



ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CORDOBA

Homenaje a la Escuela Procesal Penal de Córdoba

INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

Homenaje
a la
Escuela Procesal
Penal de Córdoba

**AUTORIDADES DE LA ACADEMIA NACIONAL
DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DE CÓRDOBA**

Mesa Directiva (2013 - 2016)

Presidente: Dr. Juan Carlos Palmero

Vicepresidente: Dr. Julio I. Altamira Gigena

Secretario: Dr. Jorge de la Rúa

Tesorero: Dr. Armando S. Andruet (h)

Director de Publicaciones: Dr. Luis Moisset de Espanés

Revisor de cuentas: Dr. Efraín H. Richard

Presidente Honorario

Dr. Luis Moisset de Espanés

Secretario Técnico

Dr. Christian G. Sommer

INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

Director

Dr. Jose I Cafferata Nores

Impreso en Julio de 2015
en los Talleres Gráficos de la
Imprenta de la Municipalidad de Córdoba
Fructuoso Rivera 1153
Córdoba, República Argentina

Hecho el depósito de Ley 11.723
Derechos Reservados
Prohibida su reproducción total o parcial

Impreso en Argentina
Printed in Argentina

ISBN

(Edición Rústica)

INDICE

Agradecimiento	9
Antecedentes de este libro	11
Adhesión de la Municipalidad de Córdoba	13
DERECHO PROCESAL PENAL	15
Cafferata Nores, José I., PARADIGMA CONVENCIONAL DE PROCESO PENAL PARA AMERICA LATINA Y EL CARIBE	17
Cafferata Nores, José I. – Bianciotti, Daniela, ¿PUEDE EL DERECHO PROCESAL PENAL HACER ALGÚN APOORTE PARA LA PREVENCION DE LOS DELITOS DE GENERO?.	37
Bella, Gabriela y Davies, Maximiliano, DURACIÓN RAZONABLE DEL PROCESO: HASTA CUÁNDO VAMOS A DISCUTIR.	49
Chiara Díaz, Carlos SIGNIFICACIÓN ACTUAL DEL JUICIO CON O POR JURADOS EN MATERIA PENAL	85
Erbetta, Daniel, LA REFORMA PROCESAL PENAL EN LA PROVINCIA DE SANTA FE: UN PASO NECESARIO PARA DEMOCRATIZAR LA JUSTICIA.	95
Gorgas, Milagros, EL INTERLOCUTORIO SOBRE LA PENA EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN.	115
Hairabedián, Maximiliano, ADMISIBILIDAD DE PREGUNTAS INDICATIVAS Y SUGESTIVAS EN LA PRUEBA TESTIMONIAL.....	125
Lucero, Inés, LAS DILACIONES INDEBIDAS Y EL ABUSO DE DERECHOS EN EL PROCESO PENAL A LA LUZ DE LA NORMATIVA SUPRANACIONAL.	
Martínez, Santiago, EN EL CAMINO CORRECTO. COMENTARIO AL FALLO “LOYO FRAIRE” DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.....	141
Pérez Barberá, Gabriel, LA PRUEBA COMO INFORMACIÓN Y LA “AUTODETERMINACIÓN INFORMACIONAL” COMO DERECHO FUNDAMENTAL DEL IMPUTADO.	179
Riquert, Marcelo A., LOS PRINCIPIOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA VIGILANCIAS DE LAS COMUNICACIONES Y LA PERSECUCIÓN DEL ENEMIGO EN EL CIBERESPACIO.	205
Solimine, Marcelo, EL “RIESGO JUDICIAL”: ARGUMENTO SUBTERRÁNEO PARA	

FUNDAR LA PRISIÓN PREVENTIVA . EL PROBLEMA DE LOS “JUECES ASUSTADOS”.	225
Rissi, Valeria P., EFECTO SUSPENSIVO DEL RECURSO DE CASACION CONTRA LA PRISION PREVENTIVA ORDENADA POR SENTENCIA DE CONDENA NO FIRME (Novedades y repercusiones)	249
Zambiazzo, Mauricio G., DECISIÓN Y EXCESO RITUAL (Entre la irracionalidad y la irrelevancia de las reglas).	265
DERECHO PENAL	283
Aboso, Gustavo Eduardo, LOS DELITOS DE DISTRIBUCIÓN DE IMÁGENES PORNOGRÁFICAS DE MENORES, ORGANIZACIÓN DE ESPECTÁCULOS PORNOGRÁFICOS CON MENORES DE EDAD, FACILITACIÓN DE ACCESO Y SUMINISTRO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO (ART. 128 DEL CÓD. PENAL)	285
Arocena, Gustavo A. y Cesano, José Daniel, LA PRISIÓN DOMICILIARIA COMO ALTERNATIVA PARA SITUACIONES ESPECIALES PREVISTA POR LA LEY 24.660: CUESTIONES GENERALES Y ALGUNAS HIPÓTESIS EN PARTICULAR.	321
Buompadre, Jorge, GENERO, VIOLENCIA, EXPLOTACION Y PROSTITUCION. UNA VISION CRITICA DE LA POLITICA CRIMINAL ARGENTINA EN LAS RECIENTES REFORMAS AL CODIGO PENAL, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA LEY N° 26.842 DE PREVENCIÓN Y SANCION DE LA TRATA DE PERSONAS Y ASISTENCIA A SUS VICTIMAS.	361
Elbert, Carlos Alberto, “LA RACIONALIDAD DE LAS PENAS EN LA ERA GLOBAL”.	387
Rusconi, Maximiliano, LA LIBERTAD ENTRE REALIDAD Y CONCIENCIA: ¿UN NUEVO DESAFIO PARA EL DERECHO PENAL DE CULPABILIDAD?.	399
Terragni, Marco Antonio, FEDERALISMO Y SISTEMA PENAL.	419

Agradecimiento

En nombre de la **Academia Nacional de Derecho y**

Ciencias Sociales de Córdoba y de su

“Instituto de Derecho Procesal”

agradecemos a la

Municipalidad de la Ciudad de Córdoba

el apoyo para la publicación de este libro

Los antecedentes de este libro

Un grupo de procesalistas penales de Córdoba tuvo la generosa idea de organizar un “Libro Homenaje” para mi persona, sin que yo lo supiera, y convocaron a otros juristas a participar.

Accidentalmente me enteré y les manifesté mi opinión contraria a los homenajes en vida en general, y a uno para mi en particular, por no sentirme con merecimiento ninguno para recibirlo.

Mi actitud generó algunos pequeños desacuerdos. Por eso es que propuse trocar la idea original por un libro en homenaje a la “Escuela Procesal Penal de Córdoba”, sobradamente merecido, que se expresara en aportes de doctrina, en especial los generados por aquella invitación.

Mi opinión les llegó a los organizadores mas tarde que la respuesta de algunos de los invitados a participar.

Previo requerir a estos su conformidad para el cambio de destino, preferí mantener los textos del modo en que habían sido originalmente redactados: quizás este sea el motivo principal de la explicación sobre los antecedentes del presente libro.

Finalmente quiero transcribir una opinión sobre mi negativa, que me persuadió de lo acertada de mi decisión.

Querido Pepe:

Acabo de enviar este mail a nuestros amigos de Córdoba. Te mando un abrazo. Cariños.

Raúl Zaffaroni

“Queridos amigos:

Comprendo perfectamente lo que sucede y en especial la actitud de Pepe.

No puedo insistir al respecto, porque me he negado rotundamente y cerradamente a aceptar cualquier libro-homenaje. Aparecieron dos publicaciones fuera de la Argentina, sin mi autorización y, en ambos casos dije que las agradecía, porque estaban hechas, pero que no me gustaban.

Colaboro en una cantidad de libros-homenaje a colegas, pero personalmente para mi, no me gusta un libro-homenaje. ¿Por qué? La verdad que no lo sé y tampoco voy a gastar dinero y tiempo en averiguarlo con un terapeuta.

Tal vez viejas experiencias, temor a que sea el cierre de la producción, a que sea el proemio de una nota necrológica, miedo a sentirme atado a lo que dije o escribí, a que otros entiendan que me estoy haciendo un auto-homenaje, quizá todo eso junto, no lo sé.

Me gusta escribir para los demás, pero no que me lo hagan a mí. De modo que entiendo muy bien a Pepe. También es bueno que se haga un homenaje a la escuela procesal penal cordobesa, por supuesto.

Por favor, háganle llegar un abrazo a Pepe y asegúrenle que tiene toda mi comprensión.

Raúl”

Adhesion

La Municipalidad de la Ciudad de Córdoba adhiere a este “Libro Homenaje a la Escuela Procesal Penal de Córdoba”.

Esta adhesión y este homenaje se justifican no solo por la indudable e internacionalmente reconocida importancia histórico-jurídica de la mencionada Escuela, sino por el relevante papel que sus enseñanzas, renovadas, están jugando en la actualidad en el país todo.

Pero además es dable destacar que sus creadores y cultores mas paradigmáticos, son nativos de esta ciudad, en donde desarrollaron sus enseñanzas y plasmaron sus ideas en numerosos proyectos legislativos, muchos de los cuales hoy son derecho positivo vigente en Córdoba y en toda Argentina, a la vez que son tomados esencialmente en cuenta por países extranjeros empeñados en procesos de reformas legislativas que mejoren el funcionamiento de la justicia penal.

La “Escuela Procesal Penal de Córdoba” es un autentico producto cultural de esta Ciudad, de su Universidad, de la Academia de Derecho de Córdoba y de cordobeses nativos de ella o de otros ciudadanos que aquí se quedaron y desarrollaron por propia decisión.

Ramon Javier Mestre

Intendente Municipal de Córdoba

2015

DERECHO PROCESAL PENAL

PARADIGMA ¹ CONVENCIONAL DE PROCESO PENAL PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

*José I. Cafferata Nores **

SUMARIO. I-LA CONVENCIONALIDAD DE DERECHOS HUMANOS EN LA REGION; II. EL MARCO SOCIAL; III. INTRODUCCION A LA PROPUESTA; *1 SISTEMAS POLÍTICOS Y PARADIGMAS PROCESALES:* 1.1 Fundamentos de cada uno; 1.2 La raíz de sus diferencias: un problema del poder; 1.3 ¿Presunción de culpabilidad o de inocencia?; 1.4 Herencia inquisitiva y acusatorio formal. 2. *EL PARADIGMA CONVENCIONAL DE PROCESO PENAL:* 2.1 La contraposición de intereses; 2.2 ¿Quién representa los intereses contrapuestos?; 2.3 El tribunal ¿se convence o es convencido?. 3. *UN PROCESO PENAL CONTRADICTORIO;* 3.1 Responsabilidades de los sujetos procesales; 3.2. La intervención de particulares

I-LA CONVENCIONALIDAD DE DERECHOS HUMANOS EN LA REGION

Cuando hablamos de la convencionalidad vigente en la región² nos estamos refiriendo principalmente a la “Convención Americana sobre los Derechos Humanos”³.

Está en su preámbulo⁴, expresa su propósito de consolidar en este continente, dentro de la democracia, un régimen de libertad personal y de justicia social fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre que tienen como fundamento los atributos de la persona humana. Acepta a la vez que solo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos. En su virtud, los Estados partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidas en ella y a garantizar su libre y pleno acceso a toda persona sujeta a su jurisdicción sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (art. 1), comprometiéndose a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (art. 2); consagra derechos civiles y políticos (arts. 3, 4, 6 y 7), declara el compromiso de los estados partes a adoptar providencias para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (art. 26): reconoce expresamente el principio de igualdad ante la ley, estableciendo que todas las personas tienen de-

recho, sin discriminación, a igual protección de la ley (art. 24); consagra expresamente el derecho a la honra y la dignidad, libertad de conciencia y religión, de pensamiento y expresión, de rectificación o respuesta, de reunión, libertad de asociación, al nombre, a la protección de su familia y a la propiedad privada (arts. 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21). A su vez estatuye garantías judiciales (arts. 8, 9, 10 y 11, etc.) de modo específico y detallado, en disposiciones – que por sabidas no repetiremos - que nos permiten proponer un paradigma de proceso penal común para toda a región.

II. EL MARCO SOCIAL

La propuesta que formulamos se inserta en una realidad social, económica y política, común a la región, sobre la que deberá operar el marco jurídico- convencional, también común sobre lo procesal, lo que se presenta como un difícil desafío. Da una esperanza de afrontarlo relativo optimismo el hecho que este marco no desdeña, sino que también se hace cargo, de modo expreso, la necesidad convencional de establecer derechos y exigir garantías en aquel campo social general, que se muestra como profundamente desigual en orden al acceso de los ciudadanos a los bienes comunes básicos (salud, educación, vivienda, trabajo, etc.).

Se trata, entonces, de un modelo socio-jurídico diseñado para la región, que recoge la correcta idea de que no es posible un proceso penal aislado o indiferente de la situación social del lugar donde debe aplicarse. De allí que las decisiones de raíz convencional sobre el enjuiciamiento del delito, van acompañadas de mandatos sobre el diseño de políticas sociales y económicas, procurando influir no solo en el logro de una mayor igualdad jurídico procesal de todos los habitantes, sino en el disfrute de todos los demás derechos que se reconocen igualitariamente a víctimas y penalmente perseguidos, por su común condición de personas.

La convencionalidad vigente en la región: a) no ha perdido de vista que en todo lugar y tiempo la política económica, la política social y la política procesal (que es parte de la política criminal) siempre han tenido un fuerte entramado, aun cuando éste no se haga explícito; b) toma en cuenta -aun con todos los matices diferenciales que pueden existir- la preponderancia de una política económica cuyo principal norte es el de garantizar el lucro de unos pocos, con la general consecuencia- no por implícita menos terrible- de la exclusión social del mayoritario resto de los ciudadanos, lo que deriva en una política criminal fuertemente represiva de los reclamos y de los desbordes violentos de los excluidos; c) advierte que las estructuras procesal penales en este modelo son así indirectamente puestas al servicio del lucro, cuyos beneficiarios muchas veces azuzan los miedos del resto de la población para que reclamen mayor violencia estatal, pero ocultando su responsabilidad en ella.

De allí que nuestro régimen convencional impone a los gobiernos, de modo general, poner el acento en la remoción de los diferentes problemas sociales que son caldo de cultivo para la aparición de conductas delictivas, que pueden sintetizarse en una desigualdad llevada al punto de una verdadera dualización de la sociedad, la que se traduce inexorablemente en una creciente conflictividad, especialmente en aquellos sectores que no vislumbran que su mala situación pueda cambiar ni en el corto ni en el mediano plazo: estos son los excluidos⁵.

Pretendemos con esto dejar clara nuestra posición: la convencionalidad común a la región impone políticas sociales destinadas a incidir favorablemente en la corrección de una desigual situación económica y social; y a ese propósito lo materializa en el campo del enjuiciamiento del delito, diseñando un modelo procesal penal, que no se desentiende de la realidad en la que debe ser aplicado, ni en su formulación teórica, ni en sus herramientas institucionales, las que se proponen pensando en un mayor acceso igualitario a la justicia penal de todos quienes pretenden recurrir a ella, o sufren su actuación. Este es el verdadero desafío.

Siempre imbuidos de esta convicción, creemos haber situado nuestra propuesta en la realidad, evitando que esta entienda como una simple “construcción de gabinete”.

III. INTRODUCCION A LA PROPUESTA

Ahora si corresponde señalar que el presente documento pretende aportar una reflexión propositiva⁶ que creemos puede ser útil, principalmente desde la perspectiva que ofrece *el rol* que el vigente sistema convencional en América Latina (vgr. la Convención Americana de Derechos Humanos) les confiere a *los sujetos procesales* que actúan en el proceso penal, como un modo de *sustentar* los objetivos que a éste le asigna, lo que no se expresa fielmente en la letra de muchos de los códigos de la región, ni tampoco se proyecta en las prácticas judiciales de los códigos más modernos de los lugares donde encuentra reflejo legislativo.⁷

Este desacople está principalmente relacionado, nos parece, con una tradición que entronca en los componentes autoritarios que subyacen en muchas concepciones vigentes sobre las relaciones del ciudadano con el Estado, y que tienen directa expresión en el ámbito en el que el poder de este se manifiesta con mayor crudeza: el de la aplicación del derecho penal.

También contribuye cierta resistencia recelosa a una nueva distribución de facultades procesales – que atenúa las de algunos intervinientes (los jueces) y fortifica las de otros (los fiscales y defensores) – y una solapada negativa a la participación de ciudadanos comunes (víctimas, jurados) en el proceso penal.

SISTEMAS POLÍTICOS Y PARADIGMAS PROCESALES

El proceso penal (y, por cierto, el derecho penal) se encuentra íntimamente relacionado con el modelo político en el que se exterioriza y con el sistema de valores que nutre a éste. Según sea el papel que una sociedad le asigne al Estado, el valor que reconozca al individuo y la regulación que haga de las relaciones entre ambos, será el concepto que desarrolle de delito (desobediencia a castigar, conflicto humano a solucionar o redefinir) y el tipo de proceso que se admita. En el decurso de la historia, la preponderancia de aquel (el Estado) dio lugar a un paradigma llamado “inquisitivo”; la del individuo, a otro denominado “acusatorio”. Y quizás pensando con cierta candidez en la conveniencia de lograr una síntesis entre las virtudes de ambos, se desarrolló el proceso penal llamado *mixto*, o con más precisión, “inquisitivo mitigado” (de intensa difusión en la región en los últimos tiempos).

En la actualidad no es posible encontrar a alguno de aquellos dos primeros paradigmas procesales en estado “químicamente puro” (casi todos son algo “mixtos”). Sin embargo será útil intentar poner de manifiesto (o mejor dicho, contraponer), los rasgos más característicos de cada uno, para facilitar la comprensión (por investigación de su filiación) de muchas de las instituciones del proceso penal “mixto” de nuestros días, y de las actitudes oficiales –y aun sociales– frente al fenómeno delictivo. Porque el “inquisitivo” y el “acusatorio” son bastante más que simples modelos procesales; en realidad representan manifestaciones abiertas o larvadas de una cultura, pues expresan una determinada escala de valores vigente en una sociedad, en un momento o en un lapso histórico determinado. Este repaso será útil para visualizar mejor, por contraste, lo que proponemos como actual paradigma convencional del proceso penal.

1.1 Fundamentos de cada uno

Una sociedad organizada públicamente bajo el principio *salus publica suprema lex est*, genera un sistema (y un proceso) penal que, aunque no lo exprese abiertamente, castigará la mera *apariencia* de delito que, en esta concepción totalitaria, es considerada, por sí sola, como lesiva a la autoridad del Estado (por la desobediencia – aun aparente– que implica). A semejanza de la mujer del César, al ciudadano –súbdito– se le exige, bajo la misma conminación, no solamente que no sea deshonesto (que no delinca), sino que tampoco lo parezca (que no lo acusen): y para justificar el castigo de la apariencia, inventa sobre ella una presunción de culpabilidad. Como la aparente comisión de un delito surge probada *in re ipsa* por los actos o razones que autorizan al iniciación del proceso, este queda “naturalmente” legitimado en tan perversa lógica, para operar como un castigo en sí mismo (a través de la estigmatización que produce su conocimiento público y de la imposición “ejemplarizante” de la prisión preventiva), mientras procura reconfirmar –con más crueldad que interés– una culpabilidad preestablecida por su apariencia, y, por tal motivo, pre-supuesta y pre-castigada. La llamada “obsesión por la verdad”

es solo un pretexto para la arbitrariedad que, disfrazada de método de investigación, en realidad es una parte – a veces la más temida – de un castigo que no importa que sea justo, siempre que sea ejemplarizador. Es preferible el castigo de un inocente a la absolución o libertad de un culpable: esta es la idea que subyace en el llamado proceso *inquisitivo*. En el extremo opuesto (y quizás a veces originado como reacción) puede verse la concepción contraria, que pone al individuo en el centro de la acción política y concibe al Estado como un instrumento organizacional al servicio de aquel, reconociendo el valor de la dignidad del ser humano que lo hace susceptible – por ese único motivo– de ser titular de derechos inalienables, solo *algunos* de los cuales pueden ser restringidos y únicamente por razones de interés general y sin alterar su esencia. Esto se refleja de un modelo de proceso penal que invierte aquella máxima autoritaria: es preferible la libertad de un culpable al castigo de un inocente⁸.

Esta concepción humanista reservará la pena sólo para la persona respecto de la que se haya probado que ha cometido un delito (consecuentemente se lo presume “inocente” hasta que se pruebe su culpabilidad) luego de (mediante) un trámite procesal respetuoso de su dignidad y derechos: sin que (y que hasta tanto) esa comprobación no se realice, no habrá culpable ni castigo. Tal concepción tiene su expresión paradigmática en el llamado proceso *acusatorio*.

Pero tanto en su expresión histórica como en sus versiones más actualizadas, estos paradigmas están presentes en algunas o en varias de sus manifestaciones en la realidad de la aplicación del derecho procesal penal de nuestros días de la región, a veces expresándose abiertamente, y otras veces a modo de resabios más o menos encubiertos (sobre todo, cuando son del inquisitivo).

La raíz de sus diferencias: un problema del poder

Por eso es necesario y también útil comprender que la diferencia esencial entre estos paradigmas opuestos radica en el modo en que define cada uno la relación entre el Estado y los ciudadanos, en la forma en que cada uno resuelve la tensión entre el poder penal reconocido a aquel, y las garantías individuales concebidas como límites a ese poder (concepción propia del Estado de derecho).

El proceso penal en un Estado de derecho debe captar esta dualidad contradictoria, pues, por un lado es la única forma en que aquel poder puede *ejercitarse*; pero por otro, es el instrumento para *condicionarlo* en resguardo de la dignidad de la persona humana: las disposiciones convencionales, o legales comunes que les deben dar vida efectiva a ambos aspectos, esencialmente procurarán evitar la imposición de una pena arbitraria (sin fundamento) en lo fáctico o en lo jurídico, en perjuicio del individuo: para eso están las garantías que aquellas normas consagran. La primacía del poder sobre las garantías o la de estas sobre aquel, es siempre motivo de tensión y conflicto que se mantiene hasta estos días.

La diversidad de las ideas políticas, las normas jurídicas que las expresan y las raíces y bases culturales de una organización social, muchas veces opuestas entre sí, influyen en el proceso penal de hoy y condicionan su evolución futura. Pero la diferencia central sigue y seguirá siendo la misma: la posición que se adopta en este conflicto del poder estatal, entre su ejercicio y sus límites por las garantías.

Y aquí, en este lugar, es donde encontramos el fundamento para aventurar esta idea de un modelo convencional de proceso penal para América Latina.

1.3 ¿Presunción de culpabilidad o de inocencia?

Ya se vio al comienzo que la diferencia esencial entre ambas visiones políticas que se expresa en el campo del proceso penal, generan los dos modelos paradigmáticos, cada uno con su propia columna vertebral: la presunción de culpabilidad o la de inocencia respectivamente. En el paradigma “inquisitivo” para poder castigar la apariencia de culpabilidad, se elabora la ficción de presumirla mientras no se pruebe lo contrario (presunción que no por ser implícita o silente tiene menos fuerza en los hechos). En el “acusatorio”, que sólo tolera penar la culpabilidad acreditada, se parte de la base de la inocencia, expresamente se la presume, hasta que le Estado pruebe lo contrario⁹. Esta es la diferencia de fondo entre ambas concepciones y se proyecta en todas las instituciones de cada uno de estos paradigmas.

1.4 Herencia inquisitiva y acusatorio formal

Ahora bien, debe señalarse que la inclusión del paradigma “mixto” o “inquisitivo mitigado que instaló el llamado *juicio penal oral y público*, fue sin duda la primera modernización del proceso penal de la región, que se hizo con sus virtudes (innegables frente al sistema escrito) pero también con todos sus defectos. Entre estos se destacan el permitir al tribunal prenocer el esquema probatorio antes de su recepción en el juicio público (con el consiguiente riesgo de pre-juzgamiento) y muchas pruebas (incluso la declaración del imputado) pueden ingresar a esta etapa y fundar un fallo definitivo de condena, sin haberse producido en ella, mediante el recurso de la lectura (“oralización”, le dicen) de las actas que documentaron su incorporación a la investigación preparatoria, borrando así de un plumazo los principios de intermediación y publicidad, cuando mucho resguardando (y sólo a medias) el contradictorio (v.gr., actos definitivos e irreproducibles).

A esto se le suma la vigencia sólo “formal” del principio acusatorio, verdadera hipocresía que se agota en el argumento indiscutible de impedir que el proceso o el juicio sean iniciados de oficio por los tribunales, exigiendo en cambio una excitación ajena a ellos, por obra generalmente del Ministerio Fiscal, aunque no impide sino que favorece que bajo el mentiroso rótulo de “*excepciones*” se acuerde a aquellos órganos jurisdiccionales el poder, no sólo de obligar (en algunos códigos) a los fiscales a que acusen en contra de su voluntad, sino también el de hacer

pruebas *ex officio*, sin pedido – y aun a contrapelo de su estrategia persecutoria – de los acusadores sobre la verdad de la acusación. Y recuérdese aquí que no hay otra verdad que “descubrir”, pues la verdad de la inocencia no requiere prueba ya que esta convencionalmente presupuesta: el imputado *es* inocente; lo que debe probarse es lo *contrario*. Es así entonces que bajo una aparentemente tajante diferenciación de las funciones de acusar (perseguir) y de juzgar, el acusatorio solo “formal” en realidad admite que ambas pueden *concentrarse* en los tribunales toda vez que sea conveniente para “el triunfo de la verdad” (sobre la acusación), sin considerar que ello pone en riesgo la imparcialidad de los jueces.

Como se ve, este sistema mixto se presta para la influencia de la tradición jurídica y cultural inquisitiva indiscutiblemente asentada en la región, aún frente a los más modernos códigos procesales, de tinte decididamente acusatorio.

2. EL PARADIGMA CONVENCIONAL DE PROCESO PENAL

Lo expuesto nos sirve para afirmar que el paradigma “mixto” o “inquisitivo mitigado” de enjuiciamiento penal, preponderante (en el derecho o en la práctica judicial) en la región no es respetuoso del modelo¹⁰ que imponen los más importantes tratados y declaraciones internacionales sobre derechos humanos (vgr. la Convención Americana de Derechos Humanos, ya citada) que han dejado *fuera* del campo de la interpretación judicial muchos aspectos antiguamente controversiales del proceso penal (v.gr., la oralidad y publicidad de juicio, el recurso contra la condena¹¹) para transformarlos en texto expreso e indiscutible. Este nuevo (aunque históricamente viejo) modelo diseña al proceso como un instrumento imprescindible e insustituible para la aplicación, exenta de arbitrariedad, de una sanción penal, la que sólo podrá imponerse después de su desenvolvimiento en las condiciones de garantía que fija y sin que pueda considerarse un anticipo o comienzo de pena en sí mismo, ni sus instituciones operar en la práctica con ese carácter.

También establece que la función de perseguir y acusar sea diferente e independiente de la de juzgar y punir¹² y pone rígidamente a cada una de ellas a cargo de órganos públicos (o a veces de particulares) diferenciados y autónomos entre sí; entiende que la función de juzgar no puede, sin grave riesgo para su ontológica imparcialidad y para la igualdad entre acusador y acusado que supone (e impone), asumir atribuciones de persecución ni de defensa.

Y estatuye que la verdad procesal debe procurarse a través de la contradicción entre los intereses opuestos que se enfrentan en el proceso, acordando la responsabilidad de sostenerlos y acreditarlos solo a quienes los representan (vgr., el fiscal) o encarnan (vgr. el defensor del imputado)¹³. Este último punto quizás sea la clave para medir precisamente la distancia que separa a la gran mayoría de los códigos procesales “mixtos”, o

a la práctica real de los “acusatorios” de nuestra región, de las exigencias del sistema convencional. Y es aquí donde fincamos este aporte.

Es que en aquellas leyes o en estas deformaciones, el “triunfo de la verdad” es el objetivo supremo del proceso, al que deben contribuir, respetando ciertas reglas, pero sin distinción sustancial de roles, todos los órganos públicos intervinientes, esforzándose vanamente en disminuir la innegable contraposición de intereses diferentes, ínsita en cualquier proceso, bajo el eufemismo de un común interés de “justicia”. Tal concepción se refleja en un método de averiguación de la verdad de carácter unilateral, que procura alcanzarla no a través del esfuerzo de las partes, sino mediante la investigación “monolágica” de un órgano jurisdiccional a quien en todas las etapas del proceso se considera el principal responsable de descubrirla: el juez o tribunal inquisidor, “historiador” que averigua (instruye) “autónomamente” se controla, saca conclusiones y toma decisiones sobre su propia investigación, *todo a la vez*. Cuando mucho se permite que lo ayude la “dialéctica de las partes”, cuyos derechos debe simultáneamente garantizar, incluso frente a sí mismo.

Pero todo esto se encuentra vedado por el sistema convencional vigente en la región, que adopta otro paradigma.

2.1 La contraposición de intereses

Este parte de la base de que, ontológicamente, el proceso (cualquier proceso) es un método para que se reflejen dos intereses contrapuestos¹⁴ y así poder resolver sobre cual de ellos puede entenderse como jurídicamente justificado (si no lo hubiere no existiría el proceso, no haría falta): el interés del Estado (que se ha “apropiado” del interés de la víctima, “sublimado” en el “bien jurídicamente protegido”, y que en muchos casos no le permite intervenir) en punir la conducta delictiva que atribuye a un ciudadano, que puede ser fundado, o no serlo, se enfrenta naturalmente con el interés (fundado o infundado) de éste de no ser sometido a la pena o (el siempre fundado) de no ser sometido a ella de cualquier modo¹⁵.

Consecuentemente dispone que un tercero, ajeno a esos intereses tanto porque no le son propios (como sí lo es el del imputado) como porque no los debe representar (como sí lo hace el MP Fiscal) sea el encargado de establecer cuál de los intereses enfrentados debe prevalecer sobre el otro, por ser el que se encuentra justificado según el derecho (convencional, sustantivo y procesal), que estatuye sobre cuestiones fácticas (v.gr., exigencia de certeza fundada en pruebas para destruir la presunción de inocencia y tener por acreditado un hecho delictivo para poder dictar una condena¹⁶.) y legales (v.gr., tipicidad el hecho, causas de justificación, etcétera)

La contraposición de intereses (inherente al proceso) no se desvanece frente al argumento de que el MP Fiscal representa sólo un interés de “justicia”, que no siempre será contrario al acusado. Es que si puso en

marcha una investigación contra una persona (abriendo o requiriendo un proceso), o la acusa por la comisión de un delito, indudablemente está expresando un interés represivo que es opuesto al interés de autoprotección de los derechos de aquella persona; y si bien el fiscal puede concluir finalmente a favor del imputado, lo cierto es que comenzó en su contra. O sea que el asunto se originó y se desarrolló con contraposición de interés entre el imputado y el fiscal, aunque haya finalizado sin ella.

La contraposición aludida tampoco se empaña porque en algunos casos el acusado no resista o consienta la imputación, pues tal supuesto (bastante infrecuente, por cierto, si no existiera alguna ventaja para él) no será más que una excepción a la resistencia que aquel presenta en la inmensa mayoría de los casos. Si así no fuera, los cuerpos convencionales internacionales o las constituciones de cada estado, no gastarían artículos en el derecho de defensa y sus derivaciones.

Lo cierto es que, por encima de estas hipótesis excepcionales (fiscal que pide la absolución, imputado que confiesa), la realidad (lo reconozca o no la legislación) muestra permanentemente intereses contrapuestos entre la acusación y la defensa. El proceso penal no solo encierra, por definición, un conflicto, una controversia de intereses, sino que así también se manifiesta en su existencia práctica. Y aun cuando esta pueda finalmente no ocurrir en algún caso concreto, siempre existirá de modo real o potencial.

2.2 ¿Quién representa los intereses contrapuestos?

Aceptada la existencia de intereses contrapuestos, actual o potencial pero siempre ontológicamente inherente a la esencia de cualquier proceso, el sistema convencional fija posición sobre quien va a representar y defender a cada uno de aquellos.

Se aparta para ello de la respuesta (ya enunciada mas atrás) que a esta cuestión proporciona el paradigma inquisitivo y receptan los sistemas “mixtos”, que instituye o favorece a tales fines un tipo de juez más o menos “multiforme” que acusa, juzga y hasta defiende, simultáneamente, distinguiendo, en cambio, las funciones de acusar, defender y juzgar, separándolas¹⁷ en su desenvolvimiento práctico y distribuyéndola entre distintos sujetos: acusador (MP Fiscal en los delitos de acción pública), tribunal y defensor (aun oficial), esquema que es basado en la exigencia de igualdad plena de posibilidades procesales entre el primero y el tercero, y coronado con la imparcialidad que impone al segundo .

En este esquema, el tribunal *no puede* representar ninguno de los intereses en juego. Si adoptara durante el proceso como propios el interés del acusador o el del acusado, vulneraría la igualdad entre ambos que se impone como prenda y sello de su imparcialidad.

Por eso es que el modelo procesal del sistema convencional parte de la base de la acusación¹⁸ que, según su significado idiomático¹⁹, no es sólo

imputar un delito, exponer cargos contra una persona, sino también, “exponer las pruebas de los mismos”, “demostrar en un pleito la culpabilidad del procesado, mediante pruebas acusatorias”. Dispone luego que la acusación debe ser objeto de “sustanciación” es decir conducida “por la vía procesal adecuada, hasta ponerla en estado de sentencia” por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley. Este, luego de oír públicamente al acusado y habiéndole asegurado el respeto a su dignidad personal y derechos²⁰, su plena igualdad con el acusador y todas las garantías necesarias para su defensa lo juzgará, es decir, deliberará acerca de su culpabilidad y sentenciará lo procedente, sobre la base de las pruebas de cargo —y su eficacia o impotencia para destruir el principio de inocencia— y de descargo aportadas en el juicio y si así encuentra culpable a aquel (resolverá) aplicarle el Código Penal, imponiéndole la sanción que corresponda por el delito cometido.

2.3 El tribunal ¿se convence o es convencido?

Lo expuesto evidencia que el sistema convencional no tolera un procedimiento de averiguación unilateral y monopólico, a cargo de un tribunal que usurpe las funciones de la acusación y la defensa so pretexto de un interés común en establecer la verdad. Por el contrario, estatuye un proceso en el que el tribunal no procure por sí las fuentes de las que podrá inferir su convencimiento²¹, sino que se las procuren el acusador²² y —si así lo quiere el acusado—; no piensa en un tribunal que se convenza (o no lo logre) por obra de su auto-reflexión, sino que sea convencido (o no) por obra (y no sólo con el auxilio) de la iniciativa probatoria y la dialéctica argumentativa de aquellos; no admite un “monólogo” unilateral del juez con la prueba para buscar la verdad, sino que quiere que se procure lograrla por vía de síntesis. O sea, el sistema convencional pretende que el “conocimiento” que se exige al tribunal para poder “decidir” la imposición de una pena, se asemeje a la “centella que brota del choque entre dos espadas”, pues no se puede agotar toda la “plenitud, policromía y fecundidad del mundo, sino bajo la forma mental de la contradicción”.

UN PROCESO PENAL CONTRADICTORIO

El reconocimiento de la existencia de intereses contrapuestos entre la acusación y la defensa y la aceptación de la confrontación entre ellos como método de tratamiento judicial de los casos penales, genera un modelo al que se identifica como *contradictorio* (por su respeto a tal principio) que apunta a la mayor imparcialidad²³ de los jueces. Su regla principal de funcionamiento es que el triunfo de un interés sobre otro queda librado a la responsabilidad o decisión de quienes lo representa (Ministerio Fiscal) o encarnan (el imputado), careciendo el tribunal de cualquier co-responsabilidad o posibilidad de decisión al respecto, pues

sólo debe garantizar que estos tengan iguales posibilidades para lograrlo²⁴. Queda así dicho que el “triumfo” del interés que representa el acusador es de su exclusiva responsabilidad, y no hay que olvidar que en los delitos de acción pública, para favorecer que pueda lograrlo, se ponen a su servicio importantes recursos humanos y materiales constitutivos del aparato de persecución penal del Estado. Y también queda dicho que está librado a la decisión del acusado el modo activo o meramente pasivo en que defenderá a su interés, asistido en su posición por el principio de inocencia²⁵.

Y es en este último punto en donde debe ponerse *fuertemente el acento* para el favorecimiento de la igualdad, pues a la enorme responsabilidad que este paradigma asigna a la defensa²⁶ del interés del imputado, debe agregarse la imperiosa necesidad detectable en toda la región (y que la convencionalidad aplicable a ella contempla), de contar con una *defensa pública institucionalmente organizada y técnicamente preparada*²⁷, para dar asistencia jurídica a imputados y víctimas, que en la inmensa mayoría de los casos judiciales, carecen de toda posibilidad económica de acceder a una defensa particular²⁸.

3.1 Responsabilidades de los sujetos procesales

El principio del contradictorio tiene como base, entonces, la plena igualdad de las partes en orden a sus atribuciones procesales. Exige no sólo la existencia de una *imputación* del hecho delictivo cuya noticia origina el proceso²⁹ y la oportunidad de *refutarla*, sino que requiere además reconocer al acusador y al imputado y su defensor (para poder ejercer así la responsabilidad de cada uno) la atribución de *producir pruebas* de cargo³⁰ y de descargo³¹, respectivamente; la de *controlar*³² personalmente y en presencia de los otros sujetos actuantes el ingreso y recepción de ambas clases de elementos probatorios, y la de *argumentar* públicamente ante los jueces que las recibieron sobre su eficacia conviccional (positiva o negativa) en orden a los hechos contenidos en la acusación o los afirmados por la defensa, y las consecuencias jurídico penales de todos ellos, para tener de tal modo la *igual oportunidad* de intentar lograr una decisión jurisdiccional que reconozca el interés que cada uno defiende³³. Por cierto que, en los hechos y como se ha dicho antes, esta igualdad de oportunidades sólo será tal si el acusado cuenta con una buena defensa técnica³⁴, que debe incluso serle provista por el Estado: la buena calidad de la defensa oficial es una *necesidad* —no muy estudiada hasta ahora, pero *imperiosa*— de este paradigma procesal, derivada de la fuerte responsabilidad que le asigna al defensor (y que hemos sintetizado precedentemente).

Cerrando el esquema, al tribunal se le *impide* iniciar por sí el proceso o el juicio; se le *priva* en cualquier etapa procesal de facultades autónomas de investigación, y se le reserva la tarea de sentenciar imparcialmente³⁵ y en forma motivada acerca del fundamento de la acusación y su posible

negación, descargo o aclaración, de forma tal que sólo sea admitida como verdadera cuando pueda *apoyársela* en pruebas de cargo recibidas personalmente por los mismos jueces que deban adoptar tal decisión, que hayan sido aportadas por los órganos de persecución penal en el marco de objetividad en el que deben cumplir sus funciones, y que no hayan sido *enervadas* en su potencia conviccional por las de descargo que puedan haber sido ofrecidas por el imputado y su defensor, y recibidas en las mismas condiciones, con *igual* atención a las argumentaciones y enfoques diversos y enfrentados que todos ellos realicen sobre su fuerza probatoria (siempre teniendo en cuenta las exigencias del principio de inocencia³⁶).

También tiene nivel convencional el derecho del condenado a recurrir la sentencia que lo condena –que integra el derecho de defensa–, recurso sobre el que se discute si debe limitarse a los aspectos meramente jurídicos de la sentencia o si –para satisfacer plenamente este derecho también debe atrapar (y en caso afirmativo, en que medida), las cuestiones relacionadas con las conclusiones de hecho a que aquella arriba y las pruebas que las sustentan³⁷. Se advierte asimismo controversia sobre la posibilidad de que el acusador –público o privado– pueda recurrir la sentencia absolutoria³⁸.

3.2. La intervención de particulares

Debe considerarse *propio* de este paradigma convencional para la región, la intervención del ofendido por el delito de acción pública como acusador privado en el proceso penal, fundada en la obligación del Estado de proveer a los ciudadanos sometidos a su jurisdicción una debida protección judicial³⁹ cuando alguno de sus derechos reconocido por la Convención, por la Constitución o las leyes internas del Estado⁴⁰ haya sido violado, por el delito⁴¹, protección⁴² que corresponderá “cualquiera sea el agente”⁴³ al cual pueda eventualmente atribuírsele la vulneración, incluso cuando fuere un particular⁴⁴ ya que en este último caso el Estado habrá incumplido su obligación de *evitar* que tal vulneración ocurra⁴⁵ y si luego no brinda su protección judicial, en cierto modo la estaría auxiliando⁴⁶; es el llamado derecho a la *tutela judicial efectiva* (v. gr., arts. 1.1, 8.1 y 25, CADH)⁴⁷

Y también es acorde con el paradigma convencional, por su fuerte filiación acusatoria, la intervención de ciudadanos comunes como jurados en los tribunales penales, bajo las diferentes modalidades de integración que se conocen –exclusiva de ciudadanos (modelo anglosajón) o compartida con jueces técnicos (modelo escabinado europeo)- y de procedencia (obligatorio para ciertos delitos, solo a pedido del acusado, etc.): todos estos modelos tienen existencia en algunos países de la región.

PRINCIPALES REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS Y JURISPRUDENCIALES

- CAFFERATA NORES, JOSE I. *Proceso Penal y Derechos Humanos*, Ed Del Puerto, 2008
- CAFFERATA NORES, JOSE I. *Cuestiones actuales sobre el Proceso Penal*, Del Puerto, 2000, pag 3 y ss.
- CLARÍA OLMEDO, JORGE, *Tratado de derecho procesal penal*, t. I, p. 14.
- MITTERMAIER, *Tratado de la prueba en materia criminal*, Madrid, 1986, p. 31.
- MAIER, JULIO B. J., *Derecho procesal penal. Fundamentos*, t. I, Buenos Aires, 1996, p. 869.
- BERTOLINO, PEDRO, *El debido proceso penal*, La Plata, 1986.
- FLORIÁN, *Elementos de derecho procesal penal*, cit., p. 63.
- NIETZCHE, citado por FOUCAULT, MICHEL, *La verdad y las formas jurídicas*, p. 22.
- RADBRUCH, GUSTAVO, *Aforismos jurídicos*, Córdoba, 1987, p. 20
- GINZBURG, CARLO, *El juez y el historiador*, Madrid, 1993, p. 98.
- Comisión IDH, Informe n° 35/96, caso 10.832.
- Comisión IDH, Informe n° 35/96, caso 10.832.
- Comisión IDH, Informe 92/05, caso 12.418, del 24/10/2005.
- Comisión IDH, Informe n° 34/96, casos 11.228 y otros.
- Comisión IDH, Informe n° 5/96, caso 10.970.
- Corte IDH, Opinión Consultiva OC-9, del 6/X/87.
- Corte IDH, “Velásquez Rodríguez”, sentencia del 29/VII/88.
- Corte IDH, “Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs/ El Salvador”, 1-03-2005.

*Con la colaboración de **Daniela Bianciotti**.

¹ Utilizamos la palabra paradigma en el sentido de ejemplo o ejemplar, *Diccionario de la Lengua española*, Madrid 1992.

² Por región entendemos a Latinoamérica (desde México hasta la Argentina),

³ Que rige en 23 de los 34 Estados Partes de la OEA. (algunos no la han ratificado, vgr. EE.UU, Canadá y países caribeños; y Venezuela y Trinidad y Tobago la han denunciado (se han “salido” de ella), sea por la adhesión de los estados partes, sea por su incorporación a las constituciones de algunos de aquellos.

⁴ PREAMBULO: “Los Estados Americanos signatarios de la presente convención; REAFIRMANDO su propósito de consolidar en este continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre; RECONOCIENDO que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos; CONSIDERANDO que estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional; REITERANDO que con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos, y CONSIDERANDO que la tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) aprobó la incorporación a la propia carta de la organización de normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales y resolvió que una convención interamericana determinará la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia...”.

⁵ Pero ellos no son responsables de otros importantes condicionantes de la problemática del delito que se encuentran en diversas áreas de la vida social y en los defectos de algunas políticas. Ellos no diseñan ni siquiera inciden en la creciente modificación de escalas valorativas tradicionales, las crisis de los sistemas políticos, la evolución tecnológica, los fenómenos migratorios, la globalización de la economía sin una regulación política igualmente global, la información masiva dirigida al consumo, la generalizada falta de ejemplaridad de la dirigencia social y política, la escasa fiscalización del accionar de la administración pública, que favorece la comisión o el encubrimiento de la corrupción política, el insuficiente control de fronteras y aduanas, que facilita el tráfico ilegal de personas, el contrabando de armas, el narcotráfico o el lavado de sus ganancias; la ausencia de políticas impositivas efectivas que neutralicen la evasión fiscal y permitan mayores recursos para promover la inclusión social, etc. .

⁶ Nos atrevemos a formular esta propuesta, respaldados por la rica producción jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de varios lustros y entusiasmados por el contagioso pero realista optimismo de quien fuera su Presidente, el Dr. Sergio García Ramírez.

⁷ Dejamos **fuera de este comentario**, para no extendernos, lo relativo a las restricciones a los derechos del imputado durante la sustanciación del proceso, en especial, a su libertad de locomoción, restricciones a las que la convencionalidad de la región les impone una serie de exigencias limitativas, hijas de la naturaleza puramente cautelar que les asigna a aquellas (extrema necesidad, provisionalidad, etc.).

⁸ En virtud del principio de inocencia, inculpabilidad acreditada equivale, en sus efectos procesal penales a culpabilidad no suficientemente demostrada

⁹ Esta presunción tiene fuerte influencia en todas las instituciones procesales que regula la convencionalidad vigente en la región, especialmente en lo relacionado con las restricciones a la libertad del imputado durante el curso del proceso penal, y antes de que una sentencia condenatoria adquiera firmeza

¹⁰ El modelo procesal parte de la base de la acusación (8.1, CADH), la que según su significado idiomático no sólo consiste en imputar un delito, exponer cargos contra una persona, sino también —como la define el Diccionario de la Lengua Española— “exponer las pruebas de los mismos”, “demostrar en un pleito la culpabilidad del procesado, mediante pruebas acusatorias”. Pero la normativa supranacional avanza en definiciones al establecer que dicha acusación debe ser objeto de “substanciación (art. 8.1, CADH), es decir conducida “por la vía procesal adecuada, hasta ponerla en estado de sentencia”, que dictará un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley (art. 8.1, CADH). Este, luego de oír públicamente (art. 8.1, CADH), al acusado y habiéndole asegurado el respeto a su dignidad personal y a sus derechos, su plena igualdad con el acusador, y todas las garantías necesarias para su defensa lo juzgará (14.3.c, PIDCP). Juzgar es deliberar acerca de la culpabilidad del acusado y sentenciar lo procedente (dice el Diccionario de la Lengua) sobre la base de las pruebas de cargo y de descargo aportadas en el juicio —“nadie puede ser juzgado sino en virtud de un proceso que incluya tanto la actividad del fiscal en la recopilación de evidencia incriminatoria y la actividad de la defensa en la refutación de dicha evidencia (Comisión IDH, informe n° 35/96, del 7/V/98)—de las que habla el art. 14.3.e, PIDCP; y sólo si así encuentra culpable a aquél resolverá aplicarle el código penal imponiéndole la sanción que corresponda.

¹¹ La Comisión IDH, en un caso donde se discutía el derecho al recurso, sostuvo: “... un Estado no puede alegar su derecho interno para evitar cumplir con esta disposición” (informe 50/00, caso 11.298, del 13/4/2000).

¹² Se establece que toda persona frente a “una acusación penal formulada contra ella”, tiene derecho a ser “juzgada sin dilaciones indebidas” por un juez o tribunal “competente, independiente e imparcial” (art. 8.1, CADH; art. 14.c, PIDCP). Tiene derecho a que “el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal” sea realizado por “un tribunal independiente e imparcial” (art. 10,

DUDH).

¹³ “la carga de la prueba, en el contexto de un proceso penal, incumbe al Ministerio Público...” (Comisión EDH, Austria c/Italia, Informe del 30/III/63). En el proceso penal debe incluirse “la actividad *fiscal* en la recopilación de la evidencia incriminatoria...” (Comisión IDH, informe n° 35/96, caso 10.832, del 7/IV/98).

¹⁴ Realmente parece casi absurdo afirmar que “existe tan poco conflicto de interés entre el imputado y el Ministerio Público, como entre el enfermo y el médico que le quiere suministrar una medicina” como habría dicho CARNELUTTI (VÉLEZ MARICONDE, ALFREDO, *Derecho procesal penal*, t. II, p. 78). Hasta Vincenzo MANZINI reconoce el “característico conflicto” entre “los intereses de la acusación y de la defensa” sobre el que el “juicio estatuye” (*Tratado de derecho procesal penal*, t. I, p. 129).

¹⁵ FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón*, p. 733, ejemplifica: “La acusación, expresión del interés punitivo del Estado y la defensa, expresión del interés del acusado en quedar libre de acusaciones infundadas e inmune de penas arbitrarias”.

¹⁶ Estos conceptos pueden encontrarse –aunque en otro contexto– en la siguiente cita: “la prueba directa, ya sea testimonial o documental, no es la única que puede legítimamente considerarse para fundar la sentencia. La prueba circunstancial, los indicios y las presunciones, pueden utilizarse, siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos” (Corte IDH, Velásquez Rodríguez, sentencia del 29/VII/88). Ver nota 25.

¹⁷ Toda persona frente a una “acusación penal formulada contra ella”, tiene derecho a ser “juzgada sin dilaciones indebidas” por un juez o tribunal “competente, independiente e imparcial (CADH, art. 8.1). “... El examen de cualquier acusación contra ella en materia penal sea realizado por “un tribunal independiente e imparcial” (DUDH, art. 10), competente y “establecido con anterioridad por la ley (CADH, art. 8.1).

¹⁸ Art. 8.1, CADH; art. 10, DUDH; art. 14.1, PIDCP; art. XXVI, DADDH.

¹⁹ Diccionario de la Lengua Española.

²⁰ “Al determinar el alcance de las garantías contenidas en el artículo 8.2 de la Convención, la Corte debe considerar el papel de la ‘acusación’ en el debido proceso penal *vis-à-vis* el derecho de defensa. La descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción, clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan” (Corte IDH, caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, sentencia del 20/6/2005). Esta garantía es esencial para el ejercicio del derecho de defensa (Corte IDH, caso López Álvarez vs. Honduras, 01/2/2006).

²¹ La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece con claridad en su art. 8.1 que toda persona, para “la determinación de sus derechos (...) de cual-

quier carácter” o frente a una “acusación penal formulada contra ella” tiene derecho a un juez o tribunal “competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley”; tiene derecho a que “para la determinación de sus derechos (...) para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal” intervenga “un Tribunal independiente e imparcial” (art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos).

²²“La carga de la prueba en el contexto de un proceso penal, incumbe al Ministerio Público...” (Comisión EDH, Austria *c/ Italia*, informe del 30/III/63). En el proceso penal debe incluirse “la actividad *fiscal* en la recopilación de la evidencia incriminatoria...” (Comisión IDH, Informe n°35/96, caso 10.832, del 7/IV/98).

²³ La imparcialidad es la condición de tercero desinteresado del juzgador (Corte IDH, caso Palamara Iribarne vs. Chile, 22/11/2005). La Corte considera que el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es una garantía fundamental del debido proceso. Es decir, se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio. Esto permite a su vez que los tribunales inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática” (Corte IDH, caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, 2/7/2004). “La imparcialidad supone que el tribunal o juez no tiene opiniones preconcebidas sobre el caso *sub judice* y “se compone de elementos subjetivos y objetivos. La imparcialidad subjetiva del juez en el caso concreto se presume mientras no se pruebe lo contrario. A diferencia, la imparcialidad objetiva requiere que el tribunal o juez ofrezca las suficientes garantías que eliminen cualquier duda acerca de la imparcialidad observada en el proceso” (Comisión IDH, Informe n° 5/96, caso 10.970. Este criterio fue reiterado en el Informe 78/02, caso 11.335).

²⁴ La legislación supranacional enfatiza sobre el concepto de imparcialidad del tribunal que debe oír al acusado (v.gr., art. 10, DUDH), que se orienta a asegurar la igualdad procesal entre éste y su acusador, y es considerada un presupuesto de la defensa: debe ser oído *imparcialmente* (con justicia, dice el art. 10, DUDH). En este sentido, Comisión IDH, Informe 127/01, caso 12.183, del 3/12/2001.

²⁵ Se le reconoce un estado jurídico de inocencia, que no debe construir ni probar, sino que debe ser destruido por la prueba de cargo aportada por los órganos de persecución penal del Estado (Corte IDH, caso Lori Berenson Mejía vs. Perú, 25/11/2004). “El principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla” (Corte IDH, caso Cantoral Benavidez, 18/8/2000).

²⁶ Art. 8.1 y 2, CADH; art. 14.1, PIDCP, art. XXVI, DADDH; art. 10, DUDH.

²⁷ “cuando el inculpaado no quiere o no puede hacer su defensa personalmente, tiene derecho de ser asistido por un defensor de su elección. Pero en los casos en los cuales no se defiende a sí mismo o no nombra defensor dentro del plazo establecido por la ley, tiene el derecho de que el Estado le proporcione uno, que será remunerado o no según lo establezca la legislación interna (Corte IDH, opi-

nión consultiva OC-11/90, del 10/VIII/90).

²⁸ Es dable destacar en este sentido una fuerte organización regional de la defensa pública, superior incluso a la que brindan importantes países europeos. Puede citarse como ejemplo a la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas – AIDEF-, entidad de admirable y proficua actividad en América Latina, tanto de coordinación institucional como de capacitación de los defensores de los países que la integran.

²⁹ El derecho de defensa es reconocido durante todo el proceso. Se ha señalado que “La cabal observancia del principio de debido proceso abarca todas las etapas...” (Comisión IDH, Informe 74/90, caso 9859). La falta de asesoramiento durante el periodo de investigación podría menoscabar seriamente el derecho a defenderse” (cf. Comisión IDH, informe anual 1985/6).

³⁰ Art. 8.2.f, CADH.

³¹ Las limitaciones impuestas a los abogados defensores del inculcado, la imposibilidad de presentación de pruebas de descargo, y la falta de acceso al expediente acusatorio antes de declarado el auto de detención violan los principios consagrados en el artículo 8 (2) (b) y (h) de la Convención (Comisión IDH, Informe 50/00, caso 11.298, 13/4/2000). Se afecta el derecho de defensa en juicio si cuando los abogados defensores pudieren enterarse del contenido de la causa, ya se había decretado la orden de detención”. Igualmente, dicho tribunal violó el derecho del inculcado a la igualdad procesal, por cuanto fue interrogado en presencia del fiscal mientras al mismo tiempo se excluyó a su abogado defensor” (Comisión IDH, Informe 50/00, caso 11.298, del 13/4/2000).

³² Art. 14.3.e, PIDCP.

³³ El ejercicio de esta responsabilidad exige una capacitación especial de los operadores judiciales (fiscales, defensores y jueces) en las técnicas propias del sistema adversarial que implica el juicio acusatorio.

³⁴ El derecho de defensa es una emanación de la dignidad personal del imputado. “En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros (Corte IDH, opinión consultiva OC-8/87, del 30/I/87).

³⁵ “La imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia” (Corte IDH, caso *Palmaria Iribarne vs. Chile*, 22/11/2005) “el juez o tribunal debe separarse de una causa sometida a su conocimiento cuando exista algún motivo o duda que vaya en desmedro de la integridad del tribunal como un órgano imparcial. En aras de salvaguardar la administración de justicia se debe asegurar que el juez se encuentre libre de todo prejuicio y que no exista temor alguno que ponga en duda el ejercicio de las funciones jurisdiccionales (Corte IDH, caso *Palamará Iribarne vs. Chile*, 22/11/2005).

³⁶ Porque durante el proceso el imputado goza de un estado jurídico de inocencia y nada debe probar, nadie puede intentar obligarlo a colaborar con la investigación del delito que se le atribuye: es el derecho a no ser obligado a declarar con

sí mismo ni a confesarse o declararse culpable (art. 8.2.g, CADH; art. 14.3.g, PIDCP).

³⁷ La Corte IDH, “Herrera Ulloa”, 2/07=2004 ya hablada de una revisión integral. Por su parte la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, “Casal, Matías Eugenio”, 20-9-05, intentó dejar sentadas ciertas bases para que el recurso de casación pudiera satisfacer su nivel de garantía constitucional, principalmente en orden al reexamen de las cuestiones de hecho y prueba.

³⁸ A favor del recurso se expide SAGUÉS, NÉSTOR, “La instancia judicial plural en la Constitución argentina y en el Pacto de San José de Costa Rica”, *LL*, t. 1988-E-III, p. 160. En contra, MAIER, JULIO B. J., “El recurso contra la sentencia de condena ¿Una garantía procesal?”, *Cuadernos del departamento de derecho penal y criminología*, n° 1, Córdoba (UNC), 1995, ps. 152 y 153.

³⁹ La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 25 expresa: “I. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”. La Corte IDH ha derivado este derecho de la obligación “a cargo de todo Estado Parte en la Convención de respetar los derechos y libertades garantizados en ella y (de) garantizar su pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción (art. 1.1)” (Opinión Consultiva OC-9, del 6/X/87). En orden a ello, se ha señalado que el término recurso debe entenderse en un sentido amplio y no limitado al significado que esta palabra tienen en la terminología jurídica propia de las legislaciones procesales de los Estados (Comisión IDH, Informe n° 5/96, caso 10.970). Por recurso debe entenderse “acceder al tribunal”: es sinónimo de vía judicial o proceso, dice Germán Bidart Campos (*Tratado elemental de derecho constitucional*, t. III, Buenos Aires, ps. 517/526)

⁴⁰ Cf. Comisión IDH, Informe n° 35/96, caso 10.832.

⁴¹ Cf. Comisión IDH, Informe n° 35/96, caso 10.832; Corte IDH, opinión Consultiva OC-9, del 6/X/87. A tal fin, debe otorgarse la posibilidad de probar, contradecir y alegar sobre aquellas circunstancias del proceso (CNCP, Sala II, Levin, 24/10/2002).

⁴² Se trata de una expectativa de la víctima y sus familiares que el propio Estado debe satisfacer (Corte IDH, caso Gómez Palomino vs. Perú, 22/11/2005. En este mismo sentido, Corte IDH, caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela, 28/11/2005, y De la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, 31/1/2006.

⁴³ Se trate de un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial aún fuera de su competencia (Corte IDH, Velásquez Rodríguez, sentencia del 29/VII/88).

⁴⁴ Cf. Corte IDH, Velásquez Rodríguez, sentencia del 29/VII/88. La obligación de garantía “asumida por los Estados les obliga a adoptar todas las medidas razonables que estén a su alcance, para impedir que esos derechos sean vulnerados por particulares (tales como delincuentes comunes) o por agentes no estatales de violencia política (tales como grupos subversivos o terroristas) o, en caso que

esas medidas resulten inadecuadas o insuficientes, adoptar las medidas indispensables para perseguir y sancionar a los responsables de conductas que lesionen los derechos protegidos”.

