

Comentario acerca de un fallo sin pudor

Máximo Lanusse Noguera¹

Nunca más oportuno recordar la historia de Prometeo. Platón en “Protágoras” narra su versión del mito. El humano, en la distribución de fuerzas y destrezas entre los seres mortales que poblarían la tierra había quedado desvalido por la falta de prudencia de Epimeteo quien se gastó todos los recursos en las fieras. Prometeo intentó mejorar su situación regalándole el fuego y las artes (robadas a Hefesto y Atenea). Ello les permitiría defenderse de las bestias, pero no de sí mismo, pues cada vez que se reunían en ciudades para sobrevivir, atentaban entre sí y tendían a su aniquilación mutua. Fue entonces que **Zeus, temiendo que nuestra especie quedase exterminada por completo, envió a Hermes para que llevase a los hombres el pudor y la justicia, a fin de que rigiesen en las ciudades la armonía y los lazos comunes de amistad.** Preguntó, entonces, Hermes a Zeus la forma de repartir la justicia y el pudor entre los hombres: “¿Las distribuyo como fueron distribuidas las demás artes? **¿Reparto así la justicia y el pudor entre los hombres, o bien las distribuyo entre todos?** **“Entre todos, respondió Zeus; y que todos participen de ellas; porque si participan de ellas solo unos pocos, como ocurre con las demás artes, jamás habrá ciudades.**

En una senda familiar Sarmiento se preguntó en el Siglo XIX cómo construir una comunidad política en nuestro desierto sudamericano. Las distancias desoladas hacían dificultoso encontrar lugares de encuentro donde se forjen los lazos sociales básicos para la civilización.

El pudor se inscribe en una dinámica relacional, se construye siempre en función de la mirada de un otro, aunque en última instancia se pueda tratar de una mirada internalizada, es decir no necesariamente presente. Estamos acostumbrados a reparar en la importancia de la justicia, mas no del pudor y otras emociones que por lo bajo son parte de la fábrica y el combustible social.

En nuestros días es habitual escuchar hablar de la crisis del poder judicial. Quizá tenga que ver con una historia de oscuridad burocrática y aislamiento, y ante el fracaso o desilusión de la política, la dramática irrupción del *demós*. Entonces me pregunto sobre la responsabilidad del pueblo, por demandar a los funcionarios judiciales que hagan bien su trabajo de administrar justicia. Una justicia cerrada a la mirada de la ciudadanía es una justicia que se oculta y se desliza hacia la arbitrariedad. Se trata de un asunto dramático porque sin instancias de mediación de los conflictos, se abre en el horizonte el riesgo de la violencia institucional como una dimensión más de la violencia social. En circunstancias de crisis eclosionan las formas más visibles de la violencia, pero ello debería hacernos reflexionar sobre las formas más sutiles sedimentadas en los hábitos de los periodos de larga y relativa tranquilidad, la vieja cocina (dialéctica) de la historia.

Hoy escribo estas líneas como una persona a quien le preocupa intensamente la enseñanza del derecho y le dedica buena parte de su energía ¿Cómo enseñar derecho en el contexto del desierto moral que caracteriza las instituciones de nuestro país? No hablo de alguna cosmovisión concreta acerca del bien y el mal ni de la feliz irrevocabilidad del desacuerdo en cualquier comunidad humana, sino de algo mucho más básico, la pérdida total

¹ Docente, Director de carrera de abogacía IUPFA.

de confianza en las instituciones, *nuestro pobre individualismo*, como lo llamó Borges. Para los argentinos el estado es una abstracción...

No se puede ni se debe enseñar derecho penal como si fuera una abstracción.

El comentario brota a raíz del fallo del 14 de septiembre de la Cámara Federal en la **causa 6690/18 “Delgado y Rodríguez s/incumplimiento de deberes”**. En esa resolución se revocó la decisión del juez Daniel Rafecas de desestimar la denuncia efectuada por el juez Bonadío contra los fiscales Delgado y Rodríguez.

