As., Editores Del Puerto, 2004, p. 358; en donde el autor citado se pregunta: “¿Se llegará a entender, tal vez, que la verdad (o la necesidad de hallarla) no sólo no es el norte de la imparcialidad judicial, sino que contribuye a su afectación?” (aut. cit., ob. cit., p. 359).

(37) HARFUCH, Andrés, “Inmotivación, secreto y recurso amplio en el juicio por jurados clásico”, p. 143, (www.infojus.gov.ar/_pdf_revistas/DERECHO_PENAL_A1_N3.pdf); con cita de MAIER, Julio B., Derecho Procesal Penal, Fundamentos, 2ª ed., Bs. As., Ed. Del Puerto, 1996, t. I, p. 715.

(38) ANITUA, Gabriel Ignacio, “Justicia penal pública. Un estudio a partir del principio de publicidad de los juicios penales”, 1ª ed., Bs. As., Editores Del Puerto, 2003, p. 417.

es que los medios transmitan el juicio original, el formalizado". (39)

En función de lo expuesto, se concluyó que "la experiencia histórica y la aproximación sociológica (...), muestran que es ésta -la de una agencia de control del poder punitivo- la más importante significación del juicio por jurados desenvuelto en la cultura del así llamado 'mundo occidental'". (40)

V. Fundamentación legal del veredicto

Un tema que es objeto de fuertes críticas cuando se estudia la implementación del juicio por jurados es el que suscita la ausencia de fundamentación de las decisiones del jurado.

V.a) Se ha objetado, en lo que aquí interesa, que los jurados no motivan sus veredictos, a través de los cuales se expiden por la inocencia o culpabilidad del acusado, dificultando el control de sus decisiones por un tribunal superior, que se vería ceñido a decretar la nulidad del juicio y la realización de uno nuevo (41), poniendo de resalto que la exigencia de motivación de las sentencias tiene raigambre constitucional. Es por ello que Ares (42), al igual que Chiara Díaz (43), se pronuncia a favor del sistema escabinado, con mayoría de jueces legos, con el argumento de que ello posibilitaría la motivación de los fallos. El primero de los autores citados expone un estudio realizado en los Estados Unidos en el que se expresan las razones por las cuales, según los investigadores que lo realizaron, los jurados deciden absolver a

un acusado culpable: "a) simpatizan con él como persona; b) aplican criterios propios acerca de la legítima defensa; c) toman en consideración la culpa de la víctima; d) consideran a la legislación aplicable injusta o arbitraria; e) creen que el acusado ha sufrido ya suficiente o ha sido sometido a malos tratos por la policía (Kalven, H. y Zeisel, H., *The American Jury*, Little Brown and Co, 1966, citado por Alejandro D. Carrió, *El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos*, Eudeba, 1990, p. 90)". (44)

El maestro Falcón, eminente catedrático dedicado al derecho procesal civil y comercial, insiste en que la motivación de las sentencias es una exigencia legal, agregando que el jurado no es una institución que necesariamente mejore la justicia, recordando la opinión de Vélez Mariconde, respecto a que se le atribuye las ventajas de la oralidad, aun cuando la misma puede ser garantizada sin necesidad de establecer el tribunal popular, sobre todo teniendo en cuenta que, en los Estados Unidos, se aplica sólo entre el 2% y el 4% de los casos penales, que en Alemania fue derogado (manteniéndose el sistema escabinado) y que en España habría fracasado. (45)

Herbel, en su tesis doctoral (inédita), sostiene, como una hipótesis accesoria, que "El veredicto condenatorio inmotivado del jurado, lesiona las garantías del imputado, en la medida que no permita verificar si sus descargos fueron atendidos, ni conoce las razones de aquel, para su eventual crítica ante una instancia posterior". (46)

De modo concordante, Gualda considera que el veredicto inmotivado afecta la garantía de la defensa en juicio, "Por ello el número de escabinos de ser mayor al número de jueces técnicos, o en su caso el jurado clásico o anglosajón, acontecería una neta separación entre las funciones del Tribunal técnico y las de los escabinos o el del jurado clásico, lo que configura una inadmisibles

(39) ANITUA, Gabriel Ignacio, "El principio de publicidad procesal penal: un análisis con base en la historia y el derecho comparado", en HENDLER, Edmundo S. (comp.), "Las garantías penales...", cit., 1ª ed., 1ª reimp., Bs. As., Editores Del Puerto, 2004, pp. 98/99.

(40) HENDLER, E. S., "El juicio por jurados...", p. 159.

(41) ARES, José Luis, "El juicio por jurados en materia criminal. Marco constitucional. Ventajas y desventajas del sistema", *Revista de Jurisprudencia provincial* (Bs. As., La Pampa, Neuquén, Río Negro), Año 6, n° 10, octubre de 1996.

(42) ARES, José Luis, "Juicio por jurados. Incompatibilidad constitucional del modelo anglosajón puro por la carencia de motivación del veredicto", *Pensamiento Penal del Sur*, Año 2006/II, Fabián J. Di Plácido Editor, pp. 179/203 (con cita de la opinión de Clariá Olmedo, Vázquez Rossi, Bacigalupo, Palacio, Ekmekdjian, Díaz Cantón, Cafferata Nores, y Hitters).

(43) CHIARA DÍAZ, Carlos A., "Apostillas sobre el juicio por jurados", p. 86, (www.infojus.gov.ar/_pdf_revistas/DERECHO_PENAL_A1_N3.pdf).

(44) ARES, J. L., "Juicio por jurados...", p. 199.

(45) FALCÓN, E. M., "El juicio por jurados", p. 489 y sigtes.

(46) HERBEL, Gustavo A., "El derecho del imputado a revisar su condena" (Dogmática del recurso y garantías fundamentales), tesis doctoral inédita presentada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, de la Universidad de Buenos Aires, p. 21 y sigtes.

ruptura de la unidad que debe caracterizar al juicio jurídico (47).

Se nombra a Díaz Cantón, curiosamente, como un autor que sostiene una posición original: sería motivacionista, pero juradista, habiendo estudiado el modelo anglosajón (48); mientras que Zaffaroni es otro de los tratadistas nacionales que está en contra del jurado popular puro, inclinándose por un modelo escabinado de participación popular. (49)

V. b) Dentro de la posición contraria, Hendler es por demás clarificador: “que los jurados no tengan que dar razones de su convicción no significa que sus veredictos sean puramente discrecionales o arbitrarios. La correlación entre las indicaciones impartidas y el veredicto se muestra como la de una premisa y su conclusión y tiene el claro sentido de expresar los fundamentos de esta última”. (50)

De manera concordante, Andrés Harfuch entiende que “el control exógeno o extraprocesal de la decisión del jurado es obtenido del requerimiento fiscal, de las instrucciones del juez (*vgr. ‘Taxquet’*), de la transcripción taquigráfica de todo el juicio y, (...) por la sujeción absoluta *ex ante* y *ex post* de su juicio al estándar probatorio de duda razonable, ampliamente verificable y criticable en sede recursiva por el condenado. El control endógeno o endoprocesal lo obtiene de la abrumadora superioridad de su número de integrantes, de la maximización de la garantía de la deliberación y de la exigencia de unanimidad (...). El jurado, reiteramos, no necesita de la motivación escrita para abastecer estas dos funciones. (...) la inmotivación del veredicto del jurado clásico nunca fue -ni es- un impedimento en Inglaterra,

(47) GUALDA, Raúl Alejandro, “Juicio por jurados. Fundamentación y motivación de la sentencia”, Pensamiento penal y criminológico. Revista de derecho penal integrado, año V, nº 9, 2004, p. 115.

(48) HARFUCH, A., “Inmotivación...”, cit. p. 116, con cita de DÍAZ CANTÓN, Fernando, “La motivación de la sentencia penal y otros estudios”, Bs. As., Editores del Puerto, 2005.

(49) Cfr. www.infojus.gov.ar/_pdf_revistas/DERECHO_PENAL_A1_N3.pdf, Castelli, Anselmo, “Juicio por jurados”, p. 71.

(50) HENDLER, E. S., “El juicio por jurados...”, p. 103, con cita de Julio B. J. Maier, “Derecho Procesal Penal”, t. I, Fundamentos, 2ª ed. actual., Editores Del Puerto, 1996, pp. 481/483.

Canadá, Puerto Rico o Estados Unidos para cuestionar la prueba de los hechos del caso ante una sentencia de condena derivada de un veredicto de culpabilidad” (51); agregando, este autor, con cita de jurisprudencia foránea, que la razón por la que el veredicto es inmotivado reside en la regla del secreto del jurado, que asegura la franqueza de las deliberaciones respecto a la evidencia que han escuchado. (52)

En idéntico sentido se ha pronunciado Castelli, en cuanto auguró que este sistema ampara la garantía de la doble instancia que compete al imputado, quien, valiéndose de los registros tecnológicos obtenidos en las audiencias, verá reducida a su mínima expresión las cuestiones no revisables, producto de la inmediatez, tal como se consignó en el fallo “Casal”, de la Alta Corte. (53)

Maier, por su lado, entiende que el juicio por jurados es consustancial con nuestra forma republicana de gobierno, añadiendo en su consecuencia que, de las cláusulas constitucionales no se deriva la exigencia de motivar la plataforma fáctica tomada en consideración en las sentencias penales. (54)

Por si ello fuera poco, se ha considerado que los jueces técnicos “arriban intuitivamente a la solución del caso y luego, ya tomada la decisión, desarrollan su argumentación en tal sentido” (55); lo que, en mi humilde opinión, no es una conclusión generalizable, ocurre, sí, en algunos casos, no se puede negar.

Por otro lado, las críticas ensayadas en contra de esta institución fueron rebatidas, a nivel doctrinario, con el argumento de que ella incide en la democratización del Poder Judicial, facilitando la participación ciudadana (56), a la vez que comba-

(51) www.infojus.gov.ar/_pdf_revistas/DERECHO_PENAL_A1_N3.pdf; Harfuch, A., “Inmotivación...”, p. 126.

(52) Aut. cit., ob. cit., pp. 146/150.

(53) CASTELLI, Anselmo, “Juicio por jurados”, p. 81, cit.

(54) MAIER, Julio B. J., “Derecho Procesal Penal”, tomo I, Editores Del Puerto, 1996, p. 483.

(55) ARES, José Luis, “Juicio por jurados. Incompatibilidad constitucional...”, p. 199 (con cita de: SANDRO, Jorge A., “Reflexiones sobre el jurado popular”, La Ley, 1992-A, 142, quien aludiría a la “opinión intuitiva del caso”).

(56) HARFUCH, Andrés (coord.), “El juicio por jurados como participación popular en el proceso penal”, Cuader-

tiendo la burocratización y corporativización que lo caracterizan, siempre y cuando el jurado represente la heterogeneidad cultural existente en la sociedad. (57) Igualmente, se realizó la importancia que podría llegar a tener la implementación del juicio por jurados para introducir modificaciones profundas en el sistema de justicia. (58)

Es más, se llegó a manifestar que el sistema del juicio por jurados supera las deficiencias del sistema mixto, al “contrarrestar la influencia avasalladora de actuaciones escritas que inevitablemente inciden en las determinaciones de cualquier tribunal de juicio”. (59) No obstante ello, también se puso de relieve que, una vez instaurado el nuevo sistema, es donde se empieza a jugar el duelo de prácticas. (60)

Lariguet, cuando se refiere a las objeciones atinentes a que el jurado decide por íntima convicción, pone de manifiesto que la discusión corre por otro andarivel: “reconstruir qué modelo de razonamiento (si deductivo o inductivo) exige el derecho procesal penal argentino en orden a determinar la verdad de los hechos” (61), remarcando la diferencia entre la sana crítica racional, cuya forma de razonamiento es de carácter deductivo, y

nos de doctrina y jurisprudencia penal, año VIII, n° 14, 2002, p. 372.

(57) CAVALLERO, R. J. — HENDLER, E. S., “Justicia y participación”, p. 94; en idéntico sentido: HENDLER, E. S., “El juicio por jurados...”, cit., p. 13.

(58) PUCCINELLI, Oscar R., “Poder Judicial y participación popular. El juicio por jurados desde una perspectiva constitucional comparatista”, Revista Iberoamericana de Derecho Constitucional, Año 1, n° 1, 2003, Bs. As., Ad-Hoc, pp. 155/179.

(59) HENDLER, E. S., “El juicio por jurados...”, cit., p. 39.

(60) “Por ello no ha sido casualidad que el derecho penal liberal y muchos de los autores de la ilustración vieran en la incorporación de los jurados el más duro golpe a la tradición inquisitorial (...). Las prácticas inquisitoriales no se reproducen solas sino a través de miles de pequeñas acciones que son realizadas por personas que posiblemente no tengan ninguna intención de reproducir el sistema inquisitivo. Por eso a partir del comienzo de la implementación es tan importante seguir de cerca lo cotidiano” (BINDER, Alberto M., “La implementación de la nueva justicia penal adversarial”, 1ª ed., Bs. As., Ad-Hoc, 2012, pp. 40 y 157, respectivamente).

(61) LARIGUET, Guillermo, “El debate sobre el Juicio por Jurados en el Fuero Penal de Córdoba y el problema de la fundamentación lógica y legal de las sentencias”, Pensamiento Penal y Criminológico, Revista de derecho penal integrado, año V, n° 9, 2004, Ed. Mediterránea, p. 141.

la íntima convicción, que es inductiva, no concluyente; poniendo de manifiesto que, en realidad, los jueces no querrían compartir su poder con los ciudadanos legos.

Deane se muestra partidario de que el veredicto sea inmotivado, razonando que la necesidad de que los jueces técnicos funden las sentencias ha sido entendido como una derivación del régimen republicano de gobierno, pero, en realidad, “no se es sino una forma de control del soberano, esto es del pueblo, de los actos de los gobernantes. Empero, si es el propio pueblo -mejor dicho, una parte representativa de él- el que emite su decisión, ninguna fundamentación debería exigírsele”. (62)

Silvestroni añade a todo lo dicho que este sistema de enjuiciamiento penal evitaría la alienación del derecho. (63)

V. c) Por último, al estudiar este asunto debe mencionarse al instituto del *jury nullification*, que es la facultad que tiene el jurado, en el derecho norteamericano, “de conocer sobre las cuestiones de hecho y de derecho en un caso concreto, pudiendo no aplicar una ley que considera injusta u opresiva” (64), sin que ello implique arrogarse las facultades del Poder Legislativo ni las del Poder Judicial (65); todavía más, para algunos catedráticos, la imposibilidad fiscal de recurrir absoluciones se derivaría del *jury nullification*. (66) Empero, aun cuando esta facultad del jurado pueda merecer una opinión positiva, para un sector de la doctrina, lo cierto es que este instituto es inédito en nuestro

(62) DEANE, Matías M., “Algunas consideraciones sobre el proyecto de juicio por jurados en la Provincia de Buenos Aires”, Revista de Derecho Penal y Criminología, Año III, n° 9, octubre de 2013, Ed. La Ley, pp. 112/113.

(63) ALLIAUD, Alejandra, “El juicio por jurados...”, cit., p. 32, con cita de SILVESTRONI, Mariano, “Teoría constitucional del delito”, Bs. As., Del Puerto, 2004, p. 110.

(64) TUPA, Fernando, “Juicio por jurados y ‘jury nullification’. El guardián de la democracia: Reflexiones sobre este instituto y su posible vinculación con el derecho argentino”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, N° 14, pp. 286/287.

(65) TUPA, F., “Juicio por jurados...”, p. 281.

(66) ALLIAUD, Alejandra, “El juicio por jurados...”, cit., p. 40, con cita del punto de vista de PIÑO SALA, Nuria, “La imposibilidad del fiscal de recurrir absoluciones como un derivado del ‘Jury nullification’ y las posibles repercusiones en nuestro país”, en AA.VV., “Juicio por jurados en el proceso penal”, Bs. As., Ad Hoc, 2000, p. 430 y ss.

sistema jurídico; lisa y llanamente implicaría un cambio en la cultura legal argentina.

VI. Conclusiones

El constituyente histórico prefirió el jurado clásico, derivado del derecho anglosajón, por sobre el escabinado, aun cuando este último subtipo es una opción que no debe ser desestimada. No obstante ello, el mandato del constituyente no se vio reflejado en nuestro sistema jurídico, si bien, en estos últimos tiempos, parece resurgir el interés por su aprobación normativa en el ámbito provincial.

El juicio por jurados es una institución que puede favorecer la participación popular en la administración de justicia, ayudando a mejorar la percepción social de la misma, ejerciendo un efecto educativo en la comunidad, a cuyo efecto pueden resultar muy útiles los medios masivos de comunicación social, permitiendo aflojar las tensiones generadas en el seno de la sociedad, poniendo al debate oral en el centro de la escena. Ello implica, sin embargo, un cambio cultural y, si se lo quiere implementar exitosamente, exige un control permanente sobre las prácticas, debido a que esta institución, por sí sola no resolverá todos los problemas que presenta nuestro Poder Judicial. En rigor, debiera preverse una reforma integral, que contemple un sistema acusatorio, adversarial, oral y público, sobre todo teniendo en cuenta que, según enseña la experiencia comparada (y, en nuestro ámbito, la figura del juicio abreviado), el jurado será aplicado en un reducido número de casos; y, en principio, no parece que sea utilizado en delitos que involucren a funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, esto es, en casos de corrupción, que, presumiblemente, sea uno de los mayores reclamos que surgen desde la sociedad hacia la judicatura.

Sentado ello, las provincias lo han previsto con distinto alcance (tipo de delitos a los que comprende, monto de pena previsto para los mismos, sistema anglosajón o escabinado), siendo Córdoba la que se encuentra más adelantada en cuanto a su implementación.

VII. Bibliografía

- Alliaud, Alejandra, "El juicio por jurados y las provincias. El caso de Buenos Ai-

res", p. 33, (www.infojus.gov.ar/_pdf_revistas/DERECHO_PENAL_A1_N3.pdf).

- Anitua, Gabriel Ignacio, "Justicia penal pública. Un estudio a partir del principio de publicidad de los juicios penales", 1ª ed., Bs. As., Editores Del Puerto, 2003.

- Ares, José Luis, "El juicio por jurados en materia criminal. Marco constitucional. Ventajas y desventajas del sistema", Revista de Jurisprudencia provincial (Bs. As., La Pampa, Neuquén, Río Negro), Año 6, n. 10, octubre de 1996.

- Ares, José Luis, "Juicio por jurados. Incompatibilidad constitucional del modelo anglosajón puro por la carencia de motivación del veredicto", Pensamiento Penal del Sur, Año 2006/II, Fabián J. Di Plácido Editor.

- Binder, Alberto M., "La implementación de la nueva justicia penal adversarial", 1ª ed., Bs. As., Ad-Hoc, 2012.

- Binder, Alberto M., "Crítica a la justicia profesional", pp. 65/66, (www.infojus.gov.ar/_pdf_revistas/DERECHO_PENAL_A1_N3.pdf).

- Castelli, Anselmo, "Juicio por jurados", (www.infojus.gov.ar/_pdf_revistas/DERECHO_PENAL_A1_N3.pdf).

- Cavallero, Ricardo J. — Hendler, Edmundo S., "Justicia y participación. El juicio por jurados en materia penal", Editorial Universidad, Bs. As., 1988.

- Chiara Díaz, Carlos A., "Apostillas sobre el juicio por jurados", p. 86, (www.infojus.gov.ar/_pdf_revistas/DERECHO_PENAL_A1_N3.pdf).

- Deane, Matías M., "Algunas consideraciones sobre el proyecto de juicio por jurados en la Provincia de Buenos Aires", Revista de Derecho Penal y Criminología, Año III, n. 9, octubre de 2013, Ed. La Ley.

- Falcón, Enrique M., "El juicio por jurados", Revista de derecho procesal: medidas cautelares, Año 1998, n. 1, Bs. As., Rubinzal-Culzoni.

- Fleming, Abel - López Viñals, Pablo, "Garantías del imputado", 1ª ed., 1ª reimp., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2008.

- Gelli, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada", tomo II, 4ª ed., Bs. As., La Ley, 2008.- Gómez, Claudio D., "El juicio por jurados en la provincia de Córdoba. Su constitucionalidad a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia", LLC, 2006-1007.
- González, Joaquín V., "Manual de la Constitución Argentina (1853-1860)", actualizado por Humberto Quiroga Lavié, Bs. As., La Ley, 2001.
- Gualda, Raúl Alejandro, "Juicio por jurados. Fundamentación y motivación de la sentencia", Pensamiento penal y criminológico. Revista de derecho penal integrado, año V, n. 9, 2004.
- Harfuch, Andrés (coord.), "El juicio por jurados como participación popular en el proceso penal", "Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal", año VIII, n. 14, 2002.
- Harfuch, Andrés, "Inmotivación, secreto y recurso amplio en el juicio por jurados clásico" (www.infojus.gov.ar/_pdf_revistas/DERECHO_PENAL_A1_N3.pdf).
- Hendler, Edmundo S., "El juicio por jurados. Significados, genealogías, incógnitas", 1ª ed., Bs. As., Del Puerto, 2006.
- Hendler, E. S. (comp.), "Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado", 1ª ed., 1ª reimp., Bs. As., Editores Del Puerto, 2004.
- Hendler, Edmundo Samuel, "El significado garantizador del juicio por jurados", en: AA.VV., "Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier", 1ª ed., Bs. As., Del Puerto, 2005.
- Hendler, Edmundo S., "Oralidad y sistema acusatorio: Perspectiva comparada de los sistemas de enjuiciamiento penal", incluido en "Memoria del simposio: "La oralidad en el proceso penal como derecho humano", México, ITESM, 2011.
- Herbel, Gustavo A., "El derecho del imputado a revisar su condena" (Dogmática del recurso y garantías fundamentales), tesis doctoral inédita presentada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, de la Universidad de Buenos Aires, p. 21 y sigtes.
- Heredia, José Raúl, "Lectura constitucional del proceso penal", 1ª ed., Córdoba, Ediciones del Copista, 2010.
- Jauchen, Eduardo, "Tratado de Derecho Procesal Penal", tomo I, 1ª ed., 1ª reimp., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2013.
- Lariguat, Guillermo, "El debate sobre el Juicio por Jurados en el Fuero Penal de Córdoba y el problema de la fundamentación lógica y legal de las sentencias", Pensamiento Penal y Criminológico, Revista de derecho penal integrado, año V, n. 9, 2004, Ed. Mediterránea.
- Maier, Julio B. J., "Derecho Procesal Penal", tomo I, Editores Del Puerto, 1996.
- Maier, Julio B. J., ¿Democratización del Poder Judicial?, Contextos, Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, n. 6, 2013.
- Puccinelli, Oscar R., "Poder judicial y participación popular. El juicio por jurados desde una perspectiva constitucional comparatista", Revista Iberoamericana de Derecho Constitucional", Año 1, n. 1, 2003, Bs. As., Ad-Hoc.
- Tedesco, Ignacio F., "El acusado en el ritual judicial. Ficción e imagen cultural", 1ª ed., Bs. As., Del Puerto, 2007.
- Thomas, Cheryl, "Cuando se desenmascaran los mitos del jurado", Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, año 12, n. 1, octubre de 2011, p. 190.
- Tupa, Fernando, "Juicio por jurados y 'jury nullification'. El guardián de la democracia: Reflexiones sobre este instituto y su posible vinculación con el derecho argentino", Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, N. 14.
- Zampini, Virgilio, "Chubut Siglo XIX: Una década del juicio por jurados", Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal n. 14.

.....

HOMICIDIO EN OCASIÓN DE ROBO

Estrangulamiento de la víctima. Sentencia condenatoria. Conducción del automóvil que trasladó a los perpetradores. Robo en poblado y en banda.

***Hechos:** Un grupo de individuos ingresaron a una casa y, mediante amenazas, golpes de puño y maniobras estrangulatorias, redujeron a los moradores con el objeto de apoderarse ilegítimamente de una cadena de oro y un reloj. Como consecuencia de las agresiones sufridas, una de las víctimas falleció por un paro cardio-respiratorio. La sentencia condenó a dos de los intervinientes por el delito de homicidio en ocasión de robo. El Tribunal de casación reafirmó el hecho respecto de uno de ellos, como*

constitutivo del delito de robo agravado por su comisión en poblado y en banda.

1. — El imputado debe ser condenado por el delito de homicidio en ocasión de robo, pues asumió y desempeñó una función determinante en el desarrollo del hecho si, mientras su cómplice estrangulaba a una de las víctimas, él neutralizó a la otra, con lo cual aseguró que estuviera impedida de exteriorizar alguna voz de auxilio o socorro que pudiera trancar el ilícito.
2. — Quien condujo el automóvil que trasladó a los perpetradores de un desapoderamiento hasta el inmueble donde este se ejecutó debe ser condenado como coautor del delito de robo cometido en poblado y en banda, pues fue cotitular de la decisión común al hecho y se

La incorporación por lectura al juicio de testimonios prestados durante la instrucción

POR ERNESTO JOSÉ CANO

Sumario: I. Introducción. — II. El fallo. — III. El art. 391 del Código Procesal Penal de la Nación. Regla general. Doctrina procesal argentina al respecto. — IV. Análisis del artículo 366 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. — V. Las tesis restrictiva y amplia en torno a la incorporación por lectura al debate oral de testimonios prestados durante la instrucción: los fallos “Abasto” y “Novoa”. La solución adoptada por la C.S.J.N.: el fallo “Benítez”. — VI. Conclusiones.

I. Introducción

El presente fallo pertenece al Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires -Sala Quinta-; cabe aclarar que de los diversos e importantes puntos tratados en el pronunciamiento sólo me referiré en particular al tema de la incorporación por lectura al debate oral de una pieza de la investigación penal -primordialmente testimonios escritos prestados durante la instrucción-, la cual

no menoscaba el debido proceso ni el derecho de defensa, si la parte conocía de antemano el contenido de la misma. En este tópico parecen confluir distintas cuestiones no sólo de índole procesal penal, sino también constitucional.

En el caso concreto, la Sala V del Tribunal de Casación Penal bonaerense, integrada por los Dres. Martín Manuel Ordoqui y Jorge Hugo Celesia, resolvió rechazar el recurso de casación deducido por la defensa de V.Y. y hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto a favor de F.D.M. Se deja aclarado que, en lo que es aquí objeto de estudio, ninguna de las quejas planteadas por los abogados defensores prosperaron.

Para describir detalladamente este estudio, realizaré una reseña del fallo, posteriormente, luego de analizar los artículos 391 del Código Procesal Penal de la Nación y 366 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, reseñaré las tesis restrictiva y amplia sobre esta materia con los fallos “Abasto” y “Novoa” y la decisión adoptada por nuestro máximo tribunal en el precedente “Benítez”, apuntando finalmente breves consideraciones a modo de conclusión.

II. El fallo

Las actuaciones se iniciaron con la sentencia dictada por unanimidad, con fecha 19 de noviembre de 2012, por el Tribunal en lo Criminal N° 9 del Departamento Judicial Lomas de Zamora en cuanto resolvió condenar a F.D.M. y a V.Y. a la pena

comprometió a la prestación de un aporte de carácter esencial para el éxito de la empresa criminal.

3. — El homicidio cometido en ocasión de robo no puede ser endilgado a quien condujo el automóvil que trasladó a los perpetradores hasta lugar de ejecución del hecho, pues su aporte se limitó a intervenir en un desapoderamiento sin armas y, al no haber ingresado a la vivienda donde se desarrolló, no puede responsabi-

lizárselo por las conductas cometidas allí dentro y no acordadas previamente (del voto del Dr. Celesia).

TCasación Penal, Buenos Aires, sala V, 05/12/2013. - Y., V. y M., F. D. s/ recurso de casación.

[Cita on line: AR/JUR/92390/2013]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, en laleyonline.com.ar o en Preview]

de dieciséis años de prisión, accesorias legales y costas, por resultar coautores penalmente responsables del delito de homicidio en ocasión de robo, hecho ocurrido el día 05 de junio de 2008 en la Localidad de Valentín Alsina, Partido de Lanús, Provincia de Buenos Aires. Contra dicho decisorio los abogados defensores de VY., Dres. Leonardo Mariano Churin y Omar Luis Daher, y el letrado defensor de F.D.M., Dr. Roberto Marcelo Calvo, interpusieron los respectivos recursos de casación.

El planteo de los abogados de VY. que motiva la vía casatoria manifiesta, en lo que aquí es propósito de examen, que la resolución del Tribunal que autorizó la incorporación por lectura -pese a la oposición expresa de la defensa- de testimonios recibidos durante la instrucción (se refiere en particular al del señor H.E.G.) resulta violatoria de los principios de oralidad, inmediatez y contradicción, del debido proceso legal y del derecho de defensa en juicio, sumando que la sentencia incluye reconocimientos inexistentes en franca violación al derecho de defensa. Agregan que el sentenciante valoró prueba que no conformaba el plexo fáctico por no haber sido incorporada como tal de acuerdo a las previsiones del artículo 366 del C.P.P. de la Provincia de Buenos Aires. Por su parte, el representante de F.D.M. sintetiza el objeto de su recurso agravándose de la condena impuesta por varios motivos, de los cuales sólo expresaré los que en el presente son tema de análisis. Ellos son los siguientes: haber el Tribunal fallado incorporando testimonios por lectura a pesar de la oposición expresa de la defensa violando el debido proceso legal y el derecho de defensa en juicio del sometido a proceso (art. 18 de la Constitución Nacional), refiriéndose al testimonio de H.E.G. que, a su entender, deberá ser declarado nulo. Añade que la condena se basa en reconocimientos incorporados por lectura a pesar de la oposición

de la defensa por violarse el debido proceso legal y el derecho de defensa en juicio.

Posteriormente, con fecha 5 de diciembre de 2013 la Sala Quinta del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, al tratar el recurso presentado en favor de la imputada VY., expresó, en lo que aquí nos atañe, que el planteo de la defensa no podría tener acogida ya que el hecho de que el artículo 366 del C.P.P. de la Provincia de Buenos Aires se encarga de enumerar determinadas excepciones al principio que establece en el primer párrafo siendo una de ellas la posibilidad de incorporar por su lectura "la declaración de quien al momento de llevarse a cabo la audiencia (...) se encontrare ausente sin poderse determinar su paradero a condición de que tal circunstancia sea comprobada fehacientemente" -art. 366, párrafo cuarto, del C.P.P.- agregando que esa excepción fue la que se configuró en el caso. Profundizando el examen de esta cuestión enuncia el precedente "Benítez" de la C.S.J.N. en el que se estableció que lo que se debe garantizar al utilizar las declaraciones incorporadas por lectura como prueba es que se respete el derecho de defensa del acusado, exigiendo que éste haya tenido una oportunidad adecuada y apropiada para desafiar y cuestionar a un testigo o cualquiera que hubiera hecho declaraciones en su contra. Agrega que la defensa tuvo durante la instrucción la efectiva posibilidad de controlar el testimonio cuya incorporación por su lectura se pretende luego en el debate, manifestando que la misma pudo repreguntar -en relación con la declaración de H.E.G.-. En relación con el reconocimiento que éste efectuara a fs. 213/214 del principal, manifiesta que si no concurrió el testigo al debate no es posible incorporar por lectura el reconocimiento que efectuara durante la instrucción aun cuando la defensa haya podido controlar el acto, ello de conformidad con lo dispuesto por el art. 366, párrafo

cuarto, del C.P.P. de la Provincia de Buenos Aires. De todos modos se sostiene que subsisten otros elementos -introducidos regular y legalmente al plenario- que fueron correctamente ponderados por el Tribunal de mérito y que dan suficiente respaldo a la condena impuesta, toda vez que, prescindiendo totalmente de aquellas piezas controvertidas y hasta desechando cualquier valor que pudieran ostentar como indicios de cargo, la prueba de cargo que afirma la participación de Y. en el ilícito imputado queda intacta. Atento a lo dicho se aplica igual criterio al postulado por el Procurador Fiscal en su dictamen de causa "A. 935. XLI", caratulada "Alfonso, David Abraham s/causa N° 4558", dejando aclarado que en el presente la revisión no se circunscribe al supuesto de arbitrariedad de sentencias, sino al examen propio de un recurso que tiene como fin el aseguramiento de las garantías contempladas en los arts. 8, inc. 2º, ap. "h", de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14, inc. 5º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (del voto del Dr. Martín Manuel Ordoqui).

Luego al tratar el recurso presentado en favor del imputado F.D.M., exteriorizó, en relación con lo que es tema de investigación, que ninguna de las quejas de la defensa merecen prosperar, pues no estamos ante uno de los supuestos que se encuentran eximidos de reclamo o de protesta alegando que la defensa no lo alega ni mucho menos se esfuerza en demostrarlo ni tampoco se verifica de oficio. Asimismo sostiene que no es posible constatar que sea cierto lo alegado, desde que en el acta no se consignó el motivo de su oposición, lo que demuestra que el interesado no se preocupó en solicitarle al Tribunal que transcriba dicha constancia o, en el peor de los casos, tendría que haber efectuado -por lo menos- alguna objeción al momento de rubricarla para brindarle al Tribunal algún motivo para sospechar que sus alegaciones son verosímiles. Además es claro que si la pieza estaba incorporada por su lectura no se menoscaba el debido proceso legal ni el derecho de defensa, porque la parte ya conocía el contenido de la misma y, con ello, era de esperar que en algún momento le fuera exhibida al deponente por la simple razón de que aparecía su nombre y supuestamente también su firma. Pero también debe tenerse presente que la exhibición de prueba documental cuya incorporación fuera decidida anteriormente, no afecta el derecho de defensa ni condiciona la oralidad en la medida

en que existieron posibilidades de controlar, discutir y contradecir la información que surge del elemento introducido (del voto del Dr. Martín Manuel Ordoqui).

De esta manera y como mencionara *ut supra*, la Sala V del Tribunal de Casación Penal bonaerense resolvió rechazar el recurso de casación deducido por la defensa de VY. y hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto a favor de F.D.M.. Puntualizó que, en relación con lo que es aquí tema de examen, ninguna de las quejas planteadas por los abogados defensores tuvo acogida.

III. El art. 391 del Código Procesal Penal de la Nación. Regla general. Doctrina procesal argentina al respecto

Una de las cuestiones que más interrogantes ha dado en torno a la valoración de la prueba en la etapa del juicio oral es aquella que involucra la posibilidad o no de incorporar por lectura las declaraciones testimoniales producidas en la etapa de instrucción, cuando por alguna razón dicho testimonio no pueda ser reproducido en la audiencia pública de debate, ya que dicha posibilidad contraría los principios de publicidad, oralidad, contradicción e inmediatez que deben regir dicha etapa del proceso penal. La mayor parte de la doctrina coincide en la inmediatez se trata del directo contacto del juez, las partes y defensores con el imputado y los órganos de prueba, es decir, con los portadores de los elementos que van a dar base a la sentencia. (1)

El artículo 391 del Código Procesal Penal de la Nación establece que "Las declaraciones testimoniales no podrán ser suplidas, bajo pena de nulidad, por la lectura de las recibidas durante la instrucción, salvo en los siguientes casos y siempre que se hayan observado las formalidades de la instrucción: 1) Cuando el ministerio fiscal y las partes hubieran prestado su conformidad o la presten cuando no comparezca el testigo cuya citación se ordenó. 2) Cuando se trate de demostrar contradicciones o variaciones entre ellas y las prestadas en el debate, o fuere necesario ayudar a la memoria del testigo. 3) Cuando el testigo hubiere fallecido, estuviere ausente del país, se

(1) CAFFERATA NORES, José Ignacio, "Introducción al estudio del Derecho Procesal Penal", Marcos Lerner, Córdoba, 1994, p. 203.

ignorare su residencia o se hallare inhabilitado por cualquier causa para declarar. 4) Cuando el testigo hubiere declarado por medio de exhorto o informe, siempre que se hubiese ofrecido su testimonio de conformidad a lo dispuesto en los artículos 357 ó 386". Esta norma es de suma utilidad en el presente pues su redacción es análoga al art. 366 del C.P.P. de la Provincia de Buenos Aires en cuanto a la problemática que allí se provoca, sobre la base de garantías de raigambre superior.

La regla general establecida por el art. 391 del Código Procesal Penal de la Nación es que el testigo debe siempre declarar oralmente en la audiencia. De la lectura del articulado surge claramente que la incorporación por lectura de un testimonio prestado durante la instrucción resulta de naturaleza, en principio, excepcional. Las excepciones contenidas en la norma deben ser interpretadas restrictivamente, y sin duda, cuando sea de absoluta necesidad, que justifique que se prescindiera de la oralidad.

Así puedo aseverar que los casos de introducción por lectura cuando existe el consentimiento de las partes o se trate de demostrar contradicciones entre dos declaraciones del mismo testigo no presentan mayores problemas, dado que se los considera como casos de excepción razonable al principio de oralidad. El primero, porque es una decisión del imputado que implica el ejercicio de un derecho disponible. El segundo, porque tiende a la evaluación de la credibilidad del testigo. Sin embargo, los restantes, es decir, aquellos en que los testigos no pueden presentarse a prestar declaración en el debate por las distintas razones que la norma cita, se constituyen como los realmente problemáticos, si se los analiza a la luz del derecho a ejercer un control efectivo sobre la prueba de cargo, que asiste a todo imputado de un delito de acuerdo a lo establecido por el artículo 18 de la Constitución Nacional y los Pactos Internacionales que rigen este aspecto. Así la cuestión guarda íntimo correlato con la facultad de grado constitucional que al imputado se asigna expresamente de "interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo" (art. 14, párrafo 3º, inc. "e", Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Es este derecho, el que Luigi Ferrajoli plasmó en la máxima denominada "*nulla probatio sine defensione*", según

la cual la principal condición epistemológica de la prueba radica en "la refutabilidad de la hipótesis acusatoria experimentada por el poder de refutarla de la contraparte interesada, de modo que no es atendible ninguna prueba sin que se hayan activado infructuosamente todas las posibles refutaciones y contrapruebas. La defensa, que tendencialmente no tiene espacio en el proceso inquisitivo, es el más importante instrumento de impulso y control del método de prueba acusatorio, consistente precisamente en el contradictorio entre hipótesis de acusación y de defensa y las pruebas y contrapruebas correspondientes". (2)

Concuerdo con Navarro y Daray, en cuanto sostienen que "siempre que se hayan observado las formalidades de la instrucción, parece plenamente razonable y, por tanto, válida, la incorporación por lectura al debate de prueba testimonial de imposible colección durante él, producida en aquella etapa sin control de la parte interesada y su valoración en la sentencia. Así será en tanto se den las exclusivas hipótesis que lo autorizan (...) pues en caso contrario esa incorporación será impertinente y violatoria de la Constitución Nacional (...) Cuesta creer, de otro lado, que todas las legislaturas del país hayan siempre optado irrazonablemente por introducir normas semejantes a la comentada en el orden nacional, aun en los códigos procesales más noveles y modernos (...). Y que aun así suceda en la legislación comparada". (3) Al respecto, como bien señala Gimeno Sendra "se podrá formar la convicción del juzgador no ya por las declaraciones testificales vertidas en el juicio oral, sino a través de la lectura de los testimonios prestados durante la instrucción -art. 730, LE-Crim.- como un sustitutivo de la prueba testifical. El reemplazo (...) sólo se admite cuando aquéllas no pueden practicarse (...); se trata de los casos en que el testigo haya fallecido (...) o se encuentre en el extranjero (...) no siendo factible lograr su comparecencia (...) o bien cuando se encuentra en ignorado paradero, habiendo resultado infructuosas las diligencias

(2) FERRAJOLI, Luigi, "Derecho y Razón", Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 613.

(3) NAVARRO, Guillermo Rafael- DARAY, Roberto Raúl, "Código Procesal Penal de la Nación- Análisis doctrinal y jurisprudencial", T. III- Artículos 354/539. Juicios. Recursos, Hammurabi, Buenos Aires, 4ª edición Actualizada y Ampliada, 2010, pp. 139-140.

practicadas para su citación en forma legal y fallidas las gestiones". (4)

En la doctrina procesal argentina se ha admitido, sin mayores discusiones, la legalidad de los testimonios de personas fallecidas, o de ausentes del país, o de residencia desconocida, o inhabilitados por cualquier causa para declarar", siempre que al obtenerlos se hubieran observado las normas de la instrucción (art. 391, inc. 3º del C.P.P.N.). (5) Para algunos la excepción a la oralidad que consagra el art. 391, inc. 3º del C.P.P.N. es directamente inconstitucional porque coarta el derecho del imputado a contradecir a los testigos de cargo. (6) Para otros, sin ir tan lejos, la excepción sólo funciona si la incomparecencia del testigo se produce por una razón de fuerza mayor insuperable -por ejemplo, la muerte-, pero no si esa incomparecencia resultaba previsible a los órganos de la investigación, en cuyo caso debieron arbitrar los medios para asegurar la efectiva posibilidad del contradictorio. Pero si el testimonio introducido por lectura es decisivo, haya o no caso fortuito o fuerza mayor, la sentencia condenatoria no podrá fundarse válidamente en esa prueba que la defensa no ha podido controlar. (7) Los tribunales,

(4) GIMENO SENDRA, Vicente, "Lecciones de Derecho Procesal Penal", 2ª edición, Colex, Madrid, 2003, p. 390.

(5) VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, "Derecho Procesal Penal", Lerner, Córdoba, 3ª ed., 1986, T. II, p. 188; CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., "Derecho Procesal Penal", Lerner, Córdoba, 1986, T. III, & 802, p. 188, aunque reconociendo que este supuesto "es un caso discutible cuando el testimonio no fue recibido con el control de las partes, lo que impone una rigurosa apreciación sobre su credibilidad"; NÚÑEZ, Ricardo C., "Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba", Lerner, Córdoba 2ª Edición, 1986, p. 358; TORRES BAS, Raúl E., "Código Procesal Penal de la Nación", Lerner, Córdoba, 1997, T. III, p. 142.

(6) La sostiene sin vueltas ALMEYRA, Miguel Ángel, "Regulación constitucional de la prueba de testigos. La cláusula de la confrontación", La Ley, 2002-D, 35.E; en tanto NAMER, Sabrina, "Abasto versus Novoa: dos posturas encontradas sobre la posibilidad de incorporar al debate por lectura y sin el consentimiento de las partes, declaraciones testimoniales prestadas durante la instrucción", La Ley, 2000-F, 910, reputa inconstitucional la interpretación que hace el fallo que anota la excepción, al justificar la lectura en la búsqueda de la verdad real.

(7) CAFFERATA NORES, José Ignacio, "Proceso penal y Derechos Humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2000, pp. 155 y 156; el mismo autor, sobre lo que debe considerarse "previsible", "Lectura de testimonios en el jui-

por su parte, han mostrado distintos criterios para resolver el conflicto. En alguna ocasión se declaró la inconstitucionalidad del inciso 3º del art. 391 del C.P.P.N. (8) En otras, en cambio, se sostuvo la nulidad de la incorporación por lectura de los testimonios en los cuales se fundó la condena, si no hubo posibilidad efectiva de interrogar a los testigos. (9) Pero en otros pronunciamientos se aceptó, en función del principio de la verdad real, la procedencia de la excepción del inciso 3º. (10) Así se dijo que la lectura es válida si el Tribunal agotó infructuosamente las medidas necesarias para dar con el paradero (11) y que las excepciones consagradas por la ley a la oralidad constituyen una razonable reglamentación de la garantía consagrada en las convenciones internacionales. (12) Asimismo, menciono un pronunciamiento relevante de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, en donde se resolvió que si la defensa prestó conformidad con la incorporación por lectura de ciertos testimonios, no puede

cio por razones de emergencia no previsible", Pensamiento penal y criminológico, Editorial Mediterránea, Año IV-7-2003-442; CAFFERATA NORES, José Ignacio- TARDITTI, Aída, "Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba", Editorial Mediterránea, Córdoba, 2003, T. II, p. 220 y sgtes. También con carácter excepcionalísimo, propiciando un cambio de concepción y cultural de los operadores jurídicos para la "correcta intelección" de las normas que configuran excepciones a la oralidad, parece aceptarla Arocena, Gustavo A., "La oralidad en el debate", en Temas de Derecho Procesal Penal, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2001, p. 234 y sgtes.

(8) Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 23, Causa "Cristián Darío Alfonso, 22/05/1997", citado por ALMEYRA, op. cit., p. 39, nota 13.

(9) CNCasación Penal, Sala I, 11/02/2000, "Abasto, Héctor J.", La Ley, 2001-B, 358, con nota a favor de ORGEIRA, José María, "Control de la prueba testimonial en la etapa sumarial. Más sobre "Abasto versus Novoa". También la misma Sala I, 21/03/2002, "Reyna, Jorge F", La Ley, 2002-F, 12 y 29/11/2002, "Marrón, Martín I. y otro", La Ley, 2003-E, 92; el mismo Tribunal, Sala III, 08/05/2003, GIL SISNIEGAS, Antonio S., La Ley, 2003-F, 811.

(10) CNCasación Penal, Sala III, 10/08/2000, "Novoa, Jorge A. y otro", La Ley, 2000-F, 910. También Superior Tribunal de Justicia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, 20/04/2005, "Romero, Paulo L.", LL Patagonia, 2005-1156.

(11) CNCasación Penal, Sala II, 29/05/2003, "Malatine, Héctor Raúl", La Ley, 2003-F, 833; Suprema Corte de Mendoza, "Fiscal c. O.Z., M. y otro", 26/08/2004, LL Gran Cuyo, 2004-97.

(12) Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, Sala II, 14/06/2005, "J. M. R. y otro", 14/06/2005, LLBA, 2006-204.

luego agravarse por ésta desde que ello resulta contrario a la teoría de los actos propios. (13)

Vale adicionar aquí que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado válidos la prueba testimonial incorporada por lectura y el consentimiento dado a tal fin, al asumir que es posible la renuncia a derechos reconocidos por la Convención, en tanto no existan dudas acerca de su prestación (caso “Barberá y otros”, del 22/06/83). Parece coincidir en ello la Corte Suprema, al rechazar, con ulterioridad a la doctrina del caso “Benítez”, la apelación extraordinaria que, con adhesión del Procurador General, se introdujo respecto de la condena recaída en un juicio en el que toda la prueba testimonial había sido objeto de incorporación por lectura en razón de la incomparecencia de los testigos -que sólo habían declarado en sede de la prevención-, mediando conformidad de la defensa oficial (por mayoría, caso “Barbone”, CS- Fallos, 331:525). (14)

IV. Análisis del artículo 366 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires

En el artículo 366 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires se estableció que las actuaciones de la investigación penal preparatoria no pueden ser usadas durante el juicio para fundamentar condena, prohibiendo su incorporación por lectura, salvo algunas excepciones. Así dicho artículo textualmente dispone: “Lectura: Las actuaciones de la investigación penal preparatoria no podrán ser utilizadas para fundar la condena del imputado. Como excepción se podrán incorporar por su lectura: 1) La declaración del imputado prestada en la investigación penal preparatoria, conforme las reglas que la tutelan. 2) La declaración de quien, al momento de llevarse a cabo la audiencia, hubiese fallecido, se hallare inhabilitado por cualquier causa para declarar o se encontrare ausente sin poderse determinar su paradero a condición de que tal circunstancia sea comprobada fehacientemente. 3) Las declaraciones de los imputados rebeldes o condenados como partícipes del hecho punible

objeto del debate. 4) La denuncia, la prueba documental o de informes y las actas de inspección, registro domiciliario, requisas personal, secuestro y los reconocimientos a que el testigo aludiere en su declaración durante el debate, al solo efecto de verificar sus contradicciones, incongruencias u omisiones, sin que pueda suplirse la versión oral por la documentada. 5) Las declaraciones o dictámenes producidos por medio de comisión, exhorto o informe, siempre que se hayan respetado las reglas del artículo 241 y se estimare innecesaria su reproducción en la audiencia. 6) Las actas de anticipos extraordinarios de prueba, sin perjuicio de que las partes o el Tribunal exijan la comparecencia personal del declarante, cuando sea posible. 7) Cualquier otro acto o acta del proceso cuando la totalidad de las partes presten conformidad en la audiencia preliminar o lo consientan en la del debate, subordinado a la aquiescencia del Juez o Tribunal”.

Analizando esta norma se observa que no hay ninguna dificultad para contar en el juicio con la declaración del o los imputados, ni con el testimonio del que luego hubiera fallecido, estuviera inhabilitado o estuviere ausente, ni tampoco con lo declarado por el o los coprocesados rebeldes o ya condenados (incisos 1 a 3 del artículo citado). Diferente es el caso del inciso 4º, que puede llevar a confusión cuando admite que pruebas documentales de la investigación penal preparatoria se usen para “verificar” dichos testimonios rendidos en el juicio oral. Sin embargo, está claro, conforme a su carácter excepcional y la regla general prohibitiva puesta al comienzo del artículo en cuestión, que se trata no de una forma de incorporar algunas pruebas de la investigación, sino de utilizarlas. Así puedo referir que el inciso cuarto vino a regular la posibilidad de usar prueba documental de la investigación penal preparatoria que fuere contradictoria con los dichos del testigo, para confrontarlo durante la audiencia, pero no para “suplir la versión oral por la documentada”, como termina de aclarar al final. Además estos elementos sólo podrán utilizarse “al solo efecto de verificar” estas divergencias del testigo y en la medida en que durante su declaración “el testigo las aludiere”. Fuera de los supuestos de contradicción, incongruencia u omisión en la declaración del testigo, las diligencias e incorporaciones de prueba quedan supeditadas, por el inciso 6º del art. 366 del C.P.P., al complejo sistema de los anticipos extraordinarios de prueba, que conforme

(13) Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Sala Penal, “Fernández, Franco R.,” 04/04/2006. La Ley 30/08/2006. Jurisprudencia La Ley Online AR/JUR/2248/2006.

(14) NAVARRO, Guillermo Rafael- DARAY, Roberto Raúl, ob. cit., pp. 145/146.

al nuevo artículo 274 es sólo para testimonios de personas que por estar gravemente enfermas o afronten algún “obstáculo difícil de superar” (v.gr. hechos futuros que pudieran enfrentarlos a la muerte o afectación de sus facultades) sea de presumir que no podrán declarar durante el debate, ocasión en que el Juez de Garantías deberá realizar una audiencia similar al juicio oral. Se excepciona de la prohibición general del art. 366 también los medios probatorios con los que todas las partes hayan prestado su conformidad o para absolver, ya que la limitación del primer párrafo del artículo deja a salvo su uso para fundar la absolución. En cuanto a la conformidad de las partes la redacción tan amplia del inciso 7º dejaría abierta la posibilidad de que incluso testimonios íntegros (en la medida en que su soporte es un acta y tal como así lo entienden actualmente muchos Tribunales de la Provincia) se incorporen por su lectura, desnaturalizándose así de alguna forma el sentido del juicio oral y público.

V. Las tesis restrictiva y amplia en torno a la incorporación por lectura al debate oral de testimonios prestados durante la instrucción: los fallos “Abasto” y “Novoa”. La solución adoptada por la C.S.J.N.: el fallo “Benítez”

La jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal mostró fallos divididos en cuanto a la aceptación de la introducción por lectura de testimonios prestados en las etapas previas a la audiencia de debate. El argumento central tendiente al apoyo de las posturas antagónicas pareció referirse a si la prueba testimonial introducida por lectura se ha constituido en prueba dirimente, esto es, si fue la prueba principal sobre la que versó la condena.

Así mediante el fallo “Abasto, Héctor Juan s/Recurso de Casación”, de fecha 11/02/1999, la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, anuló la incorporación por lectura de las declaraciones testimoniales, debido a que entendía que las declaraciones de las víctimas habían tenido, en el caso, manifiesto carácter de prueba dirimente y por ello debía examinarse la validez del procedimiento de incorporación por lectura frente al artículo 8º, inciso 2º, letra “f” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y al artículo 14, inciso 3º, letra “e” del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que consagran, respectivamente, el derecho de interrogar o hacer interrogar a

los testigos presentes en la audiencia principal, y el de toda persona acusada de delito a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo. De esta forma, la incorporación de un testimonio en las condiciones autorizadas por la norma privaría al imputado del ejercicio de un derecho de jerarquía constitucional. (15)

Sin embargo, con el fallo “Novoa, Jorge Antonio y Otro s/Recurso de Casación, de fecha 10/08/2000, la Sala III de la Cámara de Casación, resolvió en sentido contrario, ya que sostuvo que los principios de inmediación, contradicción y oralidad que rigen la prueba en el debate encuentran su excepción, toda vez que el Tribunal, en las circunstancias previstas por la ley, tiene el deber de introducir en el debate y valorar todos los medios de verificación decisivos a su alcance, capaces de modificar las conclusiones del fallo, debiendo ordenar la realización de toda aquella prueba pertinente y útil para la solución del caso. Se agrega que esa exigencia deriva del principio de verdad real y su inobservancia equivaldría a la falta de consideración de un elemento de prueba esencial y decisivo para la solución del caso, que impediría que una sentencia pueda considerarse como un acto jurisdiccional válido.

Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, mediante el fallo “Benítez, Aníbal Leonel s/Lesiones Graves”, de fecha 12/12/2006, admitió que bajo ciertas condiciones, la lectura puede ser procedente, si se respeta el derecho de defensa del acusado. Según el Alto Tribunal las lecturas permitidas por la ley requieren, en todos los casos, que el acusado o su defensor hayan tenido oportunidad adecuada y apropiada para desafiar y cuestionar a un testigo o cualquiera que hubiera hecho declaraciones en su contra (considerando 14). Si la defensa tuvo oportunidad de control, los dichos del testigo pueden ingresar válidamente; de lo contrario, no. (16) Considero que este dictamen

(15) BINDA, Carlos en Almeyra, Miguel Ángel, Director-Báez, Julio César, Coordinador, “Código Procesal Penal de la Nación Comentado y Anotado”, Tomo III, La Ley, Buenos Aires, 2007-143/144.

(16) Como bien lo apunta CORVALÁN, Víctor R., “Valor de la prueba obtenida en la etapa instructoria”, La Ley, 1996-B, 405, lo importante no es que se haya ejercido efectivamente el derecho, “pero sí que se haya tenido posibilidad de hacerlo”. Agregamos que, conforme con el fallo “Benítez”, esa posibilidad debe ser adecuada, lo que significa que el interesado haya podido ejercitarla eficazmente. Así suce-

sienta un precedente sumamente tranquilizador, ya que afirma categóricamente que la base probatoria que se introduce al juicio sin control del imputado resulta ilegítima, máxime cuando la sentencia condenatoria se apoya fundamentalmente en pruebas dirimentes y no controladas o cuando se trata directamente de testigos “de cargo” (que la Corte define como aquellas declaraciones que fundan la acusación o una decisión judicial condenatoria). Posteriormente, este principio fue reafirmado por la Corte en autos “Patri, Héctor Luis”, de fecha 08/05/2007.

VI. Conclusiones

Para finalizar expreso mi total concordancia con lo resuelto por la Sala V del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, en cuanto resolvió, en lo que ha sido tema de análisis, rechazar los recursos de casación planteados por los abogados defensores.

Estimo oportuno remarcar que la regla general es que debe darse al acusado oportunidad adecuada e idónea para poner a prueba, confrontar e interrogar a un testigo de cargo, ya sea en el momento en que el testigo estuvo haciendo la declaración o en una etapa posterior, es decir, durante la investigación o en el juicio, y agregando que ese derecho tiene rango constitucional. Sin embargo las excepciones contempladas, tanto por el art. 391 del C.P.P.N. como por el art. 366 del C.P.P. bonaerense, no resultan arbitrarias ni contrarias a un derecho consagrado constitucionalmente. Y esto en virtud de que por los principios de verdad, de moral y de justicia que deben regir a toda sociedad civilizada, se justifica cabalmente la existencia

de en el caso del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata, 14/0971995, “G., H. M.”, La Ley, 1996-B, 402, comentado por el propio Corvalán, en el cual la defensa había tenido oportunidad de controvertir a un coimputado cargoso en ocasión de haberse realizado un reconocimiento de personas por el mismo coimputado, con citación a la defensa del otro. Esta actividad procesal, llevada a cabo con los recaudos propios de la prueba testimonial, podía ser incorporada legítimamente al debate, como bien lo señala el anotador.

de las normas referidas, permitiendo aventar todo interés que pudiera tener quien hubiese delinquirido en procurar la ausencia o cualquier forma de desaparición física de los testigos que le pudieran resultar desfavorables para así obtener un pronunciamiento absolutorio en el juicio.

Considero que las excepciones contenidas en el inc. 3º del art. 391 del C.P.P.N. y en el inc. 2º del art. 366 del C.P.P. de la Provincia de Buenos Aires, son una consecuencia directa del principio fundamental de la búsqueda de la verdad real o histórica que domina el procedimiento penal, y que impone a los tribunales de justicia el deber de incorporar al debate todo elemento de prueba que haya sido introducido legalmente al proceso y que sea susceptible de producir en el ánimo de los sujetos procesales un conocimiento cierto, o por lo menos probable acerca de los extremos fácticos de la imputación delictiva.

Aprecio como muy importante la decisión de la Sala V del Tribunal de Casación Penal bonaerense, en cuanto al reconocimiento del derecho del imputado a revisar, controlar y contradecir las pruebas en que se funda una acusación en su contra. Asimismo la resolución resulta compatible con la solución de la Corte Suprema en “Benítez”, donde nuestro máximo tribunal salva la constitucionalidad del inciso 3º y propone una interpretación compatible con los compromisos internacionales asumidos por la República Argentina, con relación al derecho que les asiste a las personas acusadas de haber cometido un delito.

A modo de cierre, estimo valioso este pronunciamiento de la Sala V del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, pues al haberse incorporado por su lectura al juicio los testimonios escritos prestados durante la instrucción no se ha menoscabado el debido proceso ni el derecho de defensa ya que las partes conocían de antemano el contenido de los mismos, por lo que resulta correcta y en conformidad con los principios constitucionales y con lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la solución adoptada. ♦

DERECHO EJECUCIÓN PENAL



La pena de prisión, de las sociedades disciplinarias a las sociedades de control

POR **MARÍA CECILIA TORO**

Sumario: I. Introducción. — II. Sociedades disciplinarias. — III. A modo de conclusión.

“Nunca las rejas son suficientes, jamás alcanzarán las penas, siempre serán poco los castigos; el grito se extiende, continúa, reaparece hoy en una esquina y mañana en otra, como si quisiera poblar con su desgarrada humanidad ese caos, esa tierra de nadie donde nosotros hemos decidido no estar”

Alberto Morlachetti

I. Introducción

La pena de prisión se nos presenta en el siglo XXI como un paradigma desfasado de época en cuanto a sus fines, al menos los proclamados en las legislaciones occidentales. Sabemos que tal instituto suele ser presentado como la consecuencia de un hecho jurídicamente delictivo, por tanto, pareciera que se trata de una ecuación también jurídicamente simple, pero ello no es así, pues se trata de algo mucho más complejo, tanto como lo son las relaciones sociales.

Para dimensionar la pena de prisión no puede ni debe perderse de vista el marco social, cultural, económico, político, en el que ella emerge o para ser más precisos, del que ella emerge, pues, sin duda y, como lo ha sostenido MUÑOZ CONDE, el sistema penal, más concretamente, la pena de prisión, es como la punta del iceberg donde lo que no se ve es lo que realmente importa. (1) En verdad, no es más que una muestra de la justificación que se pretende dar a una estructura institucionalizada de represión, y se constituye en el receptáculo de todo un entramado de control anterior, receptáculo que un importante sector de nuestras sociedades periféricas difícilmente podrá eludir. La prisión es, como lo afirma FOUCAULT,

“la imagen de la sociedad, una imagen transformada en amenaza”. (2)

Sabemos que la pena de prisión surgió en una primera instancia como una medida cautelar, es decir, como lo que actualmente se conoce como prisión precautoria o preventiva, no era ella pues un instituto en sí mismo, ésta se consagra como instituto autónomo, recién hacia el siglo XVIII, dentro del esquema de las instituciones totales. Ahora bien, es cierto que todas las instituciones de encierro del siglo XVIII (3) tenían por finalidad la marginación, por el contrario las del siglo XIX y de acuerdo al nuevo aparato productivo, tenían por finalidad la normalización y la fijación. Llegados al siglo XX, y ya refiriéndonos en concreto a la prisión, se ha dicho que ésta tenía por finalidad la “resocialización” -término que consideramos vacío de contenido y sobre el que no se ha podido encontrar una significación concreta- pero siempre en el marco de lo que FOUCAULT ha denominado como sociedad disciplinaria. Ya en los albores del siglo XXI, consideramos que ha habido, sin duda, un tránsito hacia una nueva forma de sociedad, el marco de contrariedades encontradas, que se unen y no se contraponen, con el que nos encontramos en este momento, es el de las sociedades de consumo, sociedades de economía financiera, en las que ya no se necesita la “normalización para la fijación” al aparato productivo sino que en contraste, tal sociedad se apoya en la exclusión, se nutre de ella; el control se ha atomizado, sin embargo no ha perdido rigurosidad, en cambio se ha intensificado. Se abre paso

(*) MORLACHETTI, A., Crónicas desangeladas, Bs. As. 2007.

(1) MUÑOZ CONDE, F.: Derecho penal y control social, Ed. Temis, Bogotá, 1998, p. 34.

(2) FOUCAULT, M.: La verdad y las formas jurídicas, Ed. Gedisa, México, 1983.

(3) La prisión, el psiquiátrico, la escuela, el hospital, el ejército.

así a lo que se ha denominado como “sociedades de control”. (4)

En el presente trabajo, abordaremos la pena de prisión dentro del contexto, o mejor dicho, como consecuencia del nuevo contexto de las sociedades de control, para lo que será necesario acercarnos al concepto primero de sociedad disciplinaria. Intentaremos indagar acerca de cuál es el fin que dicha pena cumple, en cualquier caso, será necesario primero desmitificar y luego prescindir del concepto de resocialización.

II. Sociedades disciplinarias

FOUCAULT sitúa el surgimiento de las sociedades disciplinarias entre los siglos XVIII y XIX, con el sistema panóptico como esencia sobre el cual se funda. En verdad, el panóptico es una forma de vigilancia, ideada por BENTHAM. Consistía en una estructura arquitectónica con forma de anillo y un patio al medio, el anillo se dividía en celdas cada una de las cuales daba al exterior y al interior, asimismo una torre central dominaba toda la escena, en dicha torre tan sólo un vigilante servía para controlarlo todo y lo hacía sin que nadie pudiera verlo. (5)

(4) DELEUZE va más allá de FOUCAULT y sostiene con acierto que hemos transitado hacia formas de control en medios abiertos, el control en las nuevas sociedades es difuso, no tiene límites espaciales ni temporales, así afirmó que “es posible que los más duros encierros lleguen a parecernos un pasado feliz y benévolo frente a las formas de control en medios abiertos que se avecinan”. El control es continuo, no tiene desfases, es total. Vid. al respecto: DELEUZE, G.- GUATTARI, F.: ¿Qué es la filosofía? Ed. Anagrama, Barcelona, 1993.

(5) “Una casa de penitenciaría... debería ser un edificio circular, o por mejor decir, dos edificios encajados uno en otro. Los cuartos de los presos formarían el edificio de la circunferencia con seis altos (seis pisos o niveles), y podemos figurarnos estos cuartos como unas celdillas abiertas por la parte interior. Una torre ocupa el centro, y esta es la habitación de los inspectores, la torre de inspección está también rodeada de una galería cubierta con una celosía transparente que permite al inspector registrar todas las celdillas sin que le vean, de manera que con una mirada ve la tercera parte de sus presos, pero aunque esté ausente, la opinión de su presencia es tan eficaz como su presencia misma. Entre la torre y las celdillas debe haber un espacio vacío, o un pozo circular, que quita a los presos todo medio de intentar algo contra los inspectores... El todo de este edificio es como una colmena, cuyas celdillas todas pueden verse desde un punto central” Vid. BENTHAM, J.: El panóptico, Ed. La Piqueta, Madrid, 1979; Vid. también:

Este diseño, para FOUCAULT, se trasladaba a la sociedad, como un sistema de vigilancia total, a través de las instituciones de encierro, cuya forma más perfecta se encontraba en la prisión, sin embargo, todas estas instituciones tenían por finalidad la normalización o la fijación en el aparato productivo que hacia el siglo XIX estaba en pleno crecimiento. Era necesario pues, adaptar a los individuos a esa nueva forma de ver y de hacer el mundo. A diferencia de lo que ocurría en el siglo XVIII, en el que el poder estaba estrechamente vinculado a la posesión de las tierras y era marcadamente estamental. (6)

Ya a fines del siglo XVIII y principios del XIX, por el contrario era necesario adiestrarlos, fijarlos, normalizarlos para el aprovechamiento de la productividad. El panóptico irrumpe entonces, cuando la burguesía llegó a ser la clase políticamente dominante, con un discurso que blandía la denominada “igualdad” de todos los miembros de aquel cuerpo social, con todo y como lo sostiene FOUCAULT “el desarrollo y la generalización de los dispositivos disciplinarios ha constituido la otra vertiente oscura, de estos procesos. Bajo la forma jurídica general que garantizaba un sistema de derechos en principio igualitarios había subyacentes mecanismos menudos, cotidianos y físicos, todos esos sistemas de micropoder esencialmente igualitarios y disimétricos que constituyen las disciplinas”. (7) La disciplina crea cuerpos dóciles, domesticados, adiestrados, útiles. TERÁN ha sostenido acertadamente que la disciplina es el conjunto de técnicas de control corporal que apuntan a una cuadrícula del espacio y del tiempo buscando, con la mayor economía, reducir la fuerza del cuerpo en tanto fuerza política y maximizarla como fuerza económica. De allí en más, un espacio analítico, celular y aun colmenar permitirá, dentro de una sociedad compleja y con-

MARÍ, E.E.: La problemática del castigo, el discurso de Foucault y Bentham, Ed. Hachette, 1998.

(6) Se le ha denominado como “Antiguo régimen”, caracterizado por un sistema centrado en minorías privilegiadas: la nobleza y el clero, con la agricultura como base de la economía. Marcadamente estamental, siendo el último de los estamentos la gran masa del campesinado la que finalmente mantenía económicamente al régimen mediante el pago de elevadísimas rentas. Empezaba empero a vislumbrarse, ya a fines del siglo XVIII una incipiente clase burguesa. Vid. al respecto: TOCQUEVILLE, A.: El antiguo régimen y la revolución, Ed. Alianza, Madrid, 2004.

(7) FOUCAULT, M.: La verdad... Op. cit., p. 91.

fusa, ubicar, clasificar y, por fin, vigilar y castigar. Es decir, la disciplina es una economía política del detalle que produce “individuos” y hace de esta producción individualizante, un método de dominación. (8)

Los nuevos sistemas de vigilancia social establecidos por el poder, la clase industrial y propietaria, se tomaron de los controles de origen popular o semipopular y se organizaron en una visión autoritaria y estatal. “Los individuos sobre los que se ejerce el poder pueden ser el lugar de donde se extrae el saber que ellos mismos forman y que será retranscrito y acumulado según la nueva forma; o bien pueden ser objeto de un poder que permitirá a su vez nuevas formas de vigilancia.” (9)

Correlativamente, hay en ese instante histórico una transformación de la concepción de la penalidad, del concepto de crimen y de criminalidad. Así, toda la penalidad del siglo XIX pasa a ser vigilancia, como lo afirma FOUCAULT no tanto sobre si lo que hacen los individuos está de acuerdo o no con la ley, sino más bien a nivel de lo que pueden hacer, son capaces de hacer, o están dispuestos a hacer. (10)

Es en ese mismo período en que cambia también radicalmente la visión del crimen y del criminal, el criminal es el enemigo social, el que se ha apartado y ha roto el pacto. Concepción que sin duda, ha sido clave en la historia punitiva de occidente. (11)

Emerge entonces la prisión, de una manera paradigmática, como el medio de vigilancia por excelencia. La prisión se impuso simplemente porque era la forma concentrada, ejemplar, simbólica, de todas estas instituciones de encierro creadas en el siglo XIX. De hecho, la prisión es isomorfa a todas estas instituciones. En el gran panoptismo social cuya función es precisamente la transformación de la vida de los hombres en fuerza productiva, la prisión cumple un papel mucho más simbólico y ejemplar que económico, penal o correctivo, así lo ha afirmado FOUCAULT: “he aquí lo que la sociedad es; vosotros no podéis criticarme puesto

que yo hago únicamente aquello que os hacen diariamente en la fábrica, en la escuela, etc. Yo soy pues, inocente, soy apenas una expresión de un consenso social”. Así, la prisión no se nos presenta en esta etapa como una ruptura con las otras instituciones de vigilancia, sino por el contrario como una continuidad de ella: “La mejor prueba de que vosotros no estáis en prisión es que yo existo como institución particular separada de las demás, destinada sólo a quienes cometieron una falta contra la ley”. (12) Quedaba de manifiesto de esta manera el ejercicio implacable del poder, en este caso, punitivo. (13)

1. Resocialización y sociedad disciplinaria

El modelo prisional, aquel que encumbra a la pena de prisión como el paradigma del sistema punitivo y de las instituciones de encierro, se concreta entonces en un momento cronológicamente sucesivo a su manifestación como lugar de práctica de exclusión. (14)

Nadie ha cuestionado, por otra parte, su coetaneidad con el surgimiento del capitalismo, y la necesidad de adiestramiento de la enorme masa improductiva como consecuencia de la revolución industrial. Así, FOUCAULT afirma con certeza: “El crecimiento de una economía capitalista ha exigido la modalidad específica del poder disciplinario, cuyas fórmulas generales, los procedimientos de sumisión de las fuerzas y de los cuerpos, ‘la anatomía política’ en una palabra, pueden ser puestos en acción a través de los regímenes políticos, de los aparatos o de las instituciones más diversas. Instituciones como la escuela, la familia, el hospital, la fábrica integran este universo en donde la disciplina y sus dispositivos cobran un particular

(12) FOUCAULT, M.: La verdad... Op. cit. p. 137.

(13) Es importante aquí, no perder de vista la concepción del poder foucaultiano como poder microfísico, como un entramado que no deja resquicios, es el poder que se ejerce sobre los cuerpos, sobre las acciones, sobre el tiempo, y el espacio, un poder que produce saber y que al mismo tiempo es individuante, la disciplina así, dirigida hacia lo micro que se transforma en un verdadero biopoder. Vid al respecto: FOUCAULT, M.: Microfísica del poder, Ed. La Piqueta, Madrid, 1979.

(14) PAVARINI, M.: Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. Ed. Siglo XXI, México, 1983, p. 98.

(8) TERÁN, O.: FOUCAULT: Discurso, poder y subjetivación, Bs. As, 1995, p. 25.

(9) FOUCAULT, M.: La verdad... Op. cit., p. 74.

(10) FOUCAULT, M.: La verdad... Op. cit. p. 42.

(11) FOUCAULT, M.: La verdad... Op. cit. p. 53.

sentido, pero (...) la prisión, es pieza esencial en el arsenal punitivo". (15)

La respuesta segregativa a las diversas formas de malestar social en el estado del capitalismo competitivo, responde adecuadamente a las necesidades disciplinarias y son las propias vinculadas a la fuerza-trabajo, es decir, la producción de trabajo como mercadería. Esta necesidad obliga a pensar en la práctica institucional como aquella en que, en los angostos espacios de la exclusión, sea posible educar coercitivamente a aquel factor de la producción que es el trabajo a la disciplina del capital. (16)

Ahora bien, a la vertiente económica de la necesidad de la "resocialización" de los penados, es decir, la adaptación mediante el encierro a las nuevas formas productivas (17), se incorporaría además la necesidad de la veta "tratamental" esgrimida por el positivismo criminológico (18), con la visión de quién había cometido un crimen como alguien física, social y psicológicamente defectuoso, a quién debía corregirse mediante el encierro, quién debía ser "corregido", "adaptado", "socializado".

Tal como lo ha sostenido DAROQUI, la prisión a sus comienzos, encerraba para retribuir a aquellos que habían violando el pacto en la sociedad de "iguales" que la Revolución francesa y la Ilustración pregonó, casi 50 años después tenía la oportunidad de presentarse con un fin útil: corregir. Esa voluntad propia del correccionalismo que transformó a las cárceles en laboratorios, a los delinquentes en enfermos, que patologizó el delito, que extendió su accionar más allá de los muros, que se inscribió como estrategia terapéutica para "gobernar la cuestión social", que sumó malvivientes, niños y ancianos abandonados, y se extendió más aún y llegó hasta aquellos que representaban una amenaza al orden social dominante, se constituyó en una "violencia pedagógica"

(15) FOUCAULT, M.: *Vigilar y castigar*, Ed. Siglo XXI, México, 1986.

(16) RUSCHE, G.; KIRCHHEIMER, O: *Pena y Estructura Social*. Ed. Temis, Bogotá, 1984, p. 65.

(17) La prisión, devolvería entonces "obreros útiles" a las nuevas sociedades burguesas, mediante el disciplinamiento en esos espacios cerrados llamados prisiones.

(18) Corriente representada por los italianos GARÓFALO, LOMBROSO Y FERRI.

con un corpus científico sostenido básicamente en el saber jurídico y en el saber psiquiátrico. El positivismo centrará su andamiaje conceptual y práctico en el campo de la peligrosidad social y ello si bien tendrá como referente al delincuente, ese espacio social será integrado por otros tantos "diferentes" sobre los que habrá de operar con un criterio de defensa social, y de esta forma garantizar la continuidad de un orden que los acepta en cuanto sujetos disciplinados y sometidos, sujetos-sujetados. Vigilancia y corrección desde la cárcel hacia la sociedad. Ni más ni menos que sociedad disciplinaria. (19)

Así, la finalidad resocializadora de la pena privativa de libertad fue afianzándose en el devenir de la historia punitiva, y dentro del contexto de lo que continuaban siendo sociedades disciplinarias. Ya en el siglo XX y luego de la Segunda Guerra Mundial, llegado el denominado "estado de bienestar" las legislaciones punitivas de occidente, le otorgarían a la pena privativa esa finalidad preventiva especial de carácter positivo, no limitada a intimidación individual (20) sino a resocializar, adaptar, devolver a quien ha delinquirido a la sociedad, a llevar "una vida sin delitos". (21) Lo que podía incluso constituirse en un anhelo en un Estado en el que se fomentaba la distribución de los bienes sociales de una manera equitativa.

Llegados a la década del noventa del siglo XX nos encontraríamos con lo que se constituyó en el punto cúlmine de lo que se ha denominado el triunfo de las políticas neoliberales, se propuso incluso un "fin de la historia", según palabras de FUKUYAMA. (22) Se implementaron políticas que se tradujeron en un "achicamiento del Estado", en un progresivo abandono y transformación de funciones que tradicionalmente éste cumplía. Fenómeno de característica mundial, que no

(19) DAROQUI, A.: *La cárcel del presente*. Su sentido como práctica de secuestro institucional, Bs. As. 2005.

(20) DE LA CUESTA ARZUMENDI, J. L.: "La resocialización: Objetivo de la intervención penitenciaria", en *Papers de estudis i formació*, País Vasco, 1993, p. 11.

(21) Con todo, tampoco aceptamos esta concepción de "resocialización", pues entendemos que resulta invasiva respecto del principio básico de la autodeterminación y elección de forma de vida de cualquier ser humano. Se trata de una concepción cosificante, mecanicista y arbitraria, cargada de una liviana moralidad.

(22) Vid. FUKUYAMA, F.: *El fin de la historia y del último hombre*, Ed. Davinci, Barcelona, 1992.

desapareció sino que se acrecentó llegado el fin del milenio. Hemos sido testigos y protagonistas del paulatino deterioro de la calidad de vida (y, particularmente en Argentina, de una de las peores crisis de nuestra historia). Ya en el año 1989 ZAFFARONI, en su libro *En Busca de las Penas Perdidas*, nos brindaba una visión apocalíptica del tema. Él nos decía: “De no modificarse y revertirse la actual tendencia, en el año 2000 estaremos fuera de toda competencia internacional, con una población joven considerablemente deteriorada por efecto de carencias alimentarias y sanitarias elementales y con deficiente educación, con notoria marginación urbana en términos de pobreza, con una alta reducción de la clase obrera”. (23)

Situación fáctica reflejada en los porcentajes de prisionizados que no poseían educación básica, o que carecían de empleo estable al momento de ingresar al engranaje penitenciario. (24) (25)

Sin embargo, ya en los ocasos del siglo XX, los ordenamientos en la materia continuaban sosteniendo la finalidad “resocializadora” de la pena privativa, con la utilización de mecanismos “tratamentales”. Con todo, ¿hasta qué punto la dignidad humana no se ve lesionada cuando al sujeto se lo somete a un “tratamiento de educación obligatorio” o a una “reformación” reemplazo o reformulación de sus valores éticos, morales, culturales? Con razón NEUMAN nos dice “que ninguna duda quede: no es posible readaptar a nadie, ni a un solo recluso en recintos lóbregos donde no se puede educar para la libertad, ni se puede privar de libertad haciendo del preso parte del encfrado o poco menos. Es un ser humano y los seres humanos tienen derechos que hay que respetar”. (26) Como lo afirman RIQUERT y JIMÉNEZ, esta situación se patentiza aún más en el caso del autor imprudente o el ocasional (en ellos, en el ocasional y en el imprudente la

cárcel provocará un efecto criminógeno) que con evidencia no necesitan de un tratamiento “resocializador”, además que no se ha podido formular la resocialización en ningún lugar con grado de eficacia o resultados verdaderamente convincentes teniendo en cuenta el alto número de reincidentes que registran los establecimientos carcelarios argentinos, circunstancia que se reitera a nivel internacional. (27)

El discurso resocializador es pues carente de sentido en sociedades criminógenas que son capaces de engendrar el crimen, pero que al mismo tiempo pretenden “resocializar” a quienes han cometido un delito. Cabe entonces, preguntarse aquí: ¿a qué sociedad debe regresar el delincuente que ha cumplido su pena? ¿A la misma que lo condicionó y lo expulsó?

COBO DEL ROSAL, en postura crítica (que compartimos) nos dice, que “las críticas que se elaboran son tanto dirigidas a la existencia misma del concepto resocializador como a su significado constitucional, como en particular a su posible proyección práctica. Así desde muy diversos sectores doctrinales se ha estimado que la idea de reeducación o de reinserción social es inadmisibles, bien por cuanto debiera requerir un auténtico cambio de estructuras, bien por entrar en contradicción con la misma dignidad humana, con la posición de conflicto valorativo a la que en definitiva tiene derecho todo ser humano”. (28)

2. Sociedades de control (29)

En este punto se hace imperioso nos acerquemos al pensamiento de DELEUZE. (30) En su artículo *Post scriptum sobre las sociedades de con-*

(23) ZAFFARONI, E. R.: En busca de las penas perdidas, Ed. Ediar, Bs. As, 1989, p. 98.

(24) Vid. datos actualizados en: <http://www.argentina.gov.ar/argentina/portal/paginas.dhtml?pagina=1794>.

(25) Por otra parte, sabemos que se encuentran suficientemente demostrados los efectos devastadores que produce la privación de libertad.

(26) NEUMAN, E.: Prisión abierta, Ed. Depalma, Bs. As. 1998, p. 31.

(27) RIQUERT, M. E.; JIMÉNEZ, E.P.: Teoría de la pena y derechos humanos, Ed. Ediar, Bs. As, 2001, p. 263.

(28) COBO DEL ROSAL, M.: Derecho penal y constitución, Tomo I, Ed. Derecho reunidas, Madrid, 1993, p. 98.

(29) Ha sido BURROUGHS, autor estadounidense (fallecido en 1997) que se anticipó a DELEUZE y acuñó la expresión “sociedad de control” con una carga y un contenido de tinte contestatario a la sociedad norteamericana en la que vivió.

(30) Quien no ha sido en sentido estricto un discípulo de FOUCAULT, pero sí ha escudriñado las tesis foucaultianas de una manera profunda, al punto de superar su visión en referencia a las sociedades disciplinarias y los dispositivos de encierro.

rol (31), marca, sin duda, un punto de inflexión entre las sociedades disciplinarias y las de control.

FOUCAULT sitúa las sociedades disciplinarias (32) en los siglos XVIII y XIX y hemos visto que en el XX alcanzan su apogeo. Sabemos también que en la cúspide de este sistema encontramos a la prisión, como institución disciplinaria por excelencia.

Ahora bien, ya en los ocasos del siglo XX, las sociedades disciplinarias empiezan a desdibujarse, a perder fuerza, a diluirse en nuevos espacios y en una concepción distinta del poder, de su forma de ejercicio, el poder se ha desterritorializado; la fluctuación de masas de capitales sin dueño visible que atraviesan las fronteras mediante el uso de la informática; la economía transformada en economía financiera tan poderosa al punto de ser capaz de remover gobiernos o al menos ponerlos en crisis en cualquier lugar del planeta; el reemplazo de la fábrica por la empresa; la aparición de una nueva forma de ciudadanía, que ya no está estrictamente vinculada a la pertenencia a determinado país, sino a la capacidad de consumo (33); la apertura de los espacios, con el consiguiente debilitamiento de los sistemas de encierro; el auge de la inmediatez de la comunicación, la nueva concepción del mundo y del capitalismo, han sido condiciones todas que han provocado la crisis, la agonía de la sociedad disciplinaria. Con acierto, ha sostenido DELEUZE: “las disciplinas entraron en crisis en provecho de nuevas fuerzas que se iban produciendo lentamente, y que se precipitaron después de la Segunda Guerra Mundial: las sociedades disciplinarias son nuestro pasado inmediato, lo que estamos dejando de ser”. (34)

Sin duda, y es menester reconocerlo, si el siglo XX ha sido foucaultiano, el XXI nos encuentra ante un siglo que le pertenece enteramente a DELEUZE.

(31) Vid. al respecto: DELEUZE, G.: *Conversaciones 1972-1990*, Ed. Pre textos, Valencia, 1999; HARDT, M.: “Sociedad mundial de control”, en *Euphorion*, Medellín, 2005.

(32) Y que éstas al mismo tiempo sucedieron a las de soberanía.

(33) Vid. LEWCOWICZ, I.: *Pensar si Estado*, la subjetividad en la era de la fluidez, Ed. Paidós, Bs. As.; Vid. también: LEWCOWICZ, I- DOBÓN, J.: “El ciudadano y el sujeto. Acerca de la tensión entre la subjetividad entre el ciudadano y el deseo”. Disponible en: <http://www.elsigma.com/site/detalle.asp?IdContenido=11583>.

(34) DELEUZE, G.: Op. cit. p. 5.

¿Pero cuáles son las características de las sociedades de control? Pues bien, nos será útil en principio, marcar las diferencias con las disciplinarias. Éstas (las disciplinarias) presentan dos polos: la marca que identifica al individuo y el número que indica su posición en la masa, el poder es al mismo tiempo masificador e individuante, ha sostenido agudamente DELEUZE; forma un cuerpo con aquellos sobre quienes se ejerce al mismo tiempo que moldea la individualidad de cada uno de sus miembros. (35) En las sociedades de control, por el contrario, lo esencial ya no es una marca sino una cifra, que es una contraseña: “El lenguaje numérico de control se compone de cifras que marcan o prohíben el acceso a la información. Ya no estamos ante el dualismo individuo-masa. Los individuos han devenido ‘dividuales’ y las masas se han convertido en indicadores, datos, mercados o ‘bancos’”. (36) En las sociedades disciplinarias siempre se tenía que volver a empezar, el circuito se hacía entre un sistema de encierro a otro, en las de control, nunca nada se termina, porque precisamente, el poder se ejerce ahora de manera continua sin desfases, es omnipresente, y ha dado por tierra con el sistema panóptico, se ha atomizado, es pleno, y es total. El control por otra parte es inmediato, lo caracteriza la continuidad, se ejerce a corto plazo, de manera ilimitada, continua, a diferencia de la disciplina que aunque tenía una duración infinita era por el contrario discontinua.

El consumo desmedido reinante en las sociedades de control, va marcando asimismo la presencia de esa nueva forma de ejercicio del poder. Todo es flexible, todo es líquido, todo se resuelve con el “track track” de la tarjeta de crédito. Pero cada vez que usamos la tarjeta, cada vez que enviamos un *e-mail* o que miramos una página de Internet, vamos dejando rastros, huellas. Vamos diciendo qué consumimos, con qué nos entretenemos, qué opinión política cultivamos. Y cuanto más dentro del grupo de pertenencia está un individuo, más se multiplican sus rastros. Todo eso forma parte de un enorme archivo virtual que permite, entre otras cosas, “orientar” nuestro consumo. No se nos confina en ningún lugar, pero somos permanentemente “ubicables”. No se nos interna en un hospital pero se nos somete a medicinas “preventivas” y “consejos de salud”

(35) DELEUZE, G.: Op. cit. p. 10.

(36) DELEUZE, G.: Op. cit. p. 11.

que están presentes en cada instante de nuestra vida cotidiana, que nos hacen decidir qué tomar, qué comer, cómo conducir un automóvil. No hacemos el servicio militar ni -si tenemos la fortuna suficiente- somos convocados a participar en el ejército. Pero vivimos “militarizados” por el miedo que los medios de comunicación nos infunden de que las “bandas urbanas” nos asesinen por un par de zapatillas. (37)

En el fondo, se trata, tenemos la convicción, de una transformación del capitalismo, de una mutación. Así, el capitalismo ya no se concentra en la producción, a menudo relegada a la periferia tercermundista, incluso en la compleja forma de producción textil, metalúrgica o petrolífera. “Es un capitalismo de superproducción. Ya no compra materias primas ni vende productos terminados o procede al montaje de piezas sueltas. Lo que intenta vender son servicios, lo que quiere comprar son acciones. No es un capitalismo de producción sino de productos, es decir de ventas o de mercados. Por eso es especialmente disperso, por eso la empresa ha ocupado el lugar de la fábrica.” (38)

Sin embargo, y este punto nos interesa fundamentalmente, DELEUZE sostiene con una claridad rotunda, que hay una constante del capitalismo y es que tres cuartas partes de la humanidad continúan en la extrema miseria, y son por tanto, como el filósofo francés lo ha afirmado, demasiados pobres para endeudarse, demasiado numerosas para encerrarlas. (39) Éstos conforman una enorme masa de excluidos, aquellos que son menos que esclavos, pues éstos, y coincidiendo con NEUMAN, decimos, tenían la esperanza de algún día recuperar la libertad.

2.1. La pena de prisión y las sociedades de control

Con lo que hemos visto aquí, es inevitable que nos preguntemos, ¿Cómo es posible entonces que la pena de prisión y la prisión -encierro por excelencia- pervivan en este nuevo tipo de sociedades? Ellas subsisten prácticamente incólumes, casi como en el siglo XIX, incorruptas, intactas, podríamos decir, que hasta con más fuerza.

(37) Vid. SANTIAGO, G.: *Intensidades Filosóficas*, Ed. Paidós, Bs. As.

(38) DELEUZE, G.: Op. cit. p. 11.

(39) DELEUZE, G.: Op. cit. p. 16.

Creemos que la respuesta es simple, la pena de prisión continúa siendo útil, funcional, sigue siendo el engranaje de una maquinaria siempre represiva, ahora, precisamente de control.

Se han implementado en diversas legislaciones las denominadas “medidas alternativas” a la prisión, quizás como la demostración de esa apertura de espacios a la que hacíamos referencia con anterioridad, evidenciando de esta manera la crisis también de esta institución total, pero tales medidas alternativas nunca se han constituido en sanciones autónomas o si se quiere, en penas en sí mismas, sino en “alternativas”, subsistiendo la pena de prisión de una forma contundente, y así lo demuestran las estadísticas mundiales. (40)

“Más prisiones”, parece ser el lema también del siglo XXI, pero esta vez con una veta más voraz y es la visión de esta institución total como una empresa, que también cotiza en bolsa (41), y que se nutren de la materia prima: presos. La ecuación es simple, más prisiones, más presos, más ganancia. Al menos éste es el modelo que pretende exportar EE.UU.

Lo cierto es que las prisiones están pobladas y superpobladas de excluidos, de inmigrantes (42),

(40) Vid. Estadísticas penitenciarias mundiales en: http://www.oas.org/dsp/espanol/cpo_observatorio_vinculos_instituciones_universitarias.asp.

(41) En EE.UU. la privatización carcelaria está muy avanzada. La empresa más importante del sector, la Corrections Corporation of America (CCA), fundada en 1983 y que cotiza en la Bolsa de Nueva York desde 1994, es, en volumen de presos, el quinto conglomerado penitenciario del país, tras el Gobierno federal y tres de los 50 Estados. La CCA ofrece 72.500 camas repartidas en 65 centros que emplean a 16.000 personas. Como indica su página web, “la industria de las prisiones no se ve significativamente impactada por los ciclos económicos”, ni por las variaciones en el precio de la energía, lo cual es verdad pues la población carcelaria en Estados Unidos ha ido aumentando constantemente desde los años setenta. Vid. al respecto: Inversión con futuro: en cárceles privadas, disponible en: <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=44306>.

(42) Sabida es la intervención de las empresas penitenciarias privadas estadounidenses, especialmente, CCA, en la elaboración de la denominada Ley Arizona, que tiene por finalidad la lisa y llana privación de libertad de todo inmigrante que no pueda demostrar su estancia “legal” en el país del norte. Lo que generará, por supuesto, ganancias más que millonarias. Vid.: “Arizona: la xenofobia y el negocio de encarcelar inmigrantes”, disponible en: <http://www.nodo50.org/cepri/dspip.php?article1056>.

de míseros, única respuesta de las políticas criminales de los Estados a la necesidad de mayor “seguridad” clamada por los miembros de este cuerpo social del ahora siglo XXI.

Es decir que el espacio cerrado que implica la prisión no es incompatible de manera alguna con la nueva forma de ejercer el poder, sino por el contrario, lo intensifica y lo nutre.

III. A modo de conclusión

Comprobamos cotidianamente que la pena de prisión subsiste, lo hace desde hace más de 200 años y continuará acompañándonos durante mucho tiempo más. Tenemos también la convicción de que la historia, en este caso, la punitiva, es una construcción sin rupturas, con carácter continuo y circular, que permite el retorno del pasado de una manera fatal. El contexto social, económico, tecnológico, con el que nos encontremos, se trasluce como un mar de fondo donde vemos que en definitiva todo puede traducirse en una sola palabra: dominio. Las condiciones son otras, es cierto, pero el dominio como la prisión persiste, remozado, renovado, sin mácula, sin oposición, simplemente: dominio. Primeramente eran los marginados, los míseros, ahora son los excluidos. Quienes pueblan las cárceles del planeta, insistimos, son ellos. También están aquellos que han sido abandonados por el poder político de turno, pero constituyen un porcentaje minoritario, están también aquellos que han cometido delitos sin duda gravosos, las más de las veces los típicos delitos (homicidios, abusos sexuales) que sirven para alimentar a los constructores de la realidad penal (como lo son los medios de comunicación social) y para reavivar el pedido de “más prisiones”, pero el paisaje carcelario continúa constituido por quienes no han sido invitados a quedarse ni adentro ni afuera, pues cuando purguen sus condenas volverán al mismo sitio que los expulsó, y si han sobrevivido a pesar del sistema penitenciario, en porcentaje abrumador, retornarán al espacio cerrado de la institución total carcelaria. Coincidimos con DAROQUI en que la prisión, sin duda, responde a un proyecto más amplio que la comprende, porque se afirma que continúa hoy dando esa misma respuesta, cuáles son los objetivos en este presente de mantener y expandir la prisión, son los mismos del siglo XVIII, XIX o del XX,

quiénes y cuántos están hoy en las prisiones, son quiénes y cuántos estuvieron hace 200 años. (43)

Las torturas, los malos tratos, son también moneda corriente, la “marca en el cuerpo” no parece haber quedado atrás, regresa de manera recurrente, y así está también demostrado en las estadísticas elaboradas por distintos organismos internacionales. (44)

Empezamos este trabajo diciendo que debíamos prescindir del concepto de “resocialización” y tenemos la plena convicción de que así tiene que ser. Sobre los porcentajes mayoritarios de la población penitenciaria, ya no se ejerce disciplina para la fijación ni el adiestramiento, en estas nuevas sociedades de control, la prisión emerge pues robustecida ahora como un instrumento más de control, y también, como hemos visto, como una auténtica empresa, que cotiza en bolsa. Es necesario dejar de lado también la moralina hipócrita, con la que se ha pretendido dar contenido al término difuso de “resocialización”. La pena de prisión está allí, y sirve para controlar durante un determinado período de tiempo a los “inútiles para el mundo” o no tanto, pues permiten que el control se vivifique, que el Estado desdibujado en las nuevas redes del poder se haga presente y perviva.

La pena de prisión es control y es castigo. No hay espacio para eufemismos. El “gran encierro” se hace presente nuevamente, es que las sociedades modernas son antropoémicas (45); proceden

(43) DAROQUI, A.: Op. cit.

(44) Vid. al respecto Informe de Amnistía Internacional, disponible en: <http://www.amnistia.org.ar/nuestro-trabajo/temas/tortura-y-malos-tratos/actua>. Informe de la ONU, disponible en: www.rnw.nl/.../onu-abusos-en-prisiones-en-todo-el-mundo.

(45) Estas sociedades vomitan al individuo de su seno, afirma LEVI STRAUSS. Opone a estas sociedades a las antropofágicas, dos formas distintas que tienen sociedades de enfrentarse o tratar a los sujetos que no se atienen a la norma que es usual en esas sociedades. Así, el mecanismo de la antropofagia sería el de aquellas sociedades que asumen a los sujetos extraños en el cuerpo social, una fagocitosis de lo ajeno en lo propio. Mientras que en las sociedades regidas por el imperativo de la antropoemia, como la occidental, se produciría el proceso inverso de exclusión, rechazando a los seres diferentes, expulsándolos e introduciéndolos así en un orden social distinto dentro del mismo orden social. Es así como surgen las instituciones carcelarias o psiquiátricas, lugares de control para la salud de los cuerpos y su domesticación en aras de una normalización que

vomitando a los desviados, manteniéndolos fuera de la sociedad o encerrándolos en instituciones especiales dentro de sus perímetros. A la nueva "gran segregación", habrá que conocerla, estudiarla, develarla, cuantificarla y cualificarla y en este sentido no permitir que se le cambie el

rige como criterio en tales sociedades. Son las disciplinas anatomo-políticas del cuerpo individual que sirven al cuerpo social. El cuerpo individual es considerado como una máquina, en función de su optimización, su docilidad y en último extremo su integración en sistemas de control económico. Los procesos biológicos del cuerpo al servicio de los intereses políticos. Vid. al respecto: LEVI STRAUSS, C.: *Tristes trópicos*, Ed. Paidós, Barcelona, 1988, p. 441 y sgs.

nombre y el sentido. Esta es una realidad y, por realidad, es irrefutable. Reconocerla y asumirla son presupuestos indispensables para, como dice DAROQUI (46), enfrentarla. Al menos ése sería un inicio para pretender alguna transformación que permita la oposición de resistencia, se trata sin duda de una utopía, y por tal seguramente inalcanzable, pero tenemos también la convicción de que en el afán de alcanzar las utopías se avanza inexorablemente hacia ellas, y hacia allí es hacia donde debe apuntar nuestro compromiso. ♦

(46) DAROQUI. A.: Op. cit.

.....

DERECHO PENAL JUVENIL



PENA

Agravantes. Participación de un menor en el delito. Efectos. Art. 41 quater del Cód. Penal. Interpretación de la norma. Disidencia.