⁴⁵ El estado está, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se haya violado los derechos humanos protegidos por la Convención, si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención (Comisión IDH, informe 92/05, caso 12.418, del 24/102005). De tal forma, el Estado incurre en responsabilidad internacional cuando sus órganos judiciales no investigan seriamente y sancionan, si corresponde, a los autores (Comisión IDH, informe 32/04, caso 11.556, del 11/03/2004).

⁴⁶ Cf. Corte IDH, Velásquez Rodríguez, sentencia del 29/VII/88.

⁴⁷ Este concepto comprende el derecho de acceder a los tribunales sin discriminación alguna, el derecho de incoar un proceso y de seguirlo, el de obtener una sentencia o resolución motivada sobre la cuestión planteada, el derecho a obtener una sentencia de fondo sobre esa cuestión, el derecho a la utilización de los recursos, el derecho a que la sentencia se ejecute. Cfr. VÁZQUEZ SOTELO, JOSÉ LUIS, “Reflexiones en torno a la acción procesal”, *Simplificación procesal*, XI Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, Buenos Aires, 1997

¿PUEDE EL DERECHO PROCESAL PENAL HACER ALGÚN APOORTE PARA LA PREVENCIÓN DE LOS DELITOS DE GÉNERO? ¹

Jose I Cafferata Nores

Daniela Bianciotti

SUMARIO: I. Introducción. II. La prohibición de probation para los procesos por violencia de género. III. ¿Alternativas de “prevención” procesales?. IV. Posible restricción de derechos al imputado de un delito por violencia doméstica: a) *Tesis “restrictiva”*; b) *Tesis “amplia”*. V. Conclusiones.

I. Introducción

La “Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer” (Convención de Belem do Pará) señala que la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que trasciende todos los sectores de la sociedad, independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión. Además establece como obligación de los Estados Partes el “incluir en su legislación interna normas penales”, “...que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer”.

Argentina sancionó recientemente la “Ley de protección integral de las mujeres” (n° 26485/2009), que si bien expresamente dispone que las conductas violentas de que se ocupa no importan la creación, modificación ni derogación de tipos penales vigentes (art. 41), pone énfasis en la responsabilidad de los tres poderes del Estado en el logro de los objetivos que determinaron su sanción (art. 7).

II. La prohibición de probation para los procesos por violencia de género

Uno de ellos, el Poder Judicial, a través de sus máximas jerarquías nacionales y provinciales², ha entendido cumplir con esa responsabilidad mediante la prohibición indiscriminada de la probation (art. 76 bis CP) para cualquier modalidad de delitos que expresen violencia de género.

No vamos a entrar en la crítica detallada a esta posición que se encuentra suficientemente refutada por otros autores . Solo queremos sumar nuestro desacuerdo con tal restricción general, pues prescinde

totalmente del texto del art 76 bis del Código Penal y no atiende a las particularidades de cada caso.³ También desconoce cualquier valor a la opinión de las víctimas, apropiándose una vez más del conflicto que involucra a aquellas, prescindiendo de su voluntad y sustituyéndola “paternalísticamente” por la propia, escudada en una interpretación de la aludida Convención de Belem do Pará de “hiriente literalidad” (método de interpretación que, por cierto, tales altos tribunales en muchísimos otros fallos superan con argumentos diversos -sistemáticos, históricos, teleológicos, etc.-) y en un dictamen de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que no es infalible⁴, y cuya opinión en muchos otros casos se soslaya olímpicamente⁵. Los jueces cabezas de poder, a pesar de escribir lo contrario⁶, algunas veces se las ingenian para ser los diseñadores de una política criminal que tanto en las Provincias (vgr. Constitución de la Pcia. de Córdoba, art. 171) como en el orden nacional (art. 120 CN; art 33, inc. “e” de la LOMP n° 24.946) está a cargo exclusivo del Ministerio Público Fiscal, no de ellos.

Estos son los supuestos en que se advierte la fina percepción de Lewis Carroll:

«La cuestión es, dijo Alicia, si puedes hacer que las palabras signifiquen tantas cosas diferentes. La cuestión es, dijo Humpty Dumpty, la de saber quien manda. Eso es todo»⁷.

III. ¿Alternativas de “prevención” procesales?

Aprovechando la condición de órgano de prueba que es generalmente cualquier víctima, creemos que en esta materia se deben plantear seriamente en la **aplicación** de los Códigos Procesales Penales vigentes, modificaciones de puntos de vista, que en suma podemos sintetizar así: el máximo esfuerzo para optimizar los medios de investigación que hoy se realiza para lograr individualizar a los partícipes del delito –que en este tipo de ilícitos por lo general están inicialmente identificados–, deberá destinarse a optimizar la práctica de las medidas destinadas a evitar (vgr. CPPCba., art 302) –también en protección de las víctimas– que estos delitos se lleguen a consumar si solo fueron tentados, que los consumados no produzcan consecuencias ulteriores, o que continúen cometándose; y también las referidas al control del efectivo cumplimiento de las condiciones restrictivas que también tienen a veces similar sentido protectivo (vgr. CPPCba., art 268 último párrafo), bajo las que se puede acordar o mantener la libertad al imputado (como por ejemplo, obligación de residencia; prohibición de concurrir a ciertos lugares, someterse al cuidado o vigilancia de una persona o autoridad) para lo que hoy sobran tecnologías instaladas de muy fácil acceso.⁸

Por cierto que esto exigirá también modificaciones en las estructuras or-

gánicas del Poder Judicial que corresponda.⁹

IV. Posible restricción de derechos al imputado de un delito por violencia doméstica

La tendencia legislativa en nuestro país atribuye competencia en materia de violencia familiar a los Tribunales de Familia¹⁰. Sin embargo, según venimos desarrollando, la problemática trasciende dicho fuero e ingresa en el campo del derecho penal y del proceso penal, porque muchos delitos contra la libertad, integridad física (lesiones, homicidio, coacción, etc.) y sexual, se producen entre personas relacionadas por vínculos de pareja o familiares¹¹.

Dicha circunstancia ha generado la propuesta de inclusión *específica*, en algunos códigos procesales penales, de ciertas medidas de protección de la víctima (las más usuales son la exclusión del hogar del agresor, la restricción o prohibición de acercamiento a la víctima o a los lugares que ésta frecuenta, ya sean éstos de trabajo, estudio, etc.)¹², con la finalidad *exclusiva* de neutralizar riesgos futuros para la persona de la víctima o su entorno.

A nuestro ver, este tipo de disposiciones deben ser cuidadosamente analizadas a la luz de los principios constitucionales que gobiernan la coerción procesal, porque importan una restricción de derechos del imputado por el delito, que por ser dictadas en un proceso penal, configuran verdaderas medidas coercitivas. Bajo esta óptica deben escudriñarse las restricciones que algunos códigos autorizan imponer al imputado en el marco de un proceso penal seguido en su contra, ante la posible comisión de un delito por “violencia de género”.

En orden a ello, advertimos que existen diferentes tesis o propuestas, entre las que se destacan dos principales: una, que podemos denominar “restrictiva u ortodoxa”, *reserva* el dictado de las medidas tendientes a la protección del afectado por el delito –medidas de protección–, para el fuero especializado en violencia familiar, no incluyendo su regulación en el proceso penal, donde las medidas de coerción personal sólo se autorizan para evitar riesgos para el logro de los fines principales del proceso. Otra propuesta, que llamaremos “amplia”, acepta que en el proceso penal por comisión de un delito de violencia familiar o doméstica, se dicten medidas de coerción tendientes *exclusivamente* a proteger a la víctima.

a) Tesis “restrictiva”.

Esta modalidad es contemplada por el sistema normativo que ha imple-

mentado la Provincia de Córdoba a partir de la denominada “ley de violencia familiar” (Ley 9283), en la cual, las medidas de protección de víctimas de violencia doméstica son dictadas por los Jueces de Niñez, Juventud y Violencia Familiar, a quienes la mentada ley les asigna competencia *exclusiva*¹³.

Por cierto que esta competencia exclusiva no debe excluir una relación fluida entre el Juzgado de Niñez, Juventud y Violencia Familiar con la Fiscalía de Instrucción que entienda a su vez en la investigación del hecho delictivo que motiva, entre otras posibilidades, la medida en cuestión. Así, la legislación de referencia (ley 9283) ordena la notificación de toda actuación judicial en la materia a la fiscalía y, a esta última le impone “intervenir en todos los asuntos relativos a las personas e intereses de las víctimas de violencia familiar”. No obstante, frente a la hipótesis de comisión de un delito que la exprese, la única facultad acordada al fuero penal tendiente a resguardar la integridad de la víctima en riesgo, consiste en hospedarla en un hotel o en su alojamiento temporario en la residencia de un familiar o allegado¹⁴. Pero la ley n° 9283 no autoriza que en el proceso penal se dicten las demás medidas cautelares de protección reguladas en ella¹⁵ que, como venimos explicando, sólo pueden ser dispuestas por el juez competente en la materia.

Así las cosas y cuando el Código Procesal Penal aplicable no admita esas medidas *exclusivamente* destinadas a esa protección (salvo vgr. las de los arts 302 y 268 CPPCba., señaladas en el apartado III), el problema fundamental a resolver es la legitimidad, en estos contextos normativos, de la aplicación “encubierta” de las medidas de protección de víctimas en el proceso penal, como “medidas de coerción procesal” teóricamente tendientes a resguardar sus principales fines¹⁶.

Volvamos, para explicarnos mejor, al artículo 269 del CPP Cba. cuya aplicación ilustra sobre la problemática planteada. Esa **norma general** autoriza a disponer medidas de coerción – que se legislan en el art 268 CPPCba) a fin de evitar que se frustren los fines principales del proceso penal, esto es la actuación de la ley y descubrimiento de la verdad (vrg.: la posibilidad imponerle al imputado una residencia determinada, o de prohibirle concurrir a determinados lugares o comunicarse con ciertas personas, etc). Pero, existen casos concretos de violencia de género, en los cuales los tribunales penales no imponen tales restricciones con esas finalidades, sino que lo hacen, **en cambio**, para proteger la integridad física o psíquica de la víctima del delito y evitar la reiteración delictiva del autor en perjuicio de aquella –fin preventivo asignado expresamente a las leyes de violencia familiar–, aunque –como venimos destacando– dicha finalidad queda oculta o **encubierta** bajo el ropaje de una medida cautelar procesal. Ello, en términos estrictos, implicaría atribuir a la coerción procesal el mismo fin que persiguen las medidas de seguridad del derecho penal (v.gr., art. 52 C.P.), es decir, de neutralizar la peligrosidad

criminal del agente (concebida como la posibilidad de que cometa nuevos delitos).

La circunstancia apuntada, a nuestro ver, es la que nos genera el interrogante relativo a la legalidad de la adopción de estas medidas bajo tales hipótesis, teniendo en cuenta que el cumplimiento fiel de las denominadas “*medidas sustitutivas*” (vgr. las del art 268 CPPCba.), está asegurado, en último término, **mediante la amenaza de privación efectiva de libertad** (vgr. CPPCba. art 284) en caso de que las condiciones que implican aquéllas **sean inobservadas**¹⁷. Dicha aplicación concreta generaría una colisión con el artículo 269 del CPP Cba. que, en consonancia con la Constitución Nacional (art. 18 in fine) y los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional (art. 9.3, PIDCP), sólo autorizan- como ya hemos señalado- la privación de la libertad cuando sea “... absolutamente indispensable para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley...”, es decir en los supuestos de *peligrosidad procesal* y no frente a la *peligrosidad criminal* que genera peligro de revictimización¹⁸.

Es por ello que entendemos que cuando tales medidas, en la práctica, cumplan *efectivamente* la aludida finalidad doble o “bifronte”¹⁹ que se les puede reconocer, su aplicación es posible para la prevención de la violencia doméstica durante el curso del proceso penal. Pero si se las *disfraza* de necesidad exclusivamente procesal y por ello se las somete a las **consecuencias privativas de libertad** en caso de inobservancia, *entrarán* en el campo de la ilegalidad conforme a la legislación vigente, que, como venimos reiterando, solo admite la privación a la libertad del imputado cuando aparezca necesaria para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley, o evitar que el delito produzca consecuencias ulteriores (vgr. CPPCba. arts. 269 y 302). Queda, entonces, en el ámbito de competencia del fuero *especializado* de violencia familiar, el dictado de aquellas medidas necesarias para proteger a la víctima y la regulación de las consecuencias de su violación, que no podrán ser privativas de libertad.

Lo expuesto no es obstáculo para que en los primeros momentos de la investigación penal preparatoria, ante la comisión de un delito por violencia de género, se tomen medidas procesales urgentes de carácter provisorio –hasta tanto intervenga el fuero especializado en materia de violencia familiar–, pues aquellas ingresarán generalmente en el ámbito de las tendientes a hacer cesar los efectos del delito (vgr. CPPCba., art. 302) –evitar la comisión del delito tentado o hacer cesar la violencia que padece la víctima en el caso–, que es un fin específico del proceso penal²⁰.

b) Tesis “*amplia*”

La mencionada aplicación encubierta de las medidas de protección, po-

dría evitarse mediante una reforma legislativa que las inserte en los Códigos procesales penales, abriendo paso a la postura que hemos denominado “amplia”.

Entendemos que ello es legalmente posible porque no sería ajeno a la estructura del CPPCb., que regula casos de prevención delictiva directa, **en la medida** que su incumplimiento *no genere* la pérdida de la libertad del imputado²¹.

En efecto, existen normas en los rituales provinciales que tienen un claro propósito dirigido en este sentido, vgr: aprehensión del que está por cometer un delito, en el momento que se dispone a cometerlo (vgr. CPPCb. art. 277); allanamiento sin orden por ingreso de personas extrañas a un local con indicios manifiestos de ir a cometer un delito (vgr. CPPCb. art. 206 inc. 2): en tales supuestos no hay delito todavía, aunque su comisión aparece inminente.

Si bien no es idéntica a la hipótesis contemplada en los delitos de violencia doméstica, en ambos supuestos habrá *prevención predelictiva*, porque trata de evitar que se cometa un delito (y no neutralizar un riesgo procesal).

Como adelantamos, ya hay algunos Códigos Procesales Penales que legislan las medidas de protección de víctimas de violencia doméstica. Por ejemplo el de la Provincia de Mendoza que prevé: “...*En los procesos vinculados con violencia familiar, el magistrado interviniente, previa vista al Ministerio Público, podrá disponer a petición de la víctima o de un representante legal o del Ministerio Pupilar, como medida cautelar, y mediante resolución fundada, la exclusión o en su caso la prohibición del ingreso del imputado al hogar de la víctima. Así también se procederá cuando el delito haya sido cometido en perjuicio de quien conviviera bajo el mismo techo y existan motivos para presumir la reiteración de hechos de la misma naturaleza...*” (art. 108)²².

La medida sólo podrá ordenarse con posterioridad a la imputación, y para su dictado se deben considerar tanto las características y gravedad del hecho denunciado, como las circunstancias personales y particulares del presunto autor del delito.

Por otro lado, se prevé el levantamiento de la medida “una vez cesadas las razones que obligaron a su adopción”, lo que podrá decidirse de oficio por el juez o a pedido del interesado o del Ministerio Pupilar.

Quizás de un modo idiomático más pulido, el Código Procesal Penal de Salta transita por el mismo terreno en su art. 100: “*Cuando la convivencia entre la víctima y el victimario haga presumir consecuencias ulteriores relacionadas con el hecho investigado o con el proceso, el Juez de Garantías podrá disponer la exclusión o la prohibición del ingreso al hogar del imputado.*”

V. Conclusiones

a. A tenor de lo expuesto creemos que **aprovechando** las me-

didadas de cautela legisladas que pueden justificarse con la invocación en la necesidad de garantizar, en su desarrollo, la correcta intervención de la víctima de un delito de violencia de género, a la par de su libertad, tranquilidad e integridad para intervenir en él como órgano de prueba, aquellas medidas pueden ser adoptadas sin graves reparos aun cuando se trate **solo** de evitar su revictimización, pero con la condición que, en este supuesto de exclusividad de objetivos, el incumplimiento de las condiciones bajo las que se impusieron tales medidas (reiteramos, solo a estos fines), **no determine la privación de la libertad del imputado**, que por imperio constitucional y legal no puede tutelar solo este fin preventivo extraprocesal.

b. No encontramos obstáculo para que los códigos procesales penales legislen sobre medidas exclusivamente destinadas a la protección personal de la víctima de violencia doméstica, **siempre que su violación no pueda determinar la privación de libertad del imputado**.

Bibliografía.

- CAFFERATA NORES, JOSÉ I. – TARDITTI, Aída, *Código Procesal Penal de Córdoba -Comentado-*, Mediterránea, Córdoba, 2003, t. 1 y 2.
- CAFFERATA NORES, José I., *Proceso Penal y Derechos Humanos*, Editores del Puerto s.r.l., 2000.
- CARRÍO, Alejandro D., *Garantías Constitucionales en el proceso penal*, 2ª edición, Hammurabi, 1990.
- CECCHINI, Francisco Carlos, “La Constitución emplaza a la creación de nuevos instrumentos procesales. Tutelas urgentes”, en: *Medidas Auto-satisfactivas*, (Director: PEYRANO, Jorge, W.), Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2002.
- D’ALESSIO, Andrés José (Director), *Código Penal, Comentado y Anotado –Parte General–*, La Ley, Bs. As., 2007.
- FERREIRA DE DE LA RÚA, Angelina – CASAS, Luciana, “Violencia familiar y procesos urgentes”, en: *Medidas cautelares. Doctrina y Jurisprudencia* (Ferreira de De la Rúa, Angelina: Directora), Colección de Derecho Procesal n° 3-2008, Advocatus, Córdoba, 2008.
- GUAHNON, Silvia, V., “Sistemas de protección en materia de violencia familiar”, en: *Sistemas cautelares y procesos urgentes*, Revista de Derecho Procesal 2009-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009.
- OSSOLA, Alejandro, *Violencia familiar*, Advocatus, Córdoba, 2011.

¹ En este modesto aporte solo nos hemos propuesto mostrar algunas alternativas de su posible repercusión procesal penal. Hemos tomado como guía de trabajo la regulación del tema en la Provincia de Córdoba.

²CSJN, G. 61. XLVIII, Recurso de Hecho, “Góngora, Gabriel Arnaldo s/causa n° 14.092”, 23/04/2013; TSJCba, sent. N° 138, del 30/5/2013, autos B.J.C.

³Los efectos prácticos de esta prohibición no se alcanzan a percibir con nitidez. Es que la probation (art 76 ter CP) exige para su concesión que se estime que en caso de condena ésta probablemente sea de ejecución condicional (art 26 CP), de modo que si aquel beneficio se deniega -siendo objetivamente procedente- lo condena a dictarse tampoco impondrá pena de cumplimiento efectivo. En ambos casos, con probation o por condena, el imputado no será encarcelado.

⁴ Vgr., el Informe n° 2/97 en el que justifica la prisión preventiva para evitar desbordes sociales.

⁵Ilustrativo a este respecto es el fallo de la CSJN, en autos “Loyo Fraire”, sent. del 6.03.14, que obliga a los tribunales inferiores a tomarlos en cuenta en materia de prisión preventiva.

⁶ “Los criterios de política criminal que hacen a la oportunidad de mantener la persecución penal, deben quedar en manos exclusivas del órgano promotor de la acción y no de quien ejerce la jurisdicción”, destaca el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en la **misma resolución** en la que resuelve no hacer lugar a una probation por un delito de violencia de género, señalando además que “para el futuro los tribunales no deberían sustanciar estas peticiones...” cuando la CSJN ha consolidado una jurisprudencia en ese sentido (TSJCba., Sent. 136, del 30.05.20013, en “B.J.C. lesiones leves calificadas”.

⁷ LEWIS CARROLL, *Alicia en el país de las maravillas*.

⁸ Desde ya debe verse nuestra opinión reflejada en el texto y sintetizada en las “Conclusiones” sobre los efectos del cumplimiento de estas restricciones.

⁹Y fundamentalmente políticas de estado que garanticen todas las posibilidades para evitar que estos ilícitos se cometan, para lo que nos parece esencial, brindar de modo fácilmente accesible a la población en general, una efectiva información que permita a las potenciales víctimas, un conocimiento temprano de las conductas o actitudes que, si bien en muchos casos no lo parecen, constituyen anuncios de violencias mayores que se van escalonando en gravedad hasta llegar a resultados irreparables, como los que resultan contemplados por esta reforma (vgr. el “violentometro” recientemente difundido por los medios de comunicación).

¹⁰En materia de violencia familiar, en la Provincia de Córdoba, es la Ley Provincial 9283 (sancionada el 01/3/2006 –B.O.: 13/3/2006–) y su Reglamentación como Anexo “A” del Decreto 308/07, la que regula lo atinente al tema, complementada por la Ley 9944 (04/05/2011 –B.O.: 03/06/2011–) de Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, que atribuye competencia exclusiva en la materia a los jueces de Niñez, Juventud y Violencia Familiar (art. 64 inc. b).

¹¹ OSSOLA, Alejandro, *Violencia familiar*; Advocatus, Córdoba, 2011, p. 215.

¹² Tal es el caso del nuevo CPP de Salta, Art. 100.

¹³ “Los jueces de Niñez, Juventud y Violencia Familiar son competentes para conocer y resolver: ...b) el conocimiento y resolución de casos de violencia familiar conforme a la ley N° 9283...” (art. 64, Ley 9944).

¹⁴ Así se interpreta en virtud de lo dispuesto en el artículo 12 de la ley 9283 que establece: “... toda actuación judicial en materia de violencia familiar, será notificada a la Fiscalía que corresponda, desde el inicio, la que deberá intervenir en todos los asuntos relativos a las personas e intereses de las víctimas de violencia familiar. Asimismo, podrá disponer las medidas previstas en el artículo 21, inc. c) de la presente Ley y al mismo tiempo comunicar su intervención a la Autoridad de Aplicación administrativa. El aludido inciso c) dispone: “... Disponer –inaudita parte- cuando razones de seguridad lo aconsejen, el inmediato alojamiento de la o las víctimas en el establecimiento hotelero o similar más cercano al domicilio de éstas. Asimismo, en todos los casos, podrá disponer que el alojamiento temporario sea en la residencia de familiares o allegados que voluntariamente acepten lo dispuesto...”.

¹⁵ Con **anterioridad** a la sanción de la ley de violencia familiar, frente a la supesta comisión de un delito de violencia doméstica, las fiscalías de instrucción de la provincia de Córdoba disponían medidas de protección (ej. Exclusión del hogar del agresor), en virtud de la disposición genérica prevista en el artículo 302 del CPP, que establece como “finalidad” de la investigación penal preparatoria el “impedir que el delito cometido produzca consecuencias ulteriores...”. Es por eso, que cuando comienza la vigencia de la ley de violencia familiar, en un primer momento existió cierto desconcierto sobre las facultades de los fiscales en el marco del proceso penal. No obstante, en función de lo dispuesto por el artículo 12, inmediatamente se descartó la posibilidad de que las fiscalías de instrucción dicten otras medidas diferentes a la prevista en el inciso c) del artículo 21 de la ley 9283. Empero, vale aclarar que, como inicialmente no funcionaban en horarios inhábiles los juzgados con competencia en materia de violencia familiar (en algunas sedes del interior provincial es así aún), desde fiscalía general se impartieron directivas generales a fin de organizar la intervención de las fiscalías de instrucción en días y horarios inhábiles, con determinación de las posibles medidas de protección facultadas a dictar. Así lo prevé además el artículo 10° de la Ley 9283: “Los Juzgados en materia de familia y las Fiscalías serán competentes para atender situaciones de urgencia referidas a violencia familiar. A tal efecto, el Tribunal Superior de Justicia y el Ministerio Público, determinarán, en su caso, el régimen de turnos para atender, en horas y días hábiles e inhábiles, los asuntos que requieran su intervención conforme a esta Ley”. En consonancia con ello, mediante Instrucción General n° 10/11 emanada de la Fiscalía General de esta Provincia, en virtud de lo dispuesto por los arts. 11, 13, 14, 15, 16 inc. 7 de la ley 7826, se resolvió lo relativo al trámite, comunicaciones y consultas en los casos de violencia familiar regulados en la Ley Provincial 9283, previéndose expresamente la posibilidad de que el fiscal de instrucción, en la atención del turno (en horarios y días inhábiles) ordene medidas urgentes en lugar del juez de niñez, juventud y violencia familiar. En tal sentido, el artículo 28 de la ley citada establece que “Cuando intervenga un Juzgado con competencia en material penal ... en una situación de violencia familiar, cualquiera sea la resolución que adopte, deberá remitir, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de haber tomado conocimiento de los hechos, testi-

monio completo de las actuaciones y de la resolución adoptada al Juez con competencia en materia de violencia familiar”. Mientras que, el artículo 23 dispone: “las medidas adoptadas tendrán el alcance y la duración que el Juez disponga, conforme a los antecedentes que obren en el expediente, pudiendo disponer su prórroga, cuando perduren situaciones de riesgo que así lo justifiquen”.

¹⁶ El Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba (Ley 8123) legisla medidas de coerción tendientes a asegurar los fines del proceso, es decir, para garantizar el descubrimiento de la verdad, la realización del juicio y la ejecución de la sentencia. Sólo con tales finalidades se autoriza la privación de la libertad personal del imputado cuando sea *imprescindible* y, por lo tanto, *no sustituible* por ninguna otra medida de similar eficacia –CPP, art. 269–. Al mismo tiempo, con idéntico fin se prevé la posibilidad de imponer otras medidas *sustitutivas* menos gravosas (CPP, art. 268), bajo apercibimiento de que su incumplimiento puede significar un indicio de riesgo procesal que justifique la privación cautelar de la libertad personal.

¹⁷CAFFERATA NORES– TARDITTI, *Código Procesal Penal de Córdoba -Comentado-*, Mediterránea, Córdoba, 2003, t. 1, p. 647.

¹⁸A pesar de la clara regulación constitucional, recientemente el gobernador de Neuquén, Jorge Sapag, anunció la propuesta de un criterio diferente en materia de privación cautelar de la libertad, al expresar que enviará la Legislatura un proyecto para cambiar un artículo del Código Procesal Penal para reducir el margen de decisión que tienen los jueces al momento de dictar una prisión preventiva. Tras declarar: “No es una pena, la prisión preventiva, sino una medida para resguardar el procedimiento”; y agregó: “debemos ser más severos no ultragrarantistas” porque “hay que proteger al ciudadano y al procesado. El nuevo texto le indicará al juez que debe dictar la medida **cuando esté en riesgo la seguridad de la víctima**, por la naturaleza grave del delito y si el acusado tiene antecedentes. “... La presentación del proyecto de ley considera esta medida: Cuando existan elementos de convicción para sostener que el delito se cometió y se pueda considerar razonablemente que el imputado es autor o participe de un delito y siempre que el fiscal o el querellante acredite la concurrencia de alguno de los siguientes requisitos:1) Que se demuestre que la medida resulta indispensable por presumir que aquel procesado no se someterá al procedimiento u obstaculizará la investigación; 2) Que la liberación del imputado pueda poner en riesgo la paz social. Pudiéndose considerar al efecto alguna de las siguientes circunstancias: La gravedad de la pena asignada al delito, la naturaleza violenta de la conducta desplegada o la existencia de procesos penales en trámite o en trámite en su contra;3) **Que la liberación del imputado pueda poner en riesgo la integridad de las víctimas, de su familia o de sus bienes**. Publicado en <http://www.pensamientopenal.org.ar>.

¹⁹Ya que la misma disposición, por ejemplo: prohibición de acercamiento a la víctima, puede tener un propósito procesal tendiente a asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley. Pero, en los casos de violencia doméstica una finalidad preventiva o tutelar: proteger a la víctima evitando la reiteración delictiva.

²⁰ Así lo entiende el Juzgado de Control, Niñez y Juventud, Penal Juvenil y Faltas de la ciudad de Jesús María, Pcia. de Córdoba, cuando al resolver una oposición a una medida de restricción de acercamiento impuesta por el fiscal de instrucción por supuesta comisión de un delito por “violencia familiar”, precisó: “... Una interpretación sistemática de la legislación vigente, permite sostener que las me-

didias cautelares previstas en el artículo 21 de la Ley 9283, de competencia exclusiva del Juez de violencia familiar, adoptadas en la *urgencia* por el fiscal de instrucción, son de carácter provisorio y conservan vigencia hasta tanto inter venga el juez de violencia familiar y resuelva, en virtud de los antecedentes del expediente, si es necesario mantener la medida dispuesta por la fiscalía, o adoptar alguna otra medida cautelar, determinando en todos los casos el alcance y la duración (arts. 21 y 23, Ley 9283)...” (Auto n°66, del 31/05/2013).

²¹ El TSJ Cba ha resuelto que la violación a las medidas de protección a la víctima **enquadran en el delito de desobediencia a la autoridad tipificado en el artículo 239 del CP**. Al respecto expresa: “...en los casos de desobediencia a las órdenes de restricción de contacto dispuestas por el órgano judicial en el marco de la ley de Violencia Familiar (art. 12 y 21 inc. d y e, Ley 9283), ... cabe señalar que no se trata de meros incumplimientos de mandatos dispuestos para regular aspectos de la vida privada, dado que la violencia *intra* familiar expone una problemática que reviste trascendencia social y así fue receptado por la ley en cuanto establece que la misma es de orden público y de interés social (art. 1, Ley 9283) ... la desobediencia a las órdenes de restricción dictadas por los órganos judiciales en casos de violencia familiar y bajo dicha normativa específica, claramente encuadran dentro de la figura penal bajo análisis (art. 239, CP) y es que , nos encontramos frente a un destinatario determinado a quien la autoridad pública competente le notificó una prohibición y su incumplimiento lesiona el bien jurídico protegido; eso es, el compromiso expresamente asumido por la administración de justicia, como parte del Estado, para erradicar y sancionar los hechos de violencia *intra* familiar...” (S. n° 299 del 14/11/2012, “Freytes”).

²²Artículo 108, CPP de Mendoza, (Ley 6730 y 7007), modificado por ley 7.994, 17/12/2008 (B.O.: 23/01/2009). La norma además dispone que “... Los derechos referidos en el presente artículo son reconocidos también a las asociaciones, fundaciones y otros entes, en los delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses...”.

DURACIÓN RAZONABLE DEL PROCESO: HASTA CUÁNDO VAMOS A DISCUTIR¹

Gabriela María Bella y Maximiliano Davies

“Otro sí mandamos, que ningún pleyto criminal non puede durar más de dos años; e si en este medio non pudieren saber la verdad del acusado, tenemos por bien, que sea sacado de la cárcel en que está preso, e dado por quito; e den pena al acusador, assi como diximo en el título de las acusaciones, en las leyes que fablan ene sta razón”.

Siete Partidas,
Rey Alfonso X, el sabio

SUMARIO: I. Introducción. II. Marco normativo. III. Algunos precedentes jurisprudenciales en torno a la cuestión. a) Corte Interamericana de Derechos Humanos: caso “Bayarri vs. Argentina” a la luz del “plazo razonable”. b) Corte Suprema de Justicia de la Nación: la aplicación del criterio sentado en “Egea” en autos “Aguad”. c) Cámara Nacional de Casación Penal: posición de las distintas Salas. IV. Posibilidad de establecer un plazo de duración razonable del proceso penal: a) a quién corresponde establecer el plazo; b) qué carácter deberá tener el plazo; c) cuál sería la consecuencia de su trasgresión. V. Duración razonable del proceso y prisión preventiva. VI. Duración razonable del proceso y prescripción. VII. Conclusiones.

I. Introducción.

El problema de la excesiva duración de los procesos ya existía en épocas pretéritas².

En la recopilación de Justiniano³ podemos encontrar una constitución en la que se tomaban medidas a fin de que los litigios no resulten interminables y excedan en su duración la vida de los hombres.

Posteriormente las leyes romanas establecieron en forma concreta un plazo para la duración del proceso penal; Constantino sostuvo que empezaba a contarse con la litiscontestación el término de un año, plazo que Justiniano elevó a dos.

En la Magna Charta Libertatum de 1215 el rey inglés se comprometía a no denegar ni retardar derecho y justicia.

Por su parte el Rey Alfonso X, el sabio, mandaba en sus Siete Partidas que un proceso no podía durar más de dos años.

La Constitución de los Estados Unidos, en la enmienda 6ta. señala que “...en todos los juicios penales el acusado gozará del derecho a un pro-

ceso rápido...”.

En tiempos más modernos se dijo que cuanto más cercana al delito sea la pena, será más justa y útil. A lo que se agrega la obligación de los jueces de ser expeditivos.

Jurisprudencialmente las primeras sentencias que analizan el significado del derecho del acusado a ser juzgado en un plazo razonable datan de 1968, y fueron dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), y en forma coetánea por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en el fallo “Mattei”. En éste último se señaló: que si bien la garantía mencionada no es expresa, la Constitución la contempla implícitamente derivándola del “derecho de defensa” al sostener que toda persona tiene derecho a obtener del modo más rápido posible un pronunciamiento definitivo sobre su situación frente a la ley penal.

Este breve repaso de algunos antecedentes en torno a la duración “razonable” de los procesos, permite realizar una primera observación: *la demora judicial es un tema que preocupa desde larga data y continúa preocupando en nuestros días.*

En estas anotaciones se pretende analizar si es posible determinar cuánto tiempo debe ser considerado como “el debido” o “razonable” para la duración de un proceso penal. En su caso, si existe alguna consecuencia prevista por el orden jurídico para los casos de trasgresión de ese plazo razonable y si la garantía de la duración razonable del proceso presenta alguna particularidad cuando la persona se encuentra privada de libertad.

El problema se evidencia en la determinación del significado de las palabras “plazo” y “razonable” y en la falta de regulación legal de consecuencias concretas.

II. Marco normativo.

Referente al marco normativo de la cuestión traída a consideración, en primer lugar, encontramos los tratados internacionales, algunos de ellos con jerarquía constitucional⁴ (conf. Art. 75 inc. 22 C.N.):

-La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), de 1948, en su Art. XXV señaló que “todo 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”. En el artículo siguiente, cuando establece las condiciones que debe reunir un proceso regular, no alude a un límite de duración para el mismo.

-El Art. 6.1 del Convenio Europeo sobre Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (CEDH), suscripto en Roma en 1950 establece que: “... Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un **plazo razonable**

por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación que en materia penal se dirija contra ella”.

-El Art. 14.3.c del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), de 1966⁵, indica: “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas ... **ser juzgada sin dilaciones indebidas**”; también se alude a esta garantía en su Art. 9.3 cuando se refiere a los derechos de quien está privado de su libertad provisionalmente, cuando dice que “tendrá derecho a ser juzgado dentro de un **plazo razonable** ... o ser puesto en libertad”.

- El Art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), firmada en San José de Costa Rica en 1968⁶, establece que: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un **plazo razonable** por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. En su artículo 7.5 establece que “toda persona detenida o retenida... tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable”.

- La Convención sobre los Derechos del Niño (1989⁷) preceptúa en su Art. 40.2.b.iii respecto de los menores sometidos a proceso penal que “la causa será dirimida **sin demora** por una autoridad u órgano judicial competente”.

Con anterioridad a la reforma constitucional del año 1994 se decía respecto de la duración razonable del proceso que, si bien nuestra Carta Fundamental no la contemplaba en forma expresa, se derivaba implícitamente del Art. 18 (derecho de defensa)⁸. Al haberse incorporado los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, esta garantía obtuvo regulación expresa.

La Constitución de la Provincia de Córdoba en su artículo 39 la establece expresamente cuando señala que “... Todo proceso debe concluir en un término razonable”.

El Código Procesal Penal de la Nación (Ley 23.984)⁹ no contiene ninguna disposición expresa relativa a la duración del proceso penal, solo hace referencia en su Art. 207, al plazo que debería demorar la instrucción¹⁰ y los consabidos términos de duración de un juicio, una vez que se inicia.

El Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación que se encuentra en debate propone en su artículo 18: “Justicia en un plazo razonable: Toda persona tiene derecho a una decisión judicial en tiempo razonable, conforme a los plazos establecidos en este Código. El retardo en dictar resoluciones o las dilaciones indebidas, si fueran reiteradas, constituirán

falta grave y causal de mal desempeño de los magistrados”. También estipula una regulación específica en orden al límite de la prisión preventiva (a partir del artículo 191), donde establece cuándo debe cesar la prisión cautelar y las consecuencias a los funcionarios que lo respeten (falta grave y causal de mal desempeño para el juez).

Ahora bien, la Ley 24.390¹¹, sancionada con el objeto de reglamentar los postulados tratados, estableció una limitación temporal al encarcelamiento preventivo y un compromiso estatal de fallar el caso en un plazo razonable o poner en libertad al encausado, a efectos de no hacerle cumplir una pena por un hecho sobre el que todavía no se había dictado sentencia, lo cual encuentra estrecha vinculación con los límites a la potestad represiva del Estado¹². Asimismo, en su artículo noveno estableció que “Cuando un procesado permaneciera dos años privado de su libertad sin que se haya dictado sentencia a su respecto, el tribunal interviniente tiene la obligación de informar en el plazo perentorio de 48 horas al Consejo de la Magistratura...La omisión o retardo de estos informes se considerará falta grave...”.

Respecto de la ley de mención, cabe recordar que fue pasible de diversas críticas, principalmente por su intromisión en los poderes reservados por las provincias en el marco de facultades delegadas, ya que si bien contenía disposiciones de carácter sustantivo, también incluía normas de carácter procesal¹³.

Por su parte el ordenamiento adjetivo provincial cordobés (Ley 8123 y sus modificatorias) en su primer artículo reza que “... El proceso no podrá durar más de dos años, pero si concurriesen las circunstancias previstas en la última parte del artículo 337, el plazo podrá extenderse hasta un año más, previo el trámite legal previsto en el artículo 283 inc. 4 según art. 1, Ley 8.658”.

Si bien alude a un término estimativo de duración del proceso “dos años”, luego permite su prolongación por un año más en determinados casos: “suma gravedad y muy difícil investigación”, en cuyo caso es necesario solicitar prórroga, siempre y cuando la persona sometida a proceso se encuentre detenida, ya que en el último párrafo el art. 337 establece: “...No será necesaria la solicitud de la prórroga en las causas sin presos”. En el caso de que el imputado esté privado de su libertad, el Art. 283 del digesto aludido establece que: “Se dispondrá fundamentadamente la cesación de la prisión preventiva, de oficio o a pedido del imputado, ordenándose la inmediata libertad de éste, la cual será ejecutiva sin más trámite, en forma instantánea y desde el lugar que se lo notifique cuando... inc. 4: Su duración excediere de dos años sin que se haya dictado sentencia (artículo 409, primer párrafo). Este plazo podrá prorrogarse un año más cuando se trate de causas de evidente complejidad y de difícil investigación... No podrán invocarse las circunstancias previstas en el artículo 281 para impedir la libertad en cumplimiento de los plazos previstos en este inciso...”.

De lo expuesto en el artículo 1º se advierte que el plazo de duración del proceso penal ha sido establecido en el ordenamiento adjetivo provincial cordobés con carácter ordenatorio, transformándose en perentorio cuando la persona sometida a proceso se encuentra privada de su libertad¹⁴.

III. Algunos precedentes jurisprudenciales en torno a la cuestión.

Como se esbozó en la introducción, el primer antecedente en nuestro país respecto de la razonabilidad del tiempo de duración de un proceso lo encontramos en el caso “Mattei” del año 1968 en donde la CSJN sostuvo que: “... Tanto el principio de progresividad como el de preclusión reconocen su fundamento... en la necesidad de lograr una administración de justicia rápida dentro de lo razonable, evitando así que los procesos se prolonguen indefinidamente; pero además ...obedecen al imperativo de satisfacer una exigencia consubstancial con el respeto debido a la dignidad del hombre, cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca, de una vez y para siempre, su situación frente a la ley. Puesto que la garantía del debido proceso legal ha sido arbitrada fundamentalmente a favor del acusado, no cabe admitir que la posible deficiencia de la prueba de cargo constituya causal de nulidad de lo regularmente actuado dentro del juicio, sobre todo si se tiene presente que el Estado cuenta a través de órganos específicamente instituidos al efecto –en particular el Juez de Instrucción y el Fiscal- con todos los medios conducentes para aportar los elementos de juicio que estime útiles en abono de la procedencia de su pretensión punitiva... Que, en suma, debe reputarse incluido en la garantía de la defensa en juicio consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional, 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”.

En este caso la CSJN concluyó que la duración de ese proceso había excedido el plazo razonable¹⁵, pero nada dijo concretamente de cuál era ese plazo razonable.

En “Mozzatti”¹⁶ la CSJN entendió que la causa había sufrido innumerables contingencias y llevaba más de un cuarto de siglo de sustanciación, lo que constituía una flagrante violación a las declaraciones y garantías de la Constitución concernientes a la administración de justicia. Sostuvo, que se ha aniquilado el enfático propósito de afianzar la justicia expuesto en el Preámbulo de la Constitución Nacional, como así también se han violado los mandatos que aseguran a todos los habitantes de la Nación la presunción de su inocencia, la inviolabilidad de su defensa en juicio y el debido proceso legal, aduciendo que dichas garantías constitucionales se integran por una “...rápida y eficaz decisión judicial...”.

En este caso la única alusión a un término es “mas de un cuarto de siglo”, tampoco permite determinar cuál sería la duración razonable. En “Berel Todres”¹⁷ el alto Tribunal sostuvo que “la exigencia de celeridad en los procedimientos criminales que derivan de las garantías de la defensa en juicio y del debido proceso es sólo aquella que sea posible y razonable. De tal manera, la doctrina emanada de aquellos precedentes no ampara los casos en que la morosidad se debe a “deducción por las partes de recursos manifiestamente inoficiosos...”¹⁸.

Aquí incorpora un elemento más, el comportamiento procesal del imputado y su defensa también deben ser considerados al momento de evaluar la demora en un proceso.

Dijo también él *a-quem* que “... si la investigación de los delitos presuntamente cometidos se ha desarrollado en forma morosa, no parece solución acorde con un correcto y eficiente servicio de justicia dictar un sobreseimiento definitivo en la causa, sino por el contrario, es menester tomar las medidas conducentes para acelerar los trámites y llegar así a determinar con certeza la verdad”.

De los extractos de la doctrina de mención se evidencia un margen de discrecionalidad en el juzgador para decidir en cada caso en concreto si se ha vulnerado el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, y la pregunta que se impone es si corresponde tanta discrecionalidad, o acaso, la alusión a la garantía es un escudo para su vulneración.

A idéntica conclusión se arriba luego de la lectura de los fallos del TEDH¹⁹. En el caso “Metzger”²⁰ aquel Tribunal condenó a Alemania por violación al art. 6.1 del CEDH, al considerar excesiva la duración del proceso que había durado algo más de nueve años (enero de 1988 a febrero de 1997). Consideró que la mayor responsabilidad en el retraso era de los funcionarios estatales. En este fallo se reconoció que la culpabilidad del acusado no basta para tolerar la duración irrazonable del proceso, toda vez que la violación de aquel derecho fundamental no puede compensarse materialmente de la pena, para ello, se debería tomar en consideración la culpabilidad del imputado²¹.

Por su parte la jurisprudencia española hizo suyo el criterio del TEDH en cuanto entendió que la construcción del plazo razonable había que realizarla a través de las pautas de valoración establecidas por aquel Tribunal –caso a caso-, y de algún modo se inclinó –en caso de comprobarse la violación- por una solución de tipo compensatorio.

De lo expuesto se advierte que el Alto Tribunal Europeo no ha aportado claridad a la cuestión central del problema: definir y delimitar el concepto de plazo razonable para que sea posible conocer con precisión en qué casos el imputado, la víctima y el juzgador se enfrentan a una violación de ese derecho. Por el contrario, mantuvo el concepto dentro de límites borrosos que le permitan decidir en cada caso²², dejando amplio margen para la arbitrariedad.

a) Corte Interamericana de Derechos Humanos: caso “Bayarri vs. Argentina”²³ (30/10/2008) a la luz del “plazo razonable”.

Juan Carlos Bayarri demandó al Estado Argentino por haber sufrido tortura, prisión preventiva excesiva y subsiguiente denegación de justicia, en el marco de un proceso penal seguido en su contra por la supuesta comisión de secuestros extorsivos reiterados, logrando que la CIDH declarara la responsabilidad de la Argentina, imponiéndole una fuerte condena. En el desarrollo del caso, la CI no sólo trató el tema de la violación al plazo razonable en el proceso penal, sino también a la excesiva prolongación de la prisión preventiva, en el caso 13 años, entendiéndose por tal, la condena no firme (no definitiva), así como también la demora injustificada de los organismos del Estado en investigar los hechos denunciados por el demandante.

Señaló la CIDH que “...El Estado Argentino violó el derecho a ser juzgado en un plazo razonable o a ser puesto en libertad —art. 7.5, 7.2 y 7.1 de la CADH— de quien permaneció 13 años en prisión preventiva en espera de una decisión judicial definitiva —que finalmente lo absolvió—, toda vez que la ley interna —24.390— establece el límite temporal máximo de tres años luego del cual no puede continuar privándose de la libertad al imputado... Establecido en el ámbito interno que se aplicó tortura al detenido en forma reiterada durante tres días y que fue amenazado por sus captores con causar daño a su padre para obtener una confesión, el Estado Argentino violó el derecho de aquel a la integridad personal —art. 5.1 y 5.2 de la CADH—... Es innecesario analizar la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado y la conducta de las autoridades judiciales para determinar la razonabilidad del plazo procesal de la prisión preventiva, si existió un retardo notorio en el proceso carente de explicación razonada...”.

Bajo el acápite “B” – “Derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o ser puesto en libertad”, señaló que *la prisión preventiva “es la medida más severa que se puede aplicar a una persona acusada de delito, por lo cual su aplicación debe tener carácter excepcional, limitado por el principio de legalidad, la presunción de inocencia, la necesidad y proporcionalidad, de acuerdo con lo que es estrictamente necesario en una sociedad democrática” (55), pues “es una medida cautelar, no punitiva”* (Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 77; Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador, supra nota 9, párr. 145; Caso Yvon Neptune Vs. Haití, supra nota 14, párr. 107). Indicó que el artículo 7.5 de la Convención Americana garantiza el derecho de toda persona detenida en prisión preventiva ***a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso.*** Textualmente señala “...Este derecho impone límites temporales a la duración de la prisión preventiva, y, en consecuencia, a las facultades del Estado para proteger los fines del proceso mediante este tipo de medida cautelar.

Cuando el plazo de la prisión preventiva sobrepasa lo razonable, el Estado podrá limitar la libertad del imputado con otras medidas menos lesivas que aseguren su comparencia al juicio, distintas a la privación de su libertad mediante encarcelamiento. Este derecho impone, a su vez, una obligación judicial de tramitar con mayor diligencia y prontitud aquellos procesos penales en los cuales el imputado se encuentre privado de su libertad. La tarea de este Tribunal es examinar si la prisión preventiva a que fue sometido Juan Carlos Bayarri excedió los límites de lo razonable... En el presente caso las autoridades judiciales impusieron al señor Bayarri una medida cautelar de prisión preventiva, ordenada mediante resolución de 20 de diciembre de 1991²⁴ y confirmada en apelación el 20 de febrero de 1992²⁵. Esta medida se prolongó hasta el 1 de junio de 2004 cuando fue ordenada su libertad “al absolver [lo] libremente de culpa y de cargo”²⁶. En total, el señor Bayarri permaneció aproximadamente 13 años en prisión preventiva...”.

Consideró que la duración de la prisión preventiva impuesta al señor Bayarri no sólo sobrepasó el límite máximo legal establecido, sino fue a todas luces excesiva. Este Tribunal no encuentra razonable que la presunta víctima haya permanecido 13 años privado de la libertad en espera de una decisión judicial definitiva en su caso, la cual finalmente lo absolvió de los cargos imputados, para posteriormente concluir que “...el Estado violó el derecho del señor Bayarri a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad, de conformidad con el artículo 7.5, 7.2 y 7.1 de la Convención Americana...”.

En el acápite “A”, “Derecho a ser oído y a que se resuelva la causa dentro de un plazo razonable”, la Corte indicó que “... el plazo razonable al que se refiere el artículo 8.1 de la Convención se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento penal que se desarrolla en contra de cierto imputado, hasta que se dicta sentencia definitiva” y que, en esta materia, el plazo comienza cuando se presenta el primer acto de procedimiento dirigido en contra de determinada persona como probable responsable de cierto delito²⁷...”.

En el caso –señaló– la detención del señor Bayarri tuvo lugar el 18 de noviembre de 1991, y “...del expediente se desprende que el 20 de diciembre de ese año el Juzgado de Instrucción No. 25 dictó auto de prisión preventiva en su contra... y que la sentencia de primera instancia que condenó al señor Bayarri a reclusión perpetua fue dictada el 6 de agosto de 2001 (97), es decir, aproximadamente diez años después. El recurso de apelación interpuesto por la presunta víctima fue resuelto mediante sentencia de 1 de junio de 2004 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, que lo absolvió y ordenó su libertad (98). El Tribunal observa que este proceso judicial duró aproximadamente trece años, período durante el cual el señor Bayarri estuvo sometido a prisión preventiva...”.

Citando sus propios precedentes la CI indica que al analizar la razona-

bilidad de un plazo procesal había valorado los siguientes elementos: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado y c) conducta de las autoridades judiciales²⁸.

En el caso Bayarri –sentencia- el Tribunal consideró que existía un retardo notorio en el proceso referido carente de explicación razonada, y por ello, “...no es necesario realizar el análisis de los criterios mencionados...”. La Corte estimó que *el Estado había violado el artículo 8.1 de la Convención Americana en perjuicio del señor Juan Carlos Bayarri*.

b) Corte Suprema de Justicia de la Nación: la aplicación del criterio sentado en “Egea, Miguel Ángel” (Fallos: 327:4815) y el fallo dictado en autos “Aguad, Oscar Raúl S/Causa n° 50.650/2” (06/05/2014 - S.C.A. 687, L. XLVIII).

El Máximo Tribunal, con fecha 06/05/2014, retomó su doctrina en materia de plazo razonable al fallar en autos “Aguad, Oscar Raúl S/Causa n° 50.650/2” (06/05/2014 - S.C.A. 687, L. XLVIII) en una resolución de dos párrafos, en donde se apartó del dictamen del Procurador Eduardo Casal. La CS señaló que “...al caso resultan aplicables, en lo pertinente, las consideraciones vertidas en la causa “Egea, Miguel Ángel s/ prescripción de la acción”, sentencia del 9 de noviembre de 2004 (Fallos: 327:4815), a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitirse en razón de brevedad...” (Ricardo L. Lorenzetti. — Enrique S. Petracchi. — Juan Carlos Maqueda. — E. Raúl Zaffaroni).

Recordemos que en “Egea” -de forma escueta, pero contundente- la Corte sostuvo que “...cualquiera sea el criterio que, en el caso, se adopte respecto de la “secuela de juicio”, la duración del proceso penal por casi dos décadas viola ostensiblemente las garantías de plazo razonable del proceso y del derecho de defensa...” (Enrique S. Petracchi - Augusto C. Belluscio - Antonio Boggiano - Juan C. Maqueda - E. Raúl Zaffaroni). En este caso ese criterio fue coincidente con lo dictaminado²⁹ por el entonces Procurador Nicolás Becerra³⁰.

c) Cámara Federal de Casación Penal: posición de las distintas Salas³¹.

La Sala IV resolvió en autos “*DE BARRIO, Félix y KRIEGER, Carlos Gustavo s/recurso de casación*” - Registro 1137/14 - Causa nro. 1.329/2013, del 13-06-14) un planteo referido a la duración excesiva del proceso penal.

El *thema decidendum* en este caso se resumía al análisis del sobreseimiento por prescripción de la acción penal dictado por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 3 respecto de Félix De Barrio y Carlos Gustavo Krieger. La resolución que desvinculaba a los mencionados del proceso penal había sido fundada en una supuesta violación a la garantía

de ser juzgado en un plazo razonable.

La Sala formuló una remisión por entender que el caso resultaba sustancialmente análogo al analizado en los autos “Novillo Astrada, Eduardo s/recurso de casación” (causa n° 516/2013, reg. n° 2102/13, rta. el 28/10/2013) y “Hurrel, Daniel Carlos y Soriani, Gustavo Adolfo s/recurso de casación” (causa n° 898/2013, reg. n° 2663/13, rta. el 27/12/2013).

En el primer voto el Dr. Borinsky señaló que la complejidad de las actuaciones resultaba un elemento *esencial e insoslayable a fin de determinar si la duración que el proceso había insumido resulta razonable, o no*³².

Consideró que en ese caso –De Barrio– los impugnantes habían logrado rebatir los argumentos expresados por el tribunal de mérito en la sentencia recurrida, demostrado que el TOCF N° 3 había incurrido en una *errónea interpretación de la garantía de razonable duración del proceso penal*.

Indicó que el Tribunal Oral había limitado su análisis sobre la prolongación del proceso a la actividad procesal de las partes sin tomar en consideración la complejidad de la investigación realizada, encontrándose este extremo *estrechamente vinculado con la garantía en examen*.

Destacó que de la simple lectura de los requerimientos de elevación a juicio formulados por las partes acusadoras, podía advertirse “...la especial complejidad de las conductas objeto del proceso “...cuya investigación abarcó el estudio de millonarias contrataciones directas por parte del Estado (adjudicación a la UTE IBM–BANELCO de las contrataciones informáticas denominadas ‘Solución Informática para la Administración del Padrón de Aportantes al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones’ y ‘Sistema Integrado Tributario’, como así también las contrataciones efectuadas a su amparo y los actos de ejecución y finalización)...”.

Indicó que en ese mismo sentido, el Ministerio Público Fiscal, en su recurso de casación “...da cuenta de las razonables demoras que la complejidad de la causa ocasionó... Los hechos que fue necesario desentrañar implicaron la participación de numerosos imputados, que en forma coordinada orquestaron una maniobra que involucró a funcionarios públicos y organizaciones públicas y privadas, éstas últimas de distinta envergadura y complejidad a nivel organizativo”... se investigó en el sub lite un hecho relacionado a una contratación dentro del ámbito público que involucró a distintos niveles jerárquicos de la Dirección General Impositiva –un órgano de compleja organización y gran magnitud–, lo que reviste a la maniobra investigada en autos de complejidad...”.

Destacó, en coincidencia con la postura del Ministerio Público Fiscal, que la investigación de los hechos referidos implicó “...el estudio de cuantiosa documentación y la realización de diversos peritajes mal pue-

den conducir a la conclusión de que el tiempo de duración del trámite de la presente causa pueda ser catalogado de irrazonable...” (“...se tomaron 212 declaraciones testimoniales, 80 declaraciones indagatorias, se practicaron 16 allanamientos, 2 peritajes y un informe técnico realizado por el Banco Central de la República Argentina que insumió aproximadamente 1 año y 10 meses de tramitación...”).

A criterio del Dr. Borinsky –en el caso en particular- **la duración de la causa guardaba razonable correspondencia con la considerable magnitud de la investigación que constituía su objeto**³³.

Reprochó al TOF el hecho de haber limitado su análisis a “...reseñar y enumerar la tramitación que tuvo la causa, señalando sustancialmente los lapsos de tiempo transcurridos a partir de los planteos y recursos de las partes –esencialmente las defensas–, sin realizar una valoración integral de todos los factores que determinan la razonabilidad de la duración del proceso penal. En efecto, ninguna referencia se efectuó a la complejidad de los hechos objeto de la investigación. Sólo se hizo una somera alusión a lo dictaminado por el Ministerio Público Fiscal a la hora de requerir la elevación de la causa a juicio y al momento de expedirse en el marco de esta incidencia... el tribunal oral se refirió a las prórrogas solicitadas por las partes acusadoras –y concedidas por la jurisdicción– a fin de requerir la elevación de la causa a juicio sin aludir a la justificación de tales pedidos a la luz de la complejidad de las actuaciones ... En este sentido, el TOCF n° 3 realizó un análisis parcializado y fragmentado de la causa al señalar medularmente los pedidos de prórroga realizados por las partes acusadoras como factor que contribuyó a una irrazonable duración del proceso, mientras que también las defensas recurrieron a pedidos de la misma naturaleza a fin de concretar otros actos procesales...”.

Criticó por último el argumento del TOF que podríamos denominar como “de saturación jurisdiccional”. En efecto, se valoró al momento de dictar el sobreseimiento “*el intenso cronograma de juicios fijados para el presente año*”, cuando –según la CFCP- *el a quo debería arbitrar los medios necesarios para la celebración del debate oral y público a la mayor brevedad posible*.

De lo expuesto –indicó- se advierte que el TOCF n° 3 no llevó a cabo, en el pronunciamiento atacado, el debido análisis de las constancias de la causa en forma integral a fin de dar sustento a su conclusión en punto a que, en el sub examine, y respecto de De Barrio y Krieger, el proceso penal insumió un plazo que resulta excesivo y violatorio de las garantías de los imputados, la cual, por consiguiente, deviene dogmática por no estar basada en una evaluación concreta e integral del trámite de la causa. Criticó además el hecho de la falta de fundamentación adecuada, así como la falta de acreditación de la efectiva vulneración en el caso, de la garantía constitucional que habría sido violentada, a la luz de los parámetros establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

(CIDH), citando los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Mattei” (Fallos: 272:188), “Mozzatti” (Fallos: 300:1102) “Barra” (Fallos: 327:327), “Todres” (Fallos: 302:1333) y “Santander” (Fallos: 331:2319).

En consecuencia, se hizo lugar a los recursos de casación interpuestos por el Ministerio Público Fiscal y la parte querellante –Oficina Anticorrupción–, se casó la sentencia, y se revocó el sobreseimiento por prescripción dictado respecto de los imputados³⁴.

El Dr. Hornos, agregó que *a la luz de los estándares fijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Corte Interamericana de Derechos Humanos citados para evaluar la duración del proceso judicial: se debe considerar la complejidad del caso, la conducta del inculpado, la diligencia de las autoridades competentes en la conducción del proceso y la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada. Entiende –en consonancia con su colega– que el a quo no había realizado un análisis pormenorizado de la totalidad de los mencionados estándares.*

Señala que le asiste razón a los recurrentes en punto a que la duración de la causa guarda puntual correlato con las contingencias procesales acontecidas en esas actuaciones relativas a la compleja investigación, la cantidad de imputados y la cuantiosa prueba producida.

Por su parte, la Sala I³⁵ en estudio en autos “*Pellegrini, Rodolfo Carlos y otros /recurso de casación*” (Registro N° 21.826 - Causa N° 15.927 – 30/08/13), en el punto II, “La duración del proceso y la violación a la garantía de ser juzgado en un plazo razonable”, señaló que el tribunal oral que llevó adelante el juicio a fin de decidir acerca de la vigencia de la acción penal realizó la siguiente división, por un lado analizó la prescripción de la acción penal de acuerdo con la normativa del Código Penal respecto de los imputados no funcionarios públicos y de los que sí lo son, sólo en relación con los delitos diferentes del cohecho por los cuales fue elevada la causa a juicio. Por otro lado, respecto del delito de cohecho imputado a los policías, consideró irrazonable la duración del proceso. En todos los casos el resultado fue el mismo, declarar prescripta la acción penal.