La resolución de Rafecas tenía todos los componentes que debe tener un fallo judicial, exponía los hechos, reconstruía lo elemental del dictamen fiscal y de la presentación del pretense querellante y luego de una argumentación jurídica resolvía el caso con una notoria preocupación porque sus destinatarios comprendan las razones. Ese gesto expresa que ellos le importan, que el otro le importa.

La sentencia de Cámara, en contraste, además de carecer de todo sustento jurídico tiene todos los componentes de lo que llamaría **una resolución sin pudor**. Una sentencia que si la leemos con los estándares que con elegancia analítica nos legó Genaro Carrió, tiene todos los rasgos de una sentencia arbitraria. Ninguno de los jueces se animaría, creo, a defenderla ante alumnos de primer año de la carrera de derecho, o al menos en caso de hacerlo, se vería obligado a explicar mucho más que lo que escribió.

Me desvíó con un comentario acaso trivial, pero que viene al caso. Tengo un amigo, cuyos correos electrónicos valoro muchísimo, no solo por su belleza literaria fuera de lo común sino sobre todo porque siempre puedo percibir en ellos el tiempo cualitativo, la dedicación, el amor docente, no en un sentido jerárquico, como genuino deseo de conexión. No espero de un fallo tanto, pero sí *la vieja práctica de argumentar*, dar razones de las que el otro pueda participar. Se repite en forma incansable y en latín -para darle la autoridad del tiempo- que los jueces dicen el derecho. Quizá pido demasiado, pero creo que a su mejor luz eso los obliga a **la tarea docente**. Las sentencias pueden robustecer el significado de esa práctica colectiva que llamamos derecho como una práctica argumentativa, pero sobre todo atravesada por el drama de la vida, que exige construir razones públicas. Pero también pueden esconderse como los enigmáticos guardianes ante la ley de Kafka a través del recurso a alguna moneda formal gastada pero todavía de curso legal. Volveré sobre la cuestión, pero lo que distingue una razón de un “argumento de autoridad” es que el último clausura la discusión mientras que aquella supone la deliberación crítica, es decir está abierta a la interpelación.

Desde *la caída* (y este es un evento o acontecimiento que se repite en la historia), los seres humanos somos pudorosos, tenemos la tendencia a “justificar” lo que hacemos ante los otros. Quizá lo hacemos porque sabemos que no tenemos el aval supremo. Dar razones significa explicarle a otro que nuestras acciones no son caprichosas y arbitrarias, es una forma de demostrar que cualquier agente razonable hubiera actuado como nosotros en caso de encontrarse en la misma situación. De alguna manera, cada vez que explicamos lo que hacemos intentamos mostrarles a nuestros interlocutores que participamos de una comunidad con un lenguaje y mundo de sentido común. Ricardo Guibourg, explicó alguna vez que **ejercer el poder da pudor**. Las normas jurídicas le prestan un servicio importante porque lo despersonalizan, es decir constituyen una manera de reconducir los actos a una suerte de “razón intersubjetiva” en el mejor de los casos o mera legalidad. Dar razones es una forma de “responder” por lo que hacemos y decimos. Por esta razón cuando ni siquiera sentimos la obligación de hacerlo nos deslizamos hacia la barbarie. Por supuesto que ello exige que la

práctica jurídica se comprometa con ese complejo de ideales sustantivos y procesos formales autoritativos que conforman al derecho cuando es entendido como algo más que la estabilización del poder soberano. Es decir, son los procesos deliberativos y las prácticas efectivas que expresan los compromisos semánticos, las fuentes de legitimidad y eficacia de las normas. Para ver al derecho hay que ir a las prácticas como enseñaba el realismo jurídico. De otro modo, como también sugería Guibourg a propósito del gusto de los gobiernos dictatoriales por el lenguaje reglamentarista, las normas jurídicas pasan a ser un recurso amnésico para hacer olvidar que rige la fuerza, es decir para vestir al imperio del más fuerte.

Pero la cuestión es más compleja. Las emociones pueden tener un efecto multiplicador porque también tenemos la reacción emocional a la reacción emocional. Así el miedo al pudor, el temor a la mirada del otro, también lleva a múltiples mecanismos de elusión de la responsabilidad personal. La vergüenza nos lleva a vestirnos, pero también a ocultarnos. Es decir, la forma básica del compromiso ante los rostros singulares se ve desplazada por el recurso a la abstracción, la impersonalidad de cierta racionalidad instrumental. Dicho de otro modo, la misma tendencia nos lleva a la luz y a las tinieblas, a lo genuino que se expone a la prueba y al disfraz. Vuelvo al fallo.