Hechos: El Tribunal Criminal provincial condenó al imputado por considerarlo autor responsable de los delitos de robo agravado por el uso de armas de fuego, en concurso real con el de robo agravado por el uso de armas de fuego y por la intervención de un menor de dieciocho años de edad, a título de coautor, en concurso real con portación ilegal de arma de uso civil, en concurso real con resistencia a la autoridad, en concurso ideal con lesiones leves, a título de autor, en concurso real con resistencia a la autoridad, en concurso ideal con lesiones leves, en concurso ideal con daño. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal homónimo dejó sin efecto la aplicación de la

agravante genérica del art. 41 quater del Cód. Penal y redujo la pena impuesta, manteniéndola en todo lo demás. El Fiscal y el Defensor Oficial interpusieron recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley. La Suprema Corte de Buenos Aires declaró de oficio la prescripción por dos delitos cometidos por el menor de edad e hizo lugar parcialmente al remedio procesal.

1. — Si desde la sentencia del Tribunal de Casación Penal, ha transcurrido el plazo de dos años previsto para los delitos de resistencia a la autoridad (dos hechos), lesiones leves (dos hechos) y daño —arts. 89, 183 y 239 del Código Penal—, sin que durante ese período mediase factor interruptivo alguno, corresponde declarar de oficio la extinción de la acción penal por prescripción respecto del imputado.
2. — Si el imputado junto a un menor ingresaron a un comercio y mediante violencia y el uso de un arma de fuego sustrajeron dinero y efectos personales a las personas que allí se encontra-

Apuntes sobre la agravante de pena prevista en el artículo 41 quáter del Código Penal

Análisis de un fallo dictado por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires

POR GABRIELA YUBA

Sumario: I. Introducción. — II. Antecedentes. — III. Sobre el voto de la minoría. — IV. Sobre el voto de la mayoría. — V. Interpretación del art. 41 quáter del Código Penal: un debate permanente. — VI. Colofón.

I. Introducción

La sentencia dictada por la SCBA el 9 de abril de 2014 (1) resolvió en el caso concreto sobre la

aplicación de la agravante de pena prevista en el artículo 41 quáter del Código Penal, haciendo lugar (por mayoría) al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el fiscal ante el Tribunal de Casación Penal. Decidió, en consecuencia, casar la sentencia cuestionada, por cuanto *había eliminado la agravante genérica del art. 41 quáter* con relación al art. 166 inc. 2 del C.Penal respecto del imputado mayor de edad, ordenando devolver la causa al Tribunal *a quo* para que se graduara la pena al imputado J. G. F.

Destacamos en el fallo los votos de la mayoría (Dr. Soria, adhiriendo los Dres. Kogan, De Lazzari y Negri) y el de la minoría (disidencia) del Dr. Genoud.

En el presente comentario, se abordarán las dos posiciones sobre la aplicación de la agravante prevista en el mencionado art. 41 quáter del C.Penal. Dichas interpretaciones constituyen objeto de debate en la doctrina y la jurisprudencia.

II. Antecedentes

Motivó la intervención de la SCBA el planteo recursivo del fiscal adjunto y del defensor oficial ante el Tribunal de Casación Penal, contra la resolución dictada por la Sala 1ª del Tribunal de Casación Penal de Provincia de Buenos Aires, por la que *se dejó sin efecto la agravante genérica*

(1) P. 111.446 - "Roldán, Jorge Armando. Fiscal Adjunto Tribunal de Casación. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 38.330 seguida a F, J. G. Tribunal de Casación -Sala I- y acumuladas" —SCBA- 09/04/2014.

ban, se hallan configurados los presupuestos de aplicación de la agravante establecida en el art. 41 quarter del Cód. Penal, en tanto, en coautoría con el menor perpetraron los hechos, llevando el mayor la iniciativa

3. — El objetivo primordial de la agravante establecida en el art. 41 quarter del Cód. Penal es “desalentar la utilización de menores para delinquir o su intervención en la comisión de delitos”, y que la mayor severidad punitiva tenga “efecto disuasivo”, y esa “intervención” del menor es aquella con significado jurídico, penalmente relevante, lo cual se da cuando éste interviene en el hecho en el cual participa el mayor a través de algunas de las formas de autoría o participación previstas en el sistema penal
4. — La sentencia que descartó en la condena la agravante del art. 41 quarter del Cód. Penal ante la falta del elemento subjetivo, debe permanecer firme, pues, si bien, desde la interpretación literal de la norma no se verifica que se exijan elementos subjetivos para tener

por configurada la agravante, de los diferentes proyectos de ley puede interpretarse que la participación debe haber pretendido descargar la responsabilidad en los jóvenes o que aquellos deben ser instigados por los adultos, es decir, influenciándolos para delinquir, situación que en el caso, debe examinarse teniendo en cuenta la escasa diferencia de edad entre el imputado —21 años— y el menor —17 años— (del voto en disidencia parcial del Dr. Genoud).

SC Buenos Aires, 09/04/2014. - Roldán, Jorge Armando s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 38.330. Tribunal de Casación -Sala I-

[Cita on line: AR/JUR/18715/2014]

La Plata, abril 9 de 2014.

Antecedentes

La Sala Primera del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, mediante el pronunciamiento del 15 de abril de 2010, hizo lugar -parcialmente, sin costas-al recurso homónimo interpuesto

del art. 41 quáter del Código Penal, reduciendo la pena anteriormente aplicada (12 años de prisión para el condenado J. G. F.), a 11 años de prisión.

III. Sobre el voto de la minoría

La Sala 1ª del Tribunal de Casación focalizó su atención en la falta de *motivación subjetiva* de “valerse del menor” en la comisión del delito por parte del imputado mayor de edad, manifestando que debía probarse que el mayor se hubiera aprovechado del menor de 18 años para la comisión del delito. Sostuvo que no se trata de una simple acreditación fáctica (la sola intervención del menor de 18 años).

La decisión de la Sala 1ª generó el planteo recursivo, argumentando el recurrente que la norma no prevé ninguna exigencia subjetiva para la aplicación de la agravante. Sólo se exige la *mera intervención de un menor de 18 años de edad* en la comisión de los delitos previstos en el C. Penal, lo que llevaría a la aplicación del art. 41 quáter del código de fondo.

El Dr. Genoud fundó su voto por la negativa, aludiendo a que si bien la norma no contiene exigencia subjetiva, existen distintas interpretaciones de los proyectos de ley sobre la agravante citada, entre los que menciona aquellos que exigen una

participación con el menor orientada a descargar la responsabilidad en los jóvenes; o que ellos hayan sido instigados por los adultos o que se demuestre la influencia en el menor para promoverlo a delinquir. Sumado ello a la poca diferencia de edad entre el imputado mayor -21 años- y el menor de edad, devino como consecuencia la no aplicación de la agravante del art. 41 quáter del C. Penal, no habiendo sido la decisión del Tribunal Casatorio “fundadamente controvertida en la impugnación”. (2)

IV. Sobre el voto de la mayoría

La mayoría, por su parte (3), consideró que la norma no especifica ninguna *exigencia subjetiva* en cuanto a la intervención del menor. Es decir: sólo se exige la intervención del menor de 18 años de edad, en un sentido jurídico penalmente relevante (se alude aquí a algunas formas de autoría y participación según el Código Penal). (4) Acreditado pues el hecho fáctico de la intervención del menor de 18 años de edad, la agravante

(2) Conf. sentencia objeto de este comentario. Voto del Dr. Genoud.

(3) Con el voto del Dr. Soria, adhiriendo Kogan, De Lázzari y Negri.

(4) Conf. fallo objeto de este comentario.

por el señor Defensor Oficial en representación de J. G. F. contra la sentencia del Tribunal Criminal n° 1 del Departamento Judicial San Martín que lo había condenado a la pena de doce años de prisión, accesorias legales y costas en calidad de autor responsable de los delitos de robo agravado por el uso de armas de fuego (cometido el 8 de abril de 2007, causa 2613), en concurso real con el de robo agravado por el uso de armas de fuego y por la intervención de un menor de dieciocho años de edad, a título de coautor, en concurso real con portación ilegal de arma de uso civil, en concurso real con resistencia a la autoridad, en concurso ideal con lesiones leves, a título de autor (ocurridos el 31 de agosto de 2007, causa 2614), en concurso real con resistencia a la autoridad, en concurso ideal con lesiones leves, en concurso ideal con daño (acaecidos el 6 de septiembre de 2007, causa 2636). En consecuencia, casó dicha sentencia, dejó sin efecto la aplicación de la agravante genérica del art. 41 quater del Código Penal y redujo la pena impuesta al nombrado F. a once años de prisión, accesorias legales y costas, manteniendo el resto de las declaraciones (arts. 106, 210, 373, 460, 530 y 532 del C.P.P.; 41 quater, 55, 89, 166 inc. 2 párrafo segundo, 189 bis párrafo tercero, 183 y 239 del C.P.; fs. 66/72 vta.).

El señor Fiscal Adjunto y el señor Defensor Oficial ante el Tribunal de Casación Penal interpusieron recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley (causas P. 111.446, fs. 91/93 y P. 111.944, fs. 102/114 vta.), los que fueron concedidos por esta Corte (fs. 124/126).

Oído el señor Subprocurador General (fs. 128/133 vta.), dictada la providencia de autos (fs. 134), presentada la memoria que autoriza el art. 487 del rito (fs. 136/137 vta.) y hallándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte decidió plantear y votar las siguientes cuestiones:

Previa: ¿Debe declararse de oficio la extinción de la acción penal por prescripción en orden a los delitos de resistencia a la autoridad (dos hechos), lesiones leves (dos hechos) y daño?

1ª ¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el señor Fiscal Adjunto ante el Tribunal de Casación Penal? 2ª ¿Lo es el presentado por el señor Defensor Oficial de Casación Penal?

se aplica. Señala el vocal Dr. Soria que “la mayor peligrosidad que justifica el plus punitivo deriva de la decisión de hacerlo participar al menor o de haber aceptado su concurrencia”. (5)

Los diferentes proyectos tratados en el Congreso sobre la agravante del art. 41 quáter del C.Penal se refieren a la “intervención” de menores en la comisión de un delito; o bien se alude a cuando se “utiliza”, “se sirve”, “se vale” o “aprovecha” de menores en la comisión de delitos; dichas expresiones quedan subsumidas en la fórmula genérica “intervención de menores” finalmente aprobada, debiendo pues estarse a la letra de la ley, quedando comprendidas las acciones mencionadas en esa última expresión.

V. Interpretación del art. 41 quáter del Código Penal: un debate permanente

El debate en torno al alcance de la agravante del art. 41 quáter del C.P. continúa vigente, tal como lo refiere parte de la doctrina. (6) Así hay autores que sostienen que resultaría aconsejable con-

sensuar criterios de interpretación a fin de evitar arbitrariedades en el justiciable, como también no generar desigualdad ante hechos de igual o semejante relevancia. (7)

Así la jurisprudencia ha dicho que “La sanción de esta nueva norma respondió a la intención del legislador de proteger a los niños y adolescentes de los mayores que los utilizan para delinquir. En opinión de Gustavo Vitale la aparición del denominado ‘fenómeno Blumberg’ ‘produjo una suerte de locura colectiva, en virtud del cual la mayoría de los miembros del Congreso de la Nación parecieron legislar como un modo de contestación a los que reclamaron públicamente (con el padre del joven aludido sentado en las bancas del Poder Legislativo), como una suerte de rendición de cuentas frente a tal petición, lo que obviamente

(5) Fs. 92 y vta.

(6) Whittall, Marina y Hoyos, Jimena. “La problemática que se vislumbra a través de la aplicación del artículo 41 quáter del Código Penal de la Nación”, elDial.com - DC1C36.

(7) Ídem artículo citado. Según las referidas autoras, hubiera sido de sumo interés conocer el criterio mayoritario de la CS sobre el tema en cuestión (interpretación del art. 41 quáter CP), habiendo declarado inadmisibles el Recurso en los autos “N., M.” s/causa nro. 12.183. N. 123.XLVI. Para las mencionadas, el legislador al sancionar la norma mencionada tuvo como objetivo la protección integral de los niños que se encuentran expuestos a situaciones de riesgo en temprana edad, motivando su ingreso a la vida delictiva. Debe el Estado pues intervenir para evitar esta situación, considerando adecuada la aplicación de la agravante (sic).

A la cuestión previa planteada, el doctor *Genoud* dijo:

Prioritariamente al tratamiento de los recursos interpuestos, esta Corte debe analizar si se encuentra o no vigente la acción penal de los delitos de resistencia a la autoridad y lesiones leves -que concurren idealmente entre sí; causa 2614- y de resistencia a la autoridad, lesiones leves y daño -todos en concurso ideal entre sí; causa 2636- que junto a otros ilícitos en concurso material son imputados al acusado F.

Pues es un criterio consolidado que la prescripción puede (y debe) ser declarada, incluso, de oficio, en cualquier instancia del proceso y por cualquier tribunal, por tratarse de una cuestión de orden público que, como tal, opera de pleno derecho, por el sólo “transcurso del tiempo” (P. 50.959, sent. del 17/05/2000; P. 61.271, sent. del 23/08/2000; P. 62.689, sent. del 03/10/2001; P. 70.374, sent. del 28/09/2005; entre muchas otras).

Por otra parte resulta innecesario establecer si debe aplicarse en el caso la tesis del paralelismo en el concurso ideal de delitos, en tanto ha operado el lapso previsto para los tipos de los arts. 89, 183 y 239

del Código Penal, que simbolizan las calificaciones que forman parte de la aludida relación concursal (art. 62 inc. 2, Cód. cit.).

En efecto, en el caso, desde la sentencia del Tribunal de Casación Penal, pronunciada el 15 de abril de 2010 (fs. 66/72 vta.) ha transcurrido el plazo de dos años previsto para los delitos tipificados en los arts. 89, 183 y 239 del Código Penal, sin que durante ese período mediase factor interruptivo alguno del curso de la prescripción sea, en atención al catálogo cerrado de actos procesales revestidos con tal aptitud por el art. 67 citado en su párrafo cuarto, incs. “b” a “e”, sea porque tampoco se verifica la concurrencia de la restante causa del inc. “a”, a tenor de los informes del Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal y de la Dirección de Antecedentes Personales del Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires agregados en la causa (ver fs. 142/144 y 153/158).

De todo lo expuesto se sigue que corresponde declarar de oficio la extinción de la acción penal por prescripción respecto de J. G. F. en orden a los delitos de resistencia a la autoridad (dos hechos),

dio lugar a un apresuramiento desastroso para la cordura de la legislación penal de nuestro país’ (cfr. autor citado, ‘Artículo 41 quáter del Código Penal (adultos que se valen de menores para delinquir); *Pensamiento Penal del Sur*, t. 1, 2004, Fabián di Plácido Editor, p. 829; sobre este tema también puede consultarse a Julio B. J. Maier, ‘Blumbergstrafrecht’, NDP 2004-B, ps. I-VI)’. (8)

Lo cierto es que, frente al artículo 41 quáter del C. Penal, existen tanto en doctrina como en jurisprudencia dos posiciones: una que considera que la agravante debe aplicarse en todos los casos en que interviene un menor (dato fáctico) y otra que alude a una “autoría mediata”, donde el mayor se vale del menor para cometer el delito. (9)

(8) Superior Tribunal de Justicia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur. “V., J. C.; 19/09/2007. Publicado en: LLPatagonia 2008 (febrero), 61. Cita online: AR/JUR/8303/2007.

(9) Superior Tribunal de Justicia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur. “V., J. C.; 19/09/2007. Publicado en: LLPatagonia 2008 (febrero), 61. Cita online: AR/JUR/8303/2007. Voto en disidencia parcial del Dr. Sagastume: “Para que se configure la agravante genérica prevista en el art. 41 quáter del Código Penal, debe darse un supuesto de autoría mediata, es decir que, el mayor debe valerse del menor para cometer el delito.” También se sugiere la lectura de VITALE, Gustavo, “Artículo 41 quáter

Enrolada en la primera postura, se ha decidido que “La agravante consignada en el art. 41 quáter del Código Penal no requiere que el menor haya sido utilizado, inducido o instigado por mayores, sino que basta con que haya *intervenido en la comisión del delito*”. (10)

También: “El art. 41 quáter del Cód. Penal se satisface por la sola circunstancia —debidamente acreditada— de que un menor tome parte en el hecho, sin que a tales fines resulte relevante la intencionalidad del coimputado mayor de descargar en el menor su responsabilidad penal —en el caso, se confirmó la resolución que aplicó esta agravante a dos imputados menores de 21 años pero mayores de 18 que cometieron el delito de robo con la participación de dos menores de edad—, pues el texto legal no hace referencia alguna, ni puede inferirse válidamente del verbo típico seleccionado por el legislador, acerca de la necesidad de que se acredite un dolo específico por parte del agente mayor de edad. (11)

del Código Penal (adultos que se valen de menores para delinquir); *Pensamiento Penal del Sur*, t. 1, 2004.

(10) Ídem fallo cit.

(11) Cámara Nacional de Casación Penal, sala III, “R., C. J. y otro s/rec. de casación”; 17/10/2006. Publicado en: La Ley Online. Cita online: AR/JUR/8032/2006.

lesiones leves (dos hechos) y daño, por los que venía condenado junto con otros ilícitos (arts. 54, 55, 59 inc. 3, 62 inc. 2, 67 -texto según ley 25.990-, 89, 183 y 239 del C.P.).

Por ello y en atención a lo que se resuelve en la cuestión siguiente, deben volver las actuaciones a la instancia de grado para que se individualice la pena de los delitos que subsisten, de acuerdo con los índices de graduación pertinentes (arts. 40 y 41 del C.P.).

Voto por la afirmativa.

A la cuestión previa planteada, el doctor *Soria* dijo:

Adhiero al voto del doctor *Genoud*.

Siendo que los hechos aquí en juzgamiento acontecieron con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 25.990 (B.O., 11/01/2005), se rigen indudablemente por sus previsiones (art. 18, C.N.).

Con todo es dable señalar que ya con anterioridad a su dictado sostuve que a los efectos de determinar si ha operado o no el plazo de prescripción de la acción

penal, deben analizarse separadamente cada uno de los delitos atribuidos al imputado sea que concurren materialmente (art. 55, C.P. -conf. P. 79.797 - "Vasallo", sent. de 28/05/2003-) o de manera formal (art. 54, C.P. -conf. P. 66.793 - "J., J. s/Abuso de armas", sent. de 09/12/2003- y P. 85.149 - "T., J. H. Calumnias e injurias en concurso ideal", sent. de 29/09/2004-), pues, la regla que determina que el plazo de prescripción debe correr independientemente para cada delito no autoriza a efectuar distinguos, según se trate de una u otra forma concursal. Aunque ahora lo dispuesto en el quinto párrafo del art. 67 del Código Penal -según ley 25.990, cit. - no deja margen para ninguna discusión, adscribiendo sin ambages a la llamada "tesis del paralelismo".

Por ello y demás consideraciones expresadas en el voto del ponente, hallándose satisfechos todos los requisitos necesarios para que opere el instituto de la prescripción respecto de los delitos aludidos en la cuestión en trato, doy el propio por la afirmativa.

Los doctores *Kogan*, *de Lazzari* y *Negri*, por los mismos fundamentos del doctor *Genoud*, votaron la cuestión previa también por la afirmativa.

En el mismo sentido: "Es la mera intervención de un menor de edad en un determinado hecho delictivo el que habilita la aplicación de la agravante prevista en el art. 41 quáter del Cód. Penal en cabeza del mayor que lo acompañaba —en el caso, se hizo lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal—, no resultando relevante que se acredite un dolo específico por parte de quien sea mayor de edad". (12)

Recientemente, se decidió que "La comprobación del rol ejecutivo de un menor en la comisión del robo satisface la aplicación de la agravante prevista en el art. 41, quáter, del Cód. Penal, siendo innecesaria la acreditación de especiales intenciones de los actores mayores de edad, tales como descargar responsabilidad en ellos". (13)

(12) Cámara Nacional de Casación Penal, sala I, "F., N. J. y otros"; 29/06/2006. Publicado en: LA LEY, 2007-A, 284; Sup. Penal 2006 (diciembre), 49. Cita online: AR/JUR/5951/2006.

(13) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala IV, "M. S., A. E. s/procesamiento"; 16/12/2013. Publicado en: La Ley Online. Cita online: AR/JUR/87321/2013. En el mismo sentido: "El agravante establecido en el art. 41 quáter del Código Penal debe aplicarse al delito de robo, si en la comisión del hecho intervino un individuo menor de dieciocho años, junto con una o más personas que ya cumplieron esa edad" (Cámara Nacional

Otro precedente jurisprudencial se enrola en la postura de la intención específica de valerse de la condición de menor de edad menor y en la acreditación de tal circunstancia: "El agravante establecido en el art. 41 quáter del Código Penal no debe aplicarse, *si no se comprueba que el imputado mayor de dieciocho años intentó aprovecharse de la minoridad de su consorte de causa para cometer el hecho delictivo (del voto en disidencia parcial del Dr. Filozof)*". (14)

Otro tema de discusión (que excede el presente comentario) es el de la edad. Específicamente, respecto de la mayoría de edad, a la luz de la reforma introducida por la ley 26.579. (15)

de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala VI, "L. C., C. y otros s/ procesamiento", 10/12/2013. Publicado en: La Ley Online Cita online: AR/JUR/94951/2013.).

(14) Ídem fallo citado supra.

(15) RÚA, Ramiro Javier, "¿Un tema menor? La mayoría de edad en el artículo 41 quáter del Código Penal a propósito de la ley 26.579", elDial.com - DC12C6." La agravante contenida en el art. 41 quáter del Cód. Penal resulta aplicable a las personas de 18 años o más que cometan un hecho ilícito con la intervención de otra que no haya cumplido esa edad al momento del hecho, y no sólo a quienes son mayores para la ley civil, pues la mayoría de edad fijada por la ley civil posee alcance únicamente en lo que a ese ámbito se refiere,

A la primera cuestión planteada, el doctor *Genoud* dijo:

1. La Sala Primera del Tribunal de Casación Penal, en cuanto interesa, eliminó la agravante genérica contenida en el art. 41 quáter del Código Penal y redujo la pena impuesta al procesado F. a once años de prisión (fs. 66/72 vta.).

Sostuvo, a esos fines, que “la sola concurrencia de un menor de edad en la comisión del hecho, no habilita su aplicación automática. Debe -para ello- acreditarse que el mayor se haya aprovechado o valido del mismo, o que lo haya iniciado en la senda criminal. Ese ‘proselitismo delictivo’ no se ha acreditado en el fallo, ni invocado por el acusador, por lo que debe ceder” (del voto del doctor Sal Llargés que concitó -sólo en este argumento-el acuerdo de los demás integrantes del tribunal; fs. 69 vta. tercer párrafo y 71).

2. El recurrente denuncia inobservada la referida ley sustantiva en el entendimiento que las circunstancias acreditadas permiten subsumir el caso en la referida agravante, conforme lo decidido por el órgano de juicio.

En tal sentido recordó los objetivos perseguidos por el legislador con la sanción de la ley 25.767 de dar respuesta a la sociedad frente a la participación en los delitos cometidos por mayores y menores, por la sensación de impunidad que la sanción de los menores genera, e intentar evitar que los mayores utilicen a los menores para la comisión de delitos, de modo de proteger a estos últimos (fs. 92).

VI. Colofón

Se advierte la existencia de distintas posturas con relación a la aplicación de la agravante del

sin que medie diferencia alguna en materia penal en torno a una persona de 18 años y de 21 años” (Cámara Nacional de Casación Penal, sala III, “R., C. J. y otro s/rec. de casación”; 17/10/2006. Publicado en: La Ley Online. Cita online: AR/JUR/8032/2006). También se sugiere la lectura del fallo: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala IV, “B., L.”; 13/09/2004. Publicado en: DJ 2005-1, 526; ED 212-262. Cita online: AR/JUR/4255/2004. En otro fallo: “Mirada desde el punto de vista de sus antecedentes parlamentarios, el art. 41 quáter del Cód. Penal ha querido comprender, inequívocamente, a las personas de dieciocho años o más que cometieran el delito con la participación de un menor de edad —en el caso, se hizo lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal—, y no sólo a quienes son mayores para la ley civil, es decir, los que hubiesen alcanzado veintitún años, según el art. 126 del Cód. Civil” (Cámara Nacional de Casación Penal, sala I, “F., N. J. y otros”; 29/06/2006. Publicado en: LA LEY, 2007-A, 284, Sup. Penal 2006 (diciembre), 49. Cita online: AR/JUR/5951/2006).

Señaló que el texto de la norma “no especifica que debe comprobarse un deslinde de responsabilidad hacia el menor. Es decir, no requiere a los fines de incrementar la escala punitiva aplicable para el o los mayores que intervinieran en el hecho, otra exigencia que alguno de los delitos previstos en el ordenamiento de fondo sea cometido con la intervención de menores de dieciocho años de edad, de donde la exigencia subjetiva de finalidad, carece de virtualidad para su aplicación” (fs. idem).

De tal manera consideró que debía restablecerse su imposición -y la consiguiente sanción fijada en origen- puesto que se comprobó en el escenario de los hechos la presencia de un menor, lo que refleja la mayor peligrosidad del encartado, derivada de la decisión de hacer participar a aquel o de haber aceptado su concurrencia (fs. 92 vta.).

3. El señor Subprocurador General sostuvo el recurso y propició su acogimiento (fs. 129/130 vta.).

En sentido diverso, el señor Defensor solicitó a fs. 136/137 vta. se declare inadmisibile el recurso fiscal en función de los agravios que entiende le ocasionaría su eventual acogimiento; petición sobre la cual deviene innecesario pronunciarse pues, más allá de las consideraciones que pudieran formularse, la queja no prospera (art. 421 del C.P.P.).

Si bien es cierto que desde la interpretación literal no se verifica que se exijan elementos subjetivos tam-

art. 41 quáter del C.Penal en el ámbito de la jurisprudencia y doctrina, producto de diferentes interpretaciones de la ley.

Por otra parte, debemos recordar, en cuanto a los fundamentos de los legisladores en torno a la agravante citada, que los parlamentarios han sido contestes en sostener que dicha norma persigue la protección de los menores, intentando disuadir a través del aumento de la escala punitiva a los mayores de edad que utilicen a los menores de 18 años en su actividad delictiva, logrando evadir el accionar de la justicia y lograr su impunidad. (16) Algunos autores (Zurueta) sostienen que realizar un análisis literal de la norma vulnera las garantías emanadas del art. 18 de la CN, debiendo probarse

(16) ZURUETA, Federico A., “Robo con arma impropia e intervención de menores de edad”, Publicado en: LA LEY 04/09/2013, 6; LA LEY 04/09/2013, 6; LA LEY, 2013-E, 67. Fallo Comentado: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala V, “C., P. D.”, 16/04/2013.

bién lo es, como lo reconoce [el señor Subprocurador] en su dictamen, que existen otras interpretaciones -nacidas a partir de los diferentes proyectos de ley que gestaron a la agravante en cuestión-, entre las cuales se encuentra aquélla que entiende que la participación debe haber pretendido descargar la responsabilidad en los jóvenes o que los mismos deben ser instigados por los adultos; y -al menos otra-, que estima que la agravante tiene en miras la utilización de un menor para la comisión del ilícito, o cuando se demuestre alguna influencia sobre el mismo para impulsarlo a delinquir.

En ese contexto y teniendo especialmente en cuenta la escasa diferencia de edad verificada en el caso entre el imputado -21 años- y el menor, la postura asumida por el órgano casatorio de descartar el juego directo de la preceptiva objetada ante la falta del elemento subjetivo que entendió injustificado en la causa ni invocado por esa parte acusadora, no ha sido fundamentamente controvertida en la impugnación; por el contrario, en opinión del recurrente, la conducta del imputado daría sentido a la agravante en razón de la mayor peligrosidad evidenciada por su decisión de hacer participar al menor o al menos aceptar su concurrencia, y las notas anímicas de su propio razonar se contraponen con la prevalencia de la lectura literal de la norma por la cual aboga, técnica ineficaz para demostrar violación legal alguna en la significación jurídica asignada al hecho (art. 495, C.P.P.).

Por lo expuesto, voto por la negativa.

la influencia del mayor de edad sobre el menor de 18 años para aplicar la agravante. (17)

Considero que para una protección de la infancia y adolescencia, en los términos de los tratados internacionales de derechos humanos (18), se requieren *políticas públicas* que tengan una mirada

(17) Ídem artículo citado supra. La jurisprudencia en este sentido sostuvo que "La agravante prevista por el art. 41 quáter del Cód. Penal no debe aplicarse, pues, más allá de la presencia de un menor en el suceso investigado, no existe elemento alguno que permita concluir que los acusados hubieran pretendido descargar responsabilidad en él, aprovechándose de su minoridad" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala V, "C., P. D."; 16/04/2013. Publicado en: LA LEY 04/09/2013, 6; LA LEY, 2013-E, 66; LA LEY 04/09/2013, 6; DJ 09/10/2013, 77. Cita online: AR/JUR/12519/2013).

(18) Convención de los Derechos del Niño (arts. 3º, 4º CDN); Observación Gral. nro. 5 del Comité de los Derechos del Niño, Observación Gral. nro. 10 del Comité de los

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Soria dijo:

1. En el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley bajo estudio, el señor Fiscal Adjunto ante el Tribunal de Casación Penal postuló como único agravio la inobservancia de la agravante estatuida en el art. 41 quáter del Código Penal, pues -a su entender- las circunstancias fácticas debidamente acreditadas en autos permiten su aplicación a uno de los delitos de robo con armas atribuido al imputado (fs. 92).

Se jeja de los argumentos que llevaron al órgano casatorio -a partir del voto del Juez Sal Llargués, a cuya parcela adhirieron los otros votantes- a desconsiderar la aplicación de esa agravante genérica, con sustento en que "la sola concurrencia de un menor de edad en la comisión del hecho, no habilita su aplicación automática", debiendo acreditarse que el mayor se haya aprovechado o valido del menor o lo haya iniciado en la senda criminal.

Considera, contrariamente a lo allí decidido, que lo único que reclama ese precepto a los fines de incrementar la escala punitiva aplicable al delito cometido es que lo haya sido con la intervención de un menor de dieciocho años de edad, "de donde la exigencia subjetiva de finalidad, carece de virtualidad para su aplicación" (fs. 92).

Dice que en el caso la intervención de un menor de edad en el hecho se trata de un dato fáctico adecuadamente demostrado y que la mayor peligrosidad

integral de las problemáticas que atraviesan esa franja etaria vulnerable. (19) Agravar las penas de los mayores, en la comisión de delitos donde intervienen menores de 18 años, es sólo una mirada fragmentada de un problema que requiere de un diseño de políticas públicas integrales, desde el enfoque de derechos humanos, debiendo focalizar la atención en la prevención y educación.

La SCBA ha decidido conforme al criterio amplio objetivo sentado por la norma (*la mera intervención*), dejando de lado toda consideración subjetiva en el accionar del mayor de edad (que comete un delito con la intervención de un menor de 18 años), no prevista ni exigida por el legislador. ♦

Derechos del Niño, Obs. Gral. nro. 14 (sobre el ISN) del Comité de los D. del Niño, Directrices de Riad, entre otras.

(19) Art. 75 inc. 23 C.N.

que justifica el plus punitivo “deriva de la decisión de hacerlo participar al menor o de haber aceptado su ‘concurrencia.’” (fs. cit. y vta.).

2. Al dictaminar el señor Subprocurador General a fs. 128/133 vta., sostuvo el recurso fiscal.

3. Como señalé al votar la causa P. 107.881, sent. de 07/09/2011, de los diversos proyectos de ley tratados en oportunidad de sancionarse el precepto en cuestión, prevaleció el texto finalmente aprobado frente a otros que proponían otras fórmulas.

En el trámite parlamentario al que se hace referencia tales proyectos de ley fueron -juntamente- tratados sobre tablas en la Cámara de Diputados el 14/08/2002, en la 11° Sesión Ordinaria (expedientes 3143- D-01, autoría del Dip. Fayad, que reprodujo el presentado tiempo antes en coautoría con la Dip. Carrió -exp. 1705-D-98-; 1350-D-02, autoría de la Dip. Roy; 2002-D-02, autoría de la Dip. Martínez; 2248-D-02, autoría del Dip. Martínez Llano; y 4624-D-02, autoría del Dip. Saredi).

Allí se acordó un texto único que el 20/09/2002 fue girado al Senado de la Nación, siendo tratado tiempo después (teniendo también a la vista, según se informa, el expediente 1934-S-02, de autoría del Sen. Pichetto), en la Orden del Día N° 936, recibiendo sanción definitiva el 06/08/2003, según el texto que expresa la ley 25.767 (B.O., 01/09/2003).

En los diferentes textos puestos a consideración, la agravante -cuya incorporación al Código Penal fue propuesta como art. 10 bis, 41 quáter, complementario del art. 45 o 45 bis- preveía el aumento de la escala penal del delito respectivo con fórmulas no siempre equivalentes. Así se establecía que la agravante tendrá lugar cuando el agente “... delinquire con la intervención de un menor que no ha cumplido 18 años o se valiere o sirviere de éste o lo determinare directamente a cometerlo” (proyecto Fayad- Carrió, y de similar tenor el proyecto Roy); “... si los hechos se cometieren sirviéndose de niños o en perjuicio de éstos”, entendiéndose por tales a los menores de 18 años (proyecto Martínez); “... cuando en el hecho hubieren intervenido menores, imputables o no, o se hubiere determinado a los mismos directamente a cometerlo” (proyecto Pichetto); “quienes perpetraren un delito [...], juntamente o con la participación de personas menores de edad...”, en cuyo caso se preveía una pena diversa a la establecida para el delito respectivo “por la inclusión del menor” (proyecto Martínez Llano). Finalmente, con un contenido pensado en la responsabilidad penal de los padres, tutores y guardadores que omiten velar por el buen comportamiento de los menores bajo su patria potestad tutela o guarda (proyecto Saredi).

De todas esas fórmulas prevaleció la que expresaba como común denominador la agravación del hecho

cuando “sea cometido con la intervención de menores de dieciocho años de edad”, quedando relegadas las que especificaban el “valerse” o “servirse” de un menor, inimputable o no, con el fin de descargar la responsabilidad criminalidad en él, o las de inducción o instigación (el que determinare a un menor de 18 años directamente a cometer un delito determinado).

Por ello, si bien el sentido de los diversos proyectos parlamentarios, por sus fundamentos y por la discusión en el trámite de la sanción, reflejan como objetivo primordial de la agravante “desalentar la utilización de menores para delinquir o su intervención en la comisión de delitos” (Fayad), y que la mayor severidad punitiva tenga “efecto disuasivo”, pues “[l]os adultos deben saber que formar, alentar y acompañar a un menor en el delito, es un hecho grave, y que conlleva, necesariamente, una mayor responsabilidad de su parte...” (Pichetto), primó como fórmula abarcativa de todas las expresiones en danza la del hecho cometido “con la intervención de menores”, por sobre la de “utilización de menores”, “servirse o valerse de menores”, que por definición comprenden el “aprovechamiento”. Con quedar también esas conductas comprendidas en la agravante no parecen ser las únicas que le dan sentido.

Como vemos el criterio amplio ha sido preferido por el propio legislador frente a otras fórmulas más restrictivas que se discutieron en ocasión de sancionarse el precepto. Ya por esto no puede refrendarse la interpretación que del art. 41 quáter efectuó el tribunal recurrido, pues los propios antecedentes parlamentarios cuya utilidad para conocer el recto sentido y alcance de la ley ha sido siempre reconocida por la Corte federal, despejan toda duda al respecto (Fallos: 321:2594; 323:3386; 325:2386).

4. Por lo demás, también ha sostenido que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, las palabras deben entenderse empleadas en su verdadero significado -el que tienen en la vida diaria-, y cuando la ley emplea varios términos, no son superfluos, sino que han sido empleados con algún propósito, sea de ampliar, de limitar o de corregir conceptos, por cuanto, en definitiva, el fin primordial del intérprete es dar pleno efecto a la voluntad del legislador (conf., por muchos, Fallos: 326:1778; 327:769 y 736; 328:456); y, además, cuando ésta no exige esfuerzo de comprensión debe ser aplicada directamente, sin que sea admisible efectuar consideraciones ajenas al caso que aquélla contempla (Fallos: 313:1007; 314:458; 315:1256; 318:950; 324:2780; 330:4476). Siempre teniendo en cuenta que no corresponde a los jueces sustituir al legislador, sino aplicar la norma tal como éste la concibió (Fallos: 300:700).

5. En esto acierta el recurrente cuando señala que el tribunal revisor ha delimitado erróneamente el contenido del precepto en cuestión cuando señala que aquél reclama que debe acreditarse en el caso que el mayor

se haya aprovechado o valido del menor de edad, o lo haya iniciado en la senda delictiva, o inducido al delito.

6. Claro está que de la fuerza prevalente de la interpretación literal y la voluntad del legislador, no parece derivarse como conclusión inescrutable que la circunstancia comprobada de la presencia en el escenario de los hechos de un menor de edad abastece la agravante, sin atender al real sentido de los distintos ingredientes que la componen.

La norma agrava la pena respecto de los mayores que hubieran participado en alguno de los delitos contemplados en el digesto penal, cuando en él haya existido la "intervención" de un menor de dieciocho años de edad.

Esa "intervención" del menor a que alude el precepto es aquella con significado jurídico, penalmente relevante, lo cual se da cuando éste interviene en el hecho en el cual participa el mayor a través de algunas de las formas de autoría o participación previstas en el sistema penal (arts. 45 y 46 del C.P.).

Por supuesto que por fuera de los casos prototípicos, podrá siempre existir algún supuesto en el que corresponda efectuar un mayor esfuerzo para elucidar si por la particular configuración del suceso en el que participan en sentido amplio un mayor y un menor de edad la intervención del primero interesa ese énfasis punitivo; pero este no es uno de aquellos casos marginales.

7. Por lo demás, como señala la Procuración en su dictamen, aun cuando no se requiera aquel plus al que refiriera el fallo casatorio (inducir, influir, instigar, aprovecharse de), debe existir el elemento subjetivo exigible respecto de cualquier circunstancia que integra el tipo objetivo en los delitos dolosos (fs. 129 vta.).

8. En el caso, en relación con el hecho que nos ocupa (causa 2614) se tuvo por acreditado que el 31 de agosto de 2007 el aquí imputado J. G. F. junto con el menor J. V. -de 17 años de edad- ingresaron al comercio "Dash Deportes" del partido de San Miguel y mediante violencia y el uso de un arma de fuego -que en el debate quedó acreditado que portaba F.- sustrajeron dinero y efectos personales a los del lugar, retirándose con el botín, para seguidamente subir al colectivo de la línea 303 -interno 230-, constatándose que uno de los sujetos, el mayor, portaba sin la debida autorización un revólver cargado calibre 32, quien al tratar de huir del transporte una vez divisado por el personal policial desobedeció la orden impartida y resistió a golpes lesionando en forma leve a uno de los preventores.

De las constancias del expediente no cabe duda que se hallan configurados los presupuestos de aplicación de la agravante, en tanto F. en coautoría con el menor perpetraron el desapoderamiento violento narrado, lle-

vando como quedó además acreditado F. la iniciativa, portando el arma de fuego y efectuando posteriormente la resistencia contra el personal policial.

9. Para terminar, no se me escapa que F. para entonces era un joven de 21 años de edad, y de 17 años el menor J. V. que intervino junto a él, lo cual refleja poca distancia temporal entre ambos que podrá hallar mérito en ocasión de determinarse la cuantía punitiva.

Lo relevante es que, aun cuando ambos han incurrido en un comportamiento ilícito, en el caso de gravedad, el legislador les dispensa un trato diferencial, no sólo desde lo formal del enjuiciamiento sino también respecto del régimen sustantivo (vgr.: art. 4, ley 22.278). Pues, como ha señalado la propia Corte federal ello se debe, entre otras cuestiones a considerar, a que los menores (niños o adolescentes) no tienen el mismo grado de madurez emocional que debe suponerse y exigirse en los adultos. Esta cuestionada inmadurez emocional impone, sin lugar a duda alguna, que el reproche penal de la culpabilidad que se formula al menor no pueda tener la misma entidad que el formulado normalmente a un adulto. Desde este punto de vista, la culpabilidad por el acto de aquél es de entidad inferior a la del adulto, como consecuencia de su personalidad inmadura en la esfera emocional (v. consid. 37 del caso "Maldonado", Fallos: 328:4343).

Sólo desde esa especial hermenéutica es dable afirmar que está inferido en el sentido de la agravante que quien participa en un hecho delictivo con un menor de edad se "vale" de un sujeto al cual el legislador de dispensa un trato diferencial y tuitivo.

Es claro que la finalidad del legislador es desincentivar o desalentar la comisión de delitos con la intervención o participación de menores de edad, sin que quepa ingresar a evaluar su razonabilidad. Pues, no huelga recordar que el control que al respecto compete a los órganos jurisdiccionales no incluye el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador (conf. C.S.J.N., entre otros, Fallos: 308:1631; 323:2409).

10. Como resultado de lo dicho, propongo hacer lugar al recurso deducido por el señor Fiscal Adjunto ante el Tribunal de Casación Penal, casar la sentencia recurrida en cuanto eliminó la agravante genérica contenida en el art. 41 quáter con relación al art. 166 inc. 2, ambos del Código Penal -respecto de la causa 2614 seguida al imputado- y, asumiendo competencia positiva establecer que resulta aplicable al caso.

Con todo, a tenor de lo resuelto en la cuestión previa en razón de las prescripciones declaradas, sumado a la reposición de la agravante del 41 quáter que aquí se propicia, deberán volver los autos a la instancia a fin de graduar la pena a imponer.

En consecuencia, voto por la afirmativa.

Los doctores *Kogan* y *de Lázzari*, por los mismos fundamentos del doctor *Soria*, votaron la primera cuestión también por la afirmativa.

A la primera cuestión planteada, el doctor *Negri* dijo:

Adhiero al voto del doctor *Soria* con la sola aclaración en cuanto a que si bien por regla los fallos de la Corte de Justicia de la Nación no son vinculantes, pues sus alcances se encuentran limitados a los casos en que se dictan, su contenido puede, no obstante, ser recepcionado en orden a su validez intrínseca, como sucede en la especie en relación a los citados.

Voto por la afirmativa.

A la segunda cuestión planteada, el doctor *Genoud* dijo:

Según el señor defensor, la sentencia del *a quo* resulta arbitraria en la medida que el examen de la individualización punitiva se apartó sin razón alguna de los parámetros fijados en el precedente P. 87.172 de esta Corte, así como de la postura delineada por la Corte federal con el fallo “Casal” acerca del derecho del imputado a obtener una revisión amplia de su condena y de la pena impuesta (fs. 105 vta./107 vta.).

Con reflexiones además sobre el sistema reglado por los arts. 40 y 41 del Código Penal se disconforma concretamente con el monto determinado por la casación en la inteligencia que ese proceso tomó en consideración el punto medio de la escala pertinente, cuando, a su criterio, la dosimetría se realiza a partir del monto mínimo de aplicación a la especie, de acuerdo con los argumentos que sobre el tema expuso (fs. 108 vta./113 vta.).

Ahora bien, en la cuestión previa planteada se dispuso el reenvío de esta causa a la instancia anterior para que se mensione la pena correspondiente en razón de las prescripciones declaradas; siendo así, y teniendo en cuenta el reseñado contenido de la queja, su tratamiento carece por el momento de virtualidad (art. 421, C.P.P.).

Así lo voto.

A la segunda cuestión planteada, el doctor *Soria* dijo:

Concuero con el ponente en que a tenor de lo resuelto en la cuestión previa en la que se dispuso la prescripción de la acción penal de los delitos de resistencia a la autoridad (dos hechos), lesiones leves (dos hechos) y daño, sumado a la reposición de la agravante del 41 quáter del Código Penal con relación al hecho de la causa 2614 propiciada, siendo que los autos deberán volver al tribunal de la instancia a fin de mensurar la nueva pena correspondiente al caso, la queja en tanto transcurre por el carril de su determinación, y el régimen de lo reglado por los arts. 40 y 41 del Código Penal, su tratamiento carece por ahora de virtualidad.

Así lo voto.

Los doctores *Kogan*, *de Lázzari* y *Negri*, por los mismos fundamentos del doctor *Soria*, votaron la segunda cuestión en igual sentido.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente sentencia

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, oído el señor Subprocurador General, se resuelve: 1. Declarar de oficio la extinción de la acción penal por prescripción respecto del procesado F. en relación a los delitos de resistencia a la autoridad (dos hechos), lesiones leves (dos hechos) y daño, por los que venía condenado junto con otros ilícitos (arts. 54, 55, 59 inc. 3, 62 inc. 2, 67 -texto según ley 25.990-, 89, 183 y 239 del C.P.). 2. Por mayoría, hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el señor Fiscal ante el Tribunal de Casación Penal, casar la sentencia recurrida en cuanto eliminó la agravante genérica contenida en el art. 41 quáter con relación al art. 166 inc. 2, ambos del Código Penal -respecto del expediente 2614 seguido al imputado- y, asumiendo competencia positiva, establecer que resulta aplicable al caso (art. 496 y concs. del C.P.P.). 3. Declarar inoficioso el tratamiento del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido por el señor Defensor Oficial ante el Tribunal de Casación Penal (art. 421 y concs. del C.P.P.). 4. Devolver la causa al tribunal *a quo* a fin de que se gradúe la pena a imponer al acusado J. G. F. de conformidad a lo aquí resuelto (art. 496 y concs. del C.P.P.). — Héctor Negri. — Daniel F. Soria. — Luis E. Genoud. — Hilda Kogan. — Eduardo N. De Lázzari.

.....

DERECHO PENAL ECONÓMICO

La doctrina de la responsabilidad “penal” de las personas jurídicas: clímax y paroxismo del constructivismo jurídico arbitrario, de la hostilidad entre las palabras y las cosas, y del desprecio del saber jurídico que convierte bibliotecas enteras en basura (*)

POR LUIS GRACIA MARTÍN (**)

Sumario: I. Introducción. — II. La “joya legal” española de la doctrina de la responsabilidad penal de la persona jurídica. — III. Pero ¿qué podría impedir la transubstanciación y la transfiguración de la persona jurídica en un sujeto jurídico-penal? ¿La Dogmática?: Sí, pero como la Dogmática ésta equivocada, entonces prescídase de ella, sic et simpliciter. — IV. Los vicios -en variados planos, y, por cierto, no ocultos, porque son clara y ostensiblemente manifiestos- de la doctrina de la responsabilidad de las personas jurídicas en los órdenes penal y sancionador administrativo. — V. Equiparación de la persona jurídica y de la natural y negación de la capacidad de acción y de culpabilidad de la primera en la Dogmática del Derecho civil. — VI. La negación de la capacidad de acción y de culpabilidad de la persona jurídica en la Dogmática del Derecho sancionador administrativo. — VII. Acción, (infracción), culpabilidad y responsabilidad. — VIII. Conclusiones. — IX. Bibliografía citada.

I. Introducción

I. En su esfuerzo por alcanzar la cabeza de una carrera emprendida por desnortados legisladores de nuestro tiempo, que la cursan a modo de representación de un espectáculo político grotesco sin la mínima gracia, y además martirizante en general para la mayor parte de la ciudadanía, y en particular para el saber jurídico pensante (1), el legislador español (2) se decidió en 2010 a favor del extraviado y

(*) Abreviaturas utilizadas: ADPCP = Anuario de Derecho penal y Ciencias penales; AP = Revista Actualidad penal; AT = Allgemeiner Teil; C.c. = Código civil; CP = Código penal; CPC = Cuadernos de Política Criminal; CuCGPJ = Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial; GA = Goldammer’s Archiv; JZ = Juristenzeitung; Lb. = Lehrbuch; LRJAPPC = Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo común; NJW = Neue Juristische Wochenschrift; PE = Parte Especial; PG = Parte General; RPCP = Revista Peruana de Ciencias penales; Schönke/Schröder^{28ª} = Strafgesetzbuch. Kommentar, 28ª ed., C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 1991; SchZStr. = Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht; SK I^{5ª} = Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. I, Allgemeiner Teil, 5ª ed., Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am Main; StV = Strafverteidiger; wistra = Zeitschrift für Wirtschaft-Steuer-Strafrecht; ZschR = Zeitschrift für schweizerische Recht; ZIS = Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik — www.zis-online.com; ZStW = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

(**) Profesor de la Universidad de Zaragoza.

(1) Téngase en cuenta que todo saber tiene ciertamente una “intencionalidad”, pero como expone y advierte ZAFFARONI PG^{2ª} 2002, pp. 266 ss., el saber está a menudo fuertemente condicionado y limitado por el poder, y en concreto, dentro del saber jurídico-penal, hay que distinguir al racional del irracional y, en definitiva, al que “piensa” del que “no piensa”; según Zaffaroni, loc. cit., p. 266, “el saber para poder no es un pensar”, y el saber jurídico-penal que “no piensa” es aquél que elabora sus productos al margen de “la pregunta ontológica y antropológica” y que a continuación los “racionaliza” (p. 269).

(2) Quien con su perseverancia competitiva para ganar la carrera, alcanzará la cabeza con toda probabilidad con la aprobación del Proyecto de reforma del Código Penal actualmente en tramitación parlamentaria (BOCG, Congreso de los

disparatado constructo de una conceptualmente imposible responsabilidad “penal” de las personas jurídicas. En efecto, asumiendo y practicando algo así como el rol de un hechicero de vudú haitiano, por medio de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código penal, el legislador español quiso dotar a las personas jurídicas de un espíritu que, como el de los humanos, tendría la capacidad y la fuerza de realizar y de omitir antijurídica y culpablemente acciones jurídico-penalmente relevantes, y quiso transfigurarlas así en sujetos jurídico-penales completos que tendrán que responder soportando y padeciendo una pena como consecuencia jurídica de las fechorías criminales que el legislador supone que comete ella misma.

2. Con esta positivación legal de un pretendido -y sin embargo, como veremos, fallido- Derecho penal de agrupaciones que, como recientemente lo caracteriza con precisión y genialmente *Bernd Schünemann*, no puede ser imaginado más que como un “zombi político-criminal” (3), el legislador español ha ignorado o pasado por alto a la más altamente cualificada y científicamente rigurosa doctrina española, abiertamente contraria a semejante constructo (4), y también a la extranjera del más alto nivel científico en nuestro sistema jurídico continental, a cuyo afianzamiento epistemológico ha contribuido de un modo decisivo *Bernd Schünemann* con multitud de argumentos que viene desarrollando desde hace tiempo con el más elevado y refinado rigor lógico material y formal en la construcción jurídica (5), que aún en

Diputados, Serie A: Proyectos de Ley nº 66-1, de 4 de octubre de 2013), iniciará a continuación su escapada del gran pelotón hacia la meta, y finalmente se coronará victorioso con su anunciada liquidación del vigente modelo de plazos para la interrupción voluntaria del embarazo.

(3) Véase el reciente artículo de Schünemann, publicado en ZIS 1/2014, con el título “Die aktuelle Forderung eines Verbandsstrafrechts — Ein kriminalpolitischer Zombie”.

(4) Véase el juicio de Schünemann ZIS 1/2014, p. 14: “contra la protesta del sector predominante de la Ciencia jurídico penal (española)”. Sobre mi postura al respecto, véase GRACIA, Martín. *Personas jurídicas* 1996, pp. 40 ss. y 63 ss.; el mismo, Prólogo a Castillo Alva 2001, pp. 59 s. el mismo, Tratado 2006, pp. 546 ss. y 576 s.; el mismo, Lecciones 4ª 2012, pp. 216 ss.; el mismo, *Actuar I* 1985, p. 8.

(5) Para citar de su voluminosa obra sólo una selección relevante de lugares donde ha desarrollado el método, véase, Véase Schünemann *Unterlassungsdelikte* 1971, pp. 39 y 41; el mismo, FS Klug 1983, pp. 169 ss.; el mismo, FS Roxin 2001, pp. 23 ss.; y el mismo, *Ontologismo y normativismo*

el presente enriquece con importantes precisiones y matices (6), y en definitiva, con argumentos críticos con una carga de racionalidad tal, que los dota de una fuerza mucho más que suficiente para hacerlos irrefutables y también de una firmeza que los sostiene como sólidos muros de contención de la simple e insubstantial doxología de nuestro tiempo, entregada a la mera opinión libre sin fundamento ni apoyo algunos en el saber jurídico válido e indeclinable (7), y que como él mismo ya

2000, pp. 654 ss., y 660 ss. Sobre mi postura metodológica, no coincidente en todo, pero muy próxima a la de Schünemann, véase GRACIA, Martín. *Fundamentos* 2006, pp. 75 ss. y 115 ss.; el mismo, RECPC 06-07 (2004), pp. 4 ss., 8 ss.; el mismo, Prólogo a Mª Ángeles Rueda Martín 2001, pp. 22 ss.; el mismo, *Horizonte* 2005, pp. 44 ss. y 232 ss.; el mismo, *Adecuación social* 2013, pp. 203 ss., 210 ss. y 228 ss.

(6) Véase Schünemann ZIS 1/2014, pp. 1 ss.; el mismo, *Verfassungswidrigkeit* 2013, y sus precedentes trabajos sobre la cuestión, el mismo, *Unternehmenskriminalität* 1979, pp. 155 ss., 172 ss. y 232 ss.; el mismo, *wistra* 1982, pp. 41 ss. (= ADPCP 1988, pp. 551 ss.); el mismo, *Madrid Symposium für Klaus Tiedemann* 1994, pp. 265 ss. (= en *Jornadas* pp. 565 ss.); el mismo, *Deutsche Wiedervereinigung III* 1996, pp. 129 ss. y 168 ss.; el mismo, ADPCP 2002, pp. 9 ss.; el mismo, *Constitución europea* 2006, pp. 151 ss.; el mismo, LK I12ª 2006, pp. 1841 ss.; el mismo, FS Tiedemann, 2008, pp. 429 ss.; el mismo, GA 2013, pp. 193 ss.

(7) Sobre la práctica que hoy parece ya dominar como modo de la producción jurídica, de ignorar las grandes -y para muchos conceptos y soluciones, también definitivas- obras (clásicas) de la Dogmática penal, y de sustituirlas por discursos y opiniones huérfanos de todo respaldo científico y, por eso, absolutamente carentes de fundamento, y sobre las consecuencias negativas que de ahí se derivan para la elaboración del sistema penal, véase GIMBERNAT, *Ensayos* 1999, p. 375; véase además NIETO, Alejandro. *El Derecho y el revés* 1999, pp. 217 ss., donde describió la tendencia ya suficientemente marcada cuando hizo la advertencia sobre el camino emprendido en la Ciencia jurídica, que no se ha detenido ni cambiado de rumbo, con observaciones como estas: la producción de pensamiento -dice Alj. Nieto- tiene “un enemigo letal: la prisa”, pues “antes nos lo tomábamos con calma porque sabíamos que era una carrera de fondo”, pero hoy “en esta etapa veloz”, se puede pasar “en cuatro o cinco años de los bancos del aula al estrado profesoral, (se hacen) doctores, (se cumplen) los rituales de estancia en el extranjero, (se escribe) media docena de artículos y (se publica) un libro” (p. 217, en los paréntesis he cambiado el tiempo verbal utilizado por Nieto en pasado). En fin, que no estaría mal recordar la advertencia hecha por el gran físico alemán Wolfgang Pauli (1900-1958) a algún discípulo suyo, de que “no me importa que usted piense despacio, sino que publique más rápido de lo que piensa”. Todo esto es tan importante y trascendente, que lo repetiré más adelante en otro contexto de este trabajo.

denunció hace dos décadas, erosiona despiadadamente a la Ciencia del Derecho penal y acelera su entropía. (8) Estas actitudes amenazan seriamente con secuestrar y con encriptar el *minimum minimum* del saber jurídico.

II. La “joya legal” española de la doctrina de la responsabilidad penal de la persona jurídica

1. Como queda dicho, la mencionada L.O. 5/2010 introdujo en el Código penal español una pluralidad de disposiciones que declaran la responsabilidad penal de las personas jurídicas, establecen las correspondientes “penas” aplicables a ellas y fijan reglas específicas para la aplicación y determinación de éstas. El nuevo art. 31 bis declara la responsabilidad penal de las personas jurídicas, define al menos algunos de los elementos constitutivos del “supuesto de hecho” determinante de aquélla, y finalmente, enumera determinadas circunstancias que podrán atenuar la responsabilidad penal de la persona jurídica. (9) Si a la persona jurídica se la hace

(8) Véase SCHÜNEMANN GA 1995, pp. 221 s., 223 ss. (= ADPCP, 1996, pp. 211 s.); en sentido similar, sobre el daño que ocasiona el pensamiento tópico a la Ciencia jurídica penal, véase GIMBERNAT ADPCP 1992, p. 833; el mismo, Estudios^{3a} 1990, pp. 158 ss.; y sobre los peligros políticos de todo esto, véase ZAFFARONI PG^{2a} 2002, pp. 22 ss., 94 ss., y especialmente 386 s.

(9) Según el mencionado art. 31 bis: 1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas 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. En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso. 2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos. 3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que

penalmente responsable por la comisión de un determinado delito, lo lógico, en principio, tendría que ser que a ella se le impusieran las penas típicas con que está conminada su realización. Mas como esto es simplemente imposible -piénsese especialmente en la pena privativa de libertad-, el legislador español ha introducido un catálogo de penas específicas para las personas jurídicas cuyo contenido es la privación o restricción de bienes y de derechos de los que son titulares semejantes antes en cuanto sujetos de derecho. (10) Puesto que por

dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente. 4. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades: a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades. b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos. c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito. d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica. 5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables 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. En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.

(10) El apartado 7 añadido al art. 32 CP establece que: “Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes: a) Multa por cuotas o proporcional; b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita; c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años; d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años; e) Prohibición de realizar en el futuro las

la misma naturaleza de las cosas, ni el fundamento ni los fines de estas meramente llamadas penas para personas jurídicas pueden ser los mismos que los de la auténticas penas en sentido material, en el Art. 66 bis se han introducido unas reglas y criterios específicos para su determinación. (11)

actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años; f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años; g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años. La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.

(11) Art. 66 bis CP: En la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas se estará a lo dispuesto en las reglas 1.ª a 4.ª y 6.ª a 8.ª del primer número del artículo 66, así como a las siguientes: 1.ª En los supuestos en los que vengan establecidas por las disposiciones del Libro II, para decidir sobre la imposición y la extensión de las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 habrá de tenerse en cuenta: a) Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos; b) Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores; c) El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control. 2.ª Cuando las penas previstas en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33 se impongan con una duración limitada, ésta no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física. Para la imposición de las sanciones previstas en las letras c) a g) por un plazo superior a dos años será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes: a) Que la persona jurídica sea reincidente; b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad

Finalmente, en el apartado 2 del art. 130 CP, se excluye la extinción de la responsabilidad penal en los casos de transformación, fusión, absorción, escisión y disolución, encubierta o aparente, de la persona jurídica responsable. (12)

2. A favor de su decisión, el legislador español quiso argüir que ella venía exigida -demandada- así por numerosos instrumentos internacionales. (13) Pero esta -sin la menor duda- infundada y fraudulenta motivación (14), que junto al argumento del Derecho comparado también se ha querido esgrimir y ha estado presente desde siempre en cierta doctrina favorable a dicha decisión (15), puede

legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal. Para la imposición con carácter permanente de las sanciones previstas en las letras b) y e), y para la imposición por un plazo superior a cinco años de las previstas en las letras e) y f) del apartado 7 del artículo 33, será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes: a) Que se esté ante el supuesto de hecho previsto en la regla 5.ª del primer número del artículo 66; b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.

(12) Según el art. 130.2 CP: La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella. No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.

(13) Véase el apartado VII de la Exposición de motivos de la L.O. 5/2010, BOE nº 152, de 23 de junio de 2010.

(14) Al respecto, véanse las argumentadas desvirtuaciones de la misma formuladas por Fernández Teruelo, RDP -31- 2010, pp. 45 ss. y por Octavio de Toledo ADPCP 2009, pp. 109 ss., este último en relación con las Exposiciones de motivos de los precedentes Proyecto de 2007 (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de Ley, nº 119-1, de 15 de enero de 2007) y Anteproyecto de 2008; véase asimismo ORTIZ DE URBINA Sanciones penales 2013, pp. 275 ss.

(15) Antes de la reforma, véase por ejemplo sobre recomendaciones de organismos internacionales Zugaldía CPC -11- 1980, pp. 70 ss.; el mismo, CPC -53- 1994, pp. 617 ss.

y debe quedar relegada aquí y ahora a un plano secundario y sin la menor trascendencia. Pues aun suponiendo que fuera verdad y cierta -que como queda dicho, no lo es- ella en modo alguno podría justificar ni legitimar una decisión que, como la pretendida, es frontalmente contraria a la razón y al Derecho, ya que ninguna decisión irracional de uno mismo puede justificarse ni ampararse de ningún modo en el argumento de que eso mismo es lo que hacen otros, porque esto, evidentemente, para nada elimina ni mitiga la irracionalidad de quienes ya antes han procedido antes de ese modo. (16) En cambio, lo que aquí y ahora sí debe ser objeto de atención y de preocupación es más bien el contenido y el sentido de la decisión misma, y en razón de su coincidencia en lo esencial con lo demandado desde hace un tiempo por una doctrina que ha tomado, ya desde su punto de partida, una dirección equivocada y visiblemente extraviada hacia una meta imposible de alcanzar, y en cuyo extraviado recorrido, como no puede ni podría ser de otra manera, va formulado y dejando como hitos a constructos conceptuales a los que pretende dar apariencia jurídico-penal, pero que carecen absolutamente de todo y del mínimo contenido *real* de esa naturaleza, toda vez que del análisis de la materia elaborada, y luego dada como contenido a dichos constructos por sus artífices, resulta que no puede obtenerse ni una sola partícula de materia prima *real* con naturaleza jurídico-penal, y porque -dicho de otro modo- de los substratos *reales* que se descubren e identifican irremisiblemente al final de la desnormativización o deconstrucción de cada uno de sus constructos, resulta que no puede ser destilada ni obtenida ni siquiera *una sola gota* de fluido jurídico-penal, pues todo el que se obtiene es uno más bien de naturaleza civil o administrativa (no sancionadora).

III. Pero ¿qué podría impedir la transubstanciación y la transfiguración de la persona jurídica en un sujeto jurídico-penal? ¿La Dogmática? Sí, pero como la Dogmática ésta equivocada, entonces prescídase de ella, *sic et simpliciter*

1. Qué oscuros e inconfesables -o simplemente a la conciencia no aflorados- motivos impulsan a la disparatada invención jurídica de una responsabilidad penal de la persona jurídica, ésta es una cuestión

(16) En sentido similar, Schünemann ZIS 1/2014, p. 12; el mismo, *Verfassungswidrigkeit*, pp. 18 s.

que aquí tiene que quedar imprejuizada. (17) La cuestión importante aquí es: ¿cómo puede llegarse a tan “milagrosa” transfiguración o transubstanciación de la persona jurídica en un sujeto jurídico-penalmente idóneo? A los defensores de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la respuesta a semejante pregunta les parece obvia: porque -así lo dicen- quienes la negamos, primero, seguimos un método incorrecto y equivocado; y, segundo, porque al negarla y proponer otras soluciones, “jugamos con las etiquetas”. Nadie ha sido tan explícito al respecto como Zugaldía, al criticar mis tesis contrarias a la responsabilidad

(17) Nietzsche contraponen la “invención” (Erfindung) en cuanto ruptura histórica, al “origen” (Ursprung) en cuanto continuidad metafísica; por ejemplo, Nietzsche sostiene con razón, en contra de Schopenhauer, que la religión no tiene ningún origen, sino que en ella no cabe ver nada más que una fabricación o invención debida a oscuras relaciones de poder; véase NIEZTSCHKE, *Fröhliche Wissenschaft* 1982, n° 99 (pp. 112 ss.), n° 151 (p. 151), n° 353 (pp. 234 s.); también FOUCAULT *Verdad* 1980, pp. 20 ss., al comentar el concepto nietzscheniano de invención, advierte que toda invención “posee un comienzo pequeño, bajo, mezquino, inconfesable” (p. 21). En todo caso, independientemente de cuáles sean los oscuros y perversos motivos que impulsan a la formación del constructo, sociológicamente parece que el fenómeno puede explicarse a partir del estado alcanzado por la Ciencia jurídico-penal en la actualidad, el cual ha sido descrito magistralmente por Bernd Schünemann. Según él, la Ciencia jurídico-penal alemana se caracterizó hasta los años 60 del siglo pasado, por la gran coherencia y homogeneidad de un pensamiento cultivado y desarrollado por un número reducido de participantes en la discusión científica, formados en el seno de auténticas escuelas que podrían compararse con los bloques compactos, y relacionados entre sí, de la gran muralla de Cuzco; a partir de esa época comenzaría la desintegración y la entropía de la Ciencia jurídico penal hacia una situación como la actual, que Schünemann compara con “una fachada churriguera, un suelo de terrazo o un techo de marquetería”, porque como él describe, el número de participantes en la discusión científica se ha multiplicado ampliamente, “se ha reducido sustancialmente la formación de escuelas, y la sociedad postmoderna produce una continua cadena de mensajes valorativos cambiantes, contradictorios o que discurren en círculos, y que en su conjunto tienden, igual que los ideales estéticos, hacia la arbitrariedad absoluta”, todo lo cual sería posible porque, según concluye Schünemann, “la Ciencia jurídica, a diferencia de las empíricas, apenas dispone de un conjunto de reacciones que permitan comprobar la corrección de las tesis sostenidas en ella”, y porque “no existe previsión institucional alguna en contra de que los argumentos fuertes sean sustituidos al cabo de algún tiempo únicamente por el motivo de un cambio de moda por argumentos débiles”; véase SCHÜNEMANN GA 5/1995, p. 221 s. = ADPCP 1996, pp. 209 s.

de la persona jurídica tanto en el orden penal como también en el sancionador administrativo. En contra de esto, para él -como sin duda también para todo el que explícita o implícitamente vaya en su misma dirección extraviada- parece que para llegar a fundamentar una responsabilidad penal de la persona jurídica "todo debe valer". Creo que ni *Feyerabend* se atrevería a tanto. Veámoslo.

2.a) Según *Zugaldía*, mi rechazo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas sería sólo la consecuencia de que, en su contundente afirmación, *no es metodológicamente correcto* "considerar que existe un *único* concepto válido y verdadero de acción (ni) un *único* concepto válido y verdadero de culpabilidad"; porque -dice- es cierto que "tales concepciones son -lógicamente- *posibles*, pero no excluyen ni mucho menos *otros* conceptos distintos de acción y de culpabilidad". (18) Pero mis errores metodológicos no se agotarían en esto, pues según *Zugaldía*, aún incurriría en otro más que consistiría en que inicialmente yo me habría preguntado "por la capacidad de acción y de culpabilidad de las personas jurídicas partiendo de un concepto de acción y de culpabilidad *ya dado -y exclusivamente válido- para las personas físicas*", y esto, *sic et simpliciter*, sería erróneo porque así "la pregunta está mal formulada", ya que a partir de semejante planteamiento de la cuestión, "la respuesta será inexorablemente negativa". (19) Así pues -concluye *Zugaldía*- esta "suma de sendas metodológicamente incorrectas", por supuesto, "no puede llevar, en última instancia, más que a la obtención de conclusiones equivocadas". (20)

b) Pero es que en su "avistamiento" de mi tesis, *Zugaldía* detecta aún otro defecto, que de ser cierto, a quienes negamos la responsabilidad penal de las personas jurídicas nos tendría que forzar a renunciar definitivamente a dicha negativa. Ahora se trata de la cuestión -que no puede desvincularse del método- del "etiquetamiento" de los conceptos. Según entiende él, yo también habría naufragado y fracasado en esto, o si se quiere decir de otro modo, pareciera que yo no

(18) Véase ZUGALDÍA CPC -53- 1994, p. 621. Ya con esto, *Zugaldía* ignora que la realidad de la que se habla es como es independientemente de cómo se la exprese lógicamente. En definitiva, desconoce la abismal diferencia que existe entre la Lógica formal y la material.

(19) Véase ZUGALDÍA CPC -53- 1994, pp. 621 s.

(20) Véase ZUGALDÍA CPC -53- 1994, p. 622.

conozco el lenguaje, ni la taxonomía ni los códigos de nomenclatura jurídicos, lo cual significaría *a sensu contrario* que él sí los conoce y que los domina. Pues según *Zugaldía*, al negar yo primero toda posibilidad de que la persona jurídica pueda ser un sujeto responsable tanto criminalmente como en todo y en cualquier orden sancionador, y al acabar empero proponiendo después todo un arsenal de reacciones jurídicas de carácter (en mi opinión) no sancionador para ellas, para las cuales incluso evito cuidadosamente los términos "pena" y "sanción" en sentido estricto (21), con esto último estaría yo "jugando con las etiquetas", porque en opinión de *Zugaldía*, después de afirmar yo que a las personas jurídicas "no se les puede imponer absolutamente de nada", en realidad termino imponiéndoles "absolutamente de todo", y esto, en definitiva, sería algo que podría "hacer las delicias de cualquier partidario de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas". (22)

(21) Porque yo, contra lo que parece suponer o insinuar *Zugaldía*, sí creo conocer la taxonomía y la nomenclatura jurídicas, y por eso no frivolizo con tan decisivo y trascendente modo de adquirir y de comunicar conocimiento y, en consecuencia, ni se me ocurriría decir que es "propio" de un sujeto, el hecho que ha realizado "otro" sujeto distinto. Vamos, que creo que tengo muy clara la diferencia entre el Derecho civil y el penal.

(22) Véase ZUGALDÍA, CPC -53- 1994, p. 622; véase también, en sentido parecido, Nieto Martín Responsabilidad 2008, pp. 19 s., y especialmente nota 10 en p. 20, donde a mí y a otros autores que razonan del mismo modo que yo nos atribuye haber caído en el "mal del nominalismo"! Pero con esto, a *Zugaldía* -y también a Nieto- le queda pendiente, sin embargo, como cuestión decisiva la de pronunciarse -pero razonadamente, es decir, con argumentos de la Ciencia jurídica, y no con simples afirmaciones- acerca de si también estarán jugando con las etiquetas todos quienes, por ejemplo, llamen consecuencias civiles a la indemnización del daño o a la devolución del enriquecimiento injusto, y también a todos quienes llamen medidas de coacción directa administrativa, por ejemplo, a la retirada de la vía pública de un animal peligroso que es propiedad de una persona, a los comisos y requisas, a las intervenciones administrativas de empresas o, en general, a todas las potestades administrativas ablatórias. Si *Zugaldía*, en lugar de limitarse a hacer meras y simples afirmaciones, hubiera entrado en debate y tratado así de rebatir mis extensos y detallados argumentos -lo que no ha hecho en lo más mínimo-, entonces en lugar de atribuirme lo que yo no digo en absoluto, lo que tendría que haber tratado de rebatir es lo que yo realmente digo junto con la más rigurosa y seria doctrina, a saber: que a la persona jurídica no se le puede imponer absolutamente nada de naturaleza penal o sancionadora, y sí, por el contrario, "todo" lo que tenga naturaleza civil o administrativa. No alcanzo a ver ni a lo

c) Naturalmente, si un método es incorrecto y lleva a conclusiones equivocadas, entonces lo que cabe esperar de quien así lo percibe no puede ser consecuentemente nada más que buscar otro -para él, quizá “el” único y definitivo- método “correcto”, porque sólo éste, y precisamente por su corrección, podrá y tendrá que llevar a las conclusiones correctas, es decir: ¡justamente a las mismas que por ya estar pensadas *a priori* como queridas a toda costa en una supuestamente “bien formulada” pregunta inicial!, se van a deducir luego inexorablemente, pero ¡ahora ya como “demostradas” *a posteriori*! gracias al método correcto que se encontró porque la pregunta inicial se formuló “bien”. Así pues, quienes no aceptamos, sino que rechazamos contundentemente las conclusiones de Zugaldía, obramos así porque no hemos visto o no nos hemos percatado del método correcto que, sin embargo, al parecer, él sí ha encontrado y ahora nos quiere dar a conocer. Este método “correcto” sería uno que tendría que partir naturalmente de la pregunta distinta y “bien formulada” relativa a “si puede existir un concepto de acción y de culpabilidad válido (también o exclusivamente) para las personas jurídicas”, y que cuando se haga operativo permita “elaborar un concepto de acción y de culpabilidad válido (también o exclusivamente) para las personas jurídicas”. (23) Así pues, el método correcto que ahora Zugaldía nos da a conocer, y el cual nos invita a seguir, es el que permite construir los mencionados conceptos y, de la mano de éstos, llegar luego hasta donde ya en el principio él quería y se había propuesto llegar a toda costa, es decir, a poder cargar a la persona jurídica de una responsabilidad *criminal* y a cargarle las penas correspondientes. (24) Pero

lejos -y esto es un verdadero enigma- qué delicia podrían encontrar en mi tesis los partidarios de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

(23) Véase ZUGALDÍA CPC -53- 1994, p. 622.

(24) Como Zugaldía ya había propuesto inicialmente de lege ferenda en un primer trabajo de 1980, véase ZUGALDÍA CPC -11- 1980, *passim*. Con posterioridad a éste y al citado en notas anteriores, y con motivo de la introducción en el CP 1995, de un sistema de “consecuencias accesorias”, especialmente para las personas jurídicas en el art. 129, Zugaldía quiso ver realizada su propuesta ya de lege lata en ese momento, si bien para salvar el obstáculo terminológico que le planteaba aquella denominación legal, tuvo que llevar a cabo ciertas interpretaciones trascendentes al sentido gramatical; véase Zugaldía, PJ -46- 1997, pp. 332 ss.; el mismo, en Cobo (dir.) ComCP IV, pp. 1053 y ss.; el mismo, LH Valle 2001, pp. 896 ss.; el mismo, Vigencia 2001, pp. 252

¿en qué se concreta dicho método “correcto”? En un primer momento, Zugaldía encontró al parecer dos posibles versiones correctas del método porque a su parecer operarían con “mejor criterio” que los que utilizamos el método que él tacha de incorrecto, a saber: la seguida por Jakobs, que mediante una construcción puramente “normativa” habría logrado producir unos conceptos de acción y de culpabilidad *idénticos* para la persona natural y para la jurídica; y otro distinto, que es el que siguen la mayoría de los defensores de la responsabilidad penal de la persona jurídica, y que consistiría en construir unos conceptos de acción y de culpabilidad para ella *distintos* pero *en paralelo* a los de la persona física. (25)

3.a) Desde luego hay que reconocer que en una primera lectura de las “percepciones” y afirmaciones de Zugaldía, resulta cuando menos impactante su categórica doble afirmación de contrarios, es decir, por un lado, que los unos -entre los que me encuentro yo- no formulamos bien la pregunta inicial, y por eso desarrollamos luego un método incorrecto que lleva a conclusiones equivocadas, y por otro lado, que los otros -entre los que se encuentra él- sí saben formularla bien, y por eso con un “mejor criterio” encuentran luego el método correcto que lleva a las conclusiones correctas. Si esto fuera así como lo ve Zugaldía, desde luego quienes rechazamos de plano el inconcebible constructo que él quiere edificar, tal vez debiéramos plantearnos seriamente renunciar a tratar de -y ni siquiera intentar- producir conocimiento jurídico, pues ¿qué clase de conocimiento podríamos producir y aportar quienes seguimos un método incorrecto porque no formulamos bien las preguntas iniciales sobre los problemas a tratar? Y esto, consecuentemente, no sólo me lo tendría que plantear yo, sino que al incurrir en los mismos

ss. Se adhirió a las interpretaciones de Zugaldía, BACIGALUPO, Silvina. Responsabilidad 2001, pp. 284 ss.; la misma, en Curso, pp. 71 ss.; la misma, en Bajo/S. Bacigalupo, Derecho penal económico 2001, nota 33 de p. 152; véase también ZÚÑIGA RODRÍGUEZ Bases 2003, p. 213, si bien esta autora, a diferencia de los anteriores, sólo reivindicó la naturaleza de pena de las consecuencias accesorias del art. 129 de lege ferenda. Finalmente, con la introducción en el CP vigente de una responsabilidad penal de la persona jurídica y de las correspondientes penas por la L.O. 5/2010, ahora nominalmente, Zugaldía cree que se ha realizado ya de un modo pleno su propuesta; véase Zugaldía La Ley penal -76- 2010, pp. 5 ss.; el mismo, Responsabilidad 2013, *passim*.

(25) Véase ZUGALDÍA CPC -53- 1994, pp. 622 ss.

vicios, también deberían hacerlo todos y cada uno de los gigantes y modélicos juristas y filósofos que haré desfilar a lo largo de este escrito con sus opiniones radicalmente contrarias al inconcebible y perverso constructo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Y es que ya hace tiempo que *Zugaldía* nos lo había advertido: si la Dogmática se opone a este proyecto de convertir a la persona jurídica en sujeto jurídico-penal, entonces, “peor” para ella” (26), porque sólo debe ser cuestión de tiempo la derogación del Derecho penal tradicional y sin futuro. (27)

b) En el tiempo subsiguiente a la publicación de las científicamente insostenibles e inadmisibles “percepciones” y descalificaciones de *Zugaldía*, me he vuelto a ocupar parcialmente de cuestiones relativas al tratamiento de la persona jurídica en el Derecho penal (28), pero durante todo este largo período, por diversos motivos, he considerado que darles expresamente la respuesta contundente de que son acreedoras era innecesario porque en mi opinión, y después de una primera reflexión y ponderación sobre ellas, resultaba claramente perceptible que ellas mismas ya eran portadoras -es decir, intrínsecamente- de su propia inconsistencia objetiva y, con ésta, también de su propia autodescalificación. Pero hoy día, las circunstancias ya no son las mismas que hace una década, y las actuales sí hacen ya necesaria aquella respuesta contundente por exigencias científicas, ya que la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas parece estar imponiendo sus

(26) Véase ZUGALDÍA CPC -11- 1980, p. 87.

(27) Véase ZUGALDÍA CPC -11- 1980, p. 86.

(28) El artículo en que sustenté la tesis de la irresponsabilidad de la persona jurídica en cualquier orden jurídico de tipo sancionador, apareció publicado en AP -39- 1993, pp. 583 ss., y las “percepciones” de *Zugaldía* son, como se ve, de 1994. Después de la publicación de éstas, me he ocupado particularmente de la cuestión de las “consecuencias accesorias” previstas para personas jurídicas en el art. 129 CP, en *Consecuencias* 1996, pp. 437 ss. y 456 ss.; en *Lecciones1ª* 1998, pp. 367 ss. y 385 ss.; en *Lecciones2ª* 2000, pp. 385 ss. y 403 ss.; en *Lecciones3ª* 2004, pp. 469 ss. y 512 ss.; en *RPCP -17-* 2005, pp. 195 ss. y 234 ss.; en *Tratado* 2006, pp. 536 ss. y 576 ss.; en *Homenaje a Klaus Tiedemann* 2011, pp. 159 ss., 168 ss., 176 ss.; y finalmente, ya después de la entrada en vigor del nuevo art. 31 bis CP y concordantes introducidos por la LO 5/2010, sosteniendo que pese a la denominación de las consecuencias jurídicas previstas para las personas jurídicas como “penas”, ello no modifica en nada su naturaleza material de “consecuencias accesorias”, en *Lecciones4ª* 2012, pp. 201 ss. y 212 ss.

disparatados enunciados y contribuyendo así de un modo notable a la aceleración de la entropía de la Ciencia jurídico-penal, iniciada ya hace unas tres décadas, y precisamente en lo que concierne al método en su doble aspecto del tratamiento del objeto del conocimiento y de los procedimientos prácticos de la investigación, tal y como han denunciado ya varios eximios juristas que con su modélico trabajo se han ganado el más elevado prestigio y autoridad en la comunidad científica. Y es que lo que en algún momento comenzó como un presagio, hoy se ha tornado ya en una realidad práctica que domina: se desprecia la lenta y trabajosa formación en el saber jurídico más elevado, se ignoran los textos y fuentes de conocimiento más relevantes y éstos son reemplazados por todo tipo de opiniones y de comentarios apresurados, frívolos y sin fundamento alguno, y en fin, se ha desatendido y despreciado definitivamente la advertencia hecha por el gran físico alemán *Wolfgang Pauli (1900-1958)* a un discípulo suyo, de que “no me importa que usted piense despacio, sino que publique más rápido de lo que piensa”. (29) Que la doctrina de la responsabilidad penal de la persona jurídica es un exponente especialmente significativo de todo esto, se mostrará hasta la saciedad en el curso de este trabajo.

IV. Los vicios -en variados planos, y, por cierto, no ocultos, porque son claramente manifiestos- de la doctrina de la responsabilidad de las personas jurídicas en los órdenes penal y sancionador administrativo

1. a) Para evitar malentendidos, quiero dejar aclarado ya ahora, que los argumentos metodológicos muy severos y contundentes que voy a desarrollar aquí contra la doctrina de la responsabilidad penal de la persona jurídica, no tienen

(29) Como explica Foucault *Discurso2ª* 1980, p. 22, en la producción de cualquier discurso, a veces tiene lugar el hecho de que “bastantes textos importantes se oscurecen y desaparecen, y ciertos comentarios toman el lugar de los primeros”. Sobre la práctica que hoy parece ya dominar como modo de la producción jurídica, de ignorar las grandes -y para muchos conceptos y soluciones, también definitivas- obras (clásicas) de la Dogmática penal, y de sustituirlas por discursos y opiniones huérfanos de todo respaldo científico y, por eso, absolutamente carentes de fundamento, y sobre las consecuencias negativas que de ahí se derivan para la elaboración del sistema penal, véase GIMBERNAT *Ensayos* 1999, p. 375. Véanse de nuevo las opiniones al respecto de Alejandro Nieto y de Schünemann ya reproducidas supra en las notas 7 y 17 respectivamente.

por objeto en ningún caso ninguna opinión ni tesis particular de ningún autor individual, sino exclusivamente los contenidos y el modo de producción del “discurso”, es decir -y como bien he aprendido de *Michel Foucault*- con absoluta independencia de quién o de quiénes sean el o los “sujetos” particulares que hablan *en el* o *adentro* del discurso de una manera *determinada* y *singular*. En fin, y dicho de otro modo tal vez más claro y fácil de entender: que lo único que importa aquí es “lo que” se dice, y no “quien” lo dice, y por esto, que lo que se aprueba o reprueba es “lo que” se dice y para nada a “quien” lo dice, porque solo esto puede merecer el valor de crítica objetiva, racional y científica. (30) Por lo demás, y parafraseando a *Welzel*, de ningún modo se trata de proponer ni defender ningún método ni unos principios jurídicos de corrección y de validez “inmutables”,

(30) Lo que digo, podrá entenderse cabalmente si se tiene en cuenta que, desde que lo aprendiera de Foucault, y así trato de hacerlo, se ha de tratar de analizar el significado y la materialidad objetivos o externos de los discursos, esto es, los acontecimientos, objetos y enunciados discursivos, su funcionamiento real objetivo y material, y, por ello, sus interconexiones, sus rechazos, sus contradicciones, exclusiones, inclusiones, etc., con independencia de quién los ha dicho. Foucault dice al respecto: “como yo no me intereso por los autores sino por el funcionamiento de los enunciados poco importa quién lo dijo o cuándo”; véase FOUCAULT *Verdad* 1980, p. 138. A mayor abundamiento, entiendo, también con Foucault, que un enunciado es un acontecimiento que no se agota en las palabras que lo expresan ni en su sentido, pues entre otras cosas está ligado no sólo con las situaciones que lo provocan y con las consecuencias que produce, sino también con enunciados que lo preceden y que lo siguen; véase, Foucault *L'archéologie* 1969, pp. 40 s. Además, hay que aislar los enunciados de la lengua y del pensamiento para desvincularlos de sus conexiones psicológicas, como por ejemplo de la intención del autor, de la forma de su intelecto, del rigor de su pensamiento, de los temas que le obsesionan, del proyecto que guía su existencia, etc., para a continuación poder captar en él otras formas de regularidad y otras conexiones: relaciones de unos enunciados con otros aunque no sean del mismo autor, relaciones entre grupos de enunciados incluso aunque no se refieran al mismo dominio o campo formal, relaciones entre grupos de enunciados con acontecimientos de ordenes distintos, como el técnico, económico, político, etc.; en suma, al enunciado hay que “hacerle libre para describir en él y fuera de él juegos de relaciones”; cfr. Foucault *L'archéologie* 1969, p. 41. Ahora bien, pese a todo esto, hay que tener en cuenta que, como advierte Foucault, es inevitable que haya terrenos como la literatura, la filosofía y la ciencia, en que “la atribución a un autor es indispensable”; véase Foucault *Discurso* 2ª 1980, p. 25. Lo que, de todos modos, no modifica en nada que la crítica tenga como objeto exclusivamente a los enunciados del autor, y de ningún modo al autor de los enunciados.

sino que de lo que trata es más bien de que “la lucha en torno a la conformación justa de las relaciones sociales sea siempre una polémica *entre ideas*”. (31) Por esto, en principio parto de la premisa de que casi todas las obras y creaciones del espíritu y del pensamiento humanos desarrolladas en el marco de lo socialmente adecuado y a partir de unos valores de referencia básicos y fundamentales compartidos por la comunidad, como es el caso de la producción de doctrina jurídica, siempre tienen valor en cuanto que nunca suele darse el caso de que no aporten algún conocimiento útil por mínimo que sea éste. Por esto creo que ningún rechazo ni discrepancia de una idea, de una tesis o de una doctrina formuladas en el marco de aquellos valores deben ni pueden pretender ni aspirar -ello sería absurdo e irracional- a invalidarla totalmente y en lo absoluto, pues también de las ideas o razonamientos que no se comparten, el que discrepa de ellas tiene que saber extraer los contenidos valiosos de que, sin duda, tienen que estar cargadas las propuestas que sólo no se comparten en *una cierta medida* y no en lo absoluto.

b) Y así, mi rechazo severo y contundente de la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que aquí desarrollaré, para nada me impide reconocer y aceptar como muy valiosas a muchas de las aportaciones debidas a ella ni incorporarlas a mi propia Dogmática con las adaptaciones exigidas por ésta, como por lo demás ya he hecho y dado pruebas claras de ello. En efecto, pues como puede comprobarse, en mis ya conocidas construcciones doctrinales sobre la “responsabilidad” y tratamiento de la persona jurídica a consecuencia de los delitos e infracciones cometidos por quienes actúan para ella, acepto y utilizo un buen número de conceptos *materiales* y de estructuras de *imputación* coincidentes en parte con los que maneja la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ya que los considero en principio como empírica y valorativamente correctos, y también como instrumentos de política jurídica válidos y útiles para la lucha contra la criminalidad empresarial. Y así, por ejemplo, al concepto material del “defecto de organización”, debido en lo esencial a *Klaus Tiedemann* (32), le he dado el valor de substrato

(31) Véase WELZEL, *Introducción* 1971, p. 267.

(32) Véase TIEDEMANN *NJW* 1988, pp. 1172 ss.; y en el mismo sentido, BRENDER *Verbandstäterschaft* 1989, pp. 110 ss.

-y de base y sostén- del juicio de “peligrosidad objetiva de la cosa”, que en mi construcción doctrinal constituye lo esencial del supuesto de hecho de toda posible consecuencia jurídica aplicable a las personas jurídicas por razón -o derivada- de la comisión de un delito. (33) De la doctrina de las personas jurídicas he tomado también -y desarrollado, aunque de un modo incompleto y no exhaustivo- distintos criterios de determinación del “hecho de conexión” y de “imputación” a la persona jurídica del hecho específico que puede justificar su “responsabilidad” y la aplicación a ella de la consecuencia jurídica típica de esa clase y forma de responsabilidad (en ningún caso penal ni sancionatoria). (34) También me he hecho eco de la acertada observación de *Zugaldía*, quien anticipándose a *Jakobs*, advirtió con razón que la necesidad de establecer reacciones jurídicas contra la propia persona jurídica deriva, entre otros motivos, del hecho de que debe fundamentarse una exclusión de la responsabilidad para las personas físicas que actúan en el ejercicio de competencias sólo fragmentarias o parciales en un contexto que organiza otro, pues esta circunstancia real dificulta considerablemente la aplicación de los instrumentos dogmáticos tradicionales. (35) Finalmente, también he formulado, y ahora quiero reiterarlo aquí, un juicio muy favorable y claramente elogioso -porque sin duda lo merecen- sobre ciertas brillantes y, sin duda, sumamente aprovechables y operativas elaboraciones doctrinales debidas a la producción de *Carlos Gómez-Jara* en su decidido empeño, que lleva a cabo con tenaz esfuerzo, para

(33) Véase GRACIA MARTÍN Responsabilidad 1986, pp. 104 s., aquí sin vincular aún la peligrosidad objetiva de la cosa, en el caso de la persona jurídica, al defecto de organización de ésta, pero vinculando y concretando ya la peligrosidad objetiva de la persona jurídica con el defecto de organización, véase Gracia Martín Personas jurídicas 1996, pp. 68 y 70 s.; el mismo, Consecuencias 1996, pp. 457, 459 y 462; el mismo, Tratado 2006, pp. 584 s.; y el mismo, Lecciones^{4a} 2012, pp. 219 ss., aquí incluso de lege data en relación con el supuesto de hecho regulado en el art. 31 bis y concordantes introducidos en el CP por la L.O. 5/2010.

(34) Véase, extensamente, GRACIA MARTÍN Tratado 2006, pp. 580 ss.

(35) Véase ZUGALDÍA CPC -11- 1980, p. 85; cfr. la idea similar de *Jakobs*, en GS Armin Kaufmann 1989, pp. 271 ss.; y véanse también las consideraciones de *Marxen JZ* 1988, pp. 287 ss. y de *Schünemann Unternehmenskriminalität* 1979, pp. 22 ss.; el mismo, *wistra* 1982, pp. 42 s. (= ADPCP 1988, pp. 531 ss.); el mismo, *Jornadas* 1992, p. 38; asimismo, véase GRACIA MARTÍN AP -16- 1993, pp. 214 s.

construir un concepto -no obstante imposible- de culpabilidad propia de la persona jurídica como fundamento de un supuesto e imaginado Derecho penal de agrupaciones. (36) En definitiva, que mi absoluto y radical rechazo de la responsabilidad de la persona jurídica y de que las consecuencias jurídicas que le sean aplicables tengan naturaleza “penal”, para nada me impide acoger “ideas” y “conceptos” de la doctrina rechazada y asumirlos como válidos y correctos para la construcción de los supuestos de hecho de la responsabilidad *civil*, puramente administrativa o en el orden *policial o coercitivo administrativo* de la persona jurídica por la comisión de hechos delictivos de las personas físicas que actúan para ella. En este mismo sentido, y como se verá con más detalle en su momento, *Alejandro Nieto* ha advertido y fundamentado con razón que lo que la mayor parte de la doctrina presume y cree que es una responsabilidad de tipo punitivo o sancionador, en realidad no es más que una forma de responsabilidad *civil*. (37)

2.a) Contra lo que parece suponer *Zugaldía*, hay que decir ya que el objeto de su crítica se lo ha creado e inventado él mismo, y de este modo que al no existir tal objeto, su crítica -para decirlo con las bellas e impactantes expresiones heideggerianas y sartreanas- se queda sólo en el “nadar a la nada”. (38) Contra lo que dice *Zugaldía* hay que responder ya que por supuesto que la pregunta inicial que formulamos no es la de si pueden determinarse conceptos de acción y de culpabilidad de la persona jurídica a partir de los ya preestablecidos para la persona física, pues ésta sería evidentemente una pregunta analítica que ya contendría la respuesta negativa que solo habría que derivar de ella tautológicamente. Muy al contrario, y esto

(36) Véase GRACIA MARTÍN Diccionario 2008, p. 811.

(37) Véase el acertado criterio de NIETO Alejandro Derecho sancionador^{5a} 2012, pp. 421 s., quien apela para tal fin a los saberes jurídicos que proporcionan el Derecho civil y la teoría general del Derecho, y considera que aquí deben dejarse atrás “las aguas del Derecho penal” y adentrarse “en las de la responsabilidad civil” (p. 421); véase en el mismo sentido, GÓMEZ MARTÍN Falsa alarma 2012, p. 383.

(38) Véase HEIDEGGER Martin, Was ist Metaphysik?, Verlag Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main 2006, pp. 1 ss., donde acuña la expresión “la nada nada” (Das Nichts nichtet); posteriormente -la conferencia de Heidegger es de 1929- Jean Paul Sartre, L'Être et le Néant, Ed. Gallimard, Paris, 1943, p. 58, utiliza la misma expresión en francés (le néant néantisse).

tendría que verse como una obviedad, la pregunta que inicialmente me formulo es precisamente la misma que Zugaldía dice que es la “correcta”, es decir, la de “si pueden formularse conceptos de acción y de culpabilidad *para la persona jurídica distintos de los preestablecidos para la persona física*”. Esto no puede estar más claro en mi trabajo cuando lo que planteo expresamente en el punto de partida es precisamente “si entre las posibles respuestas jurídicas a este fenómeno cabe optar por el establecimiento y, en su caso, por la imposición de penas *a la propia persona jurídica*” (39), es decir, un interrogante sin respuesta aún conocida en ese momento y que, por eso mismo, me lleva a continuación a proseguir en busca de ella y a proponer como primer paso de esa búsqueda tener que “determinar cuáles son los elementos estructurales de la realidad de la persona jurídica”, porque únicamente “si dichos elementos son susceptibles de recibir las valoraciones del Derecho penal podrá fundamentarse la imposición de las consecuencias jurídicas de éste a la persona jurídica.” (40) Pero lo que Zugaldía pasa completamente por alto es que lo que ha ocurrido es que tras el minucioso y *metódico* análisis efectuado, lo que ha resultado es que en el sustrato real de la persona jurídica no se ha encontrado absolutamente nada que se parezca ni en una mínima partícula a la acción y a la culpabilidad del Derecho penal y de ningún Derecho de sanciones, y que así ha quedado contestada precisamente la pregunta inicialmente correcta, sólo que lo ha sido en el sentido de que *no se pueden construir en absoluto ningún concepto de acción ni de culpabilidad de la persona jurídica sin quebrantar las reglas del pensamiento y del habla racionales*, y por añadidura -lógicamente- que absolutamente nada de lo que pueda imponerse a ella podrá tener la naturaleza de una sanción en sentido estricto y menos aún una pena.

b) Lo que acabo de decir, tal vez suscite la tentación de oponerle que de ese modo se produce un retorno al principio, pues si he llegado a tales resultados, la razón no puede ser otra -así podría decirse- que durante todo el proceso de mi análisis las herramientas de que me he servido han sido precisamente los conceptos de acción y de culpabilidad de la persona *física* y que por eso

no he podido ver a ninguna acción ni a ninguna culpabilidad de la persona jurídica. Una pretendida objeción como ésta, sin embargo, carecería de todo rigor y de la mínima seriedad, pues con ella sería precisamente el que la hiciera quien volvería de un modo circular al punto inicial, es decir, a plantear otra vez la misma objeción inicial de que si se niega la capacidad de acción y de culpabilidad de la persona jurídica es porque se piensa sólo en unos conceptos de acción y de culpabilidad preestablecidos únicamente para la persona física. Pero si después de lo dicho aquí se volviera a formular esta “misma” objeción con vuelta al mismo y tergiversado punto inicial de la crítica como sucede en el baile circular de la sardana, entonces ya no quedaría otro remedio que descubrir y mostrar la falta de seriedad y de rigor de la vuelta a la misma objeción que ya ha sido contestada. En primer lugar, porque el juego de herramientas para el análisis que utilizamos quienes rechazamos finalmente toda subjetividad jurídicopenal de la persona jurídica no es tan pobre como el que parece suponer Zugaldía, ya que aquél no comprende sólo a los conceptos de acción y de culpabilidad de la persona física, sino que también hace operar como herramientas del análisis a todo el patrimonio de conceptos que proporcionan la teoría general del Derecho y las Dogmáticas del Derecho civil y administrativo, y por si esto fuera poco, también a las herramientas e instrumentos que proporcionan la lógica formal y la material y los principios del habla racional. En fin, que quienes negamos a la persona jurídica toda y la mínima subjetividad jurídico-penal, si llegamos a tal conclusión es precisamente porque sólo eso, y nada más, es lo que puede derivarse de un análisis efectuado con todo aquel copioso y rico instrumental *metódico* que, sin embargo, es el que es ignorado y está completamente ausente en la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Voy a explicar todo esto ahora de un modo global porque los detalles irán concretándose más adelante cada uno en el momento oportuno de este trabajo.

c) También en el discurso de la doctrina jurídica tiene que ser válido que quien afirma algo tiene por eso solo la carga de la prueba, por no decir una “obligación” de probar impuesta por el rigor científico. De este modo, quien afirma que no es metodológicamente correcto partir de los conceptos de acción y de culpabilidad preestablecidos para la persona física, no puede quedarse en esta

(39) Véase GRACIA Martín Personas jurídicas 1996, p. 37.