El Dr. Cabral abrió el fallo indicando que correspondía tratar en primer lugar el agravio del fiscal relativo a la razonabilidad de la duración del proceso, toda vez que si éste hubiera sido excesivamente prolongado para los funcionarios públicos, quienes fueron incorporados al trámite del expediente a posteriori que los civiles, con más razón debería serlo para estos últimos.

Indicó que en marzo de 2011, esa misma Sala, pero con una integración parcialmente diversa, había resuelto rechazar el agravio de la defensa de Carlos Alberto Roncati en el que se invocaba la insubsistencia de la acción penal por violación del plazo razonable (cfr. causa n° 13.652, “Roncati, Carlos Alberto s/recurso de queja”, reg. N° 17.403), agregando

además, que ya en ese mismo precedente la Sala había remitido a las razones desarrolladas en idéntica incidencia planteada por otros coimputados (causa n° 13.116, “Pallotta, Alejandro; Pardo, Gustavo A.; Fierro, Rubén D. s/recurso queja”, Reg. N° 16.248, rta. el 15/07/10).

Sostuvo que en autos Pallotta, si bien la defensa había invocado una excesiva duración del trámite de ese expediente, no había demostrado que las circunstancias procesales del caso fueran “...asimilables a las que justificaron el dictado de los fallos de la Corte citados [Barra, Santángelo y Acerbo] por los que se hizo excepción a la ausencia de sentencia definitiva para la habilitación del recurso extraordinario...”, ya que se había limitado a señalar que el proceso *llevaba once años, lo que demuestra su prolongación excesiva, sin analizar si en el caso se daban las circunstancias de hecho que justifican la aplicación de la doctrina mencionada.*

Destacó que la *naturaleza de la garantía de ser juzgado en un plazo razonable impide determinar con precisión a partir de qué momento o bajo qué circunstancia comenzaría a lesionarse, pues la duración razonable de un proceso depende en gran medida de diversas circunstancias propias de cada caso, por lo que el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas no puede traducirse en un número de días, meses o años (fallo citado).* No obstante agregó que la Corte identificó -de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos- “...algunos criterios con que debe ser apreciada la duración del proceso: la complejidad del caso, la conducta del imputado y la manera en que el asunto fue llevado por las autoridades administrativas y judiciales (sentencias en el caso “Köning” del 28 de junio de 1978 y del caso “Neumeister” del 27 de junio de 1968, publicadas en “Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Jurisprudencia 1959-1983”, B.J.C., Madrid, págs.. 450/466, párrafo 99 y 68/87, párrafo 20, respectivamente; en el mismo sentido “Calleja v. Malta”, del 7 de abril de 2005, párrafo 123)” (del dictamen del Procurador General al que se remitió la Corte en el precedente “Acerbo”...)..”. En consecuencia la Sala rechazó el planteo ya que no se argumentaba sobre el caso llevado a estudio.

Relató en su voto el Magistrado que mediante dicha resolución -comienzos del año 2011- la Sala *ratificó el avance de la causa hacia la etapa siguiente para que se continuara con su juzgamiento, y mientras ese tema estaba a estudio del tribunal casatorio, el expediente principal fue elevado al Tribunal Oral en lo Criminal N° 26 (29 de noviembre de 2010), y a los pocos días (2 de diciembre de 2010) la defensa del imputado Carlos Alberto Roncati volvió a plantear la prescripción de la acción penal y la inconstitucionalidad del art. 67 del C.P.*

Agregó que al *corrérsele vista de dicha presentación a las otras partes se introdujo nuevamente la cuestión de la insubsistencia de la acción penal*, planteo que fue rechazado por el Sr. Fiscal General actuante ante el Tribunal Oral, en base a las siguientes argumentos: “...1) La dificult-

tad, por su indeterminación y extensión de los hechos a probar en delitos continuados o permanentes; 2) La dificultad de acreditar delitos susceptibles de quedar solapados en actividades lícitas; 3) La dificultad de probar el “no hacer”; 4) La dificultad de la multiplicidad de imputados; 5) La dificultad de multiplicidad de hechos; 6) la dificultad de los hechos de corrupción...” (Textual). Sumó a todas esas causas el *comportamiento procesal de las partes al que calificó de “determinante” en la duración del proceso* (resaltando el aprovechamiento de los mecanismos procesales que hacen al derecho de defensa con “...reiteradas maniobras manifiestamente dilatorias de ciertas defensas al recurrir cuestiones manifiestamente improcedentes...”).

Estos argumentos fueron acogidos favorablemente por la Sala, destacándose que en el caso no se había demostrado que el tiempo de duración del proceso hubiese sido injustificado como se afirmó en la sentencia recurrida.

Se remarcaron los siguientes conceptos claves: a) la garantía a obtener un pronunciamiento judicial que ponga fin a la incertidumbre con que cuenta toda persona sometida a proceso penal puede encontrar tutela en el instituto de la prescripción; b) resulta imposible traducir el concepto de “plazo razonable” en un número fijo de días, semanas, de meses o de años. Se destacó que en caso de autos, fueron *sometidos a investigación una veintena de imputados, la mayoría de ellos revestían altos cargos en la Policía Federal Argentina* (con cita del precedente de la Sala I, causa n° 15.667, “Sarlanga, Luis Eustaquio y otros s/recurso de casación”, reg. N° 20.697, rta. el 05/03/13). Se hace referencia además a la naturaleza de los hechos en sí “...una red de locales, no a uno solo, en los que se ejercía la prostitución, bajo la protección policial, y ello tornó necesaria la interceptación de numerosos abonados telefónicos para poder determinar el funcionamiento e interrelación de los distintos comercios y departamentos y la función que cumplía cada sujeto en esos hechos; así como también la producción de diversos allanamientos en simultáneo, tanto en capital como en provincia de Buenos Aires. En uno de los locales allanados se encontró a una menor de edad ejerciendo presumiblemente la prostitución, por lo que esa grave circunstancia obligó a la realización de diversos peritajes respecto de la niña...”. Señaló la Sala que las mismas Defensas pidieron prorrogas en virtud de la “complejidad” de la causa, cuestiones que fueron consideradas razonables, y por ende concedidas por el TOF, pero luego no valoradas al momento de dictar el sobreseimiento³⁶.

Teniendo en cuenta el conjunto de valoraciones transcriptas parcialmente, se consideró que *no se ajustaba a la doctrina de la duración razonable de un proceso sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del precedente “Barra” (Fallos, 327:327)*. Al voto reseñado adhieren –realizando valoraciones propias– los Dres. Figueroa y Madueño.

La Sala II³⁷ tuvo oportunidad de expedirse con respecto al tema en autos “CORVALÁN, José Luis s/recurso de casación” (Registro: 20344 - Causa N° 7702 – 16/08/13).

El caso llevado a estudio de la Sala fue resumido de la siguiente manera “...por decisión de fecha 17 de octubre de 2006, el Tribunal Oral en lo Criminal n° 16, en la causa n° 1034 de su registro, resolvió en lo que aquí interesa: “I) NO HACER LUGAR a la prescripción de la acción [...]” y “II) CONDENAR a JOSÉ LUIS CORVALÁN [...] como autor material penalmente responsable del delito de promoción de la corrupción de un menor de doce años de edad, a cumplir la pena de cuatro años de prisión, accesorias legales y costas (arts. 12, 19, 29 inciso 3°, 40, 41, 45, 125, inciso 1°-redacción anterior a la ley 25.087- del Código Penal)”. En el caso, el recurrente impugnó la decisión del TOF de no hacer lugar a sus reiterados planteos de prescripción de la acción *fundados en que habrían transcurrido cuatro años sin que se produjera un acto apto para interrumpir su curso y la imputación por la cual la causa fuera elevada a juicio se encontraba calificada como “abuso deshonesto”, de conformidad con la ley anterior al texto de la ley n° 25.087.*

El TO rechazó los planteos en virtud de que la calificación legal era provisoria, es decir, podía sufrir mutaciones “...de manera tal que resultaba prematuro decretar el sobreseimiento por prescripción antes de la realización del juicio, puesto que sólo luego del debate sería posible determinar de manera definitiva la calificación jurídica aplicable al hecho...”. Esta decisión fue confirmada por esa misma Sala (en su anterior composición), asegurando –ya en esta oportunidad- que “...tan cierto era que resultaba prematuro analizar si la acción se encontraba extinta, que finalmente el imputado fue condenado por un delito más grave, con pena máxima de quince años. Fue por tal razón que el tribunal rechazó en su sentencia el planteo de prescripción...”.

Ahora bien, la defensa *deslizó* –entre otras objeciones- un planteo referido a la excesiva duración del proceso penal, pero sin argumentar *aquella censura* –según señaló la Cámara-

Se señala que, más allá de advertir “el largo trámite de la causa, y que este tribunal reconoce la irrestricta operatividad del derecho a ser juzgado en un plazo razonable (arts. 7.5 CADH y 9.3 PIDCyP), la parte que invoca aquel agravio tiene la carga de demostrar por qué, a pesar de no encontrarse prescripta la acción de conformidad con las normas aplicables, el proceso habría tenido una duración irrazonable...”.

Señala el Dr. Slokar que el TO consideró la “*larga duración del proceso*” y *ponderó aquella demora como circunstancia determinante para imponer la mínima sanción prevista en la moldura legal*. Objetando nuevamente el argumento de la defensa señala que si se consideraba como insuficientemente compensada la demora, se debió haber argumentado por qué el criterio adoptado por el a quo resultaba erróneo, arbitrario o contrario a la garantía bajo análisis, ya que “...el temperamento de com-

pensación utilizado por el tribunal es una de las formas aceptadas de operativizar el derecho a ser juzgado en un plazo razonable (Cfr. Roxin, Claus, “Derecho Procesal Penal”, trad. Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pp.118/9). La Dra. Figueroa coincide –en lo sustancial y formulando algunas consideraciones particulares- a la solución propugnada por quien lidera el fallo.

Se reconoce que la duración excesiva del proceso penal puede impactar –en cierta forma, como vemos- en la mente de los jueces al momento de imponer condena, ya que el transcurso del tiempo –entre el hecho y el momento de la sentencia- es –según esta teoría y el criterio de los magistrados que intervinieron en la causa- “compensable” mediante la disminución de la sanción impuesta en concreto. Es decir, en cierta forma, se descuenta de la pena que debería haber correspondido de acuerdo a la naturaleza del hecho y la reprochabilidad de la conducta del autor, ese tiempo de más que el Estado demoró en resolver la cuestión. “Menos pena” que la que hubiese correspondido por esa especie de “padecimiento” que implica estar “sometido a proceso” de forma indebidamente prolongada.

La Sala III³⁸ de la Cámara Nacional de Casación Penal se expidió –entre otros- sobre la duración excesiva del proceso penal en autos “*Cavallo, Domingo Felipe s/recurso de casación*” (Registro 1379/13 - Causa 16.217 - 14/8/2013). El recurso fue interpuesto por la defensa particular de Domingo Felipe Cavallo contra la resolución de la Sala I de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal (CNCCF) de la ciudad de Buenos Aires, que por mayoría había confirmado la decisión del magistrado a quo, dispuesto que la acción penal en las actuaciones se encontraba vigente.

En el primer voto el Dr. Borinsky sostuvo que correspondía confirmar lo resuelto por la CNCCF, argumentando –en coincidencia con el aquo- *que la crítica deducida por la defensa aparecía insuficiente en tanto la garantía a ser juzgado en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas (art. 8.1 de la C.A.D.H. y art. 14.3 del P.I.D.C.P.) no podía ser analizada de modo aislado, sino que debía ser evaluada teniendo en consideración el objeto procesal de la investigación, la complejidad de la causa, así como también la actividad cumplida por los operadores judiciales y las partes en el proceso. Señaló además que la defensa se había limitado a alegar la violación de la referida garantía, sin lograr demostrar que el tiempo insumido en el proceso, respondía a la ausencia de diligencia en el trámite de la causa.*

Adujo que la CSJN al analizar un planteo similar en el precedente “Salgado, Héctor y otro s/defraudación a la Administración Pública –causa n° 15174 -34341-“ causa S.C. S 167 XLIII, del 23/06/09 (Fallos: 332:1512), tuvo oportunidad de sostener que “...el alcance del derecho a obtener un pronunciamiento sin dilaciones indebidas, reconocido a partir de los precedentes ‘Mattei’ (Fallos: 272:188) y ‘Mozzatti’ (Fallos:

300:1102) se encuentra limitado, por supuesto, a la demostración por parte de los apelantes de lo irrazonable de esa prolongación (Fallos: 330:4539 y sus citas) pues de esta materia no existen plazos automáticos o absolutos y, precisamente, ‘la referencia a las particulares del caso aparece como ineludible’ (con cita de la causa P. 1991, L XL, ‘Paillot, Luis María y otros s/contrabando’, rta. 01/04/09, voto de los doctores Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni)...”.

Según el Magistrado “...de las particulares circunstancias del caso no se verifica la existencia de un agravio de naturaleza federal que habilite la intervención de esta alzada como tribunal intermedio (C.S.J.N. 329:5239), ya que la defensa se limitó a sostener una discrepancia valorativa sobre las circunstancias y elementos concretos del caso que fueron valorados por el tribunal de la instancia anterior y, al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que no constituye tacha de arbitrariedad aquélla que sólo trasunta una opinión diversa a la sostenida por el juzgador, insuficiente por ende para demostrar que ésta conduzca a un apartamiento palmario de la solución jurídica prevista para el caso o adolezca de una decisiva carencia de fundamentación (Fallos: 302:1491; 324:2460; 327:2406, entre otros), motivo por el cual corresponde rechazar los agravios presentados por la defensa de Domingo Felipe Cavallo...”. Adhiere a este voto la Dra. Catucci –tercera, en el orden de votación–.

Por su parte, el Dr. Righi sostuvo –al contrario de su colega preopinante– que existió en el caso de autos una violación al principio de juzgamiento en debido tiempo. Señala que “...con independencia de toda disquisición acerca de la posibilidad de declarar la prescripción de la acción penal en los términos de los artículos 63 y 67 del Código Penal, resulta indudable que en la presente causa se ha afectado gravemente el derecho de los inculcados a ser juzgados en un plazo razonable, ello en los términos de la doctrina que sentáramos a partir de nuestro voto dictado en la causa n° 9405 del registro de esta Sala, caratulada “Peón Hoyuela, Jesús y otros/recurso de casación” (reg. 496 - 27/4/09)...”³⁹.

Aclaró que “... la posible afectación a dicha garantía no se encuentra justificada ni pierde entidad por la calidad de funcionarios públicos de los acusados quienes -no está demás señalarlo- no por ello carecen de la misma protección que el ordenamiento constitucional y supra legal acuerda a todos los individuos por igual (conf. Causas n° 11.668 del registro de esta Sala, caratulada “Núñez, Dionisio Ricardo s/ recurso de casación”, reg. 428, del 8/4/10; n° 11.667 del registro de esta Sala, caratulada “Soberón, Miguel Ricardo s/ recurso de casación”, reg. 429, del 8/4/10; n° 11.670 del registro de esta Sala, caratulada “Ramírez, Ricardo Daniel s/ recurso de casación”, reg. 427, del 8/4/10; y n° 11.669 del registro de esta Sala, caratulada “Ramallo, Julio Marcelino s/ recurso de casación”, reg. 430, del 08/04/10)...”.

Luego de realizar una extensa transcripción de su voto –el dictado en

autos “Peón Hoyuela”- concluyó que la evaluación de cuál era el proceder de los órganos encargados de hacer cumplir la ley debía ser realizada tanto en lo que hace a la diligencia con la que se llevó adelante las pesquisas, así como también la referente al empeño puesto en aras de remover los obstáculos no imputables al Estado que se fueran presentando. En ese orden –sostuvo- *es innegable que no puede tenerse por satisfecho el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, cuando las autoridades -reposando en la tranquilidad que otorgan los prolongados lapsos de prescripción de la acción penal que se presentan en los delitos conminados con penas elevadas- no realizan diligentemente todo lo necesario para arribar a una resolución definitiva sobre la cuestión materia de proceso.*

Seguidamente formuló un relato secuencial y detallado de todos los pasos procesales seguidos en la causa, señalando que *si bien el objeto procesal de dicha causa podía entrañar cierta dificultad desde el punto de vista jurídico y probatorio, ese factor no alcanzaba para explicar los motivos por los que episodios ocurridos hacía más de veintidós años (marzo de 1991)- y que eran objeto de pesquisas desde hacía más de doce años no habían todavía sido objeto de una resolución judicial definitiva.*

Resumidamente indicó que: -la prueba vinculada a la causa se encuentra compuesta por documentación que se encontraba en poder de reparticiones públicas, y que todos los pedidos de informes o requerimientos fueron satisfechos en términos que en ningún caso exorbitó lo razonable; -la pericia practicada, fue materializada en un lapso breve; -no medió, por parte de los acusados o sus defensas, actitudes obstruccionistas, o el uso abusivo malintencionado de las herramientas procesales que garantizan el derecho de defensa en juicio.

Al analizar la conducta de las autoridades en el proceso, entendió que se “...*se mantuvo injustificadamente paralizado por periodos excesivamente prolongados de tiempo. Situación que obviamente no puede ser reprochada a los justiciables, ni mucho menos ser convalidada en perjuicio de los derechos individuales -que gozan de jerarquía constitucional- que los asisten...*”.

Por ello consideró que debía disponerse el sobreseimiento del acusado Domingo Felipe Cavallo por haberse extinguido a su respecto la acción penal (artículos 456 inciso 1º, 470, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

IV. Posibilidad de establecer un plazo de duración razonable del proceso penal

Luego de un repaso normativo en torno a la cuestión, se advierte que tanto los instrumentos internacionales, Constituciones y ordenamientos procesales -con independencia de las distintas fórmulas que utilicen- señalan que el enjuiciamiento debe tener una duración limitada. Que esa

garantía es bilateral (acusado y víctima del delito). Pero también surge con claridad, que prácticamente en ninguno caso se ha fijado en forma clara y precisa un plazo determinado. También se evidencia, que han sido los Tribunales los encargados de decir –en cada caso en particular– si se había violado el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, sin perjuicio de lo cual, de la lectura de algunos precedentes jurisprudenciales, se advierte que éstos tampoco han establecido un criterio uniforme de interpretación, en todo caso, han dejado la cuestión abierta para decir en cada caso, lo que implica en definitiva que no existe un “claro límite”.

Por supuesto que no es una cuestión sencilla de definir, sin embargo, nos preguntamos si el no hacerlo constituye una vulneración a la igualdad ante los tribunales y al debido proceso, puesto que no se establecen las reglas con claridad, y en algunas situaciones los Tribunales Superiores puede entender una cosa que en otro caso similar no entiende, lo que seguramente genera en el justiciable “sensación de inseguridad”, “descreimiento en la justicia”.

No dudamos de la bondad de la magistratura, pero no desconocemos la falibilidad del ser humano, y en un Estado de Derecho, es importante conocer las reglas a las que los ciudadanos habremos de sujetarnos: los involucrados en el proceso, ya sea como imputados, víctimas, o como responsables públicos encargados de llevar adelante el ejercicio de la acción penal, de la excepción (derecho de defensa) y de la jurisdicción. También resulta trascendente conocer las consecuencias que el incumplimiento puede ocasionar puesto que –generalmente– cuando no hay consecuencias, las reglas no se cumplen.

Este punto nos conecta con otro dato de la realidad que no se puede desconocer, la congestión del trabajo, la falta de recursos tanto materiales como humanos, la falta de capacitación, entre otros factores. Posiblemente sea hora de enfrentar, conjuntamente con los procesos de reforma, un cambio.

En este sentido el proyecto de reforma del CPPN constituye un importante desafío y aún por la implementación del mismo con los necesarias leyes de organización del Ministerio Público Fiscal y de la Defensa.

No se pretende en este trabajo dar respuesta acabada a cada uno de los interrogantes, los objetivos son más modestos, poner en la mesa cuestiones que se plantearon en orden a esta garantía y que aún continúan sin solución, siendo de importancia procurar darle la normativa adecuada para reglamentarla.

Primeramente recordemos que “los plazos son concebidos, normalmente, como espacios de tiempo encerrados entre puntos fijos determinados o determinables de acuerdo con algún mecanismo normativo relativamente sencillo y preciso. Frente a ello, un plazo que ya presenta complicaciones para permitir conocer su punto de partida, es decir, su momento inicial (dies a quo), pero que especialmente no deja que se co-

nozca con precisión cuándo concluye (dies ad quem), casi no merece, científicamente, ser llamado plazo”⁴⁰.

De la definición señalada, queda claro que un “plazo”, que se precie de tal, requiere establecer lo más claramente posible cuándo comienza su cómputo y cuándo concluye. Puesto que la simple alusión a la garantía de “plazo razonable” –a secas–, en verdad muestra la textura abierta del derecho y da paso a lo que se conoce como “activismo judicial”, donde atento la falta de claridad o laguna normativa, serán los jueces los que deberán decidirlo en cada caso.

Ahora bien, algunos de los interrogantes que se nos presentan son:

- ¿A quién corresponde la reglamentación de la garantía? ¿A las provincias en el marco de facultades reservadas, o al Congreso de la Nación?
- ¿Qué carácter debería tener el plazo para ser respetado?
- ¿Cuál sería la consecuencia de su trasgresión? ¿La clausura del proceso por impedimento procesal, o acaso, una disminución de la pena?
- ¿La duración de la prisión preventiva constituye una garantía distinta de la duración del proceso penal?
- ¿Cuál es la relación de la duración razonable del proceso y la prescripción?

En las líneas que siguen, intentaremos responder a los interrogantes planteados:

¿A quién corresponde establecer el plazo?⁴¹

Los plazos y su distinta clasificación, generalmente se encuentran en los Códigos Adjetivos, puesto que estos se fijan en los procesos con el objeto de establecer un orden.

Recordemos que el proceso es el instrumento diseñado para llevar adelante el juicio que exige la Constitución para poder aplicar el poder punitivo del Estado, “nadie puede ser penado sin juicio previo”.

En un proceso penal los plazos se establecen con esa finalidad: ordenar y delimitar, y encuentran estrecha vinculación con el ejercicio de derechos y poderes en un lapso determinado.

Ahora bien, siendo la “duración razonable del proceso” una garantía expresa (Art. 75 inc. 22 CN), la misma puede ser reglamentada para todo el país por el Congreso de la Nación; sin embargo, mientras no haya reglamentación Nacional, deberían hacerlo las provincias y en caso de que hubiese reglamentación nacional, las provincias podrían ampliar la garantía, nunca restringirla.

Recordemos que la Constitución Nacional en su artículo 5to. establece que cada provincia dictará para sí una Constitución de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la C.N. y asegurará su administración de justicia.

De lo que se sigue que la regulación concreta de un término de duración del proceso es un modo de asegurar la administración de justicia que postula el artículo citado y de ese modo dar contenido concreto a la ga-

rantía de la “razonabilidad” de la duración de un proceso⁴².

¿Qué carácter deberá tener el plazo?

En el CPPN no se advierte una disposición expresa⁴³ que establezca cuánto tiene que durar –en días, meses o años– un proceso penal, a diferencia de lo que acontece en el Código Adjetivo Provincial Cordobés que pauta en dos años su plazo máximo de duración (ver art. 1). Por el modo en que ha sido establecido el plazo en éste último ordenamiento, se evidencia que el mismo es de carácter ordenatorio; sin embargo, más exigente resulta cuando la persona se encuentra cumpliendo prisión preventiva, puesto que en el art. 283 inc. 4º establece como causal de “cese de prisión”, el transcurso de dos años de esa medida de coerción, pudiéndose prolongar en determinadas situaciones con autorización expresa de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba.

La práctica indica que los procesos se prologan en el tiempo y que las causas que reciben tratamiento prioritario son las causas con presos, con querellante particular, actor civil y también las que tienen mayor trascendencia en la opinión pública.

La duración prolongada de los procesos no es antojadiza, obedece a distintos factores, como falta de personal, de capacitación, mala distribución de los recursos, problemas de organización, etc. Pero claro está que cuando no se establece una consecuencia jurídica o una sanción, generalmente su duración suele ser prolongada.

La necesidad de fijar límites constituye una forma de controlar los actos de los funcionarios públicos que intervienen en el proceso, a la par que se adecua a las pautas que establecen los Pactos Internacionales. Para que el plazo sea respetado debe aspirarse a que el carácter del mismo sea perentorio⁴⁴.

c) ¿Cuál será la consecuencia de su trasgresión?

Haremos una breve síntesis siguiendo lo expuesto por Pastor (obra citada). El autor de mención divide las consecuencias jurídicas de la excesiva duración del proceso penal en tres grandes grupos⁴⁵, de acuerdo al tipo de solución que sugieren: de tipo compensatorio, de tipo procesal y de tipo sancionatorio. A su vez las primeras se dividen en compensatorias del derecho internacional, del derecho civil, y del derecho penal. Por su parte, las procesales se dividen en dos, de acuerdo al efecto que acarrearán, a saber: “nulidad” o “sobreseimiento”. El autor aclara que con la locución *consecuencias* o *efectos jurídicos* no se alude al ilícito funcional o a la regla de prohibición administrativa, sino a las consecuencias de la violación objetiva del plazo razonable para el portador del derecho violado.

Bajo el rótulo soluciones compensatorias, se enrola en primer lugar la ya mencionada *solución compensatoria de derecho internacional* y de esta forma, se hace referencia específicamente al ámbito del derecho internacional de los derechos humanos “... y a las decisiones de los órganos

encargados del control de su respeto por parte de los Estados...”, tanto en Europa como en América. La doctrina que surge de estas resoluciones, si bien confusa en cuanto a plazos concretos, es clara en cuanto a las consecuencias que acarrea esta violación. Pastor observa los efectos de éstas resoluciones desde dos perspectivas, la primera, en cuanto al Estado en infracción, señalando que puede ordenarse algún tipo de “*satisfacción equitativa*”, y la segunda, ya con relación al imputado, que se resume en un simple medio de compensación de los daños ocasionados por el Estado infractor “... algo que se traduce en el pago de una suma de dinero o en algún tipo de indulto o perdón, total o parcial, de la pena aplicada, si ésta era de la gravedad suficiente como para seguir vigente todavía al tiempo de la actuación...”.

En segundo término se mencionan las *soluciones compensatorias del derecho civil*, que –con distintos matices en cuanto a las normas que permiten su utilización o a la recepción específica (o no) de dicha posibilidad en el derecho interno– hacen referencia directamente a la aplicación de las reglas generales del derecho resarcitorio “todo el que provoca un daño está obligado a repararlo”. Pastor señala que “... así como el Estado infractor de la regla del juicio penal rápido puede ser condenado por los órganos internacionales del derecho internacional de los derechos humanos a compensar los daños ocasionados con la violación de las garantías judiciales de los imputados, también puede serlo (antes) por sus propios tribunales internos competentes en materia civil...”, aún cuando el imputado resulte absuelto.

En tercer lugar se encuentran las *soluciones compensatorias del derecho penal*. El autor de mención critica especialmente este tipo de solución señalando que los tribunales penales deberían brindar, además de las clásicas respuestas de tipo compensatorio, otras de tipo procesal al caso concreto. Indica que “... desde el punto de vista correcto de la dogmática jurídica es inaceptable estimar que circunstancias procesales extrañas por completo a la valoración del hecho puedan tener por único resultado la atenuación del contenido de la culpabilidad del autor como para ser compensadas en abono de la pena...”. Dentro de este grupo de soluciones que son aplicadas por los tribunales penales con fundamento en el derecho material, menciona Pastor, citando a Patricia Ziffer, la “individualización judicial de la pena”, la solución de la prescindencia y la suspensión de la ejecución, siendo “... el argumento central que justifica la aplicación de todas estas soluciones compensatorias señala que la prolongación arbitraria del procedimiento tiene repercusión en la culpabilidad del autor y, por lo tanto, ésta deberá considerarse disminuida de forma tal que su reproche deba también ser reducido proporcionalmente...”. Sostiene que “... el derecho del juicio rápido consiste precisamente en que, fuera del plazo razonable, no existe condenación alguna cuyas consecuencias pudieran resultar compensadas, ya que la facultad de juzgar penalmente, atribuida al Estado, finaliza al alcanzarse su límite

máximo de duración, con lo cual su prolongación –ahora sin autorización– se vuelve ilícita (de modo que ya no se puede condenar ni absolver porque, en verdad, ya no se puede juzgar). El efecto central de la infracción... es la ilegitimidad del proceso, de modo tal que una sentencia obtenida después de un juicio indebidamente prolongado carece directamente de validez, al igual que todo el proceso mismo y, por tanto, no es necesario ya efectuar “retoques cosméticos” sobre una pena que devino inválida por ilegítima...”.

En síntesis plantea que las compensaciones pueden ser adicionales y sólo civiles.

Así pasamos a la “*nulidad*”, como primera *solución procesal* ofrecida (teoría que utilizó la CSJN para resolver el primer precedente nacional, el caso *Mattei*). Según el autor citado, si bien es destacable en esta posición que la cuestión resulta encarada decididamente a través de un instrumento procesal y también que la nulidad para el caso representa un reconocimiento de la invalidez (y por tanto, ilegitimidad) del proceso que ha traspasado los límites de una duración razonable. Sin embargo la consecuencia de la nulidad es retrotraer las cosas al acto declarado nulo y todos lo que de él dependan, con lo cual, evidentemente, volveríamos para atrás. Señala que “...nulidad no es sinónimo de clausura del procedimiento y, sin embargo, esta última parece ser la única solución posible del problema de la excesiva duración del proceso penal, si es que realmente se quiere interpretar de un modo pleno de sentido la garantía que establece que la persecución penal no podrá extenderse más allá de un plazo razonable”.

La segunda solución de tipo procesal es el “*sobreseimiento (clausura anticipada y definitiva del proceso penal)*”. Es la solución propuesta por el Dr. Daniel Pastor: “...clausura del procedimiento (sobreseimiento procesal) como consecuencia de llegarse al cumplimiento del plazo razonable de duración del enjuiciamiento...”. La clausura opera por vía del impedimento procesal de la excesiva prolongación de la persecución cuya consecuencia será el sobreseimiento⁴⁶.

Por último corresponde mencionar las *soluciones sancionatorias*. Bajo este título se incluyen todas “... las repercusiones en el ámbito del derecho propiamente sancionatorio, en relación con los funcionarios culpables de la violación del derecho fundamental de todo imputado a ser juzgado dentro de un plazo razonable...”, pudiendo ser de tipo disciplinarias, administrativas o penales. Están dirigidas no ya a la violación del derecho en cuestión, sino al funcionario culpable de la infracción.

Luego de un repaso de las distintas soluciones al problema de la duración excesiva de los procesos, vale concluir que: surge evidente que es preciso poner límites al poder del Estado. De nada sirve una investigación ostensiblemente excesiva, si tenemos en cuenta que la prueba debe producirse en el “juicio” (2da etapa procesal), siendo la instrucción o investigación penal preparatoria la que debe servir sólo para prepararlo y

para resguardar la prueba. Resulta por ello esencial que éste último se realice lo más pronto posible, sin por ello descuidar el derecho de defensa del imputado o la correcta investigación de los extremos de la imputación delictiva.

De igual modo el hecho de que no exista una clara definición de un plazo *–probablemente debido a que decidirse por un número, implicaría por consiguiente, atenerse a las consecuencias que su incumplimiento generaría–*, no significa que con relación a la prisión preventiva no deban *–los ordenamientos procesales–* establecer los plazos de duración máxima con carácter perentorio, como lo contempla el ordenamiento adjetivo cordobés. Ello seguramente provocaría la agilización de la tramitación de las causas con presos, dándole una definición pronta al imputado (inocente), a la posible víctima del delito y a la sociedad toda. En estas líneas se pretende apuntar la necesidad de regular en términos precisos y determinados, el plazo de duración de un proceso penal de modo tal que resulte el “razonable”. El carácter de dicho plazo (ordenatorio o perentorio), y las consecuencias para su incumplimiento respecto de las causas y funcionarios encargados de llevarlo adelante. También deberá evaluar el comportamiento de las partes, especialmente los planteos del imputado o defensa absolutamente infundados que se advierte el propósito dilatorio, al igual que la tarea desplegada por el tribunal y la complejidad de la causa.

V. Duración razonable del proceso penal y prisión preventiva.

A los fines de responder al acápite que nos ocupa, ilustrativo resulta lo señalado por Bovino⁴⁷ al analizar algunos criterios de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el informe N° 12/96- en cuanto señala que “... a fin de diferenciar el plazo del proceso del plazo de la prisión preventiva, la CIDH señaló que el plazo del encarcelamiento determina, hasta cierto punto, la extensión del plazo para ser juzgado, en la medida en que aquél otorga prioridad y exige diligencia especial en el tratamiento del caso contra quien se halla detenido...”. Señala que el plazo de detención “es necesariamente mucho menor que el destinado al juicio” (párrafo 10). El plazo de detención debe medirse con relación a la complejidad del caso, la actitud del imputado y la diligencia estatal, y es mucho menos flexible que el plazo de duración del procedimiento (párrafo 111)... Pero si el Estado no realiza el juicio dentro de un plazo razonable y justifica la detención en la mera sospecha, está sustituyendo la pena con la prisión preventiva y, de ese modo, ésta pierde su finalidad exclusivamente instrumental (párrafo 114)”. El autor de mención claramente distingue ambos plazos.

Conjugando las disposiciones legales en orden a la cuestión, se advierte que el Art. 1 del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba establece: “...El proceso no podrá durar más de dos años pero si concu-

rriesen las circunstancias previstas en la última parte del artículo 337, el plazo podrá extenderse hasta un año más, previo el trámite legal previsto en el artículo 283, inc. 4^o”. Por su parte el Art. 337 del CPP señala que la instrucción debe durar 3 meses a partir de la declaración indagatoria del imputado, previendo la posibilidad de solicitar prórroga por igual término al Juez de Instrucción: “según las causas de la demora y la naturaleza de la investigación. Sin embargo, en los casos de suma gravedad y de muy difícil investigación, la prórroga podrá concederse hasta doce (12) meses más”. Estableciendo en el último párrafo que “No será necesaria la solicitud de prórroga en las causas sin presos”.

De lo expuesto se advierte que claramente distingue el Código Ritual la diferencia del término aludido para las causas con presos en donde resultan fatales, de las causas sin presos que son meramente ordenatorios⁴⁸.

Explican los Dres. Cafferata Nores y Tarditti⁴⁹ en orden a la prórroga de la instrucción que la primera de las prórrogas opera por causales objetivas “que no sean imputables al fiscal y que se relacionen con dificultades de la investigación (v.gr., obstáculos para localizar testigos, diversidad de pruebas técnicas complejas, incidentes y recursos, etcétera), cualquiera sea la entidad del delito imputado”. Respecto de la prórroga de hasta 12 meses, señalan que procede en “caso grave y de una singular dificultad en la investigación, de modo que no se trate de cuestiones de sencillo y fácil esclarecimiento, lo que supone complejidad probatoria y no meramente jurídica”, y en el supuesto de “complejidad extrema”, la prórroga podrá ser solicitada ante el TSJ, conforme el mecanismo previsto en el Art. 283 inc. 4 del CPPCba.

Ahora bien, destacan los autores de mención, cuales son los mecanismos que deben observarse para hacer valer la garantía de la duración razonable del proceso. Estos son: el pronto despacho y la queja por retardada justicia ante el superior jerárquico inmediato del fiscal⁵⁰.

Dispone el Art. 146 del digesto mencionado respecto de la queja por retardada justicia que “Vencido el término en que deba dictarse una resolución, el interesado podrá pedir pronto despacho, y si dentro de tres días no la obtuviere, podrá denunciar el retardo a la Cámara del Crimen o al Tribunal Superior, según la omisión fuere de un Juez o de una Cámara, respectivamente. El superior pedirá informes al denunciado, y sin más trámite declarará inmediatamente si está o no justificada la queja, ordenando, en su caso, el dictado de la resolución en el término que fije, bajo apercibimiento de las responsabilidades institucionales y legales a que hubiere lugar”.

El Art. 155 del CPP “Queja por retardada justicia”, dispone que: “...Vencido el término para formular un requerimiento o dictar un decreto, el interesado podrá proceder conforme lo dispuesto en el artículo 146, denunciando el retardo al Fiscal de Cámara del Crimen o al Fiscal General, según la omisión fuese de un Fiscal de Instrucción, Correccional o de

Cámara, respectivamente. Estos funcionarios procederán en la forma establecida en el segundo párrafo del Art. 146”.

Señalan los autores criterios orientadores para determinar la razonabilidad del plazo⁵¹: 1) la conducta del acusado, 2) la conducta del tribunal y 3) la complejidad del caso. Destacan que no debe confundirse la falta de colaboración del imputado o el uso de los remedios procesales previstos en la ley, puesto que podría estar simplemente ejerciendo sus derechos. En orden a la sobrecarga de trabajo de los tribunales, no tendrán importancia decisiva argumentos tales como: insuficiente número de jueces de instrucción, demasiada ocupación de los jueces que no permiten despachar con la debida rapidez los expedientes que les hayan correspondido. Sostienen que “Vencido que sea el plazo acordado por el Tribunal Superior para resolver, o agotado que sea el término fatal de la prórroga acordada para los sustitutos, la duración de un proceso deberá considerarse irrazonable, con afectación de la garantía de máximo nivel (Const. Provincial, Art. 39 in fine; art. 14.3.c PIDCP). En tal caso, la consecuencia no puede ser otra que el sobreseimiento por insubsistencia de la acción penal (Arts. 17 inc. 2 y 22 CPP), ya que no habrá otra forma de hacer que aquella garantía sea efectiva. Pero ella funciona con independencia de la existencia o inexistencia de pruebas de culpabilidad, o de un estado de duda, o que se haya producido una acusación, o se haya dictado sentencia y exista impugnación del acusador: limitar por vía de interpretación su vigencia práctica a la hipótesis de falta de pruebas suficientes para hacer avanzar el proceso, significaría reducirla al caso de sobreseimiento del inc. 5° del Art. 350, afectando su esencia”.

De lo expuesto se advierte que la duración razonable del proceso penal es una garantía distinta de la prisión preventiva, pero ésta última sólo tiene lugar dentro de la primera, que es solo instrumental ya que es una medida de coerción. Así, puede existir un proceso penal donde no se disponga la prisión preventiva. Además, la garantía de la duración razonable del proceso es bilateral (imputado y víctima), mientras que la de la prisión preventiva es personal (sólo para el imputado privado de libertad).

Ello así, pues mientras el proceso penal es un instrumento para poder aplicar el poder punitivo del Estado -si corresponde-, la prisión preventiva es sólo cautelar, pretende salvaguardar los fines del proceso: descubrimiento de la verdad y aplicación de la ley en el caso concreto.

Para valorar si un proceso penal ha tenido una duración que excede lo “razonable” hay que tener en cuenta la actitud asumida por el imputado, la defensa y la actividad desplegada por el Tribunal, además de la complejidad de la causa. Los plazos generalmente son ordenatorios, no tienen consecuencias.

A diferencia en la prisión preventiva, siendo esta una medida de coerción, y la más gravosa de ellas, su aplicación es de carácter restrictivo, excepcional⁵², no tienen un fin en sí misma, es sólo un medio y general-

mente tiene límites temporales establecidos con carácter perentorio y con consecuencias a los funcionarios que no los respeten, puesto que están por encima las garantías del estado jurídico de inocencia, del juicio previo y de la libertad de locomoción, y sólo se autoriza su aplicación cuando se sospeche que el imputado intentará eludir el accionar de la justicia, fugándose o borrando rastros del delito o haciendo desaparecer prueba importante.

VI. Duración razonable del proceso y prescripción.

La prescripción es una de las causas extintivas de la acción penal establecida en el Código Penal que tiene en cuenta el transcurso del tiempo, constituyéndose de ese modo en una clara limitación al poder punitivo del Estado puesto que los plazos son fatales. En este aspecto señalado radica el punto de contacto que existe con la garantía de la duración razonable del proceso puesto que pretende ser un límite en el tiempo, pero su regulación legal no es precisa y los plazos generalmente son ordenatorios. Han sido los Tribunales los encargados de decir que se entiende por “razonable” en cada caso en concreto.

El TSJ en la causa “Amaranto” (21/5/04) sostuvo que no puede concluirse que el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas importa el derecho a la prescripción de la acción penal.

Sostienen Hairabedián y Zurqueta⁵³ que el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas es un derecho bilateral porque ampara tanto al imputado como a la víctima el derecho a tutela judicial efectiva. Señalan que la duración razonable del proceso se encuentra reglamentada en los códigos procesales y otras leyes, en cambio la prescripción es materia de la ley de fondo y no atiende al interés de la víctima o del Ministerio Público. Destacan algunas diferencias⁵⁴, a saber: la prescripción puede ser interrumpida o suspendida; a diferencia la duración razonable del proceso tiene como “parámetros de evaluación: la complejidad, la actividad del Tribunal y el comportamiento del acusado. Este último presenta un doble faz: la primera es la actitud del reclamante en contra de la prolongación, “esto es haber utilizado los medios procesales que tenía a disposición para provocar la decisión”; la segunda consiste en no haber sido el causante de la demora en el procedimiento, puesto que “si la demora en el trámite ha obedecido a una estrategia defensiva implica la renuncia del reclamado derecho a obtener un juicio en tiempo razonable; y, por el contrario, ese derecho “reconocido a favor del imputado” encuentra tutela en el instituto de la prescripción de la acción penal, como un modo de poner fin al proceso ante las evidentes dilaciones que no han sido provocadas por él o su defensa sino que por la conducta de jueces y fiscales que no han podido llevar a juicio hechos que vienen investigando por más de una década...”. Señalan también la diferencia en el cómputo del inicio del plazo. La prescripción corre desde la comisión

del hecho delictivo, a diferencia de la duración del proceso que inicia con la actividad Estatal tendiente a la persecución del delito.

Es dable destacar aquí, que, así como se garantiza un tiempo máximo de duración, debe también garantizarse uno mínimo indispensable para cumplir los fines del proceso penal⁵⁵.

Destacan los Dres. Cafferata y Tarditti la doctrina sentada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, en el precedente “Andreatta”, puesto que allí el Alto Tribunal se ha ocupado de la garantía en estudio, escudriñando, los requisitos de aplicación de la misma: “ a) En lo atinente a la etapa procesal en que puede invocarse la garantía, la lectura de los distintos pronunciamientos de la Corte muestra que se han tratado de procesos que llegaron a la máxima instancia aun abiertos, esto es, sin que se hubiera dictado sentencia, o de causas en las que medió condena o absolución, pero que fueron sometidas a una ajetreada o injustificadamente prologada etapa impugnativa que les negaba toda posibilidad de adquirir firmeza. b) Configurada alguna de las situaciones señaladas, el punto de inflexión finca en la observancia o inobservancia de las formas esenciales del proceso...”. Continúa más adelante: “En otros casos –la mayoría de ellos-, la CSJN hizo efectiva la garantía dictando ella misma u obligando al tribunal inferior a dictar un pronunciamiento que finiquitara el trámite. D) Como parámetros para evaluar la razonabilidad del plazo, junto a la complejidad del asunto y la actuación del Tribunal en el impulso del proceso, la jurisprudencia de organismos internacionales como asimismo de la Corte Suprema, han reparado en el comportamiento del acusado que reclama una decisión tempestiva. No es ocioso aclarar que no se trata de un derecho del imputado a ser liberado sin más de toda responsabilidad, una vez transcurrido el lapso reputado como prudente. Por el contrario, quien pretende ampararse en esta garantía debe haber puesto de manifiesto una actitud acorde con lo que peticiona, esto es, haber utilizado los medios procesales que tenía a disposición para provocar la decisión –cualquiera sea su sentido, condenatorio o exculpatorio- que pusiera fin a la situación de incertidumbre y restricción propia del trámite. Es esta última y no la atribución de responsabilidad, el gravamen que la mentada celeridad procesal quiere conjurar. Por ello, aun cuando la vía de la prescripción sea el cauce a través del cual se dio cabida a esta ecuación pretoriana, no puede concluirse que el derecho a ser juzgado sin dilaciones importe, sin más, el derecho a la prescripción de la acción penal”⁵⁶.

V. Conclusiones.

—Este breve repaso de algunos antecedentes en torno a la duración “razonable” de los procesos, permite realizar una primera observación: la demora judicial es un tema que preocupa desde tiempos inmemoriales y la situación poco ha variado a la fecha.

—El problema se evidencia en la determinación del significado de la

palabra “razonable” y en la falta de regulación legal de plazos específicos y consecuencias concretas ante la transgresión.

—Con anterioridad a la reforma constitucional del año 1994 se decía respecto de la garantía de duración razonable del proceso que, si bien nuestra Carta Fundamental no la contemplaba en forma expresa, se derivaba implícitamente del Art. 18 (derecho de defensa). No obstante al haberse incorporado los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, esta garantía obtuvo regulación expresa.

—Se puede concluir también, que la duración razonable del proceso penal es una garantía distinta de la duración de la prisión preventiva cautelar, puesto que esta última es solo instrumental a los fines del proceso y solo alcanza al imputado y la primera es una garantía de carácter bilateral.

—Respecto de la relación de esta garantía con el instituto de la prescripción, si bien en ambas el elemento tiempo es esencial, la primera es una garantía constitucional y seguramente su contenido será materia de regulación de los ordenamiento procesales y hasta la fecha se alude a “razonable” sin establecer —en general— un término específico, a diferencia del instituto de la prescripción que está contenido en el Código Penal de forma clara y precisa y con efectos concretos.

—De los extractos de doctrina judicial de distintos Tribunales Internacionales y Nacionales (CEDH, CIDH, CSJN, CNCP, TSJCb.) se evidencia un margen de discrecionalidad en el juzgador para decidir en cada caso en concreto si se ha vulnerado el derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

—El concepto continúa dentro de límites borrosos que permiten decidir en cada caso, dejando amplio margen para la arbitrariedad.

—La pregunta que se impone es si corresponde tanta discrecionalidad, o acaso, la alusión a la garantía es un escudo para su vulneración.

—Nos preguntamos si la no definición no constituye una vulneración a la igualdad ante los tribunales y al debido proceso, puesto que no se establecen reglas claras, lo que genera en el justiciable “sensación de inseguridad”, pudiendo los Tribunales superiores resolver de forma sustancialmente diversa ante supuestos de similares características.

¹Vale aquí aclarar que no se abordará el tratamiento de los delitos imprescriptibles —de lesa humanidad— puesto que requieren articulaciones de derecho interno e internacional que exceden el marco de este trabajo.

²Shakespeare vivificó en Hamlet que el retraso de la justicia constituye una de las causas que ocasionan los males que llegan a aniquilar a un hombre (Acto Tercero: “The law’s delay”).

³Pastor, Daniel R., “El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho...”

”, Ed.Ad-Hoc, octubre 2002, pag.49 y sgtes.

⁴De aplicación operativa para los operadores jurídicos.

⁵Aprobado por la Ley 23.313 (1986) y con jerarquía constitucional desde la reforma de 1994 (C.N.Art.75, 22)

⁶Aprobada entre nosotros por la Ley 23.054 (1984) y con jerarquía constitucional desde 1994.

⁷Aprobada por Ley 23.849 (1990) y con jerarquía constitucional desde 1994.

⁸Mattei, CSJN.

⁹Cabe recordar que el viejo Código Procesal en Materia Penal (ley 2372), establecía un plazo, no solo para la instrucción y el plenario, sino para el proceso en su totalidad. Estaba delimitado en el art. 701 (incorporado por Ley N° 22.383), que textualmente indicaba: “Toda causa deberá terminarse completamente en el término de dos años, no computándose las demoras causadas por articulaciones de las partes, diligenciamiento de oficios o exhortos, realización de peritaciones y otros trámites necesarios, cuya duración no dependa de la actividad del Juzgado”.

¹⁰“La instrucción deberá practicarse en el término de cuatro (4) meses a contar de la indagatoria. Si ese término resultare insuficiente, el juez solicitará prórroga a la cámara de apelaciones, la que podrá acordarla hasta por dos (2) meses más, según las causas de la demora y la naturaleza de la investigación. Sin embargo, en los casos de suma gravedad y de muy difícil investigación, la prórroga otorgada podrá exceder excepcionalmente de dicho plazo”.

¹¹En su artículo 10 reza que: “La presente ley es reglamentaria del artículo 7, punto 5, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos e integra el Código Procesal Penal de la Nación”. Esta ley es conocida como “Ley del dos por uno”, o mejor dicho “uno por dos”, sin embargo por medio de la Ley 25.430 se derogó los artículos 7 y 8 y modificó los arts.1, 2, 4, 9, 10 y 11.

¹²Conf. Solimine, Marcelo, “Limitación temporal al encarcelamiento preventivo y su cómputo a los fines del Art.24 del Código Penal”, Ed. Depalma, 1996, pag.38

¹³Se advierte que el camino que eligió el legislador no fue el mas apropiado desde le punto de vista de respetar el postulado federal de las autonomías locales.

¹⁴Ver Bella, Gabriela María, ¿El plazo de dos años del art.283, inc.4°, del Código Procesal Penal de Córdoba, constituye un límite infranqueable a la duración del encarcelamiento cautelar?, NDP 2004-A, Editores del Puerto, p.157 y sgtes.

¹⁵Carrió, Alejandro D., “Garantías constitucionales en el proceso penal”, Ed. Hammurabi, 1984, 130 y sgtes.

¹⁶CSJN, 300:1102-1978.

¹⁷CSJN 302:1333-1980.

¹⁸Carrió, ob.citada, p.135/6.

¹⁹Casos: “Neumesiter” “Stogmuller” “Matznetter”, entre otros, extraído de Pastor, ob.cit., p.117 y sgtes.

²⁰Resuelto el 31-9-2001. Algún sector de la doctrina encuentra en este precedente la inspiración para proponer que la idea del sobreseimiento y no la compensación, es la solución correcta para la vulneración del derecho del acusado a ser juzgado sin retrasos

²¹Del método de los siete criterios elaborado por la Comisión para la evaluación del carácter razonable de la duración de la prisión preventiva, el Tribunal llegó a pergeñar, caso a caso, su propio método en los tres criterios en los que se debía

descomponer el análisis de un proceso para saber si su duración era respetuosa del límite del plazo razonable: complejidad del caso, conducta del imputado, comportamiento de las autoridades administrativas y judiciales encargadas de la conducción del proceso. Dentro de este último criterio el Tribunal se dedicó también al análisis de las distintas circunstancias, propias o ajenas a la administración de justicia, que podrían justificar una duración del proceso que, objetivamente, resultara ya extremadamente exorbitante, exageradamente prolongada, en fin, claramente violatoria de todo plazo razonable. Este razonamiento pretendía que, en ese tipo de casos, el gobierno demandado tuviera la carga de explicar los motivos de tal duración. Éste es uno de los grandes errores de la jurisprudencia del Tribunal. La violación del derecho de las personas a que su proceso penal finalice dentro de un plazo razonable no puede reconocer justificación alguna”. (ver Pastor, ob.cit. p.114).

²²Según Pastor “el intento del TEDH por mantener al plazo razonable de duración del proceso penal como concepto jurídico indeterminado, que debe ser definido en cada caso concreto, no ha sido más que una excusa para justificar la propia arbitrariedad del Tribunal y un puente de oro para que los Estados escapen de su compromiso de regular plazos determinados y puedan ejercer, a través de sus tribunales –especialmente de los superiores-, la misma arbitrariedad, sometida al único control externo de exponerse a la arbitrariedad del TEDH”.

²³ Integrantes: Cecilia Medina Quiroga, Presidenta; Diego García-Sayán, Vicepresidente; Sergio García Ramírez, Juez; Manuel E. Ventura Robles, Juez; Margarete May Macaulay, Jueza, y Rhadys Abreu Blondet, Jueza.

²⁴ El fallo completo puede leerse en la siguiente dirección www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_esp.doc.

²⁵ Cfr. resolución dictada por el Juez Nacional de Instrucción No. 25 el 20 de diciembre de 1991, mediante la cual resuelve “CONVERTIR EN PRISIÓN PREVENTIVA la actual detención de JUAN CARLOS BAYARRI, de las demás condiciones personales obrantes en autos, en orden al delito de ASOCIACION ILICITA EN CONCURSO REAL CON SECUESTRO EXTORSIVO REITERADO” (prueba para mejor resolver presentada por el Estado, exp7176cuerpo7_92.pdf, páginas 127 a 170). Esta resolución fue apelada el 23 de diciembre de 1991 por la representación legal de la presunta víctima (prueba para mejor resolver presentada por el Estado, exp7176cuerpo7_92.pdf, páginas 175-178). Mediante auto de 30 de diciembre de 1991 se concedió el recurso de apelación interpuesto (prueba para mejor resolver presentada por el Estado, exp7176cuerpo7_92.pdf, página 207).

²⁶ Cfr. resolución de 20 de febrero de 1992 la Sala III de la Cámara en lo Criminal y Correccional mediante la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto, confirmando la prisión preventiva (prueba para mejor resolver presentada por el Estado, exp7176cuerpo10_92.pdf, páginas 93 a 100).

²⁷ Sentencia de 1 de junio de 2004 de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal (expediente de anexos a la demanda, anexo 1.7, folios 27 a 54).

²⁸Cfr. Caso Suárez Rosero, supra nota 56, párr. 70; Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 150; y, Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil, supra nota 79, párr. 195.

²⁹ Cfr. Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua, supra nota 93, párr. 77; Caso Escué Zapata Vs. Colombia, supra nota 30, párr. 102; y, Caso Heliodoro Portugal Vs.

Panamá, *supra* nota 10, 149.

³⁰La sala 2ª de la C. Nac. Crim. y Corr. Fed. de la Capital Federal había revocado la resolución de primera instancia que hacía lugar a la prescripción de la acción penal respecto a Miguel A. Egea. La defensa del imputado interpuso recurso extraordinario, el que, declarado inadmisibile, dio origen a una queja. El Procurador en su dictamen hace referencia a criterios de la propia Corte (progresividad y preclusión) como instrumentos procesales aptos para evitar la duración indeterminada de los juicios. Cita los precedentes “Mattei” (Fallos 272:188) y “Mozzatti” (Fallos 300:1102), destacando que, si bien estos se originaron ante planteos dirigidos a evitar que declaraciones de nulidad provocaran, al retrotraer el juicio a etapas superadas, un agravamiento de la situación en causas que ya habían tenido una duración considerable, y que esas situaciones diferían de la planteada en Egea, la Corte las podría equiparar, teniendo en cuenta que allí el recurrente reclamaba que se declarara la extinción de la acción penal por prescripción, como forma de consagrar efectivamente el derecho del imputado a obtener un pronunciamiento judicial en un plazo razonable. Luego de analizar la secuencia de actos procesales que conformaban ese expediente, señala “Si se observa esta secuencia procesal, resulta difícil conjeturar que se obtendrá a corto plazo una resolución definitiva del pleito que ponga fin a las restricciones que implica el mero sometimiento del recurrente al juicio penal. Durante la dilatada sustanciación de este proceso, las personas sometidas a él, han visto amenazada su libertad y afectados sus patrimonios, con motivo de las medidas cautelares que se dictaron, situación de incertidumbre que no parece estar próxima a culminar. Y aun cuando la sentencia estuviere próxima -lo cual, en verdad, no se avizora teniendo en cuenta que todavía no se ingresó a la etapa de prueba y discusión- el tiempo ya transcurrido resultaría excesivo y perjudicial para los derechos de defensa en juicio y al debido proceso. Y tan es así, que aun desde el punto de vista normativo, el trámite se ha apartado en demasía de los plazos establecidos en los arts. 701 y 206 del CPPN., de 2 años y de 6 meses para la totalidad del procedimiento y para el sumario, respectivamente. Y el hecho de que éstos no sean interpretados en la jurisprudencia ordinaria como absolutos, no significa que puedan quedar tan fuera de consideración que se produzca, de facto, una verdadera derogación. “No hay duda de que dichos plazos deben constituir, por lo menos, un canon de razonabilidad sobre la duración del trámite que no puede ser soslayado sin más por el juzgador” (del voto de los ministros Dres. Enrique Santiago Petracchi y Antonio Boggiano en el precedente de Fallos 322:360, consid. 16).

³¹El dictamen completo puede consultarse en www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=535703

³² A los fines de no recargar la lectura con recursos y signos de puntuación, se aclara que cuando se utiliza *cursiva*, el texto se encuentra mínimamente adaptado del formato original.

³³ La Sala se encontraba integrada por el doctor Gustavo M. Hormos como Presidente, los doctores Juan Carlos Gemignani y Mariano Hernán Borinsky como Vocales.

³⁴ Conforme Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua, Sentencia del 29 de enero de 1997. Serie C No. 30; Escué Zapata Vs. Colombia, Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No.165; Heliodoro Portugal Vs. Panamá, Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186; entre otros.

³⁵ Criterio que –según señala– es congruente con lo sostenido por el Tribunal

Europeo de Derechos Humanos en cuanto a que la necesidad de peritajes –u opiniones de expertos–, así como el número de imputados (TEDH, *Billi v. Italy*, 26/2/1993) y la cantidad de planteos de las partes (TEDH, *Monnet v. France*, 27/10/1996) contribuyen a la complejidad de la causa.

³⁶ A este voto adhieren los dos Vocales que siguen en el acuerdo.

³⁷ La Sala fue integrada por la doctora Ana María Figueroa como Presidente, y los doctores Raúl R. Madueño y Luis María Cabral como Vocales.

³⁸ Entre otras consideraciones tenidas en cuenta para revocar el sobreseimiento dictado por “prolongación indebida del proceso penal”, resultan muy ilustrativas las siguientes “...cada indagatoria se le debía hacer saber a los imputados más de cuarenta carillas de detalle de las pruebas existentes en su contra. Los treinta y seis cuerpos que integran la causa, sin contar las diversas incidencias que corren por cuerda hablan a las claras del gran volumen del expediente... Tampoco fue evaluado por el tribunal oral que dos de los imputados estuvieron rebeldes...; que todos los procesamientos fueron apelados por las defensas, las que además plantearon diversas nulidades y excepciones que debieron ser tratadas también por el superior y en algunos casos llegaron por vía de queja ante esta Cámara Federal de Casación Penal, sin éxito alguno. De hecho, el rechazo de la excepción de prescripción de la acción penal fue resuelto más de una decena de veces por la cámara de apelaciones durante el trámite de la instrucción, así como también en numerosas oportunidades rechazó el pedido de nulidad del requerimiento de elevación a juicio del fiscal que las defensas planteaban con similares fundamentos y cuyos escritos ocupan varios cuerpos del expediente.

³⁹ La Sala se integró con el doctor Alejandro W. Slokar como Presidente y las doctoras Ana María Figueroa y Ángela E. Ledesma como Vocales.

⁴⁰ Integración de la Sala Tercera de la Cámara Federal de Casación Penal: doctores Liliana Elena Catucci, Eduardo Rafael Riggi y Mariano Hernán Borinsky, bajo la presidencia de la primera de los nombrados.