Aprender derecho penal es, al menos en parte, aprender la historia de una serie límites y exigencias sin las cuales el poder penal estatal no puede admitirse porque dejaría de ser derecho y pasaría a ser fuerza. Se trata de principios que colocan el monopolio de la violencia legítima ejercido por el estado a raya. En nuestro país el llamado “garantismo penal” no tiene buena prensa porque se lo asocia a la impunidad. Pero en rigor, la impunidad y la falta de respeto a las garantías constitucionales en el proceso penal, son fenómenos que expresan el mismo problema, la debilidad selectiva de la ley. Existe una responsabilidad por parte de las personas que se dedican a pensar el derecho penal por la fractura con la legítima demanda de “justicia sustantiva” por parte del demos. No se trata de abdicar sino de conversar más.

Pues bien, se incumple la ley cuando no se juzgan y castigan los delitos de la misma manera que cuando se lo hace sin respetar los límites que justifican que esa tarea esté monopolizada por el estado y no en manos de particulares. La impunidad y la debilidad selectiva responden a quienes ocupan los espacios autoritativos no responden a la ley sino a las correlaciones de fuerzas, a los poderosos. Cómo enseñaba el italiano Francesco Carrara *no basta que el juicio haya logrado efectivamente su fin jurídico, vale decir, el de conducir al exacto conocimiento de la verdad, en cuanto se haya condenado al verdadero culpable y se lo haya condenado sólo en la medida que él lo merecía. Es necesario que esto sea creído por el pueblo. He aquí el fin político de las formas procesales.* Por esta razón me gustaría aprovechar esta oportunidad para recordar algunas nociones básicas y simplemente demostrar como unas pocas carillas con el sello de autoridad de la Cámara Federal Criminal y Correccional son un síntoma que debería alarmarnos.

No hay pena sin crimen, no hay crimen sin ley, no hay ley sin necesidad, no hay necesidad sin injuria/daño, no hay injuria sin acción, no hay acción sin culpa, no hay culpa sin juicio, no hay juicio sin acusación, no hay acusación sin prueba, no hay prueba sin defensa. Estos 10 axiomas, que también se suelen repetir en latín, son el ABC de lo que se conoce como “sistema garantista”. La trivialización de cada una de esas palabras (pena; crimen; ley; necesidad; daño; acción; culpa; juicio; acusación; prueba; defensa) hace la historia del autoritarismo. El fallo en cuestión los ignora por completo o al menos fracasa en explicar de una manera comprensible cuál es la hipótesis acusatoria, es decir qué y por qué se debería investigar bajo el tamiz de la ley penal. En nuestra argentina la policía hace sumarios y el poder

jurisdiccional actúa como una agencia policial: vigila (y en ocasiones sin pudor, ni siquiera lo hace discretamente). O lo que es peor, solo es pudorosa ante los poderosos. El pudor, como la justicia, mal distribuidos, también lleva al fin de la ciudad.

El hecho que dio origen a la causa. Delgado y Rodríguez en oportunidad de tomarle declaración testimonial a Meirelles, al momento de formalizar el acto lo hicieron sin juramento de decir verdad. En particular, lo hicieron porque entendieron aplicable la excepción prevista en el art. 249 del Código Procesal Penal. Ese artículo establece: “Antes de comenzar la declaración, el testigo será instruido acerca de las penas por falso testimonio y prestará juramento de decir verdad, con excepción de los menores inimputables y de los condenados como partícipes del delito que se investiga o de otro conexo.” El juez Bonadío, quien investiga a Meirelles por falso testimonio consideró que la “omisión de los fiscales” podría constituir un delito y por ese motivo extrajo testimonio por el posible incumplimiento de deberes o abuso funcional por parte de los fiscales. El hecho objeto de investigación está registrado en su totalidad en formato audiovisual.