(40) Véase GRACIA Martín Personas jurídicas 1996, p. 38.

simple afirmación, sino que tiene la carga de probar personalmente -y debe exigírsele que lo haga- primero que *existe la posibilidad* de prescindir de aquellos conceptos preestablecidos, y si lograra probarlo, entonces a continuación tendrá que probar y demostrar que con la materia distinta que se encuentra y a la cual no se pueden adaptar para nada aquellos conceptos preestablecidos, es posible no obstante formar unos conceptos de acción y de culpabilidad propios de *esa* materia *distinta*, pero probarlo -y esto tendría que ser obvio- no en un sentido vulgar o en uno poético metafórico, sino en uno técnico y científico. Pues si bien en un sentido vulgar no supone ningún uso incorrecto del lenguaje (vulgar), ni da lugar a ninguna desorientación ni desconcierto en la comunicación, hablar y decir por ejemplo que un tornado ha “actuado” violenta y destructivamente y que él ha tenido la “culpa” y ha sido el “culpable” y el “responsable” de los daños que ha causado (41), pretender dar a tales predicados del lenguaje vulgar los sentidos técnico jurídicos que tienen en el Derecho penal, y proponer aplicar una pena al tornado como consecuencia, sí sería ya un disparate tan formidable como todos los que derivaban del delirio del ingenioso hidalgo Alonso de Quijano, o como el traído a colación en relación con el tema que nos ocupa por *Schünemann*, del Rey persa Jerjes, quien según relata Herodoto, mandó flagelar (penar) con 300 azotes a una parte del mar de Dardanelos en el Helesponto porque (por medio de la acción de) un temporal (fue el culpable de que éste) destruyera el puente que había construido para paso de sus ejércitos. (42)

3. Anticipando en relación con lo que acabo de decir algo que en el momento oportuno será tratado con mayor detalle, también tengo que expresar ya mi más radical y enérgico rechazo a las opiniones de quienes, como *Zugaldía* o *Nieto Martín*, quieren ver en la negación de la responsabilidad penal de la persona jurídica un simple “juego de etiquetas” (43) o el “mal del nominalismo”. (44) Estos autores, presuponen erróneamente que quienes rechazamos la naturaleza “penal” de todo lo que concierne a la persona jurídica

incurrimos en los dos graves vicios de que adolece precisamente la doctrina de la que ellos participan. Sin perjuicio de volver a esto con más detalle en su momento, el primer vicio de dicha doctrina consiste en su ignorancia o desprecio y falta de respeto a la imprescindible taxonomía jurídica y a sus precisos códigos de nomenclatura, que por medio de claras y precisas *diferencias* nominales -si se quiere por medio de *diferentes* etiquetas-clasifica con sus nombres propios y no fungibles a la multitud de figuras jurídicas existentes en virtud de las diferencias de *materia* y de *substancia* de las cosas y de los fenómenos reales a los que remite el nombre propio de cada una. No se puede llamar gigante a un molino de viento, toro bravo a uno castrado, compraventa a una donación, y en fin tampoco acción ni culpabilidad a nada de lo que sólo metafóricamente puede denominarse “actividad” de la persona jurídica. Contra lo que quiere decir y hacer ver *Zugaldía*, es absolutamente falso que yo haya dicho en ninguna parte que a la persona jurídica no se le pueda aplicar nada y que luego termine proponiendo aplicarle absolutamente todo, pues lo cierto y correcto, como pone claramente de manifiesto una superficial lectura de mis propuestas, es que lo que yo sostengo es, primero que a la persona jurídica no se le puede aplicar absolutamente *nada* que tenga naturaleza *penal* y que, en cambio, *sí* se le puede aplicar *todo* lo que tenga naturaleza *civil* o *administrativa policial* y *coercitiva*. (45) Por eso, también aquí la crítica de *Zugaldía* se queda en un “nadar de la nada”. Más desafortunados si cabe son la percepción y el juicio de *Nieto Martín* sobre la misma cuestión. Según este autor, aquí estaríamos ante un “debate puramente nominal” porque -así lo dice *Nieto*- cuando se deja de llamar “pena” a la consecuencia jurídica y se la “denomina con otro nombre, como el de medida de seguridad, consecuencia accesorio, etc., *los obstáculos se esfuman*”. (46) Pero esto no es así en absoluto. Cuando se llama a algo con un nombre propio y determinado es para distinguirlo claramente de todo lo demás que es diferente en la *substancia*, y a lo cual, por eso mismo, se lo tiene que denominar con otro nombre propio y distinto. Ignoro si *Nieto* daría aprobado al estudiante o al opositor a la judicatura que en un examen u oposición llamaran pena a lo que es realmente una medida de seguridad o una reparación del

(41) Véase NINO Introducción 1984, pp. 184 ss.

(42) Véase SCHÜNEMANN ZIS 1/2014, pp. 2 s.

(43) Así ZUGALDÍA, CPC -53- 1994, p. 622

(44) Así NIETO Martín Responsabilidad 2008, pp. 19 s. y especialmente la nota 10 en p. 20.

(45) Cfr. supra nota 22.

(46) Así NIETO Martín Responsabilidad 2008, p. 19.

daño; yo desde luego que no. Cuando se habla de “pena” se piensa en algo substancialmente distinto a lo que se piensa cuando se habla de “medida de seguridad”, lo mismo que también se piensa en un objeto substancialmente diferente a los anteriores cuando se habla de “reparación, restitución o indemnización”, y también cuando se habla de “consecuencia accesoria”. (47) Pero es que este vicio semántico, lleva irremisiblemente a un segundo vicio que es su consecuencia, y que consiste en ignorar o en pasar por alto y no respetar de un modo inadmisibles para el pensamiento y para la construcción jurídicos, la elemental y fundamental exigencia, tan acertada y brillantemente explicada por *Engisch*, de que entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica de toda proposición jurídica debe existir una perfecta correspondencia estructural y funcional, y concretamente en el sentido de que *todos* los elementos que fundamentan y gradúan la consecuencia jurídica, y *sólo* ellos, tienen que estar comprendidos en el supuesto de hecho, y ello por cierto en relación con cualquier ámbito del Derecho y no sólo en el penal. (48) Esta indeclinable exigencia, sin embargo, se burla del modo más absoluto cuando, como hace la doctrina de la responsabilidad penal de la persona jurídica, a un supuesto de hecho del cual están completamente ausentes una acción y una culpabilidad materiales -es decir, reales y no inventadas y sólo así arbitrariamente denominadas- se le quiere asociar luego una “pena” como consecuencia jurídica. Es, pues, la doctrina de la responsabilidad penal de la persona jurídica, y no la de quienes la rechazamos, la que realmente

(47) Sobre todo esto, véase por ahora sólo *Bottke Assoziationsprävention* 1995, pp. 10 ss., donde enfatiza con razón en la importancia de la terminología en relación con los “fundamentos” del análisis “conceptual” de los diferentes tipos de consecuencias jurídicas que pueden entrar en consideración a partir de la comisión de un hecho punible, y con la diferente finalidad de cada tipo de consecuencia; véase además *Bottke LH Roxin* 1977, pp. 43 ss., donde explica que la apertura de un proceso conlleva consecuencias jurídicas de distinta naturaleza y finalidad que en concreto, según los casos, y de acuerdo con su terminología, podrán ser consecuencias conductivas, esto es, de incautación de las ventajas reportadas por el hecho punible, consecuencias de carácter restitutorio, o sea, de reparación de los perjuicios ocasionados por el hecho delictivo, y consecuencias “consistentes en la producción de costes”, en forma de pérdida de libertades o de fortuna, las cuales pueden ser, a su vez, de carácter retributivo de la culpabilidad o preventivo de la peligrosidad.

(48) Véase *Engisch Einführung*^{7a} 1977, pp. 33, 119 s.

juega arbitrariamente con etiquetas al llamar acción, culpabilidad y pena a lo que carece de la mínima substancia para poder serlo. (49) Así pues, quienes afirman como *Zugaldía*, que somos los demás quienes jugamos con las etiquetas, siendo así que son ellos quienes no sólo hacen ese juego de un modo ostensible sino que más allá de esto incluso ponen en una relación de grave hostilidad a las palabras y a las cosas, deberían reflexionar sobre que con esto solo proceden a un ejercicio de lo que en psicoanálisis se conoce desde *Freud* como “proyección”, es decir, a una atribución de las propias deficiencias a quienes no las tienen en absoluto.

4. La doctrina que pretende construir un supuesto de hecho de responsabilidad penal de la persona jurídica como fundamento de la aplicación a ella de consecuencias jurídico-penales, en particular “penas” y también sanciones administrativas, es una que quebranta de un modo demasiado grosero e irritante todas las reglas de la construcción jurídica racional, es decir, no arbitraria, así como las de la taxonomía y de los códigos de nomenclatura jurídicos, y más allá de esto también quebranta las reglas generales de la lógica formal y material, y en definitiva, las reglas y los principios del habla y del pensamiento racionales. Que todo esto no son afirmaciones gratuitas y unilaterales del autor de este artículo, lo prueban las opiniones que al respecto han vertido tantos grandes juristas que han legado un saber jurídico -que los aún vivos y activos enriquecen y hacen progresar en el presente- con conocimientos cuya validez y permanente vigencia nadie puede discutir y que, por esto, son de conocimiento y de respeto obligados e indispensables para todo el que se proponga desarrollar o producir verdadero conocimiento jurídico en vez de contaminar o destruir la semántica y los conceptos jurídicos con meras e infundadas opiniones propias de la arbitrariedad y de la doxología sin substancia. Para citar solo algunas de las graves descalificaciones hechas por supremas autoridades del saber jurídico, podemos comenzar aquí con el gran *Kelsen*. Éste asimila a determinadas concepciones de la persona jurídica con las creencias animistas del hombre primitivo, porque dupli-

(49) Cfr. a continuación en el siguiente párrafo 4. las severas críticas de *Schünemann* a este inadmisibles proceder de la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

can o desdoblan -con precisión: hipostasian- el objeto del conocimiento al separar de él, por una parte, una substancia independiente y, por otra, las cualidades de la substancia (50), y después de haber analizado todos los pormenores y detalles relativos al modo de ser y de actuar de la persona jurídica (una ficción del Derecho), concluye que “la idea de que las corporaciones son seres reales dotados de voluntad real, se halla en el mismo plano de las creencias animistas que llevaron al hombre primitivo a atribuir un ‘alma’ a los objetos de la naturaleza”. (51) El gran civilista italiano *Ferrara* calificó a la descripción antropomórfica de la persona jurídica como una “hipótesis fantástica de un artista del Derecho”. (52) Ya en tiempos recientes, el genial iusadministrativista español *Alejandro Nieto*, con razón y sin empacho alguno, descalifica los intentos de fundamentar una imposible e inconcebible culpabilidad de las personas jurídicas en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, con juicios tales como que así se da “un salto funambulesco apoyándose en la cuerda floja de la ficción” (53), o afirmando que tales intentos no serían nada más que simples “artilugios” (54) y “fórmulas habilidosas teóricamente vulnerables” (55) con las que, en definitiva, se termina recurriendo a “una especie de hipocresía”. (56) Por

su parte *Schünemann* no ha ahorrado descalificaciones tan contundentes como severas respecto del modo de construir una responsabilidad penal de las personas jurídicas. Contra los conceptos de acción y de culpabilidad de las personas jurídicas que se formulan, sostiene con razón que no son otra cosa que productos de la falacia del *quaternio terminorum*, pues una acción y una culpabilidad “imputadas” no son en modo alguno ni acción ni culpabilidad. (57) La construcción de conceptos de acción y de culpabilidad para la persona jurídica, según *Schünemann*, sería una completa *arbitrariedad*, pues con ellos se trataría igual a lo que evidentemente es desigual, y además, emplear las mismas expresiones para llamar a objetos que son completamente diferentes es quebrantar las “reglas de la lógica entendidas como los principios del habla racional”. (58) Y en cuanto a la denominación de “pena” a lo que de ningún modo que se lo mire puede serlo, advierte *Schünemann* que ello conduce a una contaminación semántica que arrastra consigo graves defectos del pensamiento y que produce también graves consecuencias dogmáticas y político-criminales. (59)

5. Particularmente en el Derecho, casi todo es opinable y discutible. Sin embargo, la severidad de los juicios descalificativos que acaban de transcribirse sobre los intentos de construir una responsabilidad penal de las personas jurídicas, parece insinuar que el saber jurídico tendría un *minimum minimorum* que trazaría algún límite a lo que puede ser objeto de discusión y de debate, y particularmente a que plantear precisamente la cuestión de una posible responsabilidad penal de la persona jurídica sería algo tan disparatado que no podría ser objeto de ningún debate serio (60), sino sólo de descalificaciones tan severas y contundentes como las formuladas por juristas tan eximios como los citados. Personalmente me identifico con tales descalificaciones, y para aportar la mía propia, en la línea sugerida por *Schünemann* de tildar al Derecho penal de agrupaciones como

(50) Véase KELSEN, Teoría general 1995, p. 109.

(51) Véase KELSEN, Teoría general 1995, p. 127; véase también Kelsen Teoría pura 1979, p. 187.

(52) Cita tomada de Lacruz/Delgado, Elementos I-26ª 2010, p. 267 (Ferrara se refería obviamente a la construcción de Gierke); véase también KELSEN Teoría pura 1979, p. 187, donde habla de la “metáfora antropomórfica” que “conduce a problemas ficticios, en cuya solución la ciencia se afana inútilmente”.

(53) Así, literalmente, NIETO, Alejandro Derecho sancionador 5ª 2012, p. 398.

(54) También así NIETO, Alejandro Derecho sancionador, 5ª, 2012, p. 402, refiriéndose literalmente a “los artilugios que está utilizando la jurisprudencia”, y p. 427: “con este sencillo artilugio ya tienen un culpable”; Nieto se refiere aquí al artilugio de llamar culpabilidad a la culpa in eligendo y a la in vigilando, que como es sabido son conceptos de la responsabilidad civil objetiva que nada tienen que ver con la culpabilidad, véase Gracia Martín, Responsabilidad 1986, pp. 113 ss.

(55) Así NIETO Alejandro Derecho sancionador 5ª 2012, p. 427.

(56) Así, literalmente, NIETO Alejandro Derecho sancionador 5ª 2012, p. 427 (se refiere Nieto a la hipocresía de llamar “culpabilidad” a algo que no puede ser tal ni en lo más mínimo).

(57) Véase SCHÜNEMANN LK12ª 2006, comentario previo al § 25 n° 23, p. 1840; el mismo ZIS 1/2014, p. 4; en el mismo sentido Roxin AT I4ª 2006, § 8 C n° 63, p. 264.

(58) Véase SCHÜNEMANN ZIS 1/2014, p. 4.

(59) Véase SCHÜNEMANN ZIS 1/2014, p. 15.

(60) Así KELSEN Teoría general 1995, p. 114: “no se puede negar en serio que actos y omisiones sólo pueden existir en relación con los seres humanos”; véase además Kelsen Teoría pura 1979, pp. 186 ss.

“zombi político-criminal” (61), yo diría que la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se podría comparar con un manual práctico de hechicería de vudú haitiano para dotar a la persona jurídica del cuerpo y del espíritu que naturalmente le faltan, para poder afirmar así que ella misma realiza acciones antijurídicas de un modo culpable y, con esto, para poder hacer de ella un sujeto idóneo para soportar una pena como consecuencia jurídica de sus *propias* fechorías criminales.

6. La respuesta a la pregunta planteada acerca de cómo la doctrina que quiere hacer penalmente responsable a la persona jurídica logra transfigurar a ésta en sujeto jurídico-penal, se obtiene sin ninguna dificultad con la observación de los modos en que opera en su afán de producir semejante transubstanciación de aquélla. De estos modos advierten explícita o implícitamente las epistemológica y científicamente rigurosas y, como no podría ser de otro modo, también severas descalificaciones de la más alta doctrina que, como ya se ha visto, se resumen en que para fundamentar una responsabilidad penal de la persona jurídica, se ignora o pasa por alto todo el saber jurídico válido y vigente que se opone a semejante extravío, se recurre a todo tipo de manipulaciones, de artulugios y de falacias lógicas, y finalmente se cuelga luego a los productos que se han elaborado así arbitrariamente los nombres o las etiquetas -acción, culpabilidad, pena- que únicamente admiten las facultades humanas de las que la persona jurídica carece absolutamente y hasta en el mínimo infinitesimal imaginable. (62)

7. a) Según los más conspicuos defensores de la subjetividad jurídico-penal de la persona jurídica,

(61) Véase SCHÜNEMANN ZIS 1/2014, pp. 1 y 18.

(62) Sobre la completa ausencia en la persona jurídica incluso de un solo dato tangible que pudiese ser comparable con alguno de la persona natural, véase por ejemplo, KELSEN Teoría general 1995, pp. 109 ss.: “hombre es un concepto de la biología y de la fisiología, en una palabra, de las ciencias naturales; persona es un concepto de la jurisprudencia, una noción derivada del análisis de normas jurídicas” (p. 111); Federico de Castro Persona jurídica 1981, p. 264: “la persona jurídica no tiene la misma realidad que la persona humana”; LACRUZ/DELGADO Elementos I-26ª 2010, pp. 267 ss.: a las personas jurídicas “les faltan la conciencia y voluntad en sentido psicológico, y con eso la capacidad de autodeterminación”, ya que éstas son “facultades (exclusivamente) humanas que necesariamente han de tomar prestadas a hombres” (p. 268).

por una parte el legislador no estaría limitado por la Dogmática jurídica, sino que estaría legitimado democráticamente para la determinación del Derecho de un modo libre y soberano, y así entonces para configurar un injusto de la acción y una culpabilidad propios de la persona jurídica, esto es, desviados y diferentes de los correspondientes a la persona natural. (63) Por otra parte, como la imposibilidad de fundamentar una responsabilidad penal de la persona jurídica derivaría únicamente del hecho de que los contenidos y la estructura de todas las categorías dogmáticas del concepto del delito se han determinado históricamente en referencia exclusivamente a la persona física, esto no debería ser obstáculo alguno para que la teoría del Derecho penal construya ahora “otra” teoría del delito análoga o paralela a la de la persona física con “las mismas” categorías dogmáticas, pero “revisándolas” para “adaptar” o para “modular” sus contenidos y sus estructuras hasta donde lo requieran la naturaleza del ser y el modo de actuar peculiares de la persona jurídica. (64) En todo caso -se dice- la Dogmática jurídica -es decir, el saber jurídico- no debe ser ningún obstáculo para ello, y si pretendiera serlo, entonces “peor para ella” (65), porque de lo que aquí se trata es de dar una respuesta práctica a un problema de criminalidad, y entonces la Dogmática tiene que perder en favor de la política criminal. (66)

b) Sólo de las expresiones utilizadas en defensa de una decisión meramente política a favor de la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas debiera resultar ya la autodescalificación que conllevan semejantes declaraciones desde cualquier punto de vista que quiera adoptarse. Desde el punto de vista epistemológico, ahora resulta que esta doctrina parece tener nada menos que un superpoder en virtud del

(63) Véase en este sentido, VOGEL StV 7/2012, p. 428.

(64) Así Cramer/Heine, en Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar, 27ª ed., 2006, comentario previo al § 25 n° 129 = Heine, en la 28ª ed., 2010; Zugaldía CPC -11-1980, pp. 86 s.; el mismo, CPC -53- 1994, p. 620 s.

(65) Así, lisa y contundentemente, y sin más, Zugaldía CPC -11- 1980, p. 87.

(66) Véase en este sentido, VOGEL StV 7/2012, p. 428; en el mismo sentido NIETO Martín Responsabilidad 2008, p. 17: “la responsabilidad penal de las personas jurídicas es una decisión de política criminal en manos del legislador”; y ya antes ZUGALDÍA CPC -11- 1980, p. 86, donde propuso -¡sic et simpliciter!- “prescindir de las categorías de un Derecho penal sin futuro”.

cual podría dotar a un ente -la persona jurídica- de las “mismas”, pero a la vez sorprendentemente “distintas” -¡- capacidades -de acción y de culpabilidad- que, sin embargo, sólo y exclusivamente posee “otro” ente absolutamente “diferente” a él. Con esto, sin embargo, esta doctrina líquida de plano y sin el menor empacho la milenaria diferencia entre lo “mismo” y lo “otro” que, como tan magistralmente ha estudiado y demostrado Michel Foucault, constituye la referencia y la guía de la episteme y del conocimiento, y que es, en definitiva, el criterio rector y determinante de todo posible “orden de las cosas”. (67) A excepción de la *analogía*, todas las demás “figuras de la semejanza” (epistemológicas) constituyen formas completamente arbitrarias de relacionar entre sí y de ligar cosas completamente diferentes y sin nada en común. La *convenientia* es la semejanza que se establece entre objetos diferentes solo por su “proximidad”, por ejemplo entre un ciervo y las hojas de los árboles que se le enredan en la cornamenta. La *aemulatio* es la semejanza que se establece entre objetos distintos, y además distantes, como “imitándose” los unos a los otros (*imitatio*), y así por ejemplo entre las estrellas del cielo y las luces de una gran ciudad divisada por la noche desde una cierta lejanía. La *analogía*, en cambio, es la semejanza que se establece entre objetos por la “identidad” de sus proporciones o de sus propiedades en referencia a algo determinado, como por ejemplo entre una tijera y un cortañas como instrumentos funcionalmente equivalentes para producir el “mismo” efecto del corte de uñas. (68) Así pues, debería verse como algo que desborda la evidencia, que la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no puede establecer ninguna semejanza ni paralelismo *jurídicos* entre la persona jurídica y la natural *per analogiam*, sino que por el contrario, todas las que liga y describe no pueden ser vistas más que como puras arbitrariedades propias de la *convenientia* o de la *aemulatio*. Sin embargo, y como ya demostrara Arthur Kaufmann con una validez epistemológica hasta ahora no rebatida en lo más mínimo, únicamente *la analogía* es apropiada para la correcta construcción jurídica

(67) Sobre ello véase FOUCAULT MOTS 1966, *passim*, pero para lo dicho en el texto, basta con una lectura superficial del prefacio (pp. 7-16), y sobre todo pp. 32 ss.

(68) Sobre todas estas figuras de la semejanza, a la que aún habría que añadir la de la “simpatía”, véase FOUCAULT MOTS 1966, pp. 32 ss.

y para la producción de auténtico conocimiento jurídico, pues “sin concordancia, esto es, en la completa heterogeneidad y total falta de reciprocidad de las cosas, no existiría ninguna posibilidad de comparación ni, con esto, de conocimiento”. (69) Por otra parte, como advierte Foucault “los enunciados diferentes en su forma, distintos en el tiempo, constituyen un conjunto si se refieren a un solo y mismo objeto” (70), y por eso hace inmediatamente la importante observación de que los conjuntos de enunciados mismos no se refieren siempre al *mismo* objeto. (71) Que los enunciados de la doctrina de la responsabilidad de las personas jurídicas son unos que tienen a “otro” o a “otros” objetos completamente distintos y de diferente naturaleza que los que corresponden al *Derecho penal*, esto es algo tan evidente que no precisa aquí de ninguna argumentación.

c) Por otra parte, la premisa de que el legislador *pueda* crear libremente unos conceptos jurídicos de acción y de culpabilidad para la persona jurídica divergentes de los correspondientes a la persona natural es racionalmente indefendible desde cualquier punto de vista que se la mire. En primer lugar, tanto los legisladores que, como el español, han querido introducir una responsabilidad “penal” de las personas jurídicas y llamar “penas” a las consecuencias jurídicas aplicables a ellas, como -y esto es ya más grave- la doctrina que avala semejante extravío legislativo -extravío que lo es nada menos que con respecto al *De-*

(69) Véase KAUFMANN Arthur *Analogie*^{2a} 1982, *passim*, especialmente pp. 21 ss., y para la cita p. 22; véase también en el mismo sentido, y para el caso de la identidad entre acción y omisión, SCHÜNEMANN, *Unterlassungsdelikte* 1971, p. 232, donde habla de la necesidad de que entre los términos a comparar -en su caso la acción y la omisión- exista una “comunidad” [sic.; identidad] previa”; y en general, Schönemann FS-Arthur Kaufmann 1993, pp. 312 s.; en el mismo sentido me he pronunciado también para la identidad entre la acción y la omisión, véase GRACIA Martín *Delitos* 1993, pp. 78 ss.; el mismo, Comisión por omisión 1994, pp. 82 ss.; y más recientemente, el mismo *Prólogo* 2013, pp. 23 ss.

(70) Véase FOUCAULT *L'archéologie* 1969, pp. 45 s. (para la cita, cfr. p. 45).

(71) Pues por ejemplo el objeto de los enunciados médicos de los siglos XVII y XVIII sobre la locura no es el mismo objeto que se dibuja a través de las sentencias jurídicas o de las medidas policíacas; y es que simplemente: “no son los mismos locos”; véase FOUCAULT *L'archéologie* 1969, pp. 45 s.

recho (72)-, incurrir en un grosero y muy grave fraude de etiquetas en el sentido más serio y estrictamente riguroso de la expresión, y no en el distorsionado y frívolo con que se la utiliza en demasía. Un fraude de etiquetas se da cuando se llama a lo *mismo* de distinta manera, pero también cuando se emplea un único y *mismo* nombre para denominar a objetos completamente *diferentes*, y esto último precisamente es lo que sucede cuando se llaman acción y culpabilidad a los substratos reales de los que se pretende luego derivar una responsabilidad de la persona jurídica en el orden “penal” y en cualquiera otro orden “sancionador”, especialmente en el administrativo. Ya *Francis Bacon* advirtió con carácter general sobre el pernicioso vicio de aplicar indiferentemente “un mismo y único nombre a cosas que no son de la misma naturaleza”. (73) En contra de la insostenible e inadmisiblemente habilidación que se pretende reconocer y dar al legislador para formular unos conceptos de acción y de culpabilidad adaptados a la persona jurídica, advierte *Schünemann* con toda la razón, y de un modo que no puede ser más contundente, sobre cómo ello daría lugar a una violación clara

(72) Pues como en seguida razonaré, a una legislación que establezca la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se le puede reconocer el carácter de Derecho, dado que ella no puede ser más que un producto de la arbitrariedad y porque ésta es incompatible con el Derecho.

(73) Véase el resumen que hace FOUCAULT del pensamiento de F. Bacon en su *Novum organum* de 1620, del cual me parece necesario reproducir aquí algunos fragmentos del propio Bacon y de la glosa de Foucault sobre ellos. Según Foucault *Mots* 1966, p. 65), la crítica de la semejanza en Bacon concierne “a los tipos de espíritu y a las formas de ilusión a los que pueden estar sujetas”, de modo que no serían más que “los ídolos de la caverna y los del teatro” los que nos harían “creer que las cosas se asemejan entre sí”, pues -y esta es cita textual de Bacon, loc. cit., pp. 65 s.- “el espíritu humano se inclina naturalmente a suponer en las cosas un orden y una semejanza mayores de los que en ellas se encuentran; y en tanto que la naturaleza está llena de excepciones y de diferencias, el espíritu ve por doquier armonía, acuerdo y similitud”. Pero esto -ahora según interpreta Foucault, loc. cit., p. 66- no son más que “ídolos de la tribu, ficciones espontáneas del espíritu” y “a ellos se añaden -efectos y a veces causas- las confusiones del lenguaje: un mismo y único nombre se aplica indiferentemente a cosas que no son de la misma naturaleza, son los ídolos del foro, y” -concluye Foucault advirtiendo- “sólo la prudencia del espíritu puede disiparlos, si renuncia a su prisa y a su ligereza natural para hacerse ‘penetrante’ y percibir finalmente las diferencias propias de la naturaleza”. Puesto que lo transcrito es todo claridad y de la más diáfana, aquí huelga todo comentario o apostilla al respecto.

de la “prohibición de la arbitrariedad”, toda vez que de ésta forman parte “1.) la prohibición de tratar igual a lo que es evidentemente desigual, y 2.) el respeto de las reglas de la Lógica, por encima de las cuales no está el legislador igual que César tampoco lo está por sobre las de la Gramática, y por cierto entendiendo aquí a la Lógica no en sentido formal, sino como los principios del habla conforme a la razón, los cuales se conculcan cuando se utiliza una y la misma expresión para dos objetos completamente diferentes”. (74) Si esto sucede, entonces tiene que ser evidente que el concepto que se dice estar aplicando ya no es *él mismo*, pues en tal caso el objeto material de su contenido está completamente ausente de la realidad, y por esto el que realmente se estará aplicando será “otro” completamente diferente que tendrá que tener también “otro” nombre propio y distinto. (75) Por esto, empeñarse en continuar llamando al concepto que *realmente* se está aplicando con el nombre del inexistente que se dice estar aplicando, supone terminar en un ostensible fraude de etiquetas, y en una violación de las reglas de la Lógica formal y material que dará lugar a graves confusiones lingüísticas y semánticas, las cuales, en definitiva, tendrán que llevar a graves errores del pensamiento y del conocimiento (76), pues toda “contaminación semántica” induce a errores en el razonamiento (lógicos) (77) y en el conocimiento y comprensión de las cosas, porque si “la lengua es el medio no sólo de la Ciencia jurídica, sino también del Derecho mismo”, entonces “toda errónea nomenclatura es también un error sobre las cosas”. (78) En este sentido se pronuncia también *Alejandro Nieto* respecto de la pretensión de fundamentar la culpabilidad de la persona jurídica en el Derecho administrativo sancionador.

(74) Véase SCHÜNEMANN ZIS 1/2014, p. 4.

(75) Véase en este sentido SCHÜNEMANN *Unterlassungsdelikte* 1971, p. 37: “con dicha manipulación se mantendría la denominación, la expresión utilizada, pero se habría modificado el concepto”.

(76) Así ya, y precisamente respecto de la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, véase SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität* 1979, pp. 234 s.; y más recientemente, el mismo FS-Tiedemann 2008, 431 ss.; el mismo, GA 2013, p. 200; el mismo, ZIS 1/2014, pp. 4, 8, 11, 12, 15, 16; en sentido similar véase Robles Planas *Diario La Ley* nº 7705, 29 Sep. 2011, pp. 7, 8 s., 12 s., 14 s.

(77) Véase SCHÜNEMANN ZIS 1/2014, p. 11 y también en *Verfassungswidrigkeit* 2014, p. 15.

(78) Véase SCHÜNEMANN ZIS 1/2014, p. 15.

Pues como observa el eximio administrativista español, todos los intentos de construir una culpabilidad de la persona jurídica se llevan a cabo eliminando algún elemento esencial del concepto de culpabilidad y haciéndole perder a éste toda substancia. (79) Pero así, dice con razón *Alejandro Nieto*, la culpabilidad “se ha desvanecido como el humo” (80) y entonces ya no hay razón alguna que permita hablar de la “culpabilidad”, porque -así lo explica con este símil de su genialidad- “si se suprimen los huevos de las tortillas para adaptarlas a un enfermo de colesterol, ya no será tortilla y habrá que ser más sincero y dar *otro nombre* al alimento que se le prepare”. (81)

d) La premisa de que el legislador podría configurar libremente unos conceptos de acción y de culpabilidad adaptados a la persona jurídica y divergentes de los correspondientes a la persona natural, es no sólo insostenible epistemológicamente, sino que también tiene que ser *política* y *jurídicamente* inadmisibles, pues un ejercicio por el legislador de semejante libertad daría lugar a una arbitrariedad completamente antijurídica porque ello supondría una clara violación del Derecho y de los límites que el Estado de Derecho impone al poder político. (82) Esta premisa es propia del más extremo positivismo jurídico, conforme al cual sería Derecho absolutamente *todo* lo que el poder decida que lo sea y así como tal lo imponga. El positivismo jurídico -al menos el extremo- es, sin embargo, incompatible con el *Derecho* mismo desde el momento en que con él éste queda entregado totalmente a la arbitrariedad del poder establecido. (83) En un Estado de *Derecho* empero es inadmisibles identificar al *Derecho* con la *legislación* emanada del poder establecido. (84) La

legislación es ante todo un instrumento *político* de carácter técnico para la *concreción* del *Derecho* en los distintos ámbitos de relación y de la interacción sociales. (85) Sólo pueden ser reconocidas como Derecho las leyes que realmente determinan una verdadera y auténtica concreción de éste, pero no aquellas que, porque lo contradicen, son sólo por esto *antijurídicas*. (86) No es posible en este espacio abordar la compleja cuestión de adónde hay que ir para llegar al encuentro del Derecho. Para lo que aquí interesa debe bastar con dejar indicado que el *Derecho* en general, y el penal en particular, tiene que ser concebido, por así decirlo, como una “instancia superior” que proporciona los criterios materiales de justicia que han de operar como medida de enjuiciamiento de los actos del poder político, particularmente los del *legislador* penal (87), y en virtud de los cuales tiene que determinarse si los mismos son realmente actos *de Derecho* o si son, por el contrario, algo distinto,

(85) Cfr. sobre este complejo problema Engisch *Konkretisierung* 1953, *passim*, y ahora especialmente pp. 75 ss. y pp. 85 ss. Según Engisch “se da también concreción como determinación en el plano de la legislación, allí donde ‘ideas abstractas’ o ‘planes inconcretos’ pretendan alcanzar la ‘forma concreta’ de normas jurídicas” (p. 77).

(86) Véase en sentido parecido Schünemann, *Unterlassungsdelikte* 1971, p. 40: “el legislador se encuentra en cada etapa histórica ciertos valores básicos preexistentes, que surgen de las relaciones sociales y culturales sobre la base de un convencimiento común en la sociedad y, por tanto, a la postre, sobre la base de la naturaleza de las cosas. El catalizador reside aquí en la evidencia de estos valores, avalada por la convicción general. El respeto a estos valores básicos lo consideramos -enlazando aquí con Maihofer- como condición previa para la validez de cualquier ley positiva, (y) para el Derecho penal de ahí se deduce sólo que las leyes penales que vulneran estos valores básicos... no alcanzan a crear Derecho” (las últimas cursivas son mías, las demás del propio autor citado).

(87) Véase, en particular respecto de la relación entre Derecho y legislación, García de Enterría Curso I15ª 2011, p. 38: “el Derecho no es un producto de la ‘voluntad del Estado’, sino una función de la comunidad... que nunca puede encerrarse en un catálogo cerrado de Leyes y de Reglamentos”. El art. 103.1 CE 1978 distingue claramente entre ley y Derecho como instancias a las que debe someterse la actividad de la Administración, y los arts. 1.1, 9.1 y 96.1 remiten al “ordenamiento jurídico”, es decir, al Derecho, como instancia superior a la que deben someterse todos los poderes públicos, y por tanto, también el legislador; véase García de Enterría Curso I15ª 2011, pp. 77 y 95; en el mismo sentido para la Ley Fundamental de Bonn, véase Benda Estado social 2001, pp. 498 ss.

(79) Véase NIETO Alejandro Derecho sancionador, 5ª 2012, p. 416.

(80) Véase NIETO Alejandro Derecho sancionador, 5ª 2012, p. 398.

(81) Véase NIETO Alejandro Derecho sancionador, 5ª 2012, p. 416.

(82) Sobre la arbitrariedad como negación del Derecho por el poder público y sus distintos órganos, véase LEGAZ Filosofía del Derecho 4ª 1975, pp. 651 ss.: “la arbitrariedad es, pues, la negación del Derecho como legalidad... (y) presupone el concepto del Derecho” (p. 651).

(83) Véase en este sentido WELZEL Introducción 1977, p. 259.

(84) En este sentido, véase ZAFFARONI PG2ª 2002, pp. 4 ss.

es decir, actos de *no-Derecho* (88), o para decirlo con Zaffaroni, si son realmente actos del Estado de *Derecho* o si, por el contrario, no son más que actos *antijurídicos* de fuerza y de coacción del Estado de *policía*. (89) De este modo, el *Derecho* penal se tiene que concebir y entender como el conjunto de principios y de reglas que tienen que limitar y reducir el ejercicio del poder punitivo en todas sus manifestaciones, y puesto que la competencia para la formulación, desarrollo y concreción de dichos principios y reglas corresponde al “saber” jurídico-penal, el *Derecho* penal se tiene que identificar con la Ciencia o Dogmática jurídico-penal (90), esto es, como dice Welzel en general, con “la explicación sistemática de los principios jurídicos que se encuentran en la base de un orden jurídico o de algunas de sus partes; así, p. ej., ‘autonomía privada’ y ‘propiedad privada’, ‘culpa y pena’, ‘principio de escuchar a las dos partes’, ‘pluralismo de partidos’, ‘Estado de Derecho’, etc.” (91) Frente a las fáciles tentaciones de ver en estas afirmaciones alguna suerte de perspectiva o de reminiscencia iusnaturalista, he de advertir que entenderlas así sería un craso e inaceptable error, pues aparte de que ya en otros lugares me he pronunciado decididamente contra todo iusnaturalismo y he defendido al método del finalismo de las infundadas

(88) Cfr. en sentido parecido, aunque desde una postura iusnaturalista que no comparto, Würtenberger *Geistige Situation* 2ª 1959, pp. 26 ss., quien remite al valor de la dignidad del ser humano -y esto sí lo comparto sin reserva- como medida y punto de apoyo últimos para la determinación y configuración del Derecho como referencia y límite del poder y de la legislación positiva.

(89) Véase ZAFFARONI PG2ª 2002, pp. 37 ss., 41 ss., 44 ss., y 101 ss.

(90) En este sentido véase amplia e insistentemente ZAFFARONI PG2ª 2002., pp. 4 ss., 21 s., 28 ss., y 101 ss.; en sentido similar SCHÜNEMANN FS-Herzberg 2008, passim, donde enfatiza que la función social de la Ciencia del Derecho es “el control mediante la razón de la arbitrariedad de quienes ostentan el poder” (p. 40), y sostiene también que en relación con determinados principios, como por ejemplo el de protección de bienes jurídicos, la Dogmática jurídico-penal “incluso tiene que hacer las veces de la legislación” (p. 49).

(91) Así WELZEL Introducción 1971, p. 193, añadiendo que “la dogmática jurídica aísla los principios jurídicos implícitos en un orden jurídico, expone los diversos preceptos jurídicos como componentes o consecuencias de estos principios, y permite así entender el orden jurídico o sus partes como una estructura de sentido de carácter concreto con una determinada pretensión de verdad”; véase también Engisch *Konkretisierung* 1953, pp. 231 ss.

filiaciones iusnaturalistas que se le quieren atribuir (92), no reconozco a más Derecho que al *positivo*. A mi juicio, la fuente del Derecho (positivo) es el *contrato social* (93), y el cometido de la Ciencia del Derecho es precisamente desarrollar por medio de la razón los contenidos generales y demasiado abstractos de sus estipulaciones, en principios y en reglas *concretos* para organizar la convivencia social y para limitar el ejercicio de todos los poderes políticos, especialmente el del punitivo, conforme *debe ser* en Derecho. Por lo demás, en el presente se debe partir de que muchos de los principios de Derecho se encuentran positivizados con fuerza vinculante en los instrumentos de Derecho internacional, sobre todo en los concernientes a los derechos humanos, así como también en las Constituciones políticas de los Estados que reconocen derechos fundamentales y derechos sociales y económicos de los individuos y de los grupos de individuos. (94) Los principios *nulla iniuria sine “actione”* y *nulla iniuria sine “culpa”* constituyen exigencias indeclinables de la ética republicana y del Estado de Derecho. (95) Ningún

(92) Véase GRACIA Martín RECPC 06-07 (2004), pp. 2-3 nota 6.

(93) Véase GRACIA Martín Fundamentos 2006, pp. 215 ss., 224 ss.-; y más recientemente el mismo, GA 6/2010, pp. 344 s. = RDPC 3ª época (3) 2010, pp. 60 s.

(94) Véase, en este sentido, ZAFFARONI PG2ª 2002, p. 102, quien propone “la construcción del tipo normativo de leyes penales constitucionalmente admitidas (como instrumento que permita excluir por inconstitucionales las restantes);” y para lo cual indica la necesidad de recurrir al Derecho constitucional y al Derecho internacional de los derechos humanos. Véase asimismo PAREDES CASTAÑÓN, *Justificación* 2013, pp. 51 ss. Véase también el importante libro de DÍEZ RIPOLLÉS *Racionalidad* 2003, passim, y especialmente, pp. 109-163, donde analiza los principios de la racionalidad ética de las leyes penales, que a mi juicio deben operar como los criterios de juridicidad y, por tanto, de validez de las leyes penales. Además, FERRAJOLI *Derecho y razón* 5ª 2001, pp. 851 ss., y especialmente sobre el “derecho ilegítimo”, pp. 868 ss.; el mismo, *Derechos y garantías* 2ª 2001, passim, y especialmente pp. 28 ss., y 152 ss.

(95) Véase en este sentido ZAFFARONI PG2ª 2002, pp. 399 ss. (para la acción), y 139 ss. (para la culpabilidad), y en particular para el concepto de acción p. 414, donde dice con razón que “el *nullum crimen sine conductu* reclama un concepto pretípico de acción que, por imperativo constitucional e internacional, debe imponerse incluso al poder criminalizante primario, pero si para construirlo se lo funda en los actos de criminalización primaria (los tipos legales), el refugio no será otra cosa que una jaula de leones”; véase además FERRAJOLI *Derecho y razón* 5ª 2001, pp. 480 (para la acción) y pp. 487 (para la culpabilidad); DÍEZ RIPOLLÉS,

concepto de acción y de culpabilidad *en el sentido del Derecho penal* que se elabore para la persona jurídica puede ser más que una invención cuyos contenidos no pueden tener lugar en el mundo de lo real en que tiene que operar e influir el Derecho. (96) Por esto, toda construcción de cualquier supuesto de hecho de responsabilidad “penal” de las personas jurídicas y toda previsión de consecuencias jurídicas “sancionadoras” para ellas no puede ser más que producto de la arbitrariedad incompatible con el Derecho y, por esto, *inconstitucional*. Frente a la creencia de Nieto Martín, de que no pueda mantenerse “seriamente” que una decisión del legislador a favor de la imposición de sanciones a las personas jurídicas sea contraria a la Constitución (97), hay que decir, pues, todo lo contrario, es decir, que la falta de “seriedad”, por falta de todo rigor dogmático y político, reside precisamente en la configuración de una más que evidentemente *inconstitucional* figura de responsabilidad *penal* de las personas jurídicas acompañada de *sanciones* para ellas. (98)

8. a) La imposible transformación de lo “otro” y “diferente” (la persona jurídica) en lo “mismo” de un ente completamente distinto (la persona natural), o el establecimiento también imposible de un paralelismo penal entre ambos, como pretende hacer la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sólo puede intentarse, sin embargo, si se ignora o se pasa por alto y despre-

Racionalidad 2003, pp. 147 s. (para la acción) y 152 ss. (para la culpabilidad); PAREDES CASTAÑÓN Justificación 2013, pp. 298 s. y 304 ss.

(96) Véase por todos ZAFFARONI PG2ª 2002, pp. 386 ss. en general, y en particular sobre los intentos de construir un concepto de acción para la persona jurídica, p. 428: “los argumentos que estos discursos punitivos ensayan no alcanzan a inhibir el peligro de una tesis que altera gravemente el concepto de acción y su función política limitante”.

(97) Véase NIETO Martín Responsabilidad 2008, pp. 17 y 102 ss.

(98) Véase en este sentido SCHÜNEMANN, ZIS 1/2014, pp. 8 ss. donde advierte que un supuesto de hecho legal de responsabilidad penal de las personas jurídicas podría ser inconstitucional por vulnerar los principios de igualdad y de proporcionalidad (pp. 8 s., 15 ss.), el derecho fundamental de asociación (pp. 9 s. y p. 16), el principio de culpabilidad (pp. 10 y 11), y en definitiva el principio del Estado de Derecho (pp. 17 ss.); véase en el mismo sentido, en relación con la regulación del art. 31 bis CP, ROBLES PLANAS Diario La Ley nº 7705, 29 Sep. 2011, pp. 13 ss., por suponer una clara vulneración del principio de culpabilidad; véase también MIR PUIG Bases constitucionales 2011, pp. 127 s.

cia al *minimum minimorum* del saber jurídico válido y vigente sin la mínima duda (99) y si, por añadidura, se esquivo a toda crítica fundada en dicho saber, ignorándola y no entrando en debate con ella, es decir, no respondiendo ni a uno solo de los argumentos contrarios (100) o tratando de rebatirlos a partir de una irritante tergiversación de sus enunciados fundamentales o, como mucho, poniendo el acento sólo en aspectos absolutamente superficiales e irrelevantes de ellos. Y que el proceder de la doctrina favorable a una responsabilidad penal y sancionadora administrativa de las personas jurídicas es uno como el descrito, esto es algo que resulta comprobado con la mayor certeza mediante una mera y superficial mirada a sus productos y, en particular, con una mera observación de los procedimientos mediante los que aquellos son elaborados y derivados. Así lo han puesto de relieve con la mayor severidad y contundencia algunos de los más eximios juristas

(99) En el sentido que indica FOUCAULT Discurso2ª 1980, pp. 22 y 44, de que “bastantes textos importantes se oscurecen y desaparecen, y ciertos comentarios toman el lugar de los primeros” (p. 22), y así “los discursos deben ser tratados como prácticas discontinuas que se cruzan, a veces se yuxtaponen, pero que también se ignoran o se excluyen” (p. 44). En este sentido parece apuntar ROBLES PLANAS Diario La Ley nº 7705, 29 Sep. 2011, p. 15, al ver en la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con razón, “una involución monumental en nuestra cultura jurídica”.

(100) Al respecto, véase SCHÜNEMANN, en Constitución europea 2006, pp. 151 s. donde critica en general a este modo de proceder de algunos sectores de la doctrina en el sentido de que, primero “el criterio siempre extendido en el common law y en aumento en el continente europeo, de que hay que centrarse en soluciones pragmáticas y dejar de lado las cuestiones teóricas, constituiría naturalmente la aniquilación de toda ciencia jurídica que se considere seriamente ciencia” (p. 151); y segundo, en relación con la extendida tendencia a “ignorar la crítica y posiciones de los opositores”, que “la ciencia jurídica no sólo vive, sino que consiste incluso en la discusión vívida mantenida con opositores y críticos de modo que quien merece reprimenda es... en realidad quien se sustrae a ese debate, y no así sus críticos” (p. 152). No obstante, en lo que concierne al tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, debe reconocerse como una excepción a ese rechazable modo de proceder, sobre todo al trabajo valioso de Gómez-Jara, pues este autor sí se ha tomado en serio a los argumentos contrarios, y ha tratado de rebatirlos, si bien a mi juicio infructuosamente; véase GÓMEZ-JARA Culpabilidad 2005, pp. 77, 82 ss., 109 ss., 118 ss., y 128 ss., quien advierte con razón que “representa un error considerable prescindir de las serias objeciones planteadas por la dogmática a la responsabilidad penal empresarial” (p. 77).

que se han pronunciado críticamente sobre los extravíos de dicha doctrina. Y así, respecto de lo primero -la ignorancia o el desprecio del saber jurídico válido- *Alejandro Nieto*, invocando la famosa frase de *von Kirchmann*, advierte con razón que todo intento de fundamentar una culpabilidad de las personas jurídicas, solo puede emprenderse si se “envían a la papelería bibliotecas enteras de literatura jurídica” (101) y si se ignoran los saberes jurídicos que proporcionan el Derecho civil y la teoría general del Derecho. (102) Y en efecto, sólo si se prescindir de estos saberes jurídicos, se pueden explicar ciertas afirmaciones absolutamente infundadas que, sólo a partir de presunciones o de suposiciones no contrastadas en lo más mínimo, los defensores de la responsabilidad penal de la persona jurídica atribuyen sin el menor empacho a aquellos saberes sin haber comprobado que éstos dicen más bien y categóricamente justo lo contrario de lo que se les atribuye.

b) Y así, por ejemplo, y con independencia ya de su intrínseca inconsistencia lógica, debida a la falacia del *quaterminus terminorum* que encierra la deducción, es rechazable y absolutamente inadmisibles afirmar -como lo hacen entre otros *Zugaldía* y *Gómez Tomillo*- que dado que entre el Derecho penal y el sancionador administrativo no existen diferencias substanciales, y por esto ambos se rigen por los mismos principios, y dado que en el último se ha reconocido siempre y se reconoce la capacidad de la persona jurídica para cometer infracciones, de esto debería resultar que no tendría que haber ni la mínima dificultad para admitir a la persona jurídica como sujeto activo en el Derecho penal. (103) Sin embargo, sólo con

(101) Véase NIETO Alejandro Derecho sancionador 5ª 2012, p. 404 s.

(102) Véase NIETO Alejandro Derecho sancionador 5ª 2012, pp. 421 s.

(103) Véase ZUGALDÍA, Responsabilidad 2013, pp. 16 ss.: “admitida la posibilidad de sancionar a las personas jurídicas en el Derecho Administrativo sancionador, no existen verdaderos impedimentos dogmáticos para negar su responsabilidad penal” (p. 17); GÓMEZ TOMILLO Introducción 2010, p. 32: “si se acepta la unidad ontológica de infracciones administrativas y delitos, los criterios utilizados en ese marco jurídico pueden ser especialmente útiles ahora en Derecho penal”; en el mismo sentido, el mismo, Derecho sancionador 2008, pp. 377 s. En sentido parecido, también NIETO Martín Responsabilidad 2008, p. 17: “si estos principios [sic.: los del Derecho penal] son de aplicación ya a las sanciones administrativas que se imponen a

una toma de razón superficial del estado del saber jurídico general y de las Dogmáticas civil y administrativa, salta a la vista que no sólo el Derecho sancionador administrativo, sino que tampoco el civil, reconocen a la persona jurídica ni capacidad de acción ni capacidad de culpabilidad, y que incluso existe una rigurosa doctrina debidamente documentada que pone en serias dudas que las consecuencias jurídicas que se aplican a la persona jurídica en el Derecho sancionador administrativo sean verdaderas sanciones. De esto me ocuparé de inmediato, pero antes veamos lo que dice al respecto la teoría general del Derecho que también es ignorada escandalosamente por la doctrina de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

c) En la teoría general del Derecho, *Kelsen* no puede ser más claro y explícito. Según él, “no se puede negar en serio que actos y omisiones sólo pueden existir en relación con los seres humanos”; y “cuando se habla de actos y omisiones de una persona jurídica, se trata en realidad de actos y omisiones de seres humanos”. (104) Pero es que contra la opinión que afirma sin la menor comprobación ni verificación de lo afirmado, que podría hablarse de dos posibles modelos de responsabilidad de la persona jurídica, a saber: el de transferencia o imputación, y el de autorresponsabilidad, es decir, ¡por el hecho propio! (105), hay que oponer con la mayor contundencia que, como no podría ser de otro modo, absolutamente todo aquello por lo que se pueda hacer responder en algún sentido a una persona jurídica, no puede ser nunca, y sin ninguna excepción, nada más que algo jurídicamente imputado (106), y además con la importante comprobación de que nada de lo que puede serle imputado a una persona jurídica tiene ni el mínimo parecido con una “acción” en el sentido del Derecho penal, por lo que llamar así a lo que se imputa a una persona jurídica no debiera ser visto más que como una señal de

las personas jurídicas, con más razón habrán de serlo a un hipotético régimen de responsabilidad penal”.

(104) Véase KELSEN Teoría general 1995, p. 114 (cursivas mías); Kelsen Teoría pura 1979, pp. 186 ss.

(105) Así, véase sólo ZUGALDÍA, Responsabilidad 2013, pp. 64 ss.

(106) Véase KELSEN, Teoría general 1995, p. 125: “es este un caso de responsabilidad vicaria o indirecta”; según Kelsen (loc. cit., p. 82), la responsabilidad colectiva es siempre y sin excepción, absoluta, esto es, vicaria.

haber alcanzado el clímax de la arbitrariedad en la construcción jurídica, de la contaminación semántica y de la violación de las reglas del habla racional. (107) Y así, como dice de nuevo *Kelsen*, “referir un acto de un individuo a la comunidad como orden personificado, es *imputar* dicho acto a la comunidad misma”, pero “ésta es, sin embargo, otra especie de imputación, *diferente* de aquella a que nos referimos al tratar el problema de la *imputabilidad* como capacidad jurídica de cometer un *acto violatorio*”. (108) No menos infundada es la afirmación de que la persona jurídica sea destinataria de normas jurídicas de conducta y que esto tenga que presuponer su capacidad de acción. (109) Pues también esto lo desmiente categóricamente la teoría general del Derecho. Como explica *Kelsen*, “al imponer deberes y conceder derechos a una persona jurídica, el ‘derecho del Estado’ u orden jurídico nacional, *regula la conducta de individuos*” y por esto, continúa *Kelsen*, “los que resultan de este modo obligados y facultados son los *individuos humanos* que obran como ‘órganos’ de la misma”, y en definitiva “declarar que el ‘derecho del Estado’ da a una persona jurídica derechos y deberes, no significa que *un ser diferente de los individuos humanos* resulte obligado o facultado; simplemente quiere decir que esos deberes y derechos se establecen indirectamente para ciertos *individuos*”. (110)

V. Equiparación de la persona jurídica y de la natural y negación de la capacidad de acción y de culpabilidad de la primera en la Dogmática del Derecho civil

I. Pese a que todos los ordenamientos jurídicos, desde el romano hasta los de nuestros días, equiparan en algún sentido, y solo empero hasta ciertos límites y a determinados efectos (111), a la

(107) Véanse las descalificaciones de Schünemann en este sentido, expuestas más atrás en IV.4.

(108) Véase *KELSEN*, Teoría general 1995, p. 116 (cursivas mías).

(109) Así, véase sólo *ZUGALDÍA* Responsabilidad 2013, pp. 61 s.

(110) Véase *KELSEN*, Teoría general 1995, pp. 117 s. (cursivas mías); véase además *Kelsen*, Teoría pura 1975, pp. 185 s.

(111) Una limitación, por cierto, que resulta ya por sí misma de la condición no humana de la persona jurídica, y así por ejemplo, la persona natural y la jurídica pueden ser perfectamente equiparadas en derechos y en deberes

llamada persona jurídica y a la natural o física en los órdenes del Derecho privado y del Derecho público (112), también los juristas más autorizados y rigurosos de las Dogmáticas civil y administrativa niegan categóricamente la capacidad de acción y de culpabilidad de las personas jurídicas. Comencemos por la Dogmática civil. En ésta, como no podría ser de otro modo, se parte de que los substratos de la persona jurídica y de la natural no tienen ni un solo elemento estructural común en la esfera real u ontológica, es decir, en sus *seres existenciales tangibles*. (113) Por esta razón, como advierten mis grandes maestros civilistas *Lacruz Berdejo* y *Delgado Echeverría*, a las personas jurídicas “les faltan la conciencia y voluntad en sentido psicológico, y con eso la capacidad de autodeterminación”, ya que éstas son “facultades (exclusivamente) humanas que necesariamente han de tomar prestadas a hombres”. (114) Por esto, todas las semejanzas y todos los paralelismos que se han querido y que se quieran o quisieran hacer entre cualesquiera de los elementos esenciales de los substratos *reales* de ambas en la esfera ontológica, como por ejemplo -y prescindiendo ahora de lo nada afortunados que son (115)- entre los estatutos de la jurídica y el cerebro de la natural, y entre los órganos de la primera y los miembros

subjetivos privados y públicos como, por ejemplo, en el derecho de propiedad o en el de edificación por medio de una licencia, y en los deberes de indemnización por el daño o tributarios, pero no podrían serlo en modo alguno en otros derechos como los de uso y habitación, de cursar una carrera universitaria o de obtener una licencia de conducción de vehículos a motor, ni en deberes como el de alimentos “entre parientes”, el de detener el vehículo ante una señal de parada o los de realizar u omitir acciones (humanas) respectivamente prohibidas u ordenadas, como matar o alimentar a un recién nacido; véase *Federico de Castro* Persona jurídica 1981, p. 268; *LACRUZ/DELGADO* Elementos I-26^a 2010, pp. 276 ss., y especialmente p. 279.

(112) Sobre los inicios en el Derecho romano y la evolución, véase *Federico de Castro* Persona jurídica 1981, pp. 138-175; y más resumidamente *LACRUZ/DELGADO* Elementos I-26^a 2010, pp. 260 ss.

(113) Véase *LACRUZ/DELGADO* Elementos I-26^a 2010, p. 267.

(114) Véase *LACRUZ/DELGADO* Elementos I-26^a 2010, p. 268.

(115) *Ferrara* calificó a la descripción antropomórfica de la persona jurídica por *Gierke* como una “hipótesis fantástica de un artista del Derecho”; cita tomada de *Lacruz/ Delgado* Elementos I-26^a 2010, p. 267.

corporales de la segunda (116), no pueden ser comprendidos más que como puras *metáforas* con las que sólo puede pretenderse expresar unas ciertas semejanzas entre ambos tipos de personas. Estas “semejanzas”, sin embargo, serían unas que sólo podrían establecerse *per convenientia et aemulatio*, es decir, que en ningún caso podrían ser unas ligadas o sintetizadas con elementos estructurales *idénticos* -simplemente porque no existe ninguno- de unos objetos distintos y diferentes, que es precisamente lo que define y caracteriza a las semejanzas (identidades) propias de la *analogía* (117), y que son, también precisamente, las que sirven de base a la construcción jurídica de conceptos y de supuestos de hecho. (118) Y es que la personalidad jurídica no se construye a partir de ningún dato ontológico estructural (constitutivo) del substrato existencial y tangible de los seres o de los entes a los que se les otorga, porque ella no es y no consiste en nada más que en una *pura* atribución de capacidad *jurídica* por el Derecho, es decir, no es más que el resultado de un puro recurso *técnico-jurídico*, por lo que, en este sentido, también la natural es una persona jurídica. La personalidad *jurídica* no es, pues, ninguna cualidad innata y natural del ser humano, sino una cualidad que éste solo adquiere en virtud de

(116) Así, antes de su cambio de opinión al respecto, JAKOBS AT2ª 1991, p. 149, el nivelar en un supraconcepto de “sistema” a la persona física (mente y cuerpo) y a la jurídica (estatutos y órganos). En la doctrina del common law, se llega a asimilar a la persona jurídica con el cuerpo humano, viéndola como un ente dotado de cerebro y de centro nervioso representados por sus directivos y órganos que deciden y controlan todo lo que ella hace, y viendo así los conocimientos, la voluntad y los estados mentales de éstos como los propios de la persona jurídica, y como un ente dotado asimismo de brazos y de manos representados por los empleados subordinados que usan las herramientas para la ejecución de lo ordenado por el cerebro; véase ZAFFARONI PG2ª 2002, p. 427, con referencias.

(117) Sobre las “figuras de la semejanza” (epistemológicas), cfr. supra IV.7 b).

(118) Véase KAUFMANN, Arthur Analogie2ª 1982, passim, y especialmente pp. 18 ss., 29 ss., y p. 32, donde advierte sobre cómo no se comprende en su justa medida el concepto análogo de la persona jurídica cuando se supone que “su modo de ser sea el mismo que el de la persona natural y se deduce así su capacidad de acción, de honor y de delinquir”; véase también Schünemann Unterlassungsdelikte 1971, pp. 229 ss., y especialmente pp. 231 ss., donde aplica de forma modélica el método análogo a la equiparación de la omisión a la acción; y con alcance general, véase SCHÜNEMANN FS-Arthur Kaufmann, 1993, passim.

la *atribución* a él de la condición de sujeto jurídico por el Derecho (119), esto es, de sujeto con capacidad jurídica plena (120), o dicho de otro modo: solo es sujeto (jurídico) en virtud de la atribución jurídica de la capacidad para adquirir derechos y para contraer obligaciones; más allá de esto, la persona -toda persona, también la natural- no es nada más que un *objeto* del Derecho. (121)

2. De acuerdo con la conocida, nunca discutida y universalmente aceptada explicación de *Kelsen*, “la denominada persona física es, por lo tanto, no un hombre, sino la unidad personificada de las normas jurídicas que obligan y facultan a uno y el mismo hombre. No es una realidad natural, sino de una construcción jurídica creada por la ciencia del derecho, de un concepto auxiliar para la exposición de hechos jurídicamente relevantes”, y “*en este sentido*” -concluye *Kelsen*- “la llamada persona física es una persona *jurídica*”. (122) La denominación “persona *jurídica*” es en realidad un pleonasma, pues no hay más persona que la jurídica. (123) La persona es solo y nada más

(119) Véase LACRUZ/DELGADO Elementos I-26ª 2010, p. 267.

(120) Véase H.J. Wolff Verwaltungsrecht I8ª 1971, p. 196.

(121) Véase Armin Kaufmann Normentheorie 1954, p. 127: en relación con el “deber” en el sentido de que algo “tiene que” tener lugar necesariamente en virtud de un juicio de valor previo (norma de valoración), como por ejemplo el pago de un impuesto cuando se dan los presupuestos de hecho de la obligación tributaria, “la persona es solamente objeto, y por cierto no sólo como parte del objeto de un juicio de valor -en este sentido siempre es objeto-, sino también como mero objeto de distribución del patrimonio”, de modo que “el hombre no es considerado aquí como un sujeto que actúa, sino como miembro de la relación de distribución de bienes”.

(122) Véase KELSEN, Teoría pura 1979, p. 184 (cursivas mías); véase también Kelsen, Teoría general 1995, pp. 111 ss.: “la persona física (o natural), como sujeto de deberes y derechos, no es el ser humano cuya conducta constituye el contenido de tales deberes y derechos, sino simplemente una personificación de esos derechos y deberes” (p. 111). El concepto de “persona” desvinculado del ser humano (individuo) que define Jakobs -“destino de expectativas normativas correspondientes a roles”- no es ninguno distinto sino que, más allá de las variaciones lingüísticas y del contexto en que lo describe, es uno que substancialmente coincide con el de Kelsen y que, en todo caso, tiene la misma raíz; véase Jakobs Sociedad 1996, pp. 30 s., 50, 53, 72 ss. y 80 ss.; véase además JAKOBS Idea de la normativización 2003, pp. 69 s.; el mismo, Obligación jurídica, pp. 18, 39, 47 s.; y también, siguiendo a Jakobs, Pawlik GA 1998, p. 369.

(123) Véase KELSEN, Teoría general, 1995, p. 113.

que un *centro de imputación objetiva* de efectos jurídicos conforme a criterios exclusivamente *normativos*; un centro de imputación de derechos y de obligaciones, de potestades, de expectativas, pero también de cargas, de riesgos, de daños y de perjuicios. (124) Esta desvinculación del concepto de persona de todo atributo o propiedad específicos del ser humano es la que hace posible reunir y unificar, es decir *equiparar* y abrazar en un mismo concepto de persona a realidades ontológicamente tan diversas como el ser humano individual y la agrupación de una pluralidad de éstos, e incluso a otros entes con substrato puramente patrimonial (125), pero esto, por cierto, y hay que advertirlo ya, no a *todos*, sino *sólo* a los efectos para los cuales el concepto ha sido pensado y construido. La desvinculación del concepto de persona de todo atributo o propiedad específicamente humanos es lo que permite explicar sin complicaciones la equiparación jurídica de la persona natural y de la colectiva no sólo lógicamente, sino también *funcionalmente*. En definitiva, si el concepto de persona es uno desvinculado de -y para el que no cuentan para nada- los atributos y propiedades específicamente humanos, entonces nada obsta a que el mismo pueda comprender a entes desprovistos absolutamente de tales propiedades. Como advirtiera *Kelsen*, “si la llamada persona física es persona jurídica, no puede haber ninguna diferencia esencial entre ella y la que por regla general se considera exclusivamente como “jurídica””. (126) Pero por esta razón, toda búsqueda de propiedades semejantes o análogas a las específicamente humanas en cualquier otro substrato distinto al del ser humano individual para poder fundamentar y explicar a partir de ellos la equiparación de ambos en el mismo concepto de persona (jurídica), no sólo es una tentativa absolutamente inidónea, sino que por lo dicho, únicamente puede verse

(124) Véase, en este sentido, por ejemplo, H.J. Wolff *Verwaltungsrecht I* 8ª 1971, pp. 194, 201 ss.; LACRUZ/DELGADO *Elementos I-26* 2010, p. 259; Gracia Martín *Actuar I* 1985, p. 8; el mismo, *Personas jurídicas* 1996, p. 40.

(125) Así desde el Derecho romano fue objeto de discusión la posibilidad de atribuir personalidad jurídica a la herencia yacente (véase Federico de Castro *Persona jurídica* 1981, pp. 177 ss.), y como advierten LACRUZ/DELGADO *Elementos I-26* 2010, p. 259, “algunos entes, incluso, no están constituidos por un grupo, sino por una obra”, como sería el caso de “el hospital fundado por un testador que dejó sus bienes para construirlo y dotarlo”.

(126) Véase KELSEN, *Teoría general* 1995, p. 113.

como una búsqueda absolutamente innecesaria e inútil para la construcción jurídica del concepto de persona (jurídica) comprensivo con el mismo rango y a los mismos efectos tanto de la natural como a la colectiva. (127)

3. Que la equiparación (jurídica) de la persona jurídica a la natural no pueda tener lugar a partir de ni una sola propiedad existencial y tangible común a ambas, no significa, empero, que no quepa establecerla en absoluto. Esto será posible, pero sólo en la medida en que se identifiquen y sean sacados a la luz los datos o elementos de la realidad a partir de los cuales tiene que ser posible ligar una semejanza entre ellas que permita ya su equiparación *per analogiam*, y que como queda dicho, tendrán que ser datos de naturaleza forzosamente distinta a la de las propiedades humanas existenciales (biopsíquicas). Para comenzar, debemos tener en cuenta que en el presente se pueden tener como superadas las visiones extremas de la persona jurídica como una ficción total o como un ente real “supraindividual” pretendidamente idéntico o similar a la persona natural y, aceptando con *Federico de Castro* que la polémica entre las teorías de la ficción y de la realidad “se reduce de hecho a una querrela terminológica” (128), entender que, como sostiene la doctrina mayoritaria actual, de la que son cualificados exponentes *Lacruz Berdejo* y *Delgado Echeverría*, “la persona jurídica, en suma, participa de la ficción y de la realidad”. (129) La persona jurídica es, por una parte, una figura o entelequia jurídica (130) y, en este sentido, una ficción jurídica, pero no se puede desconocer que, por otra parte, y como tan acertadamente advierten y dicen los civilistas últimamente citados, ella “contiene un substrato real” a partir del cual “aspira a funcionar con independencia y autodeterminación [autonomía] en el tráfico”, y por esto “debe encontrar en el ordenamiento los medios para ello”. (131) El *quid* preexistente de la persona jurídica es -como observan *Lacruz/*

(127) Véase LACRUZ/DELGADO *Elementos I-26* 2010, pp. 267 s.

(128) Véase DE CASTRO *Federico Persona jurídica* 1981, p. 264.

(129) Véase LACRUZ/DELGADO *Elementos I-26* 2010, p. 267.

(130) Véase DE CASTRO *Federico Persona jurídica* 1981, p. 264.

(131) Véase LACRUZ/DELGADO *Elementos I-26* 2010, p. 267.

Delgado- “una realidad *sociológica*, compuesta por los miembros de la asociación, los órganos, el patrimonio, etc.”, y la puesta en funcionamiento de tal organización para la consecución de fines por medio de una actividad colectiva, es precisamente el dato real a partir del cual ya es posible establecer la semejanza de la persona jurídica con la natural, una semejanza “en cuanto ‘unidad de eficacia’; en cuanto factor activo en el acaecer social”. (132) De este modo la *analogía* entre la persona jurídica y la natural, a los efectos jurídicos, encuentra su fundamento, como advierte *Federico de Castro*, recordando a *Florentino*, sólo en el hecho de que la persona jurídica *funciona (fungitur)* en ciertas relaciones como una persona humana, y absolutamente en nada más. (133) Además, toda equiparación que puede hacerse de la persona jurídica y de la natural se agota con el “reconocimiento” por el Derecho de su aptitud para ser sujeto de derechos y de deberes y -para que pueda hacerla efectiva- en la translación sólo de la *subjetividad jurídica* de la segunda a la primera, y sin que quepa pensar como posible ninguna otra equiparación a partir de alguna otra -inexistente e imposible, y por esto sólo imaginada- similitud entre ambas. (134) En suma, y como se dice en la STC de 2 de junio de 1998, citada por *Lacruz/Delgado* (135), las personas jurídicas “sólo pueden ser rectamente concebidas si se las conceptúa, con las precisiones que sea preciso efectuar en cada caso, como uno más de los *instrumentos* o de las técnicas que el Derecho y los ordenamientos jurídicos ponen al servicio de la persona para que pueda actuar en el tráfico jurídico y alcanzar variados fines de interés público o privado reconocidos por el propio ordenamiento”.

4. Determinados así tanto el fundamento como los límites de la equiparación y de la nivelación

(132) Véase LACRUZ/DELGADO Elementos I-26ª 2010, p. 268; véase también DE CASTRO Federico Persona jurídica 1981, p. 264; y para la doctrina alemana, véase Larenz ATBR6ª 1983, p. 129; en sentido similar desde el punto de vista penal Luzón Peña LPG2ª 2012, p. 152: “la personalidad y las actuaciones de éstas no son una pura ficción, sino que ciertamente responden a una realidad social”.

(133) Véase DE CASTRO Federico Persona jurídica 1981, p. 264, y en sentido parecido LACRUZ/DELGADO Elementos I-26ª 2010, pp. 267 s.

(134) Véase LACRUZ/DELGADO Elementos I-26ª 2010, pp. 267 s., y en sentido parecido DE CASTRO Federico Persona jurídica 1981, p. 264.

(135) Véase LACRUZ/DELGADO Elementos I-26ª 2010, p. 268.

jurídicas de la persona jurídica a la natural -sólo en cuanto “sujetos de derecho”, y en nada más-, la cuestión que debe plantearse a continuación es la relativa a cómo la jurídica -en comparación y a semejanza de la natural- “actualiza” en la realidad la subjetividad jurídica que se le reconoce. Con esto se trata de determinar el modo en que la persona jurídica concreta y manifiesta su funcionamiento como factor activo en el acontecer social y el modo en que por medio de este funcionamiento produce efectos -y cuáles sean éstos- en tal acontecer, y en última instancia, determinar lo que tal vez sea más importante para el Derecho, a saber: las *consecuencias jurídicas* que, en tanto que *posibles*, puedan derivar de los efectos y del funcionamiento mismo de la persona jurídica que los produce, y que, por ello, podrán serle aplicadas a ella en cuanto sujeto de derecho, o dicho de otro modo: en cuanto “centro de imputación jurídica” o “sujeto jurídicamente imputable”. A este respecto, debe llamarse la atención acerca de la frecuente y, no obstante, muy grave confusión doctrinal de la persona jurídica con la “actividad” que ésta desarrolla, a su modo, por medio del funcionamiento de su organización en el tráfico y en las relaciones jurídicas, pues tal confusión, que es fuente de muy graves errores conceptuales y dogmáticos, alcanza cotas máximas en la doctrina jurídicopenal cuando se habla en ella de la “persona jurídica” y de la “empresa” indistintamente, esto es, como si ambas realidades y sus correspondientes conceptos fueran lo mismo, y de tal modo que, en unos casos, se las mezcla, y en otros se intercambia a la una y a la otra. (136) Pues la persona jurídica es el *sujeto* jurídico *titular* de la organización y de la actividad que desarrolla en el tráfico jurídico y económico por medio del funcionamiento de su organización, mientras que la organización y la actividad mismas son, más bien, los “objetos” que se imputan a su subjetividad jurídica, los cuales, cuando tienen un sentido económico y una forma empresarial, se configuran ciertamente como “empresa”, siendo entonces precisamente ésta la que constituye el objeto que se imputa a la

(136) Paradigmáticos al respecto los títulos de dos libros de Gómez-Jara, La culpabilidad penal de la empresa, Marcial Pons, Madrid, 2005, y Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, IBDe, Montevideo/Buenos Aires, 2010.

persona jurídica como sujeto de derecho y a los efectos jurídicos correspondientes. (137)

5. Ahora bien, dicho lo anterior, y a diferencia de lo que hace la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (138), cuando se opta por un modo no arbitrario de construcción jurídica de conceptos, es decir, por uno que tome y respete los datos de la realidad del mundo en que se quiere operar y producir efectos por medio de ellos (139), y que respete asimismo el *minimum*

(137) Véase, en este sentido, SCHÜNEMANN ZIS 1/2014, pp. 8 s.: “El titular de la empresa es el sujeto jurídico al que se imputa el conjunto socioeconómico del sistema de acción [operativo] ‘empresa’, pudiendo ser aquél tanto una persona natural como una jurídica; ya antes, el mismo. en FS-Tiedemann 2008, pp. 439 s. (corchete mío).

(138) En el mismo sentido, contundentemente, Schünemann ZIS 1/2014, pp. 4, 8 s.; véase también ZAFFARONI PG2ª 2002, pp. 426 s.; NIETO, Alejandro Derecho Sancionador5ª 2012, pp. 404 s. y 421 s.

(139) Los cuales deben incluir datos tanto ónticos como sociológicos, y naturalmente sin que quepa transformar a tales datos eo ipso en conceptos jurídicos. Como advierte Zaffaroni PG2ª 2002, pp. 386 ss., la necesidad de respetar datos ónticos resulta ya de la aspiración a que se realicen en la realidad social los objetivos político-criminales en función de los cuales se construye el concepto jurídico, porque representaría “una incoherencia metodológica pretender esa construcción negando datos de esa misma realidad” (p. 386) y porque si “toda disciplina o saber se ocupa de un ámbito de la realidad y lo hace desde cierta perspectiva y con cierta intencionalidad, (entonces) no puede dejar de ser selectiva en cuanto a los datos que recoge para la elaboración de los conceptos”, ya que si dejara de hacerlo, entonces “caería en la ilusión o en la alucinación”, y esto “equivaldría a inventar el mundo mismo”, dando lugar a “un discurso desconcertante y desorientador, capaz de insertarse en cualquier marco más amplio de ocultamiento ideológico del mundo mismo, al servicio de cualquier objetivo político” (p. 387). Sobre la necesidad de tener en cuenta y de respetar también los datos sociales en la construcción de los conceptos jurídicos, véase ZAFFARONI PG2ª 2002, pp. 22 ss., porque de lo contrario, se “terminaría creando una sociología falsa, con una realidad social ajena incluso a la experiencia cotidiana, una sociedad que funciona y personas que se comportan como no lo hacen ni podrían hacerlo” (p. 22), y porque a consecuencia de esto, se acabará proponiendo finalmente nada más que “la ilusión de solución de gravísimos problemas sociales que en la realidad no resuelve sino que, por el contrario, generalmente potencia” y, en definitiva, introduciendo un discurso cuyos efectos no son en absoluto inofensivos, “puesto que la ilusión de solución neutraliza o paraliza la búsqueda de soluciones reales o eficaces” (p. 24, las cursivas son del propio Zaffaroni). Además, véase en sentido parecido Schünemann, Unterlassungsdelikte 1971, pp. 36 ss.: “como en la formación

minimumorum de los principios y de los enunciados jurídicos fundamentales que aún hoy conservan toda su validez (140), tanto en la teoría general como en las específicas y diferentes ramas del Derecho (141), y en particular en el Derecho civil, se comprueba fácilmente que también la Dogmática de éste sector jurídico, igual que la teoría general del Derecho, no ve ni en la adquisición de derechos subjetivos por la persona jurídica ni en todo aquello por lo que se la puede hacer responsable nada más que hechos *ajenos* -nunca *proprios*- que, por esto mismo, solo le pueden ser jurídicamente *imputados*. Es más, en el Derecho civil, lo que se imputa “objetivamente” a la persona jurídica no son nada más que los *efectos jurídicos* de la ac-

jurídica de conceptos no se modifica la realidad misma, sino solo sectores de la realidad, los conceptos jurídicos deben formarse igualmente ajustados a la realidad (entendiéndose por realidad no sólo la psicofísica, sino también los datos socioculturales preexistentes propios del Derecho”), y de tal modo que “la consecuencia jurídica se deduzca directamente de la observación del substrato” (p. 38, las cursivas son del propio Schünemann). En el mismo sentido que los autores citados, véanse mis propias consideraciones en Gracia Martín Personas jurídicas 1996, pp. 55 ss.: “un desconocimiento de los datos previamente dados que se destacan como esenciales para una regulación, sí impide que la regulación propuesta pueda alcanzar su fin, pues en tal caso se muestra objetivamente errónea, contradictoria e incompleta” (p. 56), y GRACIA Martín Fundamentos 2006, pp. 79 ss.: “si la materia configurada por los datos ónticos emergentes... fuera una que no se correspondiera con el objeto sobre el que se proyecta la regulación pretendida, entonces o no será ya posible llevar a cabo la regulación por falta de objeto, o bien será imposible que la misma pueda alcanzar su fin al ser aplicada a un objeto inapropiado” (p. 80). Sobre la frustración del fin de la regulación de una responsabilidad penal de las personas jurídicas como consecuencia de ser una construida sin respeto a los datos de la realidad, y sobre lo cual se volverá más adelante, véase ahora R. Schmitt FS Lange 1976, p. 885; Stratenwerth FS R. Schmitt 1992, pp. 300 ss.; Schünemann ZIS 1/2014, pp. 14 s.

(140) Como ya se dijo, y ahora se insiste en ello, Alejandro Nieto Derecho sancionador, 5ª, 2012, p. 404 s., advierte con razón e invocando la famosa frase de von Kirchmann, que la fundamentación de una responsabilidad penal de las personas jurídicas solo puede tener lugar si se “envían a la papelería bibliotecas enteras de literatura jurídica” (p. 404).

(141) Así, respecto de la construcción de la “responsabilidad” de la persona jurídica en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, véase el acertado criterio de Alejandro Nieto Derecho sancionador5ª 2012, pp. 421 s., quien apela para tal fin a los saberes jurídicos que proporcionan el Derecho civil y la teoría general del Derecho, y considera que aquí deben dejarse atrás “las aguas del Derecho penal” y adentrarse “en las de la responsabilidad civil” (p. 421).

ción ajena de quien haya actuado válidamente como órgano o representante suyo (142), pero en ningún caso se le imputa *la voluntad* -ni siquiera la negocial- del sujeto individual de la acción. Y así, como explican *Lacruz/Delgado* “no es concebible que los hombres que actúen por un ente moral anulen totalmente su propia personalidad”, pues “es evidente que sigue habiendo dos personas, una de las cuales actúa por la otra y en lugar suyo, y por consiguiente se entra en el ámbito de la *representación*”. (143) Ahora bien, como sostienen también los civilistas citados, en los negocios representativos -los concluidos entre el representante, en nombre del representado, con el tercero-, las voluntades del representado y del representante, aunque concurrentes ambas, en ningún caso se mezclan ni confunden, pues si bien en tales negocios una y otra se unen entre sí funcionalmente, esto en nada afecta al dato real de que ambas sean y permanezcan “autónomas desde el punto de vista estructural”, y en todo caso, en el negocio representativo, es el representante el que “aporta la voluntad de contenido” que es la “más ostensible”, porque es la “dirigida a determinar el contenido efectual del negocio” (144), mientras que la presencia y la voluntad del representado son meramente virtuales, es decir, sólo están presentes en el modo de una *contemplatio domini*. (145) Más allá de la imputación de los efectos del negocio representativo, la persona jurídica está sujeta a una responsabilidad *civil* incluso por los daños causados por los hechos delictivos cometidos por sus órganos y por sus dependientes en general. Y así, por ejemplo, en el Derecho español, el art. 120.4º CP establece la responsabilidad civil de “las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios”.

(142) Véase LACRUZ/DELGADO, Elementos I-33ª 2005, p. 274.

(143) Véase LACRUZ/DELGADO Elementos I-26ª 2010, p. 281.

(144) Véase LACRUZ/DELGADO Elementos I-33ª 2005, p. 281.

(145) Véase LACRUZ/DELGADO Elementos I-33ª 2005, p. 286.

(146) Pero aún siendo esta responsabilidad de naturaleza *civil*, no hay duda de que, también en este orden jurídico, en ningún caso es una por el hecho propio, sino que se trata más bien de una responsabilidad de tipo *objetivo* y por el *hecho ajeno* (147) que en ningún caso tiene ni podría tener su *fundamento* ni en la voluntad de la acción ni en la culpabilidad mismas del autor del hecho (148), las cuales en ningún caso son ni podrían ser imputadas a la persona jurídica, sino que lo tiene, como lo explica *Kelsen*, en la *relación jurídica* existente entre aquél y ésta, es decir, en una situación jurídica que se la mire por donde se la mire, en ningún caso puede identificarse con ningún concepto de acción ni con ninguno de culpabilidad en el sentido del Derecho penal. (149)

(146) Reflexiónese sobre la identidad de contenido y de estructura de este precepto con los del art. 31 bis.

(147) Véase, por ejemplo, SANTOS BRIZ Responsabilidad civil 1970, pp. 331 ss., 361 ss. y 375 ss.; GRACIA Martín Responsabilidad 1986, pp. 108 ss.; ALASTUEY Tratado 2006, pp. 635 ss.; LACRUZ/LUNA Elementos I-22ª 1990, pp. 275 s.; LACRUZ/RIVERO Elementos II-24ª 2009, pp. 502 ss.

(148) Lo que resulta obvio y palmario en el caso previsto en el art. 31 bis de la responsabilidad de la persona jurídica cuando no se ha identificado al autor del hecho o éste obró sin culpabilidad, lo cual es la prueba evidente de que por mucho que a dicha responsabilidad se la quiera denominar “penal”, materialmente no tiene ni puede tener otra naturaleza jurídica que no sean las de carácter civil o la administrativo no sancionadora; en el mismo sentido, véase Robles Planas Diario La Ley nº 7705 de 29 Sep. 2011, pp. 12 ss.

(149) Véase KELSEN, Teoría general 1995, pp. 80 ss.: “el sujeto del deber jurídico, o legalmente obligado, es el capaz de obedecer o desobedecer la norma de derecho, es decir, aquel cuya conducta, en cuanto acto antijurídico, es condición de la sanción”, mientras que “responsable de tal acto es el individuo o son los individuos contra los cuales se dirige la sanción, aun cuando la condición para que la sanción se dirija contra él o contra ellos no sea su conducta propia, sino la relación jurídica que tienen con el autor” (pp. 80 s.); de este modo “cuando los miembros de una sociedad son responsables de un hecho antijurídico cometido por un órgano de la misma (...) no es su conducta, sino su relación específica con los autores del acto lo que constituye el supuesto de la sanción dirigida contra ellos” (p. 81); y en todo caso, “la responsabilidad por un acto antijurídico cometido por persona distinta del responsable nunca puede basarse en la culpa de éste” (p. 82); además, véase Kelsen Teoría pura 1979, pp. 189 ss., y en el mismo sentido, y en concreto en relación con la responsabilidad civil del empresario, LACRUZ/RIVERO Elementos II-24ª 2009, pp. 500 y 502 ss.

VI. La negación de la capacidad de acción y de culpabilidad de la persona jurídica en la Dogmática del Derecho sancionador administrativo

1. Volviendo a la crítica de las opiniones de Zugaldía y de Gómez Tomillo, que aquí se han seleccionado como representativas de las muchas que circulan por la doctrina penal con el mismo o parecido contenido, la afirmación de estos autores de que a la persona jurídica se le reconoce capacidad de acción y de culpabilidad en el Derecho sancionador administrativo, carece del mínimo fundamento, como resulta de un riguroso estudio y análisis de la mejor y más cualificada doctrina iusadministrativa, la cual por lo demás, y como debe ser desde el punto de vista científico, para nada se encuentra desligada de los saberes de la teoría general del Derecho y del Derecho civil. Es cierto que en el plano de la legislación, todos los ordenamientos jurídicos vienen admitiendo desde antiguo y establecen positivamente una responsabilidad de las personas jurídicas en el orden sancionador *administrativo*. Así, por ejemplo, en la legislación española, el art. 130.1 de la LR-JAPPC establece con carácter y alcance generales para todo el ordenamiento jurídico sancionador administrativo que “podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las *personas físicas y jurídicas* que resulten responsables de los mismos”. Es cierto también que por *alguna* doctrina y por la jurisprudencia españolas se ha venido admitiendo desde antiguo la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito de las infracciones administrativas (150), pero ya no es cierto que tal postura sea unánime e indiscutida, y en mi opinión ni siquiera que sea la postura mayoritaria. (151) Por otro lado, dentro de

(150) Véase, por ejemplo, MONTORO PUERTO Infracción 1965, pp. 143 y ss.; GÓMEZ TOMILLO Derecho sancionador 2008, pp. 236 ss.; sobre la responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito de las infracciones administrativas en el orden laboral véase, por ejemplo, Del Rey Guanter Potestad sancionadora 1990, pp. 72 s., 130 ss., y la jurisprudencia de ese orden que cita especialmente en nota 123 de p. 72; GARCÍA BLASCO Infracciones 1989, pp. 57 ss.; y para el ámbito de la infracción tributaria administrativa, véase PÉREZ ROYO Delitos 1986, pp. 280 ss. y ZORNOZA Sistema 1992, pp. 181 ss.

(151) Véase sobre todo GRACIA Martín Personas jurídicas 1986, pp. 45, 48 s., 69 ss.; el mismo, Tratado 2006, pp. 546 ss. y 576 s.; el mismo, Lecciones 4ª 2012, pp. 216 ss.; FUSTER Asencio, Procedimiento sancionador 2001, p. 106; NAVARRO CARDOSO Infracción administrativa 2001, p. 67; y en

la doctrina iusadministrativa que dice admitirla, las divergencias respecto a su fundamento y a su estructura jurídica son tan profundas e incompatibles conceptualmente, que permiten poner en duda que, al menos algunas de las opiniones que se manifiestan en principio como favorables tengan realmente este signo y no, más bien, el contrario si, más allá de la nomenclatura utilizada, se atiende a las construcciones dogmáticas y a los conceptos realmente formulados. (152) En todo caso, la doctrina iusadministrativa más rigurosa y más altamente cualificada, *niega* con la mayor contundencia la capacidad de acción y de culpabilidad de la persona jurídica también en ese orden sancionador. Por esta razón, el tratamiento de la cuestión de la responsabilidad penal de la persona jurídica no debe limitarse al campo de lo criminal, sino que debe extenderse también al de la sanción administrativa, pues en éste no sólo se plantea en idénticos términos que en aquél, sino que debe resolverse también de la misma manera. Esto es y debe ser así para todo el que, como es mi caso, entienda que *todo* Derecho *sancionador* sin una sola excepción, y en particular el llamado *administrativo*, tiene idéntica naturaleza que el penal criminal (153), porque ambos son manifestaciones de un único y mismo poder punitivo (*Strafgewalt*) que es distinto del poder coercitivo (*Zwangsgewalt*) (154) en el sentido de la fructífera diferenciación de ambos que debemos a *Otto Mayer*. (155) Las sanciones administrativas deben estar sometidas a los mismos e idénticos principios y garantías de la penal criminal, y *sin la mínima flexibilización*, no

el mismo sentido, ROBLES PLANAS Diario La Ley nº 7705, 29 Sep. 2011, p. 8; en la doctrina peruana, véase en el mismo sentido MEINI MÉNDEZ, Responsabilidad 1999, p. 141.

(152) Véase, por ejemplo, NIETO Alejandro Derecho sancionador 5ª 2012, pp. 421 ss.: “en algunas de sus manifestaciones el Derecho Administrativo Sancionador parece estar dejando atrás las aguas del Derecho penal y adentrándose en las de la responsabilidad civil” (loc. cit., p. 421).

(153) Así la doctrina mayoritaria, véase por todos Cerezo Mir PG I6ª 2004, pp. 56 ss.; por el contrario, en la doctrina iusadministrativa, entiende que el Derecho administrativo sancionador tiene autonomía y naturaleza distinta a la del penal, y que por ello debe regirse por otros principios, Alejandro Nieto Derecho sancionador 5ª 2012, pp. 30 ss., 55 ss., 122 s., y especialmente todo el Capítulo IV de esta magnífica obra, que se extiende desde p. 124 hasta p. 160.

(154) En el mismo sentido ZAFFARONI PG2ª 2002, pp. 48 ss. y 214 ss.

(155) Véase MAYER Otto, Deutsches Verwaltungsrecht 13ª 1924, pp. 213 ss.

sólo en razón de la *identidad* material entre ambas (y entre sus respectivos supuestos de hecho) y en razón de la identidad del *poder* que las aplica (*punitivo*) (156), sino también por exigencias ético-políticas y por la urgente necesidad de someter al Derecho el ejercicio de semejante poder -en mi opinión originariamente *judicial*- delegado en las autoridades y funcionarios de la Administración, toda vez que la realidad cotidiana nos prueba y demuestra que en éste ámbito el poder punitivo ha alcanzado un máximo y difícilmente superable grado de corrupción, y también que su ejercicio real se practica sin sujeción al Derecho de un modo completamente arbitrario y, en definitiva, *salvaje*, entendiendo esto en el sentido de no sujeción de hecho a ninguna regla. (157) Por todo esto, el estudio y el desarrollo doctrinales de la posible o imposible responsabilidad penal de las personas jurídicas compete en idéntica medida a penalistas y a iusadministrativistas.

2. Se la mire por donde se la mire, la interpretación que hace *Gómez Tomillo* del concepto de acción de *Roxin* “como manifestación de la personalidad” para luego pretender fundamentar a partir de él la capacidad de acción de la persona jurídica es absolutamente contradictoria e insostenible. (158) Ya el mismo *Roxin* rechaza la capacidad de acción de la persona jurídica a partir precisamente de su propio concepto porque “dado que les falta una substancia psíquico-espiritual, no pueden manifestarse a sí mismas”. (159) Pero dado que en la edición de la Parte General de *Roxin* que cita *Gómez Tomillo* -la traducción de la 2ª edición alemana, de 1994-, aquél concluía su exposición de las opiniones favorables a la capacidad de acción de las personas jurídicas con la indicación de que habría “que esperar a ver como sigue evolucionando la discusión” (160), el autor español cree poder deducir de esto que *Roxin*

dejó ahí la cuestión abierta en el sentido de que a la vista de tal evolución de la discusión, pudiera llegar a aceptar en el futuro la capacidad de acción de la persona jurídica. (161) Esta interpretación de *Gómez Tomillo* es, sin embargo, completamente desafortunada, pues no se ve cómo el concepto de “manifestación de la personalidad” de *Roxin* podría asimilar a cualquier substrato carente de substancia psíquico-espiritual que pudiera ser propuesto por cualquier nuevo concepto de acción para la persona jurídica, como lo demuestra que en su última edición de 2006 *Roxin* continúe rechazando por la misma razón, y sin ninguna variación, la incapacidad de acción de la persona jurídica, y que tras haber observado aquella evolución durante los 11 años transcurridos entre ambas ediciones, haya suprimido la invitación a esperar a la evolución de la discusión. (162) Por lo demás, que a partir de un concepto de acción como “manifestación de la personalidad” no es posible derivar ni explicar ninguna capacidad de acción de la persona jurídica, lo confirma ahora con razón *Luzón Peña*, al negar dicha capacidad con base en su muy similar concepto de acción como “manifestación externa activa o pasiva de una voluntad”. (163) Pero por otra parte, y esto es lo que interesa para la crítica que ahora estoy desarrollando, a *Gómez Tomillo* le sorprende (164), y cree que es una contradicción, que pese a que *Roxin* considera que existe una gran proximidad entre el Derecho penal y el sancionador administrativo, sostenga luego, sin embargo, que en el ámbito de las contravenciones sea posible aplicar “sanciones” sin necesidad de la concurrencia de una acción. (165) Sin embargo, ni hay motivo alguno para sorprenderse ni tampoco -esto aún menos- para ver contradicción alguna en la postura de *Roxin*. En primer lugar, porque *Roxin* sostiene expresamente que la multa para personas jurídicas del § 30 OWiG no es más que una “consecuencia accesoria” (166), y este tipo de consecuencias no tiene naturaleza ni finali-

(156) En el mismo sentido ZAFFARONI PG2ª 2002, pp. 18 ss., 25 ss., 38 ss., 44 ss., y 177 ss.

(157) Sobre ello, en general, véase ZAFFARONI PG2ª 2002, pp. 177 ss.; y en particular sobre el panorama del “Derecho” sancionador administrativo español y de su ejercicio cotidiano, véanse las ciertamente sobrecogedoras pero absolutamente realistas descripciones y estimaciones de Alejandro Nieto Derecho sancionador5ª 2012, pp. 26 ss.

(158) Véase GÓMEZ TOMILLO, Introducción 2010, pp. 47 s.

(159) Véase ROXIN AT I4ª 2006, § 8 C n° 59, p. 262.

(160) Véase ROXIN PG I2ª 1997, § 8 n° 56c in fine, p. 260.

(161) Véase GÓMEZ TOMILLO Introducción 2010, p. 48.

(162) Véase ROXIN AT I4ª 2006, § 8 C n° 59, p. 262 y § 8 C n° 63, p. 263.

(163) Véase LUZÓN PEÑA, PG-Lecciones, 2ª ed., pp. 137 ss., y especialmente pp. 152 s.

(164) Véase GÓMEZ TOMILLO Introducción 2010, pp. 48 s. y nota 76.

(165) Véase ROXIN AT I4ª 2006, § 2 O n° 133, p. 59 y § 8 C n° 60, p. 263.

(166) Véase ROXIN AT I4ª 2006, § 8 C n° 60, p. 263.

dad propiamente “sancionadoras”, por lo cual la realización de una acción -aunque haya tenido lugar- no es elemento constitutivo del supuesto de hecho habilitante de su aplicación, porque éste no está constituido más que por estados o situaciones objetivamente contrarias a Derecho (enriquecimiento injusto, peligrosidad objetiva de la cosa, defecto de organización, etc.). (167) Pero es que, en segundo lugar, si bien *Roxin* no entra en detalles, su postura no sólo es plenamente acertada, sino que es también absolutamente coherente porque en realidad, como resulta del saber que proporcionan la teoría general del Derecho y las Dogmáticas del Derecho civil y del administrativo, al supuesto de hecho de la “responsabilidad” -y aquí por cierto tanto de la persona jurídica como de la física- no siempre pertenecen como elementos constitutivos ni la realización de una acción ni tampoco -esto aún menos- la culpabilidad del autor de la infracción. Con esto, paso ahora ya a desvirtuar definitivamente las infundadas opiniones de *Zugaldía* y de *Gómez Tomillo* sobre el reconocimiento de la capacidad de acción y de culpabilidad de la persona jurídica en el Derecho sancionador administrativo.