⁴¹ Señala el Dr. Righi que “...el criterio que surge del precedente evocado es también el que se aplicara en las causas n° 9525 caratulada “Cañete, José Roberto s/ recurso de casación” (reg. 325, del 31/3/09); n° 10.455 caratulada “Romero Pucciarello, Juan s/ recurso de casación” (reg. 808, del 18/6/09); n° 9749 caratulada “Acosta, Justo Germán s/ recurso de casación” (reg. 806, del 18/6/09); n° 10.843 caratulada “Santa Cruz Rojas, Santiago s/ recurso de casación” (reg. 1170, del 26/8/09); n° 10.825 caratulada “Cabañas Escobar, Daniel s/ recurso de casación” (reg. 1196, del 27/8/09); y n° 10.944 caratulada “Gómez, Alfredo Hugo s/ recurso de casación” (reg. 1798, del 23/11/09), entre muchas otras. También la Sala I (conf. causas n° 7790 caratulada ‘Miguel, Néstor Roberto s/ recurso de casación’, reg. 10.454, del 9/5/07, n° 8428 caratulada ‘Barros, Orlando Rubén s/ recurso de casación’, reg. 10.829, 13/8/07, y n° 7201 caratulada ‘Chacón, Francisco Eduardo y otro s/ recurso de casación’, reg. 9546, 5/10/06); la Sala II (causas n° 5361 caratulada ‘Robledo, Guillermo Tomás s/ recurso de casación’, reg. 7766, del 20/12/04, y n° 6477 caratulada ‘With, Guillermo Eduardo y otros s/recurso de casación’, reg. 10.264, del 13/7/07); y la Sala IV (causas n° 7291 caratulada ‘Mitar, Raúl s/recurso de casación’, reg. 10.593, del 24/6/08) se han expedido en un sentido análogo al que surge de los antes mencionados precedentes de esta Sala III, asumiendo el criterio de reconocer y tornar operativo el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas que surge de los instrumentos internacionales de derechos humanos que antes memoráramos...”.

⁴²Pastor Daniel R., ob. cit., p.108.

⁴³Existen distintas clasificaciones que tienen en cuenta: el origen del plazo (legales, judiciales, convencionales), la oportunidad (finales, iniciales), el efecto previsto para su vencimiento (perentorios: fatales – no fatales, ordenatorios), la posibilidad de trasladar su vencimiento hacia el futuro (prorrogables- improrrogables), la forma de su cómputo (año, meses, días: hábiles, corridos), el cómputo en función de su inicio-transcurso y su término (individuales, comunes).

⁴⁴En este sentido, Cafferata Nores explica que: "...desde nuestro punto de vista (que no parece ser compartido por la jurisprudencia supranacional) se impone la limitación de su duración por el mero transcurso de ciertos plazos que deben ser fijado por la ley procesal (y con independencia de la subsistencia de las causas –riesgos- que la motivaron) considerados razonables para concluir el proceso con el resguardo de los fines que la medida de coerción tutela. La autorización del encarcelamiento procesal y su limitación temporal, son dos caras de la misma moneda: la primera implica la segunda; la autorización se corresponde con la limitación. La jurisprudencia supranacional ha sostenido como fundamento de la razonabilidad del plazo máximo de duración, que al sobrepasar la prisión preventiva el límite que éste impone "aumenta el riesgo de que se invierta el sentido de la presunción de inocencia", la que "se torna cada vez más vacía y finalmente se convierte en una burla", no sólo por que se está "privando de la libertad a una persona todavía inocente, castigo severo que legítimamente se impone a los que han sido condenados, sino por su consecuencia natural de sospecha indefinida y continúa". Añade que otra "consecuencia grave de una detención preventiva prolongada es que puede afectar el derecho a la defensa porque, en algunos casos, aumenta la dificultad del acusado para organizar su defensa...aumentan los límites de riesgos aceptables que se calculan en la capacidad del acusado para presentar pruebas y contra-argumentos", "disminuye la posibilidad de convocar testigos y se debilitan dichos contra-argumentos". También advierte (en realidad denuncia) que "aumenta para el acusado la posibilidad de objetar una pena que justifique la prolongada duración de la prisión preventiva, aunque los elementos de convicción no sean contundentes. Y para que no queden dudas establece que la limitación temporal está restablecida, no en el interés de la justicia, sino en el interés del acusado". Aut. mencionado, Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino" Ed. Cels Centro de Estudios Legales y Sociales", Ed. del Puerto, p.190 y sgtes (cita N° 402: Cf. Comisión IDH, informe N° 35/96, caso 10.8312, del 7/IV/98.).

⁴⁵Salvo las normas referidas al tema, Ley 24.390 ya citada y su modificatoria.

⁴⁶Pueden verse la propuesta en el Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación.

⁴⁷ Seguiremos al autor de mención en la clasificación que realiza, ob.cit., p.503/40.

⁴⁸ Pag. 535/7.

⁴⁹Bovino, Alberto, Problemas de derecho procesal penal contemporáneo, Ed. Del Puerto, 1998, pág.175.

⁵⁰Pastor señala a fs.478/9 que "La construcción dogmática efectuada para determinar un criterio concreto de restricción temporal del encarcelamiento fue a dar vida a una regla muerta, aquella que, en el código vigente en la época, mandaba "terminar" las causas penales en el plazo máximo de dos años, sin computar ciertas demoras ajenas a la labor de los órganos de la persecución penal. La

regla era letra muerta dado que había sido completamente desconocida por los tribunales: los procesos duraban indefinidamente sin consecuencia alguna, pero, a lo menos, sirvió dignamente para delimitar la duración máxima tolerable del encarcelamiento provisional. También en la jurisprudencia del TEDH, ya tratada, es posible ver de qué manera primero aparecieron las quejas contra la violación del plazo máximo de la detención provisional y sólo tiempo después aquellas que fueron dirigidas contra la violación del plazo razonable de duración del proceso”.

⁵¹Aut. citados, CPPCba., Comentado, con la colaboración de Gustavo A. Arocena, Ed. Mediterránea, 2003, T.2, p.70/1.

⁵²Entienden los Dres. Cafferata y Tarditti que “se trata de una garantía individual, la limitación temporal exige que en el proceso exista alguna persona formalmente imputada del delito que le dio origen (no es una garantía erga omnes) y funciona exclusivamente a su respecto (y no en relación con partícipes desconocidos o no imputado). El cómputo del término máximo deberá realizarse desde la fecha de la imputación”. Aut. citados, ob. cit, T.1, p. 46 y sgtes.

⁵³ La IDH, en el caso Suárez Rosero, del 12/XI/97 sostuvo que “se deben tomar en cuenta “tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado, y c) la conducta de las autoridades judiciales”. 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, Ed.Cels Centro de Estudios Legales y Sociales, Ed. El Puerto, p. 191.

⁵⁴Adviértase que actualmente se están revisando desde la jurisprudencia las causales de procedencia del encarcelamiento preventivo exigiendo a los Tribunales que acrediten que el imputado intentará eludir el accionar de la justicia, no sólo fundados en el delito que se le imputa.

⁵⁵Aut.cit., La prescripción en el proceso penal, Ed. Mediterránea, marzo de 2006, p.86.

⁵⁶Hairabedián, Maximiliano- Zurueta, Federico, ob.cit., p.88 y sgtes.

⁵⁷En este sentido los Dres. Cafferata Nores y Tarditti señalan que: “Puede hablarse también de un término mínimo de duración: el necesario para el desarrollo de la investigación, para el eficaz ejercicio de la defensa y para una decisión serena y ponderada de los jueces alejada temporalmente del estrépito causado por la noticia de la posible existencia del delito. Término máximo y mínimo procuran evitar que el tiempo provoque injusticias, por decisiones judiciales tardías y precipitadas”. (pág. 50 y 51 T.1). En la nota al pie N°73 (p.46 T.1) citan: “El Tribunal Europeo de Derecho Humanos se expidió respecto del momento en que debe comenzar a computarse el plazo razonable: “En materia penal, el “plazo razonable” del art.6.1, comienza en el instante que una persona se encuentra “Acusada”; puede tratarse de una fecha anterior al inicio del proceso como concretamente la fecha del arresto, de la inculpación o de la apertura de investigaciones preliminares” (TEDH, Caso Eckle, del 15-VII-1982).”.

⁵⁸Aut.cit., ob. cit., fs.45 (nota al pie 70). TSJ Cba, Sala Penal, sent.N°14, 21/3/03, “Andreatta”, síntesis publicada en Actualidad Jurídica, N°32, del 14 de julio de 2003, ps.1881 y 1882).

SIGNIFICACIÓN ACTUAL DEL JUICIO CON O POR JURADOS EN MATERIA PENAL

Carlos A. Chiara Díaz

Introducción

Introducir el juicio por o con jurados es más que un mandato constitucional ya que se trata de alcanzar con ello una genuina reforma de la Administración de Justicia Penal, dándole intervención al pueblo soberano, quien por ser tal no necesita exhibir títulos ni capacitarse a fin de cumplir esas funciones reconocidas en la Constitución Nacional y en varias Constituciones provinciales.-

Trascendencia de la escuela de derecho procesal de Córdoba

En ese proceso, que parece haberse profundizado y acelerado en los últimos tiempos, cabe a mi juicio reconocer como un hito significativo la elaboración y puesta en vigencia en 1939 del Código Procesal Penal mixto, con plenario oral y público en la provincia de Córdoba, basado en la separación de las funciones de investigación a cargo del Ministerio Público Fiscal, de las jurisdiccionales de decisión de los conflictos encomendados a los jueces y tribunales, quienes además garantizan la defensa eficaz de los imputados.-

Ese esquema contó con el liderazgo inicial de Alfredo Vélez Mariconde, Sebastián Soler y Jorge A. Clariá Olmedo, continuando en sus múltiples facetas y proyecciones hacia el sistema acusatorio por José Ignacio Cafferata Nores y una pléyade de brillantes profesores e investigadores que dejaron abonado el terreno para establecer desde el año 2004 en Córdoba, con respaldo de su Constitución, el proceso con jurados, en una mixtura que ha tenido el predominio inicial de los jueces profesionales, pasado a posteriori a un integración con amplia superioridad de jueces legos no permanentes, habiéndose llevado a cabo hasta el presente más de 400 juicios, sin que sus resultados merecieran objeciones y críticas.-

Algunos antecedentes

Desde 1812 los proyectos y constituciones incluyeron la opinión de los próceres de instrumentar procesos judiciales y conseguir la transformación de nuestras instituciones básicas, funcionales al régimen colonial y monárquico, para colocarlas en sintonía con la república de-

mocrática, donde la soberanía residía en el pueblo y se proyectaba para legitimarlas a las tres funciones principales, entre ellas la de administrar justicia, que desde entonces hasta nuestros días merece críticas y desconfianza por estar a cargo de magistrados y funcionarios, dentro de una organización estatal rentada, vertical, rígida y autoritaria, que reconoce como referente indispensable al expediente escrito, el cual permite la delegación de funciones y en empleados, a más de utilizar un lenguaje supuestamente técnico, alejado del idioma popular común, en los actos que al tiempo se incorporan por lectura y en las audiencias públicas, desvirtuando los principios de oralidad, inmediación y concentración.-

Para superar ese agobiante estado de cosas contrarias a las constituciones de la Nación y de las provincias se pensó en instaurar el modelo de enjuiciamiento por o con jurados, como forma de participación popular en la administración de justicia penal, sin perjuicio de valorarlo también en el carácter de garantía o derecho de los ciudadanos a ser juzgados por sus pares, no por empleados del Estado, quienes en resguardo de su independencia e imparcialidad no tendrán posibilidades de investigar, incorporar pruebas e impulsar el trámite.-

¿Juicio con o por jurados?

Si se trata de conformar el clásico jurado anglosajón con miembros titulares y suplentes se hablará de “*juicio por jurados*”, esto es, un conjunto de ciudadanos que reúnan los requisitos determinados, conozcan y decidan sobre el conflicto.-

En cambio, si hay una integración con jueces profesionales y permanentes *-cualquiera sea la proporción-* y legos no permanentes, dicha incorporación para el caso abona la denominación “con jurados” y se lo conoce también como sistema escabinado.-

De todas maneras, no parece ser una cuestión fundamental y solo la exponemos en el afán de aclarar denominaciones usadas de modo indistinto y como sinónimos.-

¿Jurados en todos los delitos o para algunos?

La intención del constituyente parece clara en el art. 118 de la CN de incluir todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados.-

Sin embargo, para algunos, con buenas razones, es preferible instalarlo solo para un elenco de delitos a título de prueba y divulgación ciudadana, dividiéndose a su vez entre quienes pretendían instalarlo para los ilícitos menos graves y/o de acción privada (*por ejemplo el profesor y ex Ministro de Justicia, Dr. Raúl Granillo Ocampo*), y los que pregonan la conveniencia de establecerlo en los delitos de corrupción fiscal-

tributarios, contra la administración pública o el orden constitucional, entre otros, a fin de permitir que a través de la participación en las decisiones jurisdiccionales por esos hechos de magnitud vulneratoria se pueda expresar el sentimiento del pueblo acerca de la necesidad de condena o absolución.-

Los proyectos y leyes que se presentaron y/o instauraron el sistema en el orden federal y de algunas provincias se inclinaron por seleccionar como en España un número cerrado de delitos que admitían ese tipo de juzgamiento, lo cual era una garantía para quienes desconfían de su costo económico y de ciertas dificultades para obtener la integración del Tribunal de Jurados, que conspiran para lograr celeridad y mayor confianza en la sociedad, disconforme precisamente de la lentitud de los métodos tradicionales a fin de alcanzar prontamente las decisiones conclusivas de los conflictos.-

¿El jurado es garantía renunciable o resulta ser una forma de participación ciudadana en la administración de justicia?

Nadie duda que históricamente en Estados Unidos el juicio por jurados significó una garantía para los colonos de ser juzgados por sus pares y no por los representantes de la monarquía inglesa. Tiene pues esa prosapia que lo mantiene a pesar de los críticos de algunos sectores. Asimismo, se entendió que al ser un beneficio-garantías alcanzaba a todos los sectores de la población, sin poder ser excluidos los negros u otras minorías.-

Tampoco se discute que en nuestra República tenga la condición de garantizar mayores y específicos límites al poder investigador y punitivo del Estado respecto de los imputados, por lo cual el beneficiario bien podría renunciar a esta posibilidad y someterse a los procesos a cargo de funcionarios y jueces profesionales.-

No obstante, al figurar en la primera parte la declaración contenida en el art. 24 acerca de que el Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados, que se reitera como atribución del Congreso Nacional en el art. 75, inc. 12, y en calidad de mandato para el Poder Judicial en el art. 118, emerge claro que se trata de afianzar en el ámbito del conocimiento y resolución de los conflictos penales la intervención de los ciudadanos como expresión de la democracia representativa y ubicándolo en la condición de un asunto del pueblo, no de quienes ostentan el poder, brindando la confianza en que se respetaran los derechos de las víctimas y de los acusados.-

Es así que el "juicio por jurados al igual que la acción popular en manos del ofendido, fueron objeto de críticas análogas. Ambos comportan un doble derecho: primero, el del ciudadano, a ser acusado y juzgado por su pares; segundo, el del pueblo en su conjunto a participar en

la administración de justicia, es decir, a ser acusadores y jurados. En este punto quedan fuera de lugar las argumentaciones sobre la falta de idoneidad, de capacidad técnica y de imparcialidad de los jurados, como las que apuntan a la irracionalidad y desmesura del ofendido.-

¿Acaso los fiscales y los jueces profesionales no pueden también equivocarse o ser manipulados? ¿Por qué pensar que los jurados serán menos objetivos que los jueces técnicos, o los fiscales menos vengativos y crueles que las víctimas? Sería ingenuo afirmar que las presiones políticas o de la prensa no pueden influir en un juez técnico o un fiscal profesional. En realidad, ellos tienen menos independencia que los jurados y los acusadores particulares, que se limitan al caso y no necesitan velar por su supervivencia en la función y/o hacer buena letra para ascender.-

La participación ciudadana en la administración de justicia permite a cada parte hallar la vedad en la esfera que se le asigna. Faculta que el jurado, como órgano independiente, se coloque sobre los actores, hostilmente empeñados uno contra otro, y sobre todo en el caso práctico sometido a la decisión del tribunal. Habilita que el sentido común, llano y práctico, se mezcle con la discreción sagaz, profesional y científica en cada proceso singular. Impide que se sacrifique la realidad a la teoría atenuada que une a cada individuo con su profesión y su empeño peculiar, lo que equivale a decir que ahorran el problema postrarse ante los medios y olvidar el fin de tratar de alcanzar la justicia del caso concreto sin influencias.-

El jurado hace viable la participación del pueblo en la administración de justicia sin el serio mal de cortes compuestas de multitudes (500 ó 1.000 personas), o la confusión de las ramas de jueces del hecho y del derecho. En muchos casos proporciona un grado de conocimiento personal de las partes, y hasta de los testigos, para facilitar la decisión. El jurado despierta la confianza en la administración de justicia, uniendo al ciudadano con el gobierno de su comunidad, y le da parte *-constante y renovada, por añadidura-* en uno de los negocios públicos más altos: la aplicación de la ley abstracta a la realidad de la vida. La aplicación de la ley penal a través del Jurado fomenta la pertenencia cívica y se convierte en una inmejorable escuela práctica de la ciudadanía libre” (cfr. “juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires”, por Francisco Castex y Andrés M. Dubinski, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año IV, N° 2, marzo 2014, págs. 192/3).-

Por lo tanto, la realización del Juicio por Jurados involucra como garantía no solo a las víctimas sino también a los acusados, pero es también de interés primordial del sistema institucional que nos rige según la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales que ella refiere en el art. 75, inc. 22, por lo cual no puede dejarse de lado en los casos concretos por la sola voluntad del enjuiciado.-

Integración del jurado

La forma para resguardar la imparcialidad, independencia, legitimidad y transparencia de los jurados es seleccionarlos del padrón electoral y presentarlos al Superior Tribunal o Corte de Justicia antes de finalizar cada año, debiendo comprender a todas las personas que reúnan los requisitos específicos y se domicilien en la circunscripción judicial donde corresponda llevar a cabo el juicio oral, sin encontrarse en situaciones de incompatibilidad (*por ejemplo, no tener la edad mínima de 18 ó 16 años, no registrar condena computable, no ser funcionario o magistrado de los poderes del Estado, Abogado, Escribano, Procurador, Policía o Empleado Judicial con funciones penales o alto dignatario de los credos religiosos*).

Cabe recordar que con asistencia de partes y en acto público se sortearán los candidatos a jurados en un número cuatro (4) veces superior al número establecido (*12, 9, por ejemplo*).

Buenos Aires se ha decidido el año ppdo. por el número mágico de doce (12) titulares y seis (6) suplentes, con las siguientes condiciones:

Ser argentino nativo o naturalizado con no menos de cinco (5) años de ciudadanía;

Tener entre veintiún (21) y setenta y cinco (75) años de edad;

Entender plenamente el idioma nacional;

Estar en pleno ejercicio de los derechos ciudadanos;

Gozar de aptitud física o psíquica suficientes para el desempeño del cargo.

La idea es evitar que existan personalidades influyentes por su profesión o actividad y que por el procedimiento de selección permitan satisfacer el sentimiento de confianza en el conocimiento y decisión de los casos justiciables por los jurados intervinientes, superando las opiniones desfavorables que hoy existen en el cuerpo social acerca de los resultados de la actividad jurisdiccional, sobre todo en situaciones de gravedad extrema o cuando estén comprometidos los amigos del poder político, mediático o económico.

Ser jurado es una obligación cívica, una carga pública, por lo cual en algunos lugares se establece que se dé cada cinco (5) años - *Puerto Rico*-, mientras que en Buenos Aires es cada tres (3) años. Ello no obsta a que se pueda fijar una retribución por la dedicación que ello implica.

De todas maneras debe quedar en claro que la Constitución Nacional lo considera una característica del sistema institucional reconociéndole al Pueblo el privilegio de administrar personalmente la justicia en los crímenes, según lo establece obligatoriamente el art. 118 de la Constitución Nacional.

El jurado para pueblos originarios

En la provincia del Chaco se ha reconocido a los Qom, Wichi y Mocoví como pueblos originarios, y si el acusado de delito pertenece a uno de aquéllos, la mitad del jurado de doce (12) miembros será obligatoriamente compuesto con hombres y mujeres de esa comunidad.-

En cambio, si el hecho juzgado involucra en calidad de víctima y acusado a personas del mismo pueblo originario, la totalidad de miembros titulares y suplentes del juzgado será con mujeres e integrantes de la misma comunidad.-

La selección tiene que ser aleatoria y no impuesta o manipulada.-

Ello es consecuencia de la diversidad cultural del Estado reconocida en la reforma constitucional de 1994, donde el art. 75, inc. 22, de la CN incluyó el Convenio N° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, derivado de ser reconocidos como preexistentes al Estado Nacional y no equiparables a una minoría política, religiosa, artística o sexual.-

Veredicto, impugnación, doble instancia

Algunos sostienen que el veredicto del Tribunal de Jurados es inmotivado, pero debe resultar racional y fundamentado, siendo susceptible de impugnación solo para el condenado, quien puede agravarse porque la fijación de los hechos ha sido contraria a la prueba producida, en lo que se denomina “doble conforme”, porque no es sinónimo de “doble instancia”, propia de los sistemas escritos, en los cuales lo primordial es revisar fundamentalmente el derecho aplicado y se reconoce legitimación para recurrir también al Ministerio Público Fiscal (*cf. Andrés Harfuch, “El juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires”, págs. 345/349, edit. Ad-Hoc, que cita en apoyo de sus posiciones a Alberto Bovino, Julio Maier y Oscar Pandolfi, entre otros*).-

Precisamente por esa carencia de motivación Eugenio Raúl Zaffaroni viene sosteniendo desde hace unos años que el jurado clásico es inviable en la Argentina por ser inconstitucional al resultar contradictoria con lo establecido por la Convención Americana de Derechos Humanos -*incorporada por el art. 75, inc. 22 de la CN*- que impone la doble instancia como medio de legitimación de las sentencias para las partes intervinientes, siendo ello imposible de lograr con las decisiones del jurado que carecen precisamente de motivación y responden a la íntima convicción de sus integrantes.-

Quizás la provincia de Córdoba con el sistema escabinado de reunir mayoría de jueces legos con una minoría de jueces populares, y donde éstos brindan las razones y motivos fácticos y jurídicos de las de-

cisiones en las sentencias, satisfaga las preocupaciones del citado Ministro de la CSJN y salve las objeciones referidas.-

Posibilidad de sancionar una ley nacional de juicio por jurados

X-1- Antecedentes en la materia

Hace un tiempo, en el año 2007, en la Cancillería Argentina se elaboró por una Comisión Especial y quedó a consideración de varios sectores, entre ellos de la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (JuFeJus), un proyecto de reglas mínimas para interponer, tramitar y resolver las impugnaciones casatorias en todo el ámbito nacional y en el de las provincias argentinas, que pretendió receptar los nuevos criterios tendientes a desinformalizarlo y hacerlo eficaz, satisfaciendo los casos “**Herrera Ulloa**” -2/07/04- de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; “**Casal**” -20/09/05- y “**Salto**” -7/03/06- de la C.S.J.N.-

Entonces opiné que esas reglas mínimas podían ser sancionadas por una Ley del Congreso Nacional en virtud de tratarse de la operatividad de requisitos básicos del debido proceso, contenidos en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales mencionados en el art. 75, inc. 22, de la misma, a los cuales se obligó el Estado Argentino y que recogen aspectos esenciales de los fallos de la C.S.J.N. en la materia (*casos “Iguait Pérez, Mario”, Resolución del 17/02/04; “Schenone”, sent. del 3/10/06; “Noriega, Manuel s/p.s.a. robo calificado”, sent. del 7/08/07; “Núñez, Ricardo Alberto – Recurso de Queja, Casación y Extraordinario”, sent. del 16/11/04; “Dieser, María Graciela y Fraticelli, Carlos Andrés s/homicidio calificado por el vínculo y por alevosía -causa N° 120/02-”, sent. del 8/08/06; “Llerena, Horacio Luis s/abuso de armas y lesiones - arts. 104 y 89 del Código Penal -causa N° 3221-”, sent. 17/05/05; “Casal, Matías Eugenio y otro s/robo simple en grado de tentativa -causa N° 1681-”, sent. 20/09/05; “Martínez Areco, Ernesto s/causa N° 3792”, sent. 25/10/05; “Salto, Rufino Ismael s/abuso sexual agravado -causa n° 117/04-”, sent. del 7/03/06; “Martínez, Juan Carlos y Ots. - Privación Ilegítima de la libertad y homicidio agravado -causa N° 14.257-, sent. 4/07/06; “Giménez”, sent. 24/04/06 (rechazan rec. de casación) y “Giménez”, sent. del 20/09/06 (deniegan la concesión de los rec. extraordinarios); “Catrifaf, Ricardo o Fernández, Luis Miguel s/causa 6799”, sent. del 26/06/07, entre otros).*-

Así se hizo con la preservación de la libertad mediante la garantía del hábeas corpus, como piso mínimo reconocido en una Ley del Congreso Nacional, y sin perjuicio de los preceptos más favorables que se instrumentarán en las provincias.-

A su vez, si puede hacerlo en su ámbito de competencia la C.S.J.N., es posible también que lo haga en ejercicio de sus propias incumbencias el Congreso de la Nación, sin que esto signifique una ampliación de funciones en desmedro de las facultades reservadas por las provincias conforme al régimen federal que declaró e instrumentó el Constituyente de 1853/60 y 1994.-

De todas maneras, si primara el criterio que las provincias se han reservado todo lo concerniente a la regulación de la administración de justicia y al dictado de los códigos procesales, ese conjunto de reglas mínimas podrían ser aplicadas a través de la adhesión por ley de cada una de las provincias, tal cual existen antecedentes en varias materias.-

Es que el recurso de casación debería dejar de ser considerado un recurso extraordinario para pasar a constituirse en un instrumento de legitimación, control y defensa amplio, que permita una revisión integral de la sentencia condenatoria o absolutoria en favor del imputado y de la víctima constituida en querellante (*arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*), sin excluirla a esta última del proyecto de reglas mínimas por estimar que el derecho al “doble conforme” le cabe únicamente al condenado.-

Claro está que si la víctima constituida en querellante consigue éxito en su impugnación casatoria, hay que garantizarle también al condenado otra instancia superior de control para que exista el standar de legitimidad del doble conforme que habilite el ejercicio del ius puniendi estatal.-

Dentro del nuevo esquema federal se aceptó asimismo:

* Incluir la reducción de las condiciones formales de interposición, estimándose innecesario el mantenimiento del recurso ante el tribunal de casación incoado en la instancia de grado.-

* Ampliar limitadamente los agravios o motivos de casación expuestos al interponer el recurso.-

* Permitir que la interposición del recurso sea directa ante el Tribunal que lo deberá resolver.-

* Aceptar que se amplíen los motivos de casación, sin restringirlos únicamente a la inobservancia de la ley sustantiva y la ley procesal, con admisión de otros referentes a la errónea valoración de la prueba o la determinación de los hechos y de la pena o medida de seguridad, como asimismo incorporándole las causales de revisión.-

* Exigir la fundamentación de los agravios que afectan al impugnante.-

* Ser restrictivos en la inadmisibilidad por motivos formales, tratando de alcanzar el máximo rendimiento para potenciar la posibilidad de contralor de legitimidad de lo resuelto en la instancia de grado.-

* Imponer que el acta de debate sea ampliamente descriptiva en los aspectos esenciales, como también que se registre por video, versión taquigráfica o con otros medios técnicos, a instancia y con el aporte de la parte que lo solicita.-

X-2- Factibilidad de dictar como paradigma del sistema acusatorio el juzgamiento por jurados en todo el país

Lo expuesto para la nueva Casación penal podría extenderse además del ámbito nacional a todas las provincias y no limitarse a algunas, con características diferentes y en virtud de no haberse satisfecho por el Congreso la manda constitucional de instrumentarlo respecto de los hechos criminales, con la determinación de la integración y procedimiento de dicho jurado, al menos en los aspectos básicos, lo cual extendería el principio de igualdad de derechos, garantías y posibilidades a todos los ciudadanos y no a quienes sean juzgado en algunas provincias con ese modelo, tal cual sucede únicamente por ahora con Córdoba, Buenos Aires y Neuquén.-

Creo necesario recordar que esa opinión tiene prosapia añeja, dado que el Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Litoral, y ex integrante de la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, Dr. Abraham Bartoloni Ferro, la sostenía porque *“si todos los habitantes del país son iguales ante la ley, según el artículo 16, y si la igualdad, en la ciencia y en el espíritu de la Constitución, no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan privilegios y excepciones, que excluyan a unos de lo que se concede a otros, en igualdad de condiciones, cuando la Constitución a todos aquellos los ampara con un juicio previo, en la aplicación de las sanciones que establece el Código Penal, como garantía de justicia y de libertad, que reconoce a todos ellos, parecería obvio que ese amparo y garantía deban ser iguales para todos”* (cfr. Sobre Reformas Procesales Penales¹!, pág. 29, edic. de la Universidad Nacional del Litoral, año 1939).-

De ahí la factibilidad de extenderla también por ley nacional con preceptos referidos a la creación de un jurado clásico o escabinado, a su forma de integración, a si es garantía del imputado o resulta una manera de reconocer la participación ciudadana en la administración de justicia, a la deliberación y fundamentación del veredicto y la sentencia, a la prisión preventiva y demás medidas de coerción, al plazo razonable y a la intervención del ofendido en los procesos penales, sea como actor civil o querellante.-

IX- Conclusión

Estamos convencidos que la pronta instalación del juicio por jurados en el orden nacional y en las provincias que no lo tengan permitirá que se cumpla con el efectivo funcionamiento del sistema acusatorio, que nos aleje definitivamente de la cultura inquisitiva colonial, heredada de la monarquía hispana y jerarquías burocráticas que manejan verticalmente las formas de administrar justicia, restituyendo ese poder al Pueblo, que no necesita demostrar capacidad alguna para ejercerlo porque es el titular de la soberanía y puede entonces resolver directamente los conflictos penales que se le asignan.-

Hay que acompañar ese camino con final inevitable en nuestra República a través de la capacitación de grado y posgrado en las Universidades, Asociaciones de Magistrados y Funcionarios y Colegio de Abogados, a fin de lograr modificar las estrategias de litigación y resolución de casos que afiancen el nuevo sistema y alejen las perspectivas de retrocesos que lo vayan desvirtuando progresivamente en sus esencias.-

LA REFORMA PROCESAL PENAL EN LA PROVINCIA DE SANTA FE: UN PASO NECESARIO PARA DEMOCRATIZAR LA JUSTICIA¹

Daniel Erbetta

1. Los objetivos políticos de la reforma.

Luego de un proceso político de casi siete años que, con marchas y contramarchas, comprometió a los tres poderes del estado santafecino y a tres gestiones de gobierno, hemos iniciado, a partir del 10 de febrero, un cambio institucional sin precedentes, que apunta a dotar de contenido concreto el proceso de democratización del poder judicial -cuanto menos en el ámbito de la justicia penal- y a consolidar un profundo cambio cultural en sus operadores y en la ciudadanía, persiguiendo alcanzar los objetivos políticos propios de un sistema de justicia penal compatible con el estado constitucional de derecho.

Nos referimos a objetivos políticos porque más allá de que toda reforma presupone un proceso político y está necesariamente vinculada con valores políticos, constituye además un programa destinado a un poder del estado, que forma parte del gobierno y cuyos actos, especialmente las sentencias, son actos políticos.

De este modo, procuramos asegurar un sistema de justicia penal, que: (a) respete plenamente las garantías constitucionales y los derechos de las víctimas; (b) permita transparentar y desburocratizar su funcionamiento y favorecer el acceso a la justicia; (c) posibilite aumentar los niveles de respuesta institucional a los conflictos penales²; (c) apunte a modificar la repugnante selectividad de un sistema penal que se ha ocupado casi siempre de lo mismo³ y; finalmente, (d) ante los alarmantes datos de una realidad históricamente verificable, genere las condiciones para reestablecer el sentido constitucional de un sistema trastocado que funciona cautelarmente, con una medida de aseguramiento físico a modo de pena anticipada cuando el preso es condenado o de medida de seguridad pre-delictual cuando es sobreseído o absuelto⁴.

Con estos objetivos, estamos trabajando para dotar de legitimidad constitucional al sistema de investigación y enjuiciamiento penal en nuestra provincia y al mismo tiempo para superar el negativo inventario de un modelo que dejó como legado un obsoleto y burocrático aparato, con dificultades estructurales para alcanzar siquiera mínimamente alguno de los objetivos constitucionales antes relacionados.

2. Qué pretendemos cambiar?.

Desde la perspectiva de la efectivización de los derechos intentamos abandonar un sistema que se caracterizó por su recurrente y generalizada delegación funcional: imputados que declaraban ante un sumariante y donde excepcionalmente podía verificarse la presencia del

juez y menos aún del secretario-fedatario; víctimas a las que el estado les expropiaba el conflicto y que, en más de una oportunidad, quedaban expuestas a padecimientos interminables, comenzando por la dificultad para obtener información hasta llegar –incluso– a padecer verdaderos procesos de re-victimización.

Asimismo queremos dejar atrás el esquema feudal y autonomizado propio del juzgado a cargo de la investigación (instrucción o correccional), que además de conculcar un elemental criterio de imparcialidad, exhibió la falla derivada de la total ausencia de estrategias y políticas de persecución penal unificadas o de una ingeniería institucional que permitiera conectar hechos y protagonistas o intervenir coordinadamente en economías delictivas.

Y quede claro que la situación relacionada (y no muy diversa hasta hace tiempo en otras regiones del país), no era atribuible a responsabilidades individuales sino a los defectos estructurales de un sistema donde inevitablemente cada juez tenía un criterio propio y autónomo de persecución y en el que por la ya relacionada delegación funcional, la dinámica de los casos dependía del criterio del sumariante. Ello sin considerar la excluyente actuación autónoma de la policía cuya intervención en los primeros momentos de la investigación y en la selección de los casos a judicializar condicionaba muchas veces la suerte del proceso y colocaba a los jueces en una pérdida real de independencia.

Procuramos también cambiar una lógica judicial exageradamente formalista y burocratizada que ha colocado al trámite y al expediente como actores centrales de un procedimiento que muchas veces duraba largos años en un contexto bastante dominado por el llamado “síndrome de alineación temporal”.

Así las cosas, el final era previsible.

El sistema funcionó con una limitadísima capacidad de respuesta, circunstancia visible a la luz de los datos existentes en los registros estadísticos y de la relación entre casos ingresados y respuestas jurisdiccionales totales (alternativas, sobreseimiento, condena o absolución).

Las negativas consecuencias del viejo sistema mixto de corte inquisitivo, de marcada selectividad y fuerte autonomía operativa de la policía, sólo pudo morigerarse por el esfuerzo y compromiso de jueces y funcionarios dignos de su cargo. Y aquí pongo el ejemplo de muchos fiscales, defensores y jueces, así como la impronta que el Procurador de la Corte desarrolló en este sentido.

Pero se trataba sólo de esfuerzos individuales y por ello insuficientes para cambiar la realidad operativa de un problema estructural propio de un sistema de organización judicial diseñado en el siglo XIX, totalmente burocratizado (lo cuál genera una fuerte limitación cultural), programado para funcionar sin controles y con una tendencia cultural proclive a entretenerse en permanentes vericuetos reglamentarios y que

muchas veces hacía perder de vista los objetivos político constitucionales que debe perseguir un sistema de justicia penal.

3. Que pasó con el sistema anterior?

En el año 2006 el gobernador Jorge Obeid, se anticipó -con gran intuición política- a las consecuencias institucionales derivadas de pronunciamientos de la CSJN (en particular, LLERENA⁵) y a pesar de un contexto difícil y de escaso consenso en muchos actores, institucionalizó el Plan Estratégico para la Reforma de la Justicia Santafecina y ofreció a la Corte Suprema de Justicia asumir el liderazgo de esa empresa para la cuál había convocado a los colegios profesionales, a las universidades y a legisladores. Suscripta el acta institucional (10-05-2006) y constituida la Comisión de Reforma Procesal Penal del Plan Estratégico, la aparición del fallo Fraticelli/Dieser⁶, aceleró los tiempos y precipitó la sanción de la ley 12.734 (16-08-2006) y con ello del nuevo Código Procesal Penal que, conforme a la decisión del momento, comenzaría a regir sólo en la Circunscripción Judicial nro. 4, adoptando de este modo un criterio de implementación progresivo por regiones del territorio provincial.

Asumido el gobierno de Hermes Binner, la etapa de implementación pensada en el plan estratégico fue sustancialmente modificada. Frente a la inicial pretensión de implementación parcial en una de las circunscripciones judiciales se sancionó la ley nro. 12.912 (04-08-2008), de implementación progresiva por materias⁷.

De este modo, a partir del 14-02-2009 (fecha de entrada en vigencia de la ley 12.912), se optó por dar operatividad anticipada a algunos institutos del modelo acusatorio (derechos del imputado y la defensa y una nueva regulación de la libertad durante el proceso y el encarcelamiento preventivo -cese y alternativas-, criterios de oportunidad reglados -disponibilidad de la acción por el fiscal con siete supuestos-, un sistema de probation amplia, los derechos de la víctima y la figura del querrelante, el juicio oral optativo -ya vigente- y el obligatorio -art. 5 d. de la ley de implementación-, procedimiento o trámite abreviado y la acción civil y un proceso monitorio), hasta tanto se completara normativa y materialmente los requerimientos del nuevo sistema con el fin de ponerlo en vigencia al mismo tiempo en todo el territorio provincial.

Luego de sucesivos vencimientos y prórrogas del plazo de “vacatio legis” que se había previsto en la ley 12.734, se sancionó la ley nro. 13.004 (17-09-2009) que, entre otras cosas, dispuso que el nuevo sistema procesal entraría en vigencia cuando el Poder Ejecutivo considerara que estaban dadas las condiciones necesarias para su puesta en funcionamiento total y definitiva. En la misma ley se estableció que todos los procesos en trámite a la fecha de entrada en vigencia efectiva del nuevo sistema, quedarían encapsulados dentro de un “sistema de conclusión de causas”, a cargo de una parte de la estructura judicial exis-

tente y con un sistema de descarga mediante archivo, cada seis meses, para posibilitar la conclusión del sistema en un plazo aproximado de tres años y, a la par, el traspaso progresivo de los recursos humanos al nuevo sistema. De esta forma, las estructuras del nuevo reglamento procesal comenzarían a funcionar con carga de trabajo cero.

Entre tanto, se generó un fuerte y extendido proceso de capacitación no sólo en lo normativo sino especialmente en lo operativo (organización y gestión) y en los nuevos modos de litigación.

Asimismo se fueron formulando correcciones legislativas y se sancionaron un conjunto de leyes para dar andamiaje al nuevo código: la ley del Ministerio Público de la Acusación (13.013, 24-09-2009), del Servicio Público Provincial de la Defensa (13.014, 24-09-2009), de Organización de Tribunales Penales (13.018, 01-10-2009), de creación de cargos (13.018, 17-11-2011) y, finalmente, a pocos días de iniciado el nuevo sistema, la llamada Ley de herramientas (13.405, 06-02-2014), que concretó algunos ajustes normativos imprescindibles pero además se ocupó de cuestiones vinculadas a la prueba material, prohibición de lectura de actas en el juicio y reglas de litigación propias de la nueva lógica⁸.

4. El dato normativo.

No puede omitirse en este punto la importancia que ha tenido el último conjunto de leyes sancionadas y que permite diferenciar, en el plano normativo, dos grandes momentos:

De un lado, la sanción de la ley 12.734 que, en el contexto de la realidad histórica provincial⁹, fue una revolución aunque no dejaba de representar un modelo relativamente avanzado dentro de los llamados códigos de compromiso de la década del 90 pero que mantenía una investigación preparatoria algo formalizada, una regulación deficiente de la prueba material, resabios escrituristas en el trámite de las excepciones, una regulación densa de la etapa preparatoria y algunos resabios contaminantes de la oralidad a través de la lectura. Además incluía, con un diseño más ortodoxo, todo lo atinente al Ministerio Público de la Acusación.

El segundo momento, está constituido como fuente normativa por el conjunto de leyes (13.004, 13.013; 13.014, 13.018 y 13.405) que completó la plataforma legal, con tres objetivos muy definidos: 1) de un lado, resolver el problema de las causas en trámite; 2) de otro, ajustar la matriz del código para darle un marcado tinte adversarial y acusatorio; 3) finalmente, y tal vez aquí lo más importante, introducir cambios, entiendo que imprescindibles, a un sistema de organización judicial que había sido pensado en el siglo XIX.

Así las cosas, en el plano de la legalidad, en el plano del deber ser, los principios fundamentales del nuevo sistema normativo implican

un verdadero cambio de paradigma que puede caracterizarse por la separación funcional propia del acusatorio, con reestablecimiento de la igualdad de partes e imparcialidad del juzgador; la reformulación de la investigación penal y de los criterios de persecución penal; la desformalización de la investigación penal preparatoria y la simplificación del proceso; la implementación de un sistema por audiencias en base a la oralidad y el establecimiento de la tutela efectiva para la víctima.

a) La separación del juez y la acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo acusatorio y, además, una condición esencial de la imparcialidad del juez y un presupuesto de la carga de la imputación y la prueba en cabeza de la acusación.

En el inquisitivo el juez debe investigar la verdad y probarla; las partes son auxiliares de la justicia. En el acusatorio y por efecto de la separación funcional el juez tiene prohibido buscar la verdad; el juez debe exigir al fiscal que le plantee y demuestre la verdad, en tanto por mandato constitucional el juez no es gestor de intereses propios, ni mucho menos de intereses ajenos.

b) La reformulación de la investigación penal y los nuevos criterios de persecución constituyen el segundo cambio paradigmático. En el sistema anterior, la etapa más importante era la instrucción mientras el juicio se reducía a una suerte de recurso de revisión; una etapa preparatoria totalmente burocratizada y en la que, incluso a pesar de la jurisprudencia de la CSJN¹⁰, la actuación policial resultaba decisiva porque sus constancias podían fundar una condena.

En el nuevo código se procura que la investigación, a cargo del actor penal, sea controlada por un juez de la Constitución que no está involucrado en ella y, además, que sea preparatoria porque lo importante es el juicio penal.

En ese marco la reforma adjudica a los fiscales la responsabilidad de llevar adelante la investigación preparatoria y de dirigir a la policía en el desarrollo de las investigaciones, conducir la investigación, coleccionar pruebas, formular los cargos contra los acusados y representar a la sociedad en los juicios orales.

Pero también, a diferencia del sistema anterior donde supuestamente todo debía investigarse y castigarse, le entrega facultades para derivar casos hacia nuevas alternativas de solución de conflictos, basados en la reparación, el acuerdo, la pena natural, la insignificancia, entre otros.

c) Se propone una investigación penal preparatoria desformalizada. El actor penal debe investigar a los efectos de tener evidencia suficiente para acusar y litigar en juicio oral y público. La investigación debe ser ágil, dinámica, sin demasiadas formalidades porque lo central es producir prueba en el juicio. Ello también es compatible con la eliminación del expediente judicial y la excepcional documentación de actos irreproducibles y de ciertos actos y decisiones procesales. Se fa-

vorecen los acuerdos y la posibilidad de abreviar trámites y plazos.

d) El proceso se realiza a través de un sistema de audiencias públicas, orales y contradictorias, tanto en la etapa previa, como en el juicio y en la etapa de ejecución penal. Ello descarta toda delegación funcional.

Como puede verse la oralidad se concibe como una regla que privilegia el acto, a diferencia de la escritura que privilegia el acta y se devora el acto. Internamente la oralidad favorece la concentración, inmediatez e identidad del juzgador y externamente la transparencia, publicidad y control de los actos de gobierno que son principios del sistema republicano, porque cuando solo se conoce la sentencia sin entenderse nada de lo que la precede, la función jurisdiccional es concebida como la exteriorización de un tremendo y misterioso poder.

e) De otra parte y congruente con las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 8.1. y 25) y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos (arts. 14.1. y 2.3.), el nuevo digesto procura redefinir el rol de la víctima, reestableciendo su condición de parte del conflicto y consagrando mecanismos para garantizar el acceso a la jurisdicción y el derecho a la tutela judicial efectiva.

Esto incluye el derecho a ser informado sobre la marcha del proceso penal, a ser tratado dignamente (sobre todo en supuestos en que la víctima es objeto de prueba o se trata de delitos sexuales o menores de edad) y a participar activamente del proceso penal, lo que se traduce en recibir asistencia, obtener reintegro de efectos y cese de estado anti-jurídico, protección para evitar la re-victimización o nuevos ataques del ofensor, impulsar la revisión de actos jurisdiccionales desincriminantes y, finalmente, el de constituirse en querellante que, inclusive –aunque no libre de críticas- se extiende a la posibilidad de continuar la actividad acusatoria aún cuando el fiscal no lo haga por razones de oportunidad o simple inactividad procesal.

5. El momento actual.

El 10 de febrero, con las incertidumbres propias de un cambio radical y profundo, se inició el nuevo modelo de investigación y enjuiciamiento penal en toda la provincia¹¹.

A pesar de algunos vaticinios apocalípticos, han pasado más de 120 días (calculados al 20 de junio) y en el balance general convengamos que, afortunadamente, se han superado las expectativas incluso de los más pesimistas.

Y también hemos superado los errores de cálculo que tanto preocupaban: estimaciones sobre carga de trabajo, cantidad de jueces, fiscales y defensores necesarios, infraestructura o consecuencias apocalípticas de la ausencia de secretarios en las audiencias orales que, por primera vez en el ámbito de todo el poder judicial de la provincia, se llevan a cabo indefectiblemente con la presencia de las partes y ante

el juez, bajo sanción inevitable de nulidad¹².

Esto no significa que no haya dificultades y mucho menos que no debamos pensar responsablemente el futuro.

En última instancia son apenas más de ciento veinte días pero sirven para reconocer el esfuerzo de muchos actores y para reflexionar sobre las dificultades y desafíos por venir.

Porque el relevamiento de esos problemas está directamente relacionado con la necesidad de construir y consolidar las nuevas lógicas judiciales, las nuevas prácticas y formas de organización y, por cierto, las nuevas formas de litigar.

En cualquier caso, mientras que algunos de los objetivos políticos (aumentar los niveles de respuesta y reducir la selectividad estructural del sistema) deberán ser evaluados en un mediano plazo, podemos anticipar que ya hemos alcanzado los restantes y de un modo altamente satisfactorio.

Se ha desterrado la delegación y transparentado el funcionamiento del sistema judicial. Los imputados son llevados frente a un juez en una audiencia pública dentro de las 24 hs. (excepcionalmente 48 hs.) de su detención, no existe posibilidad alguna de validar una declaración sin la presencia del abogado defensor, los defensores públicos asisten a los detenidos en los lugares de encierro a poco de producido el encarcelamiento, los fiscales conectados al 911 despliegan actividad en terreno procurando información útil a la investigación apenas ocurrido el hecho, en ambas instituciones se manejan estándares y protocolos de actuación que potencian el nivel de profesionalización y la calidad de las intervenciones, los jueces ya no tienen actividad administrativa sino exclusivamente jurisdiccional y todos los actos procesales se concretan en audiencias públicas y orales que se filman y graban, habiendo desaparecido el expediente como inicio de una lógica judicial que apunta a fortalecer la audiencia frente al trámite burocrático desplegado a través de las interminables fojas del expediente.

6. Cambiar sólo la Ley?.

Pero es bueno saber de qué se trata el cambio porque precisamente los problemas iniciales de la implementación definitiva y la gestión de los mismos nos llevan a recordar que las leyes son papeles y los papeles no cambian la realidad por su sola vigencia.

Por ello, necesitamos insistir que para alcanzar los objetivos de un sistema de justicia (no sólo penal sino también en el ámbito civil, laboral, administrativo) no se trata sólo de cambiar la ley, en tanto lo sustancial está dado por la dimensión política, organizacional y cultural como factores decisivos de la transformación.

De hecho, entre nosotros el impacto organizacional del nuevo modelo ha sido mucho más amplio que el normativo.

Y tanto es así que, en general, los cambios legislativos –salvo

la deuda pendiente en el orden federal- han logrado imponer el modelo acusatorio en la mayoría de las provincias y sin embargo no han logrado cambiar sustancialmente la realidad operativa de un sistema de justicia deficitario.

Es que en esas otras experiencias probablemente no se ha advertido que el factor inquisitorial está más en el sistema organizacional y cultural que en el sistema procesal. Tal vez no se haya reparado que el nuevo modelo no se satisface con una simple variante funcional si no se rompe una cultura judicial dominada por una lógica burocrática (en el sentido negativo de la categoría), fuertemente instalada entre nosotros.

Ese es el desafío central porque la burocracia generalmente tiene capacidad para adecuarse a cualquier modelo y así puede funcionar con un código formalmente inquisitivo, mixto o acusatorio, siempre va a funcionar igual, cualquiera sea el modelo normativo.

En nuestra provincia hemos logrado introducir instrumentos que no se han limitado a reformar el Código Procesal Penal sino que además se proyectan sobre la base de sustento del sistema de organización judicial.

Y precisamente el segundo momento normativo, al que hemos aludido arriba, nos ha permitido generar nuevas estructuras, modificar el sistema de organización y de gestión y, además, reafirmar principios y reglas orientadores que deben inspirar las nuevas prácticas y rutinas.

Imparcialidad y sistema por audiencias públicas y orales, contradicción, publicidad, desformalización de la investigación, simplificación y desburocratización del proceso, nítida separación entre la función de gerenciamiento (administrativa y de organización) y jurisdiccional, celeridad, acuerdos procesales y defensa eficaz, son principios y reglas que normativamente deben guiar las nuevas prácticas y lógicas de funcionamiento, de gestión y de litigación.

7. El impacto organizacional de la reforma.

a) En primer lugar, mediante la ley de organización de tribunales penales hemos logrado superar el viejo diseño feudal del juzgado con territorio propio y su propia cohorte de empleados, que operaba a modo de unidad autónoma, sin control de gestión alguno pero con asombrosa delegación funcional.

Se han organizado pooles de jueces a través de los colegios de jueces penales. Ya no hay jueces correccionales, de instrucción o de sentencia. Hay jueces penales que pueden intervenir en la etapa preparatoria, en el juicio o en la etapa de de ejecución.

Están físicamente en salas comunes y allí esperan la asignación de trabajo en base a un sistema de turnos de urgencias y de turnos ordinarios diseñados en función de una serie de indicadores que permiten determinar una equitativa distribución de la carga de trabajo. Ahora sabemos y vemos cuánto y cómo trabajan los jueces y hay un reparto equi-

librado de los casos.

Ya no hay juez de la causa porque eventualmente pueden intervenir en la etapa previa jueces diversos. Además, la presencia del juez y las partes y la existencia de un registro audiovisual torna innecesaria la presencia de un secretario. Esto ha permitido que los secretarios hayan podido optar por ser fiscales o defensores adjuntos o bien trabajar en la Oficina de Gestión Judicial¹³.

b) En segundo término, se ha producido un cambio paradigmático mediante la implementación de un sistema por audiencias públicas y orales tanto para la etapa previa como para el juicio.

El sistema anterior se basaba en una regla escriturista y tenía como eje excluyente el expediente. La comunicación entre las partes se daba a través del papel y no de la palabra.

El nuevo sistema se estructura a partir de la realización de audiencias públicas, orales y contradictorias como contexto para la toma de las decisiones más relevantes en el proceso penal.

La mecánica prevista apunta a desarrollar debates orales signados por el sistema adversarial y acusatorio, lo que supone poner en las partes la exclusividad de la iniciativa respecto a todas las cuestiones y poner al juez en un lugar absoluto de neutralidad e imparcialidad para resolverlas.

La audiencia imputativa, los planteos sobre medidas cautelares, reexamen de las mismas y alternativas o morigeración, criterios de oportunidad y probation, constitución de querellante, negociaciones para evitar el juicio y otros acuerdos probatorios, divergencias entre las partes sobre cuestiones probatorias, audiencia de habeas corpus, proceso abreviado, audiencia intermedia preliminar al juicio, audiencia de juicio así como todas las correspondientes a la etapa de ejecución penal, deben ser ventiladas en forma oral y pública ante un tribunal unipersonal o colegiado.

Este sistema de audiencias reemplaza al sistema de expedientes judiciales y demanda de los litigantes un adecuado entrenamiento para la preparación del caso y la presentación oral y pública de los hechos y argumentos. Una audiencia supone una petición, una eventual oposición a la petición y un tribunal que resuelve. Obviamente no hay espacio alguno para la delegación de funciones.

No hay expediente sino un sistema de registro compatible con la oralidad porque la oralidad supone que el juez tome contacto en el momento de la audiencia con las peticiones y argumentos, que evite todo contacto previo con elemento de convicción alguno. Al haberse eliminado el expediente, los jueces van a la audiencia sin conocer nada de lo que se les va a plantear y deben resolver en la audiencia. El juez recibe la información del caso en el momento que las partes se lo presentan; no hay papeles a los que recurrir para tomar la decisión, ni las partes tienen papeles para argumentar.

Cada parte tiene su legajo o carpeta del mismo modo que un abogado tiene en su estudio jurídico carpetas de los casos que atiende. Pero esos papeles no pueden servir de prueba porque sólo hablamos de prueba cuando referimos a hechos presentados ante el tribunal en el marco de una audiencia pública y contradictoria.

c) En tercer término, dado que la implementación de la oralidad y el sistema por audiencias públicas requieren una adecuada gestión, se ha concretado un cambio organizativo básico con las oficinas de gestión judicial.

Estas oficinas, a cargo de ingenieros o administradores de empresa, tienen por función asumir todo el gerenciamiento del sistema (programación de audiencias, gestión de las mismas, agenda de los jueces, citaciones y notificaciones –por medios electrónicos–, preservación de la prueba, etc.), a partir de un principio: la nítida separación de la función jurisdiccional y la administrativa.

Los jueces asumen exclusiva y excluyentemente la función que la Constitución les asigna: la jurisdiccional y se dedican a ella full time. Por otra parte es esa la única función para la que han sido capacitados, en tanto ninguna formación de gerenciamiento o administración se proporciona en las Facultades de Derecho.

Por lo demás en esas oficinas cumplen funciones los secretarios que no opten por ser fiscales o defensores adjuntos y los empleados del sistema penal.

Como se dijo, se ha postulado la sustitución del expediente por un sistema de registro compatible con la oralidad¹⁴. Se apunta a que el expediente, ese objeto del deseo inquisitivo y burocrático, fuente del culto al trámite, desaparezca como fuente de recopilación de datos.

Y dado que se trata de un poder público que interviene en conflictos cuya naturaleza está vinculada a derechos fundamentales el sistema funciona diariamente sin reconocer días y horas inhábiles.

De hecho sólo en la ciudad de Rosario se han concretado aproximadamente 1180 audiencias públicas y orales en 129 días¹⁵, de las que el 42% se han llevado a cabo en horarios vespertinos y días inhábiles¹⁶.

d) Del mismo modo el impacto organizacional también ha alcanzado a dos instituciones básicas del nuevo modelo.

Una es el Ministerio Público de la Acusación que, más allá de la limitación constitucional que tiene Santa Fe, fue diseñado con autonomía funcional y autarquía financiera, a cargo de un Fiscal General que prácticamente tiene jerarquía similar a la del Procurador de la Corte.

Una estructura jerárquica (a diferencia de la de los jueces que debe ser horizontal, en tanto por imperativo constitucional el Poder judicial no reconoce jerarquías sino competencias) y guiada por el principio de objetividad y unidad de actuación (para que nadie sea dueño de un caso y haga lo que le parezca).

Me permito señalar que por ley se le ha dado una impronta muy

fuerte en identificar a la institución como agente político porque define un aspecto de la política criminal que es la política de persecución penal. Por ello el Fiscal General y los cinco Fiscales Regionales tienen periodicidad en sus cargos y al concursar deben presentar un plan completo de gestión.

Es decir, una institución novedosa no creada en reflejo de la estructura judicial, en tanto el diseño operativo y los estándares y protocolos de actuación procuran evitar el riesgo (cuyas negativas consecuencias se ha comprobado en otras provincias) de que los fiscales queden tentados por la comodidad de reproducir la forma de trabajo de los juzgados de instrucción y que la policía dependiente del ejecutivo siga siendo el dueño de la investigación y los fiscales sus auxiliares.

A modo de ejemplo, la Fiscalía Regional Rosario, que administra y controla la mayor carga de trabajo de toda la provincia dado que más de un 55% de los casos penales ocurren en el área de su competencia, está organizada en base a tres grandes Oficinas: la de Salidas Alternativas, la de Investigación y Juicio y la de NN y, cuenta además, con cuatro Unidades Fiscales de Investigación: Homicidios, Delitos Complejos, Delitos Sexuales y Turno y Flagrancia.

Del mismo modo se ha dado un nuevo diseño organizacional y operativo al Servicio Público Provincial de la Defensa Penal.

Se apunta a consolidar una defensa fuerte (igualdad de armas), con autonomía funcional y autarquía financiera.

Capacitación permanente, estándares y protocolos de actuación y una organización al modo de un gran estudio jurídico, con clara separación funcional y administrativa. Una estructura diseñada según las necesidades de cada circunscripción pero con una fuerte impronta de presencia en las comisarías y en las cárceles, prevención de la violencia institucional y actuación en todas las etapas del proceso.

8. El desafío: cambiar las prácticas y rutinas, la forma de gestionar y de litigar.

La consolidación del nuevo sistema y el mayor grado de realización de los objetivos políticos de la reforma sigue directamente vinculada a la necesidad de profundizar la internalización del cambio del modelo y de una nueva práctica organizacional, operativa y de gestión; esto es, un verdadero cambio cultural porque lo peor que podemos hacer es enfrentar los problemas del nuevo sistema con las lógicas, prácticas y rutinas del sistema anterior.

Como si fuera poco, tenemos la gran responsabilidad de ser protagonistas del cambio y seguramente la forma en que vayamos modelando el funcionamiento operativo en estos primeros momentos marcará la impronta del sistema por varios años.

No existe ningún programa normativo, ni reglamentario, que de cuenta de la solución a todas las particularidades y dificultades pro-

pías de un sistema que, precisamente, debemos construir los protagonistas. Pero existen manuales de malas prácticas.

Y esos manuales indican que debemos enterrar el conocimiento anterior y con ello nuestras prácticas y rutinas y esto no es fácil porque en ese cambio está en juego una nueva concepción de ejercicio del poder.

Gramsci decía que el poder se encuentra mucho más en las rutinas y prácticas aceptadas que en el ejercicio transparente y activo de las decisiones.

Por ello, es fundamental generar mucha conciencia sobre los riesgos y desafíos para no convalidar prácticas distorsivas.

De un lado, el riesgo que hagamos trampa, que los jueces, fiscales o defensores no puedan dejar su dependencia del expediente para la toma de decisiones y conviertan a la oralidad en una actividad marginal o en una suerte de *mise en escène*.

Audiencia o juicio oral es diverso a audiencia o juicio leído y es necesario convencer que la oralidad es una metodología eficiente para la toma de decisiones, una alternativa igualmente confiable que el expediente; sin duda, la oralidad es muchísimo más efectiva para mostrar la realidad que el expediente.

Debemos evitar que de tener un expediente judicial terminemos generando tres expedientes, uno del fiscal, otro del defensor y otro del juez. Y también evitar el riesgo de no transformar las audiencias previas del juicio en una suerte de minijuicio, hay que lograr un funcionamiento dinámico de las audiencias previas al juicio.