Para pasar en limpio, se discute en una causa penal si se adjudicó adecuadamente una regla procesal. En la causa penal en cuestión nadie puso en duda la validez del acto. La mención está lejos de ser anecdótica, si cada vez que existe algún tipo de disenso en torno a la adjudicación de reglas en el marco de procedimientos públicos se pudiera construir hipótesis delictivas de incumplimiento, los órganos del estado serían una fuente ilimitada de investigaciones penales con una regresión al infinito babeliana. Por supuesto que esto está más cerca de la ficción que de la realidad, y coloca a la propia “formación de la causa” bajo sospecha. Quizá sea una razón más, para que los miembros del tribunal dejen la austeridad argumentativa a un lado.

Pues bien, el juez Rafecas y el fiscal Pollicita, entendieron que de ninguna manera podía concebirse una hipótesis delictiva en los términos en que se inició ese legajo porque lo que estaba en juego era la validez de un acto procesal, es decir si se aplicó adecuadamente o no una regla, cuestión que debía zanjarse en el expediente (hecho que no sucedió porque el acto no fue puesto en duda). En consecuencia, argumentaron que atento a que los delitos tipificados en los artículos 248 y 249 del Código Penal, exigen la manifiesta y voluntaria transgresión de la ley, no era posible afirmar un obrar delictivo. La razón es sencilla, para decirlo vulgarmente no alcanza con una “metida de pata” (que en el caso está lejísimo de ser evidente y merecería una discusión) sino que la actuación en contra de las constituciones o las leyes tuviere como finalidad propia ejercer abuso funcional, es decir más allá de la propia autoridad. En ese sentido, lo que los penalistas llaman aspecto subjetivo del delito en este caso exige más que conocimiento acerca de la conducta que se lleva a cabo porque se precisa la ilegalidad como fin.

La Cámara Federal debía analizar dos agravios, uno planteado por la defensa de Delgado y otro por la querrela. El primero consistía en la impugnación de la legitimación procesal de Arribas para intervenir en el proceso como querellante, tanto desde una perspectiva abstracta (en Bien jurídico del delito en cuestión resulta cuestionable que admita la posibilidad de un particular damnificado), como concreta (en el caso, Arribas, que ni siquiera había formulado la denuncia, no era particular ofendido, no era parte de ese proceso y la causa en su contra había sido cerrada en tiempo exprés; aunque se viera implicado en los dichos Meirelles, no se comprende cómo la actuación de los fiscales puede relacionarse en forma directa con él). Además se impugnaba *la privatización de la acción penal*, es decir que a pesar de haberse descartado desde un comienzo la existencia de una hipótesis delictiva y de tratarse (en

cualquier caso) de un delito de acción pública, pudiera promover la actuación de la justicia penal, un particular (no se trataba de una acción penal que dejó de ser sostenida por el ministerio público sino que ni siquiera había nacido). El particular, cabe recordarlo, no se trataba de alguien de quien se pudiera suponer vulnerabilidad y respecto de quien había que ser cuidadoso de dejarlo sin derecho a “la tutela judicial efectiva” sino del jefe federal de inteligencia. El segundo agravio descalificaba la desestimación o archivo de la causa.

En relación con el primero de ellos, poco se puede comentar porque *la arbitrariedad manifiesta de la resolución se expresa bajo la sobriedad de la omisión*: la ausencia de todo argumento, la falta de toda reconstrucción de los argumentos de la defensa y en consecuencia de toda refutación con motivos explícitos. Una vaga referencia a la “jurisprudencia unánime” y se clausuró toda posibilidad de (lo que podría haber sido una apasionante y fructífera) discusión. Omisión tremenda cuando está en juego la *privatización facciosa del poder penal del estado*: en una causa que el Ministerio Público Fiscal afirmó que no existía delito y el Poder judicial más allá de la falta de promoción fiscal también concluyó que no se había construido con éxito una hipótesis que en los alcances de su propia descripción constituyera un delito, se habilitó la pretensión punitiva de un particular.