3. En particular *Gómez Tomillo*, se decanta por rechazar a cierta doctrina iusadministrativa -y por cierto, la de mayor prestigio y rigor científicos- que niega la capacidad de culpabilidad de la persona jurídica también en el Derecho sancionador administrativo, y que considera consecuentemente que la responsabilidad de aquélla es una de tipo “objetivo”. Y la rechaza, por un lado, porque en su opinión, prescindir de la culpabilidad podría suponer una “inaceptable afección del principio de proporcionalidad” y podría también “plantear problemas desde el punto de vista del principio de igualdad” (168), y por otro lado, porque así “se incidiría en una responsabilidad por el riesgo que tiene su fundamento en el ámbito del Derecho civil, pero que carece de sentido en un Derecho de carácter punitivo”. (169) Estos argumentos de *Gómez Tomillo*, sin embargo, son sumamente

desafortunados. Los primeros porque como tan documentadamente ha demostrado *Schünemann*, según ya se vio más atrás (170), es precisamente la pretensión de fundamentar una acción, una culpabilidad y una pena para la persona jurídica lo que -justo al revés de lo que cree *Gómez Tomillo*- sí vulnera los principios de proporcionalidad e igualdad. De esto no puedo ocuparme aquí ahora. En cambio, sí voy a hacerlo, aunque sea brevemente, de la segunda de las razones esgrimidas por *Gómez Tomillo*, porque sin la menor duda tiene toda la razón cuando afirma que prescindir de la culpabilidad de la persona jurídica nos llevaría al *Derecho civil*, y porque esto es precisamente lo que sin la menor duda *debe ser*. Y si aquí sí que tiene *Gómez Tomillo* toda la razón es porque es evidente y cierto que eso sólo es lo que se puede hacer respecto de la persona jurídica, es decir: imputarle una responsabilidad de tipo “objetivo” estricta y exclusivamente *civil* -y en su caso, también administrativa “no sancionadora”-; porque como con una gracia no exenta de ironía y, en cualquier caso, de un modo que no dudo en calificar de “genial”, ha afirmado el magnífico y brillante joven colega *Víctor Gómez Martín*, “existen razones para creer que bajo la piel de lobo de la pena, la LO 5/2010 oculta, en realidad, en parte la *oveja* de una suerte de *responsabilidad civil derivada de delito* y, en parte, la de una especie de sistemas de *medidas de seguridad interdictivas* para sociedades peligrosas”. (171) Todo esto se explica bien si no se pasan por alto ciertos importantes conocimientos que proporciona el saber jurídico.

4. Partiendo de la premisa -es que no hay otra posible- de la absoluta imposibilidad de fundamentar la culpabilidad de las personas jurídicas (172), advierte *Alejandro Nieto* que respecto de ellas el Derecho administrativo sancionador se vería en principio abocado a optar por estas tres alternativas: *a*) a no poder sancionar nunca a una persona jurídica (173); *b*) a tener que “modular” el principio y el concepto de culpabilidad para poder así afirmar la concurrencia de ésta en la persona jurídica y poder así aplicarle la sanción

(167) Sobre todo esto, véase ampliamente GRACIA Martín, *Personas jurídicas* 1996, pp. 69 ss.; el mismo, en *Tratado* 2006, pp. 552 ss., 576 s. y 580 ss.; el mismo, en *Lecciones* 4ª 2012, pp. 201 ss. y 216 ss.; y en sentido próximo ROBLES PLANAS *Diario La Ley* nº 7705, 29 Sep. 2011, pp. 8 s. y 12 ss.

(168) Véase GÓMEZ TOMILLO, *Introducción* 2010, p. 99.

(169) Véase GÓMEZ TOMILLO, *Introducción* 2010, p. 100.

(170) Vid. supra nota 98.

(171) Véase GÓMEZ Martín *Falsa alarma* 2012, p. 383 (cursivas mías).

(172) Véase NIETO Alejandro *Derecho sancionador* 5ª 2012, pp. 391, 402.

(173) Véase NIETO Alejandro *Derecho sancionador* 5ª 2012, pp. 393 y 414.

sin violentar aquél principio (174); y *c*) a negar la vigencia del principio de culpabilidad en éste ámbito sancionador, y a reconocer en consecuencia que en él rige un tipo de responsabilidad objetiva. (175) La primera de las alternativas no parece viable en absoluto, pues está en abierta contradicción con la legislación y con una inveterada y copiosa praxis jurídica que sanciona desde siempre a las personas jurídicas con base en dicha legislación. (176) Pero la segunda alternativa, que es por la que se ha decantado un sector de la doctrina y de la jurisprudencia, incluida la constitucional, es una que cuando se intenta poner en práctica agrava considerablemente el problema por la sencilla razón de que la misma es una de imposible realización. En efecto, ya que todas las “modulaciones” del concepto de culpabilidad que se han formulado por doctrina y jurisprudencia, y cualquiera otra que quisiera intentarse, en realidad no dan lugar más que a una completa aniquilación del concepto de culpabilidad (177), pues por mucho que se quiera seguir llamando así a cualquiera de los resultados de la modulación, en ellos empero -en palabras de *Alejandro Nieto*- no cabe ver nada más que “juegos formales realizados por juristas habilidosos para, respetando la letra de las normas, quebrantar su espíritu en un comportamiento hipócrita muy extendido en la vida del Derecho”. (178)

(174) Véase NIETO Alejandro Derecho sancionador^{5a} 2012, p. 393.

(175) Véase NIETO Alejandro Derecho sancionador^{5a} 2012, pp. 402 s., 415 s. y 418 ss.

(176) Véase NIETO Alejandro Derecho sancionador^{5a} 2012, pp. 395 ss. y 414.

(177) Véase NIETO Alejandro Derecho sancionador^{5a} 2012, p. 398, pues se recurre al “deus ex machina de la ‘modulación’ de la culpabilidad”, pero luego “a la hora de dar una explicación concreta de esta modulación, se da un salto funambulesco apoyándose en la cuerda floja de la ficción”, pues “si las personas jurídicas son entes de ficción nada más fácil que, a través de otra, imputarles la voluntad de sus agentes”, es decir, que “lo único que se hace -aquí viene el salto- es ‘trasladarla’ [sic] desde una persona física a una persona jurídica”, y así de tal modo que la culpabilidad “se ha desvanecido como el humo”.

(178) Véase NIETO Alejandro Derecho sancionador^{5a} 2012, pp. 393, 338, 402 y 427; donde habla del “atajo hipócrita de considerar que la inobservancia es una variante de imprudencia” (p. 338); literalmente de “los artilugios que está utilizando la jurisprudencia” (p. 402), y de que “con este sencillo artilugio ya tienen un culpable” (p. 427), refiriéndose aquí al artilugio de llamar culpabilidad a la culpa in eligendo y a la in vigilando, que como es sabido son conceptos de la responsabilidad civil objetiva que

5. *a*) Descartadas, pues, las dos alternativas expuestas, *Alejandro Nieto* se decanta decididamente por la tercera, y llega a la conclusión de que en el tema que nos ocupa, optar por la “responsabilidad objetiva [sic. en el Derecho sancionador administrativo] no debiera, por tanto, escandalizar a nadie, pues no supone una agresión a una sociedad democrática, [sino que] antes al contrario, [supone] un robustecimiento efectivo del Estado social”. (179) Sin duda, ésta es, a mi juicio, la única vía posible y correcta para resolver la cuestión de la “responsabilidad” de la persona jurídica por la comisión de delitos e infracciones administrativas por las personas físicas que actúan para ella. Como indica el eximio administrativista español, “de lo que se trata, en definitiva, es de *llegar a la responsabilidad, no a través de la culpabilidad como es lo ordinario, sino a través de la capacidad de soportar la sanción*”, o bien, y para expresarlo “en términos deliberadamente simplistas, podría decirse, por tanto, que en estos casos responsable no es el culpable sino ‘el que puede pagar’”. (180) Pero -pregunta- “¿qué necesidad hay de hablar de culpabilidad -un fenómeno psíquico rigurosamente personal- cuando estamos ante una infracción cometida por una empresa?”. (181) A la vista de cómo está el panorama actual de la doctrina jurídica, no es de extrañar que *Alejandro Nieto* piense en que su propuesta de reconocer de plano y sin ambages una responsabilidad “objetiva” derivada de la comisión de infracciones penales y administrativas pueda ser tachada por algunos “de inadmisibles herejías constitucionales” (182), y probablemente así sucederá. Sin embargo, frente a esto hay que decir que no sería precisamente a su tesis, sino que, al contrario, deberá ser a toda crítica que se haga de la misma desde la ignorancia o desde

nada tienen que ver con la culpabilidad; sobre ello véase GRACIA Martín, Responsabilidad 1986, pp. 113 ss. y cfr. supra en IV.4., las descalificaciones que dirige Nieto a todos los intentos de configurar un concepto de culpabilidad de la persona jurídica.

(179) Véase NIETO Alejandro Derecho sancionador^{5a} 2012, p. 425 (corchetes añadidos por mí).

(180) Véase NIETO Alejandro Derecho sancionador^{5a} 2012, p. 402.

(181) Véase NIETO Alejandro Derecho sancionador^{5a} 2012, p. 415, donde advierte sobre que exigir la culpabilidad de la persona jurídica lleva a “imputaciones arbitrarias” que fuerzan a “colgar a alguien el título de culpable”.

(182) Véase NIETO Alejandro Derecho sancionador^{5a} 2012, p. 426.

el desprecio del saber jurídico que proporcionan la teoría general del Derecho y las Dogmáticas de los Derechos privado y público, a lo que legítima y realmente sí se lo tendrá que tachar de herejía o de algo peor. Pues a mi juicio, en la construcción que propone *Alejandro Nieto* no debiera verse una de naturaleza sancionadora, sino más bien una plural con estructuras del Derecho *civil* y del *administrativo coercitivo* e incluso de las llamadas potestades administrativas ablatorias (183), pues evocando de nuevo la graciosa y genial metáfora de *Víctor Gómez Martín*, más atrás expuesta, ninguna duda puede haber acerca de que las personas jurídicas -incluidas las naturales cuando no se las contempla como seres humanos, sino como "personas"- en ningún caso pueden ser ovejas expuestas a los lobos punitivos y sancionatorios, sino única y exclusivamente ovejas de una raza mixta civil y administrativa, que únicamente pueden morar y pastar en los rediles y en los prados del Derecho civil y del administrativo.

b) No veo claro cuál es la verdadera naturaleza jurídica que *Alejandro Nieto* atribuye a la responsabilidad de la persona jurídica (184), pero sí -y esto es lo decisivo- que su tesis está sólidamente fundada en los saberes jurídicos que proporcionan la teoría general del Derecho y las Dogmáticas del Derecho privado y público, a los cuales remite de un modo expreso e inequívoco y con una llamada de atención acerca de que en este campo la estructura de la construcción jurídica es una de naturaleza más bien *civil* que sancionadora o punitiva. (185) Por otra parte, el eje de

(183) Como vengo sosteniendo desde hace años; véase GRACIA MARTÍN, Responsabilidad 1986, pp. 103 ss.; véase además supra nota 168.

(184) Aunque en el desarrollo de su tesis *Alejandro Nieto* habla constantemente de "infracción" y de "sanción", en algún momento, sin embargo, plantea la cuestión de si a la vista de los presupuestos y del régimen jurídico peculiares de algunas figuras de responsabilidad en el Derecho administrativo sancionador, podríamos estar en presencia de una "difuminación de los conceptos estrictos de infracción y de sanción"; véase NIETO *Alejandro Derecho sancionador* 5ª 2012, p. 351.

(185) Véase NIETO *Alejandro Derecho sancionador* 5ª 2012, pp. 421 s., donde apela a los saberes jurídicos que proporcionan el Derecho civil y la teoría general del Derecho, y considera que aquí deben dejarse atrás "las aguas del Derecho penal" y adentrarse "en las de la responsabilidad civil" (p. 421). De hecho, los títulos de imputación objetiva que menciona Nieto (loc. cit., p. 42), son de naturaleza civil: "a) ex lege (la propiedad del vehículo si no aparece el

la construcción de *Alejandro Nieto* lo constituye la importante -pero tan ignorada- distinción de la teoría general del Derecho entre "culpabilidad" y "responsabilidad". (186) "Esto que parece tan elemental a los juristas" -dice- "se pasa por alto en el Derecho Administrativo Sancionador, cuyo error consiste en no acertar a separar las figuras de autoría y responsabilidad". (187) Conforme a esta distinción básica en la teoría general del Derecho, por diversas razones puede ser que el autor de una infracción no sea responsable, mientras que, a la inversa, es posible hacer responsable a un sujeto que ni siquiera haya realizado la infracción ni haya participado en ella. Ahora bien, debería estar fuera de toda duda que una estructura o figura de responsabilidad de esta clase sólo puede tener una naturaleza civil o administrativa, y en modo alguno una de carácter sancionador. Con esto, sin embargo, a *Gómez Tomillo*, no le quedan otras salidas que o bien la de aceptar lo que él parece querer rechazar y evitar, es decir, que como no puede ser de otro modo, aquí estamos ante una responsabilidad objetiva inequívocamente civil, o bien, si quiere poder continuar afirmando una culpabilidad de la persona jurídica, desvirtuar con argumentos científicamente rigurosos a esta importante distinción entre culpabilidad y responsabilidad en el sentido expuesto, y en el que, para terminar, se desarrolla a continuación.

conductor infractor), b) ex culpa (in vigilando, in eligendo, in conservando), c) ex contractu (contrato de seguro de responsabilidad), d) ex bono (apropiación de los beneficios producidos por la infracción)". Para la imputación objetiva en el Derecho civil, véase por ejemplo, LACRUZ/DELGADO Elementos I-26ª 2010, p. 280, quienes mencionan como títulos de imputación el principio ubi commodum, ibi periculum; en el mismo sentido, LACRUZ/RIVERO Elementos II-24ª 2009, pp. 499 s. y 503, quienes enumeran como fundamentos de la imputación objetiva la culpa in vigilando, in eligendo, in educando; el riesgo empresarial y el principio cuius comoda, eius est periculum; y para la imputación objetiva en el ámbito de la responsabilidad civil ex delicto, véase ALASTUEY Tratado 2006, pp. 633 ss., quien enumera como títulos de imputación objetiva la culpa in vigilando (p. 634), la in eligendo (p. 636), el principio cuius comoda, eius incommoda (p. 638) y la propiedad "susceptible de crear riesgos" (p. 640).

(186) Sobre ella, por ahora, véase NIETO, *Alejandro Derecho sancionador* 5ª 2012, pp. 414 ss. y especialmente pp. 421 s. El mismo valor y sentido jurídicos tiene la distinción entre "deuda" y "responsabilidad"; véase al respecto Díez Picazo Fundamentos 1970, 329 s.

(187) En este sentido NIETO *Alejandro Derecho sancionador* 5ª 2012, p. 422.

VII. Acción (infracción), culpabilidad y responsabilidad

1. Efectivamente, como ha dicho *Alejandro Nieto*, es un error muy grave ignorar o pasar por alto la fundamental distinción entre “culpabilidad” y “responsabilidad”, formulada en primera instancia por la teoría general del Derecho (188), y aceptada y normalmente operativa en diferentes ámbitos jurídicos específicos. (189) Mientras que el término “responsabilidad” es multívoco y remite en concreto a significados jurídicos muy distintos y variados (190), el concepto de “culpabilidad” tiene un significado relativamente preciso y unívoco. Sea cual sea la concepción o la teoría que se sustente sobre ella, la idea de culpabilidad remite siempre, desde el momento inicial en que se piensa, hasta el último en que se comprueba y verifica su presencia, a un juicio, ya sea éste descriptivo o normativo, sobre un sujeto humano individual (191) a causa de algo hecho *por él*

(188) Sobre ella, véase extensamente la brillante construcción y exposición de KELSEN, *Teoría general* 1995, pp. 75 ss.; véase también NINO *Introducción* 2ª 1984, pp. 184 ss.

(189) Así, en el Derecho francés goza de una gran tradición la figura denominada como *responsabilité pénale du fait d'autrui*, también llamada *responsabilité du chef d'entreprise*, la cual, pese a su denominación, y según la doctrina francesa, no es más que una clase de responsabilidad civil del jefe o del encargado de la empresa que opera como garantía de la ejecución de la pena de multa impuesta al autor material de la infracción; véanse los clásicos trabajos de BONNARD *Infracciones intencionelles* 1978, pp. 12 ss. y CARTIER *Responsabilité du chef d'entreprise* 1977, pp. 46 s. Lo mismo cabe decir respecto de la llamada *responsabilité per fatto altrui* del Derecho italiano; véase el clásico trabajo de PETTOELLO MANTOVANI *Responsabilità per fatto altrui* 1962, pp. 23 y 51 ss. Sobre estas figuras, véase GRACIA Martín *Actuar I* 1985, pp. 49 ss. A este modelo de responsabilidad respondía el deber de pago de la multa impuesta al autor por la persona jurídica, que establecía el derogado apartado 2 del art. 31 CP; véase al respecto, GRACIA Martín *Diccionario* 2008, pp. 818 ss.; en el mismo sentido ALASTUEY *Tratado* 2006, pp. 632 s.; también SÁNCHEZ Silva /ORTIZ DE URBINA *InDret* 2/2006, pp. 11 s. y 20 ss.

(190) Sobre la amplitud de significados del término “responsabilidad”, véase por ejemplo Nino, *Introducción* 2ª, 1984, pp. 184 ss.

(191) A la vista de que el concepto de culpabilidad basado en el poder actuar de otro modo ha sido sumamente cuestionado, y de que la doctrina crítica con dicho concepto ha recurrido a “otros” criterios para fundamentarla y explicarla, GÓMEZ-JARA *Culpabilidad* 2005, pp. 83 s., afirma y pretende hacer valer que la fundamentación de una culpabilidad de la persona jurídica -para él de la empresa- mediante el recurso también a “otros” argumentos distintos del poder

actuar de otro modo no daría lugar ni a una vulneración del concepto penal de culpabilidad ni a la “invención” de un nuevo fundamento porque -según él- lo que de tal modo se estaría haciendo sería precisamente seguir “el mismo camino emprendido por numerosos autores respecto de la culpabilidad individual” (las cursivas y el paréntesis son míos). Pero esta afirmación de Gómez-Jara no puede convencer, pues es evidente que la totalidad de los criterios alternativos al poder actuar de otro modo que proponen los penalistas críticos como reemplazo de éste en la base de la culpabilidad o en la de su equivalente como fundamento de la pena, son criterios que, ya sean descriptivos, ya sean valorativos, tienen en todo caso por objeto a alguna condición, facultad o propiedad exclusivamente humanas, como por ejemplo, y dada la evidencia de ello, sin que sea preciso abundar aquí con un prolijo listado de referencias, sucede con el criterio de la “motivabilidad” por la amenaza de la pena formulado por Gimbernat *Estudios* 3ª 1990, pp. 175 ss., o con el de la “capacidad de motivación normal por las normas jurídicas”, de Mir Puig *Estado social* 1994, pp. 85 ss. y PG9ª 2011, pp. 547 ss. Por esto, contra lo que pretende Gómez-Jara, hay que decir que todo concepto de culpabilidad o de su equivalente como fundamento de la pena, que no remita en todo caso a un substrato humano individual, sí es uno completamente “inventado” y, por lo tanto, uno que sí vulnera el concepto penal de culpabilidad, o el de su equivalente incluso en el caso de que el criterio rector que lleve a la formulación de tal equivalente sea uno distinto y alternativo al poder actuar de otro modo (motivabilidad, capacidad de motivación normal, etc.). Por otra parte, Gómez-Jara *Culpabilidad* 2005, pp. 85 s., quiere fundamentar el concepto de culpabilidad con argumentos vinculados a un entendimiento concreto de la “prevención general positiva”, y así fundamentar también la culpabilidad de la empresa por la “compatibilidad de la organización empresarial con dicho fundamento” (p. 86). Pero tampoco puede aceptarse como “culpabilidad” lo que así llega a formular y a “denominar” como tal Gómez-Jara. Aunque resulta ciertamente muy difícil identificar cuál sea ese entendimiento concreto de la prevención general positiva del que dice derivar la “culpabilidad” de la empresa (véase la sucinta exposición que hace en *Culpabilidad* 2005, pp. 296 ss.), no hay motivo alguno para poner en duda que Gómez-Jara tenga algún criterio en virtud del cual pueda establecer algún vínculo entre la “organización empresarial” y su concreto entendimiento de la “prevención general positiva”, pero sea cual sea dicho criterio, lo que sí puede y debe, al menos, ser puesto en duda es -a mi juicio, debe negarse rotundamente- que lo que Gómez-Jara construye y quiere presentar como culpabilidad y con este mismo nombre sea un concepto cuyo substrato tenga la substancia de la “culpabilidad”. Ciertamente, los límites de este espacio hacen imposible toda argumentación detallada al respecto, pero para negarle todo carácter de “culpabilidad” a la “libertad de organización de la empresa”, que Gómez-Jara (lug. cit. pp. 278 ss.) presenta como el “equivalente funcional” de aquélla, y así como fundamento de la pena para la persona jurídica (la empresa), me parece suficiente la siguiente argumentación de carácter lógico-abstracto. Gómez-Jara parte de la premisa de que el sujeto jurídico-penal sería en todo y en cualquier caso la “persona” comprensiva tanto de la jurídica como de la física, es decir, un sujeto con substrato carente de toda

propiedad humana porque todas se han abstraído de él (lug. cit., pp. 219 ss.), y si esto es así, de aquí tiene que resultar que aquella libertad de organización ya no debe poder ser entendida más que como una abstracción asimismo desvinculada de toda propiedad humana. Pero entonces, debería estar claro que una libertad de organización como ésta ya no puede presentarse ni como culpabilidad ni tampoco como "equivalente funcional" de ésta. De "equivalente" funcional se puede hablar solo respecto de un objeto que, cuando se lo coloca en el lugar de "otro distinto", tiene la capacidad de producir el mismo efecto que éste, y por esto se trata en realidad de un "sustitutivo" funcional, mientras que sería absurdo y carecería de sentido establecer una "equivalencia" funcional entre dos concreciones singulares de un "mismo" objeto: así la firma electrónica es un equivalente funcional de la autógrafa, pero sería absurdo llamar equivalente funcional de una firma autógrafa estampada a bolígrafo a otra también autógrafa pero estampada a pluma estilográfica. Pues bien, si aquella abstracta libertad de organización se predica de la "persona", tendrá que ser la "misma" para la persona jurídica y para la natural, pero entonces ya no puede presentarse como un dato de la persona jurídica que sea equivalente funcional de algún otro distinto de la persona física. Dicho de otro modo: lo que hace Gómez-Jara es vaciar completamente la culpabilidad de la persona física para así poder luego configurar un equivalente funcional para la persona jurídica, pero tal equivalente ya no puede serlo de la "culpabilidad" de la persona física, sino de lo que ha quedado de ésta después de haberlo vaciado. Pues si la pena se fundamenta en un concepto de imputación a la persona fundamentada en esa abstracta libertad de organización desvinculada de toda propiedad humana, entonces se destruye o se prescinde por completo del concepto de "culpabilidad" ya respecto de la persona natural (en sentido similar, véase sólo ROXIN AT 14ª 2006 p. 867 nº 35, quien dice sobre las concepciones de la culpabilidad fundadas en teorías sistémicas que: "así se deja al arbitrio del legislador o del juez y en una vacilante inseguridad lo que haya que entender por culpabilidad"), y resulta absurdo buscar un ya completamente innecesario e inútil equivalente funcional de la culpabilidad para la persona jurídica. Más allá de esto, aún hay que decir que el concepto de "equivalente funcional" ni mucho menos remite siempre a una auténtica semejanza ni analogía de los términos que se completan como "equivalentes". Cuando se dice que algo es un equivalente funcional de otro algo, para nada se dice con ello ni que los términos equivalentes sean ni siquiera parecidos, ni que los efectos que produce cada uno de dichos términos "equivalentes" sean los mismos, sino que pueden ser completamente distintos. Y así, culpabilidad y peligrosidad son conceptos completamente distintos que producen también consecuencias distintas, pero nada impide afirmar que la peligrosidad es a la medida de seguridad, lo que la culpabilidad es a la pena, es decir, que una y otra tienen y cumplen la misma función de fundamentar y de ser presupuesto cada una de su respectiva, singular y diferente consecuencia; sobre esto, llamando la atención sobre los peligros políticos de los equivalentes funcionales que no tienen nada en común con el objeto respecto del cual se lo quiere presentar como "equivalente", y en particular para el caso mencionado de la equivalencia funcional de la culpabilidad con respecto a la peligrosidad, véase ZAFFARONI PG2ª 2002, pp. 659 s.

mismo o que está presente *en él mismo* y *porque* las condiciones y la razones del juicio están dadas también *en él mismo*; en fin, de todos los aspectos y matices de la culpabilidad, el que aquí interesa destacar es que ella está ligada de modo esencial e indisoluble a la *autoría del hecho propio* y, por consiguiente, que no es concebible -y si lo fuera sería absolutamente inadmisible- una culpabilidad de nadie por el hecho realizado por un sujeto distinto (192); de aquí deriva *eo ipso* que la consecuencia jurídica con que puede responderse a la culpabilidad -la pena- tiene que ser forzosamente *personal*, es decir, que sólo puede aplicarse al *autor* del hecho que él mismo, y sólo él, ha realizado culpablemente. (193)

2. De los diferentes significados que tiene el término "responsabilidad", interesa aquí el de "responder" de las posibles "consecuencias" de un hecho, entre las cuales hay que contar incluso el cumplimiento o satisfacción de la sanción. En este sentido, responsabilidad significa hacerse cargo y soportar sobre sí mismo las consecuencias de un hecho; en relación con los hechos ilícitos, responsable es aquél "que 'responde' de las consecuencias del ilícito (en primer término una sanción administrativa)". (194) Mientras que la culpabilidad, como se ha dicho, va siempre ligada al autor del hecho, la responsabilidad por las consecuencias puede recaer en un sujeto distinto y que ni siquiera haya participado en el hecho. (195) La culpabilidad se contrae siempre al hecho propio y es subjetiva o personal, pero la responsabilidad puede ser objetiva y por el hecho de otro. (196) De acuerdo con lo dicho hasta aquí, substrato de la culpabilidad es únicamente el ser humano, y por

(192) Véase KELSEN, Teoría general 1995, p. 82: "la responsabilidad por un acto antijurídico cometido por una persona distinta del responsable nunca puede basarse en la culpa de éste".

(193) Véase, por ejemplo, MIR PUIG RECPC 06-01 (2004), p. 9: "el principio de personalidad de la pena es también consecuencia del principio de culpabilidad: solo puede imponerse una pena al culpable del hecho".

(194) Véase NIETO Alejandro Derecho sancionador5ª 2012, p. 426.

(195) Véase KELSEN, Teoría general 1995, pp. 77 ss.; NINO Introducción2ª 1984, pp. 187 ss.; NIETO Alejandro Derecho sancionador5ª 2012, pp. 414 ss.; GRACIA Martín Diccionario 2008, pp. 818 ss.; el mismo, Lecciones4ª 2012, p. 218.

(196) Véase, por todos, NIETO Alejandro Derecho sancionador5ª 2012, pp. 402, 418 ss. y nota anterior.

esto toda responsabilidad por la culpabilidad es siempre personal (subjetiva) y por el hecho propio. Por el contrario, la responsabilidad por el hecho de otro es una completamente desvinculada de la culpabilidad y es, por ello, siempre objetiva (197) o, como la llama *Kelsen*, absoluta (198), pues se traduce y concreta en una “obligación” que la ley le *imputa* a un sujeto jurídico distinto del autor de la infracción y, por lo tanto, el sujeto de ella ya no es el ser humano, sino la “persona”. Ahora bien, cuando la ley determina que el sujeto responsable sea el mismo autor del hecho, no por ello queda eliminada y sin efecto la distinción entre culpabilidad y responsabilidad. En el caso de la responsabilidad por el hecho propio el autor del hecho habrá tenido que ser necesariamente un ser humano que haya obrado culpablemente, pero este ser humano es al mismo tiempo el substrato de un sujeto jurídico, esto es, de una “persona”. Como advierte *Alejandro Nieto*, “se es responsable porque así lo declara la ley” (199), y la ley puede declarar que lo sea tanto un sujeto distinto como “el autor material directo”. (200) En los casos de responsabilidad por el hecho propio, aun a pesar de coincidir en un mismo sujeto la culpabilidad y la responsabilidad, debe continuar distinguiéndose entre una y otra por la simple razón de que, también aquí, el sujeto se ha manifestado y obrado en la doble condición de ser humano y de persona. En estos casos, pues, consecuentemente, en la “responsabilidad” del sujeto por su propio hecho hay que ver y distinguir un momento estrictamente *subjetivo* anclado en la culpabilidad del autor en su condición de ser humano, y que por esto mismo no es susceptible de “imputación” ni de “transferencia” a ningún otro sujeto, y otro momento *objetivo* respecto del cual el sujeto que entra en consideración es la “persona”, es decir, el sujeto jurídico capaz de imputación; un momento objetivo referido a las consecuencias del hecho, incluida la satisfacción de la sanción, respecto de las cuales pueden emanar “obligaciones” que, a diferencia de la culpabilidad, *sí* son ya susceptibles de imputación y de transferencia a un sujeto

distinto contemplado también en su condición de “persona”, es decir, como sujeto capaz de “imputación jurídica”. (201) Pero precisamente aquí, en lo que se refiere a este momento *objetivo* de la “responsabilidad” cuyas consecuencias específicas son susceptibles de transferencia o de imputación a un sujeto distinto del que ha realizado el hecho determinante, ya no estamos dentro de ningún campo jurídico *sancionador*, sino completamente inmersos en los ámbitos del Derecho civil o del Derecho administrativo no sancionador, esto es, coercitivo, policial o de la coacción directa.

3. Ahora bien, contra lo que pretende en la doctrina española *Gómez-Jara*, hay que decir que el sujeto del Derecho penal, como ya he demostrado ampliamente en otro lugar, no es en absoluto la “persona” (202), sino única y exclusivamente el ser humano empírico. (203) La distinción entre culpabilidad y responsabilidad corresponde precisamente a la distinción entre ser humano individual y persona, y en este sentido debe distinguirse entre el “sujeto de la acción” y el “sujeto de la imputación”. (204) Uno y otro podrán coincidir cuando el primero sea una persona natural, porque sus cualidades existenciales le permiten producir por sí y para sí misma los efectos que luego le pueden ser jurídicamente imputados, y aun aquí, como acabo de explicar, también se tienen que distinguir entre culpabilidad y responsabilidad. En el caso de las personas jurídicas, en cambio, el sujeto de la acción y el de la imputación son siempre inexorablemente distintos, pues aquéllas sólo pueden actuar a través de sus órganos y representantes, es decir, de personas físicas, que son siempre y necesariamente los sujetos de la acción. Ahora bien, a mi juicio, todo aquello que puede imputarse inmediatamente a la persona jurídica son sólo y exclusivamente los *efectos* objetivos y externos de la acción del órgano o del representante, por ejemplo los efectos jurídico-civiles del contrato celebrado inmediatamente por él en cuanto persona jurídica que la representa (205), pero en ningún caso podrá serle imputada la voluntad de

(197) Véase NIETO Alejandro Derecho sancionador^{5a} 2012, pp. 402, 416 y 425; NINO Introducción^{2a} 1984, p. 190.

(198) Véase KELSEN, Teoría general 1995, p. 82.

(199) Véase NIETO Alejandro Derecho sancionador^{5a} 2012, p. 419.

(200) Véase NIETO Alejandro Derecho sancionador^{5a} 2012, p. 427.

(201) Cfr. sobre todo esto KELSEN, Teoría general 1995, pp. 75 s., y especialmente p. 79 s.

(202) Véase GÓMEZ-JARA Culpabilidad 2005, pp. 219 ss.

(203) Véase GRACIA Martín Horizonte 2006, pp. 214 ss.

(204) Véase al respecto, especialmente, la exposición de Seiler Strafrechtliche Massnahmen 1967, pp. 50 ss.

(205) Véase GRACIA MARTÍN, Actuar I 1985, pp. 8 s., 11.

la acción ni el proceso de su formación, porque esto pertenece a la esfera individual del sujeto de la acción y es intransferible. (206) En este sentido, ya Frank advirtió claramente que lo que exclusivamente se imputa al representado (sic. a la persona jurídica) son las consecuencias jurídico-civiles del contrato, mientras que la responsabilidad penal, en cambio, es sólo de la incumbencia del que concluyó el contrato inmediatamente. (207) Nagler, por su parte, sostuvo que “las acciones del representante legal no se agotan, para la contemplación jurídica, en la producción de efectos en la esfera jurídica del representado” sino que “se desdoblán en actividades que tienen lugar dentro de las esferas vitales ajena y propia”. De esto resulta, según Nagler, que el ordenamiento jurídico no impone deberes de obediencia a estos sujetos (sc. a órganos y representantes) “en cuanto órganos de la vida jurídica ajena”, sino “en su ser por sí mismos”, y dado que nuestra cultura jurídica no reconoce una representación criminal, la actividad de la voluntad en estos casos y, por lo tanto, la responsabilidad criminal, no pueden alcanzarse en modo alguno al representado sino exclusivamente “al representante en cuanto individuo que actúa”. (208) Y Rodríguez Mourullo, en nuestra doctrina, advierte con razón, que “no es que la persona jurídica ‘concluya’ por sí misma contratos, sino que queda vinculada por los contratos que se celebran en su nombre las personas individuales que actúan como órganos suyos”, y como “el fenómeno de la representación” -prosigue Rodríguez Mourullo- “no tiene cabida en cuanto a los sujetos activos del delito, para que alguien cometa delito es necesario que haya realizado personalmente la acción conminada con pena”. (209)

4. De todo cuanto se ha expuesto, pues, se tiene que deducir no sólo que la persona jurídica no es en absoluto capaz de acción; es que ni siquiera le pueden ser imputadas las *acciones reales* de sus órganos y representantes. (210) Por lo tanto, carecen de todo fundamento todas las opiniones

(206) En Derecho penal “sujeto de la imputación es el hombre, si y en la medida en que actúa responsablemente”, como afirma acertadamente Maiwald ZStW 1966, p. 54; y en el mismo sentido Hardwig Zurechnung 1957, pp. 117 s.

(207) Véase FRANK ZStW 1917, p. 31.

(208) Véase Nagler Teilnahme 1903, p. 55.

(209) Véase RODRÍGUEZ MOURULLO PG I, pp. 228 ss.

(210) En el mismo sentido KELSEN, Teoría general 1995, pp. 79, 81 y 82.

que, independientemente de cuál sea el modelo de responsabilidad de la persona jurídica del que digan partir, pretenden fundamentarla en cualquier mecanismo o criterio de “imputación” a la persona jurídica del hecho cometido por la persona física, pues todo lo que se puede imputar a la persona jurídica no es nada más que la “responsabilidad” misma y en virtud de que así lo establece la ley en razón y por el único fundamento de la *relación jurídica* existente entre ella y los sujetos que hayan cometido la infracción, y en ningún caso ni de modo alguno en razón de ninguna supuesta acción ni de ninguna supuesta culpabilidad propias de la persona jurídica que ni existen ni es posible construir si se respetan las reglas del pensamiento racional. La responsabilidad de la persona jurídica, nada tiene que ver con la responsabilidad personal o individual derivada de una acción u omisión culpable, sino que es una responsabilidad exclusivamente objetiva, absoluta, o vicaria de naturaleza exclusivamente civil o administrativa, incluida aquí la relacionada con el poder coercitivo administrativo para la prevención de peligros. Con esto, me reafirmo en las tesis que al respecto formulé hace ahora casi 20 años, y muy particularmente me reafirmo del modo más contundente y absoluto frente a las aquí ya rechazadas como completamente infundadas e insostenibles críticas de Zugaldía, sobre las cuales aún me queda algo por decir en las conclusiones que siguen.

VIII. Conclusiones

1. Como queda dicho, a diferencia de la culpabilidad, la “responsabilidad” es multívoca y no sólo en lo estrictamente semántico (211), pues incluso en el sentido estricto explicado de cargar con las consecuencias de un hecho y de tener que soportarlas, también se tiene que distinguir entre clases o tipos de responsabilidad, como por ejemplo: objetiva y subjetiva, directa o indirecta y subsidiaria, por hecho propio o por ajeno, mancomunada, solidaria, etc. (212) Estas diferentes clases de res-

(211) Véase NINO Introducción, 2ª 1984, pp. 184 ss. (puede usarse como asumir los deberes de un cargo, causar una catástrofe, ser capaz mentalmente, como cualidad moral, etc.).

(212) Véase NINO Introducción, 2ª 1984, pp. 187 ss. Para las distintas figuras de responsabilidad por la comisión de infracciones en el Derecho administrativo (solidaria y subsidiaria), véase NIETO, Alejandro Derecho sancionador, 5ª 2012, pp. 378 ss.

ponsabilidad se han ido configurando a lo largo de la historia del Derecho como propias o típicas de uno o de varios sectores jurídicos específicos, y así como responsabilidad civil, administrativa, tributaria, penal, etc. Esta distribución es meramente formal en cuanto a la simple adscripción, pero desde el punto de vista de los *fundamentos* de la adscripción tiene sin la menor duda un sentido y un significado materiales. Contra lo que parece opinar el tan lamentable e injustamente perdido y malogrado colega alemán *Joachim Vogel* (213), la distribución e inserción precisas de cada uno de los diferentes tipos de responsabilidad en el sector jurídico que le sea propio de acuerdo a su naturaleza, tiene la máxima importancia. (214) Pues el sector de la realidad que se recorta y selecciona por el concepto jurídico con el que se trata de aprehenderlo para operar en esa realidad y así poder producir los efectos que se pretendan con él, tiene ya prefigurados en aquella misma realidad unos contenidos materiales determinados y una cierta estructura que no pueden ser en absoluto alterados o modificados ni con el modo de construcción del concepto, ni tampoco -esto mucho menos- con un etiquetamiento del realmente construido con una denominación inapropiada y hostil con la realidad subyacente a la que remite. (215) Como todo saber, también el jurídico debe aspirar, a semejanza de la taxonomía, a ordenar claramente en un sistema clasificatorio a la diversidad de figuras jurídicas para hacer posible identificar y distinguir por sus características y propiedades materiales específicas -y además también por sus nombres no fungibles de acuerdo con un rígido Código de Nomenclatura- a cada uno de los diversos fenómenos jurídicos con relevancia jurídica; y

(213) Véase VOGEL StV 7/2012, pp. 430 s., quien sostuvo que si bien las investigaciones empíricas permiten presumir que el (mero) "etiquetamiento" de las sanciones contra empresas como penas criminales, apenas ofrece provechos preventivos, no obstante sí puede plantearse la cuestión de si tal etiquetamiento podría llevar consigo un provecho simbólico determinante, teniendo en cuenta que la estructura de la responsabilidad de la persona jurídica es una y la misma (sic) tanto si su regulación se inserta en un contexto penal como en uno administrativo sancionador e incluso en el derecho civil de daños.

(214) Véase SCHÜNEMANN ZIS 1/2014, p. 4.

(215) Véase en este sentido ZAFFARONI PG2ª 2002, p. 387: "no hay saber humano que no proceda pescando sus datos del mundo", y p. 415: "se pescan pedazos del ser, se recortan" (cursivas del mismo autor citado); también SCHÜNEMANN, *Unterlassungsdelikte* 1971, pp. 36 ss.

distinguirlos -incluso de sus similares- para dar a cada uno el tratamiento jurídico adecuado y justo que debe posibilitar la producción de los efectos y alcanzar así los objetivos -por ejemplo políticocriminales- que se pretendan con cada uno. Pues como, recordando a Henkel, aleccionara hace ya algún tiempo *Enrique Gimbernat* (216), *qui bene distinguit, bene iudicat*, y es obvio que no distingue bien, y por ello que tampoco juzga bien quien, ya sea consciente o inconscientemente, mezcla, confunde o intercambia a los elementos de un fenómeno con los de otro diferente y, por añadidura, llama al objeto de su mezcolanza con un nombre errado que en absoluto lo identifica, aumentando así la confusión y el desconcierto en la comunicación porque el nombre usado remite de inmediato a otro objeto completamente distinto del que se está denominando con el término errado. (217)

2. Como ya se vio más atrás, mi estimado colega *Zugaldía* quiso objetar a mis propuestas de tipos o clases de reacciones jurídicas frente a personas jurídicas, que no obstante mi rechazo de la responsabilidad penal de éstas, yo acabo proponiendo todo un arsenal de reacciones jurídicas de carácter (en mi opinión) no sancionador, y que esto, en su opinión, podría "hacer las delicias de cualquier partidario de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas", toda vez que tras de haber fundamentado yo -según él, "jugando con las etiquetas"- que a las personas jurídicas "no se les puede imponer absolutamente de nada", con mi propuesta "se les terminaría" imponiendo absolutamente de todo". (218) Pero como tiene que resultar de todo lo dicho aquí, lo cual aún tendrá que ser desarrollado con mucho más detalle en el futuro, nada, absolutamente nada de lo que puede predicarse de la persona jurídica tiene ni de lejos naturaleza ni carácter "jurídico penal", y por lo ya razonado y documentado aquí de un modo más que suficiente por ahora, resulta absolutamente innecesario cualquier argumento adicional para

(216) Véase GIMBERNAT *Estudios* 3ª 1990, p. 217.

(217) Véase de nuevo SCHÜNEMANN ZIS 1/2014, p. 4: "se vulneran las reglas del habla racional cuando se utiliza una y la misma expresión para dos objetos completamente diferentes."

(218) Véase ZUGALDÍA, CPC 53) 1994, p. 622, si bien ahora, para Zugaldía, mi juego de etiquetas parece haberse convertido en "un alarde de logomaquia"; véase Zugaldía *Responsabilidad* 2013, p. 61.

desvirtuar lo que se desvirtúa por sí mismo y ha tenido que quedar claramente aún más desvirtuado con lo que se ha razonado aquí, a saber: que es sólo y precisamente la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de modo muy particular *Zugaldía*, y no quienes la rechazamos, la que realmente cuelga a las cosas etiquetas a todas luces inapropiadas. (219) Por otra parte, y como también se vio, *Zugaldía* afirmó también en su crítica que mis razonamientos y construcciones discurrían de un modo metodológicamente equivocado o incorrecto. (220) Desde luego, no me compete a mí juzgar si el método de construcción jurídica de conceptos que sigo es o no el correcto, pues es evidente que mi juicio al respecto sería absolutamente positivo incluso dentro del margen de duda socrática que debe quedarle siempre a quien pretenda alcanzar algún conocimiento racional con una pretensión de mínima verdad. Pero lo que sí puedo afirmar, dado que esto ya no es una opinión, sino un hecho comprobable, es que con el método que sigo lo que no hago en ningún caso, porque así me lo enseñaron los grandes e insuperables maestros directos o indirectos de los que he aprendido lo poco que sé, es ni prescindir del *minimum minimum* del saber jurídico válido y vigente, ni tampoco esquivar los argumentos contrarios a mis tesis siempre que éstos no tengan un carácter superficial. Así, pues, espero que mi apreciado colega *Zugaldía* responda a las contraobjeciones que aquí he formulado a sus reparos respecto de mi método, y también que responda a cuestiones respecto de las que en el transcurso de más de 20 años aún no ha dicho absolutamente nada que pueda ser asimilado por la Ciencia jurídica, como por ejemplo en qué consisten la acción y la culpabilidad *propias* de la persona jurídica, qué es lo que él entiende por norma de determinación y cómo la persona jurídica infringe esta especie de normas, en qué consisten el dolo y la imprudencia de una persona jurídica, etc., etc. Pero frente a la tacha de la incorrección que *Zugaldía* le cuelga a mi método, de momento

(219) Y que esto es así, ni siquiera es preciso que lo planteemos quienes nos posicionamos en contra de tal doctrina, pues que para la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas lo que en definitiva importa es colgar la etiqueta de lo "penal", esto es algo que con un gesto de sinceridad, ya lo ha confesado algún caracterizado defensor de la misma, como es el caso de Vogel en la cita que he hecho de su opinión supra en nota 213.

(220) Véase ZUGALDÍA, CPC 53) 1994, pp. 621 s.

me conformo -aunque no es poco- con expresar la tranquilidad y el sentimiento de cierta seguridad que me proporciona la garantía de seguir y de aplicar uno muy próximo al de los grandes y eximios juristas de todos los campos jurídicos, de cuyo prestigio y genialidad nadie duda y en quienes me apoyo para -como hacen ellos- negar contundente y radicalmente que la persona jurídica pueda ser transubstanciada y transfigurada en sujeto jurídico-penalmente imputable e idóneo de ser penado.

IX. Bibliografía citada

Alastuey, en Gracia/Boldova/Alastuey, *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

Silvina Bacigalupo, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1998.

Silvina Bacigalupo, en Enrique Bacigalupo (dir.), *Curso de Derecho penal económico*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 65 ss.

Bajo/Silvina Bacigalupo, *Derecho penal económico*, Ramón Areces, Madrid, 2001.

Benda, *El Estado social de Derecho*, en Benda et al., *Manual de Derecho constitucional*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 487 ss.

Bonnard, *Les infractions intentionnelles et l'extension de la responsabilité pénale*, notamment patronale du fait d'autrui, Presses Universitaires de France, Paris, 1978.

Botke, *Assoziationsprävention*. Zur heutigen Diskussion der Strafzwecke, Duncker & Humblot, Berlin, 1995.

Botke, La actual discusión sobre las finalidades de la pena, en Silva Sánchez (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, pp. 41 ss. (cit. *LH-Roxin 1997*)

Brender, *Die Neuregelung der Verbandstäterschaft im Ordnungswidrigkeitenrecht*, Schäuble Verlag, Freiburg/Berlin, 1989.

Cartier, *Notion et fondement de la responsabilité du chef d'entreprise*, Journées d'Etudes de l'Institut

de l'Entreprise, Ed. Masson, Paris/New York/Barcelona/Milan, 1977.

Cerezo Mir, Curso de Derecho penal español. Parte General I, Introducción, 6ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2004 (cit. *PG I6ª 2004*).

Cramer/Heine, en *Schönke/Schröder-Strafgesetzbuch. Kommentar*, 27ª ed., 2006.

Federico de Castro, *La persona jurídica*, Civitas, Madrid, 1981.

Del Rey Guanter, *Potestad sancionadora de la Administración y Jurisdicción penal en el orden social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad social, Madrid, 1990.

Díez Picazo, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Tecnos, Madrid, 1970 (reimpr. 1972).

Díez Ripollés, *La racionalidad de las leyes penales*, Ed. Trotta, Madrid, 2003.

Engisch, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg, 1953.

Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, 7ª ed., Verlag Kohlhammer, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, 1977.

Fernández Teruelo, Algunas consideraciones críticas sobre el nuevo modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas por la LO 5/2010, *RDP 31) 2010*, pp. 43 ss.

Fernández Teruelo, La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código penal español (una visión crítica), *RJCL 25) 2011*, pp. 7 ss.

Ferrajoli, *Derecho y razón*, 5ª ed., Ed. Trotta, Madrid, 2001.

Ferrajoli, *Derechos y garantías*, Ed. Trotta, Madrid, 2ª ed., 2001.

Foucault, *Les mots et les choses. Une archéologie des sciences humaines*, Ed. Gallimard, Paris, 1966.

Foucault, *L'archéologie du savoir*, Ed. Gallimard, Paris, 1969.

Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*, Ed. Gedisa, Barcelona, 1980.

Foucault, *El orden del discurso*, 2ª ed., Tusquets Editores, Barcelona, 1980.

Frank, *Unternehmerdelikte und Zuwiderhandlungen gegen das Höchpreisgesetz, ZStW 1917*, pp. 28 ss.

Fuster Asencio, *El procedimiento sancionador tributario*, Aranzadi, Pamplona, 2001.

García Blasco, *Infracciones y sanciones en materia laboral*; Cuadernos Civitas, Madrid, 1989.

García de Enterría 2011, en *García de Enterría/T. Ramón Fernández*, *Curso de Derecho administrativo I*, 15ª ed., Thomson/Reuters, Pamplona, 2011.

Gimbernat, *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1990.

Gimbernat, *Ensayos penales*, Tecnos, Madrid, 1999.

Gómez-Jara, *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

Gómez-Jara, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, IBdF, Montevideo/Buenos Aires, 2010.

Gómez Martín, *Falsa alarma, o por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio societas dlinquere non potest en Mir/Corcoy (dirs.)*, Garantías constitucionales y Derecho penal europeo, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo, 2012, pp. 331 ss.

Gómez Tomillo, *Derecho administrativo sancionador*. Parte General, Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2008.

Gómez Tomillo, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

Gracia Martín, *El actuar en lugar de otro en Derecho penal I*, Teoría general, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1985.

Gracia Martín, *Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica*

ca por delitos especiales, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1986.

Gracia Martín, en Diez Ripollés/Gracia, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

Gracia Martín, Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal, AP 16) 1993, pp. 213 ss.

Gracia Martín, *La comisión por omisión en el Derecho penal español*, en Gimbernat Ordeig (dir.), *La comisión por omisión*, Cuadernos de Derecho judicial, Madrid, 1994.

Gracia Martín, La cuestión de la responsabilidad penal de las propias *personas jurídicas*, en Mir/Luzón, *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad penal por el producto*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1996.

Gracia Martín, en Gracia/Boldova/Alastuey, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

Gracia Martín, *Prólogo* al libro de M^a Ángeles Rueda Martín, *La teoría de la imputación objetiva en el delito doloso de acción*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2001.

Gracia Martín, *Prólogo* al libro de José Luis Castillo Alva, *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*, Idemsa, Lima, 2001.

Gracia Martín, El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito, *RECPC 06-07 (2004)*, <http://criminet.ugr.es/recpc>

Gracia Martín, *El horizonte del finalismo y el Derecho penal del enemigo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

Gracia Martín, Las llamadas “consecuencias accesorias” en el Código penal español como reacciones jurídicas al delito, *RPCP 17) 2005*, pp. 195 ss.

Gracia Martín, en Gracia/Boldova/Alastuey, *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

Gracia Martín, *Fundamentos de Dogmática penal*, Atelier, Barcelona, 2006.

Gracia Martín, voz *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en Boix/Lloria, *Diccionario de Derecho penal económico*, Iustel, Madrid, 2008.

Gracia Martín, Über die notwendige Modernisierung des Strafrechts in der deutschen und spanischen Doktrin, *GA 6/2010*, pp. 323 ss.

Gracia Martín, La modernización del Derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de Derecho (social y democrático), *RDPC 3ª época n° 3 (2010)*, pp. 27 ss.

Gracia Martín, Sobre la naturaleza jurídica de las llamadas consecuencias accesorias para personas jurídicas en el Código penal español, en Urquizo/Abanto/Salazar (coordinadores), *Dogmática penal de Derecho penal económico y Política criminal, Homenaje a Klaus Tiedemann*, vol. I, Universidad San Martín de Porres, Fondo Editorial, Lima, 2011, pp. 159 ss.

Gracia Martín, en Gracia/Boldova/Alastuey, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012 (1ª ed., 1998; 2ª ed. 2000; 3ª ed., 2004).

Gracia Martín, La estructura dogmática y la función político criminal de la “*adecuación social*” como “*cierre normativo*” de lo injusto en el sistema finalista del Derecho penal y el abismo que la distancia de la doctrina de la imputación objetiva, en Rebollo/Tenorio (dirs.), *Derecho penal, Constitución y Derechos*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2013, pp. 193 ss.

Gracia Martín, *Prólogo* al libro de M^a Ángeles Rueda, *¿Participación por omisión?*, Atelier, Barcelona, 2013.

Hardwig, *Die Zurechnung*, Cram de Gruyter, Hamburg, 1957.

Heine, en Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 28ª ed., 2010.

Jakobs, *Tätervorsellung und objektive Zurechnung*, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Karl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München, 1989, pp. 271 ss. (cit. *GS Armin Kaufmann 1989*).

Jakobs, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlin, 1991 (cit. *AT2ª 1991*).

Jakobs, *Sociedad*, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional, Cuadernos Civitas, Madrid, 1996. *Jakobs*, *La idea de la normativización* en la Dogmática jurídico-penal, en Moisés Moreno Hernández (coord.), *Problemas capitales del moderno Derecho penal a principios del siglo XXI*, Cepolcrim, Ed. D. R. Ius Poenale, México D. F., 2003.

Jakobs, Sobre la génesis de la *obligación jurídica*, en *Jakobs/Cancio*, Conferencias sobre temas penales, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, s. f.

Armin Kaufmann, *Lebendiges und totes in Bindings Normentheorie*, Verlag Otto Schwartz & CO, Göttingen, 1954.

Arthur Kaufmann, *Analogie* und “Natur der Sache”, 2ª ed., R. v. Decker&C.F. Müller, Heidelberg, 1982.

Kelsen, *Teoría pura* del Derecho, trad. de la 2ª ed. De Viena (1960), de Roberto J. Vernego, Universidad Autónoma de México, México DF. 1979.

Kelsen, *Teoría general* del Derecho y del Estado, 5ª reimpr. de la trad. de E. García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1995.

Lacruz/Delgado, en *Lacruz* y otros, *Elementos de Derecho civil I*, Parte General, vol. 2º, Personas, 6ª ed., Dykinson, Madrid, 2010 (cit. *Elementos I-26ª 2010*).

Lacruz/Delgado, *Elementos de Derecho civil I*, Parte General, vol. 3º, Derecho subjetivo. Negocio jurídico, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2005 (cit. *Elementos I-33ª 2005*).

Lacruz/Luna Serrano, en *Lacruz et. alt.*, *Elementos de Derecho civil I*, Parte General, vol. 2º, Personas, 2ª ed., J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1990 (cit. *Elementos I-22ª 1990*).

Lacruz/Rivero, en *Lacruz et. alt.*, *Elementos de Derecho civil II*, Derecho de obligaciones, vol. 2º, Contratos, cuasicontratos, delito y cuasidelito, 4ª ed., Dykinson, Madrid, 2009 (cit. *Elementos II-24ª 2009*).

Larenz, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 6ª ed., C.H. Beck, München, 1983 (cit. *ATBR6ª 1983*).

Legaz, *Filosofía del Derecho*, 4ª ed., Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1975.

Luzón Peña, *Lecciones de Derecho penal*. Parte General, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012 (cit. *LPG2ª 2012*).

Maiwald, Der “dolus generalis”. Ein Beitrag zur Lehre von der Zurechnung, *ZStW 1966*, pp. 30 ss.

Marxen, Die strafrechliche Organ- und Vertreterhaftung — eine Waffe im Kampf gegen die Wirtschaftskriminalität, *JZ 1988*, pp. 286 ss.

Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht I*, 3ª ed., München und Leipzig, 1924.

Meini Méndez, *La responsabilidad penal* de las personas jurídicas, Pontificia Universidad Católica, Lima, 1999.

Mir Puig, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1994.

Mir Puig, Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, *RECPC 06-01 (2004)*.

Mir Puig, *Bases constitucionales* del Derecho penal, Marcial Pons, Madrid, 2011.

Mir Puig, *Derecho penal*. Parte General, 9ª ed., Ed. Reppertor, Barcelona, 2011 (cit. *PG9ª 2011*).

Montoro Puerto, *La infracción administrativa*, Ed. Nauta, Barcelona, 1965.

Nagler, *Die Teilnahme* am Sonderverbrechen, Verlag von Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1903.

Navarro Cardoso, *Infracción administrativa y delito*: límites a la intervención del Derecho penal, Ed. Colex, Madrid, 2001.

Alejandro Nieto, en *Alejandro Nieto/Tomás R. Fernández*, *El Derecho y el revés*, Ed. Ariel, Barcelona, 1999.

Alejandro Nieto, Derecho administrativo sancionador, 5ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2012 (cit. *Derecho sancionador*).

Nieto Martín, La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo, Iustel, Madrid, 2008.

Nietzsche, Die fröhliche Wissenschaft, edición Insel Taschenbuch, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1982.

Nino, Introducción al análisis del Derecho, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1984.

Octavio de Toledo, ¿Responsabilidad penal de los entes sociales?, ADPCP 2009, pp. 93 ss.

Ortiz de Urbina, Sanciones penales contra empresas en España (*hispanica societates delinquere potest*), en Kuhlen/Montiel/Ortiz de Urbina (eds.), Compliance y teoría del Derecho penal, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 263 ss.

Paredes Castañón, La justificación de las leyes penales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Pawlik, "Verdeckte Ermittlungen und Schweigerecht des Beschuldigten. Zu den Anwendungsgrenzen der §§ 136 Abs.1 S.2 und § 136a StPO", GA 1998.

Pérez Royo, Los delitos y las infracciones en materia tributaria, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1986.

Pettoello Mantovani, Responsabilità per fatto altrui. Ai confini tra Diritto civile e Diritto penale, Giuffrè Editore, Milano, 1962.

Robles Planas, Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP, Diario La Ley nº 7705, 29 Sep. 2011.

Rodríguez Mourullo, Derecho penal. Parte General, Ed. Civitas, Madrid, 1977 (cit. PG I 1977).

Roxin, Strafrecht. Allgemeiner Teil I, 4ª ed., C. H. Beck, München, 2006 (cit. AT I 4ª 2006).

Santos Briz, La responsabilidad civil, Ed. Montecorvo, Madrid, 1970.

R. Schmitt, Wie weit reicht § 30 des Ordnungswidrigkeitengesetz, en Festschrift für Richard Lange,

Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1976, pp. 877 ss. (cit. FS Lange 1976).

Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, Verlag Otto Schwartz & CO, Göttingen, 1971.

Schünemann, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München, 1979.

Schünemann, Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität, en wistra 1982, pp. 41 ss. (= ADPCP 1988, pp. 551 ss.).

Schünemann, Die Gesetzesinterpretation in Schmittfeld von Sprachphilosophie, Staatsverfassung und juristischer Methodenlehre, en Festschrift für Klug I, Köln, 1983, pp. 169 ss. (cit. FS Klug I 1983).

Schünemann, ¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?, en Jornadas sobre la "Reforma del Derecho Penal en Alemania", editado por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pp. 31 ss. (cit. Jornadas 1992).

Schünemann, Zum Verhältnis von Norm und Sachverhalt bei der Rechtsanwendung, von Ober- und Untersatz im Justizsyllogismus und von Rechts- und Tatfrage im Prozeßrecht, en Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pp. 299 ss. (cit. FS Arthur Kaufmann 1993).

Schünemann, Die Strafbarkeit der juristischen Person aus deutscher und europäischer Sicht, en Schünemann/Suárez González (eds.), Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts. Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, Köln, Berlin, Bonn, München 1994, pp. 265 ss. (= en Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann, Ed. Boletín oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 565 ss.).

Schünemann, Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissen, GA 1995, pp. 201 ss. (= ADPCP, 1996, pp. 209 s.).

Schünemann, Begründung und Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität, en Schünemann (ed.), Unternehmenskriminalität; Deutsche Wiedervereinigung Band III, Köln, Berlin, Bonn, München 1996, pp. 153 ss.

Schünemann, La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal, en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2000, pp. 643 ss.

Schünemann, Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft, Festschrift für Roxin, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 2001, pp. 1 ss. (cit. *FS Roxin 2001*).

Schünemann, Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación, *ADPCP 2002*, pp. 9 ss.

Schünemann, La responsabilidad penal de las empresas y sus órganos directivos en la Unión Europea, en Bajo/S. Bacigalupo/Gómez-Jara (eds.), *Constitución europea y Derecho penal económico*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006, pp. 141 ss.

Schünemann, Comentario previo al § 25, en LK I, 12ª ed., 2006 (cit. *LK12ª 2006*).

Schünemann, Strafrechtliche Sanktionen gegen Wirtschaftsunternehmen?, en *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht — Festschrift für Klaus Tiedemann*, Carl Heymanns Verlag 2008, pp. 429 ss. (cit. *FS Tiedemann 2008*).

Schünemann, Aufgabe und Grenzen der Strafrechtswissenschaft im 21. Jahrhundert, in: *Strafrecht zwischen System und Telos — Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg*, Tübingen 2008, pp. 39 ss. (cit. *FS Herzberg 2008*).

Schünemann, Die großen wirtschaftsstrafrechtlichen Fragen der Zeit, *GA 2013*, pp. 193 ss.

Schünemann, Die aktuelle Forderung einer Verbandsstrafe — ein kriminalpolitischer Zombie, *ZIS 1/2014*, pp. 1 ss.

Schünemann, Zur Frage der *Verfassungswidrigkeit* und der Folgen eines Strafrechts für Unternehmen. Rechtsgutachten zum Gesetzantrag des Landes Nordrhein-Westfalen, 2013, http://www.familienunternehmen.de/media/public/pdf/studien/Studie_Stiftung_Familienunternehmen_Unternehmensstrafrecht.pdf

Seiler, *Strafrechtliche Massnahmen* als Unrechtsfolgen gegen Personenverbände, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1967.

Silva Sánchez/Ortiz de Urbina, El artículo 31.2 del Código penal. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la multa?, *InDret 2/2006*.

Stratenwerth, Strafrechtliche Unternehmenshaftung?, en Festschrift für Rudolf Schmidt, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1992, pp. 295 ss. (cit. *FS R. Schmitt 1992*).

Tiedemann, Die “Bebussung” von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, *NJW 1988*, pp. 1169 ss.

Vogel, Unrecht und Schuld in einem Unternehmensstrafrecht, *StV 7/2012*, p. 427 ss.

Welzel, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. de la 4ª ed. alemana de *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, de Felipe González Vicén, segunda reimpr. de la 2ª ed. de 1971 en español, Aguilar, Madrid, 1977.

H.J. Wolff, *Verwaltungsrecht*, I, 8ª ed., Verlag C.H. Beck, München, 1971.

Württemberg, *Die geistige Situation* der deutschen Strafrechtswissenschaft, 2ª ed., Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1959.

Zaffaroni, *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002 (cit. *PG2ª 2002*).

Zornoza Pérez, *El sistema de infracciones y sanciones tributarias*, Civitas, Madrid, 1992.

Zugaldía, Conveniencia político criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional “societas delinquere non potest”, *CPC 11-1980*, pp. 67 ss.

Zugaldía, Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas, *CPC 53 1994*, pp. 613 ss.

Zugaldía, Las penas previstas en el artículo 129 del Código penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas), *PJ 46) 1997*, pp. 327 ss.

Zugaldía, La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español, en Quintero/Morales (coordinadores), El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Ed. Aranzadi, 2001, pp. 885 ss. (cit. *LH Valle 2001*).

Zugaldía, Vigencia del principio societas delinquere non potest en el moderno Derecho penal, en Hurtado/Del Rosal/Simons, La responsabilidad

criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

Zugaldía, La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Zúñiga Rodríguez, Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, 2ª ed., Aranzadi, 2003. ♦

.....

DERECHO POLÍTICA CRIMINAL



La prisionización bonaerense (1998-2013) -segunda parte- (*)

POR RICARDO S. FAVAROTTO

Sumario: 5. Las secuelas neopunitivistas (primera parte). — 6. Las secuelas neopunitivistas (segunda parte). — 7. *Blumbergstrafrecht*. — 8. El fallo “Verbitsky” (o cuando la Corte Federal dijo basta).

5. Las secuelas neopunitivistas (primera parte)

Carlos Federico Ruckauf tenía mandato constitucional por cuatro años, hasta el 10 de diciembre de 2003. En esa fecha —o aún antes, si la crisis imponía un adelantamiento de los comicios— aspiraba a suceder a Fernando de la Rúa. (1) Ni lo uno, ni lo otro.

753. Sólo fueron 753 días a cargo de la gobernación bonaerense, pues con el estallido social del 19 y 20 de diciembre de 2001, al que sobrevino la caída del gobierno nacional y tres efímeros interinatos presidenciales, Duhalde lo convocó como canciller y hacia allá partió el segundo día del 2002. Con su renuncia, la administración provincial quedó en manos del vicegobernador Solá, quien mantuvo en líneas generales la política criminal heredada. (2)

(*) Trabajo de investigación presentado en el Master Internacional sobre Criminología y Sociología Jurídico-Penal, organizado por la Universitat de Barcelona (UB) en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata (UNMDP), entre 2011 y 2013. Por su extensión, no se incluyen los anexos documentales.

(1) En la primavera del 2000, “las encuestas sobre intención de voto a Presidente de la Nación le otorgan (a Ruckauf) un veinticinco por ciento de simpatías, diez puntos más que su seguidor, Carlos Chacho Álvarez, y veinte más que De la Rúa, el Presidente” (LÓPEZ ECHAGÜE 2000: 174).

(2) María Cecilia Olivera lo expuso con todo realismo: “Al ritmo desafiado de prisionización que mantiene el gobierno de Felipe Solá, la provincia seguirá escalando posiciones de modo vertiginoso: cuando asumió como vicegobernador de Carlos Ruckauf, en diciembre de 1999, los penales bonaerenses alojaban a 15.467 personas y no se conocían datos sobre presos en comisarías. No hay programa de construcción de cárceles capaz de igualar esta tasa de crecimiento, aparte de la irracionalidad de dedicar enormes recursos a una política que sólo garantiza la perpetuación del mismo estado de cosas. El deterioro de las condiciones de vida en esos lugares sólo podrá agravarse, lo cual es mucho decir si se repara en la aberración del cuadro

Durante la vigencia de la ley 12.405 y de la política de *hands-free* para la policía, en efecto, se incrementó significativamente el número de detenciones, tal como alardeara Ruckauf. (3) Pero no fue lo único que creció, habida cuenta de que “la licenciosa política represiva ideada por el gobernador arrojó, en poco más de seis meses, resultados patéticos: las denuncias por aplicación de torturas en comisarías aumentaron setecientos por ciento; el promedio mensual de menores de edad muertos en presuntos enfrentamientos con la policía se duplicó; las investigaciones por apremios ilegales, abusos, cohecho y consumo de droga contra policías crecieron cincuenta por ciento; la participación de miembros de la policía en casos de robo, extorsión y privación ilegítima de la libertad continuó inalterable; la muerte de rehenes en operativos de tinte cinematográfico, con cientos de policías cebados acorralando en ocasiones a un par de delincuentes, se tornó habitual”. (4)

Asimismo, desde el comienzo del *manodurismo*, la Defensoría de Casación comenzó a llevar el banco de datos de casos de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, registrando 602 casos de torturas en el territorio provincial, de los cuales sólo algo más de la mitad [340] fueron denunciados por las víctimas con el objeto de iniciar las respectivas investigaciones, mientras que los restantes [262] fueron puestos en conocimiento de defensores públicos, con pedido de no radicar denuncia, por temor a represalias. El 10 de julio de 2001, el autor de la encomiable iniciativa y titular del organismo, Mario Coriola-

presente”. Fuente: <http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/tesis/te.532/te.532.pdf>.

(3) RUCKAUF 2011: 32.

(4) LÓPEZ ECHAGÜE 2000: 171.

no, hizo entrega de ese circunstanciado informe a representantes de los tres poderes estatales. (5)

En líneas generales, ese estado de cosas se mantuvo aun después de la partida de Ruckauf, pues con motivo de la visita al país de una delegación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), entre el 29 de julio y el 6 de agosto de 2002, se supo que en el ámbito bonaerense “la Comisión recibió numerosas denuncias sobre las acciones de las fuerzas de seguridad, incluyendo tortura, apremios ilegales y el uso excesivo de la fuerza. De acuerdo con los registros oficiales relevantes de la Provincia de Buenos Aires, se registraron más de 1.000 denuncias por apremios o maltratos a niños, niñas y jóvenes bajo patronato del Estado desde septiembre de 2000 a octubre de 2001. El Defensor ante el Tribunal de Casación de la Provincia mantiene un ‘Banco de Datos de Casos de Torturas y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes’ que contiene más de 1000 casos (en el período marzo de 2000 a julio de 2002) cometidos por personas en ejercicio de funciones públicas de los que resulten víctimas quienes se encuentran ligados a un proceso judicial. Según las autoridades provinciales, se puede afirmar que el número de condenas es prácticamente insignificante en relación con el número de denuncias. La Comisión considera que la investigación, juzgamiento y sanción es un instrumento clave en la erradicación de la tortura, y que la impunidad existente sobre graves violaciones de esta naturaleza contribuye significativamente a su perpetuación”. (6)

Todo más. Más procedimientos, más tiroteos, más gatillo fácil, más muertes, más detenciones, más apremios, más torturas y más presos, es decir, todos los indicadores subieron. Ni siquiera los índices de criminalidad decrecieron. En opinión de Ricardo Ragendorfer, “bajo la ‘mano dura’ que el Gobernador instaló como eje de su campaña electoral asomaba la mano negra de *La Bonaerense*. A los pocos meses, la ascendente espiral de denuncias por corrupción y brutalidad policial avanzaba hacia una crisis que envolvía a los tres poderes del Estado provincial, al tiempo que se expandía el número de personas detenidas,

sin que por ello se redujera la cantidad de delitos cometidos”. (7)

Tanta severidad represiva, para tan poco resultado. “Ruckauf no podía vanagloriarse de éxito alguno en el perfil que había elegido para su política de seguridad”, al decir de Ragendorfer (8), porque se había cumplido el temido presagio de Sal Llargués en la audiencia pública que se celebrara en las semanas previas a la sanción de la ley 12.405: “el proyecto está hecho a la medida de la vieja policía que busca la restauración del viejo sistema de investigación y, es obligatorio decirlo, de recaudación”. (9)

Sin dejar de reconocer la intrínseca importancia de ese aterrador rebrote de la brutalidad policíaca que el discurso oficial trajo consigo (“¡ha llegado la hora de que los asesinos empiecen a tener miedo!” (10), había sido la frase admonitoria del gobernador al asumir), cuyo capítulo más cruel y dramático marcaría el comienzo del fin del duhaldismo en el gobierno nacional, asunto sobre el que volveremos en el próximo capítulo, había otros efectos nocivos y no menos graves: el crecimiento exponencial de la prisionización y, por ende, la superpoblación, el hacinamiento, la insalubridad y, en fin, la inhumanidad del sistema de encierro, tanto penitenciario, como policial.

En efecto, cuando Ruckauf se hizo cargo de sus funciones, en diciembre del ‘99, en toda la provincia había 16.598 personas detenidas, lo que significa que la tasa de encarcelamiento —medida cada cien mil habitantes— era menor a 120. Al cumplirse el primer año de su gestión *manodurista*, y con casi diez meses de vigencia de la ley que restringía tajantemente las facultades liberatorias de los jueces penales (la 12.405), el número total de encarcelados había ascendido a 20.305, cantidad que a fines de 2001 era de 23.103, es decir, esa tasa trepó de 130 [2000] a 154 [2001], siempre aplicada sobre el mismo coeficiente.

Por supuesto que las consecuencias de esa política de masivo encarcelamiento y neutralización no se hicieron esperar: se produjo el colapso en las cárceles y comisarías, con el que se agudizaron los

(5) Fuente: <http://www.pagina12.com.ar/2001/01-08/01-08-12/pag03.htm>.

(6) Fuente: <http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2002/33.02.htm>.

(7) RAGENDORFER 2002: 202-3.

(8) Ob. cit., 203.

(9) SAL LLARGUÉS 2000: 95.

(10) Fuentes: <http://www.pagina12.com.ar/1999/99-12/99-12-11/pag13.htm> y López Echagüe (2000: 157).

crónicos déficits que padecía el servicio penitenciario y la policía bonaerense, desde las estructurales insuficiencias edilicias de sus centros de alojamiento de detenidos, pasando por el defectuoso sistema de salud, la exinanida provisión de alimentos y ropas de abrigo, así como las malas condiciones de higiene, hasta la carencia (o ausencia, lisa y llana) de programas de estímulo laboral y educativo que, al menos, sirvieran de paliativo al encierro.

No podría ser de otro modo. Calveiro enfatiza, con acierto, que “como consecuencia del crecimiento desproporcionado de la cantidad de personas encarceladas, los sistemas penitenciarios están superpoblados (...). La sobrepoblación en estos niveles afecta de tal manera las condiciones de vida que implica, en sí misma, un trato cruel, inhumano o degradante e incide de manera negativa en casi todas las funciones enunciadas del sistema penitenciario. El problema del hacinamiento es antiguo y crónico ya que, con el crecimiento del número de presos, por más que se construyan prisiones, las instalaciones nunca alcanzan” (11)

No obstante, la única estrategia política criminal del *ruckaufismo* era el encierro efectivo. Poco importaba *dónde* y *cómo*, sólo interesaba que los delincuentes estuviesen encerrados, segregados de la sociedad, invisibilizados para la gente honrada. Había que sacarlos de circulación, para bajar la tasa de criminalidad. (12) Con ello, además, se trastocaron sustancialmente los fines de la pena, pues las metas resocializadoras de los instrumentos internacionales de derechos humanos —es decir, en términos de prevención especial positiva— estaban lejos de los planes del gobierno bonaerense al margen de las críticas que nos merecen las ideologías “re” del correccionalismo penal, desde una perspectiva garantista (13)—, y

(11) CALVEIRO 2012: 184-5.

(12) Fabián Quintero, al contrario, sostiene que “los trabajos realizados con rigor metodológico muestran, en definitiva, que el control del delito por endurecimiento de las penas no solo es un mito, sino que se enlaza en una relación sinérgica con el incremento de incidentes violentos, mostrando un carácter criminogénico. En este sentido la prisión no responde a la demanda pública de seguridad, no previene nuevos delitos y no disminuye la delincuencia desde los postulados de disuasión e incapacitación”. Fuente: http://intercambios.jursoc.unlp.edu.ar/intercambios14/pdfs/aportes_producciones/Fabian_Quintero.pdf.

(13) FERRAJOLI 1998: 264-5. Las doctrinas “re”, según este autor, “contradican irremediabilmente el principio

si bien se mantenían inalterados los componentes retributivos e intimidatorios —o sea, la prevención general negativa—, se les acopló un particular propósito de neutralización o incapacitación, porque el objetivo fundamental era mantenerlos enclaustrados, cautelar o punitivamente, para evitar futuras recaídas delictivas —vale decir, prevención especial negativa en estado de máxima pureza—. Por lo tanto, según se sostiene, “el encierro creciente de personas se puede entender como una decisión política, tendiente a reafirmar la autoridad del Estado reforzando el sector penal para contrarrestar los efectos de la reducción del sector social”. (14)

El 10 de diciembre de 2001 Casanovas dejó el Ministerio de Justicia bonaerense para asumir como diputado nacional. A los pocos días, Ruckauf dimitió a la gobernación para tomar las riendas de la política exterior del país. Con la casi simultánea partida de ambos, todo pareció transformarse en el escenario provincial, pues ni bien se hizo cargo de sus nuevas funciones, Solá intentó distanciarse de las políticas de seguridad y, en especial, del *manodurismo* de su predecesor. Según las expresiones del flamante mandatario, recogidas por el diario platense *El Día*, inmediatamente después de la jura: “Yo no creo en la mano dura como receta para la administración de la seguridad y por eso vamos a hacer que la máxima capacidad de defensa de la seguridad pública no se salga ni un centímetro de lo que las leyes indican”. Y subrayó: “la protección de los Derechos Humanos tiene que estar presente en todas las políticas de seguridad y que quede en claro que este gobierno le va a dar una gran relevancia al área de derechos humanos”. (15)

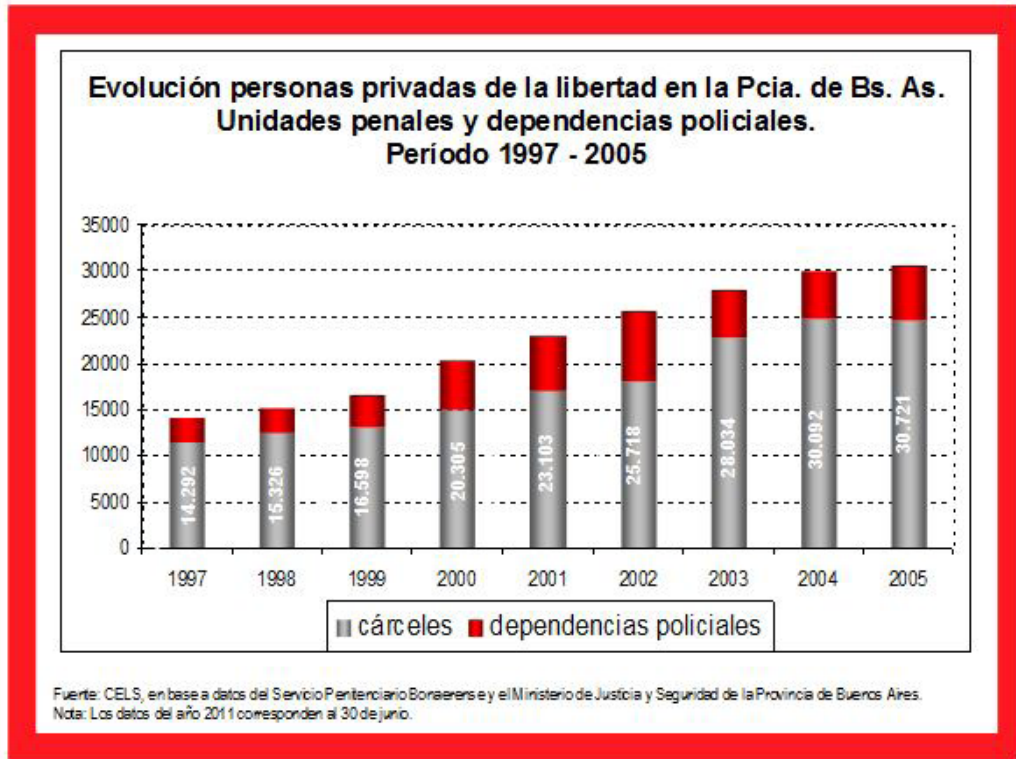
Sin embargo, a pesar del notorio cambio discursivo, la cantidad total de los detenidos bonaerenses extendió su período de acelerado crecimiento, año tras año, como lo demuestran las cifras oficiales. La espiral ascendente de la prisionización nunca se detuvo: mientras en 2002 había 25.718 personas privadas de su libertad, en 2003 pasaron a ser 28.034, en 2004 subieron a 30.092 y en 2005 llegaron al tope histórico de 30.721.

de la libertad y de la autonomía de conciencia. ‘Sobre sí mismo, sobre su mente’, dice John Stuart Mill, ‘el individuo es soberano...’ (ob. cit., 272).

(14) CALVEIRO 2012: 176.

(15) Fuente: <http://www.eldia.com.ar/ediciones/20020104/elpais10.asp>.

En el siguiente cuadro se podrán observar con mayor claridad.



En forma correlativa, la tasa de encarcelamiento produjo variaciones en franco ascenso: de 175 detenidos por cien mil habitantes [2002], aumentó a 188 [2003]; y de 201 [2004] volvió a crecer a 209 [2005], llegando a ser la más alta del país y una de las más altas de la región. Alrededor de la mitad de los presos del país están encerrados en Buenos Aires, aunque aquí se cometen mucho menos del cincuenta por ciento de los delitos.

Con ser exorbitantes, no son sólo números y tasas; son muchos miles de personas detenidas en el marco de un sistema de prisiones y comisarías desbordadas por completo, es decir, con cárceles y calabozos superpoblados, muchos de ellos en deplorables condiciones de habitabilidad, con deficiencias en la atención de la salud, en la provisión de alimentos, abrigos y otros elementos

indispensables dentro del encierro, todo lo cual generó un contexto de violencia institucionalizada lesivo para la dignidad humana de los internos e incompatible con los estándares internacionales en la materia (16), como en su momento lo sentenciará la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

(16) A propósito de las más graves violaciones a los derechos humanos, en situaciones de encierro, Calveiro expresa que "la decisión de disimular la vergonzosa persistencia del tormento es una realidad que se mantiene en la mayor parte de la región. El caso de la Argentina es sólo un ejemplo, que se puede reconocer gracias a la activa presencia de los organismos de derechos humanos y su estrecha colaboración con diversas instancias gubernamentales. Pero, en general, la tortura se esconde como práctica, luego se dificulta su denuncia y, cuando esta existe, se evita de manera sistemática el juicio de los responsables" (CALVEIRO 2012: 186).

6. Las secuelas neopunitivistas (segunda parte)

El 26 de junio de 2002, manifestantes de diversas organizaciones sociales, entre ellas, del Bloque Nacional Piquetero, de la Coordinadora Aníbal Verón, del Movimiento de Jubilados y Desocupados, del Polo Obrero y de Barrios de Pie, se concentraron en las proximidades del Puente Pueyrredón para reclamar por una serie de reivindicaciones y mejoras sectoriales. Por su parte, el gobierno —para contrarrestar esa movilización— había dispuesto un férreo operativo de seguridad, integrado por fuerzas nacionales (Policía Federal y Prefectura Naval) y locales (Policía Bonaerense).

Cerca del mediodía se produjeron algunas refriegas y choques entre piqueteros y efectivos de seguridad que, en principio, utilizando gases y haciendo disparos de proyectiles antitumulto, lograron dispersar a los manifestantes y despejar la vía de entrada y salida a la ciudad de Buenos Aires. Pero un importante grupo de policías provinciales, al mando del entonces Comisario Inspector Alfredo Luis Franchiotti, no sólo liberó las adyacencias del puente, sino que comenzó a perseguir, con escopetas “Itaka”, a los manifestantes por distintas calles de Avellaneda, rodeándolos dentro y alrededor de la estación ferroviaria, donde ejercieron una brutal represión que, además de una gran cantidad de heridos, dejó el trágico saldo de dos asesinatos, los de los jóvenes militantes Maximiliano Kosteki y Darío Santillán.

Las estremecedoras imágenes de la masacre están en el vívido recuerdo de todos los que, a la distancia, seguimos por televisión las dramáticas alternativas de la descontrolada violencia policial. Según afirma Ragendorfer, “Franchiotti y su gente habían acribillado a sus víctimas sin advertir la presencia de reporteros gráficos a su alrededor. Uno de ellos, Sergio Kowalewski, que colaboraba con el periódico de las Madres de Plaza de Mayo, obtuvo una secuencia minuciosa de aquella sombra aguileña con gorra y escopeta, que se abría paso entre la multitud disparando a quemarropa”. (17) El diario *Clarín* del jueves 27 de junio tituló en su portada que: “La crisis causó 2 nuevas muertes” (18), aunque la sucesión de fotos

que presenta en esa misma edición pone al descubierto que no fue la crisis la que ultimó a los dos jóvenes piqueteros que intentaron cortar el Puente Pueyrredón, sino los efectivos uniformados de la policía bonaerense, los mismos que debían meter bala a los delincuentes, habían metido bala (sí, pero) a la protesta social.

Ahora bien; visto el episodio desde su costado jurídico-penal, los imputados fueron llevados a juicio. Después de meses de producción de pruebas y varias jornadas de alegatos, la sentencia dictada por el Tribunal en lo Criminal n° 7 de Lomas de Zamora, el 9 de enero de 2006, declaró la culpabilidad —principal— del comisario Franchiotti y del suboficial Alejandro Acosta, por ser coautores de dos delitos de homicidio agravado por alevosía, de los que resultaron víctimas Kosteki y Santillán, y de siete tentativas del mismo ilícito, en perjuicio de Aurora Cividino, Marcial D. Bareiro, Walter J. Medina, Sebastián R. Conti, Leonardo R. Escobar Ferrari, Darío Pantoja y Miguel Ángel Paniagua, imponiéndoles a ambos acusados la misma pena: prisión perpetua.

El Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), sin dejar de reconocer el mérito del fallo judicial y las ramificaciones que a partir de él se abrieron, en orden a otro tipo de responsabilidades penales, las que son propias de la competencia federal, consideró que “la envergadura de la causa ameritaba una intervención más intensa del tribunal, orientada a fijar estándares del uso de la fuerza en contextos de restricción de derechos constitucionales, como el derecho a manifestarse”. (19)

Sin embargo, la dimensión jurídica no agota la enorme trascendencia del caso. La “Matanza de Avellaneda”, ejecutada por muy bien pertrechados numerarios de la policía provincial, marcó un verdadero quiebre, un punto de inflexión, es decir, tanto el comienzo del fin del gobierno provisional de Duhalde, quien terminaría siendo forzado por las circunstancias a convocar a elecciones para el

filme documental, dirigido por Patricio Escobar y Damián Finvarb, en 2006, donde se expone críticamente el papel que desempeñaron los medios de comunicación, en particular referencia a *Clarín*, en la cobertura periodística de los asesinatos de Kosteki y Santillán. Ver: <http://www.cinenacional.com/pelicula/la-crisis-causo-2-nuevas-muertes>.

(19) CELS 2008: 150.

(17) RAGENDORFER 2002: 93.

(18) Fuente: <http://edant.clarin.com/diario/2002/06/27/portada.htm> y <http://old.clarin.com/diario/2002/06/27/p-00215.htm>. Además, con ese mismo nombre se tituló un

2003 (20), como un enorme revés a las políticas *manoduristas* del *ruckaufismo*, apenas seis meses después del anticipado egreso de la gobernación. *La bonaerense* (21), para quien Ruckauf y Casanovas habían conseguido mayores potestades legales y operativas, había vuelto a las suyas, a matar a mansalva, a mansalva y a militantes sociales, con motivo de un acto de protesta.

Cuando un político en campaña proclama a los cuatro vientos que hay que meter bala a los delincuentes, llegado al poder no puede ignorar que la policía lo primero (y acaso lo único) que entiende es que hay que meter bala. Y así lo hizo la rediviva bonaerense.

7. *Blumbergstrafrecht*

El secuestro extorsivo y posterior homicidio de Axel Blumberg, de 23 años, cometidos el 17 y 23 de marzo de 2004, generaron un verdadero estado de conmoción social. Apenas se conocieron detalles del fatal desenlace del hecho —el joven fue ultimado cuando trató de escapar de su cautiverio— el caso adquirió una repercusión pública y le dio a su padre un protagonismo mediático pocas veces visto, que ni siquiera logró opacar el casi inmediato esclarecimiento del crimen, la detención y el juzgamiento de sus autores, cómplices y encubridores. (22)

Juan Carlos Blumberg se convirtió a raíz de esa tragedia personal en un referente social y político —no obstante su tantas veces declamada *apoliticidad*— de primera línea, y de singular importancia para entender el devenir neopunitivista contemporáneo, al extremo de que un conjunto de leyes penales y procesales se conocen por su nombre, pues fueron sancionadas bajo la presión

(20) Ob. cit, 144.

(21) Rectius: una organizada patota de La Bonaerense.

(22) Martín Peralta (a) “el Oso” y José Díaz (a) “el Negro” fueron condenados a la pena de reclusión perpetua; en cambio, otros diez imputados recibieron penas que van desde los 20 años a los 3 años y 6 meses de prisión, en tanto que los cuatro restantes fueron absueltos. Blumberg consideró que “el fallo es una mierda” y criticó hasta la absolución de un policía al que él mismo no había acusado. Fuentes: <http://www.pagina12.com.ar/diario/principal/index-2006-10-26.html>, <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-75165-2006-10-26.html>. y <http://www.lanacion.com.ar/852782-perpetua-para-los-que-mataron-a-axel-blumberg>.

de su mediatizada figura y, además, al calor de las multitudinarias marchas por la seguridad que fue capaz de convocar, sobre todo, en la primera etapa de su efímera existencia como polo de atracción de sectores conservadores y *manoduristas* que encontraron en él un estandarte para la reivindicación de las políticas de *ley y orden*.

La vigencia del fenómeno Blumberg fue acotada, pero tan intensa que engendró un verdadero derecho penal de excepción, que Julio Maier denominó *Blumbergstrafrecht*. (23) En clave jurídica nadie lo explica mejor que él, del mismo modo que en su dimensión sociológica quien logra un resultado parecido es Susana Murillo. (24)

Queda sobrentendido, por supuesto, que la legitimidad del sufrimiento paterno ante la irreparable pérdida que padeciera está fuera de todo análisis y de cualquier desacuerdo.

Aquí lo que interesar examinar, en cambio, es la actuación pública de Blumberg y el aprovechamiento de su carisma para una cruzada antigarantista, lo que Murillo designa como el “significante Blumberg” (25), pues está claro que del anonimato, en pocos días, saltó al centro de la escena nacional, lugar que le sirvió para transformarse en el líder de un vasto movimiento que exigía el endurecimiento punitivo. Y así como de pronto apareció y se hizo de él (y con él) un fulminante y arrollador fenómeno sociopolítico (26), con sólido anclaje comunicacional, que llegó a marcar la agenda legislativa del país y de la provincia de Buenos Aires, su magnetismo se fue apagando poco a poco, hasta terminar siendo, a mediados del 2007, un personaje adyacente, desprovisto de poder de convocatoria y hasta de credibilidad. Para tratar de explicar ese itinerario blumbergiano del esplendor (del ‘04) al ocaso (del ‘07), de la admiración y el liderazgo a la opacidad y el desdoro, del predicamento a la irrelevancia, y de los cientos de miles de asistentes a sus marchas a los escasos

(23) MAIER 2004: IV.

(24) MURILLO 2008.

(25) En palabras de la autora, “entiendo a ‘Blumberg’ como un nombre, un significante que condensa significados diversos para la población, y sobre ello hablo, no sobre personas individuales” (Murillo 2008: 179).

(26) “Blumberg: de caso a fenómeno”, titulaba el columnista del diario La Nación. Fuente: <http://www.lanacion.com.ar/590894-blumberg-de-caso-a-fenomeno>.

votantes bonaerenses, es necesario exponer una serie de hechos.

A pocos días de la muerte de Axel, el jueves 1º de abril de 2004, tuvo lugar la primera concentración masiva contra la inseguridad, convocada por su padre, que reunió frente al Congreso de la Nación a una muchedumbre estimada entre ciento treinta y ciento cincuenta mil personas. (27) Tres semanas después se hizo la segunda, en este caso en la Plaza Lavalle, ante el edificio de Tribunales, aunque con una concurrencia bastante menor. (28)

Era el tiempo del apogeo. Blumberg era capaz de movilizar grandes multitudes, como no podía hacerlo ningún dirigente político tras la crisis del 2001. Su discurso televisado aparecía, cual si se tratara de una transmisión por cadena nacional, en todos los canales de aire y cable. Con tono enérgico pero sereno, reclamaba por seguridad y justicia, pidiendo transformaciones profundas en las estructuras del Estado, nacional y provincial. Según sostenía, por entonces, no sólo era preciso cambiar la policía, sino también decretar la emergencia judicial, estableciendo el control civil sobre el accionar de jueces y fiscales, para que trabajen más y mejor, acelerando la tramitación de los procesos contra los delincuentes y fomentando la reinserción social de éstos, a través del trabajo en las cárceles. Sobre todo, era indispensable modificar la obsoleta legislación penal, actualizarla a la realidad que vive el país, endurecer las penas y efectivizar los castigos. También era necesario reformular el sistema de representación política, suprimiendo del régimen electoral las listas sábanas.

Murillo describe con especial destreza el clima imperante en las concentraciones otoñales del 2004: “La primera marcha, numerosísima, apoyada por una fuerte operación mediática, colocó a Blumberg en el lugar de la sociedad civil que interpela al Estado para que este decida con rapidez y eficacia”. (29) Enseguida agrega que lo novedoso de este proceso radica en que “no es un

político, sino un *ciudadano común*, un miembro de la sociedad civil que surge de ella, condensa sus anhelos y frustraciones, exige y audita al Estado. Este hombre pareció encarnar la voz de los que no tienen voz. La cruzada es hecha en nombre de la moral de la familia, no de la política; su finalidad es restituir la honra y la decencia perdida en las instituciones. En nombre de la sociedad civil, reclama las transformaciones institucionales y la transparencia necesarias para garantizar que la corrupción, caracterizada como causa de las desigualdades en AL, sea combatida. Él encarnó para muchos ese lugar simbólico de la sociedad civil en triálogo con el Estado y los organismos internacionales”. (30)

A las repercusiones iniciales del torbellino Blumberg también se refiere Cesaroni, sosteniendo que “encabezó una movilización que se traduciría pocas semanas después en reformas penales profundas, decididas por legisladores que temían el dedo acusador de ese padre severo y doliente, y por eso votaban leyes a sabiendas de que, no sólo eran inútiles, sino también peligrosas”. (31)

El 26 de agosto de 2004, Blumberg volvió a congregar una importantísima concurrencia frente al Parlamento Nacional. En su alocución pudo verificarse un cierto redireccionamiento ideológico, pues ahora no sólo criticaba la inacción y la inoperancia de las agencias estatales encargadas de la prevención y la represión de la delincuencia, sino también a los organismos defensores de derechos humanos, por su unilateralismo, “porque acá —exclamó— los derechos humanos son solamente para los delincuentes, no para los ciudadanos como ustedes, a mí nadie me vino a ver de los derechos humanos cuando mataron a Axel”. (32) Por lo tanto, al líder de la cruzada por la seguridad, que había aparecido súbita e involuntariamente a la vida pública sosteniendo: “No soy de derecha, ni de izquierda”, se le hacía cada vez más difícil mantener su equidistancia de ambos polos.

“En ocasión de la tercera marcha, cuando comenzó a declinar la adhesión tanto de los medios como de la presencia callejera, Blumberg acusó

(27) Fuentes: <http://edant.clarin.com/diario/2004/04/02/um/m-735399.htm> y <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-33596-2004-04-02.html>.

(28) Fuentes: <http://edant.clarin.com/diario/2004/04/23/s-03801.htm> y <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-34478-2004-04-23.html>.

(29) MURILLO 2008: 188.

(30) Ídem.

(31) CESARONI 2010: 26.

(32) Fuentes: <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-40244-2004-08-27.html> y <http://edant.clarin.com/diario/2004/08/27/um/m-821098.htm>.

a algunos periodistas y a maniobras políticas en su contra. Furioso, trazó un perfil que separaba claramente a 'la gente como ustedes' de los otros: 'los delincuentes' y las 'organizaciones de derechos humanos que los defienden' y dejan inermes al ciudadano. Para entonces, intelectuales, abogados, jueces, penalistas, periodistas y profesores de la Facultad de Derecho y la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires criticaban su discurso y las transformaciones llevadas adelante de manera rápida en el ámbito penal". (33)

La cuarta marcha se llevó a cabo el 2 de junio de 2005, otra vez frente al Palacio de Justicia. En una jornada lluviosa y ante un magro auditorio en comparación con las tres concentraciones anteriores, Blumberg instó a respetar "las garantías constitucionales para todos sin distinción de ideologías", a la vez que cargó contra "el abolicionismo del derecho penal que encarnan Zaffaroni y Argibay, quienes pretenderían la derogación del derecho penal". (34)

El acto fue convocado, como lo recuerda Murillo, "tras la excarcelación del principal imputado por la masacre de Cromañón, y en un postrer gesto que intentaba recapturar la adhesión social perdida. El gesto era inútil pero no superfluo, pues el nuevo imaginario, expresado también en esta marcha, seguía resignificando la nueva matriz de las protestas argentinas, y se extendía a las realizadas por la masacre de Cromañón. Esa noche dando las espaldas a los Tribunales laicos de la Nación y frente a unas tres mil personas de clase media-alta, o alta exclusivamente, bajo la lluvia, desplegó una ceremonia que como siempre se desarrolló muy puntualmente, y en la que además de él sólo intervinieron tres representantes de distintas religiones. Allí se efectuaba una interpelación a la justicia humana en nombre de la divina". (35)

La quinta y última marcha se hizo en el histórico escenario de la Plaza de Mayo, el 31 de agosto de 2006. Sin las muchedumbres de antes, pero mejorando notablemente respecto de la enjuta

(33) MURILLO 2008: 193.