Por otra parte, es necesario procurar que la gestión de las audiencias sea lo más eficiente posible. El sistema no admite suspensiones, ni demoras injustificadas.

Hay que fortalecer las Oficinas de Gestión y establecer un buen relacionamiento con los colegios de jueces para evitar estos defectos. Además es fundamental lograr una adecuada articulación con el Ministerio de Seguridad para garantizar el traslado de detenidos en los horarios previstos.

Otra cuestión central tiene que ver con la organización del Ministerio público de la Acusación y el sistema de gestión de casos. Y aquí varios desafíos: el Ministerio Público es una institución clave para desformalizar la etapa preparatoria; su actuación es fundamental en el diseño de una política de administración y control de la carga de trabajo (y dentro de ella en la gestión de los casos que requiere mucho monitoreo y control de gestión); y además es decisiva en la investigación, particularmente en la dirección y conducción de la misma.

También hay que advertir sobre el problema que muchas veces plantean los delitos complejos y graves que son delitos de difícil esclarecimiento y que desafían el sistema. Por un lado, debemos evitar que la fiscalía tienda a resolver sólo lo fácil o la flagrancia y, por otra parte, es necesario potenciar su intervención y control de las investigaciones

para reducir la capacidad de actuación autónoma de la policía.

Finalmente, y volviendo a los valores políticos de la reforma, cabe advertir sobre el riesgo de mantener niveles inaceptables de prisión preventiva, que ya han sido condenados por la C.S.J.N. ; también sobre la necesidad de potenciar las alternativas a la prisión preventiva pero garantizando el efectivo control de ejecución de las mismas.

De otra parte hay que evitar el abuso de la negociación y el abreviado y que éste se convierta en una extorsión contra algunos seleccionados o en una excluyente descarga de trabajo. Entre las prácticas distorsivas se ha comprobado en otras jurisdicciones el abuso de los llamados “abreviados simulados o encubiertos”, donde se ponen de acuerdo fiscal y defensor para ir a una suerte de audiencia de juicio expres, con prácticamente todo acordado y con la finalidad de evitar que se registre el caso como un procedimiento abreviado¹⁷.

En suma, el riesgo de tener un sistema formalmente acusatorio y que en la práctica no cambie nada.

9. Algunos problemas comunes al funcionamiento del sistema de justicia.

La perspectiva crítica sobre el estado del sistema de justicia penal, que estamos tratando de dejar atrás, no es exclusiva de este ámbito. Por el contrario, puede extenderse, sin margen de error y respetando las particularidades propias, a todos los restantes fueros.

La justicia penal ha iniciado un proceso de transformación radical que apunta a democratizar su funcionamiento y generar instrumentos que le permita alcanzar sus objetivos. Ello nos obliga a un enorme esfuerzo para preservar las bondades del cambio y evitar que se desnaturalice.

En cualquier caso no deja de ser un punto de referencia para pensar en la necesaria transformación del sistema de justicia civil, laboral y contencioso administrativo.

Para ello debemos comenzar por reconocer que tenemos problemas estructurales y de funcionamiento derivados de múltiples factores aunque preponderantemente de un modelo de poder judicial diseñado en el siglo XIX, estructurado a través de una burocracia jerárquica que ha formateado una matriz cerrada y relativamente conservadora que se proyecta en ciertas tradiciones, prácticas y rutinas añejas, en problemas de accesibilidad, publicidad y transparencia de los actos que el poder produce.

Además se trata de un modelo que ha sido programado para funcionar prácticamente sin controles o con controles muy débiles y donde bajo el pretexto de la independencia judicial muchas veces se neutraliza o diluye la responsabilidad funcional. La falta de controles de gestión (legitimidad de ejercicio) lleva a que el sistema no haga distinción alguna y que, incluso, ni siquiera incentive una competencia posi-

tiva.

Como si fuera poco, el esquema burocrático muchas veces establece una relación entre la organización y las personas que no sólo despersonaliza sino que además genera una tendencia en la que el burócrata le da más importancia a los reglamentos y a los formalismos que al cumplimiento de los objetivos mismos de la propia organización. Una suerte de deformación profesional que termina por conducir a un conformismo, que aleja cada vez más a la organización del cumplimiento de sus funciones y objetivos privilegiando el trámite y la observancia obsesiva de los vericuetos reglamentarios antes que la razonabilidad de las soluciones.

Este conformismo consolida, en más de una ocasión, una cultura que lleva a aceptar como algo “natural” situaciones que cualquier persona, con un mínimo de racionalidad, juzgaría como inaceptables.

Debemos mirarnos críticamente para revisar esas prácticas y culturas, no perder jamás la sensibilidad frente a los conflictos y la violación de derechos, ni el contacto con la gente.

En esta perspectiva probablemente haya que asumir la necesidad de superar la desconexión entre una organización y sus prácticas jurídicas y las reales demandas sociales, así como la de generar instrumentos que posibiliten transparentar los compromisos y funcionamientos del Poder Judicial (lo cuál supone desterrar de todos los fueros la cultura del trámite y el expediente) y pensar mecanismos de control porque no basta con garantizar mecanismos transparentes de ingreso, la actividad judicial debe también validarse en su ejercicio.

La reforma de los sistemas procesales no es sólo un problema cuantitativo sino fundamentalmente cualitativo. Es cierto que siempre será necesaria una inversión presupuestaria suficiente para garantizar los cambios pero la justificación de la misma debe ir acompañada de una transformación profunda en el modo de administrar y gestionar el sistema y, obviamente, en el modo de ejercer la jurisdicción. Ello implica repensar las estructuras judiciales sin dejar de aprovechar los recursos humanos existentes pero reasignándolos en función de otro esquema organizacional.

El modelo que se está implementando en la provincia de Santa Fe se enmarca en esos postulados. Las ventajas inmediatas del nuevo sistema pueden constatarse en terreno porque el sistema se ha transparentado y abierto a la sociedad. Queda pendiente, en tanto se ha derivado a una ley especial, la implementación del juicio por jurados pero convengamos que el salto cualitativo, dado en nuestra provincia en el ámbito penal, ha sido superlativo.

Por su parte, los problemas deben debatirse en las instancias institucionales creadas al efecto o en los ámbitos profesionales y académicos y por ello cabe advertir sobre las críticas infundadas de algunos opinadores de pasillo que no pueden vencer los condicionamientos ide-

ológicos, las resistencias culturales o la comodidad de la burocracia.

10. A modo de conclusión.

Estimo que lo más relevante del proceso de reforma que se ha puesto en marcha está dado por la dimensión política, organizacional y cultural porque, como ya se ha dicho, el factor inquisitivo y la cultura burocrática está mas en el sistema de organización y en nuestras prácticas cotidianas que en el sistema normativo.

Desde esta perspectiva el proceso de reforma y su consolidación demanda planificación estratégica y mucha articulación entre los actores. Planificar requiere el establecimiento de objetivos y prioridades, demanda una táctica de ampliación y consolidación de la participación necesaria para comprometer a los principales actores judiciales con la política de transformación.

Ello obliga, vale reiterar, a internalizar la necesidad de un cambio de lógicas, prácticas, modos de gestionar y de litigar. Y este es, probablemente, el aspecto más difícil del cambio, en tanto debemos admitir que, por un lado, tenemos bastante incapacidad o inexperiencia para planificar y, por otro, que venimos dominados por una realidad operativa muy diversa.

Cualquier propuesta para superar estas dificultades demanda de los operadores un fuerte compromiso ideológico, mucha responsabilidad institucional y capacitación continua.

- Un compromiso ideológico que supone la necesidad de internalizar un esquema mental que privilegia las soluciones y no los obstáculos; que privilegia los objetivos de la organización (ya del Ministerio Público de la Acusación, la Defensa o la Jurisdicción y por sobre todo los objetivos políticos generales) y no los vericuetos reglamentarios o las prácticas rutinarias.

- La responsabilidad institucional para generar espacios de discusión y consenso que permita analizar y gestionar los problemas de la reforma y su implementación.

Y aquí se hace indispensable mucha coordinación entre las agencias, un adecuado gobierno y gestión del sistema y mucho monitoreo y control de gestión. En ese esquema debemos procurar una fuerte articulación en la mesa de monitoreo del avance de la reforma para procurar homogeneizar, sin perjuicio de algunas particularidades regionales, esas lógicas, prácticas, modos de gestionar y de litigar en las cinco circunscripciones judiciales. En ese sentido, cabe reivindicar la creación de una Mesa Interinstitucional de seguimiento pero también la responsabilidad que en la consolidación del nuevo sistema debe asumir la Corte Suprema, así como los responsables de la Acusación y la Defensa Pública.

- La capacitación en los principios y reglas de juego, en las técnicas operativas y de litigación y un cambio radical del modo actuación de

fiscales, defensores y jueces, que tiene que ver con esas nuevas formas de organizarnos y gestionar.

Debemos matar el conocimiento anterior porque el peor error que podemos cometer es trasladar nuestra práctica inquisitiva a un modelo adversarial y acusatorio.

Pero la capacitación en lo procesal y en el nuevo diseño operativo no nos puede hacer perder de vista que el proceso es el escenario básico de configuración del derecho penal y ello obliga a transitar un camino de integración que ahora será más notorio y evidente porque fiscales, abogados y jueces de dar misa en latín y de espaldas a la gente han pasado a una liturgia en castellano y de frente a la sociedad.

Pero cuidado porque ni el proceso penal ni la implementación de la reforma son un fin en sí mismo. No podemos absolutizar el cómo y perder de vista el para qué salvo que pensemos en construir un reloj de una sola aguja. Tampoco podemos enamorarnos del instrumento.

Por ello debemos saber para qué queremos el cambio. No se trata sólo de cambiar la ley, ni tampoco de cambiar nuestras prácticas rutinarias y de gestión; no se trata sólo de ganar eficiencia porque, además, ninguna reforma judicial es neutra y, en esa perspectiva, la eficiencia también tiene que ver con los valores.

Se trata de alcanzar los objetivos políticos relacionados de comienzo; en fin, de cambiar una realidad caracterizada por un sistema altamente selectivo, que funciona cautelarmente, con elevada cifra negra, una policía que sigue siendo dueña del sistema de selección de casos, donde muchas veces se verifican groseras limitaciones de derechos y garantías, y espacios de impunidad.

La reforma debe contribuir a cambiar este dramático inventario.

Y para ello se necesita cambiar una concepción y una forma de ejercicio de poder. Este es probablemente el cambio paradigmático más importante. La reforma no es un problema de técnica procesal, no es un problema procesal. Es un problema esencialmente político, un problema ideológico. Una nueva concepción de poder hacia afuera y hacia adentro.

¹ Es para mí un honor participar con esta colaboración en el Libro Homenaje a la Escuela Procesal Penal de Córdoba que, a través de sus reconocidos maestros y sus enseñanzas, ha sido fuente de inspiración para una permanente evolución de la ciencia procesal penal y vanguardia de las reformas legislativas. Agradezco por tanto *al* Instituto de Derecho Procesal Penal de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba por tan generosa invitación.

² La impunidad no es sólo la falta de castigo a un culpable, hay impunidad cuando no hay respuesta institucional a los conflictos penales, en un plazo razonable (archivo o desestimación por atipicidad, probation, criterios de oportu-

idad, sobreseimiento, absolución o condena). Desde esta perspectiva intentamos salir de un sistema que, por defectos estructurales, ha sido un ejemplo industrial de producción de impunidad.

³ A pesar del fenómeno expansivo y de la banalización de la legislación penal, nuestros fiscales y jueces apenas si manejan no más de una veintena de tipos penales.

⁴ En general, la realidad demuestra que tenemos un sistema penal cautelar donde la pena no está al final del proceso sino al principio en un escenario precondenatorio. No se funda en la comprobación del injusto y la culpabilidad sino en la sospecha y la necesidad del aseguramiento físico. En cualquier perspectiva, la prisión preventiva resulta difícilmente legítimable pero analizada en concreto en la realidad de nuestra región constituye una grosera ilegalidad. Funciona en muchos casos como pena anticipada -cuando posteriormente se condena al imputado preso- y en otros como medida de seguridad predelictual, tal como ocurre en los casos en que el imputado preso nunca es condenado. Si se la normativiza al extremo suele decirse, desde la teoría general del proceso, que es una medida cautelar aunque nadie se atreve a exigir que, de ser así, se efectivice una contracautela, tal como lo prescribe la teoría general de las cautelares. No afianza la justicia porque la justicia no se afianza con la investigación preliminar y la sospecha inicial sino con el juicio y la sentencia en tiempo razonable; tampoco tiene impacto en la reducción del delito y con ello en la cuestión, compleja por cierto, de la inseguridad. De otra parte, si fuera un regulador de la seguridad/inseguridad los niveles objetivos y subjetivos de seguridad deberían estar muy elevados porque en los últimos quince años la tasa de encarcelamiento se ha más que duplicado (a despecho de la seudo teoría mediática de la “puerta giratoria”), manteniendo niveles intolerables (cerca del 62% promedio país) de encarcelamiento preventivo. Su utilización sólo puede justificarse excepcionalmente como neutralización temporal (y mientras dure) de un riesgo procesal (de fuga o entorpecimiento probatorio).

⁵ CSJN, Fallos: 328:1941.

⁶ CSJN, Fallos: 329:3034.

⁷ Mediante esta ley se incorporaban al código vigente hasta ese momento institutos propios del nuevo reglamento procesal (ley 12.734), circunstancia bastante compleja a los efectos de su operatividad concreta (y así quedó demostrado en la práctica judicial), en tanto postulaba la difícil convivencia, en un mismo estatuto, de institutos y categorías de muy diversa fuente e inspiración ideológica.

⁸ También modificó el esquema recursivo previsto en la ley 12.734 buscando una mayor simplificación. En la normativa vigente se regula un recurso de apelación ordinario amplio contra la sentencia y limitado respecto a las decisiones intermedias (supuestos de gravamen irreparable, sin perjuicio de la posibilidad de recurrir las decisiones sobre medidas cautelares y sobre la audiencia preliminar); un recurso de revisión ante la CSJSF y, tal como venía regulado por la ley 7055, el recurso de inconstitucionalidad también ante el máximo tribunal provincial.

⁹ Mientras la provincia de Córdoba fue la vanguardia en las transformaciones del sistema procesal penal en Argentina, especialmente por la relevancia y el papel de la conocida Escuela Cordobesa, la provincia de Santa Fe fue la última en reemplazar un sistema inquisitivo y con regla escriturista en todas sus etapas.

¹⁰ Benítez, Anibal Leonel”, CSJN, Fallos 329:5556, 12-12.2006. Cuestionando

la práctica judicial que validaba declaraciones del imputado sin la presencia del abogado defensor se pronunció la Corte santafecina en Valenzuela (CSJSF, AyS T244, pág. 469, 26-06-2012).

¹¹ En setiembre de 2013, en base al consenso generado en una mesa interinstitucional, el Poder Ejecutivo resolvió fijar el día 10 de febrero de 2014 como fecha de vigencia definitiva del nuevo sistema procesal penal.

¹² Mucho se discutió sobre la necesidad imperiosa de contar con la presencia pasiva de un secretario en cada audiencia oral y pública apelando a su “natural” función fedataria. Sin embargo, más allá del origen inquisitorial de la figura, vinculada a los procedimientos escritos y secretos (contracara del sistema actual) y de la grosera distorsión operativa que se verifica en orden a dicha función (la de fedatario) y en todos los fueros, la asistencia del secretario a las audiencias públicas y orales resulta innecesaria, en tanto el acto se lleva a cabo con la presencia ininterrumpida del juez y las partes, bajo sanción inevitable de nulidad. Inmediación, publicidad y realización de todos los actos en audiencia pública, en presencia de las partes y del juez ubican al sistema de justicia penal santafecina en una posición de estricto apego constitucional, alejado de ficciones y de prácticas distorsivas propias de otras realidades. La registración filmica auditiva de un “acto” en tales condiciones es la garantía esencial para las partes, en el contexto de un sistema que ha suprimido el expediente. Sin embargo y a mayor abundamiento, la escueta documentación que da cuenta de dicho acto constituye per se un instrumento público, en los términos del art. 979, inc. 2 y 4 CC. De la consideración relacionada de ambos incisos, deriva que son instrumentos públicos los emanados del accionar de los tres poderes del estado en la órbita nacional, provincial y municipal. Va de suyo que en el caso del Poder Judicial la intervención del Juez, esto es, de quién ha sido investido por la Constitución y las leyes de la exclusiva función jurisdiccional y ha sido designado conforme a mecanismos constitucionales, resulta decisiva a esos efectos, sin que pueda condicionarse o supeditarse la validez de su actividad jurisdiccional –controlada por las partes en audiencia pública- a la dependencia de ninguna otra autoridad de la estructura judicial y menos aún a la de quién reviste menor jerarquía funcional. A igual conclusión se arriba aún considerando de modo aislado el inc. 4 del dispositivo legal citado, en tanto se trata de una norma condicionada o de reenvío a las reglamentaciones procesales locales, tal como surge de su texto expreso. En este sentido la sanción de la ley 13.405 (norma condicionante) persiguió, entre otros objetivos, despejar cualquier duda al respecto. No está demás referir que tratándose –por ejemplo- de sentencias judiciales, los códigos procesales sólo exigían (art. 402 inc. 12 CPP –ley 6740-) o exigen (art. 244 inc. 6 CPCC), bajo sanción de nulidad, la firma del juez, prescindiendo claramente de la del secretario. Pero a la ausencia de obstáculos legales se sumaba la irrazonabilidad (amén del despido presupuestario) que suponía afectar (y al mismo tiempo desjerarquizar) a uno de los más altos cargos de funcionario judicial (secretario), para asignarle una actividad de excluyente presencia pasiva durante la audiencia, salvo la de activar o desactivar los equipos de registración audiovisual. Téngase en cuenta que la función del juez es indelegable y que ninguna actividad o participación podría legalmente asumir un secretario en la audiencia. Dado que el conjunto de funciones propias de un secretario se encuentran reguladas en la Ley Orgánica del Poder Judicial y que esas funciones son ahora asumidas por las Oficinas de Gestión Judicial se ha posibilitado que los secretarios se integren

a dichas Oficinas u opten por desempeñarse como abogados, ya en la defensa o en la acusación, como defensores o fiscales adjuntos. Por lo demás, otro de los méritos del sistema es haber logrado un sinceramiento funcional conforme a la Constitución y las leyes (un deber ser que es), circunstancia que por las exigencias propias de la realidad operativa no se verificaba en el sistema anterior y tampoco en otros fueros donde, en general, las audiencias son celebradas, en tiempo real, sólo con la presencia de las partes.

¹³ Secretario viene de *secretum*, origen inquisitorial vinculado a los procedimientos escritos y al secreto de sus actos, lo cual generó la costumbre de fedatar a través de ellos las declaraciones de los testigos y las resoluciones; luego esto permitió una amplia delegación de oficio de funciones propias del juez al secretario. Durante el imperio romano el juzgamiento pasó a celebrarse de sitios abiertos a salas cerradas, uno de cuyos ámbitos se conoció como *secretarium* o *secretum* y ahí se oía a los testigos in *secretum*.

¹⁴ El legajo informático se identifica con una Clave Única de Identificación Judicial que consta de un soporte digital y otro físico en el que se documentan actos irreproducibles o determinados actos procesales.

¹⁵ Dato no menor si se advierte que en el 98% de los casos la audiencia imputativa y la de prisión preventiva se realizan al mismo tiempo, a diferencia de otras circunscripciones en las que se desdoblán. En cualquier caso, dado que el sistema se inició con carga cero, el mayor porcentaje corresponde por ahora a audiencias previas al juicio o abreviados.

¹⁶ Dado el estricto cumplimiento de los plazos, las audiencias se realizan de lunes a domingos, durante la mañana y la tarde.

Así, en Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en causa VERBISTKY, Horacio s. Habeas Corpus, C.S.J.N., Fallos 328:869, 03-05-2005. Más recientemente en MERLINI, Ariel Osvaldo, 06/03/2014 y LOYO FRAIRE, Gabriel Eduardo, 06/03/2014, la CSJN se ha pronunciado sobre una práctica judicial histórica: la fácil invocación de la gravedad de la escala penal per se como obstáculo a la libertad durante el proceso. Asimismo ha reiterado la necesidad de motivación suficiente en orden a los requisitos exigidos por la CIDH respecto a la idoneidad de la medida en relación a sus fines, la estricta necesidad y la inexistencia de otras medidas menos gravosas y la proporcionalidad.

A ello contribuye, precisamente, el abuso de prisión preventiva, la injustificada duración de los procesos y, en algunos supuestos, la comodidad para las partes de evitar un *juicio*. En esa negativa combinación la posibilidad de tener una condena cierta se presenta para el imputado como una desesperada salida que, además, puede facilitarle beneficios de la ley penitenciaria, dado que no siempre se le informa que esos beneficios ya los tiene aún en su condición de inocente sometido a proceso y encarcelado preventivamente.

¹⁷ En cualquier caso, no puede omitirse aquí que el relevamiento de los procedimientos abreviados homologados en la 2da. Circunscripción Judicial (Rosario), permiten por ahora disipar este riesgo. Se toma la referencia de Rosario por registrarse allí el mayor porcentaje de casos judicializados de toda la provincia.

Siempre he sostenido que el mejor criterio de oportunidad es conocer la estructura global del ordenamiento jurídico, los principios y las reglas del área espe-

cífica, saber manejar las categorías del sistema de derecho penal y conocer la estructura particular de los delitos. Cuanto más derecho conozca más fácil será la construcción del caso y más amplia la posibilidad de asegurar la toma de decisiones y la posibilidad de desempeñar con libertad el rol que corresponda (pensemos que, por ejemplo, en el nuevo sistema los fiscales, a diferencia de lo que ocurre con los jueces de instrucción, deberán decidir probablemente un alto porcentaje de casos en el primer día y van a tener que hacerse cargo de las consecuencias políticas de sus decisiones). El conocimiento facilita la actividad, da seguridad, hace previsible las decisiones y funciona como importante elemento de descarga procesal pero también favorece la actividad de investigación porque, en muchos casos, si no conozco la estructura típica del delito difícilmente pueda disponer los medios conducentes a su comprobación. Jiménez de Asúa hablaba de la función procesal de la tipicidad y más recientemente Bacigalupo ha postulado la necesidad de extremar las exigencias procesales para la selección judicial in-limine de las denuncias y querellas ante la comprobación que un alto porcentaje de casos judicializados en España, tal como ocurre entre nosotros, son de antemano atípicos.

EL INTERLOCUTORIO SOBRE LA PENA EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN

Milagros Gorgas

...mientras se aleja “su mente trata de comprender,
porque si siempre fue inocente,
en el juicio y ante todo el pueblo se llevó a cabo una radiografía de su
vida y su pasado
que él mismo estaba tratando de olvidar”¹

I. La norma incorporada en el nuevo Código de Procedimiento

“En la misma oportunidad en que se diera a conocer la declaración de culpabilidad, el juez fijará, dentro de 48 horas, audiencia de debate sobre la pena y su modalidad de cumplimiento.” Así reza la primera parte del art. 270 del nuevo código de forma previsto para el régimen nacional.

De esta manera, se incorpora la separación del juicio en dos fases, la primera dedicada al análisis de la existencia del hecho y el discernimiento sobre la culpabilidad y la segunda, consagrada a la determinación o individualización de la pena o medida de seguridad².

Se trata del instituto tradicionalmente conocido como la “cesura del juicio” cuyo principal objetivo consiste en habilitar un examen más detenido sobre la proporcionalidad de la sanción penal frente al delito cometido, conforme a la situación y características individuales del sujeto. Examen que quedará postergado y supeditado a la declaración de culpabilidad, frente a la cual –y solo en cuyo caso– se ventilarán en el proceso circunstancias, condiciones y situaciones propias del autor.

II. Antecedentes

Históricamente, podemos encontrar los primeros antecedentes en el derecho comparado, en la división clásica del juicio por jurados del derecho anglosajón, donde el jury emite veredicto sobre la culpabilidad del imputado solo en relación al hecho delictivo; siendo los jueces profesionales quienes a posteriori dictan sentencia sobre el significado jurídico del hecho y la pena³.

En el sistema judicial de los Estados Unidos, la mayoría de los estados dividen o “cesuran” el debate, disociando la culpabilidad de la imposición de la pena. En el primer tramo, el juicio tiende a establecer la existencia del hecho, su tipicidad, antijuricidad, así como la responsabilidad del acusado en el mismo (conviction). El segundo tramo está sujeto a la eventual declaración de culpabilidad, en cuyo caso, se inicia

una audiencia a cargo del juez que presidió el juicio, con el único fin de imponer la pena correspondiente (sentence)⁴. Es en esta audiencia, nunca antes, el momento en el que el juez contará con un informe completo previamente elaborado por una agencia estatal sobre la personalidad, medio ambiente, educación y demás características del imputado; como así también información precisa acerca de los antecedentes criminales de aquél⁵.

Hoy en día, en el sistema local, la división del juicio penal, tiene que ver no ya con la técnica relativa al juicio por jurados, sino una pregonada necesidad del estudio de la personalidad de autor para la individualización de la reacción penal.

Su recepción local más cercana (si bien generada por otros propósitos educativos y tutelares que pueden incluso evitar totalmente la pena) encuentra acogimiento en la ley 22. 278 (régimen penal de la minoridad, que dispone en su art. 4º que la imposición de pena respecto del menor ... estará supeditada a los siguientes requisitos: a) Que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil si correspondiere, conforme a las normas procesales; b) el cumplimiento de los 18 años y al tratamiento durante un período no inferior a un año.

Por último, es dable mencionar como antecedente cordobés, que el proyecto de reforma del código procesal penal provincial del año 1990 preveía ante delitos reprimidos con más de 10 años de prisión, la posibilidad, aun de oficio, de dividir el debate en dos, tratando primero la cuestión relativa a la culpabilidad del acusado, y luego, la determinación de la sanción que corresponda aplicar. La división deberá ser anunciada al finar la audiencia del debate⁶

III. Ventajas

No son pocos los beneficios del instituto.

El primero de ellos, quizás el más relevante, concierne a la individualización de la pena. Tema sobre el que se ha explayado la doctrina, y no obstante, en la actualidad la sanción pasa a ser un capítulo de la sentencia cubierto de fórmulas sin mucho más fundamento que la imposición de una cantidad de tratamiento penitenciario a cumplir. Así, lo ha señalado la doctrina "*Generalmente se observa en las sentencias la repetición de los mismos argumentos vertidos mecánicamente en todos los casos, con lo que se concluye con facilidad que sólo se copia determinada fórmula*"⁷. La debida pena adecuada a las características del sujeto a quien se aplica, importa la recepción y valoración de elementos probatorios –distintos a los analizados en la declaración de culpabilidad- que permiten sostener una sanción justa adecuada al caso particular; que no es otra que la pena correspondiente al caso concreto. Una correcta "mensura de la pena" implica abordar el asunto conforme tanto los parámetros dados por la prevención general vista como un modo de mantener y recobrar la confianza en el Estado de Derecho, cuando la

comunidad observa que a un sujeto que comete hechos de mucha gravedad, se le aplica la pena correspondiente, produciendo también un efecto de pacificación que se realiza cuando la conciencia jurídica se tranquiliza y se considera solucionado el conflicto social ocasionado por el autor⁸ como los de la prevención especial, en tanto la pena –y por sobre todo **la ejecución de la pena**- tendrá que asumir la labor de corregir y motivar a quien delinque a no lesionar o poner en peligro bienes jurídicos penalmente protegidos⁹.

Ello, que –reitero- ha sido objeto de un desarrollo teórico pa-rejo por parte de la teoría del delito, no ha merecido, hasta ahora, igual acogimiento en el procedimiento legislado para la imposición de una sanción.

De esta manera, justo deviene la implementación de un debate que -en forma personalizada- permita estimar la pena justa en el aquí y ahora y para el imputado concreto en un nivel separado de discusión donde “se habrán de campear pautas totalmente distintas que las utilizadas para la determinación del hecho y la responsabilidad por el mismo”¹⁰.

Se trata de una cuestión sumamente compleja, en la cual se deberá tener en cuenta aristas relacionadas no solo al delito y el sujeto responsable sino también (y más bien) aquellas provenientes de las circunstancias del hecho y de situación personal del acusado, sopesando la conveniencia social general en relación al encausado, en base a los efectos que la pena produce, es decir: tanto en los aspectos preventivos generales como en los especiales.

1. Para el imputado

La división del debate en etapas permite la implementación de un derecho penal de acto y no de autor; en tanto en la primera parte del debate, el examen versará sobre si el acusado realizó la acción descrita en la acusación y la calificación jurídica de tal acción, con prescindencia de toda referencia sobre la persona del autor. De manera tal que en el primer tramo de la discusión se disciernen únicamente los hechos imputados (conductas negativas o positivas) y si los mismos encuadran un tipo penal.

La separación en tramos, a su vez, permite a aquel que resiste la pretensión penal punitiva una mejor defensa por cuanto, posibilita que el imputado, una vez resuelta su culpabilidad, pueda exponer libremente los motivos que lo llevaron a actuar de esa manera y explayarse sobre condiciones personales y ambientales, asegurándose un efectivo procedimiento contradictorio sobre la pena.

Sabido es que en ocasiones sostener determinados fundamentos que atenúen la pena perjudica la postura defensiva sobre la responsabilidad en el hecho. Ello obliga al abogado a adoptar determinada posición sobre la culpabilidad y otra opuesta sobre la sanción. Si trata de probar

ambas cuestiones a la vez, pierde efectividad y si elige una, quedará sin la otra posibilidad.

La cesura viene a solucionar la disyuntiva, habilitando a la defensa fijar una estrategia para cada etapa. Señala acertadamente Maier¹¹ que si se discute el hecho y la participación la posición pierde en credibilidad si, al mismo tiempo, se hacen valer argumentos relativos a la atenuación de la pena, incorporándose circunstancias relativas a ello así como circunstancias tendientes a acreditarlas. Refiere que la práctica ha demostrado que muchas veces se callan motivos que impulsan al hecho y que, de alguna manera, surtirían efectos beneficiosos en la medición de la pena, como el amor, la caridad, la piedad y hasta la coacción, al buscarse una absolución negando la imputación.

Del mismo modo en los sistemas de juicio único, el imputado no pocas veces se encuentra en situaciones en las que el silencio sería lo razonable a los efectos del análisis sobre la existencia del hecho y la responsabilidad por el mismo, pero, a los efectos de la medición de la pena, lo sensato sería una declaración abierta¹². Existiendo división del debate en fases, incluso si se buscó la absolución, tras la primera resolución, se puede discutir la cuantía de la pena.

Por último, cuestión no menor que resulta de la naturaleza pública del debate, en el cual, previo a la declaración de culpabilidad, se ventilan situaciones personales y propias del acusado, quien por el solo hecho de estar en el banquillo, debe pasivamente soportar se ventilen abiertamente en el proceso situaciones de su pasado que estigmatizarán su presente, aún ante una sentencia absolutoria¹³.

2. Para el Ministerio Público Fiscal

En aquellos casos en los que el representante de los intereses generales de la sociedad estima existen elementos particulares en el autor que justifican ser valorados como agravantes en la mensuración de la pena (vgr. por su particular desprecio de los valores humanos básicos, por la elección de la víctima, por las menores posibilidades de defensa, etc.), la audiencia de determinación de la pena supone un ámbito propio para ventilar y probar dichos reproches. De aquí que, para el ministerio público fiscal, también la cesura brinda mayores posibilidades de acercar los elementos que influirán en el ánimo del juez para agravar la pena, una vez que ya se han debatido todas las pruebas sobre la participación del imputado.

3. Para la magistratura

La determinación de la responsabilidad por la participación voluntaria y consciente de un individuo en un hecho se establece únicamente a través de las pruebas que así lo acreditan.

De esta manera, en la etapa de la declaración de culpabilidad existen circunstancias relativas a la fijación de la pena¹⁴ que -por su propia naturaleza- deben ser excluidas del conocimiento del juez y postergadas para el momento preciso de la audiencia sobre la pena. Es que, su conocimiento anticipado resulta innecesario, cuando no peligroso por cuanto puede ser erróneamente interpretado como indicio de responsabilidad en el hecho¹⁵. Las circunstancias personales recopiladas (v. gr. condenas anteriores), idóneas para la imposición de la pena, que son valoradas (aun inconscientemente) por el juez en el momento de la declaración de la culpabilidad, podrían dar lugar a interpretaciones equivocadas. (vgr. apresurada conclusión de que el acusado efectivamente actuó con dolo al matar ya que, según lo demuestran sus antecedentes, una vez fue condenado por homicidio doloso).

IV. Desventajas

Sobre los inconvenientes de separar en fases el debate, se puede señalar, lo que a primera vista surge como arista negativa. Por un lado, alarga la duración del debate cuando existe condena ya que el sistema implica la división de juicio, con su consiguiente extensión, lo que de alguna manera va a contramarcha de la moderna tendencia de acortar los procesos.

A su vez, la cesura se presenta como contraria al principio de concentración de los actos, que rige en el procedimiento oral¹⁶.

Por último, se ha señalado que si las dos partes del juicio no son inmediatas, se corre el riesgo de perder precisión sobre las impresiones recibidas durante la primera etapa. No debe olvidarse que las circunstancias del hecho son tan significativas para la imposición de la pena como las personales (art. 41, inc. 1º, CP)¹⁷.

V. Identidad física del juzgador en ambas etapas.

La propuesta de un proceso penal bifásico ha traído consigo la idea de establecer un tribunal diferente para decidir la cuestión de la pena a aquel que pronunció el interlocutorio de culpabilidad¹⁸, en especial se ha pretendido incorporar al tribunal expertos sobre ciencias relativas al comportamiento humano¹⁹.

Si se establece como meta la adecuación a futuro del comportamiento del autor al orden social establecido, este sistema representa claras ventajas a la hora de la apreciación o individualización de la reacción penal sobre una persona. En este sentido, ciertamente los especialistas se encuentran en mejores condiciones que los jueces para

apreciar cuanta cantidad de pena es necesaria para la resocialización del reo²⁰.

Ahora bien, si ponemos en cabeza de un cuerpo técnico o comisión de expertos el estudio de la persona, la determinación de la pena se reduce a un trabajo científico-empírico, cuya infracción a la ley ha sido el *síntoma* de la necesidad de un tratamiento. Esta concepción coloca el acento en el autor, y no en el acto, anulando o reduciendo la razón o motivo por el que se persigue y decide penalmente sobre una persona determinada: se le atribuye un hecho como contrario a la violación de una norma lo que determina una sanción concreta.

Nadie duda de la importancia de los conocimientos de las ciencias empíricas que estudian el comportamiento humano sobre la individualización de la pena. Su proyección en el proceso puede ejercerse mediante la realización de pericias e informes, incluso con la colaboración e influencia de un técnico en la decisión sobre la pena. Ello, sin transformar la decisión en un juicio de especialistas con único fundamento en el tratamiento adecuado del autor, como si la inobservancia de las normas fuera una enfermedad. Allí es cuando se violentan los límites de reacción impuestos por lo que *ha hecho* y no por lo que *es* el imputado.

De otro costado, también se ha mencionado que si el mismo jurado se aboca a las dos fases del procedimiento, queda el peligro que el jurado (sabiendo que puede imponer la pena) abandone el standar razonable de duda que pueda surgir y emita un veredicto de compromiso²¹.

No obstante, el argumento cede frente a las claras ventajas que representan unificar en el mismo tribunal, la medición de la pena. Ello por cuanto para la individualización del monto punitivo ciertamente se deben considerar elementos provenientes del hecho y de la conducta del autor, además de las circunstancias personales y situacionales. Así, habiendo el tribunal de juicio presenciado todo el proceso, donde tales circunstancias han sido suficientemente ventiladas, sin duda se halla bien imbuido de las mismas, tornando injustificado e inconveniente desde todo punto de vista el acudir a un juez/tribunal diferente. Así, elementales razones de economía procesal se verían frustradas si un juez nuevo tuviera que empaparse de todo el proceso –sin intermediación– para establecer la pena.

VI. Mecanismo e integración de la sentencia.

La regulación del instituto en el nuevo orden nacional, se completa con disposiciones que equiparan el mecanismo de audiencia y deliberación al establecido en el capítulo referido al desarrollo del debate sobre la culpabilidad (arts. 261 y ss. CPPN), de modo tal que al culminar la primera parte del debate, el tribunal resolverá la cuestión de la culpa-

bilidad y, si la decisión habilita la imposición de una pena o medida de seguridad y corrección, fijara día y hora para la prosecución del debate sobre la cuantía de la pena, lo que deberá tener lugar dentro del término de 48 hs. El debate sobre la pena, debería comenzar con la recepción de la prueba que se hubiere ofrecido para individualizarla, prosiguiendo, de allí en adelante, según las normas comunes.

Tal como se regula el procedimiento, la sentencia se integrará, después del debate sobre la pena, con el interlocutorio sobre la culpabilidad y la resolución sobre la pena o medida de seguridad y corrección aplicable, con lo que el plazo para recurrir la sentencia comenzará a partir de este último momento.

VII. Conclusión:

El establecimiento de un espacio dentro del proceso dedicado a la determinación de la pena, implica división del debate juicio penal en dos fases, una dedicada a tratar las cuestiones referentes a la imputación delictiva, la otra a completar ese juicio, fijando la reacción penal correspondiente en concreto.

Ello contribuye a dotar de mayor racionalidad a la discusión y decisión sobre la pena, con mayores garantías para el acusado

No deberían perderse de vista las posibilidades que aportan a las ciencias para la individualización de la respuesta punitiva, autorizando – a modo de ejemplo- la realización de informes sociales y psicológicos, que sirvan de base para la decisión jurisdiccional de individualización de la pena propia del caso, dictamen²² que servirá de sostén empírico siempre y cuando se limite la función del perito como mero “portador” de conocimiento.

Ciertamente, en aras de la legalidad y justicia, esta etapa debe estar regida por las mismas garantías procesales que protegen al imputado y los mismos principios de la actuación procesal que gobiernan el interlocutorio sobre la culpabilidad.

¹ Eduardo Andres Bertoni, "La determinación judicial de la pena" AAVV, Editorial del Puerto, 1993.

² Incluyendo el ordenamiento nacional en esta etapa lo relativo a la restitución, la reparación y la indemnización que se hubieren demandado en el proceso y lo concerniente a la imposición de las costas.

³ Conf. Maier, Julio, "La cesura del juicio penal", Doctrina Penal, año 7, p 239. Editorial Depalma. 1984

⁴ Carrió, Alejandro, "El enjuiciamiento penal en la Argentina y los Estados Unidos", p. 81, Ed. Eudeba)

⁵ Díaz Cantón, Fernando. *El proceso de imposición de penas. La cesura del debate*. LA LEY 1995-B , 1392

⁶ Proyecto del Poder Ejecutivo del año 1990 Reforma del Código Procesal Penal: "art. 369: Si el delito motivo de la acusación fuere reprimido con pena privativa de la libertad cuyo máximo supere los 10 años, el tribunal –aun de oficio- podrá dividir el debate en dos etapas, tratando primero la cuestión relativa a la culpabilidad del acusado, y luego, la determinación de la sanción que corresponda aplicar. La división deberá ser anunciada al finar la audiencia del debate-.Si no correspondiere la absolución del imputado, la primera etapa, concluirá por resolución en la que se deberán observar las disposiciones relativas a la sentencia, salvo las referidas específicamente a la determinación de la pena o medida de seguridad. En la misma resolución el tribunal fijara día y hora para la continuación del debate en un término no menor de 3 días, y dispondrá la integración del tribunal con jurados. En el plazo señalado las partes podrán incorporar las recusaciones que estimen pertinentes. La segunda etapa comenzara con la recepción de la prueba que se hubiere ofrecido para individualizar la sanción. La sentencia se integrará con la resolución sobre la culpabilidad y aquella en que se determine la pena y medida de seguridad aplicable...".

⁷ Lasarte, Horacio A "La cesura del juicio penal en una de sus pocas aplicaciones jurisprudenciales. Cita Online: AR/DOC/2269/2004

⁸ Cfme. Roxin, "Derecho Penal, Parte General. T.I. Ed.Thomson Civitas, pág.792 y sgtes., y 983

⁹ *La pena correcta, o sea la pena justa, es la pena necesaria. Justicia en el derecho penal es la observancia de la medida de la pena exigida a través de la idea de fin*" Von Liszt Franz, "la idea de fin en el derecho penal"Chile, Valparaiso, 1984 pag. 78.

¹⁰Díaz Cantón, Fernando. *El proceso de imposición de penas. La cesura del debate*. LA LEY 1995-B , 1392

¹¹ Op. cit., p. 244.

¹² En el caso del debate no dividido, es común que el abogado defensor tome la postura de negar sabiamente la comisión del delito buscando una absolución o aceptar la comisión y buscar una pena mínima. Pero si elige la primera opción, se arriesga a la imposición de una pena alta al no ser materia de discusión el número de años de condena, mientras que si elige la segunda, pierde la posibilidad

de lograr la absolución. Díaz Canton en op. cit nos habla de la posición incómoda en que se encontraría el defensor a la hora del alegato final, tan finamente imaginada por Hassemmer: “Se enfrenta con la dificultad de tener que emplear argumentos o indicaciones orientadas a influir en la hipotética determinación de la pena, aunque toda su estrategia como defensor se haya orientado hacia una absolución, finalidad contradictoria con la pretensión de influir en la posible pena concreta” HASSEMER, Winfried, “Fundamentos del Derecho Penal”, Ed. Bosch. Pag. 131

¹³ Un ejemplo didáctico ilustra el caso de un joven foráneo acusado de cometer un delito sexual en un pueblo del interior del país, hecho que provoca gran conmoción social, convocándose a la mayor parte de los ciudadanos el día y hora de la audiencia del juicio. El fiscal se esfuerza por demostrar circunstancias que estima agravarían la pena, por lo cual, expone ante el tribunal los antecedentes penales en base a los cuales al joven previamente se le otorgó una probation, su escasa educación, las costumbres promiscuas, etc. Por su parte el defensor se encargó de acreditar que el día y hora del hecho, su defendido estaba en otro lugar con otras personas. El tribunal decide por unanimidad la absolución, fallo que fue considerado justo por toda la comunidad, que lo estimó inocente de la acusación. Días después, el joven absuelto pretende retomar su trabajo jornal, pero no consigue quien lo contrate en el pueblo, ya que sus circunstancias personales ventiladas en el proceso, antes ignotas y ahora por todos conocidas, le impiden acceder a la confianza de los lugareños. Finalmente el joven debe abandonar el pueblo y mientras se aleja “*su mente trata de comprender, porque si siempre fue inocente, en el juicio y ante todo el pueblo se llevó a cabo una radiografía de su vida y su pasado que él mismo estaba tratando de olvidar*” Eduardo Andres Bertoni, “La determinación judicial de la pena” AAVV, Editorial del Puerto, 1993.

¹⁴ Condenas anteriores, ámbitos íntimos de la personalidad, etc.

¹⁵ De un hecho delictuoso se es o no responsable independientemente y no porque, con anterioridad, el acusado haya sido declarado culpable por otro delito.

¹⁶ Punto que ha llevado a la siguiente discusión: “*Lo que se ha denominado “cesura” del proceso penal se resuelve mas bien en una verdadera y propia fractura, en cuanto rompe la unidad del juicio que estimamos debe ser indivisible para una equilibrada valoración del delito y de la pena*” Micciche, *La divisione del processo penale en due fasi*, Congresso Internazionale, Siracusa, 1969, citado por MARINO BARBERO SANTOS en “La división en dos fases del proceso penal” dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2784665.pdf.

¹⁷ Lasarte, Horacio A “La cesura del juicio penal en una de sus pocas aplicaciones jurisprudenciales. Cita Online: AR/DOC/2269/2004.

¹⁸ Como contraposición del interlocutorio sobre la pena.

¹⁹ En su versión más extrema hasta se postula trasladar la decisión del ámbito judicial tradicionalmente propio de ella a una comisión de expertos situada en el ámbito de otro poder del estado, o al menos, fuera del poder judicial del Estado, con competencia en todo lo relativo a la determinación de la pena y al control del plan de ejecución y su establecido por constitución. Tal como el caso en el Estado de California (EEUU) en donde la “California Adult Authority” representa una comisión elegida por el gobernador con acuerdo del Senado , y

está integrada por personalidades transformación. Cfme. Maier op. cit. Pag 256.

²⁰ Estas proposiciones, según aparece claro por su sola formulación tienen que ver con la pena-tratamiento, esto es, con la proposición de política criminal que funda la penal casi con exclusividad en su fin de prevención especial. Maier op. cit. 256

²¹ Díaz Cantón, Fernando. *El proceso de imposición de penas. La cesura del debate*. LA LEY 1995-B , 1392. Este, sin duda, es el gran fantasma que se corporizaría si en nuestro país quisiéramos implementar el sistema, ya que al no haberse cumplimentado el mandato constitucional que consagra el juicio por jurados, tendría que ser el mismo juez de sentencia (para el sistema actual) o el mismo tribunal de juicio (para el nuevo sistema procesal instituido por ley 23.984 —Adla, LI-C, 2904—) que estableciera la culpabilidad, quien imponga la pena en debate posterior, y se presentaría sin duda el aludido problema del veredicto de compromiso

²² Cuyo parangón lo podemos hallar en el *presentential report* del proceso americano, en el que el juez es auxiliado por un reporte preparado por el oficial de probation (probation officer) o por alguna otra persona u organismo especializado. El aludido reporte contiene información acerca del prontuario del acusado, familia, antecedentes, educación, historia laboral, reputación y otros detalles que el oficial fue recogiendo de entrevistas realizadas con el imputado, sus allegados y terceros que hayan brindado referencias al respecto. Cfme. Díaz Cantono p. cit.

ADMISIBILIDAD DE PREGUNTAS INDICATIVAS Y SUGESTIVAS EN LA PRUEBA TESTIMONIAL

Maximiliano Hairabedián

“Cuando la verdad sea demasiado débil para defenderse tendrá que pasar al ataque”. Bertold Brecht.

Sumario: I.Introducción. II.Preguntas abiertas y cerradas. III.Preguntas indicativas y sugestivas. IV.Preguntas mixtas. V.El uso de preguntas indicativas y sugestivas. VI.La admisión de preguntas indicativas y sugestivas en el proceso penal argentino.

I.Introducción

Tradicionalmente nos hemos formado con la idea de que en un proceso penal no se pueden efectuar preguntas indicativas o sugestivas a los testigos. Sin embargo, en la práctica se presentan varios fenómenos relacionados con esta situación, que son dignos de señalar:

- 1)En general no todos tienen bien en claro cada caso en qué se configura una pregunta indicativa o sugestiva.
- 2)Lo anterior, unido a cierta tolerancia, hace que corrientemente se use ese modo de interrogar.
- 3)Muchos desconocen los casos en que podrían admitirse. Ciertamente es que cuanto más adversarial es el sistema procesal, mayor es la permisibilidad de las preguntas indicativas o sugestivas, pero aún en códigos procesales mixtos o con el acusatorio atenuado –como el procedimiento cordobés–, la prohibición no es total y absoluta.

II.Preguntas abiertas y cerradas

Las preguntas abiertas son las que dejan librado al testigo el dominio de la información que va a responder con posibilidades más o menos amplias para expresarse. En cambio, las cerradas se dirigen a que concrete información precisa¹. Ejemplo de abierta es “relate todo lo que vio aquella noche”, y de cerrada: “¿había luz?”; “¿de qué color era el arma?”; “¿cuántos eran los agresores?”; ¿quién disparó primero?”.

En la bibliografía se citan como abiertas las que suelen empezar por: “¿cuándo, cómo, dónde, de dónde, hacia dónde, para qué, a quién, cuánto?”, etc.; y las cerradas por un verbo, p. ej., “¿actuó usted, quiso, firmó, trabajó?”². De todas formas esa caracterización de las abiertas es

deficiente, porque así como algunas pueden serlo, sobre todo las que comienzan con “qué” y “cómo” (p. ej., “¿qué hizo después del robo?”; “¿cómo era la casa?”), otras pueden ser de muy cerrada respuesta, por lo acotada, al no tener el testigo demasiadas opciones para explayarse (p. ej., “a quién mató?”; “¿dónde fue el daño?”).

Las abiertas, a su vez, se pueden clasificar en narrativas y limitadamente abiertas. Las primeras son las “más abiertas de todas; permiten al testigo explayarse con mucha amplitud y con sus propias palabras (¿Qué sucedió? ¿Qué pasó?)”; en tanto que las segundas “posibilitan también que el testigo se explaye con sus propias palabras, pero mínimamente acotado, pues tienen algún punto de referencia. (¿Que hizo después de que llegó a la casa?)”³.

III. Preguntas indicativas y sugestivas

En sentido amplio, la pregunta es sugestiva o indicativa cuando en su formulación contiene la respuesta o se le está proporcionando una respuesta única, posible o racional al declarante.

Una buena comprensión de la sugestividad la brinda el origen etimológico, del latín “suggestio”, cuyos componentes léxicos son el prefijo “sub” (por debajo) y “gerere” (hacer, llevar a cabo), seguido del sufijo “ción” (acción y efecto). También el significado que da la Real Academia a “sugestión”, como la acción y efecto de “sugestionar”, o sea “dominar la voluntad de alguien, llevándolo a obrar en determinado sentido”.

La sugestión ha sido conceptualizada por la doctrina clásica como “la acción de incorporar a la mente de alguien una idea o un pensamiento al margen de la crítica y de la razón”, es decir cuando “la idea penetra en nosotros sin el discernimiento y decisión inteligente y voluntaria del “yo” personal”⁴. En tanto que para Gorphe⁵ es “la presión moral que una persona ejerce sobre otra y le hace tomar una actitud mental con la ilusión de que la adopta espontáneamente”. Para autores más modernos “este concepto comprende toda aquella información que se le aporta al testigo en la misma pregunta que se le formula”⁶.

En el “ámbito del análisis de la conversación se ha puesto de manifiesto la relación entre la forma de las preguntas que los juristas emplean en el interrogatorio y la estrategia retórica que persiguen”⁷; y desde la psicología que las preguntas pueden condicionar las respuestas, destacándose la idea de “sugestibilidad interrogativa”, “que consiste en el grado en que los individuos, en el seno de una interacción cerrada, aceptan informaciones transmitidas en la pregunta”⁸.

Una pregunta es indicativa cuando da a entender o significar una cosa con indicación o detalles, o en otras palabras que señalan una respuesta determinada⁹. Es la que sugiere a los testigos la respuesta deseada por

el examinador¹⁰. También se conceptualiza a las sugestivas como “aquellas que llevan el dato de la respuesta, en su formulación. Incorporan en la pregunta su propia respuesta, por ende, sólo permiten al testigo confirmar o negar su contenido. En este caso, es el abogado, quien elige el vocabulario y las palabras del interrogatorio, para que el testigo afirme o niegue”¹¹.

Ejemplos clásicos de esta manera de indagar son cuando se las formula en sentido negativo: “¿no había niebla?”; o precedidas de refuerzos de la proposición: “¿Entonces apareció José?”. También pueden ser por el tono más afirmativo que interrogativo; la seguridad, emoción e ímpetu que le imprime y trasmite el interrogador¹². Téngase en cuenta que el significado de suggestionar, según la Real Academia, también puede ser el de “fascinar a alguien, provocar su admiración o entusiasmo”.

Baytelman y Duce proporcionan otros casos de este tipo de preguntas: ¿Sintió olor a gas cuando entró a la casa? (“había olor, y era a gas”); ¿Tenía el acusado un cuchillo en la mano? (“el acusado tenía un cuchillo y ese cuchillo estaba en su mano”). En el primer caso, si es parte del testimonio “genuino” del testigo el hecho de que había olor a gas, entonces el tribunal querrá que uno le pregunte si notó algo extraño, si algo le llamó la atención o –como máximo– si había algún olor en particular. Si el testigo en verdad tiene este recuerdo en su memoria, entonces cualquiera de estas preguntas debiera bastarle. En cambio, continúan estos autores, la pregunta sugestiva parece “soplarle” al testigo una cierta respuesta¹³.

Señala la jurisprudencia española que la pregunta es sugestiva porque indica o provoca una respuesta afirmativa como única conclusión racional de las afirmaciones previas que le sirven de sustento; es decir, “no se pregunta sobre determinados hechos que se presentan como incontestables, sino que el interrogador plantea la pregunta como una consecuencia necesaria de los hechos previamente afirmados sugiriendo el asentimiento como única respuesta racional, de modo que prácticamente elimina la opción de una contestación diferente a la que se desea obtener”¹⁴.

Otra modalidad de preguntas indicativas son aquellas en las que se presentan opciones de respuestas pero que no agotan el elenco de alternativas posibles o lo acotan dentro de límites puestos por el interrogador. Por ejemplo, se le pregunta al testigo si el vehículo del atacante era blanco o negro, dejándose de lado la posibilidad de que sea de otro color. O se lo indaga por una cantidad y al responder que no puede precisarla, se le repregunta “¿aproximadamente cuántos eran?, ¿1, 2 o 3?, 1, 5 o 10?”¹⁵. Por eso se ha señalado que “también la forma lingüística de una pregunta puede condicionar la respuesta”, pareciendo ser que las de tipo disyuntivo favorecen que quien responde escoja entre una de las dos opciones que se le ofrecen¹⁶. Ahora bien, si las opciones que se presentan

son completas, la pregunta no es indicativa ni sugestiva: p. ej.: “¿era de estatura baja, mediana o alta?”.

De lo expuesto precedentemente observamos que generalmente la alusión a una pregunta como “indicativa” se usa como sinónimo o equivalente a la sugestiva, e inclusive así lo conceptualizan definiciones doctrinarias. Con ese alcance asimilado se emplean ambos términos en este trabajo porque son equiparables los elementos que las componen y sus consecuencias procesales, además de ser difusa la frontera entre unas y otras. De allí la referencia indistinta. Pero a veces la diferencia puede ser más de grado que cualitativa. De esta manera, en la sugestiva, la información, formulación o tono trata de ejercer más influencia en la respuesta del interrogado que la indicativa, siendo en estas últimas en las que se le proporcionan datos, pero sin una marcada presión con intento convincente. Según esta distinción, de difícil aplicación práctica en muchos casos, un ejemplo de estrictamente indicativa sería la que sólo aporta una información para que el testigo responda por sí o por no (p. ej., “¿el arma era plateada?”) y propiamente sugestiva aquella que le pone un plus de presión para hacerla más persuasiva (“¿no es cierto que el arma era plateada?”; “usted vió un arma plateada, ¿verdad?”; “usted estaba mirando de lejos, ¿correcto?”; “¿acaso no estaba enemistado con el acusado?”), o bien se vale de alguna reconvención no capciosa (p. ej., frente a una respuesta negativa, decirle con sustento real “entonces cómo explica que todos los otros testigos hayan dicho que usted estaba ahí”, “¿cómo puede ser que no haya visto lo que pasó al frente suyo?”).

Hay veces que el carácter indicativo o sugestivo de la pregunta es larvado o sutil porque aparenta no serlo. Se ha señalado que en estos casos son bastantes difíciles de detectar, como sucede con aquellas que contienen algunas palabras que condicionan la respuesta, ejemplificándose con las siguientes: “Mr. John dijo que el auto iba rápido: ud qué piensa?”; o cuando se influencia lingüísticamente: no es lo mismo preguntar cuán alto y cuán bajo era el jugador, porque la primera no presupone la altura, la segunda sugiere que es bajo¹⁷. Loftus relata experimentos que implicaban mostrar a la gente crímenes y accidentes simulados y luego se los interrogaba acerca de lo que recordaban. En un estudio preguntaban: “¿Qué tan rápido iban los autos cuando chocaron?”; en otros: “¿Qué tan rápido iban los autos cuando se estrellaron?”. Si decíamos “estrellaron”, los testigos referían que los autos iban más rápido, y más aún, eso hacía que la gente se inclinara por decir que vieron vidrios rotos en la escena del accidente cuando no había ninguno en absoluto¹⁸.

Otra modalidad puede ser cuando la sugestividad proviene de la autoridad que inviste el que interroga¹⁹, sea de tipo funcional (v. gr. un fiscal reconocido como serio), académica (v. gr. un jurista destacado), intelec-

tual o de cualquier otra fuente de prestigio y buena reputación social (v. gr. un filántropo), que puede incidir en ciertos testigos al percibirlo como fuente de razón y verdad.

Debe tenerse en cuenta que aun en los sistemas que lo permiten, la pregunta sugestiva no es recomendable y sólo hay que acudir a su empleo cuando sean necesarias para poner a prueba la veracidad del testigo. El motivo es que, por lo dicho anteriormente de la influenciabilidad, las preguntas sugestivas restan credibilidad a la respuesta.

IV.Preguntas mixtas

La clasificación del tipo de preguntas también admite combinaciones, de forma tal que se den preguntas que tengan características mezcladas, tanto en lo que hace a que sean o no indicativas, como que aparezcan abiertas o cerradas. En este sentido las más conocidas son las sugestivas cerradas, porque en su formulación contienen la respuesta posiblemente deseada por el interrogador y por ser lo suficientemente concreta y acotada como para requerir una respuesta específica por parte del testigo, generalmente breve. Por ejemplo, “¿es verdad que pasó en rojo?”; “¿no es que habían ingerido alcohol?”; “¿Entonces vio cuando el acusado sacaba un arma?”, etc.

Otra alternativa es que sean cerradas no indicativas: “¿De qué color era el automóvil?”; “¿cuál es su número de teléfono?”; ¿Era hombre o mujer?”. O bien, de manera menos frecuente, hay abiertas y sugestivas: “cuéntenos todo lo que sabe del historial de violencia del acusado”.

V.El uso de preguntas indicativas y sugestivas

Por una cuestión metodológica, para el tratamiento de este punto es útil distinguir entre el examen directo (a través del interrogatorio inicial al testigo por parte de quien lo propuso) y el contraexamen (que tiene derecho a realizar la parte contraria luego del examen directo).

Si bien en el primero, por regla, no se admiten las preguntas sugestivas o indicativas, inclusive en los sistemas adversariales, la doctrina ha señalado que se pueden aceptar en casos excepcionales: a) si la contraparte lo consiente (p. ej., para ganar tiempo); b) sobre hechos incontrovertidos; c) Para obtener una negación de una situación (¿estaba ud. en tal lugar en la noche del 31 de junio?); d) para establecer una base que dé pie al testigo a responder lo que sabe (información necesaria para que el testigo pueda responder la segunda pregunta) demostrando como el testigo adquirió el conocimiento sobre el tópico²⁰.