En relación con el segundo, la mayoría del tribunal resolvió revocar la resolución de primera instancia que desestimaba la causa por inexistencia de delito por considerarla “prematura”. Esa noción, en muchas oportunidades es muy cómoda para la instancia de apelación pues la coloca en el lugar de Poncio Pilatos, se pospone cualquier definición jurídica del caso, simplemente se concluye que la investigación debe continuar. Volveré sobre el punto.

Pero para comprender, expliquemos que quieren decir los tribunales penales cuando establecen (correctamente) que el cierre de una causa es prematuro. Básicamente se trata de casos en los cuales se llega a la conclusión jurídica de que no existió el hecho delictivo denunciado o que no le cometió la persona acusada, pero sin agotar las medidas probatorias conducentes. Ejemplo, se denuncia que se vio a fulano comercializar estupefacientes, se ordenan observaciones policiales y las mismas concluyen que si bien no se pudo establecer fehacientemente a qué actividades se dedica y se vio que recibió muchas visitas breves durante la noche, no se pudo constatar la venta de drogas. No es difícil advertir que el cierre de la causa en esas condiciones es prematuro. Otro caso, más cerca del tópico que nos ocupa. El jefe de la AFI Gustavo Arribas había sido denunciado porque conforme una investigación periodística había recibido transferencias de la Constructora Brasileira Odebrecht (que lo habría utilizado como canal para hacer llegar un incentivo ilícito a funcionarios ligados a la obra pública), el juez Canicoba Corral lo sobreseyó cuando todavía existían medidas en curso.

Entonces, el rasgo distintivo para considerar que la decisión que pone fin a un proceso penal es prematura supone algunos requisitos: *una hipótesis de hecho que *si fuera* verificada constituiría un delito; *la no realización de las medidas de prueba conducentes para su constatación y/o refutación. Por supuesto, para afirmar esto último se deben identificar las medidas conducentes. Hay una zona gris: cuando la delimitación de los hechos es confusa y en consecuencia se precisan medidas de prueba para determinar sus alcances, caso concebible cuando se trata de hechos de suma complejidad (ejemplo, sin entrar en la valoración del mérito, la denuncia de Nisman).

Ninguno de los requisitos se daba en el caso y tampoco se trataba de hechos complejos que pudieran colocarnos en una zona gris. 1) No hay forma de concebir como un

delito los hechos. Un juez delegó una medida de prueba en el Ministerio Público Fiscal, se trataba de una declaración testimonial, como el declarante era una persona condenada en Brasil por hechos vinculados a la trama de los sobornos en que se vio implicada la constructora Odebrecht en la región, incluido nuestro país, los fiscales consideraron que se daba la excepción del art.- 249 del CPPN. 2) Ese acto se registró en video de manera que salvo que se incluyan elementos altamente especulativos en la hipótesis (posiblemente inverificables, pero que en cualquier caso exigirían otra hipótesis) ningún testimonio podría reemplazar lo que se registró. La Cámara federal en el fallo en cuestión sugirió dos medidas, que se convoque en declaración testimonial a los auxiliares letrados que participaron de la audiencia y que se certifique el expediente 11.602/16 ¿De qué se trata este último? De la denuncia efectuada por Víctor Stinfale –procesado por los hechos ocurridos en la “Time Warp”- contra Federico Delgado ¿Qué tiene que ver con esta otra causa? Nada, solo la identidad del “denunciado”. Ese atajo tiene una sola explicación: *derecho penal de autor*, ya no interesan los hechos sino encontrar la mayor cantidad de síntomas de que hay “algo mal con la persona investigada”.

Sin embargo, el juez de cámara Bruglia consideró que el archivo había sido prematuro porque: “No puede soslayarse que las circunstancias y la forma en que se produjeron las declaraciones de Leonardo Meirelles y Alberto Youssef, ameritan cuanto menos ahondar la pesquisa a los efectos de descartar cualquier posible conducta ilícita que se haya producido en dicho acto y que podrían llegar a exceder el mero marco de discusión sobre la debida aplicación de una norma procesal.” Es una afirmación dogmática y un significativo vacío: básicamente refiere que hay que investigar por las dudas, para descartar cualquier posible conducta ilícita.