(34) Fuentes: <http://edant.clarin.com/diario/2005/06/02/um/m-987967.htm>, <http://edant.clarin.com/diario/2005/06/03/um/m-988673.htm> y <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-51904-2005-06-03.html>.

(35) Murillo 2008: 193.

asistencia a la concentración del año anterior, en esta oportunidad embistió con vehemencia contra el ministro de Seguridad bonaerense, León Arslanian, a quien cuestionó por "quemar los prontuarios de los delincuentes. ¿De qué lado está, del lado de los ciudadanos o del lado de los delincuentes?"; preguntó, sin tratar de aplacar, en este caso, los fuertes abucheos. (36)

No obstante conservar su riguroso estilo atildado, provisto en todo momento de un voluminoso bibliorato con la foto de Axel, como si fuera la prolongación de su brazo, y sin abandonar la liturgia característica de sus actos, Blumberg se venía desdibujando gradualmente. La menguada capacidad de convocatoria era evidente, aunque repuntaba con cada rebrote de inseguridad. Así, era difícil mantener el altísimo nivel de protagonismo social adquirido en marzo/abril de 2004, al comienzo de la cruzada. En lo sucesivo, muchas de sus habituales exposiciones mediáticas se orientarían más bien a poner de manifiesto la conveniencia de modelos de importación en materia de seguridad. Con todo, lo peor estaba por llegar.

Una investigación periodística, en junio de 2007, reveló que el titular de la "Fundación Axel Blumberg por la Vida de Nuestros Hijos" no era ingeniero, como aparentaba. (37) Después de algunas vacilaciones, no pudo menos que admitirlo: "Yo he metido la pata: no soy ingeniero", le dijo al periodista del diario *La Nación*, agregando que le pedía disculpas a la gente, "es un error mío", destacó. (38) A pesar de este duro traspie en alguien que ostentaba integridad como señal distintiva, poco después formalizó su candidatura a gobernador de la provincia de Buenos Aires. Le fue mal, muy mal.

En las elecciones del 28 de octubre de 2007, la fórmula Juan Carlos Blumberg - Patricio Caselli, al frente de la agrupación política "Vamos", obtuvo apenas 83.759 votos, es decir, el 1,28 % del

(36) Fuentes: <http://www.pagina12.com.ar/diario/el-pais/1-72351-2006-09-01.html> y <http://edant.clarin.com/diario/2006/09/01/um/m-01263373.htm>.

(37) El ingeniero fue el resonante titular de tapa de *Página 12*. Fuente: <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-86605-2007-06-15.html>.

(38) Fuente: <http://www.lanacion.com.ar/918204-yo-he-metido-la-pata-no-soy-ingeniero>.

electorado. (39) No es todo. Todavía peor le fue en las Primarias Abiertas Simultáneas y Obligatorias (PASO) del 11 de agosto de 2013, al postularse como primer candidato a diputado nacional en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por “El Movimiento”, donde la lista A (“Seguridad y justicia para todos”) que encabezaba sólo consiguió 12.404 votos (40), una magra cantidad que le impidió volver a postularse —para ese mismo cargo— en las elecciones generales del 27 de octubre, al no haber logrado el piso del 1,5% de los sufragios, aunque sí lo hizo como candidato a legislador porteño por el partido “Es posible” (41), cosechando 13.082 votos (0,71%) (42), muy lejos de poder acceder a la banca que ambicionaba.

Fue inútil tanta insistencia. El ciclo Blumberg hacía rato que estaba consumido, luego de haber enajenado su principal capital: la credibilidad.

Sin embargo, nos había dejado un legado, el de las “Leyes Blumberg”, todas ellas dictadas en el cenit de su capacidad de presión e influencia en los debilitados poderes públicos (en 2004, sobre todo), y dirigidas al incremento de la punibilidad y del poder punitivo. Entre las relativas al derecho material, aunque sin pretensiones taxativas, cabría enunciar las siguientes:

i) aumento de las penas previstas para los robos cometidos con armas de fuego, en el art. 166 n° 2 del Cód. Penal (ley 25.882; B.O. 26/04/2004);

ii) nuevo régimen punitivo —en general, con mayores sanciones— para la tenencia y portación de armas de fuego de uso civil y de uso civil condicional (o “de guerra”), así como para la adquisición, tenencia, sustracción, venta o fabricación de materiales radiactivos o de armas de fuego,

(39) Fuente: [http://es.wikipedia.org/wiki/Anexo:Elecciones_de_2007_en_Argentina_\(Provincia_de_Buenos_Aires\)](http://es.wikipedia.org/wiki/Anexo:Elecciones_de_2007_en_Argentina_(Provincia_de_Buenos_Aires)).

(40) Fuente: http://www.elecciones.gov.ar/resultados_definitivos_PASO_2013_distritos.pdf.

(41) Según se informaba por entonces: “Blumberg lanzó su candidatura a legislador porteño. Con un discurso enfocado en la seguridad, Juan Carlos Blumberg lanzó su candidatura a legislador porteño por el partido ‘Es posible’, de cara a las elecciones del 27 de octubre próximo”. Fuente: <http://www.panoramaciudad.com.ar/2013/10/blumberg-lanzo-su-candidatura.html>.

(42) Fuente: <http://www.resultados.gob.ar/resultados/01/DDR01999R.htm>.

en el art. 189 bis del Cód. Penal (ley 25.886; B.O. 05/05/2004);

iii) tipificación del término “establecimiento rural”, en el último párrafo del art. 77 del Cód. Penal, incremento de penas y normativización de diversas situaciones de abigeato, en los arts. 163 n° 1, 167 ter, quáter y quinquies, 206, 248 bis, 277 bis y 293 bis (ley 25.890; B.O. 21/05/2004);

iv) reglamentación de los servicios de comunicaciones móviles, prohibiendo la actividad de revendedores, mayoristas y cualquier otra persona que no revista ese carácter, con el añadido deber de denunciar la pérdida de instrumentos de telefonía celular y sancionando la clonación de líneas (ley 25.891; B.O. 24/05/2004);

v) mayores restricciones temporales para obtener la libertad condicional a los condenados a prisión o reclusión perpetua, anexión del previo informe penitenciario con pronóstico de reinserción social, prohibición de la libertad condicional en ciertas hipótesis delictivas —así: en los casos de los arts. 80 n° 7, 124, 142 bis, anteúltimo párrafo, 165 y 170 del Cód. Penal— e imposición a los jueces del deber de revocación de la libertad condicional bajo determinadas circunstancias, conforme a la nueva redacción de los arts. 13, 14 y 15 del Cód. Penal (ley 25.892; B.O. 26/05/2004);

vi) aumento de las penas en los delitos de abuso sexual agravado de los arts. 119 y 120 del Cód. Penal, cuando de ellos resultare la muerte de la víctima, según el novedoso texto del art. 124 del Cód. Penal (ley 25.893; B.O. 26/05/2004);

vii) ampliación del tope punitivo en el concurso real de delitos, cuyo máximo podrá alcanzar hasta un límite de 50 años de reclusión o prisión, de acuerdo al art. 55 del Cód. Penal (ley 25.928; B.O. 10/09/2004); y

viii) tipificación del fraude mediante el uso de tarjetas de crédito, débito o compra, en el art. 173 n° 15 del Cód. Penal, así como la equiparación a la moneda nacional, billetes de banco y demás títulos —a los fines del castigo por su falsificación, introducción o puesta en circulación— de las tarjetas de compra, crédito o débito, con arreglo al art. 285 del Cód. Penal (ley 25.930; B.O. 21/09/2004).

Más aún, el *torbellino Blumberg* había dejado su huella en el sistema de enjuiciamiento penal

bonaerense, tal como lo evidencian los siguientes ejemplos:

i) incorporación del procedimiento especial para casos de flagrancia, en los arts. 284 bis, ter, quáter, quinquies y sexies, y del juicio directísimo, en el art. 403 bis, así como del deber de los jueces de garantías de prestar un servicio continuado y permanente, cuya inobservancia implica falta grave, según el art. 23 bis y de las mayores atribuciones recursivas para el particular damnificado en el art. 453 del CPP (ley 13.183; B.O. 16/04/2004);

ii) exclusión del tiempo insumido por el trámite de los recursos extraordinarios y de casación interpuestos contra la sentencia condenatoria, ante cualquier tribunal, a los fines del cómputo especial previsto por el art. 7° de la ley 24.390 —derogada por la ley 25.430— modificadorio del art. 24 del Cód. Penal (ley conocida como del “dos por uno”), según la nueva redacción del art. 500 del CPP (ley 13.186; B.O. 05/05/2004);

iii) modificación del sistema recursivo contra los decisorios que impusiesen detención, prisión preventiva o denegaran su cese, en el art. 164, así como del régimen general del hábeas corpus en los arts. 405 y sgts. del CPP (ley 13.252; B.O. 03/12/2004); y

iv) modificaciones de las normas regulatorias de actos y plazos procesales (arts. 104 y 139), cambios en las disposiciones sobre medidas de coerción (arts. 147, 151, 153, 158, 161, 162, 164 y 189) (43), alteraciones en el régimen de las nulidades (arts. 201, 203, 205 y 206), en los anticipos extraordina-

rios de prueba (art. 274), en los actos definitivos e irrepitibles (art. 276), y en el proceso de flagrancia (arts. 284 bis, quáter y quinquies), así como otras prescripciones relativas a la etapa penal preparatoria (arts. 290, 308 y 323), a la fase intermedia (arts. 334 y 335), a los aprestos y al desarrollo de la audiencia del debate (arts. 338, 366, 371 y 375), al procedimiento abreviado (arts. 397, 398 y 399), al de suspensión de juicio a prueba (art. 404), y al sistema de impugnaciones (arts. 439, 440, 442, 443, 444, 445, 446, 447 y 458) del Código Procesal Penal (ley 13.260; B.O. 07/12/2004).

En una primera lectura, en clave jurídico-criminológica, queda claro que Blumberg puso al descubierto la inestabilidad de nuestro ordenamiento legal, la volatilidad de las leyes penales (sustantivas y procesales), la demagogia que domina el sistema de producción normativa (nacional y provincial) y, en definitiva, la incapacidad de la política para contener y racionalizar las demandas neopunitivistas de esta campaña de acción psicológica. La avanzada *manodurista* no tenía límites ni conocía la medida. Cesaroni explica que “se comenzaron a sancionar leyes que respondían casi milimétricamente a las exigencias de Blumberg y de su mentor jurídico. El modo en que se votaron esas leyes resume uno de los momentos más vergonzosos de la vida parlamentaria argentina”. (44)

Ahora bien, en un análisis amplio e intenso del tema en estudio, hemos de coincidir con Maier en que el *Blumbergstafrecht* puso en crisis “en nuestro país, más de dos siglos de trabajo humanitario universal sobre esta materia jurídica desde su creación, esto es, no sólo desde la aparición de la pena estatal, sino, antes bien, desde la aparición de la regulación jurídica de la pena estatal, un fenómeno propio del Estado de Derecho, propuesto, a su vez, por la Ilustración y el liberalismo político”. (45) Una verdadera ignominia institucional que no sólo vilipendió a políticos y legisladores, de quienes —bajo presión— extrajo todas las leyes que quiso, sino que también acometió contra los jueces, como era de esperar, pues éstos debían ser destituidos inmediatamente si continuaban aplicando los principios liberales de la ley de ejecución penal. (46)

(43) La regulación de las medidas coercitivas en el proceso penal, como se sabe, constituye una de las zonas más sensibles de cualquier sistema de enjuiciamiento y, también, el ámbito propicio para desarrollar los proyectos regresivos, siempre pivotando alrededor del concepto de peligrosidad (no ya procesal, sino de reiteración delictiva). Zaffaroni sostiene que “una de las pretensiones más ambiciosas de la criminología etiológica individual equívoca fue la de hacer realidad el viejo sueño positivista: medir la peligrosidad... En general, los ‘peligrosómetros’ (que ‘científicamente’ se llaman ‘prognosis estadísticas’) consisten en estudiar un número más o menos numeroso de reincidentes y ‘cuantificar’ causas de reincidencia. Con base en ello se construye una tabla... Fue famosa la de los esposos Glueck y nuevos intentos se realizan hasta hoy, aunque siempre fracasaron, lo cual no es de extrañar, pues ni siquiera supieron captar bien el estereotipo y, además, obviamente, no podían tener en cuenta el resultado deteriorante y condicionante del proceso y de la institucionalización” (Zaffaroni 1998: 244).

(44) Cesaroni 2010: 31.

(45) Maier 2004: IV.

(46) Ob. cit., IV.

Y algo más, en fin. Esta cruzada que tiró por la borda principios cardinales del derecho penal liberal y de la propia institucionalidad republicana fue, asimismo, la ocasión propicia para el reencuentro en las más altas cumbres, en las proximidades del entorno “blumbergiano”, de dos auténticos adalides de la versión provincial de la *mano dura*, ahora ejerciendo sus mandatos de diputados nacionales: Carlos Federico Ruckauf y Jorge Osvaldo Casanovas. (47) Ante tal evidencia, no parece aventurado sostener que el *Blumbergstrafrecht*, visto en perspectiva y en mirada bonaerense, no hizo más que prolongar en el tiempo la impronta neopunitivista del *Ruckaufstrafrecht*. No es todo. Blumberg también recibía el asesoramiento jurídico del abogado Roberto Durrieu, ex subsecretario de Justicia en la dictadura militar, entre noviembre de 1978 y marzo de 1981. (48)

8. El fallo “Verbitsky” (o cuando la Corte Federal dijo basta)

La sucesión de leyes represivas que desdibujaron la matriz garantista de la codificación bonaerense —al principio fue el *Ruckaufstrafrecht* (2000, en adelante) y luego se extendió a raíz del *Blumbergstrafrecht* [2004]— produjo —como era previsible, es más, como era buscado— el crecimiento exponencial de la población penitenciaria y de los detenidos en dependencias policiales, incluidos menores y mujeres. No era sólo una cuestión esta-

(47) Murillo 2008: 216. El propio Ruckauf sostuvo que “el Congreso de la Nación, comenzó entonces a tratar leyes impulsadas por la Fundación Axel Blumberg y algunos de los proyectos que, tanto Casanovas como el autor de este libro veníamos proponiendo” (Ruckauf 2001: 38).

(48) Cesaroni 2010: 30. Página/12 del día 5 de junio de 2004, informa que “Juan Carlos Blumberg designó al abogado que lo representará en el juicio por el crimen de su hijo a Roberto Durrieu, ex secretario de Justicia durante la última dictadura militar y actual presidente del aristocrático Colegio Público de Abogados de Buenos Aires, tiene una coherente trayectoria político-represiva, en la cual la promoción de la ‘mano dura’ contra la delincuencia se conjuga con la condena a la legalización de las uniones entre gays —`pasos irreversibles hacia la disolución de las bases sociales’—, la condena a los movimientos piqueteros —`son organizaciones delictivas con intereses políticos’— y sobre todo la solidaridad permanente con los hombres vinculados con la dictadura. Durrieu comenzó su carrera en 1976, como fiscal de la provincia de Buenos Aires, junto a la policía que conducía Ramón Camps. ‘Eso no lo sabía, pero no me parece que sea importante’, dijo Juan Carlos Blumberg” (<http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-36281-2004-06-05.html>).

dística, de 15 a 30 mil detenidos entre 1998 y 2005, porque esa duplicación degradó notoriamente las condiciones de alojamiento en las cárceles y, en especial, en las comisarías bonaerenses.

El CELS accionó correctiva y colectivamente a favor de todas las personas privadas de la libertad en el territorio provincial, cualquiera sea su lugar de alojamiento y su situación procesal, con el objeto de proteger sus derechos fundamentales (49), pero recibió respuestas negativas en la Sala Tercera del Tribunal de Casación Penal (50) y en la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires (51), en ese orden. Contra la sentencia de esta última que —por mayoría— declaró inadmisibles los recursos de nulidad e inaplicabilidad de ley deducidos respecto de la resolución casatoria, el demandante interpuso recurso extraordinario federal, cuya denegación dio lugar a la presentación en queja ante la Corte.

Durante ese trámite impugnativo se produjo el dictamen favorable de la Procuración General y se celebraron sendas audiencias públicas entre las partes litigantes, hasta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió, tras varios años de proceso, haciendo prosperar la pretensión del accionante, es decir, asumiendo una interpretación extensiva del art. 43 de la CN, al sostener que “pese a que la Constitución no menciona en forma expresa el hábeas corpus como instrumento deducible también en forma colectiva, es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla (...). Debido a la condición de los sujetos afectados y a la categoría del derecho infringido, la defensa de derechos de incidencia colectiva puede tener lugar más allá del *nomen juris* específico de la acción intentada, conforme lo

(49) Demanda que fue promovida por Horacio Verbitsky, invocando su carácter de representante legal del CELS, el 15-11-2001.

(50) Tribunal que decidió rechazar el hábeas corpus interpuesto, considerando que resultaba competente para entender originariamente en la acción instaurada.

(51) La SCBA declaró inadmisibles los recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley (P. 83.909, sent. del 20-3-2002).

sostenido en materia de interpretación jurídica, en el sentido de que debe tenerse en cuenta, además de la letra de la norma, la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad” (52)

Respecto del fondo del asunto, el extenso fallo de la Corte Nacional hizo lugar al planteo del demandante, resaltando, cuanto menos, los siguientes aspectos: 1º) Toda detención deberá adecuarse a las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de Naciones Unidas. 2º) La Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, a través de los jueces competentes, hará cesar la detención en comisarías de menores y enfermos. 3º) La Suprema Corte y los demás tribunales harán cesar, con urgencia, todo agravamiento de la detención que implique trato cruel, inhumano o degradante, o sea susceptible de acarrear la responsabilidad internacional del Estado Federal. 4º) El Poder Ejecutivo bonaerense remitirá a los jueces respectivos, en un mes, un informe de las condiciones concretas en que se cumple la detención, para que éstos decidan sobre la necesidad de mantenerla o arbitren medidas menos lesivas. 5º) El Poder Ejecutivo informará, cada dos meses, a la Corte Nacional acerca de las medidas que adopte para mejorar la situación de los detenidos. 6º) La provincia de Buenos Aires adecuará la legislación procesal sobre prisión preventiva, excarcelación y ejecución penal, a los estándares constitucionales e internacionales. 7º) Por último, el gobierno provincial convocará una mesa de diálogo invitando al CELS y otras ONGs, informando a la Corte Federal cada dos meses sobre los avances producidos.

En respuesta a una de las puntuales exigencias del fallo nacional, se produjo una importante variación legislativa, con la sanción de la ley 13.449 (B.O. 14/03/2006).

En los fundamentos adjuntos se expuso que a raíz de la directriz impuesta a la provincia de Buenos Aires por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos “Verbitsky”, la Legislatura puso en marcha una “Mesa de Trabajo” dedicada al análisis y proyección de los cambios requeridos, con el objeto de adecuar la legislación procesal penal, en materia de prisión preventiva y excarcelación, así como las normas penitenciarias, a los estándares constitucionales e internacionales. En

(52) CSJN, “Verbitsky, Horacio”, sent. del 03/05/2005 (Fallos, 328:1146, consid. 16º y 17º).

lo que constituye casi un lugar común cuando se introducen cambios de este tipo, se sostuvo que “la normativa a dictarse debe establecer un cuidadoso equilibrio entre el respeto a las garantías constitucionales de los procesados, el cumplimiento de los fines del proceso penal y la garantía de acceso a la justicia de la víctima del delito como garantías y deberes que el Estado provincial debe cumplir”, cuando —en rigor de verdad, ante las dramáticas características que había adquirido el caso bonaerense— debió decirse que lo pretendido era restablecer el equilibrio perdido por la vigencia de la ley 12.405 (“Ley Ruckauf”), que había generado un alarmante incremento de la prisionización, al que la Corte le debió poner un límite por razones humanitarias y, además, para no comprometer la responsabilidad del Estado federal ante organismos internacionales.

Con esa ley se buscó, al menos, desacelerar el febril ritmo de encierro cautelar, por lo que se retocaron cruciales disposiciones relativas a las medidas de coerción; a saber:

i) Se retornó a la original redacción del art. 144 del CPP, en sintonía con los principios constitucionales provinciales y nacionales, estableciendo la libertad personal como regla y su restricción excepcional sólo cuando fuera absolutamente indispensable.

ii) El art. 148 fijó el alcance de los llamados peligros procesales, o sea, peligro de fuga y entorpecimiento de la investigación, los que deben ser evaluados en cada caso concreto, para no erosionar el principio de inocencia.

iii) A su vez, en lo atinente a las alternativas a la prisión preventiva, el art. 159 prescribió que toda vez que los peligros procesales puedan ser razonablemente neutralizados por la aplicación de medidas menos gravosas para el imputado, el juez interviniente deberá imponerlas, modificando así el modo potestativo que había plasmado la legislación *ruckaufista*.

iv) Se introdujo la audiencia preliminar en materia coercitiva (luego, se la numeraría como art. 168 bis), estableciendo un mecanismo oral, público y contradictorio, ante el juez interviniente, previo a resolver cuestiones relativas a la prisión preventiva y sus alternativas.

v) Por otra parte, se modificó el art. 169, pre- viendo como primera pauta excarcelatoria que el máximo de la pena del delito imputado no exceda los 8 años de prisión o reclusión (en cambio, en la ley 12.405 no podía superar los 6), y el concurso material en ese mismo tope para cada uno de los ilícitos que lo integran. Aún si la pena en expectativa superase ese tope, habilitó su concesión cuando el magistrado creyese factible la imposición de una condena a pena de prisión de ejecución condicional. Asimismo, facultó al juez interviniente a disponer el cese de la prisión preventiva, en aquellos casos en que se verificaran excesos en el plazo razonable de duración de la misma, con arreglo al art. 7º nº 5 de la CADH.

vi) Por último, se suprimió la extensa enunciación de circunstancias incluidas en el art. 171, referido a la denegatoria de la excarcelación, de donde podrían inferirse aspectos que legitimaban el encierro preventivo. En su lugar, se limitó la concesión de la libertad caucionada sólo en los casos en los que se verifiquen los denominados peligros procesales.

Desde la máxima instancia del Poder Judicial, también se produjeron cambios significativos tras la severa interpelación de la Corte Federal a los poderes públicos locales.

En efecto, el 19 de diciembre de 2007, en el marco de la causa P. 83.909 (53), la Suprema Corte de Justicia dictó la res. 250/2007, que reviste una importancia fundamental. En primer lugar, se dio por concluido el trámite del hábeas corpus ante ese Tribunal en lo concerniente a los deberes de hacer cesar la detención en comisarías de menores y enfermos y de adecuar las normas sobre prisión preventiva y excarcelación, requiriendo al Poder Ejecutivo bonaerense que dentro de los noventa días hábiles presente un plan operativo integral, con el objeto de normalizar las disfuncionalidades edilicias de los lugares de detención y la provisión de servicios elementales. En segundo término, se dispuso crear la Subsecretaría de Derechos Humanos de las Personas Privadas de la Libertad que “tendrá a su cargo organizar, con el fin de lograr un adecuado ejercicio de la superintendencia de

esta Corte, un programa de actividades, un sistema de seguimiento y un modelo de organización que permita sistematizar y controlar el proceso de implementación y ejecución de las condiciones de detención de las personas alojadas en comisarías y establecimientos del sistema penitenciario”, asignándole la específica función institucional de “optimizar las visitas carcelarias y penitenciarias a cargo de magistrados, adecuándolas a un protocolo estándar, en consonancia con las Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, que permita al Tribunal sistematizar la información allí asentada”.

En consonancia con ese resolutorio, el 8 de octubre de 2008, la Corte provincial dictó el Acuerdo nº 3390, donde se precisaron las competencias y atribuciones de la Subsecretaría de Derechos Humanos, entre las que destacan la de verificar el cumplimiento de las directrices emergentes del fallo “Verbitsky” (y sucedáneos), por parte de los órganos jurisdiccionales y la de confeccionar un protocolo de actuación para las visitas a lugares de encierro, de conformidad con los estándares nacionales e internacionales pertinentes, previa consulta a los actores involucrados en la temática y los equipos técnicos necesarios. En función de ello, además, se encargaría de:

i) la capacitación de los operadores que tengan a su cargo las visitas de referencia;

ii) diseñar y actualizar un registro de las visitas institucionales;

iii) recibir los informes producidos en cumplimiento del régimen de visitas, sistematizándolos de manera de permitir el control y seguimiento de las condiciones de detención en los distintos establecimientos;

iv) efectuar sobre ellos las observaciones del caso;

v) celebrar reuniones de trabajo con equipos técnicos, con comités departamentales, con otros operadores y con organismos no gubernamentales;

vi) diseñar y actualizar un registro de hábeas corpus que permita conocer y sistematizar las decisiones judiciales adoptadas en relación con las condiciones de detención de las personas privadas de la libertad;

(53) Caratula “Verbitsky, Horacio —representante del Centro de Estudios Legales y Sociales— Hábeas Corpus. Rec. de Casación. Recursos extraordinarios de nulidad e Inaplicabilidad de Ley”.

vii) recibir la información que envía la Defensoría ante el Tribunal de Casación Penal, relativa al Banco de Datos de Casos de Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, evaluarla y proponer las acciones que propendan a la protección de las personas privadas de la libertad;

viii) analizar, en conjunto con otras dependencias de la Corte, los datos estadísticos sobre la duración de los procesos seguidos a personas detenidas y proponer medidas que tiendan a asegurar su sustanciación en plazos razonables;

ix) elaborar conclusiones acerca de la información obtenida, efectuar propuestas de medidas legislativas, judiciales, administrativas con el propósito de asegurar condiciones dignas de detención para todas las personas privadas de la libertad y elevarlas periódicamente a consideración de la Corte;

x) sistematizar y difundir los criterios establecidos sobre la temática de su competencia, tanto por la SCBA, como por ComIDH;

xi) compilar la normativa acerca de la materia que le concierne, sistematizándola para facilitar su conocimiento, difusión y aplicación;

xii) hacer propuestas y observaciones a la legislación vigente, o a los proyectos de ley, en las cuestiones relativas a su cometido;

xiii) evaluar la necesidad de efectuar modificaciones, y en su caso proyectarlas, al acuerdo que reglamenta el control judicial de las internaciones de personas inimputables e incapaces, a fin que sean alcanzadas por un sistema de seguimiento similar al establecido para las personas imputables detenidas.

Otra consecuencia directa de la res. 250/2007 (SCBA) y, en última instancia, del fallo “Verbitsky” (CSJN), fue la Acordada 3415, del 22 de diciembre de 2008, por la que la Corte bonaerense reglamentó el régimen de visitas a establecimientos penitenciarios y demás centros de detención. En realidad se trató de una necesaria puesta al día, toda vez que la Suprema Corte provincial desde épocas inmemoriales había dictado normas internas para la periódica supervisión de las cárceles. Se impone una breve reseña de las principales resoluciones en la materia.

Así, más lejos en el tiempo, aunque sin ser el más antiguo, cabe citar el Acuerdo n° 1490 (del 07/12/1965), donde se diferenció tres tipos de visitas:

i) las institucionales, encabezadas obligatoriamente por los titulares de las respectivas Cámaras de Apelación en lo Penal departamental, con una frecuencia trimestral, que debían realizarse en “las cárceles de encausados de la provincia, a fin de conocer los reclamos o quejas que formulen los detenidos sobre el estado de los procesos”;

ii) las jurisdiccionales, a cargo de los jueces del fuero penal, quienes tenían el deber de entrevistar mensualmente a los procesados detenidos, con el propósito de escucharlos y de verificar si eran bien atendidos por sus defensores, debiendo dar cuenta inmediata a la Suprema Corte y, de existir quejas sobre la actuación de los miembros del Ministerio Público, a la Procuración General; y

iii) las de los defensores oficiales, que tenían la obligación de concurrir cada quince días a las cárceles de encausados, “con el objeto de oír a sus patrocinados, debiendo procurar que las causas de éstos no sufran retardos”, con aviso inmediato a la Procuración General.

Tras la restauración democrática del ‘83, se dictó el Acuerdo n° 2061 (del 21/02/1984), donde si bien se mantuvo la dualidad de las visitas institucionales (cada tres meses) y jurisdiccionales (una vez al mes), se hizo expresa mención no sólo de la necesidad de recorrer la totalidad del establecimiento carcelario, atendiendo las consultas y las reclamaciones que hiciesen los internos, procesados y condenados, sino también del deber de entrevistarlos para darles la debida información que solicitaran sobre sus procesos. Asimismo, se dispuso la creación, en cada unidad penitenciaria, de una oficina judicial de carácter permanente para la más próxima atención de los requerimientos de los internos, sirviendo de enlace con los órganos jurisdiccionales a cuya disposición se encontraran alojados y/o de sus defensores. Finalmente, se introdujo un sistema semejante en lo relativo a los lugares de encierro de menores sometidos a proceso o penados.

A raíz de la masiva prisionización que provocó el *Ruckaufstrafrecht*, la Corte provincial dispuso la extensión del régimen de visitas a los detenidos

alojados en dependencias policiales, tal como resulta del Acuerdo n° 3028 (del 27/02/2002).

Luego, invocando la necesidad de readecuar las obligaciones impuestas por el Acuerdo 2061 a los cambios producidos en los sistemas de enjuiciamiento (ley 11.922) y de ejecución penal bonaerense (ley 12.256), se dictó el Acuerdo n° 3118 (del 04/02/2004), donde —al igual que en la norma derogada— se fijaron tanto las visitas programadas trimestrales, de carácter institucional, cuyo objetivo básico era el de fiscalizar el funcionamiento de las unidades penitenciarias, en particular, verificar el estado edilicio e higiénico, el régimen carcelario impuesto a los internos, el servicio de salud y el suministro de alimentos, sin perjuicio de atender las consultas y las reclamaciones que formulen los internos, cuanto las visitas jurisdiccionales, de frecuencia mensual, para entrevistar a los procesados y penados, con el fin de darles la información que solicitasen acerca del trámite de sus respectivos procesos, evacuando las dudas y contemplando sus requerimientos. Además, reiteró que la situación anómala de alojamiento que afrontan las personas detenidas en comisarías impone la necesidad de hacer extensiva la obligación de visita a esas dependencias policiales, así como a los establecimientos de internación de menores.

Con pequeñas correcciones, por ejemplo, las de las acordadas n° 3121 (del 03/03/2004), n° 3170 (del 06/10/2004) y n° 3241 (del 26/10/2005), esta última admitiendo la posibilidad de que la Comisión Provincial por la Memoria (CPM) participe en las visitas periódicas que las cámaras y jueces del fuero penal realizaban a las unidades de detención (penitenciarias, policiales e institutos de menores), el sistema del Acuerdo n° 3118 estuvo vigente hasta que por los ecos de la sentencia recaída en “Verbitsky” era necesaria su revisión integral, conforme a lo dispuesto por la Suprema Corte de Justicia en la res. 250/2007 (causa P. 83.909, el 19/12/2008), es decir, había que confeccionar una guía de actuación, un protocolo estándar para comprobar las condiciones generales de alojamiento y la situación jurídica individual de las personas detenidas en el territorio bonaerense, en plena consonancia con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de Naciones Unidas. (54)

(54) Reglas adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas

Así fue concebida la Acordada 3415 (del 22/12/2008), donde la Corte provincial creó comités permanentes de seguimiento departamental, integrados por un Juez de la Cámara Penal, el Fiscal General y el Defensor General de cada jurisdicción, entre cuyas funciones está la de establecer el cronograma de visitas institucionales, supervisar su cumplimiento y recabar los informes pertinentes, que deberán ser remitidos de inmediato a la Subsecretaría de Derechos Humanos de la Corte, sin perjuicio de valorar los partes que los jueces y demás funcionarios del fuero realicen en sus visitas periódicas y personales a los diversos lugares de detención. Eso sí, una vez más, mantuvo el clásico distinguo entre la visita jurisdiccional, “entendida ésta como la que corresponde a cada magistrado que tiene una persona detenida a su disposición, ya sean procesados o penados, a fin de entrevistarlos, cualquiera sea su lugar de alojamiento, como así también a todo otro interno que lo requiera, a fin de suministrarles toda la debida información que solicitaren sobre sus procesos, evacuar consultas y atender reclamaciones”, y las visitas institucionales, “a través de las cuales los magistrados penales, incluidos los del fuero de menores y cámaras, deben visitar los establecimientos de detención a efectos de verificar: el estado del edificio, su estado higiénico, el régimen carcelario impuesto a los internos, el servicio de salud, la alimentación, toda otra situación que se estime relevante”. A la vez, se dispuso habilitar un registro provincial de hábeas corpus correctivos, en el ámbito de la Subsecretaría de Derechos Humanos de la SCBA, donde todos los organismos jurisdiccionales ante los cuales se efectúe un planteo por agravamiento de las condiciones de detención deberán dar cuenta de él, informando de todas las medidas que se hubieran adoptado, con copia del resolutorio pertinente, más allá de las comunicaciones de rigor y del aviso al comité departamental.

Por consiguiente, tanto la respuesta legislativa —mediante la sanción de la ley 13.449—, como la judicial —primero, con la creación de la Subsecretaría de Derechos Humanos (Ac. n° 3390) y, después, con la institucionalización de los comités permanentes de seguimiento departamental y el rediseño de las guías de actuación en las visitas a los centros de alojamiento de detenidos insta-

por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV), del 31 de julio de 1957, y 2076 (LXII), del 13 de mayo de 1977.

lados en el territorio bonaerense (Ac. n° 3415), ambas producto de la decidida intervención federal en “Verbitsky” —, no hicieron más que paliar la gravísima crisis que dejaron las políticas neopunitivistas, no sólo por el colapso de las cárceles, dependencias policiales e institutos de menores, en condiciones de indignidad e infrahumanidad, sino también porque la superpoblación y el hacinamiento se vinculan en forma proporcional con el aumento de la violencia. (55)

Por supuesto que la raíz del problema no se resuelve —como hizo el Poder Ejecutivo— construyendo más cárceles y reparando las ya existentes para dar mejor alojamiento a los detenidos del Servicio Penitenciario Bonaerense (SPB) (56), incluidos aquellos miles que le fueron derivados en las progresivas evacuaciones de comisarías. En el contexto en el que fueron realizadas, resultaron medidas necesarias, al igual que los mayores controles judiciales sobre las condiciones de detención, pero a todas luces insuficientes para deflacionar la tasa de encarcelamiento provincial. Sólo lograron atemperar algunas de las nocivas consecuencias del enorme déficit existente al tiempo de la implementación del *manodurismo ruckaufista*.

Es más, ni siquiera la flexibilidad excarcelatoria de la ley 13.449 pudo reducir sensiblemente la cantidad de personas detenidas, aunque, al menos, logró frenar su desembozado ascenso. Eso sí, disminuyó bastante el número de presos en dependencias policiales.

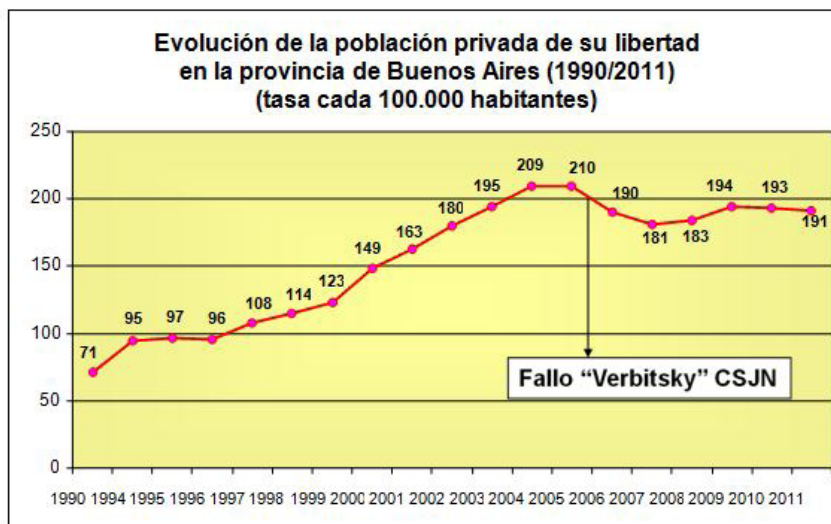
Los gráficos que siguen lo muestran con inequívoca claridad:



[Fuente: CELS, sobre la base de datos del Servicio Penitenciario Bonaerense y del Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires].

(55) Anitua 2011: 140.

(56) Y a propósito del funcionamiento del SPB, Ezequiel Castro realiza una investigación sociológica donde verifica que “encontramos que los profesionales se encuentran inmersos dentro de una férrea organización piramidal de la cual no se sienten parte, pero que a su vez deben subordinarse a la autoridad de sus superiores; sus tareas no son valoradas como esenciales por los directivos del establecimiento; y se encuentran atravesados por una política de recursos humanos que desincentiva la capacitación y el desarrollo profesional, fomentando el individualismo y el desinterés por el trabajo. Con estos elementos nos encontraríamos en condiciones de afirmar que en este tipo de instituciones predomina una cultura organizacional anómica, evidenciada en el desinterés y la falta de involucramiento de sus agentes, en la preocupación excesiva por lo inmediato, y en la falta de reconocimiento por parte de los directivos; una cultura organizacional que está sustentada en los valores básicos del personal de asegurarse su ingreso salarial y la estabilidad laboral que brinda esta institución en particular”. Fuente: <http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/tesis/te.537/te.537.pdf>.



[Fuente: CELS, sobre la base de datos del Servicio Penitenciario Bonaerense y del Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires].

El principio de oportunidad en el Derecho Comparado

POR RICARDO ALBERTO GRISETTI

Sumario: 1. Introducción. — 2. Desarrollo del principio de oportunidad en las distintas legislaciones. — 3. Conclusiones.

1. Introducción

Como bien señala Mangiafico (1), a pesar de lo que pudiera parecer, o mejor sería afirmar: a pesar de la falta de conocimiento en que nos encontramos situados acerca de este particular camino de afianzar la justicia, no estamos ante una problemática exclusivamente argentina. Son males comunes a una época industrializada en la que se ha producido un importante aumento cualitativo y cuantitativo de las infracciones criminales, que no ha sido acompañado ni con el correlativo incremento en la dotación de medios técnicos y humanos al servicio de la Administración de Justicia, ni con la modernización del modelo de enjuiciamiento. Debido a ello se da el clamor unánime y coincidente de todos los sectores de la sociedad solicitando una reforma que incremente, entre otros, los principios de celeridad y eficacia, sin violación, por supuesto, de las garantías que claramente están expresadas en la Constitución. Por esta razón considera fundamentales, junto al jurista español Nicolás Rodríguez García, las referencias al derecho comparado, ya que como pone de manifiesto Jescheck, este estudio comparativo conduce a la investigación del Derecho como expresión cultural de los países extranjeros y, al mismo tiempo, a la investigación de los problemas sociales, en cuya solución se han empeñado los ordenamientos jurídicos. Además, sirve para conocer las estructuras de las instituciones plasmadas en las disposiciones jurídicas, favorece la colaboración internacional mediante la aproximación de opiniones, sirve a la reducción de las presunciones chauvinistas y ayuda a la interpretación del derecho. (2) Clara muestra de la manifestación internacional del problema se encuentra contenida, en gran medida

(1) Figuras acercadas a la aplicación de criterios de oportunidad en el proceso penal www.carloparma.com.ar/index.php?...mangiafico...

(2) RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, *El consenso en el proceso penal español*, Bosch Editora, año 1997, pág. 18.

en las Recomendaciones del Consejo de Europa, a sus países miembros, que quedan encuadradas en las siguientes líneas de actuación: a) consagración del sistema acusatorio, con acento especial en los principios de publicidad y oralidad; y en el que se suprime la fase judicial instructora, siendo sustituida por una fase pre-procesal de investigación, sin valor probatorio, y siendo trasladados el enjuiciamiento y la prueba, al juicio oral; b) introducción de los procedimientos monitorios o abreviados, en los que no hay esencialmente debate y en los que se actúa, bajo la aceptación del acusado, de ahí que se hable de la utilización del principio del consenso, como medio de pacificación del conflicto procesal; y c) potenciación del principio de oportunidad plasmado a través de sus diversas variantes.

Ante este panorama, se visualiza una reacción de los distintos países europeos, que en forma dispar han realizado algunos intentos, unos más radicales que otros, con el objeto de llevar el sistema acusatorio al proceso penal. (3)

Planteo primigenio y de fundamental importancia a nivel de dogmática jurídico-penal, aunque sólo sea necesario enunciarlo, para no traspasar el objeto del presente trabajo, es la aparición y generalización de los llamados “macro delitos organizados” (4) a los que el ordenamiento jurídico penal reacciona ofreciendo soluciones que en la doctrina se traducen, al decir de Hassemer y Schüneman en principios positivos de criminalización, en los que la prevención pasa a ser un paradigma, reconociendo vital importancia el Sistema Funcio-

(3) VARONA BILLAR, Silvia, *La conformidad en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, monografías nro. 18, año 1994, Valencia — España —, págs. 219, 220 y 221.

(4) La utilización de medios en los que es posible aplicar criterios de oportunidad se da principalmente en figuras del crimen organizado, tales como el narcotráfico, la trata de blancas; aunque también será viable la aplicación, en forma más limitada, en delitos comunes.

nal del Derecho Penal y los principios centrales de política criminal enraizados en la protección de la vigencia de la norma, más que en bienes jurídicos, según expresara el Profesor Günter Jakobs.

Durante los últimos años se va gestando un movimiento que habla de proceso penal oportuno frente al proceso penal necesario. El primero es difícil de mantener en un sistema jurídico en el que se predica el ejercicio del *ius puniendi* estatal, en el que se parte de la premisa básica de la existencia de una relación jurídico-material que no es disponible para las partes. (5) A este respecto resulta trascendente un planteo científico que apunte a estudiar la posibilidad de romper con el monopolio estatal, con su correlativo desprendimiento de competencias. (6)

La crisis del sistema procesal penal continental es evidente y se trata de buscar salidas a esta situación crítica a través de las últimas reformas de las leyes procesales penales. El instituto de la conformidad, claro exponente del principio de oportunidad, va a ser una de las figuras hacia las que se ha dirigido el legislador europeo y latinoamericano en búsqueda de soluciones que permitan salir del estado crítico en que se halla la justicia penal. Pues bien, en esta mezcolanza de cambios y frustraciones no es extraño que el legislador, no ayuno de corrientes doctrinales y experiencias foráneas, aborde la superación de la rígida oferta que secularmente han brindado nuestros Tribunales y apueste por una nueva política legislativa en la que el principio de oportunidad y los sistemas de transacción penal procesal estén vivificando las Recomendaciones del Consejo de Europa para la totalidad de sus estados miembros. Principio —el de oportunidad— que viene entendiéndose “como

(5) VARONA BILLAR, Silvia, La conformidad en el proceso penal, Tirant lo Blanch, monografías nro. 18, año 1994, Valencia —España—, págs. 30 y 31.

(6) Surgen en los Códigos de rito de la República Argentina, tales como el de Córdoba o el de Mendoza, figuras como la del querellante particular adhesivo, que vienen a complementar la labor investigativa del juez y del Ministerio Público, durante toda la etapa de instrucción preparatoria, acercando prueba al proceso y colaborando en el quehacer jurisdiccional, con la debida cuota de control jurisdiccional. Véase MANGIAFICO, David, con el seguimiento del Dr. Carlos A. PARMA, “El querellante particular. Nuevas figuras procesales”, ponencia al XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal, t. II, San Juan, Argentina, Ediciones de la Universidad Católica de Cuyo, mayo de 2001.

la facultad que le asiste a titular de la acción penal (Ministerio Público Fiscal en la Argentina) para disponer, bajo ciertas condiciones, de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor o varios determinados”.

2. Desarrollo del principio de oportunidad en las distintas legislaciones

Petersen (7) destaca que las disposiciones del nuevo Código de Procedimiento Penal boliviano no precisan específicamente las instituciones consideradas como salidas alternativas al proceso penal, sino sólo los criterios de oportunidad. La nueva Ley Orgánica del Ministerio Público (ley 2175 de 3/2/2001) se refiere de manera general “a la aplicación de criterios de oportunidad y demás salidas alternativas previstas por ley” de donde se puede deducir que la intención del legislador ha sido considerarlas a todas como salidas alternativas al proceso penal oral, pese a que la doctrina y legislación comparada hacen una clara separación entre ambas. El nuevo CPPP ha introducido la aplicación de criterios de oportunidad reglada (art. 21). (8) La nueva Ley Orgánica del Ministerio

(7) PETERSEN, Edgar, en STIPPEL - MARCHISIO (coordinadores), Principio de oportunidad y salidas alternativas al juicio oral en América Latina, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, págs. 189 y ss.

(8) La Fiscalía tendrá la obligación de ejercer la acción penal pública en todos los casos que sea procedente. No obstante podrá solicitar al juez de instrucción, prescinda de la persecución penal, de uno o varios de los hechos imputados, respecto de uno o algunos de los partícipes, en los casos siguientes: 1) cuando se trate de un hecho de escasa relevancia social por la afectación mínima del bien jurídico protegido; 2) cuando el imputado haya sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral más grave que la pena por imponerse; 3) cuando la pena que se espera por el delito de cuya persecución se prescinda carece de importancia en consideración a una pena ya impuesta por otro delito; 4) cuando sea previsible el perdón judicial; y 5) cuando la pena que se espera carezca de importancia en consideración a las de otros delitos, a la que se le impondría en un proceso tramitado en el extranjero y sea procedente la extradición solicitada. En los numerales 1, 2 y 4 será necesario que el imputado, en su caso, haya reparado el daño ocasionado, firmado un acuerdo con la víctima en ese sentido o afianzado suficientemente esa reparación. Efectos: La decisión que prescinda de la persecución penal extinguirá la acción pública en relación con el imputado en cuyo favor se decida. No obstante, si la decisión se funda en la irrelevancia social del hecho, sus efectos se extenderán a todos los partícipes. En el caso del numeral 5 sólo se suspenderá el ejercicio de la acción penal pública hasta

Público (ley 2175 del 13/2/2001) está regida por el principio de objetividad que implica —entre otros aspectos— que cuando el fiscal deba solicitar la aplicación de los criterios de oportunidad y demás salidas alternativas, lo hará sobre la base de razones objetivas y generales. Otro principio es la solución del conflicto. El Ministerio Público buscará prioritariamente dentro del marco de la legalidad, la solución del conflicto penal, mediante la aplicación de los criterios de oportunidad y demás salidas alternativas previstas en el Código de Procedimiento Penal.

Petersen alude a algunos problemas, ventajas y desventajas, en la aplicación de los CDO:

Problemas: el principal problema radica en el número escaso en que los operadores de justicia en general, pero los fiscales en particular han utilizado los criterios de oportunidad, lo que obedece a las siguientes causas: a) una vez solucionado informalmente su problema, las partes no tienen interés para continuar con el trámite; b) el imputado carece de medios económicos para lograr el acuerdo previo; c) persiste la cultura del litigio por sobre la de solución conflicto, especialmente en los abogados que litigan por honorarios; d) dificultades de orden operativo, como por ejemplo imposibilidad de citar o ubicar a las partes, insuficiencia de medios de transporte y comunicación, etc.

Ventajas: los fiscales han identificado las siguientes: a) permiten una rápida solución del conflicto a satisfacción de las partes, puesto que tanto la víctima como el imputado obtienen una inmediata y efectiva respuesta de la administración de justicia; b) evitan el congestionamiento del sistema de administración de justicia; c) permiten comenzar a cambiar la imagen del sistema de administración de justicia, en sentido de contribuir eficazmente a solucionar conflictos.

Desventajas: se observan las siguientes: a) por la fuerte cultura inquisitiva que aún persiste en el medio, han surgido ciertas críticas en el sentido de que su aplicación derivaría en una suerte de premio al imputado; b) por las críticas ciudadanas.

que la sentencia por los otros delitos adquiera ejecutoria, momento en el que se resolverá definitivamente sobre la prescindencia de la persecución penal. Si ésta no satisface las condiciones por las cuales se suspendió el ejercicio de la acción penal pública, el juez podrá reanudar su trámite.

Osorio (9) señala que en Colombia tanto el Código Penal o la ley 500 como el Código de Procedimiento Penal, la ley 600 del año 2000, establecen excelentes criterios de oportunidad y salidas alternativas a los trámites penales. Dice que un reordenamiento pacífico y eficaz de las condiciones propias de la integración comunitaria atempera el fragor y destructivo alud de procesos penales y permitirá a todos proteger y mantener el más idóneo desarrollo de sus características individuales, personales, familiares y sociales. Pero, puntualiza, los avances legislativos en estos órdenes exigen acompañamiento sincero, decidido y capacitado del operario de la justicia porque si su formación, afán y devoción están con otros rumbos, las renovadas instituciones fracasan o merman notoriamente sus alcances. Quedan reducidas a simples transformaciones de papel. Modernizados ordenamientos exigen mentes impregnadas de esta nueva filosofía, de este fresco modo de pensar y actuar en justicia.

El principio de oportunidad en la legislación colombiana hace referencia a la preclusión de la investigación y cesación de procedimiento, contenido en el art. 39 de la ley 600 de 2000, Código de Procedimiento Penal. (10) De igual forma, las salidas alternativas al juicio oral están contempladas en el Código Procedimental, como la sentencia anticipada (art. 40), la conciliación (art. 41), la indemnización integral (art. 42).

Góngora Mera (11), por su parte, expresa que el Acto Legislativo 03 de diciembre de 2002 reformó la Constitución en sus artículos 116, 250 y 251. El artículo 116 incluyó la facultad de los particulares

(9) OSORIO, Luis Camilo, en STIPPEL - MARCHISIO (coordinadores), Principio de oportunidad y salidas alternativas al juicio oral en América Latina, cit., págs. 223 y ss.

(10) En cualquier momento de la investigación en que aparezca demostrado que la conducta no ha existido, o que el sindicado no la ha cometido, o que es atípica, o está demostrada una causal excluyente de responsabilidad, o que la actuación no podría iniciarse o no puede proseguirse, el fiscal general de la Nación o su delegado declarará precluida la investigación penal mediante providencia interlocutoria. El juez considerando las mismas causales, declarará la cesación de procedimiento, cuando se verifiquen durante la etapa del juicio.

(11) GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo, “El principio de oportunidad en el Código de Procedimiento Penal de Colombia”, www.menschenrechte.org/.../oportunidad-procedimiento-penal-colombia.

para ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales. El artículo 250 introduce el principio de oportunidad en Colombia y reforma las funciones de la Fiscalía General de la Nación (entre ellas, abre la posibilidad de facultar por ley a la Fiscalía para realizar capturas, adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones), y el artículo 251 otorga al fiscal general de la Nación las funciones de “asumir directamente las investigaciones y procesos, cualquiera que sea el estado en que se encuentren, lo mismo que asignar y desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos. Igualmente, en virtud de los principios de unidad de gestión y de jerarquía, determinar el criterio y la posición que la Fiscalía deba asumir, sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley”. (12) La Fiscalía, ante sospechas verosímiles de la perpetración de un delito, tiene siempre la obligación de investigar y acusar a los presuntos responsables, salvo que la ley permita la suspensión, interrupción o renuncia de la persecución penal. De ello se desprende que, al igual que en Alemania, el principio de oportunidad está consagrado como excepción al principio de legalidad y su aplicación está sometida al control de legalidad de un juez. Sin embargo, el marco de excepciones depende no sólo de lo que defina la ley, sino además de la política criminal del Estado (fijada por el Presidente de la República), y por otro lado, se exceptúan del control de legalidad del juez de garantías los delitos cometidos por las Fuerzas Militares.

(12) En relación con el artículo 250, el principio de oportunidad quedó consagrado como sigue: “Artículo 250. La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio”.

El artículo 66 de la ley 906/2004 faculta a la Fiscalía General de la Nación a aplicar el principio de oportunidad: (13)

El Título V rige el principio de oportunidad. El artículo 321 reitera que la aplicación del principio de oportunidad está sujeta a la política criminal del Estado, lo que significa que la decisión de investigar o no ciertos delitos no sólo queda en manos del fiscal general de la Nación, sino que éste deberá tomarla de común acuerdo con el Presidente de la República, según la definición que haga el Consejo de Política Criminal acerca de las conductas que el gobierno considera prioritarias, graves y leves. El fiscal deberá desarrollar el plan de política criminal del gobierno a través de un reglamento que determine de manera general el procedimiento interno de la Fiscalía “para asegurar que la aplicación del principio de oportunidad cumpla con sus finalidades y se ajuste a la Constitución y la ley” (artículo 330).

El artículo 322 consagra el sistema de oportunidad reglado. Al tenor de la ley, “La Fiscalía General de la Nación está obligada a perseguir a los autores y partícipes en los hechos que revistan las características de una conducta punible que llegue a su conocimiento, excepto por la aplicación del principio de oportunidad, en los términos y condiciones previstos en este Código”. El artículo 324 establece los casos en los que el principio de oportunidad puede aplicarse, y los artículos 325 y 326 regulan la suspensión del procedimiento a prueba. El control judicial en la aplicación del principio de oportunidad, cuando la decisión es extinguir la acción penal, se encuentra en el artículo 327, y a continuación, en el artículo 328, se impone la obligación del fiscal de tener en cuenta los intereses de las víctimas y escucharlas —si se presentaron en la actuación—, antes de aplicar el

(13) “Artículo 66. Titularidad y obligatoriedad. El Estado, por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, está obligado a ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, de oficio o que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o cualquier otro medio, salvo las excepciones contempladas en la Constitución Política y en este Código. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para aplicar el principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez de control de garantías”.

principio de oportunidad. Finalmente, el artículo 329 prescribe los efectos de la aplicación del principio en cuestión.

Diversas justificaciones se esgrimieron para la incorporación de esta figura en el derecho penal procesal colombiano. De un lado, la Fiscalía pretende emplearla como herramienta para desarticular organizaciones criminales, cuando alguno de sus miembros ayude a desmantelarlas, y con ello evitar una acción penal en su contra. También como mecanismo para diferenciar la respuesta penal entre la criminalidad menor y la grave, según el principio de Proporcionalidad, lo que lo convierte en instrumento para descriminalizar cuando existan otras sanciones más eficaces o se considere innecesario iniciar un proceso o penalizar al imputado. Por otra parte, se busca dar un mejor uso a los recursos escasos, concentrando los esfuerzos de investigación en los delitos más graves, y una mayor eficacia y celeridad del sistema, en tanto lograría descongestionar los despachos judiciales. Adicionalmente, y según el modelo de justicia restaurativa, se persigue como finalidad el obtener la rápida indemnización de la víctima, y contribuir a la consecución de la justicia material sobre la formal.

El artículo 324 de la ley 906 regula las excepciones al principio de legalidad, es decir, la lista taxativa de eventos en los cuales puede aplicarse el principio de oportunidad. Los casos son:

1. *Delitos de criminalidad mínima y media* (numeral 1): cuando se trate de delito sancionado con pena privativa de la libertad que no exceda en su máximo de seis —6— años. Se exige reparación previa integral a la víctima (en caso de que se conozca), y además, que se haya determinado de manera objetiva la ausencia o decadencia del interés del Estado en el ejercicio de la acción penal. En el proyecto de ley se contemplaba esta causal para delitos de máximo 10 años y no se exigía la reparación previa. Con la ley 890 de 2004, diversas conductas que podían resultar incluidas en esta causal fueron retiradas, ante el aumento de los máximos de las penas. (14)

(14) Ley 890 de 2004, artículo 14: “Las penas previstas en los tipos penales contenidos en la Parte Especial del Código Penal se aumentarán en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo. En todo caso, la aplicación de esta regla general de incremento deberá respetar el tope máximo de la pena privativa de la libertad para los tipos

2. *Delitos cometidos por personas entregadas en extradición*: el principio de oportunidad se aplica frente a los delitos por los cuales fueron entregados (numeral 2) o frente a otra conducta punible cuya sanción en Colombia carezca de importancia en comparación con la sanción que le sería impuesta en el extranjero (numeral 4).

3. *Delitos de competencia de la Corte Penal Internacional* (genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, etc.), cuando la persona fuere entregada a la Corte por alguna de estas conductas punibles. Frente a otros delitos que esa persona haya cometido sólo procede la suspensión o la interrupción de la persecución penal (numeral 3). Si la persona a la que se le imputen hechos que puedan significar violaciones graves al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio, no es entregada a la Corte en mención, el fiscal no puede hacer uso del principio de oportunidad (párrafo 3º del artículo 324).

4. *Colaboración con la justicia*: puede aplicarse el principio de oportunidad frente al imputado que colabore eficazmente para evitar que continúe el delito o se realicen otros, o aporte información esencial para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada (numeral 5). También cuando sirva como testigo principal de cargo contra los demás intervinientes, y su declaración en la causa contra ellos se haga bajo inmunidad total o parcial (numeral 6). En este caso, los efectos de la aplicación del principio de oportunidad serán revocados si la persona beneficiada con el mismo incumple con la obligación que la motivó.

5. *Pena natural* (numeral 7): cuando el imputado ha sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción punitiva. Es el caso del conductor que pierde el control de su vehículo por embriaguez y en el accidente muere su esposa.

6. *Culpabilidad disminuida*: cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores que

penales de acuerdo con lo establecido en el artículo 2º de la presente ley. Los artículos 230.A), 442, 444, 444.A), 453, 454.A), 454.B) y 454.C) del Código Penal tendrán la pena indicada en esta ley.”

la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social (numeral 12); cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social (numeral 13); o cuando los condicionamientos fácticos o síquicos de la conducta permitan considerar el exceso en la justificante como representativo de menor valor jurídico o social por explicarse el mismo en la culpa (numeral 17).

7. *Cumplimiento en la suspensión del procedimiento a prueba* (numeral 8): cuando exista la posibilidad de suspender el proceso para someter a prueba al imputado, en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de éste se cumple con las condiciones impuestas.

8. *Revaloración del interés público en la persecución de la conducta*: cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado (numeral 9); o cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas (numeral 15). En este último evento, el principio de oportunidad no procede a favor de los jefes, organizadores o promotores, o a quienes hayan suministrado elementos para su realización (parágrafo 1º del artículo 324).

9. *Importancia ínfima*: cuando en atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios (numeral 10); cuando en delitos contra el patrimonio económico, el objeto material se encuentre en tan alto grado de deterioro respecto de su titular, que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio (numeral 11); o cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse (numeral 14).

10. *Mínima participación* (numeral 16): el principio de oportunidad puede aplicarse cuan-

do la persecución penal del delito cometido por el imputado, como autor o partícipe, dificulte, obstaculice o impida al titular de la acción orientar sus esfuerzos de investigación hacia hechos delictivos de mayor relevancia o trascendencia para la sociedad, cometidos por él mismo o por otras personas. Se excluyen de la aplicación de esta causal los jefes, organizadores o promotores, o a quienes hayan suministrado elementos para su realización (parágrafo 1º del artículo 324). La aplicación del principio de oportunidad respecto de delitos sancionados con pena privativa de la libertad que exceda de seis —6— años será proferida por el fiscal general de la Nación o el delegado especial que designe para tal efecto, según lo ordena el parágrafo 2º del artículo 324.

Debido a que la Constitución incorpora los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado y las normas de derecho internacional humanitario al bloque de constitucionalidad (15), y que por ello las leyes internas deben ser acordes a tales normativas, el principio de oportunidad fue limitado por el legislador al prohibir su aplicación cuando los hechos de los que se trate puedan significar violaciones graves al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de Roma (parágrafo 3º del artículo 324 de la ley 906). Una limitación adicional, introducida en el último debate en la plenaria del Senado, consagra el parágrafo 3º del artículo 324: en ningún caso el fiscal podrá hacer uso del principio de oportunidad cuando se trate de delitos de narcotráfico y terrorismo.

Opina el autor que la regulación del principio de oportunidad en Colombia no está exenta de críticas. Una primera surge del artículo 250 de la Constitución: tal como quedó establecido el principio de oportunidad, se entrega la facultad de definir los delitos que serán perseguidos primaria-

(15) Citando a la Corte Constitucional de Colombia, “el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP, arts. 93 y 214, numeral 2º) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un ‘bloque de constitucionalidad’, cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP, art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP, art. 93)”.

mente al Presidente de la República. El fiscal debe consultar la política criminal de cada gobierno para dar aplicación al principio de oportunidad, lo que genera para la rama judicial dependencia del Ejecutivo y afecta el principio de Separación de Poderes, tan caro para los intereses de la democracia y el imperio de la ley. Las experiencias de justicia politizada en el mundo no son positivas; un paso en esa dirección no parece ser muy adecuado para un país que requiere con urgencia frenos y contrapesos entre las ramas del poder y particularmente un sistema judicial verdaderamente independiente. Esta vulneración al principio de independencia de la administración de justicia, consagrado en el artículo 228 de la Constitución, conduce a una segunda observación. Tratándose de un país que ha fundado el proceso penal en el principio de legalidad, es necesario adaptar la figura de la oportunidad al ordenamiento constitucional. El principio de oportunidad no puede invocarse en contra de los mandatos constitucionales. Son varios los principios y derechos que deben ser armonizados. (16)

(16) 1. El derecho a la jurisdicción y el acceso a la justicia penal (art. 229 de la Constitución) se entendían bajo los principios de oficiosidad y obligatoriedad de la persecución penal, lo que suponía para quien daba noticia de un crimen que el delito sería investigado y los responsables perseguidos. Al aplicar el principio de oportunidad, el denunciante (que no necesariamente tiene que ser la víctima) puede sentir que sus derechos a obtener tutela jurisdiccional y de petición (art. 23 de la Constitución) son desconocidos. Es previsible que se reduzcan las denuncias de hechos que no serán investigados, lo que en un Estado que carece del monopolio de la fuerza puede derivar en mayor criminalidad y venganza privada. La pérdida del carácter preventivo del derecho penal frente a estos delitos es un factor que en el mediano y largo plazo no puede descuidarse. 2. El derecho de igualdad ante la ley (artículo 13 de la Constitución), que implica —al armonizarse con el principio de legalidad— que no puede escogerse arbitrariamente a qué personas se investigan y a quienes no. Si bien en la práctica se presentaba una selección que rayaba en la discriminación (en especial por la condición social), ahora que la selección está legalizada es necesario garantizar que la Fiscalía y el gobierno actuarán correctamente y con sujeción a este derecho, y que la condición social o la posición en el poder no serán factores determinantes en la escogencia de los delincuentes que dejarán de perseguirse. Por lo pronto, dado que los delitos susceptibles de la aplicación del principio de oportunidad no quedaron definidos por completo (depende siempre de la política criminal del gobierno de turno), el sistema tiende hacia la desigualdad en la aplicación de la ley. 3. La presunción de inocencia (art. 29 de la Constitución), que implica que el imputado sea tratado como tal mientras no quede en

Como excepciones al principio de legalidad, los casos de aplicación deberían ser taxativos. Sin embargo, la amplitud de las causales y su dependencia de la política criminal del gobierno hacen que la lista del artículo 324 sea enunciativa. En comparación con otras legislaciones, los casos permiten un amplio margen de aplicabilidad, por lo que la excepción puede terminar como regla. En cuanto a las limitaciones, si bien se resguardaron los delitos más graves como el genocidio y el secuestro, el principio de oportunidad puede operar frente a delitos de corrupción o enriquecimiento ilícito. En este punto, la solución del ordenamiento jurídico peruano podía haber sido más apropiada, al excluir de la aplicación del principio de oportunidad a los funcionarios públicos. Lo que en otras latitudes se diseñó para delitos insignificantes, en Colombia podría llegar a aplicarse para delitos graves.

Richard Piedrabuena (17) reseña que a partir de 1993, Chile viene desarrollando la reforma del sistema procesal penal, la que se impulsa y enmarca dentro de la voluntad de abandonar el modelo inquisitivo del actual sistema penal en vigencia, para establecer un sistema acusatorio.

firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal, puede verse comprometida. Aun cuando en nuevo Código, en su art. 327, ordena que la aplicación del principio de oportunidad no afecte la presunción de inocencia, es evidente que la figura misma opera en el entendido de que la persona pudo haber sido autor o haber participado en la conducta. La ley misma desdeña el trato como inocente, v.gr., en el numeral 1º del art. 324: para que el principio de oportunidad opere en este caso se requiere la reparación de la víctima. Si se presumiera realmente la inocencia del imputado, no debería tener que responder civilmente por un daño que no ha causado. En estos casos, la solución del derecho alemán parece ajustada a la presunción de inocencia, al hacer depender la aplicación del principio de oportunidad a la aceptación del imputado. 4. La obligación del ciudadano de denunciar los crímenes y la penalización del incumplimiento de la misma (arts. 417 y 441 del Código Penal) se sustentan en el principio de legalidad. ¿A qué lógica responde, v.gr., el que una persona que omite el deber de informar sobre la comisión de un delito de enriquecimiento ilícito deba cumplir una condena de hasta 7 años y medio, pero el imputado de tal delito sea beneficiario del principio de oportunidad por colaboración con la justicia y se extinga para él la acción penal? Es necesario plantearse si debe seguir penalizada la omisión de denuncia, y qué efectos podría esto tener en términos de impunidad.

(17) PIEDRABUENA, Richard, en STIPPEL - MARCHISIO (coordinadores), Principio de oportunidad y salidas alternativas al juicio oral en América Latina, cit., págs. 255 y ss.

El artículo 170 del nuevo Código Procesal Penal dispone: “Los fiscales del Ministerio Público podrán no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se tratare de un hecho que no comprometiére gravemente el interés público, a menos que la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo o que se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones”. Señala luego el procedimiento a seguir en estos casos. En punto al concepto de compromiso del interés público, se trata de una idea que debe elaborarse a propósito del caso concreto. El interés público no necesariamente es sinónimo de la peligrosidad que para la sociedad acarrea la libertad de un determinado imputado, concepto utilizado por el Código para el efecto de la evaluación de la imposición de la prisión preventiva, aunque algunos de esos parámetros quizás, y no sin reservas, podrían utilizarse, tal como el número de delito que se imputan, porque tienen relación con la penalidad del hecho imputado y no con circunstancias personales. (18) En Chile, como no le asisten al Ministerio Público las funciones de política criminal de prevención general, los fiscales deben efectuar aquella apreciación, a la luz de las valoraciones comparativas que para los diversos ilícitos el derecho penal sustantivo contempla, según la relevancia de los bienes jurídicos protegidos, junto a las consideraciones de prevención especial y la intensidad de la afectación del bien jurídico protegido, dependiendo del grado de desarrollo del delito y de participación del imputado. Arguye que para el Ministerio Público la aplicación del Principio de oportunidad, no ha revelado la existencia de problemas y, por el contrario, ha sido usado durante los primeros seis meses de 2001 en un 17,2% de los casos recepcionados, representando un 36,7% sobre el total de casos terminados durante el mismo período. Un eventual problema es la insatisfacción de la víctima y su sensación de indefensión en aquellos casos en que habiendo denunciado su caso no es investigado. Esto se encuentra a salvo en el sistema legal chileno toda vez que la víctima puede uso del doble derecho que le otorga la ley: pedir la prosecución de la investigación, por cual-

(18) COUSO SALAS, Jaime, “Oportunidad versus legalidad: Entre economía político-criminal, despenalización, prevención y principios garantistas”, Cuadernos de Análisis Jurídico, nro. 39, UDP, 1998, pág. 190.

quier vía y reclamar administrativamente ante las autoridades del Ministerio Público.

Yepez de Velazco (19) recuerda que desde las reformas constitucionales de 1998 al Ministerio Público le corresponde un nuevo papel en el proceso penal, delineado por el art. 219 de la Constitución Nacional de Ecuador. El art. 38 del CPP se refiere a lo relativo al inicio o no de la instrucción y considera dos presupuestos: “cuando existe algún obstáculo legal para el desarrollo del proceso”, es decir cuestiones judiciales como falta de evidencia para hacer la imputación, y cuando se ha manifestado que el acto no constituye delito. Para resolver el inicio o no de la instrucción fiscal, el fiscal debe apoyarse y someterse a la disposición que contiene el art. 217 del Código y en cuanto a la “discrecionalidad” para acusar o pedir el sobreseimiento, el art. 226 del mismo Código la hace depender exclusivamente del mérito para promover juicio contra el imputado. Como una alternativa al principio de oportunidad apunta lo que señala el art. 37 del CPP que puntualmente se lo denomina como “conversión”, por lo cual las acciones de acción penal pública pueden ser transformadas en privadas, a pedido del ofendido o su representante, siempre que el fiscal lo autorice, cuando considere que no existe un interés público gravemente comprometido. Esta conversión sólo se da en los siguientes delitos: contra la propiedad, y en los delitos que el Código Penal llama de instancia particular: violación de domicilio, revelación de secretos de fábrica, hurto, estafa y otras defraudaciones, y robo con fuerza en las cosas.

Ynsfran (20) comenta que la estructura normativa del Paraguay (art. 19, CPP) habilita al Ministerio Público a prescindir de la persecución penal en los siguientes casos: a) cuando el procedimiento tenga por objeto la existencia de un delito que por su insignificancia o por el grado de reproche reducido del autor o partícipe no genere el interés público de su persecución; b) cuando el Código Penal o las leyes permiten al tribunal prescindir de la pena; c) cuando la pena que espera del hecho

(19) YEPEZ DE VELAZCO, en STIPPEL - MARCHISIO (coordinadores), Principio de oportunidad y salidas alternativas al juicio oral en América Latina, cit., págs. 351 y ss.

(20) YNSFRAN, en STIPPEL - MARCHISIO (coordinadores), Principio de oportunidad y salidas alternativas al juicio oral en América Latina, cit., págs. 381 y ss.

punible carece de importancia, en consideración a: 1) una sanción ya impuesta, 2) la que se espera por los demás hechos punibles que constituyan el objeto de procedimientos pendientes o 3) la que se impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero; d) cuando se haya decretado en resolución firme la extradición o expulsión del imputado por delito cometido en nuestro país.

Normativamente la regulación que ha venido presentando problemas en su aplicación se encuentra referida a la insignificancia del hecho y al reproche reducido del autor o partícipe. La doctrina y jurisprudencia aún no se han permitido clarificar los alcances de dichos supuestos y han dejado a criterio del fiscal su valoración, cuestión que en sistemas con pocos mecanismos de control sobre su aplicación podrían desbordar en uso arbitrario. Tradicionalmente se ha entendido por criterios para medir la insignificancia del hecho, el valor del objeto del delito, o bien el resultado; criterios que si bien son orientadores quedan sujetos a la interpretación de quien tenga la potestad de aplicarlo, dado que su medición solamente puede realizarse en el caso concreto, por lo que ha resultado difícil la emisión de instrucciones generales que determinen los parámetros que deben seguir los fiscales en su aplicación. La misma suerte sigue la aplicación del criterio de oportunidad por el reproche reducido del autor o partícipe.

Ventajas: ha permitido racionalizar la persecución penal y maximizar los recursos humanos en la persecución de hechos de alta incidencia e interés social, los cuales requieren de mayor despliegue institucional. Ha permitido la formulación de criterios de política criminal en una época en la que las políticas legislativas se orientan a una inflación en la regulación de conductas prohibidas y sancionadas. Ante hechos insignificantes o de poca reprochabilidad permite un rápido resarcimiento para la víctima y la solución definitiva del conflicto.

Rodríguez Díaz (21) señala que el Código Orgánico Procesal Penal Venezolano establece normas que regulan el equilibrio que debe existir entre la represión estatal y el resguardo de los derechos fundamentales del ser humano. Los supuestos que

(21) RODRÍGUEZ DÍAZ, en STIPPEL - MARCHISIO (coordinadores), Principio de oportunidad y salidas alternativas al juicio oral en América Latina, cit., págs. 405 y ss.

conforman el principio de oportunidad, y cuya aplicación tiene como efecto el sobreseimiento de la causa por la extinción de la acción penal, están formulados, entre otros criterios, atendiendo al desinterés público en aplicar las consecuencias penales a un hecho insignificante, a una irrelevante participación del agente en la ejecución del acto, a una retribución natural que torna desproporcionada la reacción penal, así como a estrategias que imponen la necesidad de prescindir de una persecución penal para optar por otra. (22)

En el supuesto de la prescindencia de la persecución del inciso 1º del artículo 31 "cuando se trate de un hecho que por su insignificancia o por su poca frecuencia no afecte gravemente el interés público, excepto cuando el máximo de la pena exceda los cuatro años de privación de libertad o se cometa por un funcionario o empleado público en ejercicio de su cargo o por razón de él" se busca la descriminalización de delitos de escaso contenido antisocial, infracciones de carácter mínimo como las de bagatela (que es aquel hecho contemplado en la ley penal cuya reprochabilidad es escasa y cuyo bien jurídico protegido se considera de menor relevancia), por la importancia ínfima del hecho, así como el del descongestionamiento y mayor eficacia en la administración de la justicia represiva. La intención del legislador ha sido resolver la problemática originada por el hecho punible insignificante, con otra forma de control social que no sea la del juicio, sino más bien a

(22) "Art. 31. El fiscal podrá solicitar del juez de control la autorización para prescindir, total o parcialmente, del ejercicio de la acción penal, o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho, en cualquiera de los supuestos siguientes: 1. cuando se trate de un hecho que por su insignificancia o por su poca frecuencia no afecte gravemente el interés público, excepto cuando el máximo de la pena exceda los cuatro años de privación de libertad o se cometa por un funcionario o empleado público en ejercicio de su cargo o por razón de él, 2. cuando la participación del imputado en la perpetración del hecho se estime de menor relevancia...., 3. cuando en los delitos culposos el imputado haya sufrido a consecuencia del hecho, daño físico o moral grave que torne desproporcionada la aplicación de una pena, 4. cuando concurren los presupuestos bajo los cuales el juez está autorizado para suspender condicionalmente la ejecución de la pena, 5. cuando la pena o medida de seguridad que pueda imponerse por el hecho o la infracción, de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta, o a la que se debe esperar por los restantes hechos o infracciones, o la que se le impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero".

través de la aplicación del principio de oportunidad. El concepto de falta de afectación grave del interés público es un criterio indeterminado, que deja la materia a la libre apreciación del intérprete. Rodríguez Díaz estima que sólo pueden ser circunstancias a tener en cuenta para valorar la existencia de interés público, aquellas que sirvan asimismo para determinar la finalidad de la pena (o de la persecución penal). Conforme a ello, procede el principio de oportunidad, siempre que: 1. se trate de un hecho insignificante que no afecte gravemente el interés público, o 2. sea un hecho de comisión poco frecuente y que tampoco afecte gravemente el interés público. Por otra parte la poca frecuencia del hecho punible es también un criterio indeterminado que deberá ser ponderado al momento de ser interpretado. Podríamos entender por delito infrecuente aquel que es de escasa comisión dentro de una sociedad. Al respecto, habremos de valernos de datos estadísticos no siempre confiables para poder evaluar tal circunstancia y delimitar tales referencias conforme al ámbito geográfico de comisión, por cuanto los delitos que pueden resultar poco frecuentes en Caracas, son de una incidencia altísima en el estado Apure, por ejemplo, el hurto de ganado.

Inc. 2º. Está referido este supuesto al grado de la participación de una persona en la comisión del hecho punible. Podrá aplicarse por tanto, siempre que sea de menor relevancia, intrascendente, desaparece el interés social por el castigo. Surge entonces la duda respecto a qué debe entenderse por “menor relevancia”. Debe entenderse para ello tanto a los aspectos objetivos de la realización del hecho, como al ámbito subjetivo. Por ejemplo, un sujeto que a título doloso aporta poco a la realización típica, puede ser acreedor de este supuesto de oportunidad. Ejemplo de ello se tiene en aquel que resulta ser cómplice no necesario en un pequeño hurto simple, o participe en la receptación de cosas provenientes de este delito, o colaborador a título de culpa en un hecho de la misma índole culposa.

Inc. 3º. El legislador pretende compensar en materia de delitos culposos los daños sufridos por el imputado, con relación a la pena que le correspondería cumplir, si hubiere resultado ileso. Es la denominada retribución natural que el sujeto activo del delito sufre como consecuencia de su propia conducta desviada y cuyos efectos son mucho más trascendentales que los de la aplicación

misma de la pena fijada para aquél, en razón de una condena. Este supuesto también responde a la pérdida de parte del Estado del interés de castigar, cuando el agente sufre, a consecuencia de la perpetración de un delito a título de culpa, un mal superior del que surgiría de la persecución penal. Imaginemos por ejemplo, un padre de familia que conduciendo un vehículo en un paseo, sufre un accidente vial en el que pierde la vida alguno de sus hijos como consecuencia del accidente.

Inc. 4º. La inclusión de este supuesto dentro del principio de oportunidad pareciera un error del legislador, pues, permitir su procedencia en todos los casos en los cuales el juez está autorizado a suspender condicionalmente la ejecución de la pena, parece que podría llevar a la prescindencia de la acción penal en delitos de suma gravedad, además de resultar un contrasentido, pues este principio persigue descriminalizar hechos punibles hasta de cierta gravedad, o colaboraciones irrelevantes de un sujeto en la comisión de un delito, o aquellos delitos de escasa reprochabilidad cuyos efectos naturales sean tan graves que hagan desproporcionada la aplicación de la pena asignada, todo lo cual contribuye a la vez a un mejor rendimiento cualitativo de la justicia penal, lo cual no se logra con tal previsión. Aunado a ello, los fines de la institución de la suspensión condicional de la ejecución de la pena son radicalmente distintos a los del principio de oportunidad en el campo penal. Se supone que la suspensión condicional de la ejecución de la pena está dirigida a humanizar la pena en virtud del respeto que merece la persona humana y su dignidad moral, y a que el individuo —gracias a la libertad que ella implica— pueda rehacer su vida, reinsertarse socialmente a pesar de la comisión de delitos que pueden ser hasta de una gravedad relevante, y evitar los perniciosos efectos que genera una reclusión. La oportunidad busca por el contrario prescindir de la persecución penal a través de la descriminalización de hechos punibles de escasa trascendencia, y por consecuencia, agilizar la producción de sentencias en los casos de relevante criminalidad.

Inc. 5º. Este supuesto contiene varias situaciones a las que le son aplicables los criterios de oportunidad: 1. cuando o la pena o medida de seguridad a imponer carezca de relevancia en relación a las ya impuestas: se justifica en función de no recargar a los tribunales de juicios por delitos que acarreen consecuencias menores de las que

ya les han sido impuestas a sus autores. Se refiere este supuesto al caso de que con anterioridad a la solicitud fiscal de aplicación del criterio de oportunidad, se haya impuesto al mismo agente, con efecto de cosa juzgada, una pena por otro delito más grave. 2. Cuando la pena o medida de seguridad a imponerse sea intrascendente en comparación con las que se debe esperar por los restantes hechos o infracciones: en este caso, aún no se ha impuesto pena alguna al autor. Existe igualmente una pena irrelevante de la cual se prescinde, pero esta vez frente a otras virtualmente más graves del otro u otros delitos cometidos por el mismo autor. Es más conveniente el castigo de los delitos más graves que de los menos relevantes. Así los esfuerzos de la justicia se hacen efectivos y llegan a conseguir sus fines por estar dirigidos hacia las consecuencias más importantes. 3. Cuando la pena o medida de seguridad a imponerse no tenga importancia respecto de aquellas que se le impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero: el Estado animado por ciertas razones, pierde el interés público nacional en la persecución y castigo del hecho, lo vuelven mínimo o demasiado escaso. Se concede al Ministerio Público la posibilidad de disponer de la persecución penal en nuestro país en virtud de la intrascendencia de la consecuencia jurídica que merecería la persona por la comisión de un delito, frente a aquella que le ha sido impuesta, o que se le impondría, en un proceso tramitado en otra nación.

Inc. 6°. Este supuesto no tiene como efecto inmediato la extinción de la acción, sino una suspensión, hasta tanto se verifique la información suministrada y ésta resulte satisfactoria para el Ministerio Público. Tal previsión normativa procura permitir la prescindencia del enjuiciamiento de hechos menos graves que aquellos por los que se contribuye efectivamente a su persecución (los cuales afectan en mayor medida los intereses públicos). Es incorporado al derecho procesal, desde el derecho material, y es conocido en Venezuela, en materia de estupefacientes bajo la cuestionada figura de la delación de copartícipes (art. 68 de la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas).

Se trata de un acuerdo entre el imputado y el fiscal, en virtud del cual el primero, a cambio de la aplicación del principio de oportunidad, debe colaborar eficazmente con el segundo en

la demostración de un delito atinente a la delincuencia organizada o a la criminalidad violenta, siempre más grave que aquel por el cual se le inculpa; o contribuye con la comprobación de la responsabilidad de su autor o autores. Se justifica por la necesidad de procurar una mayor eficacia de la justicia penal, convirtiéndose éste en un interés superior que supuestamente justifica la prescindencia de la persecución de un delito, o de un partícipe en él, por uno más grave, o una participación más significativa en él. La consecuencia de la aplicación de este supuesto es sólo la suspensión del ejercicio de la acción penal. La extinción de ésta será una consecuencia a futuro, sujeta a la verificación de ciertas condiciones que satisfagan las expectativas que motivaron la suspensión de la promoción, que también será de la revisión y admisión del juez de control.

Ritter (23) nos refiere que según el art. 152, párr. 2°, StPO, el Ministerio Público debe iniciar investigaciones desde el momento en el cual constata la sospecha de la comisión de hechos punibles. Además, conforme al art. 170, párr. 1°, StPO, el Ministerio Público debe formular acusación, si las investigaciones le llevan a la conclusión de que existe sospecha suficiente, es decir, la probabilidad —no certeza— de una condena. La aplicación del principio de legalidad implica así la obligación de ejercer la persecución penal contra toda persona contra la cual existiera la sospecha de un acto delictivo y dentro de esta obligación, el deber de tomar todas las medidas necesarias para asegurar el éxito de la investigación, así como, finalmente, la obligación de acusar, si están dadas las condiciones. El principio de proporcionalidad no prevalece ni sobre la obligación de iniciar una investigación criminal ni sobre la obligación de acusar.

Asimismo la posibilidad de suspender un procedimiento en aplicación del principio de oportunidad, por ejemplo por insignificancia del delito, está limitada a los casos y a las condiciones expresamente previstos en el Código Procesal Penal, cuya decisión no depende de un poder discrecional del Ministerio Público, sino, más bien de la aplicación de la ley misma. Volviendo al ejemplo de la insignificancia, si el art. 153 prevé la

(23) RITTER, en STIPPEL - MARCHISIO (coordinadores), Principio de oportunidad y salidas alternativas al juicio oral en América Latina, cit., págs. 481 y ss.

posibilidad de suspender un procedimiento (24) si la culpa parece menor y no existe un interés público en la persecución penal, esto no significa que el fiscal quede en libertad de tomar su decisión según su apreciación personal, sino que más bien debe aplicar los criterios desarrollados sea por la jurisprudencia, sea por ordenanzas o instructivos del Ministerio Público para determinar si existe este interés público y luego justificar su decisión.

Aunque el principio de oportunidad tiene en la práctica gran importancia con respecto a la disminución de la carga de trabajo del sistema procesal penal, con el objeto de destinar los esfuerzos a la persecución y sanción de los delitos de mayor envergadura, no es según el autor, realmente una excepción al principio de legalidad, sino más bien una limitación más o menos claramente establecida por la ley de su aplicación absoluta.

Góngora Mera (25) aduna que según el artículo 152 [2] de la Ordenanza Procesal Penal alemana (StPO), que consagra el principio de legalidad, la Fiscalía está obligada a proceder judicialmente por causa de todos los delitos perseguibles —siempre que haya suficientes puntos de apoyo sobre su ocurrencia—, salvo que la ley defina algo distinto. Como se aprecia, el principio de oportunidad se consagra como excepción al principio de legalidad, lo que tiene importantes efectos para la interpretación de la norma (*singularia non sunt extendenda*). Empero, una revisión de la lista de excepciones le permite concluir que el principio de oportunidad es la regla frente a la criminalidad leve y media en Alemania. (26) Esto se ha regulado de este modo para brindar la flexibilidad necesaria a la administración de justicia frente a ciertos casos que pueden considerarse “delitos de bagatela” o insignificantes, contra los que no existe interés público en la persecución penal [artículo 153]. La aplicación del principio de oportunidad queda en todo caso sometida a la aprobación de un juez. Frente a situaciones de mediana gravedad, la legislación alemana contempla también la

posibilidad de hacer cesar la persecución penal, pero con el lleno de algunas formas de reparación y sanción (artículo 153.a], StPO). Dado que estas formas de reparación se imponen contra una persona que se presume inocente, el acusado debe dar su consentimiento. La Fiscalía también podría renunciar a la imposición de una pena, si en un caso dado el juez penal puede prescindir de ella (artículo 153.b], StPO).

La Fiscalía está facultada para archivar un proceso cuando se trata de hechos punibles cometidos por fuera del ámbito territorial de la ley penal alemana (numeral 1 del párrafo 1º del artículo 153.c], StPO), aunque tal facultad debe ejercerse en el entendido que tales delitos no sean de gravedad. Sería contrario al espíritu de la ley, por ejemplo, un sobreseimiento de una causa contra ex oficiales nazis y militares argentinos que participaron en la desaparición y asesinato de ciudadanos alemanes durante la dictadura con base en esta excepción al principio de legalidad.

La Fiscalía puede abstenerse también de la persecución de los “delitos a distancia”, es decir, hechos punibles que se cometieron en Alemania, pero a través de una actividad ejercida fuera de ella, si: 1) la realización del proceso provoca el peligro de una grave desventaja para el país; o 2) cuando a la persecución se oponen otros intereses públicos superiores (artículo 153.c], StPO). Por estas dos razones la ley alemana contempla también la posibilidad de cesar la persecución de los delitos políticos (artículo 153.d], StPO), bajo el entendido de adelantar los procesos sólo cuando los beneficios políticos sean más altos que los perjuicios. La ley faculta adicionalmente al fiscal general Federal a inaplicar la pena en el caso de colaboración con la justicia, cuando el autor de un delito político contribuye a evitar un peligro para la existencia o seguridad de la República o el orden constitucional (artículo 153.e], StPO). Este punto podría resultar de particular interés en el caso colombiano, como se analizará más adelante.

Finalmente, la ley procesal penal alemana, teniendo en cuenta el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que proclama la vigencia del principio de Justicia Universal sin necesidad de un punto de conexión en Alemania cuando se trate de delitos del Código Penal Internacional, establece en su artículo 153.f] que la Fiscalía puede abstenerse de perseguir estos delitos cuando el in-

(24) Salvo en los casos a todas luces insignificantes dependiendo de una aprobación judicial.

(25) GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo, “El principio de oportunidad en el Código de Procedimiento Penal de Colombia”, www.menschenrechte.org/.../oportunidad-procedimiento-penal-colombia.

(26) Cfr. ROXIN, Claus, *Strafprozessrecht*, 15, C. H. Beck, neubearbeitete Auflage, München, 1997.

culpado no se encuentre en el territorio nacional, ni se espere tal presencia. Sin embargo, si en los supuestos del artículo 153.c], párrafo 1º, numeral 1 el inculpado es alemán, lo anterior sólo regirá cuando el hecho sea perseguido por un tribunal internacional o por el tribunal del Estado en cuyo territorio fue cometido el hecho o cuyos ciudadanos fueron lesionados por el hecho —9—. De este modo se asegura que el principio de oportunidad no obre como mecanismo de impunidad.

Adicionalmente, según el párrafo 2 del artículo en análisis, el fiscal debe abstenerse de perseguir un delito de aquellos consagrados en el Código Penal Internacional en los supuestos del numeral 1, párrafo 1º del artículo 153.c], cuando: 1. No exista ninguna sospecha contra un alemán. 2. El hecho no fue cometido contra un alemán. 3. Ningún sospechoso se encuentra en el territorio nacional ni es de esperar tal presencia, y 4. El hecho es perseguido por un tribunal penal internacional o por un Estado en cuyo territorio fue cometido el hecho, cuyo ciudadano es sospechoso del hecho o cuyo ciudadano fue lesionado por el hecho.

Lo mismo rige cuando el extranjero imputado por un hecho cometido en el extranjero se encuentra en territorio alemán pero se dan los anteriores supuestos y la entrega a un tribunal internacional o la extradición al Estado que persigue es admisible y está prevista.

Lo interesante de esta extensa regulación del principio de oportunidad en los eventos de delitos internacionales es la imposición de las enumeradas limitaciones en el ejercicio de la acción penal en Alemania en los casos contemplados en el Código Penal Internacional cuando no fueron perpetrados por alemanes o contra alemanes. De la redacción del artículo 153.f], StPO, se puede percibir un marcado interés por reducir la discrecionalidad que en torno a estos casos pudiera tener la Fiscalía. No de otro modo podría interpretarse la diferente redacción entre el párrafo primero (“puede abstenerse”) y el párrafo segundo (“debe abstenerse”) del artículo 153.f].

En resumen, el principio de oportunidad se aplica en Alemania frente a: 1. Delitos de bagatela o de mínima culpabilidad. 2. Delitos de mediana gravedad, con la imposición de medidas de reparación. 3. Delitos que ocurrieron en el exterior. 4. Delitos políticos, por razones de seguridad del

Estado o intereses superiores a la persecución penal. 5. Colaboración con la justicia, bajo el criterio de mayor interés. 6. Delitos internacionales, en los supuestos mencionados anteriormente.

Todoí Gómez (27), quien analiza la perspectiva española, nos refiere que en Alemania se pueden acordar sobreseimientos con base en la escasa lesión social producida por la comisión de un delito, y ello por la falta en el interés público de la persecución penal. Así pues los arts. 153 y 154, StPO (Strafprozeßordnung) introducen el principio de oportunidad de forma reglada, al posibilitar, según los casos previstos por la norma, el sobreseimiento por razones de oportunidad (no persecución de asuntos de poca importancia, archivo del asunto en el caso de cumplimiento de determinadas condiciones, abstención de la persecución de hechos punibles accesorios no esenciales, etc.), y ello a pesar de que su actuación está sujeta al principio de legalidad, ya que con la reforma de 9 de diciembre de 1974, “Gran reforma del proceso penal”, el Ministerio Fiscal ostenta el monopolio de la acción penal, sin que sea posible el ejercicio de la acusación particular ni la acción popular, aunque la víctima podrá adherirse a la acción formulada por el Ministerio Fiscal. (28) Ello produce una gran descongestión judicial, al eliminar, en gran medida, infracciones menores o faltas que, por ejemplo, en España, suelen terminar con una suspensión de la ejecución de las penas impuestas. (29) En este país, el Ministerio

(27) Reflexiones sobre la aplicación del principio de oportunidad en el proceso penal y su ejercicio por Ministerio Fiscal en Noticias Jurídicas, octubre de 2008, noticias.juridicas.com/...Derecho%20Penal/200810-45678932584159.html.

(28) Añade el autor que: “En nuestro derecho [el español] esto no es posible ya que cabe la acusación particular en todos los supuestos, de forma que si el Ministerio Fiscal interesa el sobreseimiento de la causa y la acusación particular personada formula escrito de acusación, el juez instructor (en las diligencias urgentes del artículo 800, Lecrim [Ley de Enjuiciamiento Criminal]), o en el trámite del artículo 780, Lecrim, para el procedimiento abreviado para determinados delitos) o el Tribunal (Audiencia Provincial para el proceso ordinario por Sumario en el trámite del artículo 633 y 649, Lecrim), está obligado a dictar el correspondiente auto de apertura de juicio oral respecto del acusado, señalando día para la vista oral, una vez despachados los respectivos escritos de defensa.”

(29) Lógicamente, en nuestro derecho, arguye, la suspensión de la ejecución de las penas, está sujeta a los requisitos legales que se establecen en el Código Penal —ex artículo 81—, aunque siempre debe atenderse a una cierta discre-

Fiscal goza de tales potestades y funciones con base en una absoluta confianza jurídico-política en la institución, a pesar de que depende del Poder Ejecutivo y está estructurado bajo los principios de unidad y jerarquía, como ocurre en España.

Marchisio (30), evaluando las bondades y desventajas del sistema, se plantea entre otros interrogantes si corresponde vincular el principio de oportunidad a la reparación económica de la víctima y en su caso, si ello puede ser un obstáculo para su aplicación. Sostiene que la respuesta no es sencilla, y por lo visto, las soluciones de las legislaciones analizadas fueron distintas. Para orientarnos en la búsqueda de una respuesta es preciso partir de la esencia del mentado principio. En efecto, sintéticamente podemos decir que el fundamento para la aplicación de criterios de oportunidad consiste en la carencia de interés estatal en la persecución de determinados hechos que no poseen trascendencia alguna (delitos de bagatela), a efectos de orientar los limitados recursos estatales a la persecución de aquellos que más dañosidad social provocan. Una decisión político-criminal como la señalada parece no tener que vincularse con la reparación de la víctima de ese delito que el propio Estado considera insignificante. De este modo, resulta claro que la evaluación estatal sobre el modo de orientar su política de persecución penal no puede distraerse con la reparación económica que en un caso en concreto pudiera merecer la víctima de este tipo de hechos. Sobre todo si tenemos en cuenta que la vía natural para este tipo de reparación no es la justicia represiva y de carácter excepcional, sino la civil, que sin perjuicio de la aplicación de un criterio de oportunidad queda expedita y resulta más adecuada para este tipo de reclamos. Pero una visión tan radical del problema también nos impide valorar todos los niveles de preocupación estatal en el diseño de su política criminal, dentro de los que evidentemente la víctima y la composición del conflicto también ocupan un lugar predominante. En efecto, como señala Rusconi (31) el ingreso fortificado de la víctima en el sistema procesal penal

cionalidad, teniendo en cuenta las circunstancias de los hechos delictivos y los antecedentes del penado.

(30) MARCHISIO, en STIPPEL - MARCHISIO (coordinadores), Principio de oportunidad y salidas alternativas al juicio oral en América Latina, cit., pág. 534.

(31) RUSCONI, Maximiliano: Sistema del hecho punible y política criminal, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995, pág. 97.

redefine lentamente las bases de todo proceso penal. No sólo de este modo, pero también esta vía, va ganando un lugar la posibilidad de ingreso de la idea de “reparación” al derecho penal. Por ello, considera que una posición intermedia es la mejor solución para una adecuada formulación legislativa. En este sentido, es posible considerar que el ofrecimiento de reparación económica que realice el imputado sea evaluado por el Ministerio Público Fiscal como un acto de arrepentimiento y composición que contribuya —pero no necesariamente defina— el estado de situación para evaluar la aplicación del principio de oportunidad. De este modo, partiendo de la base de que el principio de oportunidad se erige como una herramienta para el diseño coherente de la política criminal de un país que se orienta a perfeccionar y complementar el sistema represivo, convendrá mantener por andariveles separados la evaluación de mérito y conveniencia sobre el interés público en la persecución de los delitos y la reparación del daño ocasionado a la víctima, sin que una implique descuidar a la otra.

Armenta Deu (32), en torno a la aplicación del principio de oportunidad en España, comenta, que a raíz de la reforma que se produjo en 1988 (ley de 28 de diciembre) y al hilo de su discusión previa se produjeron informes negativos respecto de la incorporación al ordenamiento español de dos temas fundamentales: el principio de oportunidad y la atribución al fiscal de la fase investigadora. Diversas Juntas de Fiscales, el CGPJ y un buen número de autores se pronunciaron en contra del entonces Proyecto. Y las críticas, como se deduce de la abundante bibliografía al respecto, no han mitigado. (33)

(32) ARMENTA DEU, Teresa, Estudios sobre el proceso penal, Colección Autores de Derecho Penal, dir.: Donna Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, pág. 33.