En esta línea, se dice que no están comprendidas en la prohibición aquellas preguntas que contienen información de tipo introductorio. Se las ha denominado “preliminares” porque “no constituyen aquel tipo de información sustancial respecto de lo cual el abogado querría “poner las

palabras en la boca del testigo” y el “valor agregado” de la información espontánea del testigo es mínimo, medido en contra de razones de economía procesal de mayor peso²¹. Tampoco está atrapada por la norma en el caso de la “sugestividad irrelevante” o inocua. Al respecto, los mismos autores explican que el problema se da cuando el abogado “está formulando la realidad de un modo ventajoso para su caso, allí donde el testigo tal vez no la formularía espontáneamente de dicha manera”. Entonces, cuando la respuesta a la pregunta no admite más que una sola formulación de la realidad, la sugestividad se torna irrelevante, ejemplificando con la siguiente pregunta técnicamente sugestiva: “¿es usted la madre del imputado?”, porque de cualquier forma en que se hubiere preguntado hubiere sido respondida unívocamente por el testigo²². Baytelman y Duce también dicen que se permiten las preguntas “sugestivas para negación” porque si bien contienen su propia respuesta, se espera la negación del contenido de la pregunta, por lo que no es sugestiva aun cuando en su estructura lo parezca (p. ej., la pregunta al policía: “¿hubo algún momento en que usted le haya dicho al acusado ‘si no confieras vamos a detener a tu señora?’”). Y que también lo están aquellas que “simplemente no hay cómo hacerlas sino sugestivamente” (p. ej. el abogado quiere preguntarle al acusado si tiene entrenamiento en el uso de armas), “salvo que lo obliguen a hacer un enorme rodeo por vía de preguntas abiertas”²³.

El nuevo Código Procesal Penal de la Nación (ley 27.063) también sigue la regulación de no admitir las preguntas sugestivas o indicativas en el examen directo, pero no constituye una regla absoluta porque permite excepcionalmente que se autorice este tratamiento para el testigo hostil (p. ej., el amigo del imputado que ha sido propuesto por el Fiscal porque estuvo en el lugar del hecho). Doctrina comparada explica que se considera hostiles a los testigos que son la contraparte, o identificados con la contraparte o al que se rehúsa a cooperar²⁴.

Los clásicos seguidos entre nosotros también admitían desde hace tiempo el uso de preguntas sugestivas, en general porque, según lo expresaba Framarino Dei Malatesta, no siempre “se presenta como violatoria de la libertad subjetiva del testigo y como medio dirigido a obtener la desviación de la verdad, por lo cual no toda sugestión es ilícita”²⁵; y en particular para el tratamiento del testigo que “aparenta ser de mala fe y se quiere desenmascarar sus mentiras”, caso en el que “sería ilusorio tratarlo con todos los miramientos debidos a un testigo sincero y atender complaciente su falso relato; sólo se puede descubrir la verdad sometándolo a un interrogatorio apremiante”²⁶.

En Estados Unidos la regla es que las preguntas indicativas no se admiten en el examen directo de los propios testigos, pero no es total y presenta excepciones, es decir, situaciones ante las cuales los jueces permiten interrogatorio de este tipo. La doctrina ejemplifica también con el caso de que el testigo aparezca hostil al abogado que lo propuso e in-

terroga (ya que en ese caso desaparece el riesgo de la sugestión), o cuando sean usadas para obtener preliminarmente datos específicos, tales como el nombre y ocupación del testigo, o sobre materias que no están sustancialmente en disputa. También para sugerir un sujeto o tópico que se distingan de una respuesta; o en función de las características especiales de ciertos testigos (niños, personas muy ignorantes, tímidos, débiles mentales, deficientes en el entendimiento del idioma, etc.) que no puedan de otra manera responder con entendimiento respecto de la información buscada²⁷. De todas formas, en estos casos es útil acudir a la distinción realizada entre las preguntas indicativas y sugestivas en sentido estricto, y a partir de allí inclinarnos en contra de la aplicación con estos testigos débiles de aquella sugestión que contiene una carga extra dirigida para lograr el convencimiento²⁸.

El uso de preguntas indicativas y sugestivas en el contraexamen de los testigos, no sólo es el ejemplo más típico de aceptación en un procedimiento adversarial, sino que además tiene una larga historia²⁹.

Señalan Hidalgo y Soria que en un sistema procesal acusatorio, la herramienta que pone en “paridad de armas” a las partes, respecto de los testigos de cargo o descargo, es el contraexamen, y éste sólo es posible a través de las preguntas sugestivas³⁰. Agregan que esto debe ser así, porque en contraposición al examen directo, donde no se admiten, aquí son un medio para ejercer el contra examen o contra interrogatorio cuya finalidad y objetivo difiere del interrogatorio, ya que en el contraexamen no se persigue lograr del testigo información, sino contradecir, chequear, testear la información ya brindada, para hacer un control de calidad de la misma y así lograr la verificación de la credibilidad del testigo o de su testimonio —esto es la información que ya dio en el interrogatorio— o la que sabiendo que conoce, se negó u omitió darla en dicha oportunidad.

En la misma línea, Baytelman y Duce³¹ sostienen que mientras en el examen directo se prohíbe la pregunta sugestiva para evitar que quien propuso a un testigo para que avale su teoría del caso lo guíe en las respuestas, el contraexamen, en cambio, opera sobre una lógica completamente distinta: los peritos y testigos ya han declarado frente al tribunal, y su versión apoya a la contraparte. Entonces, lo que el juicio requiere del contraexaminador, es que sea capaz de extraer de estos testigos toda aquella información, versiones, detalles y matices que ellos no han aportado en el juicio —deliberadamente, o por mero sesgo o desidia— y que podrían perjudicar el caso de la parte por quien han venido a declarar. Dicen que si el contraexaminador hace eso, habrá puesto a los jueces en mejores condiciones para evaluar dicha información. Por eso concluyen estos autores que “esta es la razón por la cual en el contraexamen las preguntas sugestivas, lejos de estar prohibidas, son el instrumento por excelencia del contraexaminador. Se trata en ese caso de testigos hostiles, que siempre estarán dispuestos a desmentir o relativizar la informa-

ción que este les sugiere”³². Si bien reconocen que en el contraexamen es el abogado –y no el testigo– quien maneja las palabras con que fluye la información, alertan que “esto no quiere decir que estemos alterando la realidad o tergiversándola” porque el objeto del contraexamen desde el punto de vista del sistema “es proveer la posibilidad de que alguien superponga a estos mismos hechos y a esa misma prueba a una versión diferente de aquella que se acaba de fijar unilateralmente”³³.

De todas formas, estos autores observan que la falta de comprensión de la dinámica de la contradictoriedad ha llevado a los códigos latinoamericanos a repetir mecánicamente la prohibición de preguntas sugestivas tanto en el examen directo como en el contraexamen. Explican que la lógica que hay tras la prohibición tiene que ver con la idea de que el sistema no desea que el abogado vaya poniendo en boca del testigo las palabras de su testimonio, en otras palabras “el sistema quiere saber qué es lo que el testigo sabe, en sus propias palabras”. Pero como en el contraexamen, no se trata de un testigo complaciente con la formulación de la realidad que hace el contraexaminador; el testigo siempre va poder –y siempre va a estar dispuesto a negar las palabras que el abogado está poniendo en su boca si ellas no reflejan la realidad en ninguna versión; en la contracara, el contraexamen solo va a poder cumplir su función de ofrecer efectivamente otra versión posible para el relato de este testigo –una genuina contradictoriedad– si se le permite al abogado preguntar sugestivamente. Concluyen así que “la experiencia adversarial es bastante clara en este sentido: sin preguntas sugestivas en el contraexamen no hay genuina contradictoriedad”.

Si no se permitiera la sugestividad de las preguntas en el contraexamen del sistema acusatorio y oral, “sería un diálogo de sordos”... “la sugestividad es también una forma de control de la información”³⁴.

Otro autor dice que preguntando al testigo si ciertos hechos son verdad y forzándolo a que responda negando o reconociendo los hechos, hace que el abogado que desarrolla el contraexamen destaque los hechos que demuestran falencias en la versión del testigo que éste regularmente no develará en forma voluntaria, pudiendo entonces desacreditar al testigo o su testimonio³⁵.

En Estados Unidos, en la práctica, el juez normalmente prohíbe las preguntas indicativas en el examen directo y ordinariamente las permite en el contraexamen, pero esta regla no es absoluta ya que puede ceder en ciertos casos, como cuando la suposición normal sobre la relación entre el testigo y el abogado examinador o su cliente aparece infundada³⁶.

Coincido en que, en un sistema adversarial, el uso de preguntas sugestivas no sólo debe estar permitido, sino que además es necesario en ciertos casos. Sin embargo, creo que esta herramienta debe ser utilizada de manera restrictiva. Como la pregunta abierta o cerrada no sugestiva es el interrogatorio por excelencia, por ser el más limpio o menos contaminado, es la manera ideal de llevarlo adelante. Por eso la sugestividad

debe ser aplicada de manera subsidiaria, es decir, sólo en caso de necesidad, cuando no funcione otro método.

Se ha señalado que las descripciones de testigos sobre una situación compleja pueden estar influenciadas por las preguntas utilizadas y que es difícil determinar cuán sugestiva puede ser una pregunta o cuánto se puede influenciar a una persona³⁷.

Aun los más defensores del empleo de preguntas sugestivas admiten ciertas inconveniencias en su uso. Baytelman y Duce³⁸ dicen que “un buen contraexamen con frecuencia mezcla preguntas sugestivas, abiertas y cerradas” porque las sugestivas “pueden tener a su vez costos en credibilidad: producir la sensación de que es el abogado –y no el testigo– quien está dictando el testimonio”, por lo que advierten que hay que tener “cuidado con despertar las suspicacias del tribunal a tal nivel que llegue a tener la impresión de que el abogado no está tratando al testigo con la debida ecuanimidad o está ocultando información, pues ello afecta la credibilidad”. Por eso aconsejan intercalar abiertas en zonas seguras del contraexamen (que no requieran demasiado control porque sabemos lo que el testigo va a responder y no es demasiado relevante cómo formule esa porción de la información, o bien no tiene muchas posibilidades de formularla de otra manera o, en fin, su propia formulación de la realidad favorece nuestra teoría del caso). Agregan también cuando el testigo está mintiendo y vamos a poder evidenciar esa mentira, porque de esa manera es mejor que el testigo “se explaye en esa mentira en sus propias palabras y con lujo de detalles: lo único más despreciable que una mentira es una mentira detallada”. Y finalmente destacan que las abiertas inducen al testigo a hablar, aumentando las posibilidades de que incurra en alguna inconsistencia, contradiga a otro testigo de la contraparte o aporte información útil a nuestro caso.

VI. La admisión de preguntas indicativas y sugestivas en el proceso penal argentino

En general, la legislación argentina tradicional proscribió tanto las preguntas sugestivas o capciosas (CPPN., anterior a la reforma, 118; CPPC., 132, que menciona también las indicativas), “a los fines de la seriedad y claridad de la declaración”³⁹.

El artículo 393 del Código Procesal Penal de Córdoba que presenta más atenuado el acusatorio, al regular el testimonio en la etapa del juicio, expresa que la parte que propuso al testigo abre el interrogatorio; en tanto que el art. 396 establece el procedimiento y el 132 de manera genérica dispone que el declarante será invitado a manifestar cuanto conozca sobre el asunto de que se trate y, si fuere menester, se lo interrogará, y que las preguntas no serán indicativas, capciosas ni sugestivas. Aun cuando clásicamente se consideran proscriptas este tipo de preguntas durante toda la declaración, existen algunas interpretaciones en sentido

contrario. Soria e Hidalgo opinan que esas normas regulan sólo el interrogatorio de testigos (a punto tal que el art. 396 se titula “interrogatorio”) y no el contrainterrogatorio, respecto al cual “al modo de realizarlo, a la manera de desarrollarlo, a las preguntas a utilizar o a las preguntas prohibidas en su ejecución, nada específico dice nuestra ley ritual”. A partir de allí, entienden que la omisión “nos permite inferir lógica y legalmente, derivado ello de las características y principios del sistema acusatorio, que en modo alguno la ausencia de regulación, pueda interpretarse como prohibición”⁴⁰. El punto débil de esta ingeniosa interpretación es que la prohibición normativa también recae sobre las capciosas, y de éstas nadie defiende su empleo en tramo alguno del testimonio (ni en examen inicial ni en el contrainterrogatorio).

El procedimiento federal mixto de 1992 que se pretende reemplazar presenta algunas diferencias. En el juicio, el presidente del tribunal comienza el “examen” de los testigos (art. 383); en tanto que el “interrogatorio” es una prerrogativa tanto de los jueces como de las partes cuando se las autorice (art. 389). Y finalmente el 118 prohíbe las preguntas capciosas y sugestivas, tanto en la instrucción como el juicio (arts. 382 y 389), en el interrogatorio y el contrainterrogatorio. Es decir, la veda aparece como total. Al respecto, reconociendo que con esta regulación “su utilización sería inadmisibles siempre”, se ha criticado que “si el Código impide un examen riguroso, en definitiva, lo que impide es un adecuado control de la prueba” ya que “sin preguntas sugestivas en el contraexamen, no existe contradicción en forma plena, porque se encorseta la función de los litigantes”; “no hay un verdadero test de calidad de la información”, “y lo peor, es que ese impedimento impuesto a las partes, en la práctica -y en no pocos casos- es llevado a cabo por los jueces de sentencia”, lo cual pone en duda su imparcialidad”; por lo que se propicia que aun con ese marco regulatorio, “deben aceptarse en el examen indirecto las preguntas sugestivas”⁴¹.

El nuevo Código Procesal Penal de la Nación, fiel a su perfil adversarial, se enrola en los sistemas procesales que permiten la utilización de preguntas sugestivas durante el contraexamen (art. 264). En efecto, esta norma establece que los testigos y peritos, luego de prestar juramento, serán interrogados por las partes, comenzando por aquella que ofreció la prueba. No admite *en el examen directo* las preguntas sugestivas o indicativas (salvo que se autorice el tratamiento para el testigo hostil); en cambio para el contraexamen dice que las partes podrán confrontar al testigo o perito con sus propios dichos o con otras versiones, agregando finalmente que en ningún caso se admitirán preguntas engañosas, repetitivas, ambiguas o destinadas a coaccionar al testigo o perito. Por lo cual claramente ha dejado de lado, o sea, no ha prohibido las preguntas sugestivas en el contrainterrogatorio al testigo⁴², y por ende, están per-

mitidas.

En conclusión, para analizar la procedencia o admisibilidad de una pregunta indicativa o sugestiva en los casos prohibidos por ley, no es suficiente un rechazo automático, sino que es necesario tener en cuenta los fundamentos que inspiran la restricción legal, es decir, asegurar la credibilidad de la respuesta del testigo, la calidad de la información que aportará el proceso, la limpieza de sus dichos, la confiabilidad y espontaneidad de su declaración. Cuando claramente no estén en juego esos motivos que dan razón de ser a la proscripción, podrían admitirse si median razones de peso que así lo aconsejan. Lo contrario sería la prohibición por la prohibición misma, un rechazo irreflexivo y sin sentido.

¹ Baytelman, Andrés A. – Duce, Mauricio J., *Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba*, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2004. Agregan las preguntas de “transición” que posibilita abrir puentes o vínculos al testigo para que se exprese libremente.

² García Ramírez, Julio – Romero Santos, Luis y García González, Florentino, *La técnica del interrogatorio*, Rasche, Madrid, ps. 115/116. En similar sentido, considera los “elementos significativos del relato”: Qué sucedió, quién lo hizo, cómo lo hizo, cuándo y dónde lo hizo y a quién se lo hizo (Ibañez, Peinado, José, *Psicología e investigación criminal: el testimonio*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 121). Con buena dosis descriptiva hay autores que dicen que en este típico grupo de preguntas abiertas, “la incógnita corresponde a un pronombre, adjetivo o adverbio perteneciente al grupo cu” (Q), (qué, quién, cuál, cuanto, dónde, cómo, cuánto, por qué) (Taranilla García, Raquel, “La configuración narrativa en el proceso penal”, Universitat de Barcelona, tesis doctoral, p. 320, citando a Escandell, 1999). La misma tesista divide a las abiertas por la extensión de la respuesta que requieran. Así, están las “amplias” que exigen al interrogado que recuerde ciertos hechos y los refiera en su totalidad; las parciales que demandan una información concreta del grupo “cu” (“¿cuándo compró el teléfono móvil?”) y las cerradas en las que se espera que confirmen o nieguen el contenido (“¿reconoce el celular como suyo?”) (ps. 320 y 323).

³ De Vicente, Oscar, “La formulación de preguntas sugestivas en el juicio oral”, *El Dial*, 3/12/2008. En esta línea, se dice que en la narrativa “el entrevistado se circunscribe a narrar libremente los hechos tal como los recuerda, en tanto que en la entrevista de tipo interrogativa el entrevistado contesta cada una de las preguntas que se le van formulando” (Lucero, Inés, *El testimonio de niños en el proceso penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2011).

⁴ Cabello, Vicente P. “Psiquiatría forense en el Derecho Penal” Tomo 1, ed. Hammurabi, 2002, p. 129.

⁵ Gorphe, Francisco “Crítica del testimonio”, 4° ed. Reus, Madrid, 1962, p.279.

⁶ “El concepto alude, en definitiva, a aquéllas preguntas que introducen una información no mencionada previamente por el deponente” (ver Lucero, Inés, El testimonio de niños en el proceso penal, Ad Hoc, 2012).

⁷ Taranilla García, tesis cit., p. 314, citando a diversos autores (Danet y Bogoch, 1980; Dunstan, 1980; Philips, 1987; Walker, 1993; Walsh, 1994; Stone, 1995, entre otros).

⁸ Taranilla, tesis cit., p. 314, destacando los trabajos de Gudjonsson.

⁹ Clemente, José Luis, Código Procesal Penal de Córdoba comentado, Lerner, 1998, t. II, p. 37.

¹⁰ Mc Cormick, Evidence, West Publishing Co, Minn., USA, 1992, ps. 8/9. Agrega que a menudo la mera forma no es suficiente para indicar si es inductiva, ejemplificando que la pregunta que contiene una frase como “¿no es así?” es obvia e invariablemente indicativa, pero determinar si otro tipo de pregunta puede ser inductiva o no, depende del contenido y el contexto.

¹¹ De Vicente, art. cit. Agrega que se ha identificado con una de las acepciones de la voz sugestivo/a la de su origen etimológico del latín *suggestus*, *acción de sugerir*, *suggerere*, “hacer entrar en el ánimo de alguno una idea o especie, insinuándosela, inspirándosela o haciéndole caer en ella”, “conforme esta definición, pregunta sugestiva sería aquella que conlleva un dato o idea, que posibilita que ingrese en el “ánimo” del testigo, quien lo incorpora como propio y así lo testifica”. Cita la definición de D’Albora, para quien “sugestiva es la pregunta que orienta la respuesta en un determinado sentido” (*Código Procesal Penal de la Nación*, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 2005, t. I, p. 257).

¹² “Sólo porque alguien te dice algo y lo dice con certeza, sólo porque lo dice con muchos detalles, sólo porque se expresa con emoción cuando lo dice, no significa que en verdad pasó”, advierte Loftus, Elizabeth, La ficción de la memoria, TED, 2013.

¹³ Baytelman, Andrés - Duce, Mauricio, Litigación Penal Juicio Oral y Prueba, Colección Derecho, Universidad Diego Portales, Chile, 2004, ps. 137 y 138.

¹⁴ TSE., Sents. N° 470 del 2/4/2003 y 160 del 14/2/2005.

¹⁵ Se trata de consignas que sugieren promedios (Loftus, Elizabeth, Eyewitness testimony, Harvard, ps. 94 y 95).

¹⁶ Una pregunta del tipo de “¿Ha mantenido con el acusado algún tipo de relación sentimental o eran simplemente amigos?”, propicia que el interrogado descarte terceras opciones (como que “sólo se conocían del trabajo”), que son relegadas al ámbito de las respuestas despreferidas (Taranilla García, tesis cit., p. 315).

¹⁷ “Los diferentes modos de influencia una respuesta de un testigo son innumerables” (Loftus, Elizabeth, *Eyewitness testimony*, Harvard, ps. 94 y 97).

¹⁸ En otro estudio, mostrábamos un accidente simulado donde un auto atraviesa una intersección con una señal de “pare”, y les preguntábamos insinuando que había una señal de “ceda el paso”, muchos testigos nos decían que recordaban haber visto la señal de “ceda el paso” en la intersección, no el “pare” (Loftus, Elizabeth, “La ficción de la memoria”, TED, septiembre 2013).

¹⁹ En el pasado, psicólogos han sugerido que la autoridad del interrogador puede importar mucho (Loftus, Elizabeth, *Eyewitness testimony*, ps. 97/98).

²⁰ Evans, Keith, *Common sense rules of advocacy for lawyers*, The Capitolnet, Alexandria, 2004, ps. 84/86. Si bien se trata de doctrina extranjera, es aplicable entre nosotros porque se está refiriendo a situaciones excepcionales respecto de prohibiciones de uso de la pregunta indicativa o sugestiva.

²¹ P. ej., el policía que concurrió al sitio del suceso: ¿es objetable la pregunta “concurrió a tal dirección en la madrugada de tal fecha? ¿Es esta una cuestión sobre la cual un abogado intentaría poner “las palabras en la boca del testigo”? Probablemente no: aun si la respuesta del policía es “sí” va a tener que contarnos un millón de detalles acerca de dicha diligencia. El abogado no está “burlando” al sistema, simplemente está llegando rápido a la parte del relato en el cual en verdad nos interesa obtener la información del propio testigo (Baytelman y Duce, ob. cit., ps. 205 y ss.).

²² Ob. cit., p. 207. Agregan que lo mismo ocurre cuando la pregunta hace operaciones comunes con la información introducida por el testigo (“nos acaba de decir que recibe en promedio treinta muestras diarias...¿sería correcto entonces asumir que mensualmente recibe en promedio unas novecientas?”), porque en estos casos, de vuelta, el valor agregado de la prohibición no se justifica frente a la ganancia en celeridad; y la principal razón es que además de no afectar ningún valor del sistema, permite trabajar con mayor rapidez y eficiencia.

²³ Ob. cit., p. 208. Son muchos los ejemplos de preguntas de difícil realización por formas abiertas. V. gr. querer saber si alguien fue amenazado, molestado; si prestó algún objeto, si llevó a alguien en el vehículo, etc.

²⁴ Steven, Emanuel, *Evidence*, 6th ed., Aspen Publishers, Walters Kluwer, Nueva York, 2007, ps. 96/97. Y en similar sentido se ha dicho que el tribunal tiene amplia discreción para permitir las preguntas indicativas, como sucede en caso de testigos menores, amenazados, avergonzados, con miedo (una casuística cita Myers, John E.B., *Myers on evidence in child, domestic and elder abuse cases*, Aspen Publishers, Nueva York, 2005, vol 1, p. 149).

²⁵ Rocha Degreeef, Hugo, *El testigo y el testimonio*, Ed. Jurídicas Cuyo, 1° reimpresión, 2004, p. 50.

²⁶ Gorphe, Francis, *La apreciación judicial de las pruebas*, L.L., Buenos Aires, 1967, p. 431, cit. por De Vicente, Oscar, “La formulación de preguntas sugestivas en el juicio oral”, *El Dial*, 3/12/2008.

²⁷ Mc Cormick, ps. 10/11. Agrega que es reconocido especialmente como en los niños, el peligro de la falsa sugestión está en su pico máximo, pero es mejor enfrentar el riesgo que abandonar en conjunto el esfuerzo por extraer lo que el testigo sabe. Se admiten en materias preliminares, testigos olvidadizos, los menos competentes (jóvenes, que no hablan bien el idioma, retrasado, muy tímido (Steven, *Evidence*, ps. 96/97). La sugestión infantil en el testimonio ha sido tratada extensamente por Lucero, Inés, *El testimonio de niños en el proceso penal*, Ad Hoc, 2012.

²⁸ En este sentido se comparte la afirmación en cuanto a que “las preguntas sugestivas constituyen un verdadero veneno para los testigos novicios, tímidos o poco inteligentes” (Rocha Degreeef, ob. cit., p. 51).

²⁹ Un ejemplo lo constituye el famoso juicio a Sócrates en la antigua Grecia, narrado por Platón. Acusado de corromper a la juventud y de creer en espíritus ex-

traños y no en los dioses oficiales, el filósofo ejercía su derecho a refutar a los acusadores, interrogando a Meleto a través de un hábil interrogatorio basado en preguntas sugestivas con las que va construyendo magistralmente sus alegaciones y razonamientos.

³⁰ Soria, Patricia – Hidalgo, Marcelo, “La pregunta sugestiva como herramienta para el contrainterrogatorio o contraexamen de testigos y peritos en los sistemas adversariales”, en *Aproximaciones a un nuevo modelo de proceso penal*, Mediterránea, Córdoba, 2010. 181 y ss.

³¹ Baytelman y Duce, ob. cit., p. 61 y 171.

³² Observan que la pregunta sugestiva pone ante el testigo la versión de la realidad tal cual es formulada por el contraexaminador, sin rodeos ni pérdidas de tiempo (“¿y no es cierto que en ese momento usted estaba aterrorizado?”); “si la pregunta sugestiva aprehende en algún sentido la realidad tal como el testigo la entiende, entonces este tendrá que aceptar que esta es una formulación posible también, aparte de la que él mismo entregó. Si la pregunta no aprehende la realidad en ningún sentido, el testigo siempre podrá responder “no, no escierto que haya estado aterrorizado en ningún momento...”. Ya hace tiempo decía Wellman que “domar un testigo hostil y forzarlo a decir la verdad en contra de su voluntad, es uno de los triunfos del arte del contraexamen” (Wellman, Francis, “*The art of cross examination*”, Fourth Ed, Simon & Schuster, 1997, p. 135).

³³ Rematan diciendo que “el testigo ya nos acaba de dar su versión libremente, con toda la libertad y asistencia que le ofrece el examen directo; ahora el sistema necesita precisamente testear dicha versión, y explorar las versiones alternativas, si es que las hay. Ya se encargará la parte que presentó al testigo de hacer también ella las formulaciones y reformulaciones que considere necesario. Ese es el método adversarial” (p. 176).

³⁴ Ortega Jarpa, Waldo, *Litigación oral para el proceso penal*, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Chile, 2012, p. 140. Cita a DeShazo, quien explica que son mejores las preguntas sugestivas para el contra interrogador, porque “es más fácil controlar al testigo y delinear la teoría del caso. Con las preguntas abiertas el testigo presenta los acontecimientos, con las sugestivas el abogado puede presentar los acontecimientos de la manera más idónea para la defensa, puede controlar el ritmo de la presentación de la información para asegurar que los jueces la absorban, poniendo énfasis donde quiere el abogado y no dónde quiere el testigo” (DeShazo, Andrea, *Una guía práctica para defensores penales*, Defensoría penal pública, 2007, p. 175).

³⁵ Vial, Pelayo, “El derecho a confrontación con declaraciones de un juicio anulado en el marco del proceso penal”, *Política Criminal*, Vol. 6, N° 12, diciembre 2011, http://www.politicacriminal.cl/Vol_06/n_12/Vol6N12A6.pdf (consultado el 14/1/ 2015), p. 456.

³⁶ Mc Cormick, ps. 10/11. Se expone que si en el directo el testigo aparece hostil al examinador, o renuente, o falto de colaboración, el peligro de la sugestión desaparece y el juez permitirá preguntas indicativas y, a la inversa, si en un contra examen el testigo aparece siendo parcial a favor de la parte que contra examina, al abogado le puede ser prohibido la pregunta indicativa. Aclara que en materia de permisibilidad de las preguntas sugestivas es discrecional para los

jueces y que la decisión no es revisable a menos que sea tachada de manifiestamente excesiva o bien que contribuyó a la violación del debido proceso.

³⁷ Loftus, Elizabeth - Altman, Diane - Geballe, Robert, “*Effects of questioning upon a witness*”, *Journal of Police Science & Administration*, USA, 1975, ps. 162/165.

³⁸ Ob. cit., p. 177.

³⁹ Clemente, José Luis, Código Procesal Penal de Córdoba comentado, Lerner, 1998, t. II, p. 37.

⁴⁰ “Si uno de los pilares fundamentales de nuestro sistema procesal penal es la vigencia plena del contradictorio, es lógico inferir que si el Código Procesal no regula su ejercicio, pero sí está prohibiendo expresamente la pregunta indicativa o sugestiva en el examen directo o interrogatorio de testigos, asume que para hacer realidad el principio de contradicción, en el ejercicio del contraexamen o contrainterrogatorio es posible la utilización de la sugestividad”, concluyen ambos autores.

⁴¹ De Vicente, art. cit.

⁴² A diferencia de la declaración del imputado, que el artículo 71 las prohíbe en todo momento. Otros códigos procesales acusatorios las prevén positivamente. Así, se ha dicho respecto al procedimiento bonaerense que desde la sanción de la ley se ha eliminado del artículo 101 CPP la prohibición de realizar preguntas sugestivas y ese cuadro se complementa con la incorporación del artículo 342 bis inciso 4: “Los testigos... Serán interrogados primeramente en examen directo por la parte que los propuso, quien no podrá efectuar preguntas sugestivas ni indicativas. Seguidamente quedarán sujetos al contraexamen de las otras partes intervinientes, quienes podrán efectuar preguntas sugestivas” (Penna, Cristian D., “Lineamientos para litigar un juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires”, LLBA., septiembre 2014, p. 828).

LAS DILACIONES INDEBIDAS Y EL ABUSO DE DERECHOS EN EL PROCESO PENAL A LA LUZ DE LA NORMATIVA SUPRANACIONAL

Inés Lucero

SUMARIO: I. Introducción. II. Restricciones legales a los derechos del imputado III. Objetivos IV. Limitaciones al ejercicio del derecho de defensa: Algunos casos previstos V. Interpretaciones jurisprudenciales y doctrinarias: conflictos con el derecho de defensa del imputado VI. Parámetros de interpretación jurisprudencial frente a conflictos de intereses VII. Las Dilaciones indebidas en el proceso penal frente al derecho de la víctima VIII. El Abuso procesal: Principios generales. IX. Extensión del derecho de defensa en juicio: ¿Es posible hablar de Abuso de derechos en el proceso penal? X. Conclusiones.

I. Introducción

Sabido es que el imputado, en virtud de lo establecido en las normas constitucionales, goza del derecho irrenunciable a la defensa en juicio. En sentido amplio, este derecho abarca la atribución de evitar o resistir jurídicamente cualquier acto que, con motivo del proceso o su pretexto de su desarrollo, pueda afectar sus derechos individuales fuera de los casos y de los límites que el sistema constitucional autoriza como consecuencia de la comisión de un delito, o de la realización del proceso penal, el cual necesariamente se tramita con motivo del deber irrenunciable del Estado de reprimir las conductas delictivas, como así también la obligación de garantizar la tutela judicial efectiva de las víctimas en el sentido y alcance que se desarrollará infra.

II. Restricciones legales a los derechos del imputado

Tal como se destacó, nuestro sistema constitucional le reconoce al imputado erigirse como titular de derechos que emanan de su condición de persona, la que se valoriza en su dignidad (Preámbulo de la CADH). Asimismo, el ordenamiento constitucional le confiere *derechos y garantías especiales* en virtud de su específica condición de penalmente perseguido, procurando asegurarle un juicio justo. Por tales motivos¹ esta concepción debe tener como reflejo una firme actitud de todos los poderes del estado en el marco de sus respectivas competencias, tendiente a evitar cualquier afectación a los derechos del imputado –algunas de las cuales no pueden ser restringidas bajo ningún concepto,

vgr. la integridad física durante el curso del proceso- y a minimizar la restricción de aquéllos que sí pueden verse limitados por razones procesales, en la medida de lo estrictamente imprescindible, siendo tales de aplicación e interpretación restrictiva² Las limitaciones o restricciones a los derechos, incluido el de defensa en juicio del que goza el imputado, obedecen a que los mismos no son absolutos, pues están condicionados por los derechos de los demás y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático. Sin embargo, estas restricciones deberán guardar relación con las razones que las autorizan y no podrán alterarlos en su esencia (art. 28 CN), debiendo ser proporcionales al valor que se pretende tutelar, con sujeción a la Constitución y demás normas supranacionales.

Es que el ordenamiento jurídico en general y el derecho procesal penal en particular, constantemente sopesan determinados valores y necesariamente deben hacer primar unos frente a otros según a cuál de ellos –teniendo en consideración todas las circunstancias que deban meritarse, racional y proporcionalmente- corresponda otorgar preponderancia en el caso concreto. Repárese en tal sentido, las limitaciones al derecho a la intimidad en sus distintas proyecciones (vgr. allanamientos, registros, requisas personales profundas en el cuerpo de la persona, interceptación y apertura de correspondencia, intervenciones a las comunicaciones, entre otras); todas las cuales responden a limitaciones legales a un derecho personalísimo que en el caso debe ceder en procura de un interés superior, siempre, claro está, que se den los presupuestos previstos normativamente. Pero como arquetipo más paradigmático y ejemplificador de aquéllas limitaciones legales existentes en pos de otros objetivos que deben primar, el principio de inocencia no es incompatible con las presunciones judiciales de culpabilidad que se exigen para el necesario avance del proceso penal con sentido incriminador (vgr. elevación de la causa a juicio) admitiéndose incluso, serias afectaciones a uno de los bienes jurídicos indiscutiblemente más preciados por todos los individuos, esto es las privaciones cautelares de la libertad personal, en tanto y en cuanto las mismas sean imprescindibles para neutralizar el peligro de que el imputado abuse de su libertad, atentando contra los fines del proceso penal. Es decir que aún en materia de restricciones a las libertades personales, y existiendo plenamente vigente el principio de inocencia, incluso por largos períodos³, se hacen primar los fines del proceso penal, frente al riesgo de que el imputado abuse de su libertad, atentando contra aquellos objetivos que se estiman preponderantes.

Es que, tal como se destacó supra, se establecen restricciones legales a los derechos en pos de cumplimentar los objetivos del proceso penal que se imponen para su necesaria realización, a los fines de también procurar “*afianzar la justicia*” establecida como uno de los

objetivos en el Preámbulo de nuestra Ley Fundamental, en búsqueda de la verdad histórica de los sucesos acontecidos, restricciones que, por otra parte, también encuentran su base en los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos, los cuales admiten expresamente limitaciones de aquéllos derechos, siempre que se sustenten legalmente, vinculados con la protección de otros intereses que justifican fundada y equitativamente aquél sacrificio.

III. Objetivos

Ahora bien, el tema que nos ocupa está dirigido a procurar la extracción de conclusiones en *supuestos particulares* que se presentan en la práctica judicial, en los cuales cabe preguntarse si debe prevalecer el derecho de defensa del imputado frente a otros valores que también son dignos de tutela, y cuya resolución no ha sido especialmente prevista por el legislador.

Estos supuestos de hecho, generalmente están vinculados:

1. Con la petición de la incorporación de ciertos datos probatorios para intentar acreditar –o desacreditar- extremos *que ya se encuentran corroborados –o desvirtuados, según el caso-* con abundante caudal, conforme al estadio procesal en que se encuentren los actuados; en particular, en relación al ingreso de algún material probatorio cuyo diligenciamiento no resulte de fácil y expedita incorporación (vgr. reconstrucción del hecho, ciertas pericias), o bien sea susceptible de acarrear consecuencias disvaliosas (vgr. revictimizaciones innecesarias)

2. Con reclamos en los cuales el *núcleo de la nueva petición es sustancialmente idéntico a una solicitud que ya ha sido tratada anteriormente* (razón por la cual ha sido objeto de consideración por parte de los órganos judiciales que debían intervenir en el caso), generalmente intentando la incorporación de un dato probatorio y tratándolo bajo el ropaje de un supuesto diferente, pero que en realidad y en esencia, es igual al anterior.

3. O bien con intentos de apartamiento de los órganos judiciales en procesos que *revisten características particulares*, generalmente vinculados a causas complejas, sin perjuicio de otros casos que pueden suscitarse en la realidad de un proceso penal que son susceptibles de acarrear dilaciones innecesarias.

A los fines de adentrarnos al tema que nos ocupa, en primer lugar pasaremos a mencionar algunos ejemplos que el legislador ha previsto expresamente como **limitaciones al derecho de defensa del imputado** y, como tales, no concitan –salvo supuestos particulares- aná-

lisis o discusión en la praxis judicial; no considerándose –en consecuencia– que en estos supuestos se viole la garantía del derecho de defensa.

IV.Limitaciones al ejercicio del derecho de defensa: Algunos casos previstos

El equilibrio de atribuciones procesales entre el órgano acusador y el imputado, graficada con la alocución “paridad de armas” se garantiza plenamente en la etapa del juicio –y aún en este estadio no lo es en forma absoluta, como se verá infra-. Sin embargo, durante la investigación penal preparatoria existen importantes restricciones, existiendo atribuciones procesales desparejas en orden al secreto de periodos procesales (actuaciones ocultas en virtud del art. 312 del CPP) hasta tanto se recepte la declaración al imputado; como así también pueden mencionarse las que recaen sobre ciertos actos en particular, vgr. allanamientos, intervención de comunicaciones, entre otros.

Si bien el perseguido penalmente tiene el derecho indiscutible y fundamental de ser oído, derivado del derecho de defensa en juicio, el art. 266 del CPP establece que el imputado podrá declarar cuantas veces quiera⁴, siempre que su declaración sea pertinente y no aparezca sólo como un procedimiento dilatorio o perturbador. En estos supuestos, si al imputado lo impulsa una actitud puramente dilatoria o perturbadora, lisa y llanamente no se recibirá la ampliación a su declaración⁵.

Como derivación del derecho de defensa en juicio (14, 3. d. PIDCP) el imputado tiene el derecho de hallarse presente en el proceso, no pudiéndose, en consecuencia, formular la acusación ni iniciarse el juicio en rebeldía. Sin embargo, puede válidamente comenzar la investigación penal preparatoria en su ausencia, pues de lo contrario estaría en sus manos evitar su identificación, como así también la incorporación de los elementos probatorios.

Lectura de los testimonios (art. 397 CPP): Las declaraciones testificales recibidas por el Juez, el Fiscal de Instrucción o el Ayudante Fiscal podrán leerse en el debate, si aún tomándose todos los recaudos no se hubiese logrado la concurrencia del testigo, o si el mismo ha fallecido, estuviera ausente del país, se ignorase su residencia o se hallare imposibilitado por cualquier causa. No obstante las críticas que se esgrimen⁶ en virtud de que tal regla no respeta principalmente el pleno contradictorio, principio que emana del derecho de defensa en juicio, se ha preferido sacrificar el mismo y el principio de inmediación a los fines de no soslayar un testimonio que puede ser útil para el descubrimiento de la verdad.

V. Interpretaciones jurisprudenciales y doctrinarias: conflictos con el derecho de defensa del imputado.

Frente a la ausencia de norma procesal que reglamente expresamente algunos casos que se suscitan, principalmente por vía jurisprudencial, se han resuelto una serie de casos que guardan relación con el tema que nos ocupa.

1. Revictimización: Interés superior niño. Frente al pedido del abogado defensor del imputado, quien solicitaba que se le receptara nuevamente una exposición a la menor -víctima de abuso sexual-, se resolvió⁷ rechazarlo, fundamentando tal decisión preponderantemente en base a la sugerencia de la psicóloga forense, quien concluyó que convocar nuevamente a la menor víctima a sede judicial sería someterla a una situación ansiógena y estresante (revictimización); motivo por el cual se consideró que debía prevalecer el “interés superior del menor”, consagrado en el art. 3. 1) de la Convención sobre los Derechos del Niño. El Magistrado entendió que si bien la manera de resolver la cuestión afectaba el derecho de defensa en juicio del imputado (concretamente el principio del contradictorio, por la imposibilidad de interrogar, mediante el procedimiento previsto en el art. 221 bis del CPP, a la menor víctima) y el fin del debido proceso (consecución de la verdad real), por la no incorporación al trámite de un elemento probatorio que serviría para reconstruir históricamente dicha verdad; afirmó que no debía perderse de vista que ninguno de los mencionados valores eran absolutos, ya que no todos los derechos fundamentales son ilimitados, sino que debía tenerse en cuenta la concurrencia de otros valores (en el caso de autos, el interés superior de la niña) que el ordenamiento jurídico también protege; haciendo alusión que aplicaba el “método del balanceo” o “balancín test”, adoptado por el TSJ de Cba.

2. El Tribunal de Juicio (a petición de la Fiscal de Cámara y con oposición del abogado defensor de los imputados) dispuso el retiro de los acusados de la sala de audiencia, previo a la receptación de la declaración testimonial del ofendido quien tenía temor de deponer en presencia de los cuatro acusados. Se fundamentó tal decisión, refiriendo que el derecho del imputado a estar presente en el debate, se encuentra limitado en un marco de razonabilidad por motivos de diversa índole, extraños a la voluntad de aquél (arts. 377, 386 y 387 CPP) los cuales permiten que el Tribunal disponga el retiro del encartado aunque aquél quiera permanecer, sin que implique tal decisión un menoscabo para su intervención en el proceso. Se sostuvo que si bien es cierto que el derecho a hallarse presente durante el trámite de la causa, como el de interrogar a los testigos, complementan la garantía constitucional de la defensa en juicio, también hace al buen orden la eliminación de lo que

constituya un obstáculo para la consecución de los fines del proceso, cuando tal limitación del derecho de algunas de las partes configure un medio razonablemente apto con arreglo a las circunstancias fácticas del caso. Se sostuvo que la ley distingue claramente la intervención y la presencia del imputado en el juicio, siendo que la primera es imprescindible, más no siempre la segunda. El fin del proceso penal, la búsqueda de la verdad, -se sostuvo,- tornaba aconsejable en el caso concreto, disponer el retiro de los imputados⁸.

3. En el Acuerdo n° Tres, de fecha 22/02/1999, el TSJ advirtiendo las divergencias existentes entre los Asesores Letrados Penales respecto a sus obligaciones como defensores oficiales, entre otros aspectos, aseveró: “se ha advertido de los inconvenientes y dificultades que se suscitan con motivo de la invocación de la causal de inhibición por “violencia moral” entre asistente y asistido. Se entiende necesario acotar dicho supuesto de excusación por vía de interpretación judicial, a los fines de evitar maniobras dilatorias y hacer inoperable eventualmente el ejercicio de la defensa oficial, con el consiguiente perjuicio para una correcta y eficaz administración de justicia; resolviendo en este aspecto “Disponer que la causal de inhibición por “violencia moral” no podrá ser invocada por los Señores Asesores Letrados Penales con fundamento en manifestaciones hostiles o agraviantes del asistido respecto de su persona, salvo imputaciones gravísimas y fundadas...”

4. Frente a la reclamación que sostuvo se había violado el derecho de defensa en juicio y debido proceso, en virtud de la inobservancia del art. 192 CPP, se ha expresado que si bien es cierto que **existe un deber del órgano judicial de evacuar las citas**⁹ formuladas por el imputado, **tal exigencia no resulta en modo alguno como absoluta**¹⁰, sino en tanto y en cuanto aparezcan como pertinentes y útiles para la investigación. En el caso analizado, se aseveró que si bien “...no pierdo de vista el deber del Tribunal de evacuar las citas formuladas por el imputado, ello no resulta en modo alguna una exigencia absoluta, sino en tanto y en cuanto aparezcan como pertinentes y útiles a la investigación. En el caso, si bien la prueba ofrecida en principio pueden aparecer como pertinentes y útiles, lo es sólo como una coartada del imputado que aparece desvirtuada por el resto del probatorio incorporado...”¹¹

5. También es sabido que no es posible actuar como abogado defensor del imputado y testigo en un mismo proceso penal, en virtud de la prohibición de declarar sobre los hechos conocidos con posterioridad a asumir el cargo, por una elemental razón de secreto profesional (art. 156 CP). Sin embargo, cabe reparar que la **libre elección de la defensa técnica** también tropieza con límites o restricciones en pos de otros objetivos. Al respecto, si el abogado elegido por el imputado

ha tomado conocimiento de los hechos que se investigan con anterioridad a su designación, no podrá actuar como defensor técnico, en virtud de primar en el caso, el deber de declarar como testigo¹². Este es un claro ejemplo en el que prima el descubrimiento de la verdad, uno de los objetivos del proceso penal, **frente a la libre elección de la defensa técnica**.

6. En relación al art. 123 del CPP que obliga al órgano judicial sustituir la defensa en caso de intereses contrapuestos, el Alto Cuerpo, sentó una valiosa regla, aseverando: “... *Huelga aclarar que, sin perjuicio de lo valorado, en el contexto referido la decisión del tribunal de juicio de proceder al desdoblamiento de las defensas de ambos incoados resulta explicable si se advierte que estuvo motivada en la idea de desarrollar una **labor preventiva de posibles nulidades**, teniendo en cuenta que el carácter potencial del peligro para la eficacia de la defensa resulta suficiente para provocar la sustitución del letrado interviniente...*” Repárese que lo sostenido anteriormente por el Alto Cuerpo, reviste gran utilidad en virtud de que en este último caso se consideró que, si bien *al efectuar un análisis ex post facto de las actuaciones, no surgía en la causa la existencia de una contraposición de intereses*, consideró que resultaba procedente el desdoblamiento de la defensa si surgiera tal posibilidad *ex ante*, **sin que por ello se pueda considerar comprometida la garantía de elegir un abogado de su confianza**, avallando en definitiva el proceder que en tal sentido desplegaron los órganos judiciales y **haciendo primar la validez del proceso penal**.

7. Recientemente, frente al pedido de apartamiento del Sr. Fiscal de Instrucción a cargo de una *investigación penal compleja*¹³ – contaminación de Barrio Ituzaingó Anexo- el Sr. Juez de Control n° 8 confirmó la resolución del Representante del Ministerio Público quien había rechazado la aceptación como abogada defensora del imputado de una letrada con la que el Fiscal interviniente se encontraba ligado por un vínculo de parentesco, -dentro del cuarto grado de consanguinidad, circunstancia ésta que determinaba su necesario apartamiento-, pero aceptando la designación de un co-defensor que fuera realizada en el mismo acto. El Magistrado, en primer lugar, si bien destacó la facultad del perseguido penalmente a elegir un abogado defensor de su confianza, valoró asimismo el derecho de las víctimas, acentuando la bilateralidad de las garantías constitucionales y el derecho a la tutela judicial efectiva. Por tales motivos, el Sr. Juez, considerando que ningún derecho es ilimitado –tesis del balancín test, seguida por el TSJ- estimó que no correspondía admitir la designación de la letrada con la que el Sr. Fiscal se encontraba ligado por un vínculo de parentesco aceptando la propuesta del otro letrado nombrado. Entre los fundamentos dados, meritó además que se trataba de un proceso complejo, tanto por el volumen al-

canzado por las actuaciones cumplidas (quince cuerpos) como también por la gran cantidad de pruebas colectadas, el número de personas imputadas y partes admitidas como querellantes particulares, la proximidad de la prescripción de la acción penal y la trascendencia pública y social que adquirieron los eventos. Enfatizó que el apartamiento del Fiscal interviniente en tal proceso penal redundaría en un retardo injustificado que pondría en crisis la correcta y pronta resolución de los actuados, con grave afectación a terceros, al interés público y al sistema de administración de justicia en general.

VI. Parámetros de interpretación jurisprudencial frente a conflictos de intereses

Conforme lo expuesto, frente a supuestos no reglamentados particularmente, hay soluciones doctrinarias y jurisprudenciales que en base a una ponderación de los distintos valores e intereses en juego, han dado primacía a otros derechos, dignos también de tutelar frente al derecho de defensa. En estos supuestos, el órgano máximo de nuestra provincia ha aseverado: “...***no todos los derechos fundamentales son ilimitados sino que debe tenerse en cuenta la concurrencia de otros valores que el ordenamiento jurídico también protege, tal como ocurre con los fines del proceso, en tanto la consecución de la verdad objetiva y la actuación de la ley penal, preservan la tutela de intereses y derechos que también cuentan con protección constitucional.*** En ello consiste precisamente la interpretación del alcance de los derechos e intereses en conflicto conforme al método del balanceo o *balancín test*, que este Tribunal, siguiendo al Tribunal Constitucional Español (S.T.C. S. 81/83 del 10 de octubre), ha adoptado en varios precedentes sobre cuestiones de distinta naturaleza (T.S.J., Sala Penal, “Carranza”, S. n° 33, del 25/08/1997, “Aguirre Domínguez”, cit; “Querella Caruso c/ Remonda”, S. n° 108, del 9/09/1999; y “Sánchez”, S. n° 45, del 8/06/2000) y que tienen en común con la presente que el conflicto en lugar de resolverse atendiendo a la supremacía absoluta de uno sobre otro, ***pondera a todos los derechos como limitados y analiza en cada caso concreto la razonabilidad de la restricción de uno por otro...***” De tal modo, se ha considerado que las disposiciones legales y constitucionales logran un aceptable equilibrio entre el interés individual y el interés social, haciendo prevalecer de acuerdo al momento del proceso a uno y, a veces, a otro.

También la Corte Suprema de la Nación, en relación al ***método interpretativo de las leyes***¹⁴, afirma que el examen de adecuación constitucional de una norma no debe ser abordado desde una interpretación meramente teórica, literal y rígida de la ley que se desinterese del aspecto axiológico de sus ***resultados prácticos concretos, sino que es necesario incluir las particularidades del caso, el orden jurídico en***

su armónica totalidad, los fines que la ley persigue, los principios fundamentales del derecho, las garantías y derechos constitucionales y el logro de resultados concretos jurídicamente valiosos. Ha sido preciso nuestro Máximo Tribunal de la Nación en imponer -frente a un problema interpretativo- tanto la consideración de la totalidad de las normas llamadas a dar solución al caso, como los hechos que lo configuran, al afirmar que no se trata de desconocer las palabras de la ley, sino de dar preeminencia a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico y a los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo, cuando la inteligencia de un precepto, basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos, conduzca a resultados concretos que no se adecuen a los principios axiológicos enunciados precedentemente, arribe a conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso o a consecuencias concretas notoriamente disvaliosas. De lo contrario, aplicar la ley se convertiría en una tarea mecánica incompatible con la naturaleza misma del derecho y con la función específica de los magistrados, la que les exige siempre conjugar los principios contenidos en la ley con los elementos fácticos del caso, pues el consciente desconocimiento de unos u otros no se compadece con la misión de administrar justicia.

VII. Las dilaciones en el proceso penal frente al derecho de la víctima

Pensamos que frente a ciertos planteos que suelen esgrimirse en el marco del derecho de defensa, susceptibles de ***provocar perniciosas dilaciones al proceso penal***, resulta no sólo posible sino también beneficioso limitar tales cuestionamientos, en virtud de que, en el caso concreto, debe darse primacía a otro interés.

A tal fin, en primer lugar deberá ponderarse y sopesarse el derecho que está en conflicto con el del imputado. Si el mismo es de *similar jerarquía*, y por tal motivo, digno de tutela, deberá analizarse si frente al ejercicio en concreto de alguna atribución procesal por parte del perseguido penalmente, no se provoca un innecesario e indebido prolongamiento del proceso penal con un detrimento no sólo a la correcta y administración de justicia en un plazo razonable, sino fundamentalmente al ***derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima –como tal o como miembro de la sociedad- cuyo derecho de defensa a su interés, es de igual rango constitucional al del imputado, luego de la reforma constitucional de 1994, derecho que comprende el de obtener una seria resolución, y en un tiempo razonable***, expidiéndose en torno a su derecho conculcado.

Al respecto, Cafferata Nores, en un profundo análisis

sobre la influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino¹⁵, reflexiona afirmando que bien es cierto que de la normativa supranacional **las garantías procesales del debido proceso** están diseñadas claramente en beneficio del imputado, y que su aplicación a los afectados por el hecho ilícito resulta un aspecto que no fue debidamente desarrollado (vgr. CADH), no lo es menos que la jurisprudencia de la Corte Interamericana –que debe servir de guía para la interpretación de los preceptos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos-¹⁶, al igual que la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH),¹⁷ ha evolucionado decididamente en este sentido bilateral. Por tal motivo, afirma el autor¹⁸ que “...el fundamento de la persecución penal pública radica, al menos en parte, en que el delito lesionó el derecho de una persona cuya protección requiere que el ilícito sea verificado por el Estado y en su caso penado con arreglo a la ley. Estos conceptos parecen influidos por la idea de que el derecho penal debe ser un ‘derecho protector’ que, si para algo sirve, es para ‘prevenir daños y al suceder los daños, en devolverles a las personas el respeto requerido para ser sujetos morales plenos, a través de un ‘remedio institucional redignificante’ como es ‘la condena penal lograda mediante la participación del ofendido en el proceso’. Esta novedosa concepción lleva a pensar en un Ministerio Público Fiscal ubicado al lado de la víctima, tanto ayudándolo cuando (o para que) ésta se constituya en querellante, **como cuando ella no quiera (o tenga dificultades para) asumir esa condición, cumpliendo una función de representante de ella, sea que haya sido perjudicada en su condición de persona individual (v.gr., delito contra la integridad corporal, libertad, etc.), sea que lo haya sido en su condición de ciudadano integrante de la sociedad (v.gr. delito contra la salud pública, a la administración pública, etc.)...**”¹⁹ Nos parece, entonces, que la constitucionalización de la legislación supranacional sobre derechos humanos (art. 75 inc. 22, CN) proporciona material que obliga a una *nueva y seria* reflexión sobre la relación entre la víctima del delito y la procuración y administración de la justicia penal en la Argentina. Sobre todo cuando los organismos regionales encargados de su interpretación...han expresado que como consecuencia de su obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos consagrados por la legislación supranacional a toda persona sujeta a su jurisdicción, el Estado tiene el deber jurídico de investigar seriamente con los medios a su alcance...las violaciones que se hayan cometido...a fin de identificar a los responsables e imponerles las sanciones pertinentes; por lo que tratándose de delitos de acción pública...perseguidos de oficio, **el Estado tiene la obligación legal indelegable e irrenunciable de investigarlos, promoviendo e impulsando, las distintas etapas procesales, lo que constituye un deber jurídico propio y no una simple cuestión de intereses particulares...**²⁰Ello exige que los Estados observen un grado de

diligencia razonable en la determinación de los hechos ...La jurisprudencia supranacional de la región también ha precisado que si bien la de investigar es una obligación de medio o comportamiento, que no es incumplida por el solo hecho de que no produzca un resultado satisfactorio...debe emprenderse con seriedad...***Mas precisamente esta obligación requiere que los órganos competentes impulsen con la debida diligencia el proceso penal y que sus órganos jurisdiccionales competentes juzguen de manera pronta e imparcial, sancionando en su oportunidad y de acuerdo a la gravedad del delito cometido y las leyes aplicables...***²¹

VIII. El Abuso procesal. Principios generales

En primer lugar, expondremos algunas consideraciones plasmadas por destacados autores procesalistas civilistas, en virtud de que ciertos principios generales que explican del tema que nos ocupa, son susceptibles de ser aplicados en el ámbito del proceso penal.

Lépori White²² afirma que actualmente se encuentran superadas las discusiones teóricas de antaño, en razón de haberse inclinado decididamente la balanza hacia la consagración legislativa y doctrinaria sobre la existencia de la teoría del abuso del derecho. Asevera que hoy por hoy, es indiscutible que los derechos subjetivos son susceptibles de ser desviados de su uso regular, imponiéndose -como lógica consecuencia- la necesidad de corregir las derivaciones negativas que los mismos producen, sin perjuicio de que todavía no se ha logrado pautas claras y uniformes para su segura y eficaz aplicación. Resalta que un mal entendido y sobredimensionado resguardo de la garantía constitucional de la defensa en juicio, trata de limitar en forma casi absoluta las facultades de los jueces para aplicar sanciones a las partes y letrados, como así también corregir los desvíos que el uso irregular de los derechos pueden generar. Esta tendencia, según su opinión, se agudizó luego de la sanción de las últimas leyes que establecieron la colegiación obligatoria de la profesión de abogado, con la consecuente atribución del gobierno de la matrícula y el poder disciplinario sobre los mismos, al respectivo Colegio y a sus Tribunales de Ética o de Disciplina. Sin embargo, destaca, sin perjuicio de la legítima actuación de estos últimos, con los deberes y facultades que las leyes les confieren, no es posible sustraer de las potestades de los jueces, el poder de limitar la conducta abusiva en el proceso.

Cabe resaltar que el *abuso de derechos procesales* no está expresamente regulado, al menos en nuestro país en los códigos procesales, aseverando diversos autores²³ versados en la materia, que sin perjuicio de las discusiones en torno a la aplicabilidad del art. 1071 del Código Civil, *la proscripción del abuso de derechos* es un principio ge-

neral que rige y alcanza a todos los actos realizados en el marco del proceso.

En este sentido, se destaca²⁴ que en primer lugar, el citado artículo normativiza el principio del ejercicio regular de los derechos, condenando el abuso de los mismos sin efectuar ningún tipo de distingo en cuanto a la naturaleza de los derechos, lo cual implica la expansión del instituto a todos los ámbitos del orden jurídico, sin ningún tipo de excepciones. Por tales razones, se asegura que encontrándose legislativamente receptado el abuso del derecho por el art. 1071 del C. Civil, sus parámetros de distinción alcanzan al abuso procesal, como una relación de género a especie.

De otro costado, se remarca que la prohibición del abuso de derechos es un principio general del ordenamiento jurídico, teniendo plena operatividad aún en caso de ausencia de su normativización.

En similar sentido, Peyrano²⁵ afirma que en la Argentina no existe una definición global consolidada sobre el denominado “abuso de derechos procesales”, resaltando que es una figura más amplia y omnicomprendensiva que la del abuso del derecho en el ámbito civil en el cual expresamente el art. 1071 proscribire el accionar abusivo, sin perjuicio de que su aplicación –comparte también el autor- se extienda a todos los ámbitos del ordenamiento jurídico nacional.

La dificultad que tropieza una definición de “*abuso de derechos procesales*” es que el mismo es susceptible de adoptar distintas variantes. En relación al derecho de defensa, explica Peyrano, las formas que pueden asumir los abusos son muy variadas. Empero, sostiene, generalmente apuntan a entorpecer la marcha del procedimiento con el objetivo de postergar el momento del dictado de la sentencia, a través de recusaciones maliciosas, el ejercicio de defensas superficiales, uso inadecuado de vías impugnativas, entre otras. Afirma que a su juicio, una de las áreas del proceso civil argentino en las cuales se registra el mayor número de conductas abusivas es en el ámbito de las recusaciones de los jueces. Prosigue refiriendo que no se cuenta en nuestro país con textos legales expresos que obstaculicen la consumación de artilugios consistentes en postular el apartamiento de jueces en miras no a conseguir “imparcialidad” sino a entorpecer la marcha del procedimiento, dilatándolo, sin perjuicio de que los jueces aplican principios generales para combatir tales ardidés. Afirma que las recusaciones sistemáticas y aquellas que son claramente contrarias a la normativa legal aplicable, que retardan en definitiva la sustanciación del proceso, son algunos ejemplos de conductas obstruccionistas, características de este tipo de abusos.

Atento a que la existencia de la proscripción del abuso de derechos procesales no se discute, enfatiza este procesalista, que ya en el XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal de 1995, la Comisión de Derecho Procesal General concluyó que: “Constituye un poder-deber de los jueces tomar, de oficio, a petición de parte, del Ministerio Público o Fiscal o de los terceros legitimados, las medidas conducentes a prevenir, eliminar y sancionar todo acto de fraude procesal y de ejercicio abusivo del proceso. Asimismo, no les está permitido a los jueces el empleo de las estructuras procesales para dificultar o dilatar innecesariamente el desarrollo del proceso...”