Llorens, por su parte dijo: “solo debo agregar que la mejor garantía para las partes que se encuentran dentro de un conflicto penal (teniendo como válido el concepto de “conflicto” dentro de un proceso penal, algo discutible pero no es este el momento) es que el ámbito donde puedan ejercer sus pretensiones sea amplio y donde se encuentren garantizados todos sus derechos de ofrecer y controlar la prueba. La base de esa investigación, que no es ni más ni menos que la reconstrucción completa de un acontecimiento histórico que tendrá –o no- significación jurídica, que vincule –o desvincule- a una persona al proceso demanda, inexorablemente, la posibilidad de que, tanto la acusación como la defensa, puedan agotar las medidas que estimen pertinentes para el esclarecimiento completo de los hechos. De esta manera se garantiza la realización de una justicia real –que pueda ser efectiva- alejada de la ficción que supondría consagrar una verdad meramente formal”. En este caso, el juez LLorenz parece afirmar dos cosas: *que se debe reconstruir un evento histórico que está registrado en video; *que cualquier persona con independencia de la existencia o no de una hipótesis delictiva puede exigir a la Justicia Penal que lleve a cabo medidas de prueba. Por lo demás, no se advierte el mismo celo procedimentalista a la hora de atender los argumentos concretos sustanciados, hay que habilitar medidas de prueba pero por qué cuando distintos actores procesales postularon que se debía cerrar el expediente no surge de su vot.

Ninguno de los camaristas siquiera intentó rebatir lo reconocido en voto disidente por el propio Irurzun–aunque con rodeos en relación a que nada obsta a lo que suceda en el futuro y en otras causas-: “Hasta el momento, la querrela no ha alegado ninguna variante de los hechos -ni menos todavía aportado algún indicio en ese sentido-, que exceda de su cuestionamiento acerca de la forma procesal escogida por los fiscales Federico Delgado y Sergio Rodríguez para recibir declaración a Leonardo Meirelles en el marco de una causa

penal, en que el juez a cargo de la dirección de la instrucción había ordenado escucharlo en testimonial y delegado en el acusador público la materialización del acto. “

Me encantaría poder leer en el fallo argumentos estimulantes que pueda comprender y discutir. Como ciudadano y persona preocupada por la enseñanza del derecho no me queda mucho más que decir que es de una inusitada gravedad institucional que una Cámara de Apelaciones resuelva con esta liviandad. La persecución penal, siempre es grave y como tal coloca sobre el estado *la carga de la justificación* del poder que se pone en movimiento. Cuando se trata de una investigación que pesa sobre funcionarios cuyas responsabilidades los colocan en cierta exposición “pública o política” (difícil que no existan personas interesadas en perjudicar a fiscales que trabajan como tales), la fuerza gravitatoria crece junto con la sospecha de que precisamente se los quiere colocar en situación de vulnerabilidad. Y entonces comienzan las suspicacias: servicios secretos asociados a los nuevos integrantes de la cámara de federal, en 15 años nos volveremos a preguntas ¿cómo es posible comodoro py?

El comentario no tiene otro fin que la interpelación contra determinados hábitos institucionales arraigados, el fallo es un síntoma que excede a los nombres propios y en lo que no dice aprendemos mucho más que en sus escuetas líneas sin otro amparo que un (mal entendido) principio de autoridad. Pero siempre puede haber un niño que grite “¡pero si está desnudo!”

No es habitual leer comentarios de fallos cuyo resuelvo consiste en revocar una resolución de la etapa instructoria que pone fin a un proceso en forma prematura. Probablemente tampoco es habitual destinar demasiadas tintas a justificar tales decisiones. Pero la persecución penal no es un chiste y la trivialización de este tipo de resoluciones trabaja para una justicia poco pudorosa (que, en el tiempo, deviene en un *oxímoron*) o lo que es mucho peor, selectivamente pudorosa. Parece que la voz “prematura” no exige razones, ni siquiera cuando está completamente individualizada la persona “sospechada”. Si fuera poderoso y eso significara mantener abierta, en estado latente, una amenaza penal contra quienes considero “enemigos o adversarios” quizá vería la decisión con simpatía. La instrumentalización del sistema penal como mecanismo de disciplinamiento...

No queda más que observar la historia como tragedia y como farsa....