(33) Reduciendo las citas a las monografías, son especialmente ilustrativas cuatro: DE LA OLIVA SANTOS, Jueces imparciales, fiscales investigadores, y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal, PPU, 1988; FERNÁNDEZ ENTRALGO, J. - ANDRÉS IBÁÑEZ, P. - CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. - PÉREZ MARINO, V. y VARELA CASTRO, L., La reforma del proceso penal, Tecnos, 1990; ARMENTA DEU, Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad, PPU, Alemania - España, 1991; y BARONA VILAR, S., La conformidad en el proceso penal español, Tirant lo Blanch, 1994. Argumentos a favor pueden encontrarse en la obra de GIMENO SENDRA - ALMAGRO NOSETE - CORTÉS DOMÍNGUEZ y MORENO CATENA, La reforma del proceso

Frente a los argumentos que militan a favor de la inclusión en el ordenamiento procesal español del principio de oportunidad en sus modalidades más amplias (34) formula como elemento de análisis una serie de consideraciones, de entre las cuales tomamos la que específicamente está vinculada con la presente investigación: La sujeción al principio de legalidad o la admisión del principio de oportunidad no llevan consigo una decisión sobre la configuración del proceso a través de un sistema inquisitivo u otro acusatorio. (35) De ahí que la conexión no surja directamente entre fin de la pena y sistema procesal adoptado, sino, en mayor medida, entre fin de la pena a través del principio de oportunidad y su efecto en determinadas garantías procesales: como por ejemplo la citada imparcialidad.

Añade que el sistema acusatorio y el principio de oportunidad no son en absoluto inescindibles. Ambos operan en planos diferentes. El primero implica una opción de política criminal que configura el ejercicio de la acción penal con mayores o menores ámbitos de discrecionalidad. El segundo se sintetiza en el ejercicio por sujetos diferentes de las funciones investigadora y juzgadora (y, en su caso, acusadora). (36) Que quede garantizada

penal, Tirant lo Blanch, 1990, y en la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1989.

(34) De carácter muy amplio, comprensivo de todo tratamiento penal diferenciado del conflicto social representado por el hecho delictivo, como defiende BACIGALUPO, E., "Descriminalización y prevención", en Poder Judicial, Número Especial 11, 1987, págs. 14 y ss. De ámbito relativamente amplio, que abarca institutos como la querrela, denuncia, indulto, amnistía, etc., en opinión de GIMENO SENDRA, "Los procedimientos penales simplificados (principio de oportunidad y proceso penal monitorio)", en Justicia, 1987, y CONDE-PUMPIDO FERREIRO, "El principio de legalidad y el uso de la oportunidad", en Justicia, 1987. Hasta, finalmente, un concepto estricto que a Armenta Deu le parece el más correcto, limitado subjetivamente, a los órganos públicos y, objetivamente, marco exclusivo de aplicación del principio de legalidad en el proceso (ARMENTA DEU, Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad..., cit., pág. 210).

(35) Aun cuando es más natural someter al juez que ha de proceder de oficio al principio de legalidad, sin embargo, no se excluye otro arreglo de la ley; y viceversa, el derecho de acusación se puede combinar con un deber correspondiente (GOLDSCHMIDT, en Problemas jurídicos y políticos del proceso penal, cit., pág. 73).

(36) GOLDSCHMIDT, en Problemas jurídicos y políticos del proceso penal, cit., págs. 193 y ss.

la atribución a órganos diferentes de la instrucción y el enjuiciamiento, o a la investigación y la acusación no beneficia ni perjudica la concesión de ámbitos más o menos amplios de discrecionalidad. Otra cosa es la configuración en régimen de exclusiva del ejercicio de la acción, máxime si éste se atribuye al órgano oficial. En este caso, es obvio que presenta menos obstáculos instaurar o ampliar la aplicación del principio de oportunidad, si quien investiga y acusa es el Ministerio Fiscal, pero sólo si además es el titular exclusivo del ejercicio de la acción penal. De no ser así, el ejercicio de la discrecionalidad resulta indudablemente mediatizado por el ejercicio de las facultades y derechos de las restantes partes acusadoras. Ahora bien, manteniendo el juez instructor no se percibe óbice alguno para aplicar el principio de oportunidad al ejercicio de la acusación, más allá, claro está, de la existencia de otros acusadores y de las que puedan derivarse de la valoración sobre el propio principio. Paradójicamente y en contra de lo que frecuentemente se invoca, la mayor consolidación del acusatorio —que no pasa necesariamente por reforzar la oficialidad— sí se alcanzaría a través de incrementar la participación de las restantes partes acusadoras, lo que obstaculizaría en buena medida, sin embargo, la aplicación del principio de oportunidad. (37)

Todolí Gómez (38) recuerda que la doctrina española no ha coincidido inicialmente en la introducción del principio de oportunidad en nuestro ordenamiento de forma que frente a una opinión tradicionalmente defensora a toda costa del sometimiento al principio de legalidad, derivada básicamente del tenor de los preceptos aplicables a nuestro ordenamiento procesal penal (Gómez Orbaneja, Giménez de Asúa, Aguilera de Paz, Serra Domínguez), desde hace ya bastantes años y en coincidencia con la tendencia europea antes indicada han empezado a surgir partidarios de la instauración de dicho principio (Gimeno

(37) Como se advierte la opinión de Armenta Deu, debe ser tomada en consideración a un esquema que no toma al fiscal como dueño exclusivo de la acción penal. En nuestro país, vemos que claramente el fiscal tiene el monopolio de la acción (al margen de la actuación del querellante) por lo que sus consideraciones deben evaluarse desde esa perspectiva de análisis.

(38) Reflexiones sobre la aplicación del principio de oportunidad en el proceso penal y su ejercicio por ministerio fiscal en Noticias Jurídicas, octubre de 2008, noticias.juridicas.com/...Derecho%20Penal/200810-45678932584159.html.

Sendra, González Cuellar, Conde Pumpido Ferreiro). Los primeros consideran que no cabe acoger el referido principio por entender vigente de forma estricta el principio de legalidad, mientras que los segundos, lo admiten, por una parte, porque, sin necesidad de grandes transformaciones en el ordenamiento procesal vigente, entienden como integrante del propio principio de legalidad a aquél, por cuanto sería la propia ley la que señalara las reglas a que debe quedar sometida una actividad discrecional en ese sentido; o por considerar la compatibilidad de ambos principios si se valorara la indispensable e inaplazable celeridad de la justicia penal basada en el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas o por motivos de interés público. Se ha señalado la dificultad que constitucional y procesalmente supone la introducción de la oportunidad en el sistema procesal penal, a pesar de reconocer la necesidad de adoptar medidas para conseguir una descarga de la administración de justicia y de la posibilidad de articular mecanismos próximos a la oportunidad para la llamada criminalidad bagatelaria, es decir, para los hechos cuya reprochabilidad es escasa y cuyo bien jurídico protegido se entiende de menor relevancia. Así pues, de entrada, se argumentó por parte de la doctrina que no sería necesaria la introducción del principio de oportunidad por motivos de una sobrecarga de trabajo de los órganos judiciales penales, ya que con aumentar los medios al servicio de la administración de justicia se podría solucionar el problema, manteniendo el principio de legalidad, y evitando de esta forma un cambio importante, no exento de peligros, del ordenamiento español.

Por otra parte, con base en el mismo motivo, se argumentó que debían otorgarse por ley al Ministerio Fiscal, una serie de facultades (con o sin aprobación judicial) para que rechace la persecución de hechos delictivos, legalmente determinados, que se consideren de escasa relevancia o reprochabilidad social.

Otros fundamentos esgrimidos por la doctrina española pueden resumirse así:

Por razones de utilidad pública o interés social, como por ejemplo, la escasa lesión social producida por el delito; la falta de interés público en la persecución; el estimular a la pronta reparación a la víctima (si bien éste es criticado por la doctrina Alemana, sin embargo, como objetivo

de transacción penal, se encuentra vigente en Inglaterra, Escocia, Bélgica y Noruega, aunque con peculiaridades, de forma general, sólo aplicable en penas privativas de libertad y bajo confesión de culpabilidad); evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad; favorecer la rehabilitación del delincuente mediante su sometimiento voluntario a un procedimiento de rehabilitación a cuyo cumplimiento queda condicionado el sobreseimiento (este procedimiento de diversión penal permanece vigente en Francia).

Por favorecer el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2º, CE).

Por constituir el único instrumento real que permite llevar a cabo un tratamiento diferenciado entre los hechos punibles que deben ser perseguidos y aquellos otros con un mínimo interés social y en los que la pena carezca de significación. No obstante se ha señalado en este punto que es engañoso entender que lo que es susceptible de ser valorado como escasamente reprochable, socialmente carece de relevancia, y ello porque, primeramente, suele ser aquél el segmento de criminalidad que en mayor medida afecta a los ciudadanos, y en segundo lugar, porque no cabe desdeñar el interés de la víctima, máxime cuando su pronta reparación se considera otra de las finalidades de la aplicación del principio de oportunidad.

Conforme a lo indicado, subsisten manifestaciones del principio de oportunidad, tanto en las leyes procesales como sustantivas, y puede plasmarse directa o indirectamente: Directamente, por ejemplo, con la conformidad de la pena más grave previa al juicio oral del art. 655, Lecrim, con la conformidad en el procedimiento abreviado (arts. 784.3º, 787 y 801) y en el juicio rápido (art. 800), habiéndose producido con este último un efecto acorde con la economía procesal requerida al objeto de velar por un proceso sin dilaciones indebidas, y que al mismo tiempo preserve un cierto equilibrio entre los principios de celeridad y de tutela judicial efectiva con todas las garantías para la persona imputada en ese procedimiento especial. Asimismo la denuncia en los delitos semipúblicos y la querrela en los privados, o el perdón del ofendido, todos ellos contemplados en el CP. Indirectamente, por la licencia que otorga el art. 215.2º, CP, al juez o tribunal para poder deducir acción de calumnia o injuria vertida en

juicio; en el ámbito penitenciario, por la concesión de la libertad condicional por motivos laborales, culturales u ocupacionales (art. 91, CP), incluso si se participa activamente en programas de reparación a las víctimas, mayores de 70 años o enfermos muy graves con padecimientos incurables (art. 92, CP); la amnistía e indulto; la suspensión de la ejecución de la pena de forma excepcional al tóxico-condenado a más de dos años de prisión, cuando se encuentre deshabitado o sometido a tratamiento a tal fin (art. 87.1º, CP); la preceptiva sustitución de la pena impuesta por la expulsión del extranjero no residente legalmente en España cuando sea condenado a una pena inferior a seis años de prisión (art. 89.1º, CP), salvo que se justifique por la naturaleza del delito; o la necesidad de denuncia o querrela del fiscal para juzgar hechos previstos en España como delito, aunque fueran cometidos en el extranjero (art. 23.2.b], LOPJ).

Menciona expresamente aparte el supuesto del art. 171.3º, CP (amenaza condicionada a revelar la comisión de un delito cometido por el amenazado). En este supuesto la propia ley otorga al Ministerio Fiscal (de forma excepcional en nuestro derecho) la posibilidad de no acusar por el delito cuya revelación se hubiere amenazado, siempre y cuando la pena prevista para dicho delito no exceda de los dos años de prisión (en cuyo caso si excede sí que se acusará, aunque el juez podrá rebajar la sanción en uno o dos grados). La introducción de este nuevo tipo en las amenazas se realizó con la idea de aminorar los casos de extorsión o chantaje, dándole al Ministerio Fiscal la posibilidad discrecional de no formular acusación por los hechos delictivos que se hubieran revelado. (39)

En los últimos años se han reactivado las tendencias de reforma de una ley procesal penal en el sentido de otorgar al Ministerio Fiscal la dirección de un procedimiento preliminar, como pilar básico para introducir plenamente el principio de oportunidad en nuestro ordenamiento, si bien

(39) Aquí debe tenerse en cuenta que dicha discrecionalidad en el ejercicio de la acusación, entendida conforme a un principio de oportunidad procesal, tiene su fundamento en la ponderación del principio de proporcionalidad en términos de política criminal ya que se trata —por el Ministerio Fiscal— de efectuar una ponderación entre medios (sanción penal) y fines (retribución, prevención), a fin de conseguir la solución más idónea, o menos gravosa para cada caso concreto.

una vez clarificada afirmativamente la posibilidad constitucional de que el Ministerio Fiscal dirija la investigación, estaríamos hablando más bien de un principio de oportunidad política y no jurídico, ya que habría que plantearse si conviene o no la atribución de la investigación oficial al Ministerio Fiscal, tratándose por tanto de una cuestión de política legislativa, totalmente discutible. No obstante, si bien algunos autores tratan conjuntamente y vinculan la atribución de la dirección de la investigación oficial al Ministerio Fiscal con la introducción del principio de oportunidad (40), otros opinan que para su establecimiento no es indispensable que se regule en el ordenamiento procesal penal un procedimiento preliminar dirigido por el Ministerio Fiscal (41), si bien en la LO 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, se ha regulado el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal junto a la atribución de la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal, aunque el establecimiento de dicho principio se fundamenta realmente en la protección del interés superior del menor. Así pues, por parte de la doctrina, se ha considerado que en este procedimiento de menores se ha introducido la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal al objeto de poder valorar, a modo de ensayo, la oportunidad de atribuir dicha función en el proceso de adultos.

La STC 41/1998 (sala 1ª), 24 de febrero (42), concluyó afirmando que cualquiera de los siguientes sistemas procesales son viables sin que se vulnere la CE, ya que en definitiva, la misma no prevé un modelo específico de instrucción, sino un sistema de garantías, así pues distinguía entre: juez instructor director de la investigación, correspondiente con el actual juicio ordinario; juez instructor pasivo, limitándose a resolver sobre las diligencias pedidas por las partes, correspondiente con el actual procedimiento ante el Tribunal del Jurado; juez de garantías, en este

(40) Entre otros, ARMENTA DEU, T., “El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas”, Poder Judicial, números 41/42, 1996, págs. 53/86.

(41) Entre otros, CRESPO BARQUERO, P., “Las garantías en la instrucción por el fiscal (un intento de aproximación crítica a la posición y el papel del Ministerio Fiscal en la implantación del sistema acusatorio)”, Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal VI, “La investigación del fiscal”, Ministerio de Justicia, Madrid, 1998, págs. 185/240.

(42) BDJC num. 41/1998.

caso corresponde la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal.

De esta forma, la sentencia citada indica que la opción del modelo a imponer corresponde al legislador, que puede configurar aquel sistema que resulte más conveniente para la satisfacción de los intereses públicos, siempre que respete los derechos fundamentales de las personas afectadas.

Anteriormente, en el Libro Blanco del Ministerio Fiscal (43), el Consejo Fiscal abogaba por una reforma del proceso penal, dotando adecuadamente de medios personales y materiales, acompañada de las garantías necesarias a introducir en el Estatuto Orgánico para preservar su imparcialidad. Para afrontar la atribución de la potestad de dirección de la instrucción al Ministerio Fiscal, se postulaban tres medidas:

Atribuir al Ministerio Fiscal una auténtica instrucción, y no una mera supervisión de la investigación penal. En realidad debía ser idéntica a la que actualmente realizan los jueces, quedando éstos para autorizar medidas que supongan merma de derechos fundamentales (Por ejemplo: acudir al juez para que realice una instrucción suplementaria si lo estima oportuno; las pruebas practicadas por el Ministerio Fiscal deberán realizarse con conocimiento e intervención de la defensa; la defensa podrá realizar a través del juez todas las pruebas que le interese y que no sean practicadas a iniciativa del fiscal).

Reformar la actual normativa en materia de ejercicio de acciones penales, ya que si el Ministerio Fiscal no tiene el monopolio de la acusación (como sucede en otros países), y siguen vigentes las acusaciones particulares y públicas, tendrían que resolverse previamente problemas que plantea tal coexistencia, especialmente cuando el ejercicio de ambas no coincida o sean contrapuestas.

Regular el principio de oportunidad. La recomendación del Comité de Ministros de la CEE de 17/9/1987, sobre simplificación de la Justicia penal, invita a los Estados miembros a introducir dicho principio en el proceso penal. Esta recomendación mantiene que el citado principio "deberá ser aplicado partiendo de bases generales como el interés público", obligando a la autoridad com-

petente a inspirarse en el principio de igualdad de todos ante la ley y en el de individualización de la justicia penal y teniendo en cuenta: la gravedad, naturaleza, circunstancias y consecuencias de la infracción, personalidad del denunciado, condena a imponer y sus efectos sobre el mismo y la situación de la víctima. En este punto el Consejo Fiscal indicó la conveniencia de su aplicación pero sólo de forma reglada y respecto de los denominados delitos bagatela.

Más recientemente, los distintos programas electorales de los partidos políticos para las elecciones generales del año 2004, recogieron la posibilidad de un modelo de fiscal investigador. El PSOE propuso un Ministerio Fiscal imparcial y sujeto al principio de legalidad, investigador en el proceso penal y al servicio de un juicio justo y con todas las garantías, proponiendo una serie de medidas, entre las que destacan: fiscal encargado de la investigación en la fase de instrucción con un juez imparcial que garantice la realización de la prueba y los derechos de los implicados; criterios de actuación objetivos y acordes al principio de igualdad por la Fiscalía; policía judicial dependiente de la oficina del fiscal; imposibilidad de que el gobierno pueda impedir una actuación concreta por la Fiscalía; mandato máximo de cinco años para el FGE, no renovable, comparecencia previa en el Parlamento para su nombramiento; imposibilidad de que el FGE intervenga o tome decisiones en relación a procedimientos penales que afecten a los miembros del gobierno. Por su parte el PP, únicamente propuso un nuevo Código Procesal penal que sustituya a la actual Lecrim y que regule una investigación penal adaptada a nuestros tiempos, resaltando el papel central del Ministerio Fiscal en la misma.

Con la nueva reforma del EOMF, por ley 24/2007, del 9 de octubre, parte de esa intención se ha reflejado en la nueva redacción del art. 3º, apart. 5º, al añadir que el fiscal podrá ordenar a la Policía Judicial aquellas diligencias que estime oportunas, con lo que parece un principio en el avance de que el fiscal pueda dirigir, aunque sea en sede policial, la investigación de los hechos delictivos. No obstante esto, en la práctica, puede ocasionar ciertas distorsiones con la investigación dirigida por el juez instructor, siempre y cuando hubiera divergencia en los criterios a seguir en determinadas investigaciones, por lo que se produciría el riesgo de que el resultado de las diligencias de

(43) Ministerio de Justicia, Madrid, 1996.

investigación ordenadas en principio por el fiscal, pudieran tener, al igual que algunas puramente policiales, ciertas dudas sobre su consideración en el proceso penal, al ser en cualquier caso el juez instructor, el que debe estimarlas como eficaces para la investigación.

En la doctrina se planteó el debate del juez instructor frente al fiscal investigador, que en principio pareció claramente decantarse por la conversión del fiscal en director de la investigación penal.

El modelo que se propone, de procedimiento preliminar dirigido por el Ministerio Fiscal, no supondría la eliminación de las garantías de los derechos de las partes, ya que con el establecimiento de un juez de garantías, este vigilaría la actividad instructora del Ministerio Fiscal, ya sea complementando u ordenando completar la misma cuando sea necesario. Además se encargaría de adoptar las medidas limitativas de derechos fundamentales (prisión provisional, registros domiciliarios, intervención de comunicaciones), de velar por el respeto de las garantías de las partes no oficiales, de presidir la práctica de la prueba anticipada en la fase de instrucción, y de acordar sobre la inadmisión de querrelas o sobre la apertura del juicio oral o sobreseimiento. (44)

Por otra parte, sería conveniente que el órgano jurisdiccional que hubiera de controlar la investigación del Ministerio Fiscal no fuera con posterioridad el encargado de juzgar la fase de juicio oral, para evitar cualquier riesgo de contaminación y de imparcialidad, creándose por tanto, unos Juzgados nuevos (de Garantías), destinados a ejercer dicho control. No obstante la jurisprudencia constitucional ha remarcado la necesidad de

(44) Así pues, se vela por el establecimiento de un juez de garantías que estaría acorde con los principios de igualdad y contradicción entre las partes del proceso consecuente con una mejor protección de los derechos fundamentales desde el inicio de la instrucción, al no estar pendiente de culminar la instrucción con unos determinados resultados, ganando por tanto, en imparcialidad y objetividad. El juez se centraría en controlar la legalidad de los actos realizados por el fiscal y garantizar los derechos de las partes. Se evitaría de este modo una confusión de funciones, ya que el juez, al involucrarse en la investigación, podría perder en objetividad e imparcialidad. Así sucede en el sistema procesal diseñado por el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica. Evidentemente podría evitarse una cierta contaminación por la actividad investigadora realizada.

acudir al caso concreto para determinar si se da o no apariencia de imparcialidad, sobre todo por el riesgo en la formación previa de prejuicios por parte del instructor frente al imputado que pueden influir en el momento de sentenciar.

El ámbito de actuación del Ministerio Fiscal en el modelo propuesto, abarcaría la dirección de la investigación propia de la instrucción penal, pero no el resto de actividades que integran la misma, y en este sentido, podrá realizar y practicar todas aquellas diligencias de investigación que estime pertinentes para el esclarecimiento de los hechos delictivos, para descubrir al culpable y las fuentes de prueba necesarias para fundamentar la acusación, podrá acordar la detención y realizar cualquier diligencia de prevención, como adoptar medidas cautelares reales. Sin embargo, no podrá dirigir la práctica anticipada de la prueba, adoptar medidas cautelares restrictivas de derechos fundamentales, así como ordenar o practicar diligencias de investigación restrictivas de aquellos derechos o adoptar resoluciones como la apertura del juicio oral o el sobreseimiento.

Llegado a este punto, se trata de analizar si el EOMF permite la atribución de mayores potestades y funciones al Ministerio Fiscal en las diligencias preliminares y además si el mismo actúa como factor legitimador ante la opinión pública. De esta forma habrá que analizar dentro de que poder del Estado debe encuadrarse al Ministerio Fiscal.

No ofrece dudas el que el Ministerio Fiscal deba excluirse del Poder Legislativo, ya que carece de toda vinculación con las Cortes Generales. Respecto del Poder Judicial, la tesis judicialista mantiene que la CE ubica al Ministerio Fiscal en el Título VI (Del Poder Judicial) y, por otro lado, en el art. 2.1º, EOMF, en el que se dice que el Ministerio Fiscal está integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial. Igualmente se argumenta a favor de esta tesis que la ubicación del Ministerio Fiscal dentro del Poder Judicial es esencial por cuanto la defensa de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos se confía simultáneamente a los jueces y tribunales y al Ministerio Fiscal e incluso velar por la independencia de aquéllos es misión tanto del CGPJ como del Ministerio Fiscal. Se argumenta que uno de los principales efectos positivos de esta postura es el de prevenir la politización del Ministerio Fiscal, al ser independiente del Ejecu-

tivo, y poder perseguir eficazmente los casos de delincuencia gubernamental o política.

No obstante lo anterior, opina Todolí Gómez que el Ministerio Fiscal no forma parte del Poder Judicial, en primer lugar, ya que ni integra la parte organizada del conjunto de Jueces y Magistrados que tienen atribuida la potestad jurisdiccional, regulada por la LOPJ, al no gozar de inamovilidad a diferencia de los jueces, y tampoco de los requisitos de unidad de cuerpo y de estatuto personal, y sobre todo por su falta de dependencia al CGPJ, órgano de gobierno de los jueces. En segundo lugar, porque tampoco forma parte del Poder Judicial político, ya que no constituye una excepción al principio de unidad jurisdiccional (art. 117.5º, CE), ni puede considerarse como un tribunal especial constitucionalmente reconocido. No goza del requisito esencial de la independencia, al regir el principio de jerarquía y el de unidad de actuación, a diferencia de los jueces. Además, lógicamente, se ha argumentado que la integración del Ministerio Fiscal en el Poder Judicial, supondría una vulneración del principio acusatorio, ya que no estaría clara la separación entre las funciones de acusar y juzgar.

Respecto del Poder Ejecutivo, la doctrina se muestra más acorde con la vinculación del Ministerio Fiscal a este poder. Conforme al EOMF se puede afirmar que existe una vinculación, atenuada o matizada, del Ministerio Fiscal respecto del Poder Ejecutivo. Así pues, tanto de los preceptos constitucionales como de los regulados en el EOMF, puede concluirse que no existe una dependencia jerárquica del Ministerio Fiscal respecto del Poder Ejecutivo, en el sentido de que éste pueda dirigir órdenes o instrucciones vinculantes al Fiscal General del Estado (art. 8.1º y 2º, EOMF), sino simplemente instancias, y por otra parte, podría producirse cierta incidencia del Ejecutivo en el funcionamiento ordinario del Ministerio Fiscal, principalmente a través de la confianza del Ejecutivo en el Fiscal General del Estado, aunque ahora después de la reforma por ley 24/2007, una vez propuesto por el Gobierno y tras el informe del CGPJ (art. 29), se comunicará la propuesta de nombramiento al Congreso de los Diputados para disponer una comparecencia ante la Comisión de la Cámara para valorar los méritos e idoneidad del candidato, estando tasados los supuestos de cese (art. 31.1º), cuando antes no debía pasar por control de idoneidad alguno y el cese del mismo

no tenía que estar justificado, produciéndose simplemente por propuesta del Ejecutivo. Respecto de otros cargos directivos dentro del Ministerio Fiscal (art. 36, fiscales del TS, fiscales superiores de Comunidades Autónomas, fiscales jefes provinciales), serán nombrados por el gobierno a propuesta del Fiscal General del Estado.

Por tanto, considera Todolí Gómez que si bien no existe una dependencia funcional del Ministerio Fiscal respecto del Poder Ejecutivo, si que existe una dependencia orgánica que puede impedir o dificultar la efectividad de los principios de legalidad e imparcialidad que rigen la actuación del Ministerio Fiscal, aunque con la reforma mencionada, al menos, debe pasarse por un filtro que garantizaría en mayor medida su autonomía funcional. Esto puede provocar, que en general, la opinión pública entienda que la atribución de la investigación al Ministerio Fiscal, sea un instrumento del Ejecutivo para aplicar con parcialidad la ley, a pesar del nuevo sistema de elección del fiscal general del Estado. (45)

De acuerdo con la CE y el EOMF, además de estar sujeto a los principios de legalidad e imparcialidad, el Ministerio Fiscal se rige por los principios orgánicos de unidad de actuación y dependencia jerárquica. Esto implica una estructura piramidal, culminada por le FGE y seguida por los distintos fiscales-jefes de cada órgano. Todo ello es consecuencia de la personalidad jurídica única que ostenta el Ministerio Fiscal para todo el Estado (art. 2.1º y 22.1º, EOMF).

Del análisis de los preceptos que regulan el EOMF resulta claro que los fiscales no son independientes, ya que dado un caso concreto, éstos no pueden autónomamente considerar si su actuación es acorde a la legalidad, al estar sometidos a las órdenes e instrucciones emanadas de sus superiores. No obstante, en este punto se ha dado una nueva dimensión a los asuntos donde puedan resultar afectados miembros del gobierno, al establecer el nuevo art. 25, EOMF, la obligatoriedad de oír previamente a la Junta de Fiscales de Sala

(45) Es interesante resaltar que la causa de cese del fiscal general contemplada en el apartado e) del art. 31.1º, EOMF (cuando cese el gobierno que lo hubiera propuesto) deberá operar automáticamente ya que no es necesario trámite adicional alguno para el cese, a diferencia del resto de supuestos (del a al d), donde se exigirá (apart. 3º), su apreciación por el respectivo Consejo de Ministros.

—órgano puramente jurídico—, antes de emitir las órdenes e instrucciones pertinentes.

Frente al anterior panorama de vinculación del Ministerio Fiscal al Poder Ejecutivo, la doctrina propuso diversos mecanismos para paliar dicha vinculación, sobre todo enfocados hacia una reforma del EOMF, que debería pasar previamente por una reforma de la CE, no exenta de dificultades, y en consecuencia, del sistema de nombramiento del FGE.

Sin desdeñar la actual dependencia jerárquica dentro de la institución, concluye Todolí Gómez, se ha propuesto la garantía del control judicial de la investigación fiscal, en el supuesto de detectar cualquier intromisión o influencia del Ejecutivo en la instrucción llevada a cabo por el Ministerio Fiscal, y respecto de la delincuencia gubernamental o política, se han esgrimido mecanismos, sobre todo por el control de los medios de comunicación y de la posibilidad constitucional de las acciones popular y particular, que posibilitan el control de la actuación del FGE, en cierto modo, dirigida por el gobierno. (46)

Cesano (47) arguye que entre quienes parecen sostener la legalidad como principio, sin otorgar mayores concesiones a la oportunidad se mencionan los casos de España. En donde incluso, a nivel doctrinario, encontramos opiniones abiertamente contrarias a la aplicación de la oportunidad. Sobre este aspecto, cfr. Santana Vega, Dulce María, "Principio de oportunidad y sistema penal", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, mayo-agosto de 1994, págs. 105 y ss. Sin embargo, debe reconocerse que el artículo 173.3º del Código Penal, al regular el delito de amenazas, introdujo un cuño a la legalidad que ha sido interpretado por un sector de la doctrina como la recepción de

un criterio de oportunidad, acotado a esa forma de delincuencia. Dice el precepto en cuestión: "Si el hecho descrito en el apartado anterior consistiere en la amenaza de revelar o denunciar la comisión de algún delito, el Ministerio Fiscal podrá, para facilitar el castigo de la amenaza, abstenerse de acusar por el delito con cuya revelación se hubiere amenazado, salvo que éste estuviere sancionado con pena de prisión superior a dos años. En este último caso, el juez o tribunal podrá rebajar la sanción en uno o dos grados". (48)

Igualmente en Italia, agrega Cesano, existe una previsión de carácter constitucional que —según la opinión de cierta doctrina— constituiría un serio obstáculo para dar cabida a los criterios de oportunidad. (49) Se refiere, concretamente, al artículo 112 de la Constitución italiana. (50) Ahora bien, nos dice que la aplicación del principio de oportunidad, sin embargo, también tiene, y desde hace bastante tiempo, concretas manifestaciones en los sistemas jurídicos de aquel ámbito cultural (el continental europeo). Como, por ejemplo, sucede en Alemania y Francia.

No es su propósito describir con detalle cada una de estas experiencias. Sin embargo, le parece conveniente, a título ilustrativo, recordar el caso alemán, por cuanto —como se ha dicho— "la influencia reciente que la evolución de su legis-

(48) Valiosas observaciones sobre este texto legal pueden encontrarse en el trabajo del profesor de la Universidad de Granada BARQUÍN SANZ, Jesús, "Notas acerca del chantaje y de la cláusula de oportunidad de su persecución", en varios autores, *Los derechos humanos. Homenaje al excelentísimo señor don Luis Portero García*, Universidad de Granada, 2001, págs. 67/86.

(49) Lo que no significa desconocer que en la reforma introducida por la ley 689/1981 se hayan transformado delitos otrora de acción pública ejercibles de oficio, en tipos delictivos que exigen, como condición de punibilidad, la querrela.

(50) Así piensan ANITÚA, Gabriel I. y BORINSKY, Mariano H., "Principios de legalidad y oportunidad en los sistemas procesales penales europeos", en HENDLER, Edmundo S. (dir.), *Sistemas procesales penales comparados*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pág. 467. También, haciendo alusión a la norma constitucional, DELMAS-MARTY, Mireille y colabs., *Procédures Pénales d'Europe*, Presses Universitaires de France, 1995, pág. 383: "L'article 112 de la Constitution énonce que 'Le ministère public a l'obligation d' exercer l'action pénale, ce qui signifie qu'il ne peut de façon discrétionnaire se refuser à soumettre les faits dont il acquiert connaissance, dès lors qu'ils entrent dans une qualification légale, à l'appréciation du juge".

(46) En este sentido y para poder evitar que la investigación del Ministerio Fiscal pueda dar lugar a situaciones de impunidad respecto de personas que estén vinculadas con el gobierno, no es factible la tesis de que el Ministerio Fiscal tuviera el monopolio de la acusación como se ha visto en otros ordenamientos ya que en ese caso, faltando las acusaciones populares y particulares, es obvio que se produciría, según los casos, una pérdida en la protección del interés público en la persecución de este tipo de delitos.

(47) "De la crítica a la cárcel a la crítica de las alternativas", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, año XXXVI, número 108, setiembre/diciembre de 2003, págs. 863/889.

lación procesal ha tenido... en los documentos de (los países) de la Comunidad Europea”, justifica su brevísima consideración. (51)

Según el párrafo 152, acápite 2º, de la Ordenanza Procesal Penal vigente, la Fiscalía “está obligada, en tanto que no haya sido determinada otra cosa legalmente, a proceder judicialmente debido a todos los delitos perseguibles, en tanto que tengan cabida suficientes puntos de apoyos reales”. Como se advertirá, se ha establecido aquí, como principio, la legalidad. Sin embargo, como bien lo recuerda Claus Roxin, “el principio mencionado es quebrantado por tantas excepciones que en el ámbito de la criminalidad más leve y, en gran parte, también en el de la criminalidad media, rige, en la práctica, el principio de oportunidad”. (52)

En efecto, a partir del párrafo 153, el legislador alemán ha previsto un nutrido grupo de criterios de oportunidad que debilitan, en grado sumo, la fuerza de la legalidad procesal, proclamada como principio. Estos criterios, que dependen de una decisión del órgano promotor (esto es: la Fiscalía) sintéticamente expuestos, se refieren a: Cuando el reproche por el hecho es insignificante y no existe ningún interés en la persecución penal. Cuando el interés en la persecución penal puede ser satisfecho de otro modo. Cuando a la persecución penal se le opone intereses estatales prioritarios. Cuando el ofendido puede llevar adelante por sí mismo la persecución penal.

También en Europa continental, nos señala Cesano, encontramos —dentro de los marcos de la legislación procesal penal común— distintos modelos legislativos que han receptado propuestas mediadoras para el derecho penal. Así, en Francia, junto con los criterios de oportunidad, la Ley de Enjuiciamiento Penal prevé el instituto de la mediación. En efecto, la Ley 93-2 del 4 de enero de 1993 añadió un último párrafo al artículo 41 del Código de Procedimiento Penal, que señala: “El fiscal puede, con carácter previo a su decisión sobre la acción pública y con el acuerdo de las partes, decidir recurrir a una mediación si estima que tal medida es susceptible de asegurar la reparación del daño causado a la víctima, de poner fin al pro-

blema resultante de la infracción y a contribuir a la rehabilitación del autor de la infracción”.

Se trata —como se ha reconocido en la literatura especializada— de la oficialización de la mediación penal, que pone en manos del fiscal, y dentro del marco de uno de los institutos tributarios del principio de oportunidad, una nueva opción respecto al curso por dar al ejercicio de la acción penal. (53) De esta manera, el procurador, cuando avizora como posibles los fines de la norma (reparación, solución del conflicto, rehabilitación del infractor), decide de común acuerdo con las partes habilitar la instancia, la que es realizada por un mediador especial, dependiente del aparato judicial. Éste notifica al procurador del éxito de su misión y el caso se archiva (sin que se continúe el proceso formal). Si la mediación fracasa, en cambio, el Ministerio Público puede continuar, libremente, con el ejercicio de la acción penal. (54) Programas con esos matices también pueden observarse en Gran Bretaña y en Canadá. (55)

Ferrajoli (56) sostiene que la separación de juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás, entiende, por el contrario que entre el modelo acusatorio y la discrecionalidad de la acción penal no existe ningún nexo, ni lógico ni funcional, que sin embargo ha caracterizado siempre a la experiencia práctica —antigua y moderna— del proceso acusatorio. Asume que la discrecionalidad de la acción y la consiguiente disponibilidad de las imputaciones e incluso de las pruebas, que se ha conservado en algunos de los

(53) San MARTÍN LARRINOVA, María Begoña, La mediación como respuesta a algunos problemas jurídico-criminológicos. Del presente francés al futuro español, Gobierno Vasco, Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social, 1997, págs. 101 y 102.

(54) ANITÚA, Gabriel I. - BORINSKY, Mariano H., “Principios de legalidad y oportunidad...”, op. cit., pág. 471, nota 28.

(55) Al respecto, Brian Tkachuk nos informa que el primer proyecto de mediación entre víctima y agresor se desarrolló en Notario en 1974, y fue el punto de partida para el desarrollo de programas similares posteriores; cfr. TKACHUK, Brian, “Alternativas a la prisión: una perspectiva canadiense e internacional”, en Carranza, Elías (coord.), Justicia penal y sobrepoblación carcelaria. Respuestas posibles, Siglo XXI, México, 2001, págs. 249 y ss.

(56) FERRAJOLI, Derecho y Razón. Teoría del galantismo penal, Trotta, Madrid, 2005, págs. 567 y ss.

(51) Cfr. ANITÚA, Gabriel I. - BORINSKY, Mariano H., “Principios de legalidad y oportunidad...”, op. cit., pág. 463.

(52) Cfr. ROXIN, Claus, Derecho procesal penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pág. 90.

actuales sistemas acusatorios (57), son por tanto un reducto, del todo injustificado, del carácter originariamente privado y después sólo cívico o popular de la iniciativa penal. Se entiende que esta discrecionalidad y disponibilidad —que en los Estados Unidos se manifiestan sobre todo en la negociación entre acusador público e imputado (*plea bargaining*) de la declaración de culpabilidad (*guilty plea*) a cambio de una reducción de la gravedad de la acusación o otros beneficios penales— representan una fuente inagotable de arbitrariedades: arbitrariedades por omisión, ya que no cae ningún control eficaz sobre los favoritismos que puedan sugerir la inercia o el carácter incompleto de la acusación; arbitrariedades por acción, al resultar inevitable, como enseña la experiencia, que el *plea bargaining* se convierta en la regla y el juicio en una excepción, prefiriendo muchos imputados inocentes declararse culpables antes que someterse a los costes y riesgos del juicio. El sistema —introducido también en Italia en la forma subrepticia de “negociaciones” sobre la pena o sobre el procedimiento— presenta sin duda la ventaja de la máxima eficacia, si es cierto que permite resolver más del 90 % de los casos con el *guilty plea* y reservar sólo para los pocos casos restantes los cuidados perfiles garantistas del *trial by jury*. Pero esta ventaja se obtiene al precio de una pesada connotación policial y burocrática del grueso de la justicia penal y de una evidente discriminación en perjuicio de cuantos, por su situación económica, son obligados a renunciar, no sólo como entre los italianos, a una defensa adecuada, sino incluso a un justo proceso, como si se tratase de un lujo inaccesible. (58)

(57) El principio de oportunidad en la función de acusación —excluido rígidamente por la Constitución italiana— está presente no sólo en el proceso inglés (B. Huber, o.c., págs. 248 y ss.) y americano (V. Vigoriti, o.c. págs. 261 y ss.) sino también en el alemán para los delitos bagatela (MOLINARI, F., *Pubblico ministero e azione penale nell' ordinamento della Repubblica Federale di Germania*, en Conso, G., ed., o.c. págs. 223 y ss.) e igualmente en el francés, donde se atempera con diversos controles (MOLINARI, F., *Pubblico ministero e azione penale nell' ordinamento francese*, cit., págs. 208 y ss.).

(58) La crítica de Ferrajoli se endereza fundamentalmente al sistema americano y no al sistema de discrecionalidad reglada que han recogido nuestras provincias.

Todolí Gómez (59) señala que en Italia, en principio, y para evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad, se instauró el denominado “*pateggiamento*”, recogido en el actual art. 444 del CPPI (*Codice de Procedura Penale*) de 22 de septiembre de 1988, introducido por ley de 24/11/1981, mediante el cual, si el imputado no reincidente lo solicitaba, el juez, previo acuerdo del Ministerio Fiscal, podía aplicar alguna pena sustitutiva (semi-prisión, multa) a la de privación de libertad, extendiéndose con la nueva regulación a aquellos supuestos de criminalidad medio-graves, siendo aplicable por tanto, a la mayor parte de los procedimientos penales. De esta forma, la solicitud puede provenir tanto del imputado como del Ministerio Fiscal, juntamente o bien de uno con el consentimiento del otro (*richiesta*), determinándose la naturaleza y la duración de la sanción a aplicar, y que podrán ser: Libertad controlada o semidetención (sanciones sustitutivas); penas pecuniarias; y penas privativas de libertad, aunque estas últimas están limitadas, de forma que, disminuidas hasta en un tercio, no deben superar los dos años de prisión o de arresto. Al igual que en Alemania, el Ministerio Fiscal monopoliza el ejercicio de la acción penal, sujeto al principio de legalidad, si bien su estructura orgánica está ubicada en el marco de la Magistratura, independiente del Poder Ejecutivo, con autonomía de cualquier otro poder y sin que rijan los principios de jerarquía y de unidad de actuación. Por los mismos motivos, en ciertos Estados de EE.UU., existe el denominado “*plea bargaining*”, que se utiliza para evitar que jóvenes delincuentes se conviertan, tras su estancia en prisión, en más peligrosos, por lo que el Ministerio Fiscal, tras recabar los oportunos dictámenes, puede llegar a solicitar el sobreseimiento, si bien de manera generalizada en aquel país, supone un proceso de negociación que conlleva discusiones entre la acusación y la defensa en orden a obtener un acuerdo por el cual el acusado se declarará culpable, evitando así la celebración del juicio, a cambio de una reducción en los cargos o de una recomendación por parte del propio Ministerio Fiscal. (60)

(59) Reflexiones sobre la aplicación del principio de oportunidad en el proceso penal y su ejercicio por ministerio fiscal en Noticias Jurídicas, octubre de 2008 noticias.juridicas.com/...Derecho%20Penal/200810-45678932584159.html.

(60) Con la introducción en su ordenamiento jurídico-procesal del procedimiento para el enjuiciamiento rápido

3. Conclusiones

El derecho comparado consiste en el estudio de las diversas instituciones jurídicas a través de las legislaciones positivas vigentes en distintos países.

Para Saleilles, el derecho comparado es una disciplina auxiliar del derecho nacional positivo que contribuye a reforzar las soluciones de éste o insinuar sus cambios. Según Lambert es una ciencia principal, autónoma, que pone de relieve el fondo común de las diversas legislaciones positivas, con lo que permite alcanzar el conocimiento de las leyes, de la evolución de dichas legislaciones, las finalidades perseguidas y la existencia de principios que reciben una adhesión más o menos numerosa. Llambías acepta la primera opinión porque no rinde tributo al positivismo jurídico. Es incuestionable la importancia del derecho comparado, tanto más cuanto la evolución social y económica de los pueblos se orienta hasta un tráfico más frecuente de personas, ideas y bienes.

Corresponde señalar dos orientaciones metodológicas en la investigación referente al derecho comparado: a) investigación restringida a legislaciones de similar afinidad cultural. b) investigación amplia a través de toda clase de legislaciones. Conforme al criterio adoptado en el párrafo precedente, Llambías entiende que el método apropiado es el primero de los mencionados, pues ningún rigor científico puede esperarse de investigaciones que indiscriminadamente computan los datos provenientes de legislaciones carentes de homogeneidad cultural. Para este autor, el derecho comparado como fuente de derecho sólo tiene el valor de elemento corroborante de la solución indicada por otro medio de expresión de derecho nacional, v.gr., cuando se admitió la vigencia en nuestro país del principio que veda el abuso del derecho, aun con anterioridad a la refor-

de determinados delitos (artículo 795 y siguientes, Lecrim), el acusado se puede ver beneficiado por la reducción en 1/3 de la pena solicitada por el Ministerio Fiscal o acusación particular para el supuesto de que reconozca los hechos por los que se le acusa, y hay que reconocer que en este sentido, en la práctica cotidiana, se evitan gran número de juicios, con la consiguiente disminución de señalamientos para los Juzgados de Lo Penal —incrementándose por el contrario las ejecutorias—, ya que en este trámite, es el propio juez de instrucción quien dicta la sentencia en las primeras diligencias judiciales, que debe tener total correlación con el contenido de la acusación por la que el propio acusado se ha conformado.

ma del art. 1071 por la ley 17.711, aunque puede ser un elemento importante a tener en cuenta al momento de sancionar las leyes.

Por nuestra parte, no nos parece que deba restringirse la investigación sólo a los países con identidad cultural, en tanto el estudio de legislaciones que no son afines, puede suministrar elementos de indudable valor, de los cuales no se puede prescindir. No obviemos que bien puede servir como instrumento de cambio y llamada de alarma, como elemento orientativo, que nos dé cuenta que algo no hacemos bien, que existen instituciones cuya aplicación puede mejorar la calidad de nuestra justicia, en orden a los instrumentos que pueden hacerse valer en el proceso. (61)

Rodríguez García, en la introducción de un libro (62) particularmente vinculado a la temática en tratamiento, nos dice: “En la medida en que no estamos ante un fenómeno exclusivo de ningún ordenamiento jurídico en particular, no podíamos tratar el tema de las fórmulas de justicia consensuada a que se da lugar en el proceso penal sin acudir a los diversos instrumentos que el derecho comparado nos ofrece, y no por una simple curiosidad científica, sino porque en unos momentos donde se han producido y se producen renovaciones en nuestro sistema jurídico, tanto en el ámbito sustantivo como en el procesal, tenemos que beneficiarnos de las experiencias que se han producido en otros países. El estudio del derecho comparado, la referencia a los ordenamientos, doctrina y jurisprudencia extranjera, se convierte en un complemento necesario en el método de conocimiento e investigación; sirve para recordar a los estudiosos que el derecho propio no es el único derecho posible y que aunque por razones obvias, deben concentrar la atención en aquél existen otros ordenamientos que es preciso conocer”; se trata, en palabras de Gorla, de un “*interessi di conoscenza pura*”. (63) Como señala

(61) GRISETTI — GOÑI — KAMADA, Derecho Civil. Parte general, prólogo de Alejandro Borda, t. I, El Fuste/Gowa, Jujuy/Buenos Aires, 2012, ps. 107/108.

(62) RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás La justicia penal negociada. Experiencia de Derecho Comparado, Universidad de Salamanca, 1997.

(63) GORLA, Gino, voz “Diritto Comparado”, en autores varios, Enciclopedia del Diritto, volumen XII, pág. 933.

García de Enterría (64) que defiende la necesidad de apelar al derecho comparado a la hora de tener que configurar la opción autonomista que adopta nuestra constitución, “al encaminarnos por unas rutas nuevas, no partimos hacia una utopía apenas entrevista y huidiza a la imaginación, que debemos ir concretando un tanto a ciegas a medida que avanzamos, sino que vamos a emprender un camino hacia un sistema perfectamente objetivizado y conocido, cuyas técnicas están ya depuradas por una larga y extensa experiencia de funcionamiento y rendimiento...; no vamos a entrar precisamente en el mar incógnito, sino, hay que subrayarlo, en rutas perfectamente balizadas y conocidas por el mundo”. Puesto que el estudio de las instituciones extranjeras no tenemos que hacerlo de una manera aislada —ni siquiera la de los ordenamientos más cercanos al nuestro— ni tampoco podemos caer en la tentación de “hispanizar” esos ordenamientos foráneos con conceptos propios que nos permitan explicarlo, puesto que cada institución forma parte del complejo engranaje jurídico de cada país, que requiere un estudio completo y global, junto al análisis de cada una de ellas se va a hacer especial hincapié en los pilares básicos de los sistemas jurídicos en los que se insertan y las garantías que para la consecución de esta justicia material hay que sacrificar, en las razones que les han conducido a prever estos nuevos modos de solución de los conflictos y cómo se han adecuados a los sistemas jurídicos vigentes en esos momentos. El conocimiento en profundidad de los diferentes institutos de los que se quieren sacar consecuencias válidas para inspirar futuras reformas nos tiene que servir para no caer en “un mal muy frecuente entre nosotros, consistente en el mimetismo científico o legislativo extranjero. Una cosa es tomar en cuenta las instituciones y

(64) GARCÍA DE ENTERRÍA, Estudios sobre las autonomías territoriales, Civitas, Madrid, 1985, págs. 373/381.

las experiencias extranjeras y otra muy distinta es el afán de imitar o copiar o de inspirarse en todo cuanto sucede (a veces se cree que sucede) en otros países, sobre todo si se consideran doctrinalmente más adelantados. El mimetismo existe en la doctrina y en la legislación y su consecuencia no puede ser otra que el empobrecimiento de nuestro derecho procesal”. (65) Por ello el análisis crítico de las diferentes instituciones nos ayudará a no sucumbir ante el peligro de ese “mimetismo jurídico” en el error de implementar instituciones excesivamente lejanas de nuestro ordenamiento jurídico, lo que sería especialmente grave al poner en relación un sistema continental europeo con uno de corte anglosajón, modelo en que se han inspirado en mayor o menor medida todos los países. Debemos acudir en busca de las fórmulas foráneas y depurarlas para ver si son oportunas y adaptables a los problemas peculiares de nuestro país; hay que analizar los problemas que se plantearon, las soluciones que se adaptaron y la efectividad de las mismas. El Derecho Comparado tiene que ayudar al legislador en el desempeño de su labor, utilidad ya destacada por Jescheck: “El derecho comparado está a disposición del legislador, que piensa en la reforma del proceso penal, poniendo a su alcance un conjunto de soluciones, sistemáticamente ordenadas, examinadas prácticamente y críticamente apreciadas, para los diferentes problemas sociales, necesitados de regulación”. (66) ◆

(65) VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, “Pautas metodológicas para elaborar un nuevo Código Procesal”, en VVAA., La reforma del proceso penal, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León (dirigido por María del Carmen Calvo Sánchez), Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pág. 181.

(66) JESCHECK, “El Derecho comparado como fundamento de la reforma del proceso penal”, RD Publ., volumen I, número IV, 1975, págs. 337/338.

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Prisión preventiva y Derecho Internacional de los Derechos Humanos: una revisita

POR ROLANDO E. GIALDINO

Sumario: I. Introducción.— II. Principios rectores.— III. Principios derivados.— IV. Marcos normativo y hermenéutico.— V. Requisitos sustanciales.— VI. Conclusiones.

“[...] ahí tienes al mensajero del Rey. Está encerrado ahora en la cárcel, cumpliendo su condena; pero el juicio no empezará hasta el próximo miércoles y, por supuesto, el crimen se cometerá al final” (Carroll, Lewis, *Alicia a través del espejo*, V).

I. Introducción

En una anterior oportunidad hemos estudiado, con cierto detenimiento y extensión, la prisión preventiva (*p.p.*) a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. (1) El presente trabajo, si bien tiene como objeto volver sobre la materia, no intenta reemplazar al primero. La revisita se centrará sólo en determinados y muy contados aspectos de los entonces investigados, y en la medida en que sobre éstos se hubiesen producido novedades, confirmaciones, desvíos. El aludido antecedente es de 1999, y las aguas, aunque no caudalosas, tampoco han corrido en vano. Decimos esto último, poniendo a un lado la praxis, pues, desafortunadamente, tanto en aquella hora como en la actual, el uso excesivo de la *p.p.* se encuentra, con tenaz persistencia, entre los problemas más graves y extendidos en nuestra región. De ello da cuenta, *inter alia*, el reciente *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*, preparado por la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad (Relatoría PPLibertad) y aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH). (2) Por cierto, no es el

indicado un rasgo distintivo del hemisferio. (3) La labor y la producción del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria (GTD Arbitraria) y de los Comités de derechos humanos de la ONU son muestra acabada de un panorama universal más que inquietante: desolador. Argentina, por lo pronto, no escapa al diagnóstico regional (4), ni al universal, tal como lo revelan, amén de lo

logía específica de la preparación del Informe, el cual fue enviado a los Estados miembros de la OEA y a otros actores relevantes vinculados al tema.

(3) Según la World Pre-trial/Remand Imprisonment List (second edition), cerca de tres millones de personas se encuentran en *p.p.* y en otras formas de detención preventiva, en el mundo (International Centre for Prison Studies, 2014, p. 1). En el ámbito del Consejo de Europa fue aprobada la “Recommendation Rec[2006]13 of the Committee of Ministers to member states on the use of remand in custody, the conditions in which it takes place and the provision of safeguards against abuse” (27/9/2006), la cual, después de invocar la “importancia fundamental de la presunción de inocencia y del derecho a la libertad de las personas”, tomó en cuenta, entre otros motivos, “el considerable número” de personas detenidas y los problemas de la superpoblación en las prisiones. En adelante, Recommendation Rec[2006]13.

(4) La Relatoría PPLibertad, con motivo de la visita que realizó a la Argentina (7-10/6/2010), consideró “preocupante”, *inter alia*, “el uso abusivo de la detención preventiva, en detrimento de los principios de presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad que deben regir este mecanismo procesal”. “Según las cifras oficiales —añadió— el 61% de los privados de la libertad no tiene sentencia en firme; sin embargo, la Relatoría observa que dicho porcentaje no incluye aquellos detenidos en dependencias policiales. Las organizaciones de la sociedad civil, por su parte, reportan que más del 70% de las personas privadas de libertad se encuentran en prisión preventiva” (Comunicado de Prensa N° 64/10, 21/6/2010; en adelante Visita a la Argentina 2010; vid. *infra* notas 29 y 42 y, en el texto: 4, D, cuarto párrafo).

(1) Gialdino, Rolando E., “La prisión preventiva en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en Investigaciones, 1999, n° 3, ps. 667/742.

(2) OEA/Ser.L/V/II. Doc.46/13, 30/12/2013. Argentina no respondió al cuestionario que formaba parte de la metodo-

que señalaremos *infra* (2, A), el Comité de Derechos Humanos (Com/DH) —en 1995 (5), en 2000 (6), en 2010 (7), y la saga continúa (8)— el

(5) El Com/DH está preocupado porque “el Código Penal parece ser deficiente en ciertas áreas clave que aparentemente están en conflicto con el principio de presunción de inocencia (art. 14, párr. 2, del Pacto). También lo está por el sistema de prisión preventiva, que considera uno de los últimos vestigios del gobierno autoritario” (Concluding observations: Argentina, 1995, A/50/40, § 157, asimismo § 163).

(6) En lo que respecta a los arts. 9º y 14, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité “reitera su honda inquietud ante el hecho de que el Estado Parte no garantiza plenamente el principio de la presunción de inocencia en el proceso penal. A este respecto [...] considera motivo de preocupación que la duración de la prisión preventiva venga determinada por la posible longitud de la sentencia después de la condena y no por necesidad de enjuiciar al detenido y destaca a este respecto que la imposición de la prisión preventiva no debe ser la norma y sólo se debe recurrir a ella como medida excepcional y en el grado necesario y compatible con las debidas garantías procesales y con el párr. 3º del art. 9º del Pacto. A este respecto, no debe existir ningún delito para el que sea obligatoria la prisión preventiva. Se deben reformar todos los aspectos del sistema de prisión preventiva de conformidad con los requisitos del art. 9º y el principio de la presunción de inocencia del art. 14” (Observaciones finales: Argentina, 2000, § 10).

(7) “Aunque el Comité reconoce la importancia del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus*, en el que fijó los estándares de protección de los derechos de las personas privadas de libertad, el Comité lamenta la falta de medidas para la aplicación efectiva de dichos estándares y que la legislación procesal penal y la práctica en materia de prisión preventiva y en materia penitenciaria a nivel provincial no sean conformes a los estándares internacionales. El Comité expresa su inquietud en particular ante la persistencia de una alta proporción de reclusos que permanecen en detención preventiva, así como la larga duración de la misma (Arts. 9º y 10 del Pacto)” (Observaciones finales: Argentina, 2010, § 16). Y acotó inmediatamente: “[e]l Estado Parte debe tomar medidas con celeridad para reducir el número de personas en detención preventiva y el tiempo de su detención en esta situación, tales como un mayor recurso a medidas cautelares, la fianza de excarcelación o un mayor uso del brazalete electrónico. El Comité reitera que la imposición de la prisión preventiva no debe ser la norma, que sólo se debe recurrir a ella como medida excepcional y en el grado necesario y compatible con las debidas garantías procesales y con el párr. 3º del art. 9º del Pacto, y que no debe existir ningún delito para el que sea obligatoria” (ídem, en negrita en el original).

(8) Argentina debe presentar su próximo informe (quinto) al Com/DH el 30/3/2014. Y la “Lista de cuestiones previa” a dicha presentación, dictada por dicho

Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Subcomité PTortura) (9) y el GTD Arbitraria. (10) La aplicación del castigo en la Argentina y en la provincia de Buenos Aires en particular ha estado históricamente ligada al abuso de la *p.p.* (11)

órgano, expresa: “[t]eniendo en cuenta las anteriores observaciones finales del Comité (CCPR/C/ ARG/ CO/4, párr. 16 [vid. nota anterior]), sírvanse describir las medidas adoptadas para limitar el uso de la prisión preventiva a casos excepcionales y en el grado necesario y compatible con los arts. 9º y 10 del Pacto. Por favor indiquen asimismo los avances en la promoción del uso de medidas alternativas a la prisión preventiva, tales como la fianza de excarcelación o el uso del brazalete electrónico. En este sentido, proporcionen datos estadísticos a nivel federal y provincial desde marzo de 2010 sobre el número de personas que se encuentran en prisión preventiva sin sentencia firme, incluyendo en dependencias policiales y de otras fuerzas de seguridad, y su proporción con respecto al número total de reclusos, así como el promedio anual de duración de la prisión preventiva” (CCPR/C/ARG/QPR/5, 2014, § 13; asimismo: § 15).

(9) “Un importante porcentaje de los internos en los centros penitenciarios se encuentra en prisión preventiva [...] Autoridades provinciales y federales reconocieron la persistencia de una práctica excesiva de la prisión preventiva y serias deficiencias del procedimiento penal para tramitar los casos en legal tiempo y forma, a pesar de las medidas adoptadas en los últimos años para descongestionar los tribunales. La excesiva duración de la prisión preventiva genera situaciones en que los detenidos cumplen o sobrepasan en prisión preventiva la duración de la condena finalmente impuesta” (Informe sobre la visita a Argentina [18-27/4/2012], CAT/OP/ARG/1, 2013, §§ 44/45, en adelante, *Visita a la Argentina 2012*). “El Estado parte —agregó— debe asegurar la separación de los detenidos en prisión preventiva y aquéllos que ya cuentan con una condena, conforme a lo establecido en los instrumentos internacionales pertinentes” (§ 47, en negrita en el original; vid. *infra* nota 30).

(10) Vid. *infra* notas 37, 55, 64, 111 y 110; asimismo: 117. El Consejo de Derechos Humanos “[s]olicita a los Estados interesados que tengan en cuenta las opiniones del Grupo de Trabajo y, de ser necesario, tomen las medidas apropiadas para rectificar la situación de las personas privadas arbitrariamente de libertad, y que informen al Grupo de Trabajo de las medidas que hayan adoptado” (resolución 20/16, La detención arbitraria, 6/7/2012, § 3).

(11) “Informe Argentina”, en *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada*. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú, Due Process of Law Foundation, 2013, p. 32. Dicho informe fue realizado por Mariano Gutiérrez (Instituto de Investigaciones Gino Germani, Facultad de Sociología, UBA), con la colaboración de Anabella Museri y Paula Litvachky (CELS). Sobre la Provincia de Buenos Aires, *infra* nota 30. “Es un dato de la realidad

En este orden de ideas, nuestra revisita se iniciará con los principios rectores de la *p.p.* [1] y con los principios derivados de estos últimos [2]. Seguidamente, y previo algunos señalamientos en torno de los marcos normativo y hermenéutico [3], nos concentraremos en los requisitos sustanciales de la cautela [4]. Hacia el final, formularemos algunas conclusiones [5]). (12)

El eje de la investigación estará puesto, por un lado, en los textos internacionales con jerarquía constitucional (Constitución Nacional, art. 75.22, segundo párrafo): Convención Americana sobre Derechos Humanos (CAmericana DH), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DAmericana DDH) y Declaración Universal de Derechos Humanos (DUniversal DH). Y, por el otro, aunque no exclusivamente, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), de la Comisión IDH, y del Com/DH, a lo cual, de manera complementaria, añadiremos la del GTD Arbitraria, y la de la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte EDH). (13)

que, aún luego de reformas legislativas, el uso abusivo de la prisión preventiva no se ha modificado sustancialmente" (XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mar del Plata, 8-10/11/2007).

(12) Por razones de espacio no hemos encarado en esta oportunidad la especificidad de la *p.p.* relativa a las personas menores. Mas, vid. Corte IDH, Caso "Instituto de Reeducción del Menor" c. Paraguay: "[e]n el caso de privación de libertad de niños, la regla de la prisión preventiva se debe aplicar con mayor rigurosidad, ya que la norma debe ser la aplicación de medidas sustitutorias de la prisión preventiva [...]" (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 2/9/2004, Serie C N° 112, § 230). El Comité de los Derechos del Niño "observa con preocupación que, en muchos países, hay menores que languidecen durante meses o incluso años en prisión preventiva, lo que constituye una grave vulneración del apartado b) del art. 37 de la Convención [sobre los Derechos del Niño]" (Observación general N° 10. Los derechos del niño en la justicia de menores, 2007, § 80; asimismo: §§ 13, 15, 28, 81, 83 y 98).

(13) Transcribimos, en lo que interesa, la versión en español del art. 5º, Convención Europea de Derechos Humanos (CEuropea DH), intitulado, "Derecho a la libertad y a la seguridad", que figura en la página oficial de la Corte EDH, aunque hemos introducido, en algunos pasajes, los textos de las dos únicas versiones auténticas (francés e inglés): "1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo

1. Principios rectores

A. Dos principios gobiernan, a modo de rectores, toda la disciplina de la *p.p.*

Primero, el "principio de presunción de inocencia" —Corte IDH, *López Álvarez c. Honduras*, § 142 (14)—, "principio de inocencia" —Comisión IDH, *José, Jorge y Dante Peirano Basso — Uruguay*, § 69 y pássim (15)—, "estado de inocencia" (ídem, § 71) (16), el cual "acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una

al procedimiento establecido por la ley (selon les voies légales / in accordance with a procedure prescribed by law): [...] c) si ha sido detenido y privado de libertad, conforme a derecho (s'il a été arrêté et détenu / the lawful arrest or detention of a person), para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales (raisons plausibles de soupçonner / reasonable suspicion) de que ha cometido una infracción (infraction / offence) o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido [...] 3. Toda persona detenida o privada de libertad (arrêtee ou détenu / arrested or detained) en las condiciones previstas en el párr. 1º c), del presente artículo deberá ser conducida sin dilación ante un juez u otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado a juicio".

(14) Fondo, reparaciones y costas, 1/2/2006, Serie C N° 141; en adelante *López Álvarez*.

(15) Informe n° 86/09, caso 12.553, fondo, 6/8/2009; en adelante *Peirano Basso*. Este informe será de cita reiterada, puesto que, según lo entendemos, constituye un nuevo caso líder de la Comisión IDH, aun cuando, en diversas cuestiones, no es ajeno a los antecedentes del órgano.

(16) Vid. CAmericana DH, art. 8º.2; PIDCP, art. 14.2; DUniversal DH, art. 11.1; DAmericana DDH, art. XXVI. Asimismo, entre otras: CEuropea DH, art. 6º.2; Carta Europea de Derechos Humanos, art. 48; Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 7º.1.b; Convención sobre los Derechos del Niño, art. 40.2.b.i; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, art. 18.2; Recommendation Rec[2006]13, supra, nota 3. También notas 4/6 y 60/61. En virtud del art. 66 de su Estatuto, el acusado se presume inocente hasta que el Procurador haya demostrado la culpabilidad. Para ser declarado culpable se requiere que cada elemento del delito imputado sea establecido más allá de toda duda razonable (Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia II, *Le Procureur c. Mathieu Ngudjolo*, ICC-01/04-02/12, 18/12/2012, § 34 y sus citas; vid. infra nota 60).

sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme” (Corte IDH, *López Mendoza c. Venezuela*, § 128 (17); Comisión IDH, *Peirano Basso*, §§ 72 y 75).

B. Súmase al antedicho principio, calificable de “universal” (Comisión IDH, *Peirano Basso*, § 71), otro de igual naturaleza: el respeto al derecho a la libertad y a la seguridad personales —ídem; Corte IDH, *Torres Millacura y otros c. Argentina*, § 73— (18).

C. Y permítasenos añadir un tercer principio, el cual, si bien no es exclusivo de la *p.p.*, pues ilumina todo el universo de los derechos humanos, suele ser, en el campo de aquélla, sumamente olvidado, cuando no invertido, sustituido por su contrario: la protección a los derechos humanos “parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar *limitadamente*. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal”. (19) “El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, *superiores al poder del Estado*”. (20)

II. Principios derivados

A. Los principios rectores muestran, sin rebozos, la tensión extrema que con ellos produce la *p.p.* (21)

(17) Fondo reparaciones y costas, 01/9/2011, Serie C N° 233; en adelante *López Mendoza*.

(18) Fondo, reparaciones y costas, 26/08/2011, Serie C N° 229; en adelante *Torres Millacura y otros*. Asimismo: CAmérica DH, art. 7°.1 y 2; PIDCP, art. 9°.1; DUniversal DH, art. 3°; DAmérica DDH, art. I; y *supra* nota 3.

(19) Corte IDH, La expresión “leyes” en el art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86, 9/5/1986, Serie A N° 6, § 21.

(20) Ídem, *Godínez Cruz c. Honduras*, fondo, 20/01/1989, Serie C N° 5, § 174, *itálicas* agregadas.

(21) La presunción de inocencia y el derecho a la libertad y a la seguridad “deberían conducir, si fueran estrictamente aplicados, a rechazar toda detención antes del dictado de una sentencia condenatoria” (Didier, Thomas, “*Détention provisoire, presumption d’innocence. ‘Durée raisonnable*

Quizás de manera irreductible. (22) Es ésta la medida “más severa que se puede imponer al imputado” (Corte IDH, *López Álvarez*, § 67), y resulta no extraña a un manifiesto contrasentido: “privar de la libertad para averiguar si se puede privar de la libertad” (ídem, voto del juez García Ramírez, § 19). (23) Algo recuerda a la Reina de Corazones, parienta, quizás, de la Reina Blanca del epígrafe. (24) Los efectos de la *p.p.* son, de

de la *détention*”, en *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales* [M. Barbero Santos, coord.], Universidad Castilla-La Mancha, 1997, p. 247).

(22) “[...] la prisión preventiva no es una institución procesal, es una institución penal. Prisión preventiva y principio de inocencia son dos cosas que se enfrentan de una manera irreductible [...] Ningún principio de derecho penal, ni procesal penal, se realiza absolutamente. Hay niveles de realización y, por ende, hay niveles de violación del principio de inocencia. Desde mi punto de vista, resulta preferible reconocerlo y reconocer también que la prisión preventiva tiene naturaleza penal, porque entonces tenemos que pensar en alternativas a la prisión preventiva” (Zaffaroni, Eugenio Raúl, “¿Qué hacer con la pena? Las alternativas a la prisión”, en *Las Penas sustitutivas de prisión, Cuadernos para la reforma de la justicia*, 2, México, UNAM, 1995, p. 27). “Si no se quiere reducir la presunción de inocencia a puro oropel inútil, debe aceptarse esta provocación de Manzini, demostrando que no sólo el abuso, sino ya antes el uso de este instituto [p.p.] es radicalmente ilegítimo y además idóneo para provocar, como enseña la experiencia, el desvanecimiento de todas las demás garantías penales y procesales” (Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, 1995, p. 555). Vid. *infra* nota 42.

(23) Y agrega este magistrado: “[s]olemos afirmar que la prisión preventiva no es una verdadera sanción; no constituye una medida punitiva, sino apenas precautoria y efímera. Técnicamente, es cierto. Sin embargo, considerado este fenómeno de cara a la realidad —aunque ésta tropiece con el tecnicismo— la prisión preventiva no difiere en nada, salvo en el nombre, de la prisión punitiva: ambas son privación de libertad, se desarrollan (a menudo) en pésimas condiciones, causan al sujeto y a quienes le rodean un severo gravamen material y psíquico, y traen consigo repercusiones de largo alcance, a veces devastadoras. Inclusive, en no pocas ocasiones —el Caso *López Álvarez* es muestra de ello, ciertamente no única— la reclusión preventiva se prolonga tanto o más que una reclusión punitiva. Por ello, entre otras cosas, es preciso ponderar seriamente la justificación, las características, la duración y las alternativas de la prisión preventiva” (§ 18). “La detención previa al juicio, en tanto privación de libertad, no difiere en nada de la que se impone como resultado de una sentencia” (Informe sobre el uso..., cit., § 137).

(24) “¡Que el jurado considere su veredicto! —ordenó el Rey [...]— ¡No! ¡No! —protestó la Reina—. Primero la

manera pura y dura, crueles, deletéreos; aunque la detención dure sólo unas pocas semanas, su impacto puede hacerse sentir sobre el resto de la vida del encarcelado y, de hecho, en la próxima generación. (25) Las reflexiones que expuso el juez Cançado Trindade en *Tibi c. Ecuador* (26) y *Acosta Calderón c. Ecuador* (27), ilustran algunos de estos graves quebrantos. Todo ello, por añadidura, en el contexto de condiciones de detención lisa y llanamente inhumanas, según lo acreditan, para la región, la Comisión IDH (28), y para Argentina, el Com/DH (29), el Comité contra la Tortura (Com/

sentencia... después el veredicto" (Carroll, Lewis, Alicia en el país de las maravillas, XII). "[L]a misma admisión en principio de la prisión ante iudicium, sea cual fuere el fin que se le asocie, choca de raíz con el principio de jurisdiccionalidad, que no consiste en poder ser detenidos únicamente por orden de un juez, sino en poder serlo sólo sobre la base de un juicio" (Ferrajoli, L., *Derecho y...*, cit., p. 555).

(25) La p.p. es una de las peores cosas que pueden sucederle a una persona: el detenido inmediatamente pierde su libertad, y también puede perder su familia, además de la salud, el hogar, el trabajo y los lazos comunitarios. Por otra parte, no reduce la criminalidad ni mejora la seguridad pública. De hecho, es más probable que produzca un aumento de la criminalidad (The Socioeconomic Impact of Pretrial Detention, Open Society Foundations, 2011, ps. 11 y 31). Asimismo, infra notas 122 y 132.

(26) Corte IDH, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 7/9/2004, Serie C N° 114; en adelante *Tibi*.

(27) *Idem*, fondo, reparaciones y costas, 24/6/2005, Serie C N° 129; en adelante *Acosta Calderón*. Vid. asimismo, en este caso, el voto del juez Ventura Robles.

(28) Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc.64, 2011. El dictado de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas (vid. texto infra B) tuvo, entre sus motivos, "la crítica situación de violencia, hacinamiento y la falta de condiciones dignas de vida en distintos lugares de privación de libertad en las Américas" (considerandos). Acotamos la estimación del GTD Arbitraria: la mayoría de los nueve millones de personas encarceladas en el mundo, sufren violaciones de sus derechos humanos (Report of the Working Group on Arbitrary Detention, A/HRC/10/21, 2009, § 42).

(29) "Pese a la información proporcionada por el Estado Parte relativa a las medidas tomadas para mejorar la capacidad de alojamiento, continúan preocupando al Comité las condiciones imperantes en muchos centros penitenciarios del país, incluido el alto índice de hacinamiento, la violencia intracarcelaria y la mala calidad en la prestación de servicios y la satisfacción de necesidades fundamentales, en particular en materia

de higiene, alimentación y atención médica. Al Comité le preocupa igualmente que, debido a la falta de espacio en esos centros, algunos procesados permanecen en dependencias policiales durante largos períodos, así como el hecho de que algunos de estos centros permanecen en funcionamiento a pesar de la existencia de sentencias judiciales que ordenan su cierre. El Comité también lamenta que la competencia del Procurador Penitenciario se limite únicamente a los internos comprendidos en el régimen penitenciario federal (art. 10 del Pacto)" (Observaciones finales: Argentina, 2010, § 17). Y prosiguió: "[e]l Estado Parte debe adoptar medidas eficaces para poner fin al hacinamiento en los centros penitenciarios y garantizar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 10. En particular, el Estado Parte debe tomar medidas para que se cumplan en el país las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos de las Naciones Unidas. Debe ponerse fin a la práctica de mantener personas procesadas en centros policiales. Funciones como las atribuidas al Procurador Penitenciario deben abarcar a todo el territorio nacional. El Estado Parte debe igualmente tomar medidas para garantizar que todos los casos de lesiones y muertes ocurridos en prisiones y centros de detención sean debidamente investigados, así como garantizar el cumplimiento de las sentencias judiciales que ordenan el cierre de algunos centros" (*ídem*, en negrita en el original). Sobre tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes en las comisarías y en los establecimientos penitenciarios, vid. *ídem*, § 18. Atento los §§ 17 y 18 que acabamos de recordar, es de interés el Informe de seguimiento, Párrafos 17 y 18 de las Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos (CCPR/C/ARG/CO/4), presentado por el CELS al Com/DH, vinculado a las respuestas dadas por el Gobierno a las antedichas Observaciones finales: "la mera mención de acciones vinculadas con la cuestión carcelaria no permite dar lugar a una evaluación sobre la solución concreta de la problemática de la tortura, los malos tratos y violencia estructural. El informe del Estado contiene una deficiencia estructural. Enumera medidas pero evade su análisis en términos de impacto y modificación de la situación previa sobre la que se pretendía trabajar. No alcanza con la enunciación y superposición de medidas si no se explica de qué modo los diversos programas e iniciativas fueron implementados" (http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/ARG/INT_CCPR_NGS_ARG_12169_S.pdf). Esta cuestión, al modo de la señalada supra nota 8, tampoco ha cesado; vid. Com/DH, Lista de cuestiones previa a la presentación del quinto informe periódico de la Argentina (cit., §§ 9, 15, 16). Vid. asimismo, del mismo Comité: Observaciones finales: Argentina, 2000, § 11: "[p]reocupa hondamente al Comité que las condiciones reinantes en las cárceles no se ajusten a las previstas en los arts. 7° y 10 del Pacto y considera [...]". La Relatoría PPLibertad "exhorta al Estado a adoptar las medidas necesarias para que cese la utilización de las dependencias policiales como lugares de alojamiento permanente de personas y, en consecuencia, dejen de funcionar como centros de detención" (Visita a la Argentina 2010; vid. supra nota 4).

Tortura) (30), el Comité de la Mujer (31), y la Relatoría PPLibertad (*vid.* Visita a la Argentina 2010), además del dramático resultado de la ya citada Visita a la Argentina 2012, del Subcomité PTortura. (32) Otra desmemoria: los estándares internacionales sobre las condiciones de detención, indica la Corte IDH, “son aún más rigurosos en el caso de personas privadas de libertad no condenadas, toda vez que el trato que se les infiere tiene que ser acorde con la presunción de inocencia”; la situación configura, redondamente, un trato cruel, inhumano o degradante. (33)

(30) El Comité expresa su preocupación por: “h) El hacinamiento y las malas condiciones materiales que prevalecen en los establecimientos penitenciarios, en particular la falta de higiene, de alimentación adecuada y de cuidados médicos apropiados, que podrían equivaler a tratos inhumanos y degradantes. i) El elevado número de presos en prisión preventiva, que en el sistema penitenciario bonaerense alcanza un 78% según el Estado Parte [supra texto correspondiente a la nota 11]. j) La no aplicación del principio de separación entre condenados y procesados en centros de detención [...]” (Observaciones finales: Argentina, 2004, § 6; sobre esto último, supra nota 9). Entre las recomendaciones dirigidas al Estado derivadas de lo antedicho, se encuentra que “[c]onsidere revisar su legislación y prácticas en materia de detención preventiva, a fin de que la imposición de la prisión preventiva se aplique sólo como medida excepcional, tomando en cuenta las recomendaciones de diciembre de 2003 del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria en cuanto a las medidas alternativas a la detención preventiva” (§ 7, i; asimismo: h y j).

(31) “El Comité expresa su preocupación por la información recibida en cuanto al alto número de mujeres encarceladas, la persistencia de la violencia contra las reclusas, los casos repetidos de registros e inspecciones vaginales, los incidentes de mujeres matadas mientras se encontraban detenidas y, en general, las malas condiciones de detención. Asimismo, observa que siguen siendo limitadas las medidas cuyo objeto es impedir que se repitan esos actos, garantizar una mayor protección a las detenidas y enjuiciar a los responsables de actos de violencia sexual cometidos en cárceles contra mujeres” (Observaciones finales: Argentina, 2010, § 27; asimismo § 28).

(32) No es ocioso acotar, en segundo lugar, que la aplicación generalizada de la p.p. “conlleva un importante costo financiero para los Estados” (Informe sobre el uso..., cit., § 124). También, desde luego, para el detenido y su familia. *Vid.* Derdoy, Malena; Fernández Valle, Mariano; Freedman, Diego; Malajovich, Laura; Roth, Laura, y Salina, Raúl, El costo social y económico de la prisión preventiva en la Argentina, Documento de Trabajo N° 29, CIPPEC, Buenos Aires, 2009.

(33) Para la Corte IDH: Díaz Peña c. Venezuela, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 26/6/2012, Serie C N° 244, § 154. Para los demás: a. en el caso de la p.p. la expresión “tratos inhumanos y degradantes” tiene un sig-

añádase a este horror, por un lado, que las afectaciones son mucho más intensas cuando, como suele acontecer con marcada frecuencia, recaen en personas pertenecientes a grupos vulnerables, las cuales, además, ya son víctimas de otras formas de exclusión social. El número de personas de los grupos más pobres y más excluidos que son arrestadas, detenidas y encarceladas es desproporcionadamente alto, de acuerdo con los Principios Rectores sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos (aprobados por el Consejo de Derechos Humanos, resolución 21/11, 27/9/2012). Muchas de estas personas —continúa— permanecen en detención preventiva por períodos prolongados, sin un recurso efectivo para solicitar la libertad bajo fianza o una revisión. Al no poder pagarse una representación letrada adecuada, tienen más probabilidades de ser condenadas. Durante la detención no suelen tener medios al alcance para impugnar la violación de sus derechos, por las condiciones inseguras o poco higiénicas, los malos tratos o los retrasos prolongados (ONU, p. 19, § 65). Y, por el otro, el obrar de la p.p. como factor de extorsión. (34) “Bajo el *Ancien Régime* —observa P. Lambert— para obtener confesiones, los jueces torturaban. Hoy no torturan más... disponen la

nificado más amplio dada la situación excepcional de las personas en juego (Zanghì, Claudio, “Détention provisoire et droits de l’homme”, en Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales (M. Barbero Santos, coord.), Universidad Castilla-La Mancha, 1997, p. 259), y b. “[l] ocupación de establecimiento por encima del número de plazas establecido será prohibida por la ley. Cuando de ello se siga la vulneración de derechos humanos, ésta deberá ser considerada una pena o trato cruel, inhumano o degradante” (Principios y Buenas Prácticas —*vid.* texto, infra B— pco. XVII).

(34) “El encierro procesal genera una afectación directa en las personas que condicionan su libertad de elección y su posibilidad de armar una defensa eficaz. En este contexto, opera como un factor de extorsión en aquellos sistemas en los que se prevé un acuerdo de juicio abreviado amplio, en donde en la mayoría de los casos se termina acordando una pena que muchas veces es similar al tiempo que estuvo detenido bajo esa modalidad” (Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales [INECIP], El estado de la prisión preventiva en Argentina, Situación actual y propuestas de cambio, Buenos Aires, INECIP, febrero/2012, p. 69). La mayoría de los detenidos carecen de los medios económicos para pagar procedimientos legales complejos y caros, sobre todo cuando los sistemas de asistencia jurídica están ausentes o son disfuncionales (Report of the Working Group on Arbitrary Detention, A/HRC/10/21, 2009, § 46). *Vid.* infra nota 122.

prisión preventiva” (35) La práctica demuestra que al momento de encerrar personas, aunque sea de forma preventiva, el Estado viola prácticamente todos los derechos humanos y las obligaciones contraídas en beneficio de aquéllas. (36)

En síntesis: un cuadro de escándalo mayor, salvo, ciertamente, para el pucciniano Scarpia. Claro está que “avanti a lui tremava tutta Roma!” (*Tosca*, II).

B. Luego, los mencionados principios rectores son la fuente de la que derivan dos principios o caracteres que regulan, con inflexible rigor, la *p.p.* En primer lugar, el de excepcionalidad: la *p.p.* es “necesariamente excepcional” (Corte IDH, *López Álvarez*, § 142; Comisión IDH, *Peirano Basso*, § 69 y pássim). En el marco de un proceso penal, como “regla general”, el imputado debe permanecer en libertad (ídem, § 67, y §§ 69, 72 y 75, respectivamente). Súmese a ello el art. 9.3, PIDCP (“[l]a prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general”), y la voz de su intérprete: la *p.p.* “debe ser excepcional” (Com/DH, Observación general N° 8. Derecho a la libertad y a la seguridad personales (artículo 9), 1982, § 3). (37)

Se alinean tras este postulado, el Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión: “[e]xcepto en casos especiales indicados por ley, toda persona detenida a causa de una infracción penal tendrá derecho [...] a la libertad en espera de juicio con sujeción a las condiciones que se impongan conforme a derecho” (Conjunto de Principios, pcio. 39) (38); las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no

privativas de la libertad (Reglas de Tokio): “[e]n el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso” (39) [6.139], y los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (Principios y Buenas Prácticas, pcio. III.2). (40) En el decir del Com/Tortura: el uso de la *p.p.* debe reducirse al “mínimo absoluto” (*Observaciones finales: Noruega*, 2012, § 9).

C. En segundo lugar, deriva necesariamente de los principios rectores, que la *p.p.* constituya una “medida cautelar” y, por ende, propia del derecho procesal, y absolutamente ajena al derecho sustancial, en el caso, punitivo (Corte IDH, *Usón Ramírez vs. Venezuela*, § 144 (41); Comisión IDH, *Peirano Basso*, §§ 75, 81, 84; Principios y Buenas Prácticas, pcio. III.2; *infra* 4.2.2, B). (42)

(39) Adoptadas por la Asamblea General, ONU, resolución 45/110, 14/12/1990. En igual sentido: Com/Tortura, Observaciones finales: Paraguay, 2011, § 19. Asimismo, según el citado Comité, los Estados deben dar prioridad a las medidas alternativas a la reclusión y a las penas no privativas de libertad, de conformidad con las Reglas de Tokio, y reforzar la capacitación, inter alia, de los jueces y de los abogados, sobre el principio de presunción de inocencia, lo que reducirá la incidencia de la *p.p.* (v.gr. Observaciones finales: Togo, 2012, § 12). El ajuste a dichas Reglas también es reclamado por el Com/DH (p.ej. Observaciones finales: Uruguay, 2013, § 9.c), por la Corte IDH (v.gr. Acosta Calderón, § 110) y, junto con el relativo al Conjunto de Principios, por la Comisión IDH (*Peirano Basso*, §§ 98, 99, 103). 20. Dicho Conjunto es un instrumento declarativo de derechos preexistentes, en la medida en que muchas de sus disposiciones tienen como objeto esencial enunciar, desarrollándolos algunas veces, principios ya reconocidos en el derecho consuetudinario (GTD Arbitraria, Deliberation 01, adoptada en su 3ª. Sesión, E/CN.4/1993/24, 1993, p. 12, § 20).

(40) Adoptados por la Comisión IDH, resolución 1/08, 13/3/2008.

(41) Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 20/11/2009, Serie C N° 207; en adelante Usón Ramírez. Asimismo, Relatoría PPLibertad: “mecanismo procesal” (supra nota 4).

(42) La Relatoría PPLibertad observa con “preocupación” que “se aplican criterios sustantivos para el análisis de procedencia de la prisión preventiva, en contradicción con los estándares internacionales” (Visita a la Argentina 2010). Empero, si a los ojos de la ley la *p.p.* (detención ‘provisoire’ en Francia y ‘preventive’ en Bélgica) no constituye una pena sino una simple medida de ‘seguridad’ o de ‘prevención’, esta calificación suscita, indiscutiblemente, dudas desde un punto de vista crítico” (van de Kerchove, Michel, “Les fonctions de la sanction pénale. Entre droit et philosophie”,

(35) Lambert, Pierre, “Introduction”, en *Le droit au silence et la détention provisoire*, Bruselas, Bruylant, 1997, p. 11.

(36) Derdoy, M. et al., *El costo social...*, cit., p. 7.

(37) Asimismo: Com/DH, comunicación n° 1940/2010, Eligio Cedeño c. República Bolivariana de Venezuela, 29/10/2012, § 7.10; en adelante Eligio Cedeño. Entre las graves críticas que el GTD Arbitraria dirigió a la situación reinante en Argentina, con motivo de su visita en 2003 (22-9/2-10), se encuentra la siguiente: la *p.p.* “es la regla, no la excepción” (Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria. Adición. Visita a Argentina, E/CN.4/2004/3/Add.3, 2013, § 39, asimismo: § 64; en adelante Visita a la Argentina 2003). Vid. supra notas 4/8.

(38) Adoptado por la Asamblea General, ONU, resolución 43/173, 9/12/1988.

III. Marcos normativo y hermenéutico

A. Dos tratados internacionales y una declaración, cuya jerarquía constitucional ya hemos destacado (introducción), se dan cita, *expressis verbis*, en materia de *p.p.*: CAmérica DH, PIDCP y DAmérica DDH. (43) Luego, es de importancia mayor advertir que, de presentarse diferencias entre estas últimas, el principio *pro persona* (*pro homine*), en su manifestación relativa a la concurrencia normativa, impone, siempre, escoger el texto que favorezca a la persona en mayor medida (*vid. infra* 4.2.1, G). Más aún; el principio *pro persona*, a nuestro juicio, da fundamento a una singular consecuencia en el terreno de la superposición normativa, con arreglo a la cual no sería preciso elegir una cláusula y rechazar las otras, sino combinar todas a fin de reconstruir globalmente los derechos de los que la persona es titular. El problema, en dichos supuestos, no es la determinación de cuál protección debe prevalecer, sino armonizar el conjunto de los estándares de protección que pueden ser aplicados de manera acumulativa (asimismo: *infra* F). (44)

B. Ahora bien, los tres instrumentos citados se limitan a remitir al derecho interno, sólo autorizan a que el Estado, si lo desea, introduzca y regule la *p.p.*, por vía de ley. Prescribiéndole, por cierto, condiciones o limitaciones a las que debe “ajustarse estrictamente” (Corte IDH, *Torres Millacura y otros*, § 76). (45) Para que una *p.p.* sea válida,

en *Informations sociales*, 2005/7, n° 127, p. 27. *Vid. supra* nota 22.

(43) Bien puede sostenerse que: a. la DAmérica DDH y la CAmérica DH regulan la *p.p.* en términos análogos (*vid. Comisión IDH, informe n° 77/02, caso 11.506, fondo, Waldemar Gerónimo Pinheiro, José Víctor Dos Santos — Paraguay, 27/12/2002, § 62 y ss.*), y b. el art. 9, DUniversal DH, exhibe una redacción breve y programática, y dejó la elaboración de la materia a las futuras convenciones de derechos humanos (*vid. Niemi-Kiesiläinen, Johanna, “Article 9” en The Universal Declaration of Human Rights: a common standard of achievement [G. Alfredsson y A. Eide, eds.], La Haya, M. Nijhoff, 1999, ps. 210/211*).

(44) Gialdino, Rolando E., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación, Obligaciones*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, ps. 116/117.

(45) Todas las medidas de privación de la libertad “deberán ser compatibles con el derecho interno e internacional” (Principios y Buenas Prácticas, pcio. IV). “La legislación que establece las causales de restricción de la libertad personal debe ser dictada de conformidad con los principios

en síntesis, ha de resultar adecuada, al unísono, a la legislación nacional y a la internacional aplicable. (46)

C. La normativa interna sobre la *p.p.*, de tal manera, queda emplazada, *inter alia*, en el cruce de dos prohibiciones. La primera, de las detenciones “ilegales” (CAmérica DH, art. 7.2), lo cual se abre a dos costados. Por un lado, el “material”: nadie puede ser privado de la libertad personal “sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley” (Corte IDH, *Acosta Calderón*, § 57; asimismo: PIDCP, art. 9°.1; DAmérica DDH, art. XXV). Por el otro, el “formal”: nadie puede ser privado de la libertad personal sino “con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la [ley]” (Corte IDH, *Acosta Calderón*, § 57; asimismo: PIDCP, art. 9°.1; DAmérica DDH, art. XXV). Se trata, en suma, de la “reserva de ley”, de la “garantía primaria del derecho a la libertad física”, la cual, forzosamente, debe ir acompañada del “principio de tipicidad”, que obliga a los Estados a establecer, tan “concretamente como sea posible” y “de antemano”, las “causas” y “condiciones” de la privación de dicha libertad física (Corte IDH, *Usón Ramírez*, § 145). (47) Y “ley”, en el presente contexto, signi-

que rigen la Convención, y ser conducente a la efectiva observancia de las garantías en ella previstas” (Corte IDH, *Servellón García vs. Honduras*, 21/09/2006, Serie C N° 152, § 89; en adelante *Servellón García*).

(46) El respeto de la legislación nacional no es suficiente: el art. 5°.1, CEuropea DH, requiere, además, que toda privación de la libertad sea conforme con el fin de proteger a la persona contra la arbitrariedad (Corte EDH, *Gran Sala, Creanga c. Roumanie*, 23/2/2012, § 67, en adelante *Creanga*).

(47) “Los términos selon les voies légales del art. 5°.1, CEuropea DH [*supra* nota 13], reenvían en lo esencial a la legislación nacional y consagran la obligación de observar las normas de fondo y las de procedimiento” (Corte EDH, *Gran Sala, Creanga*, § 101) “Es esencial que las condiciones de la privación de libertad en virtud de la legislación nacional sean definidas claramente y que la propia ley sea previsible en su aplicación, a fin de satisfacer el requisito de la ‘legalidad’ establecido en la Convención, el cual requiere que toda ley sea lo suficientemente precisa para permitir que cualquier persona —con el asesoramiento adecuado de ser necesario— prevea, en un grado que sea razonable en las circunstancias del caso, las consecuencias que puedan derivarse de una acción determinada” (*ídem*, § 120 y su cita), “Sólo se procederá al arresto o detención de esa persona en espera de la instrucción [...] según condiciones y procedimientos determinados por ley” (Conjunto de Principios, pcio. 36.2).

fica “norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes”. (48)

D. La segunda prohibición (CAmericana DH, art. 7º.3), censura la detención o encarcelamiento “arbitrarios”, vale decir, los producidos “por causas y métodos que —aún calificados de legales— puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad” (Corte IDH, *Usón Ramírez*, § 146; *infra* 4.2, C). (49) En términos coincidentes se expresa el art. 9.1, PIDCP. La historia de su redacción, además, “confirma que no se debe equiparar el concepto de ‘arbitrariedad’ con el de ‘contrario a la ley’, sino que debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad, así como también el principio de las ‘garantías procesales’. Como ha advertido el Comité [...] ello significa que la prisión preventiva consiguiente a una detención lícita debe ser no sólo lícita sino además razonable en toda circunstancia.” (50) La

(48) Corte IDH, La Expresión “Leyes”..., cit.

(49) Las causas de detención no concretas resultan imprevisibles (Corte IDH, *Torres Millacura* y otros, § 81). “[L]a salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos” (ídem, *García Asto y Ramírez Rojas c. Perú*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 25/11/2005, Serie CNº 137, § 113). La noción de “arbitrariedad” del art. 5.1, CEuropea DH, va más allá de la falta de conformidad con la legislación nacional, de manera que una privación de la libertad puede ser regular según dicha legislación, y resultar arbitraria y contraria a la CEuropea DH (Corte EDH, *Gran Sala, Creanga*, § 84). Para una exposición de los principios relativos a la mencionada arbitrariedad, vid., ídem, *Gran Sala, Saadi c. Royaume-Uni*, 28/1/2008, §§ 68/74.

(50) Com/DH, comunicación n° 458/1991, *Albert Womah Mukong c. Camerún*, 21/7/1994, § 9.8; communication n° 1890/2009, *Franck Baruni Kitenge v. Democratic Republic of Congo*, 27/3/2014, § 6.5. Una privación de libertad, aunque esté autorizada por la ley, puede seguir considerándose arbitraria si se basa en un instrumento legislativo arbitrario o es intrínsecamente injusta (Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, A/HRC/22/44, 2012, § 63; asimismo: § 65). Las dos prohibiciones que acabamos de examinar “tienen elementos comunes, ya que las detenciones o reclusiones pueden ser ilegales pero no arbitrarias, legales pero arbitrarias, o tanto ilegales como arbitrarias”

presente prohibición, asimismo, es norma de *ius cogens*. (51)

E. Y si la violación de alguno de los incs. 2º a 7º, art. 7º, CAmericana DH, acarrea necesariamente la del inc. 1º de éste (Corte IDH, *Torres Millacura y otros*, § 73), la relativa a cualquier requisito establecido en la ley nacional, generará que tal privación sea ilegal y contraria a la CAmericana DH (ídem, § 74).

F. Conviene esclarecer, finalmente, cuatro circunstancias: a. los límites de la regulación local, son los provenientes de la norma internacional más favorable a la persona (*supra* A) (52); b. nada obsta a que dicha regulación sea menos permisiva de la *p.p.* que los textos internacionales (Comisión IDH, *Peirano Basso*, § 85); c. en el supuesto anterior se debe aplicar el derecho interno (53), y d. la

(Com/DH, Proyecto de Observación general N° 35. Art. 9º: Libertad y seguridad personales, CCPR/C/GC/R.35/Rev.3, 2014, § 11). El GTD Arbitraria ha establecido cinco categorías (I a V) de privaciones de la libertad arbitrarias, y que se configuran cuando: I. “es manifiestamente imposible invocar fundamento jurídico alguno que la justifique (como el mantenimiento en reclusión de una persona tras haber cumplido su condena o a pesar de una ley de amnistía que le sea aplicable)”; II (vid. *infra* nota 111); III. “la inobservancia, total o parcial, de las normas internacionales relativas al derecho a un juicio imparcial, enunciadas en la [DU]niversal DH) y en los instrumentos internacionales pertinentes aceptados por los Estados interesados, es de una gravedad tal que confiere a la privación de libertad carácter arbitrario”; IV. “los solicitantes de asilo, inmigrantes o refugiados son objeto de detención administrativa prolongada sin posibilidad de examen o recurso administrativo o judicial; V. vulnera el principio de igualdad y no discriminación (v.gr. Comunicación dirigida al Gobierno el 28 de marzo de 2011, n° 47/2011 (Argentina), Carlos Federico Guardo, § 2). Respecto de este último supuesto: *infra* notas 97/98.

(51) Com/DH, Observación general N° 29. Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción (artículo 4), 2001, § 11; GTD Arbitraria: Informe..., cit. nota anterior, §§ 51 y 79; Comunicación dirigida al Gobierno el 25 de febrero de 2011, N° 42/2011 (Arabia Saudita), Thamer Ben Abdelkarim Alkhodir, § 21. Sobre el *ius cogens* en general: Gialdino, R.E., *Derecho Internacional...*, cit., p. 274 y ss.

(52) En el supuesto de concurrencia o superposición de tratados sobre un mismo objeto, la adecuación de la normativa nacional deberá tomar como referencia, según el principio pro persona, la norma más protectoria (vid. Informe sobre la visita a México del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, CAT/OP/MEX/1, 2010, §§ 282/283).

(53) Si una práctica interna o una norma interna favorece más a la persona que una norma internacional, se debe

interpretación de las normas (tanto internacionales como nacionales) también ha de ajustarse al principio *pro persona* en su clave hermenéutica: criterios amplios para los derechos, libertades y garantías; criterios rigurosos para las limitaciones o restricciones a éstas (*vid. idem*, § 75). (54)

IV. Requisitos sustanciales

A. El dictado y mantenimiento de la *p.p.* exige la observancia de cinco recaudos ineludibles: sospecha razonable, peligro procesal, necesidad, proporcionalidad y duración limitada. (55) Recaudos que deben concurrir en todo momento, en todo el curso de la cautela. (56) La presunción

aplicar el derecho interno (Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03, 17/9/2003, Serie A N° 18, §§ 105 y 156). Asimismo: CAmérica DH, art. 29.b; PIDCP, art. 5.2; Comisión IDH, Peirano Basso, §§ 137 y 138.