En este sentido, no son pocos los autores²⁶ que resaltan que si bien no se discute sobre la existencia del abuso de derecho en general y del abuso procesal en particular, como así también que hay diversas opiniones que han sentado una extensa teoría sobre el tema, digna de elogio, su efectiva aplicación se ve siempre obstaculizada al esgrimirse indebidamente la garantía de defensa en juicio

Por otro lado, este mismo autor también pone de resalto el interesante tema del deslinde de responsabilidades derivadas de conductas procesales abusivas entre los abogados y los comitentes; en otras palabras, cómo determinar si el abuso es imputable al abogado, o bien a su delegante. Su opinión, en virtud de existir un vacío legal en la temática, es analizar, en cada caso, si la inconducta proviene o no de una “opción técnica” (vgr. recusaciones sistemáticas) del letrado, en cuyo caso la responsabilidad disciplinaria corresponde endilgarle a éste.

IX. Extensión del derecho de defensa en juicio: ¿Es posible hablar de Abuso de derechos en el proceso penal?

Hassemer²⁷ asevera que a diferencia del proceso penal, en el civil siempre existe una *contraparte*, y quien ha abusado de su derecho, lesiona su esfera jurídica, siendo un principio que califica de “general reconocido” que cada acto procesal está determinado por la buena fe. En tanto que en el proceso penal, tales conceptos no son tan fáciles de desentrañar puesto que los daños que son consecuencias de un abuso de un derecho procesal son mucho más difíciles de analizar, y también por tal motivo de calcular: ¿Molestia para el tribunal? ¿Retardo de la pretensión penal? ¿Sobrecarga para la economía procesal en tiempo? ¿Lesión a la funcionalidad del proceso penal?

Refiere que en los últimos años, a raíz de la detección de “obstrucciones” de los defensores penales, como razón de largos procesos penales, se llega a una toma de conciencia de la realidad: el abuso no solo es vergonzoso sino que también “caro” para todos. Por tal mo-

tivo, el derecho procesal penal, tanto en la doctrina como en la práctica, se ha ocupado intensivamente del tema del abuso de derechos procesales, siendo este un tema sumamente “familiar” en su país²⁸. Reseña el autor, que Meyer-Gossner en su Comentario a la Ordenanza Procesal Penal Alemana informa acerca de casos y de fundamentos bibliográficos que sancionan con inadmisibilidad las actuaciones procesales donde ha mediado abuso del derecho. El autor citado expresa que no puede admitirse “el uso de derechos procesales con el fin de alcanzar fines jurídicamente reprobables”. Hassemer prosigue afirmando que por sí mismo, el abuso de derechos es también proscripto en el proceso penal, ya que existiría a tal respecto una “prohibición general de abuso”. Ahora bien, refiere que una vez que existe conocimiento de que media abuso en el proceso penal, -el cual debe combatirse,- se discute si debe existir una cláusula general en contra del abuso o si deben existir varias especiales (características objetivas y subjetivas) o qué tan lejos se ha de buscar apoyo en instituciones foráneas al derecho penal (reglas del derecho civil o limitaciones inmanentes de garantías jurídicas). Sin embargo, opina que en nuestra materia, una prohibición general de abuso permite profundos ataques a las garantías de un proceso dentro de un estado de derecho. Según su opinión, no se puede caer en la imprecisión generalizada sostenida por parte de la doctrina que no exige otro requisito más que la existencia de fines extraños o contrarios al procedimiento, en virtud de que tales motivaciones son cuestiones internas, siendo necesario que ellas se reflejen en datos de orden exterior, exigiendo que los juicios no dependan únicamente de conceptos de encuadre subjetivo. Concluye que el abuso de derechos procesales en nuestra materia debe convertirse a la larga en un instituto legal irrenunciable, a pesar de las dificultades de su descripción y determinación, siendo que –según su parecer- se podrá hablar de un abuso de autorizaciones derivadas del derecho penal si pueden señalarse los daños causados a través de características derivadas de situaciones objetivas, y no a partir de una subjetiva persecución de fines. A modo de ejemplo, señala, que hay abuso de autorizaciones derivadas del derecho procesal penal, si en lo relacionado con la recepción de pruebas, en realidad se perturba el dominio del proceso y la capacidad de trabajo del tribunal.

En nuestro país, doctrinariamente también se ha reflexionado que no son pocos los casos cuya resolución se prolonga en el tiempo, llegando incluso a extinguirse la pretensión penal por prescripción de la acción. Y que “no es cierto que la responsabilidad de que las causas prescriban sea exclusivamente de los jueces por falta de diligencia, porque las reformas introducidas en los Códigos de procesamientos penales facilitaron la introducción de recursos y la multiplicación de los planteos defensivos que pueden resultar interminables: nulidades, excepciones, planteo de incompetencia, recursos...”²⁹

En este sentido, también se ha afirmado³⁰ que la demora de las causas y la prescripción de la acción penal permiten sostener que en muchos supuestos el abuso del proceso impide la justicia real.

Opiniones jurisprudenciales

También hay casos jurisprudenciales que se han expedido en torno a la posibilidad de meritar si los derechos ejercidos en el proceso, han sido ejecutados con una finalidad contraria a la prevista por la ley, infringiendo de sus conductas, una intención dilatoria al proceso.

En este sentido, se sostuvo³¹ que “el defensor del imputado está sujeto a la autoridad del Tribunal durante todo el desempeño de su misión. En virtud de ello, ha de estarle prohibida la realización de todo acto por el cual se tienda a entorpecer ilegalmente el ejercicio de las actividades acusatoria y jurisdiccional, o que tienda a obstaculizar el correcto desenvolvimiento del proceso, la adquisición de las pruebas y la disciplina de las audiencias” (Clariá Olmedo, Jorge A., Tratado de Derecho Procesal Penal, Ediar, Bs. As., 1963, T. III, p. 190). En consecuencia, si se consideraba que la salida y posterior regreso del letrado evidenciaba un deliberado estorbo al avance del proceso, correspondía que se mantuviese la negativa a la suspensión formulada y eventualmente se remitieran los antecedentes del letrado ante el Tribunal de Disciplina.

También en supuestos en los cuales el abogado defensor reiteró un planteo procesal cuya resolución se encontraba firme, la Excma. Cámara de Acusación de nuestra provincia sostuvo³² “lo que fue objeto de planteo actual del apelante ya había sido expresamente resuelto por este tribunal en la causa citado (en la que él mismo intervino como abogado defensor), y en sentido contrario a su pretensión. Queda evidenciado, pues, que esta actividad desplegada por la defensa técnica en los presentes obrados esta evidentemente dirigida a dilatar y obstaculizar el normal desarrollo del presente proceso por lo cual este tribunal debe no solo cargarle las costas...sino también señalar que la reiteración de esta clase de conductas por parte del profesional, pueden, en el futuro, resultar idóneas para que esta Cámara resuelva remitir los antecedentes al Tribunal de Disciplina del Colegio de Abogados de esta provincia, por aplicación de lo establecido en el inc. 9 del art. 21 de Ley 5805 –los abogados son pasibles de algunas de las sanciones establecidas en esta Ley, (...) por cualquiera de las siguientes faltas (...) Entorpecer el trámite normal del juicio con pedidos o incidencias notoriamente improcedentes-, en tanto este tribunal advierta que la actividad en cuestión sea de entidad suficiente para considerarla entorpecedora del trámite normal del presente proceso...”

Al respecto, es de vital importancia destacar que en el caso Bulacio³³, el Sr. Juez García Ramírez sostuvo: “En esta sentencia se menciona un tema relevante que la doctrina procesal ha debatido con amplitud: el denominado abuso de los derechos procesales, o bien abuso de proceso, tema que guarda conexión, a su turno, con el principio de lealtad y probidad que debiera gobernar el desarrollo del proceso. A este respecto, la sentencia contiene diversas expresiones sobre el abuso de derechos en el presente caso por parte de la defensa del inculpado, actitud que no fue oportuna y adecuadamente rechazada por determinados órganos jurisdiccionales y que se tradujo en una extraordinaria demora del procedimiento...” El magistrado advirtió sobre el deber de observar durante el proceso una conducta consecuente con su objeto y finalidad, y con cita de Barboza Moreira aseveró que el proceso no cumple su finalidad “cuando se obstruye, altera o dificulta su objetivo de organizar un debate amplio en el que el órgano jurisdiccional pueda brindar una solución justa. La tésis del proceso se encuentra afectada por el obrar desleal o contrario al principio de probidad, lo cual lesiona la garantía de protección judicial de los derechos...” Prosiguió afirmando “corresponde al legislador regular el proceso y al juzgador presidirlo y encauzarlo de manera que sirva al objetivo para el que fue concebido. Ahora bien, nada de esto significa que se restrinja el empleo legítimo de los medios que la ley autoriza para el desempeño de una defensa. Ni se debe incurrir en autoritarismo judicial ni es debido obstruir la defensa de un inculpado, con el propósito de imprimir celeridad al enjuiciamiento, si esto se hace a costa de los derechos de quienes participan en él, y a la postre, a la justicia misma. Considero que los señalamientos formulados por la Corte, que desde luego suscribo, aluden a los hechos del caso examinado, y no pretenden pronunciarse sobre la generalidad de las actuaciones de defensa y de las prácticas judiciales...”

X. Conclusiones

1. En relación a las *dilaciones en el proceso*, nuestra intención es pretender fijar el justo alcance que merece la presente problemática. Nada más lejos de nuestro pensamiento que se limite el derecho de defensa del imputado frente a cualquier pretensión penal y en cualquier supuesto. Pero sí consideramos, que ante a **determinadas peticiones probatorias y de las características señaladas anteriormente (apartado III.), como así también frente a las distintas presentaciones tendientes a los apartamientos de los órganos judiciales –y sin perjuicio de lo que expondrá infra- en particular, en procesos con características peculiares³⁴**, no debe hacerse primar, automáticamente y sin ningún tipo de valoraciones, la defensa del imputado. En estos supuestos, corresponde ponderar todos los derechos implicados, no debiéndose soslayar **el de la víctima** cuyo interés legítimo y prote-

gido por las razones expuestas, tiene la garantía de raigambre constitucional, *al desenvolvimiento de una administración de justicia recta, diligente y como tal, exenta de dilaciones innecesarias*. Consideramos que la mencionada ponderación está dotada de una justificación objetiva y razonable, posee un respaldo constitucional suficiente, y existe la debida proporcionalidad entre los derechos y los objetivos que con ella se persigue³⁵. En otras palabras, se puede y debe valorar que tal limitación al derecho del imputado es proporcional a un valor que también es deber del Estado tutelar, a través de sus órganos predispuestos (MPF y Magistrados). De lo contrario, nos hallaríamos ante un absurdo, ya que la extensión del derecho de defensa en juicio limitaría automáticamente otra garantía de igual rango, cual es el derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima, sin dejar de mencionar la correcta obligación judicial de impartir justicia.

2. Frente a una conducta que proviene, en principio, enmarcada en el derecho de defensa del imputado que produce una dilación innecesaria e injustificada del proceso, que perjudica a la víctima en virtud de que sufrirá la demora a su debido proceso, y por lo tanto la respuesta judicial que ponga fin al mismo, satisfaciendo su derecho a acceder a los tribunales para que se afirme y reconozca su interés vulnerado (tutela judicial efectiva), debe contemplarse³⁶ que la paridad de nivel jurídico entre la Constitución Nacional y la normativa supranacional, obliga a los jueces a “no omitir” las disposiciones contenidas en esta última como “fuente de sus decisiones” es decir a *sentenciar* también “en su consecuencia”. Es que, “cuando un tratado (...) obliga a los Estados parte a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que resulten necesarias para la efectividad de los derechos, hay que dar por cierto que entre esas medidas de otro carácter se hallan las sentencias...”. Coincidentemente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha admitido expresamente que las opiniones y decisiones de los organismos supranacionales de protección de los derechos humanos tienen valor como fuente de interpretación de las normas supranacionales para los jueces argentinos. Los organismos aludidos han afirmado categóricamente que en caso de que violación de los derechos humanos sea el resultado de un hecho tipificado penalmente, la víctima tiene derecho de obtener del Estado una investigación judicial que se realice seriamente con los medios a su alcance a fin de identificar a los responsables, y de imponerles las sanciones pertinentes; reconociendo además la obligación de aquél de proveer a los ciudadanos una debida protección judicial.

3. En consonancia con tales principios emanados de la normativa supranacional, y la interpretación realizada por los organismos regionales, nuestro Alto Cuerpo de la Provincia³⁷, ha aseverado que **el debido proceso**, es un resguardo que ha sido concebido fundamental,

pero no únicamente, en tutela del imputado, ya que en la actualidad existe consenso en que el derecho de acceder a la justicia, también reconocido supranacionalmente y con jerarquía constitucional *es una garantía judicial bilateral*, esto es, *común para acusado y víctima*. Aseveró el Tribunal que la garantía de la duración razonable del proceso es, entonces, también bilateral, por cuanto el afectado por el delito no agota su derecho a acceder a la justicia con la sola presentación del conflicto ante los estrados tribunalicios; debe asegurarse además, que éste será **dirimido en un lapso prudencial. Ello es relevante pues entonces, frente al caso concreto, y junto al derecho del imputado, también deberá conjugarse la tutela de la víctima, y -mediatamente- el interés de la sociedad toda en la aplicación de la ley. Lo contrario embargaría la garantía de idéntico rango que sitúa al damnificado y al acusado en un pie de igualdad ante la actuación de la justicia** (arts. 16, C.N., 14.1, PIDCYP; “Andreatta”, cit.)³⁸

4. Asimismo pensamos que a la par de este parámetro objetivo, debe meritarse la existencia del **“abuso de atribuciones procesales o de derecho o de proceso”** entendido como la persecución de fines extraños al proceso o contrarios a éste. Y si bien la intención orientada a ellos es una cuestión subjetiva, es posible inferirla de ciertos comportamientos exteriores. Es que si los indicios son válidos aún para juzgar aspectos subjetivos de un hecho delictivo³⁹, pensamos que *uno de los indicios* que pueden señalar tal intención es el **uso contextual o bien por reiteración de conductas** (vgr. designación sistemática de uno de los pocos abogados defensores con los cuales se aparta el órgano judicial interviniente buscando el *alejamiento de aquél ante el temor de que su pronunciamiento pueda ser adverso, o bien designaciones tardías* que no tienen otra razón de peso que no sea lograr la inhibición, o bien la reiteración de solicitudes probatorias, procurando nuevamente aclarar aspectos que ya han sido expresamente tratados). Repárese que deben diferenciarse claramente ambas situaciones: en un caso, y según las disposiciones aplicables, se debería rechazar lo solicitado. En tanto, en el supuesto de mediar abuso de derechos, deberán remitirse los antecedentes al Tribunal de Disciplina por mediar inconducta procesal. Asimismo, y si bien es cierto que en nuestro procedimiento no contamos con un texto similar al artículo 83 del Código Procesal Civil de nuestra provincia⁴⁰, hasta tanto no se produzca una modificación legislativa, creemos que es posible aplicar penas pecuniarias a modo de sanción disciplinaria, tal como se prevé en el art. 531 del C.P.P

5. Pensamos que una regulación a modo de *principio general sobre las dilaciones indebidas y el abuso de derechos* en el proceso penal puede traer serios inconvenientes. De un lado, porque sería peligroso que se automatizen casos que, en el supuesto particular, limiten

indebidamente el derecho de defensa en juicio del que goza todo imputado. Ahora bien, de otro costado, por el contrario, puede suceder que tal enunciado no abarque las múltiples hipótesis que ocurren en la realidad, y que se detectan en cada supuesto en particular. Sin embargo, creemos que esta problemática puede ser abordarla a través de ciertos parámetros a los fines de que la existencia de la misma sea controlable, a saber: la presencia de un **daño procesal (dato objetivo)**, generalmente relacionado con la dilación no razonable e innecesaria en la tramitación del proceso penal, un prolongamiento en su duración que conspire contra la respuesta judicial, incumpliendo con la obligación estatal de proporcionar el derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas, en el sentido explicitado supra, recordando nuevamente que para gozar de tal protección, no es necesario que se haya constituido en parte. A la par de este parámetro objetivo, debe meritarse la existencia de un **“abuso de atribuciones procesales o de derecho o de proceso”**, cuya intención es posible inferir a partir de ciertos indicios, tal como se destacó en el Punto 4 de las presentes conclusiones.

6. No debe perderse de vista que *la garantía de la duración razonable del proceso es, entonces, también bilateral, por cuanto el afectado por el delito no agota su derecho a acceder a la justicia con la sola presentación del conflicto ante los estrados tribunalicios; debe asegurársele además, que éste será dirimido en un lapso prudencial. Ello es relevante pues entonces, frente al caso concreto, y junto al derecho del imputado, también deberá conjugarse la tutela de la víctima, y -mediatamente- el interés de la sociedad toda en la aplicación de la ley⁴¹*

7. Bajo estos lineamientos, creemos que es posible conjugar equilibradamente todos los intereses que se expresan en el proceso penal: el interés de la justicia de aproximarse a la verdad de los hechos acaecidos, objeto del proceso y el interés de los **principales protagonistas, imputado y víctima**, en que en la búsqueda de tal objetivo se realice con el pleno resguardo de los derechos que racional y constitucionalmente a cada uno de ellos les asisten en una administración de justicia que debe ser impartida en un proceso penal equilibrado y justo.

⁴¹Cafferata Nores, José I. y AAVV, Manual de Derecho Procesal Penal, Ciencia, Derecho y Sociedad, UNC, Córdoba, 2012, págs. 125 y ss.

² Art. 3 CPP

³ Conf. art. 283 inciso 4 CPP que prevé dos o tres años, según la complejidad y

dificultad investigativa.

La Excma. Cámara de Acusación de Cba. ha limitado este derecho hasta el dictado de la Acusación, en A. I. n° 507, 5/11/2010, autos “Fouere Yaksic, Antoine p.s.a. de abuso sexual calificado, etc.” (expediente F-20/2009).

⁴ Cafferata Nores, José I. y Tarditti Aida en “Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba”, comentado, Tomo I, ed. Mediterránea, pág. 627

⁵ Cafferata Nores, José I. y Tarditti Aida en “Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba”, comentado, Tomo 2, ed. Mediterránea, pág. 213 y ss.

⁶ Juez de Control n° 3 de Cba., por A.I. 70 de fecha 11/04/05 en autos “Barrera, Evelin Cecilia y otro p.ss.aa Abuso Sexual con acceso carnal reiterado- (Fiscalía de origen D III T 3)

⁷ TSJ, S n° 226, 6/9/12, ” Luna, Walter Hugo o Acuña, Juan Carlos y otro p.ss.aa. Tentativa de homicidio simple”

⁸ El destacado es nuestro

⁹ El resaltado nos pertenece

¹⁰ Cámara de Acusación de Cba. AI 83, 22/05/2007, “Barrionuevo, Daniel Alejandro p.s.a. Robo, etc”

¹¹ Cafferata Nores, José I. y Tarditti Aida en “Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba”, comentado, Tomo 2, ed. Mediterránea, pág. 546 y Cafferata Nores-Hairabedián, Maximiliano en “La prueba en el proceso penal” Lexis Nexis, 6° edición, pág. 109

¹² TSJ Sala Penal S° 318, 09/12/2009, “Ritorni, Juan Pablo p.s.a. abuso sexual con acceso carnal reiterado, etc. –Recurso de Casación–“(Dres. Tarditti, Cafure de Battistelli y Blanc G. de Arabel).

¹³ Juzgado de Control n° 8 de Cba. A.I. n° 204 de fecha 23/09/2013, “Incidente de Recusación interpuesto por el co imputado Gustavo Alejandro Peralta Amaya y su abogado defensor Gonzalo H. Ferreras en autos Amuchástegui, Fernando Ramón y otros p.ss.aa. Contaminación ambiental dolosa continuada (ley 24.051)”.

¹⁴ Citado por el TSJ de Cba. en S 186 “Grazioli, Mauricio Bernardo p.s.a. abuso sexual con acceso carnal agravado -Recurso de Inconstitucionalidad-“(Expte. “G”, 02/2009).

¹⁵ Cafferata Nores, José I. “La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino”, CELS, Ed del Puerto, 2000.

¹⁶ CSJN, Girolidi, Horacio D. y otro, 7/IV/95, citado por Cafferata Nores, ob. cit, pág. 11

¹⁷ CSJN Bramajo,, 12/IX/96, cit. por Cafferata Nores en ob. cit. pág. 11

¹⁸ Ob cit págs. 52 y ss.

¹⁹ Los destacados nos pertenecen

²⁰ Los destacados nos pertenecen

²¹ Los resaltados son nuestros

²² Lépori White, Inés “Abuso Procesal (La función de los jueces y el abuso procesal) comp. en “Abuso Procesal” ed. Rubinzal-Culzoni, 2006, pág. 43 y ss.

- ²³ Peyrano Guillermo F. “Abuso de derechos procesales” comp. en “Abuso Procesal” ed. Rubinzal-Culzoni, 2006, pág. 176; Pastor, Carlos Daniel ob. cit. pág. 57 y ss. y Peyrano Jorge W. ob. cit. pie de página n° 11 y 12
- ²⁴ Peyrano, Guillermo F. ob. cit. pág. 177
- ²⁵ Peyrano, Jorge W. “Abuso de los derechos procesales” comp. en “Abuso Procesal” ed. Rubinzal-Culzoni, 2006, pág. 75 y s.s.
- ²⁶ Lépori White, Inés, ob. cit. pág. 52 y Pastor, Carlos Daniel ob. cit. pág. 67
- ²⁷ Hassemer, Winfried “Sobre el Abuso de los Derechos”, Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?, 2003, Tomo III, Fabián J. Di Plácido editor, págs. 22-23
- ²⁸ Cabe recordar que el autor es de origen germánico
- ²⁹ Tellas, Adrián y Orgeira, José María “Algo más sobre la prescripción de la acción penal a partir de la vigencia de la ley 25.990”, La ley, Suplemento de Jurisprudencia penal y procesal penal, T 2005-B, Doctrina
- ³⁰ Franco, Carlos H. “Abuso del proceso y prescripción de la acción penal”, disponible en la web.
- ³¹ TSJ de Cba. S n° 253, 25/09/2012, “García, Oscar Abelardo p.s.a. falsedad ideológica, etc.(SAC 230527) –Recurso de Casación–”
- ³² Cámara de Acusación de Cba., A.I. n° 60, 25/03/2008 en autos “Mallía, Ezequiel F. p.s.a. lesiones graves culposas –Recurso de Queja-
- ³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Bulacio vs. Argentina 18/9/2003

Que por ser tales han sido contempladas para la creación de órganos predispuestos en aras de procurar una mayor eficiencia para la sociedad y la víctima. A modo de ejemplo, por I G 5/10 de la Fiscalía Gral. de la Provincia de Córdoba se creó la Unidad de Investigación de Casos Complejos. Con el fin de mejorar la calidad de la respuesta judicial, en los últimos años se han ido distinguiendo ámbitos de delincuencia que, por sus propias características, merecen ser investigados en su fase preparatoria por órganos especializados. En la actualidad se revela el surgimiento de una gama de hechos que, por su organización, efectos sociales, maniobras desplegadas, etc. exigen un esfuerzo investigativo que excede la normalidad y que, por esa misma razón, pueden ser calificados como “casos complejos” o de “compleja investigación” y abarcará a aquellos delitos cometidos dentro del Centro Judicial Capital, que reúnan las siguientes características: multiplicidad de hechos, de víctimas individualizadas o difusas, y de damnificados; comisión por plurales sujetos activos; actuación organizada; sujetos activos con una particular formación técnica o profesional, o especial astucia puesta al servicio del delito de que se trate; confección y utilización de documentación falsa y/o adulterada, o de sistemas informáticos adulterados; vinculación ideológica entre los delitos cometidos, de modo que unos sean el medio para lograr los otros; aprovechamiento de instituciones públicas o privadas para la comisión de los delitos; grave incidencia social (elevado perjuicio económico con efectos multiplicadores del daño en diversos ámbitos sociales, afectación de múltiples bienes jurídicos, alteración del orden económico, etc.).

Esta ponderación de intereses, se ha realizado jurisprudencialmente en relación al principio de igualdad ante la ley (art. 16 C.N.) veda la discriminación injustificada o irrazonable de trato. La protección del derecho de igualdad, del derecho constitucional a la no discriminación, se apoya en dos elementos que han de ser objeto de análisis: si la diferencia de trato está dotada de una justificación objetiva y razonable, es decir si posee una justificación legal y constitucional suficiente, y si existe la debida proporcionalidad entre la distinción de trato que se efectúa y los objetivos que con ella se persigue. Ello permite afirmar que el principio de igualdad no puede ser invocado en forma ilimitada o genérica, sino que requiere, para verificar su respeto, tener presente un parámetro comparativo, que no es otro que quien denuncia su violación se encuentre en igualdad de condiciones para con aquél o aquéllos que han recibido un tratamiento diferente a su favor. Y la víctima, en los supuestos que se analizan

Bidart Campos, Germán, El art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y los derechos humanos en La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Abregú-Courtis, compiladores, citado por Cafferata Nores en “Duplica de Troya”, comp. en “Aproximaciones a un nuevo modelo de proceso penal” ed. Mediterránea, año 2010

T.S.J., Sala Penal de Cba. S. n° 38, 21/05/2004 “Amaranto, Pablo Alejandro p.s.a. abuso deshonesto calificado reiterado -Recurso de Casación”.

³⁴ Los resaltados nos pertenecen

³⁵ Se ha aseverado que frente a aspectos que constituyan el correlato subjetivo de la materialidad de la conducta enrostrada, como en relación a cualquier otro aspecto fáctico, rige el principio de libertad probatoria consagrado en el artículo 192 del C.P.P. Y resulta claro que los aludidos aspectos subjetivos del hecho no pueden ser aprehendidos a través de la percepción directa del juzgador, sino que pueden y deben ser derivados a partir de la conducta desenvuelta por el agente que forma parte de la imputación (T.S.J. de Cba, Sala Penal, “Tita”, S. n° 22, 17/4/1998; “Vargas”, S. n° 73, 21/5/1999; “Spampinato”, S. n° 41, 31/4/2000; “Sajen”, S. n° 114, 21/12/2000, entre otros).

Las partes, sus letrados y apoderados, deberán actuar en el proceso con probidad y buena fe. El incumplimiento de este deber, o la conducta manifiestamente maliciosa, temeraria, dilatoria o perturbadora será sancionada, a petición de parte, de la siguiente forma: 1) Si se tratare de la parte, con una multa de hasta el treinta por ciento del valor económico del litigio, o de hasta cien jus en caso que no lo tuviere. 2) Si se tratare del abogado o procurador, con una multa de hasta el treinta por ciento del máximo de los honorarios posibles para el tipo de actuaciones de que se trata. La sanción, que será dispuesta en la resolución que pone fin a la instancia o al juicio, podrá ser aplicada a la parte, a su letrado patrocinante, a su apoderado, o a todos conjuntamente, y lo será a favor de la contraparte. La resolución será recurrible.

T.S.J, fallo citado.

EN EL CAMINO CORRECTO COMENTARIO AL FALLO “LOYO FRAIRE” DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Santiago Martínez

I- Introducción

La libertad del inculpado durante el proceso penal es uno de los temas que mayor controversia o debate genera. Frente a las claras normas de la regla de reconocimiento constitucional que regulan la materia (art. 14, 18 y 75 inciso 22 CN, 7.5 CADH y 9.3 PIDCyP) aparece la crítica y el reclamo social (acompañado muchas veces por los medios masivos de comunicación¹ o por actores políticos oportunistas²)³ que solicita el encierro del sujeto que está imputado de haber cometido un delito. La prisión preventiva aparece, en este contexto, como justicia inmediata frente al hecho; lo que genera, ante a la ausencia de alternativas, que se abuse de esta medida de coerción.

Dicha circunstancia fue recientemente relevada, a raíz de un pedido de organizaciones de la sociedad civil⁴, por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En el Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas⁵, el organismo internacional realizó un estudio acerca de lo que sucede en los distintos países de la región con la mayor injerencia que sufre la libertad de las personas durante el proceso penal. Allí se sostiene que la aplicación arbitraria e ilegal del encierro cautelar es un problema crónico, grave y extendido. “El uso excesivo de la prisión preventiva es un problema complejo producido por causas de distinta naturaleza: cuestiones de diseño legal, deficiencias estructurales de los sistemas de administración de justicia, amenazas a la independencia judicial, tendencias arraigadas en la cultura y práctica judicial, entre otras”⁶. Por este motivo, se fijaron estándares concretos para su aplicación y se efectuó una serie de recomendaciones a los Estados parte con el objetivo de instar a que se fijen políticas públicas integrales para el sistema penal y de gestión penitenciaria.

“Como fuente de derecho, los informes y las opiniones de la Comisión Interamericana constituyen criterios jurídicos de ordenación valorativa que deben ser tomados en cuenta por los Estados miembros al adoptar decisiones con el objeto de lograr una debida armonización entre el derecho interno y los criterios establecidos por la Comisión. Este deber de tomar en consideración las recomendaciones formuladas (...) para adoptar medidas progresivas a favor de los derechos humanos, se inserta en el deber general de ‘respetar los derechos y libertades’ contenidos en el artículo 1 de la Convención”.

En este contexto, la pregunta que se podría formular es qué posición tomará el Estado argentino ante este pronunciamiento del órgano interamericano que está claramente enfrentado con el reclamo puniti-

vista. Aun cuando no se cita el mencionado informe, pues se remite al dictamen del Ministerio Público Fiscal que es anterior, se puede decir que el primer paso lo dio la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el marco de la causa “Loyo Fraire”⁷.

La jurisprudencia del Alto Tribunal en la materia ha sido oscilante ya que a pesar de declarar la inconstitucionalidad de las previsiones de los códigos que contemplan delitos inexcusables⁸ o establecer políticas penitenciarias o carcelarias para que las apliquen los estados provinciales⁹, también ha legitimado -en casos de suma sensibilidad social- prisiones preventivas por fuera del marco legal¹⁰ o, lo que es más criticable aun, no ha ingresado al análisis de supuestos en los que la casación revocaba la libertad del imputado y ordenaba su detención¹¹ o cambiaba la modalidad de cumplimiento de la medida cautelar (prisión preventiva morigerada)¹².

A pesar de ello, en el caso en estudio, la Corte ha plasmado una interesante postura respecto de qué elementos se deben tomar en cuenta a la hora de dictar la medida de coerción en consonancia con los estándares establecidos por los organismos internacionales. Por este motivo, es que el objetivo de este trabajo es analizar los fundamentos de dicha sentencia y ver cuáles pueden ser sus consecuencias.

II- Los fundamentos de la decisión

El caso que concluye con esta importante decisión de la Corte Suprema tiene su origen en la provincia de Córdoba en el marco de la “megacausa del Registro de la Propiedad”. En este tramo del asunto, el 25 de septiembre de 2012, los cuatro imputados que recurrieron hasta el Alto Tribunal fueron condenados por la Cámara 10ª del Crimen a cuatro años y tres meses de prisión por la venta fraudulenta de terrenos de una sucesión que pertenecía a terceros, valiéndose de la falsificación de poderes. Al finalizar el debate, en razón de las penas impuestas, los acusados fueron detenidos. Unos días más tarde, el 28 de ese mismo mes, el órgano jurisdiccional rechazó un pedido de libertad.

El asunto, en lo respectivo al encarcelamiento, llegó al Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba que no hizo lugar al recurso de casación. Para concluir de esa manera, la Sala Penal entendió que el artículo 281 inciso 1º del Código Procesal Penal¹³ de la provincia establece una presunción de riesgo en relación a los fines del proceso que se configura *siempre* que la amenaza de pena excede de cierto límite. En su razonamiento los jueces agregaron que la gravedad del pronóstico punitivo refuerza el interés social en la sustanciación del proceso de modo tal que, a través de la prisión preventiva, se busca asegurar la presencia del imputado para cumplir con la sanción. Esto significa que el legislador provincial creó una categoría de imputaciones que presume la existencia de peligrosidad procesal fundada en la idea de que la persona que enfrenta un proceso por un delito cuya pena mínima sea supe-

rior a los tres años de prisión preferirá ponerse en situación de rebeldía antes que afrontar el juicio¹⁴.

De la forma en que se encuentra redactada la norma pareciera que la presunción aparece como *iure et de iure*. Sin embargo, el encarcelamiento procesal no puede ser una consecuencia inexorable ya que tal solución confrontaría con las disposiciones constitucionales. “Recurriendo a una interpretación sistemática que compatibilice todas las disposiciones en juego, resulta constitucionalmente intolerable que se disponga la prisión preventiva cuando manifiestamente no es indispensable (...)”¹⁵. En esta lógica, los artículos 269 y 283 inciso 2° del CPP Córdoba brindan los fundamentos para descartar ese carácter a la presunción.

La primera de las normas establece que la restricción a la libertad sólo se impondrá en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley (en términos similares al art. 280 CPPN) y que el imputado siempre tendrá derecho a requerir que un juez examine esa medida, incluso en los casos del artículo 281 CPP Córdoba. De esta manera, aun cuando la pena en expectativa sea de efectivo cumplimiento, se podrá discutir el encarcelamiento preventivo¹⁶. Por su parte, el artículo 283 autoriza en el inciso 2° a que cese la prisión procesal cuando exista acuerdo entre el fiscal y los jueces (de instrucción y de la cámara de acusación) respecto de que no es indispensable para salvaguardar los fines del proceso. Más allá de lo engorroso¹⁷ que pueda resultar el sistema, lo cierto es que la normativa deja en evidencia que en todos los casos la prisión cautelar puede cesar.

En el caso comentado, los jueces explicaron que si bien el peligro procesal debe ser analizado en cada supuesto concreto es necesario que concurren condiciones distintas del común denominador de los imputados para desactivar la presunción pues lo que debe brindar es la confianza de que el sujeto no intentará fugarse ni entorpecer la normal desarrollo del procedimiento. De esta manera, al referirse a los acusados, el tribunal sostuvo que “(...) en tanto no trasvasa la generalidad de situaciones que afectan a las personas sometidas a proceso, no adquiere entidad suficiente para enervar los riesgos que emanan de la pena fijada por la ley”.

Finalmente los jueces agregaron que a partir de la condena impuesta, se redujeron las posibilidades de que ellos obtengan una solución favorable a sus intereses de modo tal que se incrementó el peligro.

El criterio mantenido por el Tribunal Superior de Justicia queda enmarcado en lo que se ha denominado “sustancialismo encubierto”¹⁸. Tradicionalmente, desde la doctrina han clasificado a las pautas que utilizan los jueces al dictar la prisión preventiva como sustancialistas y procesalistas. La primera de ellas asimila la prisión preventiva a la pena y

le atribuye las mismas funciones, mientras que en la segunda lo que se tutela con su imposición son los fines del proceso. Sin embargo, existe una categoría intermedia que, presentándose como procesalista, permite el dictado de la medida cautelar basándose en criterios sustancialistas. Esta es la posición que se adoptó en la mayoría de los códigos procesales del país.

En el caso comentado esta situación ha quedado claramente evidenciada en la sentencia del órgano provincial. La existencia de una condena no firme fue suficiente para ordenar la detención de los imputados aun cuando ellos habían transitado todo el proceso en libertad y no había indicio alguno que pusiera al descubierto un posible riesgo para el proceso. Es decir, aun cuando en la Sala Penal hace referencia a la posibilidad de que haya prueba que permita refutar la presunción efectuada por el legislador, lo cierto es que una sola circunstancia —la pena impuesta no firme— era suficiente para que ellos esperaran la definición del asunto en la cárcel. “¿Puede alguien afirmar seriamente que en estos casos se presume, no sólo sin pruebas, sino, peor, *sin admitirse prueba en contrario*, el peligro de fuga? ¿Esa presunción no es manifiestamente violatoria del principio de inocencia?”¹⁹.

En consecuencia, en este supuesto, el encarcelamiento buscó tutelar el común sentido ético que se vería repugnado si una persona sobre la que pesan ciertos indicios de culpabilidad, continúa circulando libremente ante los ojos de la sociedad y la víctima. “Con él se pretende satisfacer la *opinión pública* en infracciones graves, o cuando los hechos han provocado *gran escándalo*; y se justifica en aquellos casos en que se ‘conmociona especialmente’ la confianza de la sociedad en el respeto de la ley, creándose un sentimiento colectivo de inseguridad, falta de protección y de impotencia en la prevención delictiva”. Justamente, se entiende que su fin busca amenguar o hacer desaparecer esa inquietud colectiva. Y en este punto no se puede perder de vista que “Loyo Fraire” era una causa en la que se encontraban investigadas personas ligadas a la actividad pública; lo que generalmente despierta mayor conmoción en la sociedad.

En este contexto, el caso llegó a la Corte Suprema. Como se dijo, el fallo hace una remisión al dictamen del Procurador Fiscal; quien afirmó que el Tribunal Superior de la provincia de Córdoba le restó relevancia a las condiciones personales de los imputados y al comportamiento que tuvieron durante el proceso y sólo se refirió, dogmáticamente, que ellas no excedían las situaciones que se presentan regularmente en los procesos. “De este modo, omitió analizar la incidencia del conjunto de esas circunstancias en relación con la situación particular del imputado, y subordinó la posibilidad de controvertir la presunción de fuga que resulta de la gravedad de la sanción a partir de condiciones fuera del orden común, que excederían las del caso (...)”.

La postura sostenida desde el Ministerio Público Fiscal, como

se adelantó, responde a otra posición doctrinaria que entiende que la prisión preventiva tiene la finalidad cautelar de neutralizar los graves peligros que se pueden cernir sobre el juicio y tiende únicamente a 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. Por eso, no constituye un fin en sí mismo, sino que es un medio para asegurar otros fines, que son los del proceso.

Este enfoque quedó más claro aún en ese dictamen cuando el representante de la vindicta pública señaló que en el caso se había dictado sentencia condenatoria que no se encontraba firme y, a pesar de ello, el encarcelamiento que sufrían los imputados continuaba siendo cautelar. En consecuencia, afirmó que “(...) la decisión debe contener la motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a los requisitos impuestos por la Corte Interamericana [de] Derechos Humanos, entre ellos, el de necesidad, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto del derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto (...)”. De esta manera, al haber atribuido carácter irrevocable a la presunción legal, los acusados no tuvieron la posibilidad de exponer las razones a favor de su libertad.

El criterio expuesto está en consonancia con las últimas recomendaciones de la Comisión Interamericana. En el informe mencionado, el organismo señaló que “(...) también han recomendado consistentemente a los Estados de la región: recurrir solamente a la detención preventiva cuando no existan otros medios de asegurar la presencia del imputado en juicio o de impedir la alteración de pruebas; interpretar de manera restrictiva las circunstancias en las cuales legalmente puede extenderse la prisión preventiva; revisar su legislación y prácticas judiciales para asegurar que esta medida sea utilizada excepcionalmente y por el período más breve posible; implementar otras medidas cautelares (...); revisar la legislación que restringe la facultad de los jueces para decretar otras medidas distintas de la prisión preventiva; asegurar que la decisión por medio de la cual se aplica la prisión preventiva sea adoptada luego de un análisis sustantivo y no meramente formal del caso; asegurar que las condiciones en las que se mantiene a las personas detenidas preventivamente sean acordes con los estándares internacionales; asegurar que las personas detenidas cuenten con las condiciones y posibilidades de preparar su defensa en el juicio; y fortalecer las capacidades operativas de las autoridades encargadas de la investigación penal (*publicprosecution*)”²⁰.

III. Las repercusiones del fallo en la provincia de Córdoba

Muchas veces los fallos del máximo organismo jurisdiccional son el motor de cambio de sistemas deficientes o vetustos hacia modelos

que encuentran arraigo en la Constitución Nacional. Vale recordar el caso de Santa Fe que como consecuencia del precedente “Dieser”²¹-sumado a denuncias ante la Comisión Interamericana- abandonó el ordenamiento procesal más antiguo del país. O la provincia de Río Negro, que luego de la fuerte crítica expuesta en el caso “Sandoval”²², generó que el gobernador reuniera a una comisión de expertos y presentara a la legislatura un proyecto de código procesal en línea con el paradigma constitucional.

La trascendencia de la decisión tomada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso en estudio tuvo repercusiones en la provincia de Córdoba aunque sus consecuencias no fueron tan auguriosas como en los ejemplos citados. Veamos, entonces, en qué ámbitos incidió el fallo.

III.1 En la justicia de Córdoba

En primer lugar, el Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba tuvo que variar su posición respecto del encierro cautelar no sin antes señalar que, en otro tramo de la “megacausa”, la Corte Suprema había convalidado aquel criterio atento a que declaró inadmisibles la queja (art. 280 CPCCN)²³. En la nueva sentencia, del 12 de marzo de 2014, la Sala Penal refirió –siguiendo la doctrina del fallo- que en la medida en que no se hayan verificado *conductas concretas* que permitan concluir que el imputado intentará sustraerse de la investigación, del juzgamiento o del cumplimiento de la pena no firme impuesta corresponderá mantener su libertad. En este punto, resulta fundamental resaltar que esta necesidad de que existan “conductas concretas” permite descartar una situación que a menudo ocurre en los tribunales, que ordenan la medida cautelar *presumiendo*, en abstracto y de manera subjetiva, la existencia de un riesgo para el proceso. Sobre esta cuestión volveré más adelante.

A su vez, en la decisión los jueces estimaron que “(...) aunque se trate de una prisión preventiva posterior a la condena, igualmente podrá proyectarse hacia el peligro de fuga el comportamiento del imputado que durante la investigación penal preparatoria o el juicio hubiere intentado *entorpecer el desenvolvimiento del proceso* –v.gr. intentando alterar la prueba- puesto que tales acciones demuestran en *concreto* una actitud obstaculizadora de la acción de la justicia que puede razonablemente extenderse como palmario indicio de insumisión al futuro cumplimiento de la pena, en caso que ésta resulte confirmada por las instancias revisoras” (el resaltado es original).

La afirmación que realiza el tribunal es a mí entender equivocada. En primer término, porque si la legislación prevé dos supuestos distintos para privar a una persona de la libertad mientras se sustancia el procedimiento y cada una de ellas intenta proteger un interés determinado, autorizar que un riesgo (el de fuga) se complete con el otro (en-

torpecimiento) implica romper con la lógica propia del sistema. Mentir sobre su identidad o sus condiciones de arraigo, haberse profugado con anterioridad en el proceso son indicios que permiten suponer el peligro de que la intención del imputado es eludir el accionar de la justicia. No puede llegarse a la misma conclusión si él amenazó a un testigo o alteró alguna prueba. No se desprende de esa situación objetiva la pregonada *insumisión al futuro cumplimiento de pena*.

A su vez, esta propuesta importa una interpretación extensiva de la norma procesal respecto del peligro de fuga; circunstancia que se encuentra vedada por el artículo 3 CPP Córdoba, que claramente señala que toda disposición legal que coarte la libertad personal deberá ser interpretada restrictivamente. De este modo, utilizar aquellas maniobras que hubiera realizado el imputado para entorpecer el desenvolvimiento de procedimiento para justificar un indicio de que se fugará significa ampliar el espectro de posibilidades. Además, no hay que olvidar que una vez que el caso comienza a transitar y se va recolectando la información, el peligro de que el inculcado entorpezca el normal desarrollo de la causa va disminuyendo; máxime en sistemas como el cordobés donde todo el proceso gira en torno al expediente y su lógica²⁴. En estos modelos, todo elemento probatorio que ingresa al expediente puede ser utilizado para fundar una sentencia condenatoria. Por ello, si este riesgo se va reduciendo a lo largo de proceso casi hasta desaparecer (o ser neutralizado por otros medios), *revivirlo* para justificar el peligro fuga es un contrasentido cuya finalidad exclusiva es que la persona comience a cumplir, aunque no se encuentre firme, la sanción impuesta.

Por otro lado, no se puede desconocer que existe una corriente que afirma que la única posibilidad de encarcelar preventivamente a una persona es si existe riesgo de fuga. En este sentido, las normas convencionales especifican que la libertad del imputado está condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio (art. 7.5 CADH) y que si bien la prisión preventiva no puede ser la regla, la libertad está subordinada a garantías que aseguren 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 (art. 9.3 del PDCyP).

Esto deriva en un cuestionamiento acerca de la legitimidad del supuesto de peligro de entorpecimiento de la investigación como habilitante de la prisión cautelar. En esta dirección, afirma Binder que el Estado cuenta con innumerables medios para evitar esa posible acción del inculcado. “Además, es difícil de creer que el imputado puede producir por sí mismo más daño a la investigación que el que puede evitar el Estado con todo su aparato (...): la policía, los fiscales, la propia justicia”. Este poder que se pone en manos de la organización estatal desequilibra la igualdad que debe primar entre las partes. Por ello, “(...) si el Estado es ineficaz para proteger su propia investigación, esta ineficacia no puede cargar en la cuenta del imputado, mucho menos a costa de la pri-

vación de su libertad”²⁵. En consecuencia, si existen dudas acerca de la legitimidad de esa causal de prisión preventiva, no resulta acertado tratar de hacerla ingresar a través de la posibilidad de fuga.

Por otra parte, el tribunal reconoció -al analizar los fundamentos brindados para ordenar la detención de los imputados- que el Ministerio Público Fiscal no consideró necesaria la medida. Esto nos permite reflexionar acerca de cuán arraigada está la cultura inquisitiva en nuestros operadores. El gran avance que trajeron los sistemas acusatorios de primera generación fue la división entre las funciones de investigar y acusar de las de juzgar y decidir. En consecuencia, si no existe un pedido concreto del acusador, los jueces no tienen jurisdicción para resolver. La actuación judicial de oficio, propia de los sistemas inquisitivos y mixtos, desdibuja el rol que tienen las partes en el procedimiento, usurpa funciones que no le son propias y rompe con la neutralidad que debe tener el juzgador en el asunto concreto.

En este caso, esta situación se observa claramente ya que, conforme surge de la sentencia de la Sala Penal, la detención de los imputados se produjo en virtud de la atribución del artículo 375 CPP Córdoba. Esa norma establece que si la persona se hallare en libertad, la Cámara podrá ordenar su detención *para asegurar la realización* del juicio. Es decir, esta atribución -que a mi modo de ver tampoco debería estar en cabeza de los jueces- tiene como fundamento *exclusivamente* que el debate se lleve a cabo y no que el inculpado comience a cumplir la condena. Por eso, una vez terminado, y hasta tanto la sentencia quede firme, debería volverse a la situación anterior (en este supuesto, la libertad)²⁶. En consecuencia, los jueces echaron mano de una herramienta que tiene otra finalidad para poder sobreponerse a la voluntad del fiscal y lograr el encarcelamiento.

Por último, la Sala penal elaboró unas directrices para la aplicación de la prisión preventiva. En este sentido, señalaron que los magistrados deberán tener en cuenta a tales fines la gravedad del delito que debe ir acompañada necesariamente de indicios concretos de peligrosidad procesal y las características personales del autor del hecho. A su vez, indicaron que una vez que la sentencia condenatoria atravesó las instancias de revisión local (y se declaró inadmisibles el recurso extraordinario federal) “(...) la probabilidad de la efectivización de la condena se alza con una inminencia tal que amerita disponer, sin más, el encierro cautelar del imputado”. Finalmente, refirieron que como las medidas de coerción son siempre provisionales, lo resuelto por la Corte tiene impacto también en las prisiones preventivas vigentes. Por eso determinaron que las presentaciones de los presos preventivos sin condena sean resueltas por los jueces de la causa mientras que la de los que ya cuentan con una sentencia no firme lo hagan los jueces de ejecución.

Los códigos procesales en general delegan en los tribunales superiores la posibilidad de dictar las reglas prácticas que sean necesarias

para el normal funcionamiento del ordenamiento. En el caso de la provincia de Córdoba es el artículo 4 el que otorga tal facultad. El problema que se puede presentar es cuando la “regla práctica” comienza a invadir la función propia de los jueces y pone en jaque la independencia judicial. En nuestro supuesto, no caben dudas de que establecer qué magistrado deberá resolver un pedido de cese del encarcelamiento cautelar es una pauta de organización que estaría autorizada en los términos del artículo 4. Sin embargo, me quedan dudas que pueda quedar abarcado por esa función establecer de qué manera se completa el peligro procesal o a partir de qué momento se debe hacer efectivo el encierro cautelar.

Luego de ese fallo, y según informaron los medios de comunicación local, entre el 12 de marzo y el 4 de abril pasado, los organismos judiciales cordobeses resolvieron 197 pedidos de cese de prisión preventiva fundados en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Del total de solicitudes, 79 fueron concedidas, mientras que 118 fueron rechazadas por no encuadrar en las pautas fijadas en el fallo dictado por el Tribunal Superior²⁷. En consecuencia, y a pesar de lo resuelto por el Alto Tribunal nacional, en la mayor cantidad de los casos se mantuvo el encierro procesal.

III.2 En los sectores políticos

Por otro lado, la reacción de los sectores políticos fue la modificación de la ley de procedimientos para limitar la posibilidad de liberación de los imputados. A través de la ley 20.201, publicada en el Boletín Oficial provincial el 29 de abril de 2014, se modificó la redacción del artículo 281 CPP Córdoba. El nuevo texto legal, en lo que aquí interesa, establece que procederá el encierro cautelar si hubiere vehementes indicios de que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia o entorpecer su investigación.

Sin embargo, a la hora de dar contenido a los riesgos, se trajeron criterios sustancialistas. En el segundo párrafo, la norma prevé que “(l)a eventual existencia de peligro procesal podrá inferirse, entre otros, de la *gravedad del pronóstico punitivo hipotético* por no aparecer precedente, prima facie, la condena de ejecución condicional -artículo 26 del Código Penal-, falta de residencia del imputado, declaración de rebeldía, *sometimiento a proceso o cese de prisión preventiva anterior, condena impuesta* sin que haya transcurrido el término que establece el artículo 50 del Código Penal, *abandono de tratamientos por adición impuestos por órganos judiciales*, del temor que el estado de libertad del imputado pueda infundir en la víctima y/o testigos durante el proceso o del lugar que en la cadena de comercialización hubiere ocupado el imputado en los delitos que tiene por objeto la Ley N° 10067”.

De este modo, vuelve a consagrarse un sistema sustancialista encubierto pues se valoran situaciones que no se refieren al peligro de fuga, ni al entorpecimiento de la investigación sino que responden a la

necesidad de asimilar el encarcelamiento procesal con la sanción.

Además, conviene recordar que ya los organismos internacionales encargados de interpretar la CADH han descartado la posibilidad de fundar la prisión preventiva en criterios tales como “la peligrosidad del imputado”, “el peligro de reincidencia” o “gravedad del delito”²⁸. De esta manera, esta reciente regulación desconoce una de las fuentes de la regla de reconocimiento constitucional: las opiniones de los órganos internacionales. En el conocido caso “Gioldi”²⁹, la Corte Suprema expresamente sostuvo que la jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos fue establecida en las condiciones de su vigencia, esto es, tal como ella rige en el ámbito internacional y considerando especialmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. Agregó el Alto Tribunal que esas opiniones deben servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales. A través de ellas, entonces, se determinará con qué alcance estarán vigentes esos tratados.

Una consecuencia directa de esta interpretación me lleva a afirmar que la norma dictada por la provincia de Córdoba como consecuencia del fallo “Loyo Fraire” no trasvasa el test de constitucionalidad.

IV- Reflexiones finales

En los primeros meses del año 2014, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tratado cuestiones muy sensibles respecto del sistema punitivo; alguna de ellas, a mi entender, de manera equivocada³⁰. Sin embargo, en lo que respecta a la libertad de las personas en el proceso penal ha sentado una postura que se adecúa a la normativa constitucional: sólo se podrá dictar una prisión preventiva si existe riesgo de fuga o de entorpecimiento de la investigación. Esto implica, sin lugar a dudas, un claro avance en la materia. La necesidad de discutir acerca de la existencia de riesgos para el proceso es el punto de partida para tratar de limitar el uso abusivo del encarcelamiento procesal. A partir de allí, habría que construir un nuevo paradigma para convertir a esa medida cautelar en la última a la que deberían acudir los jueces.

Ahora bien, que esta decisión provenga de la máxima autoridad del Poder Judicial es comenzar a reconocer que el Estado al privar de libertad a una persona asume una posición de garante de sus derechos fundamentales³¹ y que el incremento del uso de la prisión preventiva no es la vía idónea para el cumplimiento de los fines de la seguridad ciudadana³². Esto también es, a no dudarlo, un verdadero avance.

Para finalizar hay dos cuestiones sobre las que quisiera hacer algunas reflexiones. La primera de ellas está referida a la prueba de la existencia de los riesgos procesales y en cabeza de quién está esa carga.

La existencia de presunciones *iure et de iure*, propia de las corrientes sustantivistas, no requería prueba alguna para que el sujeto quedara privado de su libertad. La simple constatación de que era

reincidente, o que su pena en expectativa superaba cierto monto o la existencia de una sentencia condenatoria no firme eran suficientes a esos fines. El cambio de concepción que doctrinariamente se quiso poner en funcionamiento para limitar el uso abusivo de la prisión transformó el carácter de la presunción a *iuris tantum*.

Sin embargo, como sostiene Díaz Cantón³³, la vigencia del principio de inocencia veda la imposición del encarcelamiento cautelar basado en presunciones sino que debe fundarse en prueba efectiva. Ello es así, en razón de que aun en esta últimase produce una inversión de la carga de la prueba en perjuicio del inculpado que es absolutamente inválida y reñida con aquel precepto. Es decir, si los riesgos se presumen, esa exigencia constitucional queda vacía de contenido³⁴.

Esto significa que el fiscal debe demostrar objetiva y fehacientemente la existencia de los riesgos procesales y los jueces sólo podrán disponerla cuando se hayan comprobado razones suficientes para justificar la situación contraria al principio de permanencia en libertad³⁵.

Esta circunstancia debe ir de la mano de un cambio en la forma de gestionar el proceso. El lugar indicado para que el fiscal presente aquellas probanzas referidas a que la libertad del imputado pone en riesgo los fines del proceso es en una audiencia oral. Es en ese momento que el acusador público debe explicar por qué razón solicita el encarcelamiento procesal del inculpado, por qué las demás medidas de coerción no resultan suficientes para contrarrestar los peligros, dónde será alojado y cuál será la extensión de esa medida. Allí, se produce el enfrentamiento dialéctico con la defensa que puede refutar los distintos argumentos. Y, finalmente, es el juez quien resuelve personalmente la controversia.

La oralidad, aplicada correctamente, demuestra que los criterios sustancialistas no tienen –o no deberían tener– ninguna cabida, pues la argumentación del fiscal respecto de que existe peligro de fuga por el monto de pena, el delito reprochado o por los antecedentes penales que posee el imputado, no constituye un argumento sólido; dado que carecerá de respaldo probatorio con relación a los riesgos procesales y resultará insuficiente e infundada³⁶.

La segunda cuestión se refiere al impacto que podría tener esta decisión en el ámbito del Poder Judicial. El Alto Tribunal tiene dicho que si bien sus decisiones se circunscriben a los procesos concretos, atento su carácter de último intérprete de la Constitución Nacional, la doctrina que emana de sus precedentes debe ser seguida por los jueces (autoridad moral) salvo cuando existan nuevos argumentos que los contradigan³⁷. Se supone, entonces, que esa debería ser la solución que los magistrados de los distintos órganos jurisdiccionales tendrían que aplicar frente a un planteo determinado.

A pesar de ello, sabemos que en muchas ocasiones se fuerzan interpretaciones de normas o de los fallos para no aplicarlos en un supuesto determinado por intereses ajenos a los que deberían guiar un pro-

ceso penal justo. También encontramos que la actividad jurisdiccional busca justificar su actuación mencionando o haciendo referencia a criterios que encuentran arraigo en la Constitución Nacional pero, sin embargo, encubren algunos que son contrarios a ella.

Esta situación quedó evidenciada en la Cámara Federal de Casación Penal. En el año 2008, a raíz de la jurisprudencia contradictoria de las distintas sala del órgano, se convocó a una reunión plenaria con el objeto de debatir “si en materia de excarcelación o eximición de prisión basta, para su denegación, la imposibilidad de futura condena condicional o que pudiese corresponderle al imputado una pena privativa de la libertad superior a ocho (8) años (arts. 316 y 317 del C.P.P.N.); o si, pese a ello, pueden otorgarse ante la comprobada inexistencia de riesgo procesal: peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación (art. 319 del C.P.P.N.)”. La postura mayoritaria entendió que no era suficiente la sola existencia de aquellas circunstancias sino que se debían valorar en forma conjunta con otros parámetros tales como los establecidos en el art. 319 del ordenamiento ritual a esos fines³⁸. Al habilitar los supuestos de aquella norma para completar los peligros para el proceso, se desvirtuó el objetivo de que se debatieran los riesgos pues se “colaron” claros criterios sustancialistas (reincidencia, monto de pena, gravedad del delito) que nada dicen de las condiciones personales del imputado para fugarse o entorpecer la investigación³⁹.

El Alto Tribunal ha dejado claro cuál es la interpretación que debe primar al momento de resolver el encarcelamiento preventivo del imputado. Resta esperar qué actitud tomarán los jueces al momento de resolver los planteos relativos a la libertad y si seguirán la doctrina del fallo analizado.

Mientras tanto, parece que la Corte Suprema, por lo menos en esta materia, está en el camino correcto.

¹ Al respecto, INECIP: *El estado de la prisión preventiva en la Argentina. Situación actual y propuestas de cambio*, Buenos Aires, 2012, p. 93 y ss. (disponible en <http://www.inecip.org>), donde se llevó adelante un seguimiento de periódicos de circulación masivos para ver como presentaban las notas referidas a la prisión preventiva.

² <http://www.pensamientopenal.org.ar/sergio-massa-propuso-endurecer-las-penas-y-limitar-las-excarcelaciones>. En la misma dirección, los diputados Bullrich, Schmidt Liermann y Cáceres presentaron un proyecto de ley para modificar el art. 319 del CPPN.

³ Este tipo de situaciones no son nuevas. En el año 2004, a raíz algunos hechos delictivos graves que sorprendieron a la opinión pública, familiares de las víctimas llevaron adelante el reclamo de “mayores penas para mayor seguridad”

(guiados por los que buscan obtener rédito político de la situación) con un fuerte apoyo de algunos medios de comunicación masivos y generaron que se produjera una de las reformas más graves y severas del sistema penal. Esta reforma estuvo basada en conceptos de derecho penal del enemigo y el discurso de emergencia y, como consecuencia directa, se pagó seguridad en moneda de derechos y garantías (Al respecto, cfr. MARTÍNEZ, Santiago: *Discurso de la emergencia y limitación de derechos fundamentales de los reclusos. El caso de la ley 25892* en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal n° 1/2006, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, p. 58 y ss).

⁴<http://www.oas.org/es/cidh/audiencias/Hearings.aspx?Lang=En&Session=129>.

⁵Aprobado por la Comisión IDH el 30 de diciembre de 2013. El informe puede ser consultado en <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf>. La Relatoría sobre los derechos de las personas privadas de la libertad de la Comisión IDH, en mayo de 2013, reunió a expertos de 12 países para discutir las recomendaciones para los Estados que se incluyeron en el informe (<http://www.oas.org/es/cidh/ppl/actividades/prisionpreventiva.asp>).