(54) Gialdino, R.E., *Derecho Internacional...*, cit., p. 465 y ss.; Principios y Buenas Prácticas, pcio. XXV. Sólo una interpretación estrecha de las excepciones del art. 5, CEuropea DH, al derecho a la libertad es consistente con el fin de este precepto (Corte EDH, Gran Sala, *Medvedyev and Others v. France*, 29/3/2010, §§ 78, 117 y sus citas; en adelante *Medvedyev and Others*).

(55) Un resumen de estas pautas se encuentra en las recomendaciones que el GTD Arbitraria dirigió a la Argentina, con motivo de la Visita de 2003 antes citada: “invita al Gobierno de Argentina a revisar su legislación y prácticas en materia de detención preventiva, tanto a nivel federal como provincial. La detención preventiva debe ser la excepción, no la regla. Debe durar el menor tiempo posible. No debe utilizarse en caso de infracciones penales leves, cuando sólo existan meras sospechas, ni cuando existan otros medios de asegurar la comparecencia del imputado y que éste no obstaculice la acción de la justicia. Debe buscarse alternativas a la detención preventiva, tales como el arresto domiciliario, la liberación bajo caución o bajo palabra, o técnicas electrónicas de control locomotivo. Estas medidas alternativas deben establecerse donde no existan y fomentarse su utilización donde la legislación las prevé. A nivel legislativo, deben reconsiderarse las disposiciones que limitan la discrecionalidad del juez, obligándole a decretar la prisión preventiva en función de la pena establecida para el delito correspondiente [vid. en el texto infra B]. La fijación del monto de las cauciones no debe ser excesiva [...]” (§ 64).

(56) V.gr.: “el Estado incumplió su obligación consagrada en el art. 2º de la Convención, puesto que su ley interna no establecía garantías suficientes al derecho a la libertad personal, ya que permitía el encarcelamiento de comprobarse únicamente ‘indicios de culpabilidad’, sin establecer que, además, es necesario que la medida busque un fin legítimo” (Corte IDH, *Barreto Leiva c. Venezuela*, fondo, reparaciones y costas, 17/11/2009, Serie C N° 206, § 116, *italica agregada*, *asimismo*: § 115; en adelante *Barreto Leiva*). “El Estado

de inocencia hace preciso que quien dispone la privación de la libertad “fundamente y acredite, de manera clara y motivada, según cada caso concreto, la existencia de los referidos requisitos” (Corte IDH, *Usón Ramírez*, § 144). Quedan estigmatizadas, así, entre otras, las decisiones en las que “sólo se menciona la base legal” (*idem*, § 147) o emplean formulaciones “estereotipadas”. (57)

La *p.p.*, de consiguiente, no puede ser “obligatoria” (*infra* 4.2.2, C) (58); tampoco dicha comprobación es susceptible de ser reemplazada por presunciones *ius et de iure* (Comisión DH, *Peirano Basso*, § 144; *asimismo*, *infra* 4.2.1, C). Más aún: resulta inadmisibles “invertir la carga de la prueba”; no es el detenido quien debe probar la existencia de razones para ser liberado (*infra* 4.2.1, D). (59) Diríamos, con poco apego técnico, seguramente, que toda decisión en favor de la *p.p.* ha de presumirse ilegal o arbitraria, salvo que el juez demuestre concluyentemente lo contrario. Y, desde luego, “cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado” (Corte IDH, *Cabrera García y Montiel Flores c. México*). (60)

dispuso la prisión preventiva del señor Daniel Tibi, sin que existieran indicios suficientes para suponer que la presunta víctima fuera autor o cómplice de algún delito; tampoco probó la necesidad de dicha medida. Por ello, este Tribunal considera que la prisión preventiva a la que estuvo sometido el señor Tibi fue arbitraria y constituyó violación del art. 7º.3 de la Convención” (*idem*, Tibi, § 107, *italica agregada*). *Asimismo*: Zanghì, C., “*Détention provisoire...*”, cit., p. 258.

(57) Corte EDH, Gran Sala, *Idalov c. Russie*, 22/5/2012, § 147 y sus citas; en adelante *Idalov*.

(58) Com/DH, Observaciones finales: Uruguay, 1998, C. “[C]ualquier sistema de prisión preventiva obligatoria es incompatible con el art. 5º.3 [CEuropea DH]” (Corte EDH, *Ilijkovic c. Bulgaria*, 26/7/2001, § 84, en adelante *Ilijkovic*). *Asimismo*: *Recommendation Rec[2006]13*, § 3.1. *Vid. supra* notas 6 y 7.

(59) Corte EDH, *Bykov c. Russie*, 10/3/2009, § 64 y su cita de *Ilijkovic*.

(60) Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 26/11/2010, Serie C N° 220, § 184; en adelante *Cabrera García y Montiel Flores*. *Asimismo*: Com/DH, Observación general N° 32. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia: “[l]a presunción de inocencia, que es fundamental para la protección de los derechos humanos, impone la carga de la prueba a la acusación, garantiza que no se presuma la culpabilidad a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda duda razonable [vid. *supra* nota 16], asegura que el acusado tenga el beneficio de la duda, y exige que las personas acusadas de un delito sean tratadas de conformidad con este

B. Subrayemos, entonces, la mayúscula tarea (y responsabilidad) que lo anterior reclama a los jueces, únicas autoridades, en definitiva, a las que corresponde disponer sobre la libertad física de una persona (CAmericana DH, art. 7º.5 y 6; PIDCP, art. 9º.3 y 4; DAmericana DDH, art. XXV). (61) Más todavía; la necesidad de que los magistrados judiciales se encuentren habilitados para la consideración de todos y cada uno de los requisitos señalados obra como una terminante limitación de las atribuciones del legislador, vedando a éste “codificar” el debate judicial, por vía de restringir la posibilidad de los primeros de valorar la necesidad y procedencia de la *p.p.* de acuerdo con las características del caso específico. (62) Resulta inexcusable, entonces, que el juez acredite, de manera clara y motivada, “según cada caso concreto”, la existencia de los requisitos exigidos por la CAmericana DH (Corte IDH, *Usón Ramírez*, § 144). (63) Y, en tal sentido, la primera garantía

principio” (2007, § 30); Corte EDH, *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne*, 6/12/1988, § 18.

(61) “[E]n un Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario y procurar, en general, un trato consecuente con la presunción de inocencia que ampara al inculpado mientras no se establezca su responsabilidad” (Corte IDH, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri c. Perú*, fondo, reparaciones y costas, 8/7/2004, Serie C N° 110, § 96). Asimismo: *idem*, *Bayarri c. Argentina*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 30/10/2008, Serie C N° 187, § 74; en adelante *Bayarri*. Por regla, los fiscales carecen de la objetividad e imparcialidad institucionales necesarias para ser considerados funcionarios que ejercen funciones judiciales en los términos del art. 9º.3, PIDCP (vid. Com/DH, communication n° 1547/2007, *Munarbek Torobekov c. Kyrgyzstan*, 27/10/2011, § 6.2, en adelante *Munarbek Torobekov*).

(62) Informe sobre el uso..., cit., § 137; supra nota 55. “[C]ompete a la ley, no al juzgador, prever la existencia de la medida, pero sólo debiera corresponder al segundo, amparado en el acervo de datos que tiene a la mano y considerando los fines que se pretende alcanzar con la medida —y que, por ende, legitiman su aplicación—, aplicar ésta” (Corte IDH, *López Álvarez*, voto del juez García Ramírez, § 24).

(63) “En el auto que ordenó la prisión preventiva de las víctimas [...] no consta una descripción, aunque sea somera, de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que el señor Lapo supuestamente cometió el ilícito, ni la indicación de la acción u omisión atribuida que precise los elementos que caractericen la imputación. En lo que respecta al señor Chaparro, la autoridad judicial no fundamentó las razones por las cuales creía que su prisión preventiva era indispensable para ‘garantizar la inmediatez’ del acusado

fundamental es el derecho del detenido a una audiencia efectiva ante un juez en el examen de la legalidad de una detención, rodeada de los principios de contradicción y de igualdad de armas, especialmente respecto del Fiscal. (64) El derecho a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia garantiza también la igualdad de medios procesales (Com/DH, *Observación general N° 32*, cit., § 13).

C. Todo ello, a la par, demanda al juzgador (y a los fiscales) dos comportamientos, al menos. Primero, encarnar, profunda y sinceramente, con la buena fe que debe regir su tarea, los principios que le señala y preceptúa el bloque de constitucionalidad federal. Y si éste algo exige es el desprendimiento de un abanico de paradigmas tan tradicionales como inválidos y anquilosantes, los cuales, sin dudas, han contribuido y aportado al escándalo activo indicado anteriormente (introducción y 2, A; asimismo: *infra* 4.2.1, E).

Segundo, reafirmar, consolidar, defender, ejercer la legítima independencia de su estrado. La justicia penal es, hoy, más vulnerable a los cambios de ánimo del público y a la reacción política, al tiempo que la política criminal, en otro quiebre con el pasado, ha dejado de pertenecer a

o para permitir el desarrollo del procedimiento. Además, no se señaló el tipo penal supuestamente infringido por las dos víctimas. Por consiguiente, la prisión preventiva dictada contra los señores Chaparro y Lapo fue arbitraria” (Corte IDH, *Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez c. Ecuador*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 21/11/2007, Serie C N° 170, § 105; en adelante *Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez*).

(64) Corte EDH, *Çatal c. Turkey*, 17/4/2012, §§ 32 y 33, con referencia al art. 5º.4, CEuropea DH. “[L]a mayoría de los detenidos entrevistados por la delegación se quejaron que se les había impuesto prisión preventiva sin haber sido escuchados debidamente por el juez. Habían sido conducidos simplemente ante un ‘sumariante’ o secretario de juzgado, quien había ordenado la prisión preventiva firmando en representación del juez. Algunos se quejaron que el sumariante no había escuchado sus argumentos a favor de su libertad o contra su detención y se había limitado a escuchar al agente del Ministerio Público. Las órdenes de detención son comunicadas a los detenidos a través de las autoridades del centro carcelario, sin que el inculpado sea llevado personalmente ante el juez para ser debida y personalmente notificado. Un detenido dijo a la delegación que si él hubiera tenido la oportunidad de ser escuchado personalmente por el juez, tan sólo durante 10 minutos, el juez habría dispuesto su libertad” (GTD Arbitraria, *Visita a la Argentina 2003*, § 37; asimismo § 65).

los expertos profesionales y se ha convertido en una prominente cuestión de los procesos electorales. El proceso de elaboración de políticas (“policy-making process”) se ha vuelto profundamente politizado y populista (“*politicized and populist*”). (65) En la presente era moderna tardía —apunta A. Ashworth— los derechos constitucionales no están siempre en un pedestal, y tienden, a veces, a caer en las arremolinadas aguas de la política, en una lucha contra las demandas de mayor seguridad y otras manifestaciones de lo que se ha dado en llamar el “riesgo social”. (66) Se soslaya, así, que la lucha contra el crimen y la delincuencia manifiesta su superioridad ética en el Estado Constitucional democrático respecto de otros tipos de Estado por el respeto y garantía efectiva de los derechos fundamentales de todas las personas, entre ellas, de los imputados. (67)

D. No es casual, entonces, que L. Pásara, en su análisis comparativo de los respectivos estudios sobre Argentina, Colombia, Ecuador y Perú, señale que el “hallazgo central” de éstos es que la *p.p.*, en cierto número de casos, se impone en razón de presiones recibidas por fiscal y el juez que les impiden actuar imparcialmente. (68) Se observa, así, un clima —tanto interno como externo a las instituciones del sistema— que alienta la utilización amplia de la *p.p.* e inhibe su reducción

(65) Garland, David, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford University Press, 2003, ps. 172 y 13. Texto infra 4.2.2, F.

(66) Ashworth, Andrew, “Four Threats to the Presumption of Innocence”, en *South African Law Journal*, 2006, n° 1, p. 63. 16. “La implementación de la política de seguridad ciudadana debe realizarse teniendo en cuenta el derecho a las garantías procesales y a la protección judicial. En especial, los Estados Miembros deben tener en cuenta sus obligaciones respecto a: [...] b. limitar la prisión preventiva, como medida cautelar, al plazo mínimo posible, conforme a los principios de necesidad y razonabilidad” (Comisión IDH, Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, 2009, recomendaciones, p. 109, § 16). Vid. texto infra 4.2.2, F.

(67) Nogueira Alcalá, Humberto, “Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia”, en *Ius et Praxis [Talca]*, 2005, vol. 11, n° 1, I.

(68) Pásara, Luis, “La prisión preventiva y el ejercicio de la independencia judicial. Análisis comparativo”, en *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú*, Due Process of Law Foundation, 2013, p. 6. Salvo indicación en contrario, seguiremos a este autor en todo el párrafo D del texto, poniendo entre paréntesis las referencias. Hemos hecho cita del informe sobre Argentina supra nota 11.

a medida excepcional (ps. 6/7). En la atmósfera en la que jueces y fiscales desarrollan su trabajo, se tiende socialmente a asociar la condición de procesado con la de detenido; la ciudadanía ha “naturalizado” a la detención en cárcel como la “consecuencia derivada” del procesamiento (p. 7). De tal manera, no queda espacio para la presunción de inocencia; ésta concluye con la detención policial (*ídem*).

Diversos factores concurren a formar este ambiente pues, mayor importancia que los hechos mismos, cobra la lectura que de ellos proponen determinados actores, entre los cuales, según muestran los antedichos estudios nacionales, se destacan las autoridades, las personalidades políticas (69) y los medios de comunicación (70)

(69) Mientras los políticos de oposición, como apunta el informe sobre Argentina, buscan aparecer como portavoces de sentimientos populares generados por la inseguridad, las autoridades de gobierno a menudo pretenden descargar en el sistema de justicia la responsabilidad que les corresponde directamente en el combate de las raíces del fenómeno delictivo (p. 8). Añadimos que, en palabras del Com/DH: “[t]odas las autoridades públicas tienen el deber de abstenerse de prejuzgar los resultados de un juicio, por ejemplo, absteniéndose de hacer comentarios públicos en que se declare la culpabilidad del acusado” (Observación general N° 32, cit., § 30). Con todo, si a algún antecedente en la materia debemos dirigir la mirada es a *J. vs. Perú*, en el cual la Corte IDH formula una rica fundamentación, que ya inaugura en el § 235: “[e]sta Corte ha señalado que el derecho a la presunción de inocencia, tal y como se desprende del art. 8° 2 de la Convención, exige que el Estado no condene informalmente a una persona o emita juicio ante la sociedad, contribuyendo así a formar una opinión pública, mientras no se acredite conforme a la ley la responsabilidad penal de aquella [...]” (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 27/11/2013, Serie C N° 275). Vid. asimismo, el voto disidente de los jueces Ventura Robles y Ferrer Mac-Gregor, en Corte IDH, *Brewer Carías c. Venezuela*, excepciones preliminares, 26/5/2014, Serie C N° 278, § 107 y ss. Para el Sistema Europeo, vid. Corte EDH, *Karaman c. Germany*: el art. 6.2, CEuropea DH (supra nota 16), protege de las declaraciones hechas por funcionarios públicos (public officials) pendientes los procesos judiciales, que alientan al público a creer que el sospechoso es culpable y prejuzgan sobre la determinación de los hechos a ser realizada por la autoridad judicial competente (27/02/2014, § 41).

(70) En Argentina, a favor del clima general parece operar, sobre todo, una línea periodística de “persecución” de aquellos jueces y fiscales que se han atrevido a tomar decisiones que no siguen la propuesta de restringir la libertad de los procesados (p. 13). Vid. Com/DH: a. communication n° 1397/2005, *Engo c. Cameroon*, en la cual se consideró que el hecho de que “los medios de

(p. 8). Y, frente a ello, el Poder Judicial y los fiscales suelen dar una “respuesta adaptativa”, que atiende a la permanencia en el cargo, cuando están designados provisionalmente, a la obtención de un ascenso o, más genéricamente, a la utilidad de conservar una buena imagen en los medios de comunicación y ante los políticos que, en un determinado momento, pueden resultar decisivos en su carrera (p. 15). Téngase en cuenta, además, que el aludido clima o “humor social” no sólo ha abierto paso a cambios de legislación, sino también a criterios de interpretación judicial sobre la procedencia de la *p.p.*: el más simple y usual consiste en reducir la decisión a un solo factor: la gravedad de la pena (p. 16; *vid. asimismo: infra* 4.2.1, E). (71) En estos casos, al proponer el fiscal esta medida cautelar y el juez al adoptarla, se imaginan a cubierto del riesgo de quedar expuestos a cuestionamientos en razón de haber usado su propio criterio para evaluar el riesgo procesal (p. 16). Esta “seguridad”, desde ya, es ganada por dichos funcionarios al costo de desvirtuar la institución de las medidas cautelares y, lo que es más significativo, al costo de sacrificar la independencia propia del cargo (*ídem*). Una prueba indirecta acerca de la prevalencia de la adaptación como respuesta reside en que los procesos disciplinarios sólo han sido abiertos por no haber aplicado la *p.p.*, nunca por haberla aplicado indebida o arbitrariamente (p. 15).

Agreguemos que la Relatoría PPLibertad, con motivo de la Visita a la Argentina 2010, observó “que los jueces optan por la medida cautelar más gravosa para la vigencia del derecho a la libertad durante el proceso, con el objeto de mostrar eficiencia y evitar los reclamos de la sociedad,

comunicación estatales retrataran al autor, en repetidas ocasiones y antes del juicio, como culpable, y publicarían artículos a tal fin, era de por sí una violación del art. 14.2 [PIDCP]” (22/7/2009, § 7.6). El autor había enviado cartas a las autoridades para que se pusiera fin a dichas publicaciones, pero no había recibido respuesta (*ídem*), y b. Observación general N° 32, cit., § 30: “los medios de comunicación deberán evitar expresar opiniones perjudiciales a la presunción de inocencia”.

(71) “[L]a expectativa de pena de cumplimiento efectivo funciona como condición necesaria y suficiente [...] la prisión preventiva decanta automáticamente, pero justificándose como un peligro procesal” (“Informe Argentina”, en *Independencia judicial...*, cit., p. 39).

los medios de comunicación y del mismo poder político”. (72)

Sin perjuicio de lo expuesto, resulta imperioso señalar que las presiones provenientes del “clima” encuentran, con cierta frecuencia, una recepción favorable en jueces y fiscales, precisamente en razón de que la cultura jurídica de los servidores judiciales latinoamericanos reserva un espacio relativamente frágil para los derechos humanos en general y para la presunción de inocencia en particular (p. 18). (73)

IV.1. Estado de sospecha

A. Es “presupuesto” de la *p.p.* la existencia de “elementos de prueba serios que vinculen al imputado con el hecho investigado” (Comisión IDH, *Peirano Basso*, § 77); de “indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso ha participado en el ilícito que se investiga” (Corte IDH, *Barreto Leiva*, §§ 111; *asimismo: §§ 114, 115*). Esa sola circunstancia, la prueba que vincula a la persona al hecho, “es lo que distingue al imputado —inocente— contra quien se dispone la medida, de las demás personas, contra quienes no se establece medida de coerción alguna —igualmente inocentes—” (Comisión IDH, *Peirano Basso*, § 77). (74)

B. La sospecha, desde luego, “tiene que estar fundada en hechos específicos y articulados con palabras, esto es, no en meras conjeturas o intuiciones abstractas” (Corte IDH, *Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez*, § 103). Se trata de la existencia de “sospechas razonables”, *i.e.*, de hechos o información capaces de persuadir a un observador objetivo de que el encausado pudo haber cometido el delito en juego (*ídem, c/cita de Corte EDH*). Ello

(72) Como medidas de acompañamiento institucional, se recomienda proveer entrenamiento específico a fiscales y jueces en el manejo de situaciones de alta controversia social de las cuales puedan surgir presiones hacia su trabajo (Informe sobre el uso..., cit., § 121).

(73) El sostén popular al uso extenso de la *p.p.* corresponde al hecho de que tampoco entre la ciudadanía la presunción de inocencia se halla firmemente instalada, al tiempo que el respeto a los derechos humanos no recibe prioridad cuando se trata de enfrentar al delito (p. 20).

(74) Las personas detenidas y absueltas en primera instancia deberán ser puestas en libertad inmediatamente (Report of the Working Group on Arbitrary Detention, A/HRC/4/40, 2007, § 78.b).

constituye condición *sine qua non* de la cautela (Comisión IDH, *Peirano Basso*, §§ 79/80, c/cita de Corte EDH; Principios y Buenas Prácticas, pcio. III.2).

IV.2. Peligro procesal

Intitulamos el presente recaudo en los términos expresados pues, como lo veremos, el peligro procesal es el género que encierra el único par de motivos o fundamentos legítimos de la *p.p.* [1]. Empero, no por este *numerus clausus* los órganos regionales han dejado de rechazar expresamente otros supuestos [2].

IV.2.1. Motivos admisibles

A. La CAMericana DH admite dos “únicos” fundamentos legítimos de la *p.p.*, ambos derivados del llamado “peligro procesal” (o “riesgo procesal”), *i.e.*, los peligros de que el imputado intente (i) eludir el accionar de la justicia, y (ii) obstaculizar la investigación judicial (impedir el desarrollo eficiente de las investigaciones o del procedimiento). (75) La Corte IDH ha sido terminante al respecto (76); también, la Comisión IDH (*Peirano Basso*, §§ 81, 85, 88; asimismo: Principios y Buenas Prácticas, pcio. III.2). Empero, reiteramos lo sostenido críticamente en una oportunidad ya recordada: de la última frase del art. 7º.5, CAMericana DH (la libertad del detenido “podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”), debe seguirse que sólo es válido para el Sistema Interamericano el antedicho motivo. (77)

B. La invocación del riesgo no puede sustentarse en meras suposiciones. (78) Requiere, por lo contrario, una comprobación asentada, al menos, en “indicios suficientes, que persuadan

(75) V.gr.: obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos o destruir evidencia (Comisión IDH, *Peirano Basso*, § 88).

(76) V.gr.: Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez, § 93; Servellón García y otros, § 90; Palamara Iribarne vs. Chile, fondo, reparaciones y costas, 22/11/2005, Serie C N° 135, § 198; Acosta Calderón, § 111; Tibi, § 180; López Álvarez § 69; Barreto Leiva, §§ 111, 121; Bayarri, § 74.

(77) Gialdino, R.E., “La prisión preventiva...”, cit., p. 692. Vid. texto infra G.

(78) Com/DH, communication n° 1178/2003, Aleksander Smantser v. Belarus, 23/10/2008, § 10.3: “mere assumption”; en adelante, Aleksander Smantser.

a un observador objetivo” (Corte IDH, *Barreto Leiva*, § 115); es menester una fundamentación sustentada en circunstancias objetivas (Comisión IDH, *Peirano Basso*, § 85) (79), en prueba fáctica (Corte EDH, *Becciev c. Moldova*, 4/10/2005, § 59: “*factual evidence*”).

C. Desde luego, resultan inadmisibles las presunciones *iuris et de iure* de riesgo procesal (*vid. supra* 4, A). En Raúl José Díaz Peña — Venezuela, la Comisión IDH consideró “arbitraria” una *p.p.* dispuesta sin otro fundamento que la presunción de peligro de fuga, prevista por la ley venezolana para casos de hechos punibles con penas privativas de libertad, cuyo término máximo fuese igual o superior a diez años (“presunción automática”): “la imposición de la detención preventiva sobre la base exclusiva de la presunción de peligro de fuga [...] sin individualización de las circunstancias específicas del caso, si bien se encontraba prevista por la ley, fue arbitraria y por lo tanto constituyó [...] violación del derecho consagrado en el art. 7º.3 de la Convención Americana”. (80)

D. Empero, ¿qué decir de las presunciones *iuris tantum*? Para la Comisión IDH resultarían admisibles, según lo expone en *Peirano Basso*: “el riesgo procesal de fuga o de frustración de la investigación debe estar fundado en circunstancias objetivas. La mera alegación sin consideración del caso concreto no satisface este requisito. Por ello, las legislaciones sólo pueden establecer presunciones *iuris tantum* sobre este peligro, basadas en circunstancias de hecho que, de ser comprobadas en el caso concreto, podrán ser tomadas en consideración por el juzgador para determinar si se dan en el caso las condiciones de excepción que permitan fundamentar la prisión preventiva. De lo contrario, perdería sentido el peligro procesal como fundamento de la prisión preventiva” (§ 85).

Desde nuestro punto de vista, esta doctrina es inaceptable, por contradecir, sin miramientos ni disculpas, los principios “rectores” y los “derivados” de estos (*supra* 1 y 2; asimismo: 4, A). Todos

(79) La mera ausencia de residencia fija no origina un peligro de fuga del acusado (Corte EDH, *Sulaoja v. Estonia*, 15/2/2005, § 64); tampoco que éste sea extranjero (Com/DH, communication n° 526/1993, Hill and Hill c. Spain, 2/4/1997, § 12.3).

(80) Informe n° 84/10, caso 12.703, fondo, 13/7/2010, §§ 150/153; en adelante Raúl José Díaz Peña.

ellos, de consuno, si a algo son refractarios, de manera frontal, es a toda presunción que, de un modo u otro, directa o indirectamente, abierta o solapadamente, favorezca o facilite el dictado de la privación de libertad. Aun cuando, por su índole, la presunción *sub examine* admite prueba en contrario, ésta es puesta en cabeza de un inocente (asimismo, *supra* 4, A). (81) Se percibe, además, un exceso de “codificación” (*supra* 4, B; asimismo: nota 52).

A todo evento, nos permitimos introducir determinadas salvaguardias. En efecto, salvo desbaratar mucho de lo que ya ha sido expresado y de lo que seguirá en torno de los restantes requisitos, entendemos que el pasaje transcripto, al menos, llama al juzgador, aun cuando tuviera por comprobadas las circunstancias de hecho generadoras de la presunción legal, a considerar en el caso concreto: a. si dichas circunstancias persuadirían por sí solas a un observador objetivo sobre la existencia del riesgo procesal de fuga o de frustración de la investigación (*supra* B), y b. si estos últimos fines podrían lograrse por medios no lesivos de la libertad (*infra* 4.3). Además, por cierto, el sentenciante siempre habrá de sopesar la validez de la presunción, *i.e.*, si se apoya en presupuestos razonables y si estos guardan una estricta relación, tanto en términos de adecua-

ción como de proporcionalidad, con el peligro (admisible) que pretenden conjurar (*infra* 4.4). Nos afirmamos, para estas consideraciones, en el propio *Peirano Basso* pues, al paso que censura la normativa uruguaya (arts. 27, Constitución, y 138, Código del Proceso Penal), de ser interpretados en el sentido de que imponen al juez la obligación de disponer la *p.p.* (*vid. infra* nota 99), parece no cuestionarlos de entenderse que establecen una “presunción *prima facie*” (§ 160). Sin embargo, bajo esta hipótesis, la Comisión IDH sostiene que es el juez, en cada caso, “quien debe establecer si esa presunción *prima facie* “establecida por el legislador tiene fundamento en la necesidad de preservar los fines del proceso (*idem*). También hacemos pie, amén de en lo que señalaremos en el párrafo siguiente, en la *ratio decidendi* que expuso el Com/DH, con motivo de considerar la misma norma que examinó la Comisión IDH en *Raúl José Díaz Peña* (*supra* C): “el Estado parte no ha ofrecido razones suficientes más allá de la mera presunción de fuga que, en el caso del autor, justifiquen la medida inicial de detención preventiva y su posterior prolongación, o expliquen por qué no podía recurrir a otras medidas para impedir una posible fuga [...]” (*Eligio Cedeño*, § 7.8 y 10). Recuérdese, además, que la legalidad no inmuta contra la arbitrariedad (*supra* 3, D), y que el control de convencionalidad ha de ser ejercido por los jueces, incluso *ex officio*. (82)

E. En el presente orden de ideas, es apropiado aclarar que el peligro de fuga no tolera ser juzgado con arreglo exclusivo a la gravedad de la pena o al tipo de delito puesto en la liza (*vid. infra* 4.2.2, D). Así lo sostiene la Comisión IDH (83); también la Corte EDH. (84) Oportuno y necesario es

(81) El desplazamiento de la carga de la prueba a la persona detenida por vía de presunciones, equivale a revocar la regla del art. 5º, CEuropea DH, el cual es una disposición que hace de la detención una excepción al derecho a la libertad. En el presente caso, dada la falta de referencia a hechos relevantes y concretos, y basarse únicamente en una presunción legal con base en la gravedad de los cargos, la cual desplazó hacia el acusado la carga de probar que no había ni siquiera un hipotético peligro de fuga, de reincidencia o de colusión, las autoridades prolongaron la detención del demandante por motivos que no pueden considerarse como suficientes (Corte EDH, *Ilijkov*, §§ 85 y 87; asimismo: §§ 79/84). Cuando un tribunal examina una solicitud de libertad bajo fianza, “la Fiscalía o las autoridades de investigación competentes son quienes tienen la carga de probar, en particular, que el acusado no comparecería ante el Tribunal en caso de ser liberado [...] independientemente de la gravedad del delito”. De lo contrario se invertiría la carga de la prueba pasándola de la acusación al acusado, y haciendo de la libertad provisional bajo fianza la excepción en lugar de la regla (GTD Arbitraria, Comunicación dirigida al Gobierno el 14 de septiembre de 2012, N° 66/2012 (Bangladesh), *Azharul Islam, Ghulam Azam y Mir Quasem Ali*, §§ 53 y 52). “La carga de probar que existe un riesgo importante y que no puede ser disipado, pesa sobre la fiscalía o el juez de instrucción” (Recommendation Rec[2006]13, § 8.2).

(82) Gialdino, Rolando E., “Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio. Aportes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *La Ley*, 2008-C, p. 1295.

(83) Comisión IDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Francisco Usón Ramírez (Caso 12.554) contra la República Bolivariana de Venezuela, 25/7/2008, §§ 178/179 y 184.

(84) El peligro de fuga de un acusado no ha de ser apreciado únicamente sobre la base de la severidad de la sentencia a la que se arriesga. Debe evaluarse con referencia a una serie de otros factores relevantes que podrán confirmar la existencia de dicho peligro o hacer que éste parezca tan leve que no pueda justificar la *p.p.* (Corte EDH, *Piruzyan c. Armenia*, 26/6/2012, § 95 y sus citas; asimismo: § 99; en adelante *Piruzyan*). La expectativa de una pena grave y el

recordarlo, además, por cuanto dicha Comisión ha observado que la aplicación de la *p.p.* con el fundamento indicado, no siempre es una cuestión de “diseño legal”, sino, también, un más que inválido “paradigma” que campea en la mayoría de los Estados de la región, el cual requiere un “verdadero cambio” (*supra* 4, C y D). (85)

Y más oportuno y necesario lo sería, si pensáramos, al modo en que lo hizo Voltaire [1766] en su Comentario a *De los delitos y de las penas*, de Beccaria, que, quizás, no sea la lejana y eventual gravedad de la pena lo que impulse a la fuga, sino la cercana y poco contingente gravedad de la *p.p.* (86)

F. En breve: los jueces están emplazados a examinar y expresar todos los hechos a favor o en contra de la existencia de los peligros procesales (Comisión IDH, *Peirano Basso*, § 86, *c/cita* de Corte EDH). (87)

G. Finalmente, conviene puntualizar que el presente recaudo pide por la plena aplicación de una pauta que ya hemos adelantado: los límites de la regulación local, son los provenientes de la norma internacional más favorable a la persona y más restrictiva de los poderes estatales (*supra* 3, F). Formulamos esta insistencia por cuanto, a juicio del Com/DH, el PIDCP admite, además de los dos motivos de riesgo procesal ya enunciados, “impedir la repetición del delito” (*Eligio Cedeño*, § 7.10). Un Estado parte de la CAmérica y del PIDCP, por ende, no podría reconocer este tercer supuesto. (88) Procede acotar, con todo, que la

peso de las pruebas pueden ser relevantes pero no decisivas, y la posibilidad de obtener garantías pueden ser empleada para compensar cualquier riesgo (ídem, § 95 y su cita).

(85) Informe sobre el uso..., cit., §§A.3., 71, 155, 326.

(86) Buenos Aires, Heliasta, 1993, p. 209.

(87) “[L]a Corte [IDH] nota que la orden de detención judicial en ninguna de sus 454 hojas hace mención a la necesidad de dictar la prisión preventiva del señor Barreto Leiva porque existen indicios suficientes, que persuadan a un observador objetivo, de que éste va a impedir el desarrollo del procedimiento o eludir la acción de la justicia” (Barreto Leiva, § 115).

(88) Es necesario advertir, en este tren de marcar diferencias, que la Corte EDH, en su jurisprudencia, ha desarrollado “cuatro razones fundamentales aceptables para la prisión preventiva de un acusado sospechoso de haber cometido una infracción”: a los tres peligros procesales señalados en el texto, se agrega el riesgo de que la

indicada postura del Com/DH es del todo cuestionable, dado que muestra poco apego al texto que interpreta, y al objeto y fin de un tratado de derecho humanos (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 31). Más aún; reiteramos nuestra opinión crítica (paralela a la expresada *supra* 4.2.1, A), en cuanto a que, para el art. 9º.3, PIDCP, y tal como su texto lo indica, la *p.p.* sólo procede cuanto sólo procede cuanto tiene por objeto asegurar la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. (89) Y añadimos, ahora, la doctrina del GTD Arbitraria: “[l]as disposiciones enunciadas en el párrafo 3 del artículo 9 del [PIDCP] pueden resumirse de la manera siguiente: Toda medida de privación de libertad debe ser excepcional y de corta duración, y la puesta en libertad puede ir acompañada de medidas destinadas únicamente a asegurar la comparecencia del imputado en el proceso judicial”. (90)

IV.2.2. Motivos inadmisibles

A. El punto anterior (sub A y G) echa luz más que suficiente en cuanto a que, para los Estados parte de la CAmérica DH, los motivos admisibles de la *p.p.*, según los órganos del Sistema Interamericano, son los dos allí indicados, con carácter taxativo. Sin embargo, dada su no escasa aplicación, tanto la Corte IDH como la Comisión IDH, han repudiado expresamente determinadas razones. Es destacable la actitud de la segunda, ya que entraña, afortunadamente, el abandono de criterios que otrora había aceptado: “riesgo de comisión de nuevos delitos” y “preservación del orden público”. (91)

liberación del imputado “perturbe el orden público” (vid. *Tiron c. Roumanie*, 7/4/2009, § 37). Con todo, “este último riesgo decrece necesariamente con el tiempo y, por ende, las autoridades judiciales deberán formular motivaciones aun más explícitas para justificar la persistencia de la detención” (ídem, § 40). Vid. texto *infra* 4.2.2, B.

(89) Gialdino, R.E., “La prisión preventiva...”, cit., p. 692, nota 95.

(90) Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, A/HRC/19/57, 2011, § 56. Y agrega: “[e]l Grupo de Trabajo desea que esa interpretación del párr. 3º del art. 9º del Pacto sea asumida de manera general” (§ 57).

(91) Vid. informe n° 2/97, casos 11.205, 11.236, 11.238, 11.239, 11.242, 11.243, 11.244, 11.247, 11.248, 11.249, 11.251, 11.254, 11.257, 11.258, 11.261, 11.263, 11.305, 11.320, 11.326, 11.330, 11.499 y 11.594, Argentina, 11/2/1997, § 32 y 37/36.

B. Las “características personales del supuesto autor”, juzgó la Corte IDH, no resultan justificación suficiente de la *p.p.* (Bayarri, § 74; López Álvarez, § 69). (92) En consecuencia, han de ser desechados todos los esfuerzos por fundamentar la cautela, p.ej., en fines preventivos, como la “peligrosidad del imputado”, la “posibilidad de que [éste] cometa delitos en el futuro”, no sólo por el principio de inocencia sino, también, porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva (Comisión DH, Peirano Basso, § 84; asimismo: §§ 166, 168, 178/180). Con igual sustento ha de excluirse la “repercusión social del hecho” (*idem*) (93), hipó-

Gialdino, R.E., “La prisión preventiva...”, cit., ps. 699/703 y 705/706. “Con el advenimiento de los regímenes fascistas se consolidó el uso y el abuso de la prisión preventiva ‘sin púdicos juegos de palabras, como medida de seguridad procesal’, ‘necesaria para la defensa social’ e indispensable siempre que el delito haya causado una ‘grave alarma pública’. En aquella época la prisión preventiva se caracterizó por ser una verdadera medida de prevención frente a los peligrosos y los sospechosos o lo que era aún peor: se destacó por ser una ‘ejecución provisional y anticipada de la pena’” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-827/05, 10/8/2005, II, § 6, c/cita de Luigi Ferrajoli).

(92) “La decisión de mantener la prisión preventiva del señor Giménez como resultado de sus condenas previas vulnera claramente este principio [de inocencia], así como el concepto de la rehabilitación en el derecho penal. Fundar en estas condenas previas la culpabilidad de un individuo o la decisión de retenerlo en prisión preventiva es, en esencia, una perpetuación del castigo. Una vez que la persona condenada ha cumplido su sentencia o ha transcurrido el período de condicionalidad, debe restablecerse a dicha persona en el goce pleno de todos sus derechos civiles” (Comisión IDH, informe n° 12/96, caso 11.245, Jorge A. Giménez - Argentina, 1/3/1996, § 97, en adelante Jorge A. Giménez).

(93) En igual sentido crítico, y sumando a este supuesto, el riesgo de repetición: vid. Stevens, Lonke, “Pre-Trial Detention: The Presumption of Innocence and Article 5 of the European Convention on Human Rights Cannot and Does Not Limit its Increasing Use”, en *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2007, n° 17, ps. 169/170 y los autores allí citados. La genérica alarma social presuntamente ocasionada por un delito constituye el contenido de un fin exclusivo de la pena —la prevención general— y (so pena de que su apaciguamiento corra el riesgo de ser precisamente alarmante por la quiebra de principios y garantías jurídicas fundamentales) presupone un juicio previo de antijuridicidad y de culpabilidad del correspondiente órgano judicial tras un procedimiento rodeado de plenas garantías de imparcialidad y defensa (Tribunal Constitucional de España, pleno, Sentencia TC 47/2000, 17/2/2000, f.j. 3).

tesis esta que, incluso en el terreno del Sistema Europeo, es juzgada con rigor. (94)

C. A la par, y retomando lo anticipado (*supra* 4, A), “en ningún caso” la aplicación de la medida cautelar puede estar determinada por el “tipo de delito que se impute al individuo”, sea cual fuere su gravedad (Corte IDH: López Álvarez, § 81; Bayarri, § 74; Comisión IDH, Peirano Basso, §§ 90, 140/143, 184/190). (95) Tampoco podría fundarse en la “duración de la pena aplicable” (Com/DH, *Observaciones finales: España*, 2012, § 15). “[N]o debe existir ningún delito para el que sea obligatoria la prisión preventiva”, le advirtió el Com/DH a la Argentina, en más de una oportunidad (*Observaciones finales*, 2000, § 10; 2010, § 16). (96) La Americana DH no admite que la ley despoje a una parte de la población carcelaria de un derecho

(94) Los tribunales nacionales se han limitado a una referencia abstracta a la gravedad de los cargos y a la alteración del orden público, sin fundamentar el carácter cierto y actual de la amenaza para dicho orden y sin especificar de qué manera la liberación del detenido habría producido la aludida perturbación. En cualquier caso, la gravedad de los hechos y la alteración del orden público no pueden justificar por sí solos una larga detención provisional (Corte EDH, *Vosgien c. France*, 3/10/2013, § 57, en adelante *Vosgien*). Asimismo *supra* nota 88.

(95) “La severa restricción introducida por esta ley [24.390, art. 10] se refiere a los delitos de narcotráfico, y se funda en la naturaleza reprochable y consecuencias sociales negativas de este tipo de delitos. Sin embargo, es otro elemento que puede ser utilizado para menoscabar la presunción de inocencia, teniendo en cuenta que las personas acusadas por delitos de narcotráfico son automáticamente excluidas de los beneficios de limitación de la prisión preventiva. Podría incluso considerarse que se les impone un castigo anticipado, sin que el juez competente se haya pronunciado aún sobre su culpabilidad. Asimismo, esta situación puede dar origen a la aplicación arbitraria y desviada de la prisión preventiva, con fines distintos a los previstos en la propia ley” (Comisión IDH, informe n° 2/97, casos 11.205... Argentina, cit., § 51).

(96) En análoga doctrina: Superior Tribunal Federal de Brasil, *Hábeas Corpus*: HC 94404 SP, relator: Celso de Mello, 19/8/2008. El rechazo “automático” de las peticiones del acusado a ser liberado bajo fianza, con el argumento de que se le acusa de un delito que, por su gravedad, está legalmente excluido de dicha excarcelación, es incompatible con el art. 5° 3, CEuropa DH, pues impide todo control judicial de las circunstancias particulares de la detención (Corte EDH, Piruzyan, § 104 y sus citas). El Com/DH “siente especial inquietud por el hecho de que la excarcelación bajo fianza nunca es posible en el caso de las personas acusadas de delitos que comporten una pena de prisión de dos o más años” (*Observaciones finales: Bolivia*, 1997, § 18).

fundamental en virtud del delito imputado en su contra, con lo cual lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpados, y *per se* viola el art. 2 independientemente de que la norma haya sido aplicada en el caso (Corte IDH, *Suárez Rosero c. Ecuador* (97); Comisión DH, *Peirano Basso*, §§ 143/144). (98) Reproches concretos recayeron, p.ej., además de en este último antecedente (99), en *López Álvarez* (100) y en *Suárez Rosero* (101) de la Corte IDH. Al respecto, el Com/DH recomendó la eliminación de la norma procesal que dispone que las personas sospechosas de haber cometido delitos que sean punibles con pena de prisión superior a diez años, pueden ingresar en p.p. por el solo hecho de que el juez considere que hay razones de seguridad pública o

(97) Fondo, 12/11/1997, Serie C N° 35, § 98, en adelante *Suárez Rosero*. La Corte IDH reitera el referido pasaje en *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros c. Trinidad y Tobago*, fondo, reparaciones y costas, 21/6/2002, Serie C N° 94, § 114. Vid. ídem, *Acosta Calderón*, § 135. Sobre el carácter discriminatorio de este tipo de normas, vid. el voto del juez Cançado Trindade en *Acosta Calderón*, la nota siguiente y supra nota 50.

(98) “Ese tipo de clasificaciones violan el principio de igualdad ya que el distinto trato está fundado en la naturaleza reprochable o las consecuencias sociales negativas de determinado tipo de delitos, criterios que no pueden ser tenidos en cuenta para denegar la libertad durante el proceso. Algunas personas quedarán automáticamente excluidas del derecho a la libertad a pesar de estar imputadas de delitos reprimidos con penas más leves, en virtud de percepciones sociales que, además de indemostrables, son absolutamente ilegítimas a los fines de determinar la licitud de una prisión preventiva” (Comisión IDH, *Peirano Basso*, § 142). Vid. texto supra 4, D.

(99) La inteligencia de las normas uruguayas (Constitución, art. 27, y Código del Proceso Penal, art. 138) en el sentido que, al establecer la facultad del juez de conceder la libertad durante el proceso cuando no haya de resultar pena de penitenciaría, imponen a aquél la obligación de disponer la detención en los demás supuestos, omite considerar la concurrencia en el caso de los dos fundamentos legítimos de la prisión preventiva y contraría los principios de excepcionalidad, provisionalidad, necesidad y proporcionalidad, expuestos en el presente informe” (§§ 159/160). Vid. supra 4.2.1, D, tercer párrafo.

(100) En el cual fue objetado el Código de Procedimientos Penales hondureño, en la medida en que sólo permitía el beneficio de caución en el supuesto de delitos que “no merezca[n] pena de reclusión que pase de cinco años” (§81).

(101) La reprobación recayó sobre la norma ecuatoriana que excluía de las disposiciones generales sobre liberación de los detenidos en p.p., a los que estuvieren encausados por delitos sancionados por la Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

seguridad de la propiedad que lo justifican (*Concluding observations: Bosnia and Herzegovina*, 2012, §§ 15/16).

D. Sin embargo, la “seriedad de la infracción como [la] severidad de la pena” pueden ser tomadas en consideración al momento de analizar el riesgo de evasión (Comisión IDH, *Peirano Basso*, § 89). Ahora bien, salvo contradecir lo indicado en el párrafo anterior (y en *supra* 4.2.1, E), tomar en consideración, en nuestro criterio, implica, no sólo que dicha circunstancia es insuficiente por sí sola para fundar una *p.p.*, sino que, aun dentro del necesario contexto fáctico al que habrá de ser integrada como uno de sus tantos elementos, tampoco puede tener un peso preponderante. No es asunto de obsequiar un embozo a las posturas sustancialistas. (102) Agréguese a ello que, incluso bajo la aludida (e inadmisibles) prevalencia, la expectativa de una pena severa, transcurrido un plazo prolongado de detención, se torna un dato ligero para evaluar el riesgo de evasión: el efecto de amenaza que para el detenido representa la futura sentencia disminuye si la detención continúa, acrecentándose la convicción de aquél de haber servido ya una parte de la pena (*ídem*). (103)

E. Ahora bien, las cortapisas anteriores dejan en pie que, fuera de los supuestos a ser señalados más adelante (4.4, B), la gravedad de la pena, en el marco de una *p.p.*, exige realizar un pronóstico de aquélla. El punto, no ajeno a la polémica, ha sido esclarecido por la Comisión IDH, en buena parte: se debe considerar, “siempre”, el “mínimo de la escala penal o el tipo de pena más leve prevista” (*Peirano Basso*, § 91), “la imposición del ‘mínimo’ legal de la clase de pena más leve” (*ídem*, § 111). Si la medida cautelar sólo es aplicable con el único fin de asegurar el proceso, “ella no puede referir a una eventual pena *en concreto* que suponga consideraciones que hacen a la atribución del hecho

(102) No faltan lo “criterios sustantivos enmascarados bajo criterios procesales”, v.gr.: se fundamenta el encarcelamiento sobre la base del peligro de fuga; sin embargo, la contradicción está dada por el criterio utilizado para acreditar tal peligro, esto es, la sería posibilidad de que en el caso de ser condenado, la pena sea de efectivo cumplimiento (Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales [INECIP], *El estado de la prisión preventiva...*, cit., p. 40).

(103) Cuanto mayor es el tiempo de detención, menor debería ser la tentación de huir (Corte EDH, *Lavents c. Lettonie*, 28/11/2002, § 74 y su cita).

al imputado” (*idem*, §§ 91 y 111, *itálica agregada*; asimismo: §§ 176/177). Además, esto último violaría la imparcialidad del juzgador y el derecho de defensa en juicio del detenido (*idem*). Se impone, de esta manera, un pronóstico “en abstracto”.

F. Total: quedan fulminados para la *p.p.*, el “derecho penal de autor” (104) y, perdónese la licencia, el derecho penal “de opinión pública” (105), de “riesgo social” (*supra* 4, C), de “populismo punitivo” (106), de la “cultura del control” (107), entre otras yerbas. Nada que lamentar, a buen seguro.

(104) El Subcomité PTortura “recomienda la realización de una evaluación sobre el recurso a la prisión preventiva y la duración de la misma con miras a orientar la práctica judicial a venir que [sic] elimine la utilización de valoraciones subjetivas por ‘concepto’ o peligrosidad” (Visita a la Argentina 2012, § 46, en *negrita* en el original). Transcribimos, y no a modo de digresión, otro pasaje de este documento: “[e]n el ámbito federal, el [Subcomité PTortura] fue informado de las evaluaciones periódicas que se realizan para asignar a los internos una calificación por ‘concepto’ (valoración del pronóstico de la reinserción social). Este elemento, junto con la conducta en la prisión, sirven de base para otorgar una calificación trimestral a cada interno, misma [sic] que tiene efectos tanto para su situación penitenciaria como para las posibilidades de externación, mediante las figuras de libertad condicional y libertad asistida. El [Subcomité PTortura] considera preocupante la valoración por ‘concepto’” y “hace un llamamiento para que el Estado parte analice la compatibilidad de esta práctica criminológica con la protección de los derechos humanos de las PPL [personas privadas de libertad]” (§§ 42/43, el último pasaje entrecomillado en *negrita* en el original).

(105) “En síntesis, el problema del uso abusivo de la prisión preventiva con un criterio sustantivo de defensa social (para evitar peligros que el procesado supone), sin que se limite a funcionar como una medida cautelar, está íntimamente ligado a la reafirmación de viejas prácticas judiciales sobre las que se apoyan las interferencias y los reclamos políticos, sociales y mediáticos” (“Informe Argentina”, en *Independencia judicial insuficiente...*, cit., p. 34). *Supra* 4, D.

(106) La perspectiva del “llamado ‘populismo punitivo’, que muchos políticos en la región han abrazado, haciéndose eco de los reclamos de una ‘aplicación estricta’ de la ley en la que parecería no haber lugar para otra medida cautelar que la imposición de la [p.p.]” (Pásara, L., “La prisión preventiva...”, cit., p. 9). Vid. Llobet Rodríguez, Javier, “Prisión preventiva, populismo punitivo y protección de los derechos humanos en el sistema interamericano”, en *Política criminal en el Estado Social de Derecho* [Llobet Rodríguez y Durán, Douglas, coord.], San José, Jurídica Continental/Universidad Estatal a Distancia, 2010, p. 183).

(107) *Supra* 4, C. La relajación de las reglas, la interpretación relajada de éstas y los datos adicionales, indican que la *p.p.* es una característica de la “cultura del control” (Stevens, L., “Pre-Trial Detention...”, cit., p. 167 y sus citas).

IV.3. Necesidad. Medidas alternativas

A. El carácter excepcional de la *p.p.* también determina que ésta sólo resulte procedente “cuando sea el *único medio* que permita asegurar los fines del proceso porque se pueda demostrar que las medidas menos lesivas resultarían infructuosas a esos fines”; “siempre se debe procurar su sustitución por una de menor gravedad cuando las circunstancias así lo permitan” (Comisión IDH, *Peirano Basso*, § 100, *itálicas agregadas*) Y ello, repetimos (*supra* 4, A), ha de ser fundado y acreditado por el juez (Corte IDH, *Usón Ramírez*, § 144). (108) Las autoridades, cuando deciden si una persona debe ser liberada o detenida, “están obligadas” a considerar si no hay otros medios que permitirían asegurar la comparecencia de aquélla al proceso. (109) Con ello se vinculan, *inter alia*, las Reglas de Tokio: “el sistema de justicia penal establecerá una amplia serie de medidas no privativas de la libertad, desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia” (§ 2.3; asimismo: § 2.4); “[l]as medidas sustitutivas de la prisión preventiva se aplicarán lo antes posible” (§ 6.2).

B. El presente aspecto, según lo entendemos, pide por la siguiente reflexión. La necesidad de la *p.p.* no ha de ser la contrapartida de la incapacidad, ineficacia o comodidad del Estado. Es éste, si decidido buscador de la justicia, el obligado a conjurar los peligros procesales. Pero mediante una actividad positiva, que es lo opuesto de someter al acusado a la negatividad del encierro. Esto equivaldría a contentarse con poner todos los semáforos en rojo para evitar los accidentes de tránsito. Pesar la necesidad de la *p.p.*, en consecuencia, exige poner, en el otro platillo, a un Estado diligente. Sólo cuando se juzgase, seria y concretamente, que una razonable actividad de este último no alejaría el riesgo, comenzaría a moverse el fiel. Y en medida estrictamente proporcionada al abanico de alternativas, las cuales también tienen sus límites y requisitos (*infra* nota 138).

(108) La *p.p.* debe ser no sólo legal sino también razonable y necesaria en toda circunstancia (Com/DH, communication n° 1890/2009, Franck Baruni Kitenge c. Democratic Republic of Congo, 27/3/2014, § 6.5, *itálica agregada*).

(109) Corte EDH: Jarzynski c. Poland, 4/10/2005, § 44; Gran Sala, Idalov § 140. Asimismo: Com/DH, communication n° 1178/2003, Aleksander Smantser c. Belarus, 23/10/2008, § 10.3; Recommendation Rec[2006]13, §§ 1.2, 4, 7.c, 8.1 y pássim.

C. Este requerimiento, a su turno, nos hace ver que al introducir en el ordenamiento jurídico la *p.p.*, quedan incorporadas las medidas alternativas. Adoptar medidas para garantizar los derechos convencionales, por otro lado, deriva de la obligación general que asumió el Estado frente a la CAmérica DH (arts. 1º.1 y 2) y al PIDCP (art. 2º.2). Dicho esto en la inteligencia de que, si no fuese dictada la preceptiva legal, o ésta resultara insuficiente o inadecuada, serán los jueces los llamados a rellenar estas faltas. Las sentencias judiciales, después de todo, son una de las tantas medidas por vía de las cuales los Estados pueden satisfacer el compromiso antedicho. (110) Por lo demás, la prohibición de estos arbitrios sería inválida, pues implicaría una suerte de encarcelamiento obligatorio (*supra* 4.2.2, C).

D. El recaudo *sub examine*, finalmente, también puede ser leído en una de las claves del requisito de proporcionalidad, que veremos en el punto siguiente (sub D).

IV.4. Proporcionalidad

A. El cuarto recaudo de procedencia de la *p.p.* concierne a su “proporcionalidad”. Esta, a su vez, puede ser estudiada desde tres perspectivas.

B. Primero, a partir de la situación en la que se encontraría el individuo en el supuesto de que resultara sancionado. La respuesta, elemental, es que “una persona considerada inocente no debe recibir igual o peor trato que una persona condenada” (Corte IDH, *Barreto Leiva*, § 122), “en cantidad ni en calidad” (Comisión IDH, *Peirano Basso*, § 109, c/cita de CAmérica DH, arts. 5º.4 y 6; *supra* notas 9 y 23). Pesa sobre el Estado, de consiguiente, evitar que la medida de coerción procesal sea igual o más gravosa para el imputado

(110) Gialdino, R.E., *Derecho Internacional...*, cit., p. 565. Los Estados Miembros de la OEA “deberán incorporar, por disposición de la ley, una serie de medidas alternativas o sustitutivas a la privación de libertad” (Principios y Buenas Prácticas, pcio. III.4). La Relatoría PPLibertad “observa con preocupación las últimas reformas procesales por las que se restringió el acceso a las medidas alternativas a la privación de libertad” (Visita a la Argentina 2010). Asimismo: Subcomité PTortura. Visita a la Argentina 2012, § 46; GTD Arbitraria, Visita a la Argentina, *supra* nota 55. Al Com/Tortura le preocupa “la existencia de legislación en el Estado parte que restringe la posibilidad del recurso a medidas sustitutivas a la prisión preventiva” (Observaciones finales: Paraguay, 2011, § 19). Vid. *supra* notas 7, 8, 12, 23, 30, 39 y 55.

que la pena que se espera en caso de condena (Corte IDH, *Barreto Leiva*, § 122). De tal suerte, la *p.p.* resulta inviable en supuestos en los que no sería posible aplicar la pena de prisión (*idem*; Comisión IDH, *Peirano Basso*, § 110). (111) Otro tanto ocurre, cuando las circunstancias del caso permitan, en abstracto, suspender la ejecución de una eventual condena (*idem*).

Ahora bien, la obviedad antedicha delata que, respecto de la “cantidad” del tiempo, es necesario ir más lejos aún o, si se quiere, más cerca. La proporcionalidad temporal, en síntesis, ha de quebrarse mucho antes de que el “no condenado” cumpla la “condena”. Y ello remite a lo que trataremos más adelante [4.5].

C. La segunda perspectiva demanda “una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción” (Corte IDH, *Barreto Leiva*, § 122). (112) Luego, v.gr., la privación de la libertad por faltas menores es incongruente con el principio de proporcionalidad. (113)

Sin embargo, el punto ha de ser profundizado en orden al mentado sacrificio, parando mientes

(111) Asimismo: Recommendation Rec[2006]13, § 6. Según el GTD Arbitraria, es arbitraria la privación de libertad (categoría II; vid. *supra* nota 50) que resulta de un enjuiciamiento (o de una condena) por el ejercicio de los derechos o libertades proclamados en los arts. 7º, 13, 14, 18, 19, 20 y 21, DUniversal DH, y, además, respecto de los Estados parte, en los arts. 12, 18, 19, 21, 22, 25, 26 y 27, PIDCP (v.gr. Comunicación... n° 47/2011 (Argentina), Carlos Federico Guardo, cit., § 2). Asimismo, del mismo Grupo: Deliberation N° 9 concerning the definition and scope of arbitrary deprivation of liberty under customary international law, en A/HRC/22/44, 2011. La prisión preventiva de una persona “en razón de sus opiniones, constituye[] una infracción del párr. 1º del art. 19 [PIDCP]” (Com/DH, Observación general N° 34. Art. 19. Libertad de opinión y libertad de expresión, 2011, § 9). Otro tanto cabe decir sobre el enjuiciamiento o la reclusión por dicha razón (*idem*).

(112) Asimismo: Comisión IDH, informe n° 35/96, caso 10.832, Luis Lizardo Cabrera - República Dominicana, 19/02/1998, § 71, en adelante Lizardo Cabrera.

(113) Informe sobre el uso..., cit., § 164. El GTD Arbitraria consideró positiva la reforma legal de Brasil [2011], según la cual, la *p.p.* no será aplicable cuando la pena por el delito en juego resultara inferior a cuatro años de prisión (Working Group on Arbitrary Detention statement upon conclusion of its visit to Brazil [18 to 28 March 2013], 2013).

en que éste comprende sólo al “inherente” a la restricción del derecho a la libertad. Vale decir, una restricción, sí, gravísima, sin dudas, pero que da por garantizado, siempre y en todo lugar, el respeto de una inherencia mayor, máxima: toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a su dignidad “inherente” (CAmericana DH, art. 5º.2; PIDCP, art. 10.1). En consecuencia, el dictado de una *p.p.* violaría sin tapujos la regla de proporcionalidad, si fuera previsible que la detención no garantizara acabadamente el aludido respeto, la mentada inherencia mayor. O no asegurara el deber estatal de que los procesados estén separados de los condenados (*idem*, arts. 5º.4º y 10.2.a, respectivamente; *supra* notas 9 y 30), no alojados en lugares impropios (*vid.* notas 4, 8 y 29) y que recibirán “un tratamiento adecuado a su condición de personas inocentes” (CAmericana DH, art. 5º.4; PIDCP, art. 10.2.a; *infra* nota 132). ¡Quien quiera el fin ha de querer los medios! No es cuestión, por lo demás, de sumar en la escena (“luogo di lacrime!”) a Spoletta y a Sciarro.

E. Por último, desde el tercer ángulo, la validez de la *p.p.* demanda un juicio de proporcionalidad entre ésta, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. “Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria” (Corte IDH, *López Álvarez*, § 68). (114)

IV.5. Duración

A. La duración de la *p.p.* tiene dos tipos de límites: absolutos y relativos, los cuales, no por su identidad, dejan de relacionarse. (115)

B. En cualquier hipótesis, el exceso torna inválida la cautela, aun cuando, por cierto, subsistieran

(114) El GTD Arbitraria frecuentemente encuentra personas detenidas preventivamente, acusadas de delitos menores (no serious offence). La medida sólo tiende a asegurar que se presentarán ante el juez. Sólo están detenidos porque los Estados, simplemente, son incapaces de garantizar dicha presentación (Report..., A/HRC/4/40, cit., § 69).

(115) El plazo comienza en la fecha de la aprehensión del individuo (Corte IDH: Suárez Rosero, §§ 34.a e i, y 70; Acosta Calderón, doctrina del § 41). “El término ‘detención’ se refiere a toda captura de una persona que da inicio a su privación de libertad, y el término ‘prisión’ se refiere a la privación de libertad que comienza con la detención y que se prolonga desde la captura hasta la puesta en libertad (Com/DH, Proyecto de Observación general N° 35..., cit., § 13 c/cita de comunicación 631/1995, Spakmo c. Norway).

todos los otros recaudos. (116) De no darse esto último, la *p.p.* debería cesar, pero no por su irrazonabilidad temporal sino por su falta de fundamento (Comisión IDH, *Peirano Basso*, § 134). “[A] un cuando medien razones para mantener a una persona en prisión preventiva, el art. 7º.5 garantiza que aquélla sea liberada si el período de la detención ha excedido el límite de lo razonable” (Corte IDH, *Bayarri*, § 74). La limitación en el tiempo, desde luego, está establecida no en el interés de la justicia sino en el del acusado (Comisión IDH, *Lizardo Cabrera*, § 70).

Asimismo, el hecho de que, finalmente, recaiga sobre el detenido cautelarmente una condena que compute el tiempo transcurrido en *p.p.* para la compurgación de la pena impuesta, no descarta el agravio por el tiempo de privación de libertad sin condena: la posterior condena o excarcelación no excluye la posible transgresión del plazo razonable en *p.p.* (117)

(116) El GTD Arbitraria ha instado a los Estados a tomar las medidas apropiadas, de ser necesario, para asegurar que las órdenes de detención preventiva establezcan claramente la fecha de expiración del plazo aplicable, y para prever que las autoridades penitenciarias tengan el poder y la obligación de liberar a los detenidos o presos en *p.p.* automáticamente una vez transcurrido este límite de tiempo y sin una orden de liberación específica de un juez, de un magistrado, del fiscal, o de otro Estado (Report of the Working Group on Arbitrary Detention, A/HRC/7/4, 2008, § 72).

(117) En esos términos la Comisión IDH rechazó la aludida defensa esgrimida por Argentina en Jorge A. Giménez (§§ 54/55). Por lo contrario, pero no sin error, el Com/DH, si bien no se atuvo sólo al siguiente fundamento para desestimar el agravio (art. 9º.3, PIDCP), tomó en cuenta, para ello, que por cada día de permanencia del autor en *p.p.*, se habían deducido dos días de la condena (Munarbek Torobekov, § 6.3). El GTD Arbitraria consideró que la ley 24.767, de Cooperación Internacional en Materia Penal, al establecer, para la “extradición pasiva”, que la petición de extradición se denegará “si el Estado requirente no diere seguridades de que se computará el tiempo de privación de libertad que demande el trámite de extradición, como si el extraditado lo hubiese sufrido [en] el curso del proceso que motivó el requerimiento” (art. 11.e), si bien no es aplicable a la “extradición activa”, es razonable considerar que el Estado (en el caso, Argentina) “no puede actuar en contra de lo que él mismo aplica al resolver una petición de extradición que le formula otro Estado”. Con ello, desestimó el argumento de Argentina, según el cual, no debían contabilizarse para el plazo en *p.p.* “el tiempo que duró el proceso de extradición en la República Federativa de Brasil, ya que las demoras en este proceso sólo pudieron obedecer al trámite seguido en el país requerido para determinar el cumplimiento de las condiciones para extraditar al inculpado” (Comunicación...,

B. Violado alguno de estos límites, la *p.p.* “podrá o no ser sustituida por otras medidas cautelares menos restrictivas pero, en todo caso, se deberá disponer la libertad” (Comisión IDH, *Peirano Basso*, § 134). (118)

IV.5.1. Límites absolutos

A. Dos circunstancias obran como límites temporales absolutos.

La primera, primaria: el pronóstico de pena (*supra* 4.2.2, E). Claro está que, antes de que esto ocurra, seguramente ya se habría traspasado el plazo razonable. Señalemos que, para dicho pronóstico, también se deberá considerar, en abstracto, si, de haber mediado condena, los plazos hubieran permitido solicitar la libertad provisoria o anticipada (Comisión IDH, *Peirano Basso*, § 110; *vid.* § 170). (119)

B. En cuanto a la segunda circunstancia, debemos precisar que la CAmérica DH y el PIDCP no fijan un plazo determinado (días, meses, años, períodos) más allá del cual la *p.p.* se vuelva inválida: tampoco lo hacen la DAmérica DDH y la DUniversal DH. Empero, no por ello impiden que los Estados parte lo establezcan, lo cual incluso resulta conveniente. (120) Luego, si estos últimos lo hicieran, el traspaso del término determinaría la inmediata cesación de la cautela (*vid.* Comisión

n° 47/2011 (Argentina), Carlos Federico Guardo, *cit.*, §§ 23 y 28). Esta fundamentación supera la postura contraria de la Comisión IDH (*vid.* Gialdino, R.E., “La presión preventiva...”, *cit.*, p. 719).

(118) Cuando el plazo de la *p.p.* sobrepasa lo razonable, el Estado podrá limitar la libertad del imputado con otras medidas menos lesivas que aseguren su comparecencia en el juicio, distintas a la privación de su libertad mediante encarcelamiento (Corte IDH, *Bayarri*, § 70). Si con posterioridad a la liberación se dictara una nueva *p.p.*, para establecer el plazo razonable de ésta se deberá poner en la cuenta la privación de libertad ya sufrida (el cómputo no se debe reanudar). Luego, dicho dictado no es procedente si la detención previa hubiese agotado el plazo razonable (Comisión IDH, *Peirano Basso*, § 145/146).

(119) “La ley [uruguaya] 17.897 establece la posibilidad de recuperar la libertad para aquellos condenados que hayan cumplido dos terceras partes de la condena [...] Si bien esta reglamentación se refiere a penados, el principio de proporcionalidad impone que, bajo ningún concepto, una persona detenida en prisión preventiva pueda estar sujeta a una medida cautelar que iguale o supere la expectativa de permanecer privado de su libertad con motivo de una condena” (*idem*, §§ 161/162; *asimismo*: § 163).

(120) GTD Arbitraria, Report..., A/HRC/7/4, *cit.*, § 71.

IDH, *Peirano Basso*, §§ 137/138). En *Bayarri*, p.ej., la Corte IDH juzgó que la ley 24.390 “establecía el límite temporal máximo de tres años luego del cual no puede continuar privándose de la libertad al imputado” (§ 74).

C. Sin embargo, quede del todo en claro que el plazo nacional opera como un límite, no como una autorización. La *p.p.* puede volverse inválida incluso dentro del lapso legal, ni bien supera un tiempo razonable; dicho lapso ni siquiera hace presumir que la detención sea legítima (Comisión IDH, *Peirano Basso*, § 139). (121)

IV.5.2. Plazo razonable. Límites relativos

A. La DAmérica DDH constituye, quizás, el texto más terminante y explícito en este punto: “[t]odo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad” (art. XXV).

De su lado, los arts. 7°.5, CAmérica DH, y 9°.3, PIDCP, reconocen al detenido preventivamente el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable “o” a ser puesto en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Mas, no por su menor claridad, difieren en sustancia de la DAmérica DDH. En efecto, si algo descartan, es establecer una opción en manos del Estado. Y si algo imponen a éste, son “límites temporales a la duración de la prisión preventiva y, en consecuencia, a [sus] facultades [...] para asegurar los fines del proceso mediante esta medida cautelar” (Corte IDH, *Barreto Leiva*, § 119): la duración excesiva de la *p.p.* origina el riesgo de invertir el sentido de la presunción de inocencia, convirtiendo la medida cautelar en una verdadera pena anticipada (*idem*, *López Álvarez*, § 69). (122) Esta nota, ciertamente,

(121) “Toda especificación de un período máximo de prisión preventiva no deberá dar lugar a una falta de consideración, a intervalos regulares, de la necesidad real de su continuación en las circunstancias particulares de un caso dado” (Recommendation Rec[2006]13, § 23). *Infra* texto 4.6, B.

(122) “La presunción de inocencia se torna cada vez más vacía y finalmente se convierte en una burla cuando la detención previa al juicio es excesivamente prolongada” (Comisión IDH, *Peirano Basso*, § 125 y su cita). “Otra consecuencia grave de una detención preventiva prolongada es que puede afectar el derecho a la defensa que garantiza el art. 8°.2.f de la Convención porque, en algunos casos, au-

diferencia dicho plazo razonable de su igual en nombre pero que rige la duración del proceso, previsto en el art. 8º.1, CAmérica DH (*idem*, Barreto Leiva, § 119; asimismo: PIDCP, arts. 9º.3 y 14.3.c). (123) Un atraso que violente el art. 7º.5 cit., puede estar justificado según el art. 8º.1 cit. (Comisión IDH, Peirano Basso, § 127); el tiempo establecido para la detención es necesariamente mucho menor que el destinado para todo el juicio (*idem*). Por lo demás, “la interpretación del art. 7º[5] en el sentido de que se trata de una norma programática que impide a los jueces determinar un plazo no previsto legalmente no es aceptable” (*idem*, § 181).

B. El distingo anterior no empece a que la consideración de ambas razonabilidades esté sujeta a las circunstancias concretas del litigio y a pautas de evaluación análogas: la complejidad del caso y la diligencia en la investigación (Comisión IDH, Peirano Basso, § 128). (124) Pero sí reclama que

menta la dificultad del acusado para organizar su defensa. A medida que transcurre el tiempo, aumentan los límites de riesgos aceptables que se calculan en la capacidad del acusado para presentar pruebas y contra-argumentos. También disminuye la posibilidad de convocar testigos y se debilitan dichos contra-argumentos” (*idem*). Un período excesivo de p.p., en el caso, superior a nueve años, “afecta al derecho a la presunción de inocencia y, por lo tanto, pone de manifiesto una violación del art. 14.2 [PIDCP]” (Com/DH, communication n° 788/1997, Geniuval M. Cagas, Wilson Butin and Julio Astillero c. The Philippines, 23/10/2001, § 7.3). Vid. Informe sobre el uso..., cit., § 259 y ss.

(123) “Los presos Tello Ferreyra y Bressan Anzorena se encuentran privados de libertad por más de tres años y medio —habiendo el juez, una vez más, solicitado otra prórroga para las investigaciones—; han sido privados del derecho a ser juzgados dentro de un plazo razonable (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 9º, párr. 3) y sin dilaciones indebidas (*ibíd.*, art. 14.3 c). Tampoco han gozado los peticionarios del derecho a ser juzgados en libertad [...] Luego de tres años y medio de encarcelamiento, resulta que la prisión preventiva ha excedido todo margen razonable. Incluso el artículo 56 de la Constitución Provincial [Santiago del Estero], de 2005, consigna que “la privación de la libertad durante el proceso tiene carácter excepcional”. Las pp.pp. cuestionadas, por consiguiente, violaron el art. 9º.3, PIDCP (GTD Arbitraria, Comunicación dirigida al Gobierno el 2 de mayo de 2011, n° 52/2011 (Argentina), Iván Andrés Bressan Anzorena y Marcelo Santiago Tello Ferreyra, 17/11/2011, §§ 43 y 46, a).

(124) La complejidad del caso se debe medir, especialmente, en relación con las características del hecho y su dificultad probatoria. Como contrapartida, la diligencia de las autoridades judiciales debe ser analizada a la luz de la complejidad del caso y de la actividad investigativa (Comisión IDH, Peirano Basso, § 129). Dicha complejidad

sean juzgadas de manera “más estricta y limitada” para la p.p. que para la duración del proceso: sólo en aquélla se presenta la privación de la libertad (*idem* y § 127). (125) En consecuencia, de mediar p.p., las investigaciones han de ser llevadas a cabo “con la máxima premura” (*idem*, § 131/132; asimismo: § 76; Corte EDH, *Vosgien*, § 47: “diligencia particular”), “los más rápidamente posible” (126), “con mayor diligencia y prontitud” (Corte IDH, *Bayarri*, § 70). “De lo contrario, se corre el riesgo de que el juzgador tenga una tendencia a inclinarse por la condena y por la imposición de una pena al menos equivalente al tiempo de prisión preventiva, en un intento por legitimarla” (Comisión IDH, *Peirano Basso*, § 76). (127) La rapidez, desde luego, no ha de hacerse con sacrificio del derecho de defensa del acusado (PIDCP, art. 14.3.c; CAmérica DH, art. 8º.2.c; Com/DH, Observación general N° 32, cit., § 32). (128) Más aún: a medida en que la p.p. se prolonga, su justificación debe ser “particularmente convincente”. (129)

Las antedichas pautas, por otro lado, no han de tomar en cuenta las actividades procesales del imputado y de su defensa, so riesgo de desalentar el empleo de los medios que la ley ha previsto para garantizar el debido proceso (Comisión IDH, *Peirano Basso*, §§ 130/131). Diferente es el supuesto y la solución, claro está, cuando dichas actividades obstaculizaran, deliberadamente, el accionar de la justicia, v.gr., al introducir prueba falsa, amenazar

exige un relato circunstanciado de los obstáculos que el juez a cargo de la investigación debe enfrentar (*idem*, § 172). Resulta incompatible con la presunción de inocencia, que la duración de la prisión preventiva no derive de la complejidad del caso, sino de la posible duración de la condena (Concluding observations: Argentina, 1995, A/50/40, § 157; asimismo, § 163).

(125) La p.p. debe ser lo más breve posible (Com/DH, Eligio Cedeño, § 7.10).

(126) Com/DH: Observación general N° 32, cit., § 35; communication n° 818/1998, Sandy Sextus c. Trinidad and Tobago, 16/7/2001, § 7.2.

(127) La duración de la p.p. “nunca deber ser considerada indicativa de culpabilidad ni del grado de ésta” (Com/DH, Observación General N° 32, cit., § 30). Vid. Recommendation Rec[2006]13, § 24.2.

(128) La garantía del art. 14.3.c, PIDCP, “refiere no sólo al intervalo de tiempo entre la acusación formal y el momento en que debe comenzar un proceso sino también al tiempo que media hasta el fallo definitivo en apelación” (Com/DH, Observación general N° 32, cit., § 35).

(129) Informe sobre el uso..., cit., § 167, c/cita de Corte EDH.

testigos, destruir documentos, fugarse, no comparecer injustificadamente (*ídem*, § 131).

C. La Comisión IDH, con todo, ha introducido, en *Peirano Basso*, un “criterio rector”, “indiciario”, que configura una “guía” a los fines de interpretar cuándo se ha cumplido el plazo razonable. Luego de un análisis de las legislaciones penales de los países del Sistema, estimó “bastante” el cumplimiento de las “dos terceras partes del mínimo legal previsto para el delito imputado” (§ 136; asimismo: §§ 171, 176). Naturalmente, al modo de lo precisado antes (4.5.1, B), ello no autoriza al Estado a mantener en *p.p.* a una persona por ese término (no es admisible una interpretación *a contrario sensu en el sentido de que, por debajo de ese límite, se presume que el plazo sea razonable*) sino que constituye un límite, superado el cual se presume *prima facie* que el plazo es irrazonable, por lo que su justificación deberá ser sometida a un examen aún más exigente (Comisión IDH, *Peirano Basso*, § 136). (130)

D. Y, puesto que la medida “no debe igualar a la pena”, la relación entre el pronóstico de la duración de ésta con la de la *p.p.*, debe ser lo “suficientemente desequilibrada” como para que la cautela no se convierta en una pena anticipada, en violación al principio de inocencia (Comisión IDH, *Peirano Basso*, § 176).

E. A nuestro juicio, de manera patente y potente, lo no razonable y, menos aún, suficientemente desequilibrado, es el señalado “criterio rector” (dos terceras partes...). Ha olvidado (*rectius*: contradicho), una vez más y también sin excusas (*supra* 4.2, D), pero con consecuencias incluso de mayor gravedad, los “principios rectores”, los “derivados” de éstos y el resto de los requisitos que estamos estudiando. Y ello se acrecienta, a su vez, por cuanto el quiebre del “criterio” sólo produce una presunción *prima facie* (*¿iuris tantum?*) de irrazonabilidad. ¿Será necesario, más de medio siglo transcurrido, memorar a F. Carnelutti: “no solamente se hace sufrir a los hombres que son culpables, sino también para saber si son culpa-

bles”?. (131) Es el proceso el que se convierte en pena. (132)

Pero hay más todavía. La “guía” da por sentado un vínculo válido entre el plazo razonable de la *p.p.* y la eventual pena. Empero, ese nexo, por naturaleza, es inhallable dentro de las circunstancias que rigen la aludida razonabilidad (*supra* B). Luego, el presupuesto es otro. La ligazón, veladamente, se establece con todos los restantes recaudos de procedencia de la *p.p.*, en lo esencial, con el peligro de fuga, para el cual, la sanción en litigio puede tener alguna entidad (*supra* 4.2.2, D). (133) Y, de tal (mala) suerte, la configuración de los recaudos comenzaría a gozar de un cierto viso de consistencia o credibilidad dentro del límite de los mentados dos tercios, condición que perdería, pero sólo *prima facie*, más allá de ese plazo. Para nuestro olfato, algo huele a contaminado: la tesis procesalista por la sustancialista. El sentido del pronóstico de la pena mínima (*supra* 4.2.2, E), v.gr., se ve inficionado, ya que sólo bajo el vaticinio de una sanción mayor puede tener asidero la atención puesta en nada menos que los dos tercios de la primera. Y esto repercute, tan necesaria como negativamente, en el principio de que el grado de la sanción no es motivo suficiente para acreditar el peligro de evasión (*supra* 4.2.2, C), el cual, además, se va desvaneciendo con el correr del encarcelamiento. Convendría calificar la pauta, entonces, “de pronóstico reservado”.

No dudamos, en manera alguna, de las buenas intenciones que orientaron a la guía. Pero esa especie de pauta objetiva que pretende alcanzar erró el camino: la pena. Medir con ésta la razonabilidad

(131) Carnelutti, Francesco, Las miserias del proceso penal, Buenos Aires, EJE, 1959, p. 75.

(132) Ibáñez, Andrés, “El juez y la prisión provisional”, en Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales (M. Barbero Santos, coord.), Universidad Castilla-La Mancha, 1997, p. 16. “[L]a prisión preventiva es siempre y ya definitivamente pena” (*ídem*, p. 29). Contra toda lógica, aunque los centros de detención preventiva encierran a las personas que se presume inocentes a los ojos de la ley, sus condiciones, a menudo, son peores que las cárceles de condenados. En comparación con estos últimos, los primeros están en mayor riesgo de ser torturados y contraer enfermedades. También tienen menos oportunidades de educación y formación (The Socioeconomic Impact..., cit., p. 20). *Supra* nota 25.

(133) Del todo inexplicable es que la “guía” presuponga que el peligro de entorpecimiento de las investigaciones podría guardar algún vínculo con la eventual pena.

(130) Asimismo: Comisión IDH, Raúl José Díaz Peña, § 170.

del plazo, lo cual depende de la complejidad del proceso y de la diligencia en la investigación, semeja calcular paralajes con un termómetro. Peor: es abrir la ventana para que se cuele el expulsado por la puerta. También hacerle un segundo regalo: un metro, que recibirá agradecido. La medida, no por inadecuada, deja de ser, a las claras, exagerada, hasta la irritación.

Por lo demás, la referencia a las legislaciones penales de los países del Sistema Interamericano (no seguida, por lo pronto, de explicación alguna), parece deslizar a la Comisión IDH por el plano inclinado de la búsqueda de un “denominador común” o interpretación llamada “consensual” —muy propia de la Corte EDH en el cuadro del margen de apreciación de los Estados (134), pero nunca adoptada, más allá de algunas insinuaciones, por la Corte IDH (135) — con potente (y gratuito) sacrificio del sentido autónomo de los términos convencionales y de una regla arquitectónica del Sistema: es la legislación nacional la que debe amoldarse a la CAmericana DH y no ésta a aquélla. (136) Máxime estando en juego normas de *jus cogens* (*supra* 3, D). Y reiteramos los interrogantes: ¿el uso destemplado, desmesurado de la *p.p.* en la región, no proviene, acaso, de dichas legislaciones y de sus intérpretes y aplicadores nacionales? ¿Es cuestión de superar “diseños legales” y “paradigmas” locales, o no? ¿A buen puerto ha ido por leña la Comisión!

(134) Vid. Sudre, Frédéric, *Droit européen et international des droits de l’homme*, París, Puf, 2003, 6^a. ed., ps. 214/216.

(135) “Afortunadamente tal doctrina [“margen de apreciación”] no ha encontrado un desarrollo paralelo explícito en la jurisprudencia bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (Cançado Trindade, Antônio A., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Ed. Jurídica de Chile, 2001, p. 386).

(136) Sobre el mencionado sentido autónomo: Gialdino, R.E., *Derecho Internacional...*, cit., p. 403. Respecto de la mentadas insinuaciones, vid. Corte IDH, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84, 19/1/1984, Serie A N° 4, §§ 58 y 62. Mas: cuando San José llega a una interpretación concluyente de la CAmericana DH, “no considera pertinente pronunciarse sobre los alegatos del Estado respecto a que contaría con un margen de apreciación para establecer prohibiciones como la efectuada por la Sala Constitucional” (Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) c. Costa Rica, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 28/11/2012, Serie C N° 257, § 239).

Total: dejamos interpuesto, a la vieja usanza, el “recurso de injusticia notoria”. No sin invocar al Com/DH, para el cual, es “motivo de preocupación que la duración de la prisión preventiva venga determinada por la posible longitud de la sentencia después de la condena y no por necesidad de enjuiciar al detenido” (*Observaciones finales: Argentina*, 2000, § 10; asimismo: *España*, 2009, § 15). Mas, por el momento, valga insistir en el cortafuego: el “criterio rector” no admite una interpretación *a contrario sensu en el sentido de que, por debajo de ese límite, se presuma que el plazo sea razonable*.

IV.6. Provisoriedad

A. *Cessante causa cessat effectus*, diríamos. La libertad del detenido —reiteramos— no puede ser restringida “más allá de los límites estrictamente necesarios” (Corte IDH, *Suárez Rosero*, § 77). Y siempre y cuando, añadiríamos, no medie exceso en el tiempo (*supra* 4.5, B).

B. La cuestión implica un nuevo y perentorio llamado a los jueces, con el fin de que ejerzan el control periódico de la subsistencia de todos los recaudos que justifican la medida (Corte IDH, *Bayarri*, § 76; Com/DH, communication, n. 2004/1324 *Danyal Shafiq c. Australia*, 31/10/2006, § 7.2). (137) De haber desaparecido alguno de estos últimos, “pesa la obligación de disponer la libertad, aun de oficio”, o, en su caso, de disponer modalidades cautelares alternativas a la privación de la libertad, teniendo en cuenta cuál es el

(137) “[E]l juez no tiene que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que una persona detenida recupere su libertad, sino debe valorar periódicamente si las causas, necesidad y proporcionalidad de la medida se mantienen, y si el plazo de la detención ha sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón. En cualquier momento en que aparezca que la prisión preventiva no satisface estas condiciones, deberá decretarse la libertad sin perjuicio de que el proceso respectivo continúe” (Corte IDH, *Bayarri*, § 76, citas omitidas). El control judicial de las condiciones de privación de libertad deberá ser periódico y estar a cargo de jueces y tribunales competentes, independientes e imparciales (Principios y Buenas Prácticas, p. VI). Los intervalos entre una y otra revisión deben ser, normalmente, no mayores a un mes. Ello no obsta a que el detenido ejerza el derecho de presentar, en cualquier momento, una solicitud de libertad (Recommendation Rec[2006]13, § 17.2). El Estado “debería aumentar el control judicial de la duración de la prisión preventiva” (Com/Tortura: Observaciones finales: Paraguay, 2011, § 19, en negrita en el original). Vid. *supra* nota 121.

peligro procesal que se busca conjurar (Comisión IDH, *Peirano Basso*, §§ 102, 107, 108, 118, 124; *vid.* Principios y Buenas Prácticas, pcios. III.4 y VI). (138) Las autoridades deben demostrar de manera convincente que cada período de detención, por más corto que fuera, está justificado (Corte EDH, *Gran Sala, Idalov*, §140 y su cita).

C. Control periódico, desde luego, pero no menos fundado: es imprescindible que el Estado “renueve su interés en mantener la prisión preventiva con base en fundamentos actuales”. Los jueces, por ende, han de expresar las circunstancias concretas de la causa que permitan presumir, fundadamente, que persiste el peligro de fuga o enunciar las medidas probatorias que resten cumplir y su imposibilidad de producirlas con el imputado en libertad (Comisión IDH, *Peirano Basso*, § 104; *vid.* Reglas de Tokio, § 6.2). Al realizar esta tarea, desde luego, deben ofrecer la fundamentación suficiente que permita a los interesados conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad. Para determinar lo anterior, a su vez, es necesario analizar si las actuaciones judiciales garantizaron no solamente la posibilidad formal de interponer alegatos sino la forma en que, sustantivamente, el derecho de defensa se manifestó como verdadera salvaguarda de los derechos del procesado, de tal suerte que implicara una respuesta motivada y oportuna por parte de las autoridades en relación con los descargos (Corte IDH, *Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez*, § 107). (139)

¿Es necesario insistir en que el paso del tiempo de detención y el desarrollo del proceso atenúan o hacen desaparecer la existencia de los dos únicos peligros procesales admisibles?

(138) La autoridad “mantendrá en examen la necesidad de la detención” (Conjunto de principios, pcio. 39). Sobre medidas cautelares distintas de la p.p., *vid.* Informe sobre el uso..., *cit.*, § 221 y ss. Asimismo, en la medida en que estos arbitrios impliquen una restricción en el goce de otros derechos, como el derecho de circulación, también deben ser aplicados en observancia de los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, propios de la restricción de derechos en una sociedad democrática (*ídem*, § 230). El incumplimiento de las medidas cautelares no privativas de la libertad puede estar sujeto a sanción, pero no justifica automáticamente que se imponga a una persona la p.p. (*ídem*, § 231).

(139) Cuando haya pruebas que, *prima facie*, parezcan tener una incidencia significativa (*material bearing*) sobre el ajuste a derecho de la continuidad de una p.p., es esencial para el cumplimiento del art. 5.4, CEuropea DH, que los tribunales nacionales las reciban, examinen y evalúen (Corte EDH, *Turcan and Turcan v. Moldova*, 23/10/2007, §§ 67/70 y sus citas).

5. Conclusiones

La p.p. es objeto, hoy como ayer, de una aplicación desmesurada, abusiva, en los planos regional y universal. Y es llevada a cabo en condiciones de detención absolutamente inhumanas. A nada de ello es ajena la Argentina.

Los principios y derechos de toda persona al estado de inocencia y a la libertad y a la seguridad, rectores universales en la materia, resultan, de tal manera, bastardeados, envilecidos. Tal como lo es la dignidad esencial, intrínseca, inherente a todo ser humano. Y ello muerde, directa y devastadoramente, en la carne y el alma de los condenados sin condena, que son legión, proyectándose sobre toda su vida y la de su familia.

El “derecho penal de autor” y, licencia mediante, los que hemos llamado derecho penal “de opinión pública”, de “riesgo social”, de “populismo punitivo” y de la “cultura del control”, así como, en muchos casos, los anquilosantes seguimientos al pasado y la “respuesta adaptativa” (o embozada) de jueces y fiscales a estas dañosas e ilícitas orientaciones, han infestado los antedichos principios. Por ende, también han estragado los principios derivados de estos últimos: carácter excepcional y procesal de la p.p., y los requisitos o condiciones que éstos imprimen al instituto: sospecha razonable, peligro procesal, necesidad, proporcionalidad y duración limitada.

El cuadro, denunciado hasta el hartazgo, sigue, ufano, haciendo añicos el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, sobre todo, a los destinatarios de éste. Amén, necesariamente, de producir igual efecto en el bloque de constitucionalidad federal argentino y, sobre todo, en los destinatarios de sus garantías y derechos humanos.

De ahí que la presente revisita se dirigió a mostrar dicho cuadro y a reconocer el marco normativo y hermenéutico que lo rodea, así como los mentados principios rectores, principios derivados y requisitos, con base en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en la obra de sus órganos (la Comisión IDH no ha salido del todo indemne).

El resultado del estudio es inequívoco: el peligro de fuga, en esta causa, se ha materializado, desde hace ya largo tiempo. El sistema se escapó, huyó, de la legalidad constitucional, a ojos vistas, sin disimulo, a la luz del sol. Al paso, se llevó el día, para dejar la noche.

Confiamos, sin embargo, en el esperanzado y esperanzador canto de Cavaradossi: “libertà surge”. ♦

**ANÁLISIS DEL ANTEPROYECTO
DEL CÓDIGO PENAL**

Breve glosa a las sanciones para las personas jurídicas en el Anteproyecto 2014

POR MARCELO A. RIQUERT (*)

1. Este trabajo no pretende volver a abordar la transitada ruta de la “responsabilidad penal de las personas jurídicas” (1) sino, en momentos de abierta discusión acerca del “Anteproyecto de Código Penal de la Nación” del año en curso (2), hacer un breve incursión, cual marginal glosa a su texto, centrada en la que es, en mi modesta opinión, una de las decisiones político-criminales más relevantes que ha tomado: fijar las reglas básicas que rigen la aplicación de sanciones a las personas jurídicas en su parte general (Libro Primero), adoptando un sistema de “*numerus clausus*” para indicar a lo largo de la parte especial

(Libro Segundo) las distintas figuras en que aquellas pueden ser responsabilizadas. La idea básica es que “*los jueces sólo podrían imponer sanciones en los casos señalados en la Parte Especial y conforme a la regulación general que se establece en estos dispositivos de la Parte General*” (cf. Exposición de Motivos, en adelante, “EM”, 2014:153). A resultados de este ejercicio, se irán sugiriendo algunas exclusiones, inclusiones o modificaciones con la intención de formular un aporte útil al debate superador que, no debe perderse la esperanza, nos lleve finalmente a disponer de una herramienta apropiada a los tiempos que corren y con fértil proyección hacia el futuro ya que, de lo que no hay dudas, es que los retazos del viejo Código de 1921 —masacrado por un millar de reformas en menos de un siglo—, necesitan urgente reemplazo.

(*) Profesor Titular Regular de Derecho Penal, Universidad Nacional de Mar del Plata. Presidente de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal (2013-2015). Juez de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Mar del Plata.

(1) Me he ocupado del tema, entre otros, en el cap. III de la obra “Cuestiones de Derecho Penal y Procesal Penal Tributario”, prologado por la Dra. Susana Camila Navarrine, EDIAR, Buenos Aires, 2ª edición, 2004; en “Régimen penal tributario y previsional. Ley 24.769 modificada por Ley 26.735. Comentada. Anotada”, prologado por el Dr. Juan María Terradillos Basoco, Hammurabi, Bs.As., 2012; y, en coautoría con Esteban I. Viñas, en “La Cámara Nacional de Casación Penal vuelve sobre el problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (causa “Suitis S.A.”)”, pub. en la biblioteca jurídica online “elDial.com” (<http://www.eldial.com.ar>), sección “Comentario a fallo” en “El Dial Express”, edición del 27 de noviembre de 2009.

(2) Elaborado por la “Comisión para la elaboración del proyecto de Ley de reforma, actualización e integración del Código Penal de la Nación”, designada por Decreto del PEN 678/12. Presidida por E. Raúl Zaffaroni, se integró con los Dres. León Carlos Arslanián, María Elena Barbagelata, Ricardo Gil Lavedra y Federico Pinedo, actuando como coordinador Roberto M. Carlés. Todas las citas que se formularán de su texto a lo largo de este trabajo se hacen con referencia a la versión publicada en papel por “Infojus. Sistema Argentino de Información Jurídica”, 1ª edición, Bs.As., marzo de 2014. Hay una enorme cantidad de publicaciones digitales, entre las que puede consultarse la puesta a disposición en la página web de la “Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal” (<http://aapdp.com.ar>).

En la EM, que la Comisión delegó en su presidente (2014:41), se reconoce que en su seno se suscitaron discusiones “*respecto de las sanciones a las personas jurídicas y a la pretendida o real responsabilidad penal de éstas*” (2014:151), a la vez que se evitó resumir por conocidos los diferentes argumentos contrapuestos en la doctrina. Sí, en cambio, se precisaron los puntos de coincidencias que son sintetizados a tres, a saber: 1) que se prevén sanciones a las personas jurídicas en diferentes leyes especiales y, por ende, resulta conveniente unificar legalmente el criterio a su respecto; 2) que no es menester pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de estas sanciones, reabriendo un largo debate sin solución definitiva, por lo que se prefirió dejar en suspenso cualquier posición al respecto, permitiendo que la doctrina siga discutiendo si tienen o no carácter penal, limitándose a proponer un ámbito sancionador y dirimir la tradicional pugna con los administrativistas por el reparto de competencia a favor del juez penal; 3) que no obstante que el derecho administrativo sancionador tendría una mayor eficacia sancionadora al no estar limitado por todas las garantías del derecho penal, predomina

la idea pública y política inversa, que considera mucho más fuerte la sanción penal y, en base a eso, postula una radical reestructuración de todos los principios generales del derecho penal, consecuencia que debe evitarse y, ante la imposibilidad de revertir la opinión dominante, *“se concluyó que no existe espacio político ni mediático para omitir la regulación de estas sanciones en el Código Penal, dejando abierta la discusión en el plano doctrinario y, en el político-criminal, al mejor criterio de decisión de los Poderes que legislan”* (2014:152).

Queda en claro entonces que la Comisión se ha guiado en la materia por un criterio estrictamente pragmático: existen hoy día vigentes sanciones para personas jurídicas en ámbitos acotados de legislación especial (3) —y también del Código: arts. 304 y 313, cf. Leyes 26.683 (4) y 26.733 (5), respectivamente, aplicables a todos los delitos del Título XIII (6)— y es conveniente unificar criterios sin ingresar en definiciones acerca de su naturaleza, que se dirime hacia la competencia penal porque no hay espacio político ni mediático que permita omitirlo.

2. La primera referencia se concreta en el artículo 4 (ámbito material y personal), cuyo inciso 2° señala que el Código se aplicará a los hechos imputables a personas jurídicas. En la EM se precisa que el texto es aplicable a las personas jurídicas (2014:64), con las sanciones y en la forma en que éste lo establece y que se regulan en los artículos 59° (contenido), 60° (sanciones), 61° (aplicación) y 62° (criterios para la determinación), que integran el proyectado Título IX “Sanciones a las personas jurídicas”.

Breve digresión: antes de estos, aún cuando no se trata estrictamente del tema en abordaje, aparece otra novedad cual es la adopción de una regla genérica de “actuar por otro” en el artículo

(3) Con algún grado de laxitud podrían incluirse los arts. 887 y 888 del Código Aduanero (Ley 22.415, B.O. del 23/3/81), además de previsiones mucho más modernas, como la del régimen penal tributario y previsional que será con frecuencia citada en el texto principal.

(4) Pub. en el B.O. del 21/6/2011.

(5) Pub. en el B.O. del 28/12/2011, reenumerado por Decreto 169/12, pub. en el B.O. del 6/2/2012.

(6) Se trata de los delitos contra el orden económico y financiero, título que fuera incorporado en 2011 por vía de la Ley 26.683, ya mencionada.

10 (7), tomado del art. 43 del Anteproyecto de 2006 (8) aunque con una redacción mucho más económica, con lo que se verifica otro supuesto de superación de dispersión legislativa. (9) Hubo un intento previo que no prosperó, por vía del proyecto del PEN remitido al Congreso mediante Mensaje 638 del 10/5/10.

Con ella, conforme se señala en la EM (2014:75/76), en base a la fórmula sintética de su primer inciso se procura evitar la atipicidad de quien actúa en lugar de otro, cuando en su persona no se reúnan los caracteres típicos exigidos por el tipo de autor calificado en un delito propio, aclarando que *“no se limita a los supuestos de responsabilidad de personas jurídicas, pues trata fundamentalmente de conductas individuales, lo que no excluye el caso de que una persona jurídica actúe en nombre de otra, dado que no precisa el alcance de quien ni del otro”*. Con relación al segundo inciso, se indica cubre la hipótesis de elusión de la tipicidad alegando la nulidad o ineficacia del mandato, procurando no la responsabilidad del mandante —al que no se podría muchas veces imputar la conducta de un mandatario que no es tal—, sino la del supuesto (o no) mandatario.

(7) Su texto: “1. El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica, o como representante legal o voluntario de otro, responderá por el hecho punible, aunque no concurrieren en él las calidades legales de aquel, si tales características correspondieren a la entidad o persona en cuya representación actuare. 2. Lo dispuesto en este artículo será aplicable aun cuando el acto jurídico determinante de la representación o del mandato fuere ineficaz”.

(8) Su texto: “Actuar en lugar de otro. El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica, o como representante legal, o voluntario de otros u otros, o el que asumiere funciones correspondientes al sujeto o entidad en cuyo nombre o beneficio actuare, responderá personalmente por el hecho punible aunque no concurren en él las calidades típicas para determinar la autoría, si tales características corresponden a la entidad o personas en cuyo nombre o representación obrare. Esta disposición se aplicará también a la persona que reviste la calidad de encargado de un establecimiento o empresa, o al responsable del cumplimiento de determinadas obligaciones de su titular y al que, sin actuar con mandato alguno, realiza el hecho en interés del titular. Lo dispuesto en este artículo será aplicable aun cuando el acto jurídico determinante de la representación o del mandato sea ineficaz”.

(9) Hoy tenemos vigente “cláusula de actuar por otro” en regímenes especiales como el penal tributario y previsional (art. 14, 1° párrafo, Ley 23.769) o en el de estupefacientes (art. 27, Ley 23.737).

También hay una referencia a las personas jurídicas en el art. 54 (decomiso del provecho), cuyo inc. 2° precisa que cuando el autor hubiere actuado en beneficio de otra persona, sea física o jurídica, el decomiso se pronunciará contra ésta.

3. Conforme se anticipó, el Título IX comienza con el art. 59 (10), que establece las condiciones para sancionar a una persona jurídica. La EM (2014:151/153) recuerda como antecedentes al art. 38° del Cód. Tejedor; arts. 47° (11) y 48° (12) del Proyecto de 1951; y los arts. 61° (régimen) y 67° (condiciones) del Anteproyecto de 2006. (13)

(10) Su texto: "1. Las personas jurídicas privadas son responsables, en los casos que la ley expresamente prevea, por los delitos cometidos por sus órganos o representantes que actúen en beneficio o interés de ellas. La persona jurídica quedará exenta de responsabilidad solo si el órgano o representante actuare en su exclusivo beneficio y no genere provecho alguno para ella. 2. Aun cuando el interviniente careciere de atribuciones para obrar en representación de la persona jurídica, ésta será igualmente responsable si hubiere ratificado la gestión, aunque fuere de manera tácita. 3. Aun cuando el hecho no implicare beneficio o interés de la persona jurídica, ésta será responsable si la comisión del delito hubiere sido posibilitada por el incumplimiento de sus deberes de dirección y supervisión. 4. El juez podrá imponer sanciones a las personas jurídicas, aun cuando el interviniente no resultare condenado, siempre que el hecho se hubiere comprobado. 5. Para sancionar a una persona jurídica será necesario que ésta haya tenido oportunidad de ejercitar su derecho de defensa. 6. La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica trasladará su responsabilidad a las entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida o resultaren de la escisión, sin perjuicio de los terceros de buena fe. En tal caso el juez moderará la sanción a la entidad en función de la proporción que la originariamente responsable guarde con ella. 7. No extingue la responsabilidad la disolución aparente de la persona jurídica, la que se presume cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados. 8. La acción contra la persona jurídica se extingue en el plazo de seis años".

(11) Con inclusión expresa del texto: "las fundaciones, asociaciones y sociedades, aunque no gozaren de personería jurídica legalmente otorgada, serán penalmente responsables cuando el delito hubiere sido cometido por alguno de sus órganos sociales en representación de las mismas y siempre que se hubiere perpetrado como desviación delictiva de la actividad propia de la entidad" (2014:151).

(12) También con inclusión del siguiente texto: "la responsabilidad penal de los entes a que se refiere el artículo anterior no excluirá la de aquellas personas naturales que hubieren participado criminalmente en el hecho punible" (2014:151).

(13) La Comisión de Reformas fue creada por decreto 303 del 14/12/2004 del Ministerio de Justicia de la Nación.

Con relación a este último, la correlación con el art. 61 parece tratarse de un error, ya que se refiere al régimen de cancelación del registro penal. Si luce pertinente la invocación del art. 67, aunque puede adelantarse que, en la comparación, esta previsión era más incompleta que la actual y en los "Fundamentos" de la Comisión que lo elaboró se señala que se previó "como consecuencia accesoria del delito" un sistema de sanciones a la persona jurídica (2007:70).

Al abordar la primera "condición" se precisa que las destinatarias serán sólo las personas jurídicas privadas y únicamente en los casos en forma expresa previstos en la ley, siendo la responsabilidad emergente de delitos cometidos por sus órganos o representantes actuando en beneficio o interés de ellas. Así, no podrá sancionárselas cuando el órgano o representante actúe en su propio interés y no le depare con ello ningún beneficio.

Siempre conforme la EM, se establece la irrelevancia de la carencia de atribuciones del órgano o representante en caso que la persona jurídica haya ratificado o aceptado en silencio lo actuado. Para esto, se aclara, "debería requerirse el conocimiento de esto por parte de los órganos competentes, obviamente si no fuera de público y notorio" (2014:152). Análoga previsión contenía el primer párrafo "in fine" del art. 67 del Anteproyecto de 2006 (2007:135).

Con relación al inciso 3°, aclara se sanciona la culpa "in eligendo" e "in vigilando" (incumplimiento de deberes de dirección y supervisión), sin que importe que no se hubiere derivado beneficio alguno para el ente ideal.

Su coordinador fue el Dr. Slokar, por entonces Secretario de Política Criminal y Asuntos Penitenciarios de la Nación, y estuvo integrada por los Dres. Baigún, Chiara Díaz, Da Rocha, De Luca, Di Matteo, Erbetta, Ferreyra, Hendler, Ochoa y Tizón. Participaron de las discusiones y fueron sustituidos los Dres. Donna y Yacobucci, ambos por renuncia, y el Dr. García Vitor, por fallecimiento. Entre sus múltiples publicaciones en el medio virtual pueden citarse la oficial en http://www.jus.gov.ar/guia/content_codigo_penal.htm y las de los sitios "Pensamiento Penal" (www.pensamientopenal.com.ar) y "Derecho Penal Online" (www.derechopenalonline.com.ar). En todas las referencias que se hacen en el texto principal, son con relación a la edición en papel realizada por EDIAR y la AAPDP, pub. en Bs.As., 2007, con estudios preliminares de Luigi Ferrajoli y de Daniel Erbetta.

El siguiente, reproduce el criterio vigente respecto del decomiso: es posible sancionar aún cuando por cualquier razón la persona interviniente no hubiese sido condenada pero el hecho se hubiese probado en el proceso. El Anteproyecto tenía similar previsión en el párrafo 3° del art. 67 (2007:135).

Respecto del inciso 5°, deber de garantizar el derecho de defensa en juicio, la propia EM reconoce su innecesariedad en función de elementales normas constitucionales, justificando la inclusión por entender *“prudente insistir para evitar toda duda al respecto”*. Es el mismo temperamento asumido en el 2° párrafo del art. 67 del Anteproyecto de 2006 (2007:135), que establecía como *“condición”* para imponer sanciones que la persona jurídica *“haya tenido oportunidad de ejercitar su derecho de defensa en el transcurso del proceso”*. Creo que no puede mediar ninguna duda, como tampoco la hay de la necesidad de adecuar los códigos vigentes para regular adecuadamente el ejercicio de la garantía constitucional, por lo que tratándose de una mención sobreabundante sería conveniente suprimirla.

Sobre cómo podría hacerse tal adecuación de los textos rituales, teniendo en cuenta que la mayoría de las provincias argentinas han adoptado en las dos últimas décadas sistemas acusatorios en consonancia con un fenómeno migratorio desde los antiguos sistemas inquisitivos y mixtos común a toda Latinoamérica, sólo a título de ejemplo, menciono como eventual base de discusión las reglas del *“Nuevo Código Procesal Penal”* peruano (de 2004), cuyos arts. 90 a 93 regulan cómo ha de formalizarse la incorporación de la persona jurídica al proceso cuando medie la posibilidad de aplicar los arts. 104 ó 105 de su Cód. Penal. Siendo un régimen procesal que adscribe al sistema acusatorio, similar al bonaerense (Ley 11.922 (14) y sus modifs.), es el Agente Fiscal quien insta el emplazamiento e incorporación al proceso de la persona de existencia ideal (aunque en el caso del art. 104 del Cód. Penal, basta que lo haga el actor civil). Así, el fiscal requiere al juez de la investigación preparatoria tal incorporación, debiendo su requerimiento incluir la perfecta identificación de la persona jurídica, su domicilio, los hechos que atribuye y el derecho que invoca.

(14) Pub. en el B.O. del 23/1/97. Comenzó a aplicarse efectivamente a partir del 28/9/98.

El juez convocará a una audiencia oral con ambas partes y decidirá sobre la incorporación antes del cierre de la investigación preparatoria, resolución que es apelable. Se intimarán a la persona jurídica a designar un apoderado judicial que no podrá ser la persona natural imputada del delito y, si no lo hace, le será designado uno de oficio por el propio juzgador. Una vez incorporada, la persona ideal gozará de todos los derechos y garantías del imputado físico y se establece, además, que la rebeldía de aquélla no paralizará el trámite.

Retomo el Anteproyecto en discusión tras la crítica al inciso 5° diciendo que, en cambio, sí aparece de suma pertinencia la previsión del inciso 6° en cuanto dispone que la responsabilidad de la persona jurídica no se extinga por su transformación, fusión, absorción o escisión. Como resalta la EM (2014:152/153), no preverlo tornaría la normativa general *“ilusoria”*. A la vez, se deja a salvo los derechos de terceros de buena fe y limita la responsabilidad de la nueva persona jurídica a la proporción que correspondiere a la originariamente responsable. Se trata de una solución adecuada que ajusta a las particularidades del sujeto las derivaciones del conocido principio de intrascendencia de la pena.

Otro correlato necesario consagra el inciso 7°, que fija la inadmisibilidad de la disolución fraudulenta de la persona jurídica para eludir su responsabilidad, para lo que establece una presunción en caso de continuación de la actividad económica con identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados (2014:153).

El último inciso fija una excepción en materia de prescripción de la acción a favor de las personas de existencia ideal, al establecerle un máximo de seis años. Para justificarlo se señala que la duración razonable del proceso no puede ser la misma que para una persona física *“pues semejante arrastre punitivo es susceptible de condicionar su extinción, toda vez que importa una imposibilidad de evaluar sus activos a efectos de mercado”* (2014:153).

Sin ignorar la trascendencia que puede alcanzar según su tamaño, no se trata de una consecuencia demasiado distinta a la que sufre cualquier persona sometida a proceso, sobre todo, si es privada de su libertad. Creo que sería conveniente excluir esta cláusula dejando vigente el régimen general de prescripción de la acción. El argumento de la excepción no luce decisivo o convincente, mien-

tras que las consecuencias prácticas no parecen razonables. En general, la criminalidad empresarial ofrece complejidades procesales que, por conocidas, no es necesario abundar. La media de duración de estos casos sobrepasa la década conforme estudios de campo realizados por institutos como el CIPPCE. El juicio respecto de las personas físicas y jurídicas es el mismo, no son procesos distintos en paralelo sobre idéntica imputación. Imaginemos que, conforme habilita el art. 73 inc. 4 del anteproyecto, tenemos una persona jurídica (una empresa de transporte) respecto de la que debe esclarecerse su participación en el delito previsto por el art. 66 inc. d), vale decir, un ataque sistemático contra civiles con deportación o traslado forzoso de población. Se trata de una figura que, para las personas físicas, prevé una pena de veinte a treinta años de prisión. En la hipótesis de mínima (no considerarlo imprescriptible), sería de aplicación el art. 49, ap. 1, inc. a), por lo que el plazo de prescripción de la acción sería de 12 años. ¿Por qué la persona jurídica debiera tener un término reducido a la mitad? ¿Para que no se vea perjudicada la cotización de sus activos en el mercado? ¿Por qué a mitad de camino debiera extinguirse la acción penal que prosigue contra las personas físicas?

Podría repetirse similar ejercicio con otros delitos que integran el “*numerus clausus*” habilitado que, en mi modesta opinión, no harían más que reforzar la conveniencia de excluir el inc. 8 del art. 59 y, en consecuencia, regir la cuestión conforme parámetros del art. 49.

4. Las distintas sanciones posibles son fijadas en el art. 60 (15), para el que la EM (2014:153) indica se tuvo en cuenta como correlaciones a los arts. 57 del Proyecto de 1951 (conversión de sanciones para las fundaciones, asociaciones y sociedades) y 68 del Anteproyecto de 2006 (sanciones).

(15) Su texto es el siguiente: “1. Las sanciones a las personas jurídicas serán las siguientes: a) Multa. b) Cancelación de la personería jurídica. c) Suspensión total o parcial de actividades. d) Clausura total o parcial del establecimiento. e) Publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a su costa. f) Prestaciones obligatorias vinculadas con el daño producido. g) Suspensión del uso de patentes y marcas. h) Pérdida o suspensión de beneficios estatales. i) Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales. j) Suspensión en los registros estatales. 2. Son aplicables a las personas jurídicas las disposiciones de los Títulos VII y VIII del Libro Primero de este Código”.

Asimismo, con brevedad, aclara que pueden ser impuestas en forma alternativa o conjunta, lo que se determinará conforme los arts. 61 y 62, mientras que en el inciso 2º se establece que son aplicables a las personas jurídicas las disposiciones referidas al decomiso y a la reparación de daños.

Puede advertirse en el cotejo con la norma proyectada en 2006 que, aunque no exactamente en el mismo orden, el elenco de sanciones es prácticamente igual (2007:136). En tren de correspondencias entre clase de sanciones, también son análogas a las que prevé el vigente art. 304 del CP, aplicable para los casos de lavado de activos de origen ilícito (art. 303), cuando hubieren sido realizados en nombre o con la intervención o en beneficio de una persona de existencia ideal, y a las del art. 14 de la Ley 24.769 (16)—cf. Ley 26.735 (17)—, para delitos tributarios y previsionales.

5. Las reglas de aplicación de sanciones se establecen en el art. 61 (18)—para el que la única correlación indicada ha sido el art. 68 del Anteproyecto de 2006—, que comienza fijando la posible imposición alternativa o conjunta, aunque con relación a la pena más extrema, la cancelación de la personería jurídica, en el inciso 5 se limita

(16) Pub. en el B.O. del 15/1/97.

(17) Pub. en el B.O. del 28/12/11.

(18) Tiene la siguiente redacción: “1. Las sanciones podrán imponerse en forma alternativa o conjunta. 2. La multa se impondrá conforme al sistema de días de multa, salvo disposición legal en contrario, y para ello serán aplicables los incisos 1º, 2º y 4º del artículo 34º. 3. El importe de cada día de multa no será inferior al monto del salario mínimo vital y móvil vigente al tiempo de la sentencia ni superior al importe de cinco salarios de esa categoría. 4. El monto total de la multa no excederá de la tercera parte del patrimonio neto de la entidad al momento del hecho, establecido de conformidad con las normas de contabilidad aplicables. 5. La cancelación de la personería jurídica solo procederá en el supuesto en que la persona jurídica tuviere como objetivo principal la comisión de delitos. 6. La suspensión total de actividades y la clausura total del establecimiento tendrán un máximo de un año y sólo podrán imponerse cuando se empleare habitualmente a la persona jurídica para la comisión de delitos. 7. La suspensión y la clausura parcial tendrán un máximo de seis meses. La suspensión del uso de patentes y marcas, la pérdida o suspensión de beneficios estatales, la suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales y la suspensión en los registros estatales, tendrán un máximo de tres años. 8. Las prestaciones del apartado f) del inciso 1º del artículo 60º, conjuntamente con la multa, no podrán superar el límite señalado en el inciso 4º”.

su aplicación al caso en que el ente ideal tuviera como objetivo principal la comisión de delitos. El criterio luce razonable porque no se trata del delito en o por la empresa sino de la empresa para el delito.

En la EM (2014:154) se afirma que, con obviedad, la multa tendría un papel mucho más amplio en las sanciones a las personas jurídicas que respecto de la responsabilidad penal de individuos y, por ello, si bien se remite a las reglas para esta pena previstas en los incisos 1º, 2º y 4º del artículo 34º del presente proyecto, se prescinde del 3º por las particularidades del destinatario, ya que regula la cuantificación respecto de personas físicas. Si ensayamos cotejo con la determinación de la multa en el anteproyecto de 2006 —art. 68, inc. a (19)—, estimo que el actual adoptó un criterio que, aun cuando no puede negarse sigue siendo complejo, es en conjunto más adecuado. El vigente art. 304 del CP, al referirla a una específica conducta delictiva (lavado), establece una modalidad de fijación más llana: dos a diez veces el valor de los bienes objeto del delito. Lo mismo sucede con el art. 14 del régimen penal tributario, que establece en dos a diez veces el monto de la deuda verificada.

También se aclara el parámetro particular para el importe del día de multa, no acotándolo en términos de ganancias de una persona jurídica porque podría alcanzar cifras muy altas y estableciendo, en cambio, en el inciso 3º, límites a su valor que debiera oscilar entre uno y cinco salarios vitales mínimos y móviles. A su vez, el inciso siguiente fija otro parámetro adicional de proporcionalidad, cual es que *“se establece el máximo de un tercio en relación al patrimonio total del ente, para que la sanción no resulte directamente confiscatoria, dado que el importe del día de multa en relación al capital de una pequeña o mediana empresa puede resultar exorbitante”* (2014:154). Este mismo parámetro y por idéntico motivo se fija en el inc. 8 para la eventual conjunción de multa con prestaciones obligatorias vinculadas con el daño producido.

(19) El texto del año 2006 decía: “a) Multa, cuyo importe será fijado conforme la magnitud del daño causado y el patrimonio de la entidad, hasta un máximo equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del patrimonio neto de la entidad de conformidad con las normas de contabilidad aplicables”.

En la EM se individualiza como la segunda pena más grave a la suspensión total de actividades y la clausura total del establecimiento, reservándola para la empresa que sin llegar a ser constituida en exclusiva para delinquir, habitualmente se la emplea para ese fin. Se aclara que para evitar confusión con la “cancelación” se la limita *“a un máximo de un año, sin establecer el mínimo, que queda a criterio del juez, valorando las circunstancias de cada caso concreto”* (2014:154). La escala de otras sanciones es fijada con el mismo criterio en el inciso 7º, es decir, estableciendo sólo el tope máximo.

El plazo para la suspensión total de actividades y clausura de establecimiento luce considerablemente reducido en comparación con los diez años que admite el art. 304 del CP o los cinco que permite el art. 14 de Ley 24.769. Y la razón invocada para fijarlo en sólo un año luce acertada: cuesta imaginar que la suspensión o clausura de una empresa por cinco o diez años no importe su directa desaparición.

6. Los criterios de determinación de las sanciones se establecen en el art. 62 (20), para el que no

(20) Su texto: “1. Las sanciones se determinarán teniendo en cuenta el grado de inobservancia de reglas y procedimientos internos, el grado de omisión de vigilancia sobre la actividad de los intervinientes y, en general, la trascendencia social y la gravedad del hecho ilícito. También se tendrá en cuenta la eventual cooperación al esclarecimiento del hecho, el comportamiento posterior y la disposición espontánea a mitigar o reparar el daño, o a resolver el conflicto. 2. Cuando las sanciones pudieren ocasionar graves consecuencias sociales y económicas, serios daños a la comunidad o a la prestación de un servicio de utilidad pública, el juez aplicará las que resulten más adecuadas para preservar la continuidad operativa de la empresa, de la fuente de trabajo y de los intereses de los socios ajenos al accionar delictivo. 3. Si la persona jurídica fuere una pequeña o mediana empresa y hubiere sido penado el interviniente, el juez podrá prescindir de las sanciones a la entidad en caso de menor gravedad. 4. La cantidad de días de multa y el importe de cada uno de éstos, serán fijados por el juez atendiendo a la naturaleza y magnitud del daño o peligro causado, al beneficio recibido o esperado del delito, al patrimonio y naturaleza de la entidad y a su capacidad de pago. 5. El juez podrá disponer el pago de la multa en forma fraccionada durante un período de hasta cinco años, cuando su cuantía y cumplimiento en un único pago, pusiere en peligro la supervivencia de la entidad o el mantenimiento de los puestos de trabajo, o cuando lo aconseje el interés general. 6. El juez y la administración tendrán en cuenta las sanciones que uno u otro aplicaren por el mismo hecho y con iguales fundamentos. Cuando la

se indican correlaciones, respecto del que en la EM (2014:154) se parte afirmando su necesidad ya que su cuantificación “no puede llevarse a cabo conforme a las pautas señaladas para la individualización de las penas, porque no es posible adecuar la culpabilidad penal -entendida en los términos tradicionales- a la persona jurídica”.

Los “criterios propios” (inc. 1) se refieren o bien a la conducta de los miembros del ente ideal o bien a datos objetivos vinculados al resultado, guardando sustancial correspondencia con el vigente penúltimo párrafo del art. 304 (21) del CP y el 3° párrafo del art. 14 (22) de la Ley 24.769. Son los siguientes:

i) la conducta de los integrantes de la persona jurídica:

i.1. grado de inobservancia de reglas y procedimientos internos

i.2. grado de omisión de vigilancia sobre la actividad de los intervinientes

i.3. eventual cooperación al esclarecimiento del hecho

i.4. comportamiento posterior y disposición espontánea a mitigar o reparar el daño o a resolver el conflicto

ii) la trascendencia social del daño causado.

La EM enfatiza una serie de “factores y circunstancias que el juez debería tomar en cuenta para la selección y cuantificación de las sanciones a imponer” (2014:155) que, podría decirse, constituyen un conjunto de advertencias tendientes a minimizar eventuales afectaciones al principio de intrascendencia de la pena a terceros inocentes, entre los que menciona a “los miembros o socios ajenos a los hechos, los trabajadores que pueden ver peligrar su fuente de trabajo o los usuarios de

sanción fuere de multa, deberán descontar el monto de la aplicada por la otra competencia”.

(21) Dice: “Para graduar estas sanciones, los jueces tendrán en cuenta el incumplimiento de reglas y procedimientos internos, la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes, la extensión del daño causado, el monto de dinero involucrado en la comisión del delito, el tamaño, la naturaleza y la capacidad económica de la persona jurídica”.

(22) El texto es idéntico al transcripto en la nota anterior.

un servicio público, que puedan verse impedidos de utilizarlo o con dificultades para su uso”. Se incluye la referencia a aspectos macrosociales, como la economía nacional que podría resentirse en su productividad por un inadecuado uso del instrumento sancionador.

Se advierte una marcada diversidad con el Anteproyecto de 2006, entiendo que mejorándolo en este aspecto, ya que aquel en los dos últimos párrafos del art. 67 limitaba sus criterios tendientes a evitar la trascendencia de las sanciones a terceros inocentes a los casos de: a) las personas jurídicas que hacen oferta pública de sus acciones o de otros instrumentos negociables, supuesto para el alerta del cuidado al momento de aplicar sanciones de no perjudicar a los accionistas o titulares de los títulos que no fueren responsables del hecho, para lo que establecía una vista previa para escuchar al síndico de la sociedad; b) las personas jurídicas concursadas, respecto de las que las sanciones no podrían aplicarse en detrimento de los derechos y privilegios de los acreedores por causa o título anterior al hecho delictivo, debiendo oírse a este fin al síndico del concurso (2007:135). Ambas hipótesis fueron reproducidas en el vigente art. 313 del CP, en sus 2° y 3° párrafos, pero sin que medie idéntica limitación ya que el primer párrafo hace remisión al art. 304 del mismo digesto.

No obstante, si se analiza este último, también entiendo ahora nos hallamos ante un texto de mejor diseño, ya que aquél en su último párrafo solo incluye la previsión de, en caso de que fuera indispensable mantener la continuidad operativa de la entidad o de una obra o de un servicio en particular, no aplicar las sanciones de suspensión total o parcial de actividades (que se admite hasta por un período de diez años) y la de cancelación de la personería (que procede cuando la hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito o esos actos constituyen su principal actividad). Idéntica cláusula consagra el último párrafo del art. 14 de la Ley 24.769 (cf. Ley 26.735), con la sola diferencia de que la suspensión es de hasta cinco años.

Volviendo al actual Anteproyecto, también la puesta en riesgo de la continuidad empresarial que, por la inevitable selectividad con que opera el poder punitivo, es mayor en las pequeñas y medianas empresas que en las grandes —“que cuentan con mayores medios y recursos para caminar por el borde de la legalidad o incluso caer fuera de sus

límites—, con el ingrediente adicional de que son las primeras las que proveen la mayor demanda de mano de obra del país. De allí, que el inciso 2° indique al juez que deberá aplicar las sanciones que resulten más adecuadas para preservar la continuidad operativa de la empresa, de la fuente de trabajo y de los socios ajenos al accionar delictivo, aspectos todos a los que vuelve a otorgar relevancia en el inc. 5° para habilitar el posible pago fraccionado de la sanción de multa en un período de hasta cinco años si un sólo pago íntegro los comprometiera. A su vez, el inc. 3° le otorga, en el caso de pequeñas y medianas empresas cuando hubiere sido penado el interviniente, la posibilidad de prescindir de las sanciones a la entidad.

La EM (2014:155), volviendo a enfatizar la imposibilidad de graduación conforme al principio de culpabilidad tradicional, respecto de la cantidad y monto de los días-multa le indica al juez que lo haga tomando en cuenta la magnitud del daño causado, del beneficio recibido o esperado del delito y del patrimonio de la entidad (inciso 4), repitiendo además los del inciso 1 “in fine”. Agrega, con acierto a mi juicio, la necesidad de evitar que la multa pueda convertirse en la desaparición del ente —mutando en otra sanción, como sería la “cancelación”—, *“sino que debe mantenerse siempre en los límites de una disminución de beneficios o de capital”*.

El último inciso (6°) aborda una cuestión que ha generado verdaderos ríos de tinta en la discusión doctrinaria: la posibilidad de convivencia de las sanciones impuestas en sede penal y en sede administrativa respecto del mismo sujeto y por el mismo hecho. En la EM se parte de reconocer la trascendencia de la solución, en particular, sobre la economía del país y, a la vez, la complejidad político-criminal de dirimir en exclusiva hacia el segmento judicial (menos entrenado en este tipo de sanciones) o el administrativo sancionador. Invocando una *“perspectiva realista del problema”*, se afirma *“queda abierta en nuestro sistema constitucional y federal la posibilidad de una duplicidad de sanciones sobre el mismo hecho, sobre el mismo ente y con los mismos fundamentos”* y que *“Más allá de cualquier discusión doctrinaria y de la diferente naturaleza jurídica de las sanciones que se impongan... todas en conjunto recaen sobre el mismo ente y, por lo tanto, constituyen un conjunto sancionador que incide sobre su continuidad. Con la fórmula propuesta se postula que,*

en cualquier caso, el conjunto de las sanciones no resulte exorbitante, por lo cual, se indica que tanto la administración como los jueces, deberán tener en cuenta las sanciones impuestas en la otra sede” (2014:156).

7. Finalmente, queda el repaso de las habilitaciones del Libro Segundo, es decir, cómo ha quedado conformado ese “*numerus clausus*” fijado en la parte especial del Código. El catálogo ha quedado conformado por:

7.1. Los delitos contra la humanidad (Título I), conforme art. 73 inc. 4, respecto del que la EM (2014:166) fundamenta la inclusión porque *“La intervención de personas jurídicas es frecuente en estos hechos”*.

7.2. La reducción a servidumbre (art. 105, inc. 2). La EM (2014:187), nada agrega con relación a este nuevo inciso, mientras que el primero reproduce el actual art. 140 del CP.

7.3. La trata de personas (art. 111, inc. 4). La EM no dice nada sobre el particular (2014:190).

7.4. Contrataciones y condiciones laborales ilegales (art. 124, inc. 5). La EM justifica la inclusión diciendo que *“Dado que las personas jurídicas suelen ser empleadoras y sus representantes pueden incurrir en estos delitos, se habilita la sanción a esos entes...”* (2014:196).

7.5. Los delitos contra el patrimonio (Título VII), se habilitan en general por el art. 163, aunque en la EM (2014:221) se reconoce que: *“Si bien no todos los delitos previstos en este Título suelen ser cometidos por representantes de personas jurídicas e incluso algunos es poco imaginable que lo sean, otros son usualmente realizados por ellos y otros pueden serlo, de modo que la previsión del presente artículo es general, ante el riesgo de optar por un casuismo poco técnico y eventualmente injusto. Por ello se prevé que el juez puede imponerles las sanciones previstas en la parte general, por lo que éstas no se aplican en forma automática”*.

7.6. Los delitos contra el orden económico y financiero (Título VIII), son la tercera habilitación general registrada, que se concreta por vía del art. 179. En este caso, la EM (2014:229) afirma que: *“Es claro que en todos los tipos del presente Título se pueden tener un papel protagónico personas físicas que son parte de personas jurídicas y en cuyo*

nombre actúan. Por ende, se propone habilitar la imposición de sanciones a las personas jurídicas..."

7.7. Los delitos contra la hacienda pública y la seguridad social (Título IX), es otra inclusión lógica concretada en forma totalmente asistemática por vía del inc. 2 del art. 183, cuyo primer inciso tipifica la omisión de asistencia médica o farmacéutica. La EM (2014:230), no dice nada, así que se carece de explicación para esta alteración de la mecánica anterior, que era la inclusión de una norma autónoma al final del Título.

7.8. Estragos e inutilización de defensas (art. 184, inc. 8); Explosivos y elementos de destrucción masiva (art. 185, inc. 7); Fabricación y tráfico de armas (art. 187 inc. 4); Naufragios y desastres (art. 188, inc. 6); Envenenamiento, adulteración y riesgo colectivo (art. 194, inc. 7), Comercialización irregular de medicamentos (art. 195, inc. 6); Violación de normas sanitarias (art. 196, inc. 3); Tráfico de órganos (art. 198), todos en sede delitos contra la seguridad pública (Título X). Puede observarse una discordancia en la EM del art. 184 (2014:233), donde se refiere al inc. 8 como inc. 7, sin mayor aporte que reconocer la habilitación de sanción para las personas jurídicas. Lo mismo sucede respecto del resto.

7.9. La figura de contaminación (art. 204, inc. 6), dentro del Título XI "Delitos contra el Ambiente, la Fauna y la Flora", sin más precisiones en la EM (2014:247).

7.10. Sustracción a deberes en caso de conflicto armado (art. 224) y Entorpecimiento a la defensa nacional (art. 225), conforme indicación del art. 226 "Personas jurídicas", en sede el Título XIII, "Delitos contra la Seguridad de la Nación". La EM (2014:254), aclara que corresponde al segundo párrafo del art. 36 de la Ley 23.554 (Ley de Defensa Nacional).

7.11. Los tipos que integran el Capítulo V: Cohecho y tráfico de influencias, del Título XV: Delitos contra la Administración Pública, conforme indica

el art. 266 "Personas jurídicas", cuya referencia en la EM (2014:264) se limita a afirmar al final que se habilita sanciones para aquellas. También se lo hace respecto de las Negociaciones incompatibles (art. 270, inc. 3) y el Incremento patrimonial no justificado (art. 273, inc. 3).

8. Cierro este sintético repaso de las previsiones del Anteproyecto recogiendo las observaciones que se fueran introduciendo tanto al texto como a su EM a modo de breves glosas. Parto de una valoración positiva general, con el convencimiento de que se trata de una decisión político-criminal acertada y, a esta altura, impostergable. Este juicio favorable se funda en que el cotejo de lo proyectado con las aisladas normas vigentes en el propio Código o en leyes especiales que se procura unificar permite advertir que el criterio que se adopta es superior de déficits observables en aquellas. El Título IX del Libro Primero, con sus cuatro artículos analizados, ofrece una estructura mucho más completa que establece condiciones de procedencia, un elenco de sanciones, reglas de aplicación y criterios para su determinación. Sólo eso ya es una enorme ganancia en comparación con lo que hoy está rigiendo en la materia.

Asimismo entiendo como otro acierto unificador la incorporación de una "cláusula de actuar por otro", proyectada como artículo 10, cuyo sentido práctico trascendente es evitar la atipicidad de quien actúa en lugar de otro cuando en su persona no se reúnan los caracteres típicos exigidos por el tipo de autor calificado en un delito propio.

En tren de aporte crítico he sugerido:

a) la supresión del inc. 5° del art. 59 (derecho de defensa) por ser sobreabundante o innecesario;

b) también creo conveniente suprimir el inc. 8° del mismo artículo, que fija un plazo especial de prescripción de acción, porque entiendo no debe plasmarse tal diferencia y deben regir los plazos generales del art. 49. ♦

.....

Teoría de los concursos en el Anteproyecto del Código Penal

POR NICOLÁS DANIEL RAMÍREZ

Sumario: 1. Introducción. — 2. Análisis sistemático. — 3. Concurso ideal. 4. Concurso real. — 5. Concurso aparente. — 6. Conclusión.

1. Introducción

En el presente trabajo, se analizará la Teoría de los concursos establecida por el Anteproyecto del Código Penal y las diferencias que presenta con el régimen vigente.

Como se verá a continuación, el régimen propuesto —que ya adelanto considero más preciso que el actual— tiene diferencias no sólo en torno a los concursos ya legislados, ideal y real, sino que también incorpora el concurso aparente.

Asimismo, el Anteproyecto, al cambiar la ubicación sistemática de los concursos, también busca darle una mayor claridad a estos institutos, haciéndolos más coherentes con respecto a la Teoría del delito.

2. Análisis sistemático

El primer punto a tener en cuenta, al momento de analizar la Teoría de los Concursos establecida por el Anteproyecto, es la ubicación sistemática que se le da a ésta. Mientras que en el Código vigente se encuentra en el Título IX de manera independiente, en este caso los redactores lo ubican dentro del Título II denominado “Hecho punible”.

Esta ubicación sistemática debe considerarse un acierto ya que de esta manera no lleva a la confusión, muchas veces realizada por la jurisprudencia, de relacionar los concursos con una mera aplicación de penas.

Por el contrario, y aquí reside el acierto del Anteproyecto, el primer análisis debe partir del hecho punible, determinando así si nos encontramos ante un supuesto de unidad o pluralidad de conductas. Este análisis, si bien se realiza desde otro enfoque, no resulta distinto al que se efectúa al momento de analizar la participación criminal o la tentativa. Luego, la aplicación de la pena o su unificación resulta una consecuencia de dicho análisis, pero nunca su causa.

La segunda diferencia que trae el Anteproyecto se da respecto de la delimitación de los conceptos y los institutos. Si bien, como analizaremos en los siguientes puntos, sigue, en líneas generales el sistema actualmente vigente, al definir los conceptos de concurso ideal y real, y agregar el aparente, como así también al legislar la figura del delito continuado, no sólo se logra una mayor claridad conceptual sino que también, en el caso del delito continuado se realiza una protección más acabada del principio de legalidad.

Por ello se puede afirmar que desde un punto de vista sistemático y metodológico el Anteproyecto resulta un avance respecto de la legislación vigente, al otorgar mayor claridad a una temática, que como se sabe ya de por sí resulta intrincada.

3. Concurso ideal

El Anteproyecto en su artículo 11° al regular el concurso ideal establece que “*Cuando una conducta cayere, total o parcialmente, bajo más de una sanción penal, se aplicará solamente la que fijare pena más grave.*”

Así podemos ver que se ha mantenido una definición similar a la vigente, cambiando el concepto hecho por conducta. Esta modificación, si bien en la práctica no tiene consecuencias importantes, atento al desarrollo de la teoría del delito, resulta ser más acorde a la terminología empleada por la doctrina.

Ahora bien, como afirmé *a priori*, la teoría de los concursos se fundamenta en la conducta analizada, debiendo como primer criterio de análisis determinar si nos encontramos ante un supuesto de unidad de acción, el cual nos llevaría a la aplicación del concurso ideal, o de pluralidad de conductas, debiendo aplicarse el concurso real.

Así, la definición del concurso ideal resulta esencial en el ordenamiento para dejar establecido cuál es el concepto que toma el legislador

para definir la unidad de acción. El concepto de unidad de acción es sumamente difícil de determinar de manera científica, razón por la cual el ordenamiento debe adoptar un criterio objetivo y lo más fácilmente determinable que sea posible.

Se han propuesto distintos criterios para determinar la unidad de acción. En primer lugar, autores alemanes como Schmidhäuser establecieron el criterio de concepción natural de la vida, según el cual, para que exista unidad de acción debe existir unidad de propósito y conexión espacio-temporal, según los usos normales de la sociedad. (1)

Esta postura clásica fue la seguida por el Tribunal Supremo Alemán al entender que existió unidad natural de acción cuando *“el sujeto actuante realiza su voluntad unitaria, dirigida a una meta en el mundo exterior, por medio de una pluralidad de actos de la misma clase y, además, estos actos particulares de realización puedan ser objetivamente reconocidos como pertenecientes a un mismo conjunto, debido a su conexión espacial y temporal, de manera tal que, según esta concepción de la vida, ellos forman una acción (Cfr. RG, 44, 223, 226 y 227 y 58, 113, 116; BGH 10, 230, 231)”*. (2)

Esta opinión, conformada por un aspecto objetivo que sería la conexión espacio-temporal y otro subjetivo, la voluntad dirigida de manera unitaria, tiene serias dificultades al momento de analizar conductas que afecten múltiples bienes jurídicos.

La principal crítica que ha tenido esta postura es que *“cuándo y por qué lo decisivo es, en un caso, la resolución unitaria de la voluntad, en otro, la misma clase de la voluntad de acción, o en un tercero, la persecución de un objetivo unitario, es algo que queda tan poco claro como la utilización y la comprensión del también recurrido criterio de la conexión temporal y espacial inmediata”*. (3) Así, sería difícil, por ejemplo, en el caso de la persona que disparando en un mismo acto una ráfaga de tiros mata a varias personas, desde el punto de vista de esta postura, aplicar un concurso real.

(1) Cfr. MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, p. 633, 7ª ed., B de F, Bs. As., 2005.

(2) CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, El delito continuado, p. 111, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

(3) MAURACH, R., GOSSEL, K. H. y ZIPF, H., Derecho Penal. Parte General 2, p. 523, marg. 33, 1995 citado por CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, El delito continuado, p. 115, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

Por estos motivos, este criterio no da una solución integral al problema, sino que solamente serviría para resolver aquellos casos que no presentan mayores inconvenientes.

Así, este criterio debe ser completado por el criterio jurídico, según el cual varios actos pueden ser unificados según el sentido del tipo penal. Y es en este punto donde se encuentra el acierto del Anteproyecto, el cual menciona en su texto los dos conceptos necesarios, *“conducta”* y *“sanción”*, para determinar la unidad de acción.

A cada tipo penal realizado le corresponde una determinada acción típica, debiendo analizarse en primer lugar la conducta en cuestión, bajo la luz del precepto penal. Es decir que cuando sólo se produce una realización típica, sin importar los actos realizados por el sujeto, nos encontramos ante una unidad de acción. Este análisis es el que llama Welzel factor normativo, el cual es *“el enjuiciamiento jurídico-social a través de los tipos”*. (4)

Esta postura puede ser utilizada, por un lado, cuando el tipo penal requiere la comisión de más de un comportamiento, como sucede con el tipo penal del art. 302, inc. 3 del Cód. Penal, según el cual el autor debe, en primer lugar, librar un cheque y, en segundo, dar la orden de no pago, abusando así de las causales previstas por la ley de cheques.

Por su parte también existen conductas que requieren pluralidad de actos para su configuración, generándose así la unidad de acción a través de la multiplicidad de actos. Este es el caso del delito de robo que requiere, por un lado, violencia física o fuerza en las cosas y, por el otro, un desapoderamiento ilegítimo. (5)

Ahora, también debe incluirse dentro de la teoría de la unidad de hecho los casos de realización repetida del tipo y los de realización progresiva del tipo. En el primero de ellos, el autor realiza varias conductas para completar el tipo, como sucede, por ejemplo, en el caso de una persona que realiza varios viajes sucesivos desde la camioneta estacionada en la puerta de la vivienda, donde carga las cosas sustraídas, hacia el interior

(4) CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, El delito continuado, p. 119, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

(5) Cfr. RIGHI, Esteban, Derecho Penal Parte General, pp. 440/1, Ed. Lexis Nexis, Bs. As., 2007.

de ella, para robarla. Respecto de los delitos de realización progresiva del tipo, éstos se dan, por ejemplo, cuando recién con el tercer golpe se logra matar a la persona.

En estos casos, al igual que en los dos analizados anteriormente, la multiplicidad de conductas no varía la situación motivacional del autor, generándose una única afectación al bien jurídico. (6)

Zaffaroni, si bien comparte esencialmente este criterio, establece como límite el factor final del autor al momento de realizar la conducta, ya que *“si no existiese el factor final no habría posibilidad de desvalorarlo como una única conducta y, en caso de no haber pluralidad de movimientos voluntarios, tampoco habrá posibilidad de desvalorarlos como una pluralidad de conductas. Son, justamente, los límites ónticos que debe respetar la construcción jurídica de la unidad de conducta”*. (7)

En conclusión, si bien en su explicación de motivos los autores del Anteproyecto analizan principalmente el problema de las escalas penales aplicables, permanentemente se hace referencia a las conductas realizadas y la vulneración de los tipos penales. Esto, a mi modo de entender, deja traslucir que se busca seguir una concepción que analice la conducta cometida pero siempre teniendo en cuenta la naturaleza de los tipos penales.

4. Concurso real

El art. 12° del Anteproyecto establece:

Art. 12°.1. Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con prisión, la pena aplicable tendrá como mínimo, el mínimo mayor, y como máximo, la suma resultante de la acumulación de las penas correspondientes a los diversos hechos.

2. Esta suma no podrá exceder del doble del máximo mayor de las penas correspondientes a los delitos concurrentes, y en ningún caso será superior al máximo legal de treinta años.

3. Respecto de las demás penas, se aplicarán reglas similares.

(6) MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, p. 635, 7ª ed., B de F, Bs. As., 2005.

(7) ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, Derecho Penal Parte general, p. 858, Ed. Ediar, Bs. As., 2003.

Este artículo, si bien mantiene, como en el caso del concurso ideal, el sistema del código vigente, precisa algunas cuestiones que en la actualidad se encuentran debatidas.

Como adelantara, la definición del concurso ideal resulta fundamental para determinar el concurso real, ya que en aquellos casos donde se entienda que exista pluralidad de conductas es cuando se aplicaría la concurrencia de hechos. Por ello, la cuestión de mayor relevancia al momento de analizar el concurso real es la calificación legal aplicable.

La primera modificación introducida por el Anteproyecto, en mi opinión acertada, es la diferenciación entre el concurso de delitos con penas privativas de libertad y aquellas con otra especie de penas. De este modo, se mantiene el criterio lógico de establecer el mínimo mayor y la suma de los máximos.

Respecto del mínimo mayor, es indudable que pretender un mínimo menor que el establecido por alguno de los tipos penales intervinientes llevaría a la hipótesis de beneficiar a aquella persona que vulnera dos tipos penales, en comparación con aquel que lo hace solamente con uno.

Por su parte, respecto de los máximos deben analizarse dos cuestiones. En primer lugar, si se realiza una suma aritmética, y luego, si se limita esa suma.

El Anteproyecto mantiene así el sistema actualmente vigente de suma aritmética, pero estableciendo que ésta no podrá exceder el *“doble del máximo mayor de las penas correspondientes a los delitos concurrentes”*, sin poder superar nunca los 30 años.

Respecto del límite máximo de 30 años, parece un lapso razonable, teniendo en cuenta, como afirman los redactores, *“la necesidad de evitar lo absurdo impone que en la pena para el concurso real, que tiene lugar cuando se condena a una persona por varios delitos independientes, si bien corresponden tantas penas como delitos (conductas típicas), no es admisible la suma aritmética de todas ellas hasta el límite de superar cualquier posibilidad de cumplimiento o incluso de vida”*.

Si bien podría ser discutible si el límite es de 25, 30 ó 37 años y medio como algunos sostenían con anterioridad a la sanción de la ley 25.928, el límite máximo actual de 50 años resulta inaceptable.

En este sentido Zaffaroni, al explicar el concepto de unidad de la reacción penal, limita este límite máximo, ya que las penas al deber ser ejecutadas en tiempo existencial y racional impiden una acumulación irracional.

Por ello, este límite máximo, mucho más razonable que el vigente, es uno de los grandes aciertos del Anteproyecto en materia de concurso.

Por otro lado, el Anteproyecto limita el máximo de la suma en el doble del máximo mayor de las conductas desplegadas. En este sentido en la explicación de motivos se refiere que *“El problema que plantea la fórmula vigente es que viola el principio de legalidad de la pena, pues da lugar a una pena indeterminada en el caso de una pluralidad de delitos de poca gravedad, como puede ser un concurso real de varios hurtos, que tendría una pena mínima de un mes y una máxima que hoy no se sabe cuántos años son, pero que pueden ser treinta o cincuenta años. Es claro que la punición de una cadena de hurtos simples con una pena de treinta o más años no es, claramente, lo indicado políticamente ni resulta respetuoso de los principios generales, en particular el de proporcionalidad”*.

Es cierto que numerosos hurtos bajo ningún punto de vista pueden tener el mismo máximo que un homicidio, pero también es cierto que numerosos hurtos tampoco pueden tener la misma escala penal que dos hechos. Por ello, entiendo que en este caso el nuevo límite establecido por el legislador no resulta acertado, ya que no sólo vulneraría la sistematización del Código sino que violaría el principio de proporcionalidad.

En este caso opino que establecer criterios generales termina desnaturalizando el sistema de penas, razón por la cual el límite de 30 años debería ser suficiente. Después debe ser el juez, al momento del hecho, quien determine la pena aplicable, siguiendo una escala penal razonable, pero también sistemática.

Resulta acertada la crítica de los redactores, respecto de que nos encontraríamos en escalas penales muy amplias, pero debería ser función del juez, en el caso concreto, respetando la sistematicidad del Código y, fundamentalmente, el principio de proporcionalidad quien aplique la pena correspondiente.

Por último, y siguiendo el argumento que utilizamos respecto del límite del doble de la pena mayor de que en algunos casos las reglas generales son contraproducentes, el Anteproyecto, a diferencia del Código actual, diferencia los casos en los cuales los tipos penales concurrentes no tengan pena de prisión. Así, si bien establece que deberían seguirse estas reglas, deja al arbitrio del juzgador la solución del caso concreto, evitando así un casuismo innecesario.

5. Concurso aparente

Nuestro Código vigente, al igual que la gran mayoría de los códigos modernos, no se refiere al concurso aparente. A diferencia de los concursos ideal y real, que son considerados como concurrencia de hechos, el concurso aparente es una simple concurrencia de leyes, ya que, según lo entendido por el legislador al tipificar ciertos delitos, nos encontramos en presencia de una sola conducta.

El art. 14 del Anteproyecto, a diferencia del régimen actual, prevé expresamente el concurso aparente. Esta incorporación refleja la voluntad de los redactores de incluir también ciertos institutos o concepto —aunque desde un análisis riguroso no sería necesaria su legislación—, con el fin de dar más herramientas para una correcta interpretación.

En este artículo se enumeran así los tres principios esenciales del también llamado concurso de leyes: especialidad, subsidiariedad y consunción. Asimismo, de manera correcta no tuvo en cuenta lo que algunos autores identificaron como un cuarto principio, el de alternatividad, contenido por ejemplo, en el art. 8, 4ª del Código Penal Español al referir que *“En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor”*.

Este supuesto principio busca regular aquellos supuestos en los que dos tipos se mantienen paralelos y excluyentes como resultado de un error legislativo. Como bien explica Zaffaroni, más allá de que no puede un principio tener como punto de partida el defecto de una ley, la alternatividad, en todo caso, sería parte del principio de especialidad. (8)

(8) ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, Derecho Penal Parte general, p. 868, Ed. Ediar, Bs. As., 2003.

A mi entender, si bien la incorporación que ha realizado el Anteproyecto de ciertos institutos con un fin netamente aclarador, no existe tal necesidad en este supuesto. Más allá de que en sus motivos, y no sin razón, funda la inclusión del concurso aparente para evitar soluciones ridículas, como por ejemplo la *“condena por homicidio y daños, porque la bala perforó el traje o porque el veneno arruinó el vino de la botella de la que bebió la víctima; homicidio consumado y tentativa, porque el primer balazo no lo mató, sino el segundo; etc.”*, estas soluciones jurisprudenciales no responden a una deficiente técnica legislativa, sino a una grosera interpretación de la ley. Al desarrollar de manera tan general los principios nucleares del concurso aparente, sin que dicha referencia permita determinar el alcance de los mismos, una sola mención del concurso de leyes para diferenciarlo del concurso de hechos tendría el mismo efecto interpretador.

Por otra parte, en mi opinión, el Anteproyecto ha omitido, al momento de legislar el concurso aparente, el denominado principio de combinación. El principio de combinación establece que existen ciertos supuestos en los cuales la norma desplazada en el concurso aparente mantiene cierta influencia al momento de aplicar la ley. (9)

Según Jakobs este principio se aplica cuando *“la especialización se requiere por un efecto cualificante, y la ley desplazada permite una consecuencia jurídica más grave que la ley a aplicar (pena mínima más elevada, pena accesoria, etc.)*, hay que completar el marco de la ley a aplicar con la agravación (uno de los efectos cierre de la ley más leve)”. (10)

Esta ha sido la solución tomada, de manera excepcional por nuestra jurisprudencia al entender que *“las figuras de los artículos 89 y 104 del Código Penal prevén una pena máxima —un año y tres años respectivamente— inferior a la mínima del artículo 189 bis, inciso 2º, cuarto párrafo, ibídem —reclusión o prisión de tres años y seis meses—, lo que indica que si los únicos tipos penales que subsisten son los primeros, el autor merecería una sanción menor a la que le correspondería según el delito dejado de lado; es decir, la conducta que se presenta más grave por*

haber creado un riesgo a la integridad física de las víctimas estaría reprobada en menor medida que la simple amenaza genérica derivada de la posesión de armas de fuego sin autorización legal.” (11)

Es decir que en este caso la norma desplazada (art. 189 bis) mantiene un efecto de bloqueo, respecto de su mínimo, no pudiendo ser éste menor que el que establece la norma dejada de lado.

Este llamado efecto de bloqueo, si bien es más severo que el establecido en la norma particular, tiene su fundamento en el delito desplazado, en el cual el legislador ya estableció la pena que merece la infracción de dicha norma. Así para mantener la coherencia de nuestro sistema, si el legislador entiende que para tal afectación a un bien jurídico se merece cierta pena, el hecho de que exista un concurso aparente no puede contradecir lo establecido en la norma desplazada. (12)

En conclusión, si bien coincido con el Anteproyecto acerca de la necesidad de incorporar al Código ciertos institutos con un fin más interpretador que de aplicación estricta, la sola enumeración del concurso aparente (con el agregado del principio de absorción como consecuencia del concurso real), sin mencionar de manera un poco difusa los principios que la integran, sería menos controversial que la redacción propuesta.

6. Conclusión

En conclusión, el nuevo sistema propuesto por el Anteproyecto debe tener acogida favorable, ya que no sólo no se aparta del régimen vigente, aceptado de manera general por la doctrina y la jurisprudencia, sino que establece ciertos límites y precisiones que mejoran la legislación aplicable.

Si bien se han formulado algunas críticas a esta propuesta, tanto la limitación impuesta al máximo general de la pena en el concurso real, como la incorporación del concurso aparente, son claramente adelantos en materia de concurrencia de delitos y conductas que traen una mayor claridad a un tema que, como ha dicho alguna vez Enrique Gimbernat, junto con el concepto de omisión, el de unidad de acción es el más oscuro de toda la doctrina penal. ♦

(9) Cfr. JESCHECK, Hans y WEIGEND, Thomas, Tratado de Derecho Penal, Parte General, p. 794, Ed. Comares, 1996.

(10) JAKOBS, Günther, Derecho Penal, Parte General, p. 1068, Marcial Pons, Madrid, 1997.

(11) TOC 17, Sammy Junior Vargas Soler, 13/11/2010.

(12) No debe confundirse el supuesto de desplazamiento por especialidad por los atenuantes que puede tener un tipo penal.

Límites constitucionales y pautas de interpretación en la aplicación de la ley penal argentina. Su tratamiento en el anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina (*)

POR MANUELA DE AGOSTINO

Sumario: 1. Introducción. — 2. Sentido y origen de las garantías fundamentales. — 3. Carácter de la norma: novedosa e innecesaria? — 4. De los principios. — 5. Conclusiones. — 6. Bibliografía.

1. Introducción (1)

El presente trabajo tiene por objeto analizar el contenido del primer artículo del Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina y promover la discusión de la reforma a partir de sus notas más salientes.

El libro Primero del Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina, relativo a la “Parte General”, comienza con el Título I referido a “Principios y aplicación de la Ley Penal”.

Así, el artículo 1° consagra en el texto de la ley principios que brindan pautas de interpretación y de aplicación de la ley penal argentina, lo cual constituye la prueba más fehaciente de que el texto del anteproyecto está impregnado de un profundo espíritu y sentido garantista.

De este modo, es dable afirmar que la reforma se inspira en la reafirmación de los fundamentos racionales del Derecho Penal, cual sistema de normas que tiene por finalidad tutelar bienes y derechos fundamentales de los ciudadanos, tanto ante las ofensas que se provocan mediante

la comisión de los delitos, como también ante los excesos y abusos de las penas.

En este orden de ideas, se advierte que el anteproyecto se enmarca además en la definición que brinda la dogmática acerca del derecho penal, entendiéndolo como *“la rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho”* (Zaffaroni, E.R. et al, 2000:5).

En tal sentido, explican Eugenio Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar que el poder de que disponen los jueces es de contención y a veces de reducción: *“La función más obvia de los jueces penales y del derecho penal (como planeamiento de las decisiones de éstos), es la contención del poder punitivo. Sin la contención jurídica (judicial), el poder punitivo quedaría librado al puro impulso de las agencias ejecutivas y políticas y, por ende, desaparecería el estado de derecho y la República misma”* (ibídem).

Al igual que en su antecedente más próximo -“Anteproyecto de Reforma del Código Penal” del año 2006 (2)- los principales objetivos tenidos en

(*) Elaborado por la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación (Decreto P.E.N. 678/12). Presidente: E. R. Zaffaroni. Miembros: León Carlos Arslanian, María Elena Barbagelata, Ricardo Gil Lavedra, Federico Pinedo.

(1) El texto se corresponde con la disertación efectuada en el marco del “1° Encuentro de Jóvenes Penalistas” cuyo tema fue “Discutiendo la Reforma Penal”, organizado por la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, llevado a cabo en la ciudad de Mar del Plata, los días 08 y 09 de mayo de 2014.

(2) Se trata del esbozo legislativo elaborado por la “Comisión para la elaboración del Proyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal” (creada por resoluciones N° 303/04 y 136/05 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación) coordinada por el entonces Secretario de Política Criminal y Asuntos Penitenciarios, Alejandro Walter Slokar e integrada por especialistas en la materia: David Baigún, Guillermo Jorge Yacobucci, Edmundo S. Hendler, Carlos Alberto Chiara Díaz, Alejandro Tizón, Gustavo Raúl Ferreyra, Gabriel Di Matteo, Javier Augusto De Luca y Daniel Aníbal Erbetta (los dos últimos mencionados

miras por los anteproyectistas han sido por un lado, la reestructuración sistemática y racional del sistema de los delitos y de las penas en el afán de superar inequidades absurdas del código vigente que han sido producto de constantes reformas coyunturales y que han acabado resintiendo la armonía del código de fondo (3); y por el otro, concretar un máximo acercamiento posible del proyecto a los principios constitucionales y de Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Así, se ha pretendido crear un único cuerpo de leyes en materia penal (código) que, como técnica legislativa impuesta constitucionalmente en función del mandato de certeza jurídica (arts. 18 y 75, inc. 12 CN), reúna los diferentes contenidos jurídico-penales hoy dispersos en leyes especiales y recupere la claridad, la precisión y la sistematicidad actualmente perdidas, desde un paradigma respetuoso de los derechos humanos.

Sentados los lineamientos que han guiado la labor de los anteproyectistas, intentaremos en lo sucesivo efectuar unos muy breves aportes al debate vigente que, por su trascendencia debe necesariamente ser profundo y técnico y desarrollarse no sólo en los espacios académicos, sino también, en el ámbito de discusión por excelencia, el Congreso.

Para concretar la tarea propuesta, desarrollaremos brevemente el contenido de los principios enunciados: *a)* de legalidad; *b)* culpabilidad; *c)* ofensividad; *d)* humanidad, personalidad y proporcionalidad de las penas.

A su vez, señalaremos cuatro aspectos salientes que se desprenden de ellos y que hemos identificado para promover la discusión de la integralidad de la reforma:

a) Necesidad o no de incluir en el texto del Código Penal principios de índole constitucional y de dogmática penal.

b) Necesidad o no de eliminar el concepto de dolo eventual, así como también desentrañar si

reemplazaron a los salientes Eduardo Enrique García Vitor y Edgardo Alberto Donna, respectivamente).

(3) En total, a la fecha, y según se indica en la exposición de motivos, el Código Penal de 1921 sufrió unas novecientas reformas parciales.

esa problemática se satisface adecuadamente con la incorporación de la imprudencia temeraria.

c) Necesidad de eliminar y/o limitar la existencia de delitos de comisión por omisión.

d) Existencia de delitos de peligro abstracto, así como de delitos agravados por el resultado en franca violación al principio de culpabilidad.

2. Sentido y origen de las garantías fundamentales

Con carácter previo al tratamiento de cada uno de los principios enunciados, es preciso señalar que estas garantías -que revisten la significación de principios constitucionales fundamentales- se han erigido en tales a partir del surgimiento del constitucionalismo moderno y de la creación del Estado de Derecho. De allí, que su génesis tenga estricta relación con la expropiación y monopolización por parte del Estado del poder de persecución penal (Bombini, G. - De Agostino, M., 2012).

Las garantías constitucionales que hoy conocemos fueron originariamente enunciadas por Cesare Beccaria (1794) en su obra "De los delitos y de las penas". (4) Allí, se enunciaron por primera vez la mayoría de los principios limitadores del poder punitivo que conocemos hoy, tales como: *a)* que sólo la ley y no la voluntad del juez puede establecer las penas. *b)* Que las leyes deben estar fijadas de manera minuciosa y comprensible, pues cualquier persona debe poder saber de antemano si sus actos constituyen o no delito y cuáles son exactamente sus consecuencias. *c)* Que las penas deben ser tan leves y humanas como sea posible mientras sirvan su propósito, que no es causar daño, sino prevenir que el delincuente cometa nuevos delitos. *d)* Que la tortura aplicada al reo para que confiese debe abolirse, porque beneficia al culpable fuerte y perjudica al inocente débil. *e)* Que las penas deben ser proporcionales a la gravedad de los delitos.

(4) La importancia histórica del libro "De los Delitos y de las penas" radica en gran parte en la conciencia jurídica, que se afirma, contraponiendo el estado de arbitrariedad a la exigencia firme del estado de derecho, igual para todos los ciudadanos e igualmente por encima de todos. De ahí el principio de legalidad, de repudio a la atrocidad de las penas, y de la separación de poderes; en el desarrollo y aplicación de tales principios está el mérito de su obra (SÁEZ CAPEL, José. Estudio preliminar. De los delitos y de las penas. Editorial Proa XXI. Buenos Aires, 2004:12).

Asimismo, resulta pertinente traer a colación las palabras del jurista Julio B. Maier, quien indica que “con la creación del Estado de Derecho, se declaran una serie de derechos y garantías que intentan proteger a los individuos, miembros de una comunidad determinada, contra la utilización arbitraria del poder penal del Estado; ellos conforman la base política de orientación para la regulación del Derecho penal de un Estado, el marco político dentro del cual son válidas las decisiones que expresa acerca de su poder penal, sean ellas generales o a un caso concreto” (Maier, 1996:473).

Así es que, desde el punto de vista de la porción del orden jurídico que abarca el Derecho Penal, las garantías se constituyen en limitaciones objetivas a ese *ius puniendi* estatal y es por ello que adquieren relevancia frente al Estado, toda vez que establecen instrumentos o procedimientos que otorgan una protección especial a ciertos derechos que la Constitución reconoce y que resultan esencialmente operativos. En este sentido, el constitucionalista Bidart Campos explica que “hay garantía cuando el individuo tiene a su disposición la posibilidad de movilizar al Estado para que lo proteja” (Bidart Campos, G., 2000:622).

Sin embargo, estas seguridades individuales tienen asimismo una función legitimante de la concentración de poder político o, si se quiere, de la organización social estatal (...) si bien pretenden poner límites precisos a ese poder, también lo legitiman, en tanto lo reconocen como presupuesto de ellas, como sustrato al cual esas garantías van referidas (Maier, 1996:475).

Existen numerosas clasificaciones en relación con los principios fundamentales del derecho penal. A modo de ejemplo, reseñaremos tres de ellas.

Eugenio Zaffaroni, junto a Alejandro Alagia y Alejandro Slokar en su Tratado de Derecho Penal establecen límites derivados de la función política y los dividen en tres grandes categorías que a su vez, comprenden diversos principios: *a)* Principio de legalidad (5); *b)* Principios limitativos que excluyen violaciones o disfuncionalidades groseras

(5) Incluyen dentro del principio de legalidad: principio de legalidad formal, Principio de máxima taxatividad legal e interpretativa; principio de respeto histórico al ámbito legal de lo prohibido; la irretroactividad de la ley penal como principio derivado de la legalidad y del estado de derecho.

con los derechos humanos (6) y *c)* Principios limitadores de la criminalización que emergen directamente del estado de derecho (7) (2000:107-142).

Por su parte, Alberto Binder realiza una enunciación y descripción de lo que denomina: *a)* principios que limitan la construcción de la ilicitud penal (8); *b)* principios que excluyen la ilicitud penal (9); *c)* principios que limitan o excluyen la responsabilidad penal (10); *d)* principios que limitan o excluyen la aplicación de la pena (11) (2004:115-309).

Luigi Ferrajoli en su obra “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal” establece diversos principios: *a)* principio de la retribución penal; *b)* principio de legalidad penal; *c)* principios de necesidad y de humanidad de las penas, *d)* principio de la pena mínima necesaria y el de respeto a la persona; *e)* principios de proporcionalidad, equidad y certeza de las penas; *f)* principios de necesidad y lesividad; principio de materialidad de la acción; *g)* principio de culpabilidad (1989).

Como se advierte, prestigiosos juristas se han ocupado de abordar minuciosamente la temática de los principios que limitan la aplicación de la ley penal, por lo que cabe preguntarse si es necesaria su descripción en un Código Penal.

3. Carácter de la norma: novedosa e ¿innecesaria?

Como primer punto, cabe resaltar el carácter novedoso de la introducción de esta norma en el

(6) Principio de lesividad; principio de proporcionalidad mínima; principio de intrascendencia (trascendencia mínima); principio de humanidad; principio de la prohibición de la doble punición; principio de buena fe y pro homine.

(7) Principios de superioridad ética del estado; principio de saneamiento genealógico; principio de culpabilidad (de exclusión de la imputación por la mera causación del resultado y de exigibilidad).

(8) Incluye: *a)* principio de exterioridad; *b)* principio de legalidad; *c)* principio de lesividad y relevancia social de la acción y omisión; *d)* principio de ilicitud personal.

(9) Incluye: *a)* principio de proporcionalidad y la relevancia de la ilicitud; *b)* principio de autotutela; *c)* principio de coherencia del sistema normativo.

(10) Incluye: *a)* principio de culpabilidad; *b)* principio de atribución personal; *c)* principio de advertencia suficiente; *d)* principio de corresponsabilidad social.

(11) Incluye: *a)* principio de legalidad de las penas; *b)* principio de proporcionalidad y las penas prohibidas; *c)* principio de utilidad del castigo.

texto del anteproyecto de código penal, en relación con el Código Penal vigente ya que en este último no existe una de similar tenor.

En comparación con el Anteproyecto de reforma de código penal elaborado en el año 2006, es dable mencionar que éste último preveía la enunciación de la totalidad de los principios, a excepción del principio de personalidad de la pena. Sin embargo, la diferencia sustancial entre ambos radica en que en el proyecto que aquí se analiza se le da contenido a los mismos.

Ahora bien, cabe preguntarse si resulta necesario introducir en el código penal, principios de índole constitucional y de dogmática penal, teniendo en consideración por un lado, que una norma de similar tenor se encuentra vigente en el texto constitucional y contempla la supremacía de la Constitución Nacional (art. 31 CN) y por otra parte, que los restantes principios se encuentran consagrados en los tratados que gozan de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN) o como garantías implícitas (art. 33 CN).

En la exposición de motivos se indica que el inciso 1° podrá ser objetado por considerarlo innecesario. Vale decir que, en la propia fundamentación “se abre el paraguas”, anticipándose a posibles críticas. Así, en particular y en relación con el inciso 1° del artículo 1°, se expresa que “fuertes razones históricas indican la necesidad de consagrarlo”. (12)

Con ello, se alude a los resabios que aún persisten tanto en la jurisprudencia como en la doctrina de aquel traspaso de la teoría del Estado legal a la del Estado constitucional.

En ese sentido, se reseña que “se considera indispensable remarcar para la jurisprudencia la necesidad de mantener la plena vigencia de los principios constitucionales” (13), reafirmando así, el rechazo a cualquier infiltración de derecho penal autoritario.

Más allá de ello, lo cierto es que de alguna manera, se reedita y reafirma el contenido del art. 31 de la Carta Magna. La supremacía de la Constitu-

ción Nacional y de los Tratados Internacionales de igual jerarquía es ratificada desde el comienzo del anteproyecto de reforma del Código Penal y de ahí que el artículo en estudio pueda ser objetado de superfluo.

De este modo, se deja asentado que ninguna de las normas que integrarían el Código Penal puede contrariar -en su contenido y en su forma- el texto constitucional y que, además, ante un conflicto de interpretación debe primar aquella que sea conteste con las normas de mayor jerarquía.

Y, por otra parte, en el momento de aplicar las restantes normas, los jueces deberán verificar su ajuste a las de jerarquía constitucional mediante el control de constitucionalidad, ya que si no, sería una simple declaración.

Consideramos que la consagración expresa de los principios fundamentales en el texto del anteproyecto es sumamente relevante en la medida que desde el inicio se determina con qué alcance debe ser aplicada e interpretada la ley penal argentina. De este modo, se brindan pautas que deberán ser tenidas en consideración por los operadores jurídicos como integrantes de las agencias de la criminalización secundaria en la aplicación de la ley penal.

En función de ello, creemos que la incorporación de esta norma al código de fondo, lejos de resultar superflua, adquiere suma trascendencia por las consecuencias que de ella se desprenden y también en la medida en que se constituye como un recordatorio para los magistrados en relación con la vigencia de estas garantías, quienes deberán corroborar que ninguna de las normas que integren el Código Penal contrarie -en su contenido y en su forma- el texto constitucional, haciendo primar ante un conflicto de interpretación aquella que sea conteste con las normas de mayor jerarquía.

4. De los principios

En concreto, la norma en cuestión enumera una serie de principios fundamentales que se erigen como pautas rectoras en la labor de interpretación y aplicación de las normas del Código Penal, en la actividad persecutoria penal que lleva adelante el Estado a través de los órganos judiciales.

Así, se establece la legalidad tanto de los delitos como de las penas, la lesividad y la culpabilidad de

(12) Véase: “Anteproyecto de Código Penal de la Nación” (2014), pp. 55/56. Bs. As.: Infojus.

(13) *Ibidem*.

los delitos por un lado y la proporcionalidad, personalidad y humanidad de las penas por el otro.

a) Legalidad estricta y responsabilidad. Sólo se considerarán delitos las acciones u omisiones expresa y estrictamente previstas como tales en una ley formal previa, realizadas con voluntad directa, salvo que también se prevea pena por imprudencia o negligencia.

No se impondrá pena ni otra consecuencia penal del delito, diferente de las señaladas en ley previa.

De este modo, en primer lugar se establece el principio de estricta legalidad o taxatividad de los tipos penales. Ello, implica la prohibición de penar a alguien sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso.

Desde el punto de vista formal, el principio de legalidad requiere que la única fuente de la cual puede emanar la ley penal son los órganos constitucionalmente habilitados, y la única ley penal es la ley formal que de ellos emana, conforme al procedimiento que establece la Constitución Nacional.

A partir de este principio se construye el tipo normativo de la ley penal constitucional que sirve para eliminar las leyes penales implícitas. Se encuentra asimismo consagrado en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, así como también en los pactos internacionales que revisten jerarquía constitucional a la luz de lo normado en el art. 75 inc. 22 de la CN. (v.gr. art. 9° de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 11 inc. 2° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el art. 15 inc. 1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

El origen de este principio se remonta a los albores del constitucionalismo mismo y fue precisado en el ámbito penal por Feuerbach a través de las expresiones: "nullum crimen sine lege" (no hay delito sin ley previa), "nulla poena sine lege" (no hay pena sin ley previa).

Asimismo, el principio de legalidad conlleva otras consecuencias, cuales son: nemo iudex sine praevia lege (sólo pueden entender los jueces designados por una ley previa); nemo damnetur nisi per legale iudicium (nadie puede ser castigado

sino en virtud de un juicio legal) y nullum crimen sine typicitat (no hay delito sin tipicidad).

La legalidad penal se completa con el llamado principio de reserva (CN, 19 *in fine*). Legalidad y reserva constituyen dos manifestaciones de la misma garantía de legalidad, que responde a un único requerimiento de racionalidad en el ejercicio del poder, emergente del principio republicano de gobierno (CN, 1).

Toda ley que imponga pena sin presuponer delito es inconstitucional, pues le falta el hecho del proceso.

No basta con que la criminalización primaria se formalice en una ley, sino que ella debe hacerse en forma taxativa y con la mayor precisión técnica posible, conforme al principio de máxima taxatividad legal. Se trata de un principio elemental para la seguridad, aunque no importa una legitimación del poder punitivo que con el tipo se habilita, pues la arbitrariedad puede producirse en la misma determinación legal. Cuando los límites legales no se establecen de esta forma, cuando el legislador prescinde del verbo típico, cuando establece una escala penal de amplitud inusitada, como cuando remite a conceptos vagos o valorativos de dudosa precisión, el derecho penal tiene dos posibilidades: 1) declarar la inconstitucionalidad; 2) aplicar el principio de máxima taxatividad interpretativa. El primero opera cuando el segundo resulta demasiado artificioso.

El principio de máxima taxatividad se manifiesta mediante la prohibición absoluta de la analogía *in malam partem*.

La analogía importa completar el texto legal, en forma que considere prohibido lo que no prohíbe o lo que permite, reprochable lo que no reprocha o, en general, punible lo que no pena, basando la decisión en que prohíbe, no justifica, reprocha o pena conductas similares o de menor gravedad.

Sentadas estas generalidades acerca del principio de legalidad y enfocándonos nuevamente en el texto del anteproyecto, cabe destacar que en orden al sistema de hecho punible se ha establecido expresamente de manera precisa y compatible con el principio de legalidad y su derivado de culpabilidad, que sólo son punibles las acciones u omisiones dolosas descritas en la ley, a menos que también se disponga pena para las culposas.

De ello se derivan dos consecuencias:

a) No existe equivalencia entre acción y omisión. Por ello en orden a los delitos omisivos, en especial los llamados delitos impropios de omisión, sólo su tipificación en la parte especial habilita la punición con fundamento en el principio de legalidad que exige la máxima taxatividad.

Ello se desprende no sólo implícitamente del artículo inicial, sino también de la exposición de motivos efectuada en relación con el artículo 98 del anteproyecto relativo al delito de abandono de personas. Allí, se deja asentado que *“el texto proyectado no contiene en su parte general ninguna disposición que permita construir analógicamente tipos omisivos, tal cual lo hace la mayoría de los códigos contemporáneos (...). Por consiguiente, en nuestro sistema, los tipos de delitos impropios de omisión deben legislarse”*.

Al respecto, consideramos que la sistemática que adopta el anteproyecto no resulta conveniente desde el punto de vista de política criminal pues la ausencia de inclusión de una cláusula general de equivalencia entre los delitos de acción y omisión -similar a la que sí incorpora el Código Penal español (14)-, exige la tipificación de cada uno de los ilícitos. (15)

Y, de esta manera, la técnica escogida demanda una casuística que no ha sido prevista en su totalidad pues se advierten tipos penales de relevancia que han sido omitidos, generando así espacios de impunidad. Ello, se observa con relación a los funcionarios públicos respecto de los delitos de secuestro de personas (art. 107 inc. 3º ap. c), privación ilegal de la libertad (art. 109 inc. h), trata de personas (art. 111), por citar algunos ejemplos.

(14) Artículo 11 del Código Penal español: “Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”.

(15) La ausencia de incorporación de una cláusula general obedecería a que si se estableciera sería el juez quien estaría realizando tareas legislativas.

Por otro lado y en relación con los tipos penales que han sido previstos se verifica una notable reducción punitiva para ciertos supuestos de delitos de comisión por omisión (16), no habiéndose señalado en la exposición de motivos razones que justifiquen semejante desproporción punitiva -que llega, en algunos casos, hasta diez años de prisión-, máxime tratándose de obligados especiales.

Se advierte que la atribución de la autoría se vincula a las teorías del dominio del hecho, rechazándose la atribución de autoría por infracción de deber.

La autoría en el anteproyecto se concibe fenomenológicamente, y a partir de la teoría del dominio del hecho, pero en la sociedad, existen también formas de imputación normativa. En la exposición de motivos se indica que “se excluyen los delitos de mera infracción al deber”, por ser característicos de la doctrina totalitaria del siglo XX. Sin embargo, con ese fundamento, resultaría excluido de punición el obrar de ciertos sujetos especiales que tienen una estrecha relación con el bien jurídico por poseer una obligación de custodia para con éste, debiendo impedir su lesión. (17)

Que en razón de ello, y si bien se comparte la regulación del principio de legalidad estricta, se considera insuficiente la atribución de autoría a través de los delitos de omisión propia, resultando necesario incorporar una cláusula general de equiparación para los delitos de comisión por omisión, a fin de garantizar la equivalencia entre el desvalor de injusto entre la acción y la omisión y evitar infundadas asimetrías punitivas que redundarían en violaciones al principio de legalidad y de igualdad.

b) No existe hecho punible salvo que medie dolo o culpa. De este modo, se pretende excluir de la legislación también la responsabilidad objetiva, que viola el principio de culpabilidad al pretender imputar y responsabilizar penalmente por

(16) Véase: la pena disminuida prevista para la desaparición forzada de personas y aun seguida de muerte por funcionario público (art. 65) y para el funcionario que omite impedir o interrumpir la comisión de tortura (art. 89).

(17) Esta temática -por su complejidad- requeriría ser abordada en un trabajo específico. Aquí, simplemente se brindan lineamientos a partir de los cuales promover la discusión de la reforma.

hechos con los cuales la persona no tiene relación subjetiva alguna.

En estrecha relación con lo expuesto, la disposición establece una restricción importante al definir el delito, refiriendo que se trata de “acciones y omisiones (...) realizadas con voluntad directa”, lo cual conllevaría la eliminación de la construcción doctrinaria relativa al dolo eventual. De tal manera, la tipicidad subjetiva se ceñiría -en principio- a la configuración del dolo directo, salvo que se prevea pena en relación con acciones u omisiones cometidas por imprudencia o negligencia.

En el texto del anteproyecto se adopta un concepto de dolo vinculado a las teorías volitivas: voluntad directa, es decir el agente debe querer realizar todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo.

Por su parte, en su disidencia el Dr. Pinedo propugna una concepción mixta, entendiendo el dolo como el conocimiento o representación más la voluntad realizadora del tipo objetivo.

En cuanto a los tipos culposos se propone distinguir entre la gravedad de la norma de cuidado infringida, entre una culpa simple y otra temeraria, con una penalidad mayor para esta última, como puede verificarse en la parte especial (véase: arts. 83 inc. 2° y 95 inc. 3°).

b) Culpabilidad. No habrá pena sin culpabilidad ni que exceda su medida. Para la determinación del delito y de la pena no se tomarán en cuenta el reproche de personalidad, juicios de peligrosidad ni otras circunstancias incompatibles con la dignidad y la autonomía de la persona.

El principio de culpabilidad es el más importante de los que se derivan en forma directa del Estado de derecho, porque su violación importa el desconocimiento de la esencia del concepto de persona.

Imputar un daño o un peligro para un bien jurídico, sin la previa constatación del vínculo subjetivo con el autor (o imponer una pena sólo fundada en la causación) equivale a degradar al autor a una cosa causante.

A nadie puede imputársele acciones prohibidas (a) si no ha tenido la posibilidad -cuanto menos- de prever el resultado de su conducta, pero tampoco (b) cuando no le haya sido posible conocer la

conminación penal de ella y adecuar su conducta al derecho en la circunstancia concreta. Presenta un intolerable grado de irracionalidad pretender penar por un resultado querido o previsto, cuando su agente no pudo conocer la prohibición o no pudo evitar la conducta. El principio de culpabilidad abarca, pues, los dos niveles: el de exclusión de cualquier imputación de un resultado accidental no previsible (caso fortuito) y el de exclusión de punibilidad por no haber podido conocer la conminación o adecuar su conducta a derecho.

La violación más grosera al principio en su formulación primaria se expresa en la máxima “*versanti in re illicita atiam casus imputatur*” (quien quiso la causa quiso el efecto). En función de éste se conceptúa al autor como el que haciendo algo no permitido, por puro accidente, causa un resultado antijurídico y este resultado no puede considerarse causado culposamente conforme al derecho actual. El *versari in re illicita* es la manifestación en sede jurídico-penal de la responsabilidad objetiva, la que debe ser absolutamente rechazada en el derecho penal.

En cuanto al segundo nivel de la culpabilidad, demanda que el agente haya podido conocer la prohibición y adecuar su conducta a derecho y se expresa en la máxima “no hay pena sin exigibilidad”. Presupone un ente capaz de decidir conforme a valores y pautas, un ser autodeterminable o lo, que es igual, una persona.

En suma, la culpabilidad es un juicio de exigibilidad que se formula al autor de un ilícito penal cuando éste ha tenido la posibilidad concreta de contramotivarse en la ley penal anterior (en el precepto o en la sanción) y cuando la cantidad y la cualidad de los condicionamientos a su libertad le hubieran permitido obrar con autodeterminación, es decir, le hubieran posibilitado escoger entre la conducta realizada u otra diferente (Vitale, G., 2009:229).

Es por este principio que deberían eliminarse los delitos agravados por el resultado.

Se reafirman los principios de dignidad de la persona humana y su autonomía. Se rechazan así las nociones de reproche por la personalidad o peligrosidad y las otras circunstancias análogamente incompatibles con la dignidad y la autonomía de la persona, siendo relevante a los efectos de la formulación de una imputación penal la conducta realizada.

Se expresa que se apela a un enunciado general, pues resultan inimaginables las especulaciones intelectuales a las que se podría acudir en el futuro para pervertir la culpabilidad, fundado en razón de Estado, necesidades políticas coyunturales o en defensa social.

c) Ofensividad. No hay delito sin lesión o peligro efectivo para algún bien jurídico.

Según el principio de ofensividad, también llamado de lesividad, ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la concreta lesión o puesta en peligro (afectación) de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo.

Se genera un problema: suele equipararse el bien jurídico lesionado o afectado, con el bien jurídico tutelado, aunque en realidad son conceptos distintos. Nada prueba que la ley penal tutela un bien jurídico, dado que lo único verificable es que confisca un conflicto que lo lesiona o pone en peligro. La tutela la verifica (como verdadera o falsa) la sociología, no el derecho penal. Asimismo, no se tutela el bien lesionado, así -cuanto menos- la tesis tutelista debería admitir que no se trata de la tutela de determinado bien, -por ejemplo la vida- en concreto, sino de una idea abstracta de ese bien (Zaffaroni, E.R., 2000).

La idea de bien jurídico tutelado deglute y neutraliza el efecto limitante de la de bien jurídico afectado o lesionado: el principio de que todo delito presupone la lesión a un bien jurídico, por efecto de esta alquimia discursiva, deriva en que todo bien jurídico lesionado por el delito está tutelado, y de allí se pasa rápidamente a que todo bien jurídico demanda una tutela, lo que instiga a la penalización sin lagunas. Como la ofensividad pasa a segundo plano, opacada por la pretendida tutela, y como la tutela no se verifica (sino que sólo se afirma deductivamente), se acaba debilitando la idea misma de bien jurídico, para caer en la minimización del concepto y terminar afirmando que la función del Derecho Penal se reduce a garantizar la validez de las expectativas normativas.

La consagración normativa del principio de ofensividad en el texto del anteproyecto, con los alcances que han sido precisados, conllevaría la exclusión de dos categorías de ilícitos que merecieran numerosas objeciones por parte de la

doctrina. Así, por un lado se eliminan los delitos de mera infracción de deber y, por el otro los delitos de peligro abstracto. En virtud de ello, se exige que el peligro sea efectivo, anulándose las presunciones de peligro y la posibilidad de legislar y sancionar delitos que puedan entenderse como de peligro abstracto.

Por su parte, el Dr. Pinedo ha disentido en relación con este punto, considerando que el principio de ofensividad incluye el peligro estadístico o abstracto. En esa línea de pensamiento, el integrante de la comisión refiere que en el contexto de la sociedad de riesgos es necesario incluir legislación que cautele esos riesgos con la mayor amplitud posible, especialmente en relación con las "modernas actividades peligrosas".

Ahora bien, más allá de que en la parte general se indica que no habrá delito sin lesión o peligro efectivo, lo cierto es que una rápida lectura de la parte especial del anteproyecto evidencia que se han incluido tipos penales que, por su redacción, resultan de peligro abstracto.

Ello, surge prístinamente y a modo de ejemplo, en el art. 186 relativo a la tenencia y portación ilegal de armas de fuego y en el art. 212 en relación con la asociación ilícita, figuras cuya constitucionalidad ha sido largamente discutida.

De esta manera, se evidencia una disociación entre la parte general y la parte especial y de allí surge un interesante debate acerca de la necesidad de prever o no delitos de peligro abstracto. En tal sentido, la introducción de ciertos tipos penales obedece a la necesidad de no dejar ámbitos que requieren cierta protección penal impunes. Sin embargo, ello puede dar lugar a interpretaciones extensivas, siendo fundamental que -en caso de considerar que no puede prescindirse de la inclusión de tipos penales de peligro abstracto- sean los jueces quienes les confieran contenido material. (18)

(18) Tal y como lo ha efectuado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Arriola", sent. del 25/08/09 en relación con el delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal (art. 14 2ª parte de la ley 23.737). Así, la totalidad de los Magistrados afirmó que "se trata de la impugnación de un sistema normativo que criminaliza conductas que -realizadas bajo determinadas circunstancias- no afectan a un tercero y, por lo tanto, están a resguardo del artículo 19 de la Constitución Nacional. Consecuentemente,

d) Humanidad, personalidad y proporcionalidad. Se evitará o atenuará toda pena que por las circunstancias del caso concreto resultare inhumana, trascendiere gravemente a terceros inocentes o fuere notoriamente desproporcionada con la lesión y la culpabilidad por el hecho.

El principio de racionalidad republicana se vincula con el de humanidad o de proscripción de la crueldad (CN, 18 y 22). Se trata del principio más ignorado por el poder criminalizante ya que en las cárceles argentinas el fin resocializador de las penas que se establece constitucionalmente y se ratifica en las leyes de ejecución penal (Ley 12.256 y 24.660) no se cumple en modo alguno.

Las organizaciones de derechos humanos, principalmente el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y el Comité contra la Tortura de la Comisión Provincial por la Memoria, dan cuenta anualmente de las violaciones a los derechos humanos que tienen lugar frecuentemente en los establecimientos carcelarios.

En función de este principio, es cruel toda pena que resulte brutal en sus consecuencias, como las que crean un impedimento que compromete toda la vida del sujeto (muerte, castración, esterilización, marcación cutánea, amputación, etc.). Pero no sólo las abolidas en la Asamblea del año 1813 resultan penas crueles, sino que una pena puede no ser cruel en abstracto, o sea en consideración a lo que sucede en la generalidad de los casos, pero resultar cruel en concreto, referida a la persona y a sus particulares circunstancias. Ejemplo de ello, cuando la persona sufre un castigo natural; o cuando la perspectiva de vida se acorta por haber contraído una enfermedad o porque las posibilidades de supervivencia se reducen por la prisionización misma.

Como se indica en la exposición de motivos, es imposible prever todos los supuestos en que, en el caso y por circunstancias imponderables *ex ante* y en abstracto, las penas puedan resultar crueles.

cabe afirmar que el Congreso ha sobrepasado las facultades que le otorga la Carta Magna" (considerando 31 del voto común). Esta afirmación implica que deban analizarse las circunstancias del caso concreto a fin de determinar si resultan aplicables los lineamientos sentados por el máximo Tribunal Federal dicho fallo.

Toda consecuencia de una punición debe cesar en algún momento, nunca debe ser perpetua en el sentido propio de la expresión, ya que implicaría admitir la existencia de una persona descartable. En concordancia con ello, el artículo 21 del texto del anteproyecto establece una duración máxima para la pena de privación de libertad ambulatoria de treinta años.

Este principio se vincula además con el principio de proporcionalidad mínima de la pena con la magnitud de la lesión y con el principio de personalidad de la pena o de intrascendencia de la pena.

La criminalización alcanza un límite de irracionalidad intolerable cuando el conflicto sobre cuya base opera es de ínfima lesividad o cuando, siéndolo, la afectación de derechos que importa es groseramente desproporcionada con la magnitud de la lesividad del conflicto. Las agencias jurídicas deben constatar, al menos, que el costo de los derechos de la suspensión del conflicto guarde un mínimo de proporcionalidad con el grado de la lesión que haya provocado.

Por otro lado, también se reivindica que en el estado de derecho la pena debe ser personal y no trascender a la persona del delincuente.

Sin embargo esta trascendencia es inevitable, ya que la comunicación, el conocimiento, el efecto estigmatizante, la pérdida de nivel de ingresos, etc., son todos efectos que trascienden a la familia y a otras personas cercanas o dependientes, no ya del condenado, sino incluso del mero imputado.

Para los casos en que se vulnere alguno de estos principios, se establece la posibilidad de evitar la aplicación de pena o atenuar la legislativamente prevista. De tal modo, se confiere a los jueces la posibilidad de apreciar estas circunstancias excepcionales en los casos concretos, toda vez que los principios enunciados no son legales sino constitucionales y, por ello, deben primar por sobre las disposiciones del Código Penal.

Esta solución resulta conteste con la tendencia jurisprudencial tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como del Máximo Tribunal Nacional, órganos jurisdiccionales que han tenido oportunidad de pronunciarse acerca de la vigencia de estos principios.

Así, a modo de ejemplo, la Corte Interamericana, en el caso “Herrera Ulloa Vs. Costa Rica” (rta. 2/7/2004), específicamente sostuvo que la “punicción debe ser racional, ajustada a la jerarquía de los bienes tutelados, a la lesión que se les causa o al peligro en el que se les coloca y a la culpabilidad del agente” (ver los considerandos 16 y 31).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresó que “De la confrontación de la norma legal con sus correspondientes de la Ley Fundamental surge, pues, como criterio que permite precisar los límites a considerar ante la invocación de falta de proporcionalidad de la pena, que opera únicamente para limitar los excesos que determina que la proporcionalidad no puede resolverse en fórmulas matemáticas, sino que sólo exige un mínimo de razonabilidad para que la conminación penal pueda ser aceptada en un Estado de Derecho. En ese sentido, son incompatibles con la Constitución las penas crueles o que consistan en mortificaciones mayores que aquellas que su naturaleza impone (art. 18 de la Constitución Nacional), y las que expresan una falta de correspondencia tan inconciliable entre el bien jurídico lesionado por el delito y la intensidad o extensión de la privación de bienes jurídicos del delincuente como consecuencia de la comisión de aquél, que resulta repugnante a la protección de la dignidad de la persona humana, centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional” (Fallos: 314:424 “Pupelis”).

En este orden, la Corte sostuvo que, al momento de individualizar la pena aplicable, el principio de culpabilidad impone que la sanción sea proporcionada al hecho cometido y que aquel principio impide que se aplique una pena mayor a la culpabilidad del imputado (Fallos: 314:441; 318:207 y 329:3680).

Al respecto, Zaffaroni, Alagia y Slokar explicitan que “la necesidad de considerar en cualquier caso de menor culpabilidad, cuando la aplicación del mínimo de la escala penal del delito de que se trate diese por resultado una pena que no guarde un mínimo de proporción con el grado de culpabilidad del agente, el tribunal deba apartarse del mínimo hasta lograr una pena adecuada a la culpabilidad del hecho” (Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, “Manual de Derecho Penal”, Parte General, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002, pág. 955).

Ahora bien, considero que a la luz del texto propuesto por los anteproyectistas no será necesaria la declaración de inconstitucionalidad del mínimo, pues los mínimos resultan indicativos y referenciales (Bombini, G., 2013) y la exención y/o reducción vendría en facultad de los magistrados de acuerdo con la propia previsión legal. (19)

5. Conclusiones

Consideramos que la reforma del Código Penal resulta necesaria pues la legislación penal inflacionaria a la que hemos asistido durante los últimos años ha deformado la jerarquía de los bienes jurídicos tutelados, vulnerando los principios constitucionales del derecho penal.

En función de ello, se impone un debate profundo acerca del anteproyecto de Código Penal que debe estar guiado por los fundamentos racionales del derecho penal los cuales se expresan en estos principios que hemos abordado.

En tal sentido, resulta sumamente relevante su incorporación en el propio texto del anteproyecto pues, como hemos visto, son ordenadores de una política constitucional de reducción y contención del poder punitivo. Sin embargo, será ineludible además que el análisis de los delitos tipificados en la parte especial esté guiado por los principios rectores expresamente contemplados en el artículo 1° de la Parte General y con el alcance allí establecido.

De todos modos, debe tenerse presente que ninguno de los principios que se mencionan como limitadores del poder punitivo reconoce realización absoluta y que, en todo caso, serán los magistrados quienes deberán en los procesos de criminalización secundaria y de acuerdo a las particularidades de cada caso en concreto sometido a juzgamiento, brindarle contenido material a los principios.

6. Bibliografía

ANTEPROYECTO DE REFORMA. (2006) Anteproyecto de reforma del Código Penal argentino elaborado por la Comisión constituida por las

(19) Véase art. 19 y su exposición de motivos. El tratamiento conferido a este tópico requeriría un estudio que excede el objeto de este trabajo.

Resoluciones Nos. 303/04 y 136/05 del Ministerio de Justicia.

ANTEPROYECTO DE REFORMA (2014) Elaborado por la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación (Decreto P.E.N. 678/12).

BECCARIA, C. <1794> (2004) De los delitos y de las penas. Buenos Aires: Proa XXI.

BIDART CAMPOS, G. (2000) Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino. Tomo I. Buenos Aires: Ediar.

BINDER, A. (2004) Introducción al Derecho Penal. Buenos Aires: Ad-Hoc.

BOMBINI, G. (2013) Límites constitucionales en la determinación judicial de la pena. La función referencial del mínimo de pena dentro del marco legal en Alagia, De Luca, Slokar (directores) Revista Derecho Penal, Año II, Número 6: "Determinación Judicial de la Pena. Ejecución de la Pena". Buenos Aires: Infojus.

BOMBINI, G. — DE AGOSTINO, M. (): Código Procesal Penal de Entre Ríos. Normas Fundamentales [en] Instituciones del Derecho Procesal Penal Acusatorio", Directores: Carlos A. Chiara Díaz - Mario Juliano. Coordinador: Rubén A. Chaia. pág. 15 y ss. Paraná: Delta.

FERRAJOLI, L. (1989) Derecho y razón. Teoría del galantismo penal. Madrid: Trotta.

MAIER, J. B. (1996) Derecho Procesal Penal. Fundamentos. Buenos Aires: Editores del Puerto.

RIGHI, E. (2010) Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

VITALE, G. "Culpabilidad como límite a la pena" en Garantías constitucionales en el proceso penal (pp. 227-258). (2009) Buenos Aires: Defensoría General de la Nación.

ZAFFARONI, E.R., ALAGIA A., SLOKARA. (2000) Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires: Ediar.

(2005) Manual de Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires: Ediar.

.....

ACTUALIDAD



XIV ENCUENTRO ARGENTINO DE PROFESORES DE DERECHO PENAL

IV Jornadas Nacionales de Derecho Penal

“DISCUTIENDO LA REFORMA PENAL”

Organizado por la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal (AAPDP) y la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Nordeste (UNNE)
Sede: CORRIENTES, 8 al 10 de octubre de 2014

Programa de actividades

Miércoles 8 de octubre

16:00 hs.: inscripción - acreditaciones

17:00 hs.: Ceremonia de apertura

18:00 hs.: Conferencia inaugural a cargo del Prof. Nelson R. PESSOA (UNNE)

19:30 hs.: vino de honor

Jueves 9 de octubre

1º Panel sobre la —Parte General— del Anteproyecto 2014

9:00 hs.: presentación de ponencias

10:30 hs.: Conferencias de los panelistas:

Carlos Caramuti (UNTucumán)

Daniel Erbetta (UNRosario)

Guillermo Yacobucci (U. Austral)

Jorgelina Camadro (UNMar del Plata)

1º Panel sobre la —Parte Especial— del Anteproyecto 2014

16:30 hs.: presentación de ponencias

18:00 hs.: Conferencias de los panelistas:

Carlos Lascano (UNCórdoba)

Alejandro Cantaro (UNSur)

Roberto Carlés (Coordinador de la Comisión Redactora)

Javier A. De Luca (UBA)

Viernes 10 de octubre

2º Panel sobre la —Parte General— del Anteproyecto 2014

9:00 hs.: presentación de ponencias

10:30 hs.: Conferencias de los panelistas:

Luis González (UNNE)
Alejandro Alagia (UBA)
Omar Palermo (UNCuyo)
Ricardo Álvarez (UNLitoral)

2º Panel sobre la —Parte Especial— del Anteproyecto 2014

16:00 hs.: presentación de ponencias

17:00 hs.: Conferencias de los panelistas:

Lucila Larrandart (UBA)

Carlos Mahiques (UCA)

Gustavo D. Franceschetti (UNR)

19:00 hs.: Conferencia de clausura a cargo del Prof. E. Raúl ZAFFARONI

20:00 hs.: Ceremonia de cierre y entrega de certificados

21:30 hs.: Cena de camaradería

Fecha límite para presentación de ponencias: viernes 19 de septiembre

Reglamento de ponencias: disponible en <http://www.aapdp.com.ar>

JURADO para el concurso de ponencias (Jóvenes penalistas): Profesores Alejandro S. Cantaro (UNS), Marcelo Buigo (UBA), Ernesto E. Domenech (UNLa Plata)

.....

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LA 1ra. QUINCENA DE OCTUBRE DE 2014
EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE "LA LEY" S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPÚBLICA ARGENTINA