⁶ Comisión IDH: *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas* citado, pp. 1 y 3.

⁷ GIL DOMINGUEZ, Andrés: *La regla de reconocimiento constitucional argentina*, Ediar, Buenos Aires, 2007, pp. 80 y 81. Ver también, ABREGÚ, Martín: *Apuntes sobre la eficacia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la aplicación de sus decisiones por los estados partes* en RADH 1, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, p.141 y ss. y BUERGENTHAL, Thomas: *La jurisprudencia internacional en el derecho interno* en AA.VV. “La corte y el sistema interamericano de derechos humanos”, Corte IDH/Rafael Nieto Nievas Editor, San José de Costa Rica, 1994, p. 73.

⁸ L. 193. XLIX.Loyo Fraire, Gabriel Eduardo s/ p.s.a. estafa reiterada - causa n° 03/2013, L. 196. XLIX.Loyo Fraire, Gabriel Eduardo s/ p. s. a. estafa reiterada -causa n° 161.070-, L. 200. XLIX. Loyo Fraire, Gabriel Eduardo s/ estafa reiterada -causa n° 3/2013-, todas resueltas el 6 de marzo de 2014.

⁹Fallos 321:3630 y Fallos 329:679.

¹⁰ Fallos 328:1146

¹¹Fallos 335:533.

¹²C. 1184. XLII. Chabán, Omar Emir s/ recurso de casación, rta. el 13/06/2006, Fallos 333:2218, voto de los jueces Petracchi y Argibay, Fallos 330:2434, voto de la juez Argibay

¹³ Fallos 327: 1349

¹⁴ La norma mencionada establecía que “siempre que existieren elementos de convicción suficiente para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho investigado, después de recibida su declaración, bajo pena

de nulidad, se dispondrá su prisión preventiva: 1) Si se tratare de delitos de acción pública reprimidos con pena privativa de la libertad y no aparezca procedente, prima facie, la condena de ejecución condicional (C.P. art. 26)”.

¹⁵ Cfr., al respecto, VIVAS USSHER, Gustavo: *Manual de derecho procesal penal, tomo 2*, Alveroni, Córdoba, 1999, p. 157. “(E)n términos más simples: eventual condena a cumplir en la cárcel = imputado peligroso durante el proceso” dice Hairabedián (*El pronóstico de pena efectiva: ¿siempre conduce a la prisión preventiva?* en AA.VV. “Eficacia del sistema penal y garantías procesales”, 2º edición, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2010, p. 225)

¹⁶ CAFFERATA NORES, José I.; TARDITTI, Aída: *Código procesal penal de la provincia de Córdoba. Comentado. Tomo 1*, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2003, pp. 672 y 673.

¹⁷ En este sentido, HAIRABEDIAN, Maximiliano: Op. cit., p. 226, quien señala que de lo contrario no se advierte cuál sería el sentido de la norma.

¹⁸ Así se afirma en CAFFERATA NORES, José I.; TARDITTI, Aída: Op. cit., p. 681.

¹⁹ Cfr. INECIP: Op. Cit., p. 17 y MARTÍNEZ, Santiago: *Una propuesta para limitar el uso de la prisión preventiva* en Derecho Penal nº 6, Infojus, Buenos Aires, 2013, p. 334

²⁰ PASTOR, Daniel R.: *El encarcelamiento preventivo* en AA.VV. “El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico”, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1993, pp. 55 y 56.

²¹ Esta es la opinión de Marcello Cipriani citada en CAFFERATA NORES, José I.: *La excarcelación, tomo 1*, 2º edición, Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 12.

²² Cfr., al respecto, CAFFERATA NORES, José I.: *La excarcelación, tomo 1* citada, p. 13.

²³ CAFFERATA NORES, José I.: *La entidad de la amenaza penal emanada del delito atribuido ¿justifica por sí sola la imposición del encarcelamiento del imputado durante el proceso?* en *LexisNexis/JA*, del 19 de mayo de 2004, p. 3. Sobre esta cuestión, hay que señalar que existe una corriente que sostiene que los postulados procesalistas de la prisión preventiva han fracasado y, por lo tanto, no sirvieron para disminuir su uso (cfr., al respecto la obra colectiva AA.VV. *Abolicionismo de la prisión sin condena. Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011 y VITALE, Gustavo L.: *Encarcelamiento de presuntos inocentes. Hacia la abolición de una barbarie*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2007). Sin embargo, que no se aplique en forma excepcional no tiene que ver con el fracaso de este postulado sino que la regulación procesal no lo aceptó (a excepción de los códigos más modernos) y optó por criterios sustancialistas o “sustancialismo encubierto”.

²⁴ Comisión IDH: *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*

citado, p. 19

²⁵ Fallos 329:3034

²⁶ Fallos 333:1687

²⁷ R. 183. XLVIII. Rocchietti, Miguel David /s p.s.a. defraudación calificada etc. -causa n°82/2011-, resuelta el 21 de febrero de 2013.

²⁸ Cfr., GARCÍA YOMHA, Diego; MARTÍNEZ, Santiago: *La etapa preparatoria en el sistema adversarial. De la instrucción a la investigación penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2014, especialmente p. 17 y ss.

²⁹ BINDER, Alberto M.: *Introducción al derecho procesal penal*, 2° edición, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 199. Comparte esta posición, BOVINO, Alberto: *El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos en AA.VV.* “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 448 y 449.

³⁰ En esta dirección, entre muchos otros, CFCP, Sala III, causas 5164 “Méndez, Evelin Giselle s/ recurso de casación”, resuelta el 5 de julio de 2004, registro 349 /04 y 10.400 “Vega, Carlos Alberto s/ recurso de casación”, resuelta el 29 de abril de 2009, registro 514/09.

³¹ Así lo informó el periódico La Voz del Interior en su edición del 15 de abril de 2014.

³² Al respecto, cfr. BIGLIANI, Paola; BOVINO, Alberto: *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*, Editores del Puerto/Defensoría General de la Nación, Buenos Aires, 2008, p. 25 y ss.

³³ Fallos 318:554. Para un análisis posterior de la jurisprudencia de la CSJN ver PIZZOLO, Calógero: *La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El bloque de constitucionalidad federal* en LL 2006-D, p. 1036 y ss.; GIL DOMINGUEZ, Andrés: *La regla de reconocimiento constitucional argentina* citado, p. 78 y ss.; HITTERS, Juan Carlos: *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Control de constitucionalidad y convencionalidad* en LL 2008-E, p. 1169 y ss.

³⁴ Me refiero a los casos “Demaria” (D. 749. XLVIII. Demaria, Jorge Luis y otros si causa 14.358, resuelta el 8 de abril de 2014) y “Arevalo” (A. 558. XLVI. Arévalo, Martín Salomón s/ causa n° 11.835, resuelta el 27 de mayo de 2014). En el primero de ellos, utilizando términos despectivos hacia los jueces de la Sala II de la CFCP (la decisión de la casación excede “el límite de interpretación posible que la torna irrazonable en términos de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias” dice el fallo) revocaron el sobreseimiento por prescripción de un caso iniciado en 2001 y donde lo que estaba en discusión era el término “secuela de juicio” vigente en la ley al momento del hecho. Lamentablemente, en el precedente, no se dijo nada acerca de los 13 años que dura el trámite de la investigación (si quiera se encuentra elevada a juicio), ni se hace exhortación alguna a los jueces o fiscales que estuvieron a cargo de la causa.

El otro de los asuntos, el Alto Tribunal declaró la constitucionalidad

de la reincidencia. Más allá de las críticas sobre el fondo, no se puede dejar de señalar que los jueces se remitieron a lo expuesto en los casos “Gómez Dávalos”, “L’Eveque” y al voto del juez Petracchi en “Gramajo”. Los dos primeros precedentes datan de los años 1986 y 1988 respectivamente. Es decir, son anteriores a la constitucionalización de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que han producido una verdadera transformación en la materia. Por último, tampoco han dedicado si quiera una línea a la postura sostenida por el juez Zaffaroni, entre muchos otros, en el caso C. 449. XLIX. Cabail Abad, Juan Miguel si causa n° 16.035, resuelta el 6 de marzo de 2014.

³⁵ Comisión IDH: *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, aprobado el 31 de diciembre de 2011, p. 3 (disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>)

³⁶ Comisión IDH: *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas* citado, p. 7. “La Comisión Interamericana no ha encontrado información empírica alguna que demuestre que un incremento en el uso de la prisión preventiva contribuya a disminuir los niveles de delincuencia o de violencia”.

³⁷ Cfr. *Un fallo contra la concepción de la prisión provisional como sanción* en “La motivación de la sentencia penal y otros estudios”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 77.

³⁸ BOVINO, Alberto: Op. cit., p. 450 y BIGLIANI, Paola; BOVINO, Alberto: Op. Cit., p. 31.

³⁹ LEDESMA, Angela E.: *La reforma procesal penal*, Nova Tesis Editorial Jurídica, Rosario, 2005, p. 67

⁴⁰ MARTÍNEZ, Santiago: *Una propuesta para limitar el uso de la prisión preventiva*, citado p. 339.

⁴¹ Últimamente en Fallos 332:1488.

⁴² CFCP, Plenario n° 13, “DIAZ BESSONE, Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de ley”, 30/10/ 2008.

⁴³ Cfr., al respecto, MARTINEZ, Santiago: *La libertad del imputado, criterios jurisprudenciales y la dificultad en la construcción de los riesgos procesales: estado actual y propuesta de cambio* en AA.VV. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2014, en prensa.

LA PRUEBA COMO INFORMACIÓN Y LA “AUTODETERMINACIÓN INFORMACIONAL” COMO DERECHO FUNDAMENTAL DEL IMPUTADO

Gabriel Pérez Barberá *

I. Introducción

Objeto principal del presente trabajo es analizar si la actividad probatoria del derecho procesal penal afecta, en cuanto tal —es decir, en tanto actividad probatoria por sí misma o en general, con independencia de lo que suceda con determinadas medidas de prueba en particular— algún derecho fundamental del imputado. Porque si ello es así, toda medida probatoria debería, en principio, estar sujeta al principio general de reserva de ley (Convención Americana sobre Derechos Humanos —en adelante CADH—, art. 30), que exige autorización legal previa, formal y expresa para toda injerencia estatal que restrinja o afecte derechos fundamentales. Alemania es el país, dentro de la tradición jurídica continental-europea, en el que dicho principio general ha tenido más desarrollo dogmático, por lo que aquí dicho desarrollo recibirá especial atención (*infra*, II).

Dado que lo que persigue la actividad probatoria del proceso penal es obtener información —y siempre relativa al imputado, sea directa o indirectamente—, podría sostenerse que si hay un derecho fundamental del individuo que es afectado o restringido por el mero hecho de que se lleve a cabo una medida probatoria, con independencia de si ello implica, además, una restricción o afectación a otros derechos constitucionales. Se trata del denominado —en Alemania— “derecho a la autodeterminación informacional” (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*). Resulta pertinente, por tanto, examinar el anclaje constitucional de este derecho, tanto en Alemania como en Argentina, así como su alcance y características centrales, para determinar si es posible decir que abarca también a la actividad probatoria del derecho procesal penal (*infra*, III.1-3).

En caso de que la respuesta sea afirmativa, quedará aún por determinar si, en función de ello, corresponde realmente que *toda* medida probatoria deba estar autorizada en forma previa por ley formal y específica o taxativa, o si hay casos para los que basta que esa autorización legal venga dada por una mera cláusula general, como por ejemplo la que, en Argentina, hace referencia a la denominada “libertad probatoria” (*infra*, III.4).

II. El principio general de reserva de ley en Alemania

En Alemania, la formulación clásica del principio general de reserva de ley reza: la injerencia estatal *en la libertad o en la propiedad* de los ciudadanos debe estar expresamente autorizada por ley.¹ “Reserva de ley” (*Vorbehalt des Gesetzes, Gesetzesvorbehalt*) significa fundamentalmente que “la administración, en determinadas constelaciones, sólo puede actuar a partir de una fundamentación que tenga por base una ley”. Se lo denomina principio “*general*” de reserva de ley porque se diferencia, precisamente por su mayor generalidad, de otras reservas de ley específicas, como las reservas de ley especiales para los derechos fundamentales y la reserva de ley especial del derecho penal material. Su desarrollo central –en Alemania– ha tenido lugar dentro del ámbito del derecho constitucional y, también, en el del derecho administrativo. Con este principio general, al menos en relación con algunos temas, la ley (en sentido formal o material, según los casos) ha logrado imponerse como un límite rígido para ciertas competencias de las tres funciones estatales.²

Si esa autorización previa debe ser dada por una ley en sentido formal, entonces allí la reserva de ley se intensifica y se trata ya de una “reserva de Parlamento”, que es la que resulta exigible cuando la actuación estatal consiste en una injerencia en un derecho fundamental o constitucional. En este caso, la reserva de ley obliga a que la medida estatal en cuestión sea autorizada en forma específica o taxativa, es decir, a través de una norma que se refiera expresamente a esa medida.³ Para esas constelaciones queda excluida, por tanto, la posibilidad de que la autorización legal previa sea inferida a partir de una norma que a lo sumo mantiene una relación de analogía con la medida concreta en cuestión. En Argentina rige una reserva de Parlamento de estas características en virtud de lo dispuesto por el art. 30 de la CADH,⁴ y tiene por tanto rango constitucional. Si, en cambio, para autorizar la actividad estatal se exige ley previa, pero basta con que dicha autorización provenga incluso de resoluciones generales y abstractas del Poder Ejecutivo, entonces se trata de una “simple reserva de ley”.⁵

El principio de reserva de ley tiene en Alemania una importante tradición también en el derecho procesal penal. Por eso el gran comentarista de la Ordenanza Procesal Penal alemana, Hans-Joachim Rudolphi, sostenía, con relación a ese ámbito, que “desde siempre, el principio según el cual las injerencias estatales en la libertad y en la propiedad del ciudadano requieren de una autorización legal, conforma un componente constitutivo de nuestro orden constitucional democrático y propio de un Estado de derecho”.⁶ Ello no sorprende, pues un proceso penal es fuente de las más graves injerencias estatales en derechos fundamentales de los individuos. Y si toda injerencia estatal en derechos fundamentales debe

estar autorizada previamente por ley previa y taxativa para ser válida, ello debería regir también, en principio, para aquellas medidas procesales que impliquen tal clase de injerencia. Ello es obvio respecto a medidas muy gravosas para tales derechos, como por ejemplo la prisión preventiva. También es relativamente obvio respecto de medidas probatorias especialmente invasivas de derechos fundamentales, como registros domiciliarios o escuchas telefónicas. Todas ellas cuentan, de hecho, con reservas de ley específicas en nuestros derechos positivos. Pero cabe preguntarse si la actividad probatoria *en general* no puede ser vista como potencialmente lesiva de un derecho fundamental del imputado también general. En este punto es donde adquiere gravitación el mencionado derecho fundamental a la autodeterminación informacional.

III. El derecho constitucional a la autodeterminación informacional

1. Rango constitucional y principales características

Un ejemplo importante de la interpretación amplia que ha dado el Tribunal Constitucional Federal alemán (en adelante TCF) al derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad contenido en el art. 2.I de la Constitución de ese país está dado por la “espectacular ampliación de la esfera de libertad individual a través de la configuración de un derecho –constitucionalmente intenso– a la autodeterminación informacional”,⁷ que tuvo lugar merced a su conocida sentencia del 15 de diciembre de 1983 (conocida como “sentencia del censo”: *Volkszählungsurteil*).⁸ En ella sostuvo que “el libre desenvolvimiento de la personalidad supone, ante las modernas condiciones del procesamiento de datos, la protección del particular en contra de un ilimitado almacenamiento, obtención, aplicación o transmisión de sus datos personales. De allí que esa protección queda abarcada por el derecho fundamental del art. 2.I de la Constitución, en conexión con el art. 1.I [que consagra el derecho a la dignidad de la persona, GPB]. En tal sentido, ese *derecho fundamental* garantiza al ciudadano la facultad de disponer en principio por sí mismo acerca de la revelación y uso de sus datos personales”.⁹

A continuación, aclara el tribunal no obstante que este derecho no es absoluto, dado que, en definitiva, el ciudadano desarrolla su personalidad en la sociedad. En consecuencia, aquel “debe tolerar restricciones a su derecho a la autodeterminación informacional en tanto exista un interés general prevaleciente”.¹⁰ De todas formas, el Tribunal Constitucional sostiene con énfasis que “tales limitaciones requieren –según el art. 2.I de la Constitución...– una autorización *fundada en ley* (constitucionalmente adecuada), de la cual surjan con claridad –de modo que

sean reconocibles para el ciudadano— las condiciones y el alcance de las restricciones, y que sea así respetuosa del mandato de claridad (taxatividad o determinación) que para la redacción de las normas exige un Estado de derecho. Para su regulación el legislador debe, además, respetar el principio de proporcionalidad”.¹¹ Y agrega todavía más: precisamente en virtud de los riesgos que pueden generarse para las personas a partir del uso del procesamiento automático de datos que facilitan las nuevas tecnologías, “el legislador debe, *ahora más que antes*, tomar también precauciones organizativas y procedimentales que contrarresten el peligro de lesión al derecho a la personalidad”.¹²

Para el TCF este derecho a la autodeterminación informacional tiene su base, entonces, en el derecho fundamental al libre desenvolvimiento de la personalidad —tal como expresamente lo nomina el art. 2.I de la Constitución alemana—, en conjunción con el derecho a la dignidad humana, expresamente previsto en el art. 1.I de la misma Constitución. La doctrina sostiene con relación a esto que, en rigor, del derecho expreso al libre desenvolvimiento de la personalidad deriva el TCF el (no expresamente nominado) “derecho general a la personalidad”,¹³ y considera que el derecho a la autodeterminación informacional, igualmente “innominado” (en el sentido de que no está expresamente mencionado como tal en la Constitución),¹⁴ es un derivado o una manifestación específica de ese derecho general a la personalidad.¹⁵ Existe, en efecto, consenso entre los autores en cuanto a que el derecho a la autodeterminación informacional es una manifestación específica del derecho general a la personalidad.¹⁶ Pero, fuera de esa anuencia respecto a cuál sería su anclaje en el derecho positivo, en lo demás lo que prima es el disenso. En particular, no existe acuerdo acerca de si este derecho a la autodeterminación informacional es o no un derecho *fundamental*,¹⁷ ni tampoco respecto a su alcance.¹⁸

En verdad, respecto a ambas cuestiones el TCF ha dado señales que, a mi juicio, son bastante claras. Lo que sucede, simplemente, es que parte de la doctrina no considera que esas tomas de posición del tribunal sean correctas.

En cuanto a la primera supuesta duda, se ha afirmado que el Tribunal Constitucional, en su sentencia del censo, no se habría pronunciado con toda claridad respecto al carácter de “fundamental” de este derecho. Rogall, por ejemplo, advierte que en la publicación del fallo efectuada en la revista “NJW” (1984, p. 425) aparece la formulación de este derecho como *fundamental*, pero que ello no sucede en la publicación oficial del TCF. Ello, sin embargo, no dice demasiado en contra del carácter de fundamental que el propio Tribunal Constitucional concede al derecho en cuestión ya incluso en esa sentencia.

Es verdad que en la publicación de “NJW”, en el punto IV.2 del fallo, aparece la expresión “...dem Schutz des *Grundrechts* auf informationelle Selbstbestimmung...” (p. 425, cursiva agregada), y que en la publicación oficial en esa misma oración el sustantivo “*Recht*” aparece sin el adjetivo “*Grund*” (“fundamental” o “constitucional”, según el contexto).¹⁹ Pero no menos cierto es que, en la publicación oficial, en el punto II.1.a) de la sentencia el tribunal afirma que la protección que brinda el derecho a la autodeterminación informacional queda abarcada por el derecho *fundamental* del art. 2.I de la Constitución.²⁰ Es decir, al menos a nivel federal, se trataría de una aplicación específica, o de una manifestación específica, del derecho general a la personalidad establecido en esa norma *constitucional*.²¹

Ello sería suficiente para que no queden dudas acerca de que una afectación estatal a la autodeterminación informacional importa una injerencia en un derecho fundamental, que es en definitiva lo que el TCF ha querido destacar en este fallo. Pero, por otra parte, debe tenerse presente que, a nivel provincial, en varias constituciones de los *Länder* (provincias o estados) alemanes este derecho a la autodeterminación informacional sí ha sido incluido, expresamente y con esa denominación, al catálogo de los derechos fundamentales previstos por ellas.²² Puede afirmarse por tanto que, en Alemania, la tendencia legislativa, tras el dictado de este fallo del TCF, ha sido y es hasta hoy considerar a la autodeterminación informacional no sólo como una manifestación específica del derecho general a la personalidad (sobre cuyo carácter de fundamental no se duda), sino incluso como un derecho fundamental específico.

Como sea, lo cierto es que, en la actualidad, la discusión se ha tornado obsoleta, en especial con relación a la supuesta falta de claridad del TCF a la hora de pronunciarse acerca de la consideración como “fundamental” de este derecho. Su jurisprudencia, en ese sentido, con el paso de los años ha ido acentuando la autonomía del derecho a la autodeterminación informacional²³ (más allá de que, en cuanto al derecho positivo, continúa fundándolo en el art. 2.I en conjunción con el art. 1.I de la Constitución alemana, esto es, en el derecho general a la personalidad y en el derecho a la dignidad), y ya sin ningún tapujo lo considera expresamente un derecho *fundamental*.

Así, por ejemplo, en sus sentencias más recientes puede leerse que “la constatación, almacenado y (ulterior) empleo de muestras de identificación provenientes de ADN importan una injerencia en el derecho *fundamental* a la autodeterminación informacional, garantizado por el art. 2, 1º párrafo, en conjunción con el art. 1, 1º párrafo, de la Constitución”.²⁴ Lo mismo sostiene en una sentencia del año 2008, en la que no sólo identifica en tres ocasiones y expresamente a la autodetermina-

ción informacional como un derecho “fundamental”;²⁵ además de ello, y como se acaba de señalar, acentúa el perfil propio de este derecho, diferenciándolo de otros igualmente constitucionales. Así, sostiene que el derecho a la autodeterminación informacional “acompaña y amplía la protección constitucional de la libertad de acción y de la privacidad, en tanto permite que dicha protección comience ya en el nivel de la puesta en peligro de la personalidad”.²⁶

Esta última toma de posición se relaciona, obviamente, con el tema del *alcance* de este derecho, que se analizará enseguida. Pero antes de ello resulta necesario dejar en claro si un derecho fundamental a la autodeterminación informacional tiene base positiva también en la Constitución Nacional argentina (en adelante CN) o, más exactamente, en su “bloque constitucional”, constituido tanto por la CN en sí como por los tratados internacionales de derechos humanos que, conforme a aquella, tienen jerarquía constitucional (CN, art. 75 inc. 22). Entiendo que sí.

Tanto en Alemania como en Argentina hay derechos fundamentales que, o bien han sido establecidos por sus Constituciones en forma explícita, o bien no tienen consagración positiva explícita, pero se consideran implícitamente contemplados en esos ordenamientos. En Argentina, esa posibilidad es expresamente reconocida por el art. 33 de la CN.²⁷ Un ejemplo de un derecho fundamental de esta clase, antes de la incorporación de la CADH (que lo consagra expresamente en el art. 1.1 y en el 11.1) a la CN, era nada menos que el derecho a la dignidad de la persona. Recuérdese que en Alemania una de las normas de las que se deriva la consagración constitucional del derecho a la autodeterminación informacional es la prescripta en el art. 1.1, que consagra precisamente el derecho fundamental a la dignidad de la persona. Pues bien, si en Argentina existe también esa norma y además otra que consagra no un vago y amplio derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad (como el art. 2.1 de la Constitución alemana) sino un específico derecho constitucional a la protección de datos personales, como lo es el consagrado a partir del art. 43, 3º párrafo de la CN (*habeas data*), entonces no puede haber dudas respecto del anclaje constitucional que la protección a la autodeterminación informacional tiene en nuestro derecho positivo vigente.

2. Alcance

a) ¿Amplio o restringido?

Respecto a la cuestión relacionada con el alcance del derecho a la autodeterminación informacional, se ha sostenido que, dado que el TCF no habría fijado al respecto pautas claras en su sentencia de 1983,

ha debido la doctrina llenar ese vacío, y que en tal sentido pueden constatarse diversas posturas.²⁸ Esto, sin embargo, no tiene nada de particular. Un fallo se dicta en virtud de *un* caso, aun cuando se trate de fallos que, como los del TCF alemán, pueden tener efectos no únicamente para ese caso. Por tanto, que un fallo no solucione todos los problemas involucrados en él (ni siquiera todos los involucrados *prima facie*) no es lo excepcional sino, por el contrario, lo habitual.

Como sea, lo cierto es que, desde que se dictó este fallo del TCF alemán, han pasado ya más de treinta años, y más de veinte desde que fuera consignada aquella opinión crítica. Actualmente, tanto el propio TCF como la doctrina han ido precisando el alcance que se dejaba perfilar en el *leading case* de 1983, de modo que puede decirse que hay ya bases suficientes como para, por lo menos, dejar en claro cuál es la tendencia firme que se puede apreciar en la jurisprudencia del más importante tribunal de Alemania sobre este tema.

Así, cabe recordar que el TCF, en la propia sentencia del censo, sostuvo ya que, en virtud de los avances tecnológicos operados en esos años (década de 1980) en el ámbito del tratamiento automático e informatizado de datos personales, no quedan ya “datos inocuos” (o “datos irrelevantes”: *belanglose Daten*).²⁹ Con ello insinuaba, por un lado, que el derecho a la autodeterminación informacional no protegía sólo la esfera estrictamente íntima de las personas, como lo había sugerido con su “teoría de las esferas” (*Sphärentheorie*) en relación con el derecho a la personalidad, a partir, fundamentalmente, de su denominada “sentencia del microcenso”, del año 1969.³⁰ Por otro lado, con aquella expresión sugería el tribunal que el ahora denominado derecho a la autodeterminación informacional merecía protección *en cualquier ámbito* en el que se operara con esa clase de datos (como por ejemplo, cabe adelantar aquí, en el proceso penal), y no únicamente en los casos abarcados por la ley federal de protección de datos. Y esta sería precisamente la tesis que el mismo tribunal dejaría sentada con toda claridad pocos años después, al afirmar, en 1988, que “el derecho a la autodeterminación informacional... en virtud de su fundamento en el derecho a la personalidad, brinda protección *en general*, tanto frente a la obtención como frente al procesamiento de datos personales, y no está limitado al ámbito de aplicación propio de las leyes de protección de datos federales o estatales...”.³¹

Es precisamente este último fallo uno de los más citados, incluso hasta en la actualidad, tanto por la doctrina constitucional como por la procesal-penal en Alemania para fundamentar su conclusión de que este derecho a la autodeterminación informacional tiene vigencia no sólo en aquellas situaciones que quedan directamente amparadas por leyes de protección de datos (es decir, aquellas circunstancias que, en

Argentina por ejemplo, podrían justificar un amparo por *habeas data*, sino también en todos los ámbitos en los que se trabaje con información,³² sea ésta “sensible” o no,³³ incluido por cierto el proceso penal.³⁴ Por información “sensible” se entendería aquella que está conformada por datos que, por su carácter más bien íntimo, sólo son accesibles al sujeto involucrado por ellos. Pero el TCF ha dejado en claro en varias oportunidades que también datos accesibles en forma pública o para la generalidad pueden ser objeto de protección del derecho a la autodeterminación informacional.

Así por ejemplo, en una sentencia del año 2007, donde repite y especifica su estándar de que no hay ya “datos inocuos”, dijo lo siguiente: “El alcance de la protección del derecho a la autodeterminación informacional no se limita a informaciones que, por sus propias características, son sensibles y, ya por eso, están protegidas constitucionalmente. También la manipulación de datos personales que, considerados en sí mismos, sólo manifiestan un muy limitado contenido informacional, puede generar, según su finalidad y las posibilidades existentes de procesamiento e interconexión, consecuencias jurídico-constitucionalmente relevantes en la privacidad y en la libertad de acción del afectado. En tal medida, frente a las características propias del procesamiento electrónico de datos, no hay ya datos *per se* inocuos, es decir, con independencia del contexto de su aplicación”.³⁵

b) Vigencia del derecho a la autodeterminación informacional en el derecho procesal penal

Se ha abierto el camino, entonces, para comenzar a pensar al procedimiento penal como, ante todo, un proceso *informacional*, es decir, como un proceso caracterizado específicamente por la obtención, uso y puesta en circulación de información. En Alemania están de acuerdo con esto hasta autores con concepciones muy diferentes acerca del derecho procesal penal, como Rogall y Amelung,³⁶ con la diferencia de que este último da –correctamente a mi juicio– un paso más, y más específico, en el sentido de que considera al derecho *probatorio* del proceso penal como un derecho básicamente informacional. Para este autor, en efecto, el reconocimiento por parte del TCF de un derecho a la autodeterminación informacional da ocasión para construir una nueva dogmática del derecho probatorio en el proceso penal, en especial en relación con las prohibiciones de valoración probatorias.³⁷

Amelung propone, en tal sentido, que el concepto de “prueba” sea reemplazado por el (más abstracto) de “información”, y que, en el proceso penal, en lugar de obtención y de valoración de prueba se hable

de obtención y valoración *de información* y, por consiguiente, no ya de prohibiciones de obtención de prueba o de prohibiciones de valoración probatoria, sino, antes bien, de prohibiciones de obtención y de valoración *de información*.³⁸ En ese sentido, el imputado tiene un “derecho al control de la información” que a él le concierne (*Informationsbeherrschungsrecht*),³⁹ el cual debe ser protegido por el Estado, y por consiguiente un derecho a la supresión de los resultados procesales logrados a partir de la obtención de información relevante para él (*informationeller Folgenbeseitigungsanspruch*),⁴⁰ lograda en violación al mencionado derecho al control de la información que a él le concierne.

La relación directa entre el derecho a la autodeterminación informacional, tal como lo ha entendido el TCF, y el derecho del imputado en un proceso penal al control de la información que a él le concierne, tal como es entendido por Amelung, es puesta de relieve por este autor de modo enfático. Así, sostiene que la fórmula del TCF, según la cual todo ciudadano tiene “la facultad de disponer en principio por sí mismo acerca de la revelación y uso de sus datos personales”, constituye “el prototipo de un derecho al control de la información” del que goza todo imputado en un proceso penal.⁴¹ En consecuencia, afirma Amelung que toda injerencia del Estado —en el marco de un proceso penal— en este derecho del imputado a un control de la información que a él le concierne requiere, necesariamente, de la expresa autorización legal previa que exige la vigencia del principio de reserva de ley.⁴² Lo cierto es que, tras el dictado de la sentencia del censo por parte del TCF en 1983, el abordaje del derecho a la autodeterminación informacional, en especial en el ámbito del derecho probatorio, ha devenido estándar en la bibliografía procesal-penal alemana. Basta para constatar ello tomar en cuenta las múltiples monografías escritas sobre derecho probatorio que tienen a la autodeterminación informacional como objeto central de análisis.⁴³

Fuera de tales consideraciones referidas a la doctrina acerca del carácter ante todo informacional del proceso penal, lo cierto es que la propia praxis jurisprudencial alemana, tras la sentencia del censo del TCF, ha extendido cada vez con más frecuencia el alcance de la protección que surge del derecho a la autodeterminación informacional a ámbitos propios del derecho procesal penal. Ello ha sucedido, por ejemplo, en relación con las constataciones de identidad en casos de controles policiales preventivos o ya propiamente investigativos pero exploratorios, o con el análisis de documentación secuestrada, o con tareas de observación y/o de videovigilancia, así como respecto de los casos de introducción de agentes encubiertos, investigaciones a partir de muestras de ADN o de peritajes grafológicos o psicológicos, etc.⁴⁴

En relación con estas medidas probatorias, tanto doctrina como jurisprudencia sostienen que, dado que la actividad investigativa de las

autoridades procesales realizada a partir de ellas importa una injerencia del Estado en el derecho a la autodeterminación informacional, resulta necesaria una autorización legal previa y taxativa (esto es, reserva de ley en su forma específica de reserva de Parlamento).⁴⁵ Así, en línea con lo sostenido al respecto por el TCF en su sentencia del censo, se afirma en doctrina –y con razón– que el derecho a la autodeterminación informacional, ciertamente, no es absoluto, y que por tanto puede estar sujeto a restricciones (*Schranken*).⁴⁶ Pero también se deja muy en claro que esas restricciones están sujetas a su vez a las limitaciones (*Schranken-Schranken*) que surgen, precisamente, del principio general de reserva de ley.⁴⁷ Es precisamente este principio el que invoca el TCF cuando afirma que las restricciones en cuestión requieren de autorización fundada en una ley constitucionalmente adecuada, esto es, respetuosa del mandato de claridad y del principio de proporcionalidad.⁴⁸

El reconocimiento de un derecho genérico –constitucional– a la autodeterminación informacional genera, en el plano dogmático, un efecto de economía argumentativa. Porque si ese derecho general se reconoce, ya no es necesario, para exigir ley previa y taxativa que autorice la restricción, demostrar que una medida probatoria afecta a un derecho fundamental específico, como por ejemplo la privacidad, la inviolabilidad del domicilio, la integridad física, etc., lo cual puede resultar dificultoso en algunos casos difíciles o de penumbra: ¿afecta o no a la integridad física un pinchazo para extraer sangre?⁴⁹ ¿Afecta o no a la privacidad una videograbación subrepticia de manifestaciones efectuadas a viva voz por quien luego resulta imputado en una causa penal?⁵⁰ ¿Afecta o no al *nemo tenetur* el que un imputado sea obligado a soplar en una pipeta para efectuarle un control de alcoholemia?⁵¹ Si existe un derecho general a la autodeterminación informacional, y él resulta afectado en la medida en que se trata de una medida procesal –o extraprocesal que pretende ser empleada en un proceso– que implica obtener información, ya ha tenido lugar una afectación constitucional, sin que interese si ella importa además una afectación a otros derechos fundamentales. De ello no se sigue, sin embargo, que toda medida procesal que deriva en la obtención de información implique necesariamente una afectación al derecho a la autodeterminación informacional, como luego se verá.

3. Importancia

A mi juicio, el derecho a la autodeterminación informacional, en los términos en que su vigencia ha sido entendida por el TCF alemán, constituye un progreso indudable a favor de una mayor protección de los derechos individuales frente a posibles injerencias estatales, que cier-

tamente cabe elogiar. No me convencen, pues, las críticas que son erigidas contra él por un sector de la doctrina alemana cada vez más minoritario.⁵² En tal sentido, resulta particularmente llamativa la posición de Rogall, que vale la pena consignar aquí por la indudable importancia de su opinión, atento se trata de uno de los más encumbrados especialistas alemanes en derecho probatorio (en el ámbito del derecho procesal penal).

Rogall, en efecto, objeta al TCF que, pese a haber derivado el derecho a la autodeterminación informacional del derecho general a la personalidad, dé más amplitud al alcance del derecho derivado que al del derecho fuente, y pretende por tanto que el derecho a la autodeterminación informacional tenga la misma extensión que *el TCF* le había dado en función de su “teoría de las esferas”, a saber: sólo protección absoluta para la esfera íntima de la personalidad, y protección relativa para las demás (esto es, para la esfera privada, la individual y la pública). A estas últimas se les brindará protección sólo en la medida en que, de acuerdo con una ponderación específica para el caso, resulte que debe primar alguna de estas esferas por sobre los intereses estatales.⁵³

Con ello, Rogall pasa por alto algo elemental: que es el propio TCF el que advierte que su concepción anterior sobre el derecho a la personalidad no resultaba suficiente para cubrir los casos de información sobre datos personales, y que precisamente por eso decide *ampliar* el alcance del derecho a la personalidad a través del desarrollo de su idea de la autodeterminación informacional. Y ello, cabe repetirlo, es habitual en la jurisprudencia constitucional: el fenómeno de la “infrainclusión” afecta necesariamente —por la vaguedad propia del lenguaje natural— tanto al legislador como a los jueces. Por eso el legislador dicta una nueva norma cuando advierte que un fenómeno actual no puede ser abarcado por la normativa vigente, y por eso los tribunales desarrollan evolutivamente su jurisprudencia, incluyendo más casos en las mismas normas que antes habían interpretado de manera diferente, en la medida en que el tenor literal de aquellas —y determinados principios limitadores como, en especial, la prohibición de analogía *in malam partem*— lo permita.

Pasados hoy ya tantos años desde el dictado de la sentencia del censo por parte del TCF alemán, y siendo ya un hecho que el avance tecnológico, al menos en países como Alemania, Brasil y Argentina (aun con todas sus diferencias) no ha generado ciertamente sociedades “orwellianas”,⁵⁴ pero sí considerables posibilidades de afectación de libertades individuales no previstas al momento de la sanción de sus respectivas constituciones, es a mi modo de ver indudable que resultaba necesaria una protección constitucional específica para casos de obtención de información por parte del Estado. Y ese es precisamente el co-

metido propio de este derecho, no atribuible sin más a otros derechos fundamentales con más tradición.⁵⁵

A mi juicio, por tanto, es evidente la importancia de que se tenga en claro que, en una sociedad democrática y también tecnológica, resulta necesaria una regulación adecuada del uso de la tecnología cuando ella afecte o pueda afectar al individuo. No se trata, ciertamente, de pensar el problema a partir de una postura de aversión al avance tecnológico, o de pretender una suerte de libertad sin riesgos.⁵⁶ Pero tampoco es correcto no advertir el peligro —y la especial clase de peligro— en el que puede ser puesta la libertad individual con el uso de las modernas tecnologías, que es, me parece, la postura que, en la práctica, caracteriza a la praxis penal dominante en Argentina, que hasta ahora ni siquiera ha considerado la posibilidad de aprehender al derecho probatorio en clave informacional, y por tanto, tampoco, de identificar a nivel constitucional una garantía que proteja al individuo *en ese sentido específico*.

Por otra parte, que el reconocimiento de un derecho a la autodeterminación informacional no impida que sea necesario también limitarlo en determinadas ocasiones para tornar posibles determinadas funciones estatales o incluso privadas, no convierte a este derecho en una mera “ilusión”, como hoy erróneamente sostiene Bull.⁵⁷ Al contrario: el solo reconocimiento de esa autodeterminación relativa a la información como un derecho constitucional permite poner en primera línea de atención la necesidad de que tales limitaciones sólo sean constitucionalmente legítimas si están previstas en una ley formal y taxativa, previa a la injerencia estatal de que se trate, y ello solo constituye un avance importantísimo en una sociedad en la que sus autoridades estatales, sin esa limitación, dispondrían de un inabarcable conjunto de medios tecnológicos para obtener informaciones relativas al ámbito privado de las personas.

Es precisamente esa firmeza en la convicción de que existe una autodeterminación en principio inviolable en materia informacional, y no la mera casualidad o la suerte, lo que ha determinado que sociedades como la alemana, aun incluso después del 11 de septiembre de 2001, no se hayan transformado hoy en “orwellianas”, es decir, en sociedades en las que el Estado, en aras de supuestas necesidades de seguridad, todo pueda averiguarlo, sin ningún límite,⁵⁸ tal como sí ha ocurrido en los Estados Unidos, en donde no se reconoce un derecho constitucional específico a la autodeterminación informacional, y en consecuencia las autoridades estatales no tienen ante sí obstáculos constitucionales que seriamente las inhiba de llevar a cabo prácticas de espionaje masivo, incluso a escala global, como hoy es de público conocimiento. Esto es precisamente lo que pasan por alto autores como Rogall o Bull, quienes,

para argumentar en contra de la necesidad o hasta de la conveniencia de un derecho a la autodeterminación informacional, parten del hecho de que en Alemania no existe esa clase de sociedad monstruosa,⁵⁹ sin advertir que, si ello es así, es precisamente gracias a que un derecho como el que ellos critican es reconocido y hecho efectivo enérgicamente por la máxima autoridad constitucional de ese país.

Lo importante, fuera de todo ello, es tener presente que, en el actual estado de la cuestión en Alemania, el derecho probatorio del proceso penal, a partir de la consideración de la autodeterminación informacional como un derecho fundamental, pasa a ser tenido por la doctrina procesal penal de ese país como la base legal exigida por el principio de reserva de ley para tener por autorizadas a las injerencias estatales que necesariamente se producen con la obtención de material probatorio, pues la obtención de prueba importa o bien la afectación de derechos fundamentales específicos (como el derecho a la inviolabilidad del domicilio o de la comunicación epistolar, entre otros), o bien la afectación del derecho general a la personalidad, con derivados –igualmente generales– como el derecho a la autodeterminación informacional,⁶⁰ en tanto ella importa, en definitiva, la obtención de información que se relaciona con la persona del imputado.

Ello ha derivado, de hecho, en la sanción de profusa normativa en el Código Procesal Penal alemán (en adelante StPO), que con todo detalle autoriza y regula –en forma taxativa– medidas probatorias basadas en nuevas tecnologías y por tanto no abarcadas por las normas tradicionales sobre la prueba, incrementando el nivel de detalle en la regulación según cuán invasivas sean dichas medidas en los derechos fundamentales involucrados.⁶¹ En ese país sería impensable que medidas procesales de esa naturaleza pudieran ser llevadas a cabo invocándose una mera cláusula general como la de la “libertad probatoria”. Que un avance similar se diera en Argentina sería, por tanto, sumamente deseable, a más de acorde con el marco normativo vigente en nuestro país y con la línea jurisprudencial de una Corte Suprema que, en los últimos años, ha jugado un rol sin dudas muy significativo en la ampliación de derechos ciudadanos.

4. Límites

No todas las medidas probatorias tienen igual intensidad de afectación del derecho fundamental de que se trate. Ello vale tanto respecto de derechos más tradicionales entre nosotros (como la privacidad o la inviolabilidad del domicilio) como de esta más reciente ampliación al ámbito informacional. Algunas medidas probatorias son incluso tan

nimias en ese nivel de afectación que tanto la doctrina como la jurisprudencia alemana no duda en considerarlas como meras “bagatelas”. En esa línea, se entiende que si la injerencia estatal en un derecho fundamental puede ser calificado como bagatela, será jurídico-constitucionalmente irrelevante (“atípica” en términos de dogmática de los derechos fundamentales), sin más. Ello quiere decir que la actividad del Estado no ha afectado en verdad al derecho fundamental involucrado y que por tanto no hay siquiera injerencia estatal jurídicamente relevante.

Los paralelos con la dogmática penal son sin dudas interesantes: también en la teoría del delito existe, como es sabido, la categoría de la “tipicidad” y también allí –al menos para muchos autores y alguna jurisprudencia– una conducta formalmente encuadrable en un tipo penal pero bagatelaria debe ser considerada atípica, es decir: jurídico-penalmente irrelevante. La diferencia, claro está, es que esa atipicidad, en derecho penal, tiene un efecto favorable al individuo, porque implica la imposibilidad de perseguirlo penalmente. En la dogmática de los derechos fundamentales, en cambio, tal atipicidad tiene un efecto *contraindividual*, porque implica la imposibilidad de que el particular supuestamente afectado reclame al Estado por haber intervenido en su contra. De todas formas, enseguida quedará claro, según creo, que los efectos a largo plazo de considerar injerencias estatales típicas también a las bagatelas terminan siendo contraliberales.

Por otra parte, no puede dejar de reconocerse que no siempre será sencillo saber si se está, o no, ante una bagatela. Esos casos, en un Estado de derecho liberal, deberían resolverse con un “*in dubio pro individuo*”. Pero lo cierto es que, como es sabido, todo concepto, en lo que se refiere a su extensión o denotación, tiene ciertamente un campo de penumbra, pero también otro que es claro, y en base al cual la penumbra resulta reconocible. Habrá por tanto muchos casos en los que no cabrá ninguna duda de que se está frente a una bagatela.

La doctrina alemana dominante afirma que el baremo de la bagatela debe ser empleado únicamente en los casos de medidas estatales que, por su falta de finalidad, inmediatez, imperatividad, etc., no pueden ser calificadas como injerencias estatales en sentido clásico.⁶² A mi juicio, en cambio, esa exigencia de un nivel mínimo de intensidad en la afectación del derecho fundamental debe predicarse para *todos* los casos de actuaciones estatales, es decir, tanto para los supuestos de repercusiones indirectas de tales actuaciones como para los de injerencias estatales clásicas. Para decirlo con las palabras de uno de los constitucionalistas alemanes más prestigiosos: “Dado que la restricción de un derecho fundamental jurídico-constitucionalmente relevante comienza sólo a partir de una cierta –aunque no muy alta– intensidad gravosa, una afectación constitucional que quepa considerar una bagatela

no realiza, en principio, el tipo del derecho fundamental de que se trate”.

La razón principal que justifica esta toma de postura reside en que, si no se exige como necesario un nivel de afectación mínima del derecho fundamental, se puede terminar –si se razona consecuentemente hasta el final– en una exigencia de reserva de ley prácticamente *total*. Y peor aún: dado que estamos ante supuestos en los que la injerencia estatal se produce en relación con derechos fundamentales de las personas, se trataría de una reserva total *de Parlamento*, lo cual implica exigir para cada actuación estatal vinculada a un derecho fundamental, por nimia que sea, no sólo una autorización legal previa, sino una autorización previa emanada formalmente del Parlamento como ley, y que en términos de contenido no sea una mera cláusula general sino una autorización expresa y taxativa.

Ello, sin embargo, no sólo es irrealizable en términos prácticos, sino también inconveniente para un Estado de derecho, porque no sólo derivaría en una inflación legislativa insoportable, sino que –en parte por la inflación en sí, pero también y especialmente por el contenido que adquirirían esas leyes tan puntillosas– tornaría además confusa y hasta banal a la legislación, e incluso peligrosa y contraproducente como protectora de derechos. En verdad, y como ya se dijo, una reserva de Parlamento total es de por sí una fantasía. Pero aun si ella fuera factible produciría –en el poco probable caso de que el resultado legislativo fuera claro– el efecto, quizás no buscado, de una *excesiva permisión* a la afectación de derechos fundamentales por parte del Estado.

En ese sentido, la doctrina alemana insiste en que, por lo general, no juega a favor de las libertades individuales el hecho de ampliar demasiado el ámbito de protección de un derecho fundamental, pues ello trae como consecuencia automática una ampliación igual de desmesurada de las autorizaciones al Estado a restringir ese derecho. Esa advertencia es, a mi juicio, acertada. Y la razón es muy simple: una reserva de ley no significa una prohibición al Estado de restringir un derecho fundamental, sino una permisión a aquel a llevar a cabo tal restricción en tanto, previamente, sancione la ley respectiva. Frente a ello, resulta un tanto ingenuo –y contrario a la experiencia legislativa constante no sólo en Alemania y en Argentina– creer que el Estado, si quiere restringir un derecho fundamental y puede hacerlo en tanto dicte una ley, no proceda a dictarla. Como lo sostuvo otro prestigioso constitucionalista alemán: “La exigencia de una ley formal dictada por el Parlamento como condición para la restricción de libertades constitucionales no condujo a una reducción de injerencias estatales en esas libertades, sino, antes bien, a una expansión de las leyes dictadas por el Parlamento”. Es claro, entonces, que la existencia de múltiples leyes (como resultado de lo que pudiera considerarse algo aunque sea cercano a una reserva de Parla-

mento total) que autorizan la injerencia estatal en derechos fundamentales, no es signo de una vigencia amplia de esos derechos, sino, antes bien, de cuán ampliamente ellos –por ley– están restringidos.

Por supuesto que, desde un punto de vista de defensa de los derechos fundamentales, es positivo que se exija ley previa formal y taxativa si se quiere autorizar la afectación de aquellos, porque de esa manera se antepone un freno a la inevitable inercia contraindividual que es propia de la actividad estatal. *Pero siempre y cuando tal exigencia derive en una cantidad de leyes que pueda ser calificada de escasa.* Pues, de lo contrario, todo lo que se obtiene es un Estado “hiperautorizado” legalmente a accionar contra el individuo, e incluso también a riesgo de pérdida de seguridad jurídica. Esto es precisamente lo que pasa por alto la doctrina que, en contra de la posición dominante, requiere reserva de ley para prácticamente todo. No en vano se ha advertido que una de las causas de la hiperlegislación o del “exceso de ley” es la sucesiva ampliación del alcance del principio general de reserva de ley, cuando ella es injustificada.

Las consecuencias propias del exceso de ley, en los términos recién descriptos, no pueden ser bienvenidas en un Estado de derecho liberal, y por ello es que aquí se sostiene la tesis conforme a la cual las intervenciones estatales en derechos fundamentales que sean claramente bagatelas –también cuando se trata de medidas probatorias propias del derecho procesal penal– no deben estar sometidas a la exigencia de ley previa, formal y taxativa (reserva de Parlamento). Sostener lo contrario importa no sólo una quimera en términos prácticos, sino una ingenuidad en términos ideológicos. Dado que el hecho de constituir una bagatela impide considerar jurídico-constitucionalmente relevante (típico) al accionar estatal, en tales supuestos dicho accionar queda liberado no sólo de la exigencia de ley previa, sino también de todos los demás mandatos derivados de la reserva de Parlamento (sea ésta la general o una especial).

Como autorización previa para afectaciones mínimas o bagatelarias pueden bastar cláusulas generales, tales como las que, en Argentina, se conocen como cláusulas de “libertad probatoria”, o las que autorizan al ministerio público o la policía judicial a investigar todo lo conducente al descubrimiento de la verdad.⁶³ Esto implica, claramente, un reconocimiento a la legitimidad de tales cláusulas cuando se trata de medidas probatorias que sólo de un modo nimio, insignificante, se vinculan con derechos fundamentales más generales, como el de la autodeterminación informacional, o más específicos, como el de la privacidad o el de la integridad física, entre otros. Pero a la vez importa una clara toma de posición contraria a la suficiencia de tales cláusulas generales como base legal para autorizar injerencias estatales significa-

tivas en cualquiera de esos derechos fundamentales.

IV. Conclusión

Se ha dejado en claro que tanto en Alemania como en Argentina rige un principio general de reserva de ley, además de reservas de ley específicas. Asimismo, se ha tomado posición a favor de la posición del TCF alemán, en tanto acepta la vigencia, en ese país, de un derecho fundamental a la autodeterminación informacional, y se ha dejado sentado que, de conformidad con el derecho positivo vigente en Argentina, también en este país debería reconocerse vigencia a ese derecho y con alcance amplio, esto es, válido también en el proceso penal, al que bien puede verse, ante todo, como un procedimiento a través del cual se busca obtener y analizar información relativa al imputado. Se comparte asimismo la opinión de que, dado que se trata de un derecho fundamental, para que su restricción o afectación sea válida es necesaria una ley previa y formal que taxativamente autorice las medidas procesales –entre ellas las probatorias– cuya finalidad es obtener esa información, por lo que, en tanto se trate de afectaciones significativas, no bastarán meras cláusulas generales como la de la “libertad probatoria” como base legal para la autorización de tales medidas. Dichas cláusulas generales, se opina finalmente, sólo serán suficientes como base legal previa si se trata de afectaciones a derechos fundamentales –entre ellos el de la autodeterminación informacional– que quepa considerar meras bagatelas.

Bibliografía citada

- ALBERS, Marion, *Informationelle Selbstbestimmung*, Nomos, Baden-Baden, 2005.
- AMELUNG, Knut, *Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess*, Duncker & Humblot, Berlin, 1990.
- BULL, Hans Peter, *Informationelle Selbstbestimmung – Vision oder Illusion?*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009.
- CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo, *Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und seine Geltung im Strafverfahren, am Beispiel der neuen Ermittlungsmethoden in der Strafprozessordnung*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1999.
- DI FABIO, Udo, *Art. 2, 1º párrafo*, en MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (comps.), *Grundgesetz. Kommentar*, C. H. Beck, München, 2011.
- ECKHOFF, Rolf, *Der Grundrechtseingriff*, Carl Heymann, Köln y otras, 1992.

ERNST, Marcus, *Verarbeitung und Zweckbindung von Informationen im Strafprozess*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993.

GRZESZICK, Bernd, *Art. 20, punto VI: Die Verfassungsgrundsätze des Art. 20 Abs. 3 GG*, en MAUNZ, Theodor, DÜRIG, Günter (comps.), *Grundgesetz. Kommentar* (GG-MAUNZ/DÜRIG), C. H. Beck, München, 2007.

– *Art. 20, punto VII: Art. 20 und die allgemeine Rechtsstaatlichkeit*, en MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (comps.), *Grundgesetz. Kommentar*, C. H. Beck, München, 2006.

HOLOUBEK, Michael, *Der Grundrechtseingriff – Überlegungen zu einer grundrechtsdogmatischen Figur im Wandel*, en MERTEN, Detlef, PAPIER, Hans-Jürgen (comps.), *Grundfragen der Grundrechtsdogmatik*, C. F. Müller, Heidelberg, 2007, pp. 17 y ss.

HUSTER, Stefan, RUX, Johannes, *Art. 20*, en EPPING, Volker, HILLGRUBER, Christian (comps.), *Grundgesetz. Kommentar* (GG-EPPING/HILLGRUBER), C.H. Beck, München, 2009, pp. 549 y ss.

JARASS, Hans D., *Art. 20*, en JARASS, Hans D., PIEROTH, Bodo, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar* (GG-JARASS), 11ª edic., C.H. Beck, München, 2011, pp. 485 y ss.

– *Art. 2*, en JARASS, Hans D., PIEROTH, Bodo, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*, 11ª edic., C. H. Beck, München, 2011, pp. 59 y ss.

KLOEPFER, Michael, *Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel*, en “Juristen Zeitung” (JZ), J. C. B. Mohr, Tübingen, 1984, pp. 685 y ss.

– *Gesetzgebung im Rechtsstaat*, en “Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer” (VVDStRL), De Gruyter, Berlin/New York, n° 40, 1982, pp. 63 y ss.

– *Zum Grundrecht auf Umweltschutz*, De Gruyter, Berlin/New York, 1978.

KRAUSE, Peter, *Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung – BVerfGE 65, 1*, en “Juristische Schulung” (JuS), C. H. Beck, München/Frankfurt, 1984, pp. 268 y ss.

KREBS, Walter, *Zum aktuellen Stand der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes*, en “Jura”, De Gruyter, Berlin/New York, 1979, pp. 304 y ss.

KUNIG, Philip, *Art. 2*, en VON MÜNCH, Ingo, KUNIG, Philip (comps.), *Grundgesetz-Kommentar*, 5ª edic., C. H. Beck, München, 2000, pp. 123 y ss.

MANN, Thomas, *Art. 80*, en SACHS, Michael (comp.), *Grundgesetz. Kommentar* (GG-SACHS), 5ª edic., C.H. Beck, München, 2009, pp. 1597 y ss.

MANSSSEN, Gerrit, *Staatsrecht II. Grundrechte*, 8ª edic., C.H. Beck, München, 2011.

MAYER, Otto, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 2ª edic., Duncker & Humblot, München/Leipzig, 1914, t. I.

MERTEN, Detlef, *Verhältnismässigkeitsgrundsatz*, en MERTEN, Detlef, PAPIER, Hans-Jürgen, *Handbuch der Grundrechte* (HdGR), C.F. Müller, Heidelberg, t. III, 2009.

MURSWIEK, Dietrich, *Art. 2*, en SACHS, Michael (comp.), *Grundgesetz. Kommentar*; 6ª edic., C. H. Beck, München, 2011, pp. 111 y ss.

OSSENBÜHL, Fritz, *Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes*, en *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (HdSR), 3ª edic., vol. V: *Rechtsquellen, Organisation, Finanzen*, C. F. Müller, Heidelberg, 2007, § 101, pp. 183 y ss.

PAPIER, Hans-Jürgen, *Aktuelle grundrechtsdogmatische Entwicklungen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht. Schutzbereich – Eingriff – Gesetzesvorbehalt*, en MERTEN, Detlef, PAPIER, Hans-Jürgen (comps.), *Grundfragen der Grundrechtsdogmatik*, C. F. Müller, Heidelberg, 2007, pp. 81 y ss.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *Die dogmatik des grundrechtseingriffs aus strafrechtlicher sicht*, en *Festschrift für Imee Roxin*, C.F. Müller, Heidelberg, 2012, pp. 29 y ss.

– *El principio general de reserva de ley (o principio general de legalidad) en la doctrina alemana*, en RIVERA (H), Julio C., *Tratado de los derechos constitucionales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014, t. I, pp. 330 y ss.

– *Dogmática de los derechos fundamentales*, en RIVERA (H), Julio C., *Tratado de los derechos constitucionales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014, t. I, pp. 81 y ss.

PERSCHKE, Stefan, *Die Zulässigkeit nicht spezialgesetzlich geregelter Ermittlungsmethoden im Strafverfahren*, Carl Heymanns, Köln y otras, 1997.

PIEROTH, Bodo, SCHLINK, Bernhard, *Grundrechte. Staatsrecht II*, 27ª edic., C.F. Müller, Heidelberg y otras, 2011.

RIEPL, *Informationelle Selbstbestimmung im Strafverfahren*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998.

ROGALL, Klaus, *Informationseingriff und Gesetzesvorbehalt im Strafprozessrecht*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1992.

RUDOLPHI, Hans-Joachim, *Vorbemerkungen vor § 94*, en *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung* (SK-StPO), Luchterhand, München/Unterschleissheim, 1994, pp. 1 y ss.

SCHÄFER, Gerhard, *Vorbemerkungen § 94*, en LÖWE-ROSENBERG, *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Grosskommentar*, 25ª edic., De Gruyter, Berlin, 2004.

SCHMITZ, Monika, *Rechtliche Probleme des Einsatzes Verdeckter Ermittler*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1996.

SIMITIS, Spiros, *Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Volkszählung – 10 Jahre danach*, en „Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“ (KritV), Nomos, Baden-Baden, 1994, pp. 121 y ss.

WELSING, Ruth, *Das Recht auf Informationelle Selbstbestimmung im Rahmen der Terrorabwehr*, Dr. Kovač, Hamburg, 2009.

* Este artículo forma parte de una investigación más amplia que he podido realizar en la Universidad de Múnich, Alemania, merced a una beca posdoctoral de la Fundación Alexander von Humboldt.

¹ Cf. KLOEPFER, JZ 1984, p. 686; HUSTER/RUX, en GG-EPPING/HILLGRUBER (2009), Art. 20, nm. 159, p. 581; KREBS, Jura 1979, pp. 304 y s.; GRZESZICK, en GG-MAUNZ/DÜRIG (2007), Art. 20, punto VI, nm. 75, p. 35; OSSENBÜHL, HdSR³ V (2007), § 101, nm. 21, p. 193; SK-StPO-RUDOLPHI (1994), vor § 94, nm. 14, p. 9, con más referencias bibliográficas.

² Rogall, entre otros, aclara expresamente que emplea las expresiones “*Vorbehalt des Gesetzes*” y “*Gesetzesvorbehalt*” de modo equivalente: ROGALL, Informationseingriff (1992), p. 12.

³ GRZESZICK, en GG-MAUNZ/DÜRIG (2007), Art. 20, punto VI, nm. 75, p. 35.

⁴ Cf. al respecto ya MAYER, Verwaltungsrecht² (1914), p. 71; cf. también KREBS, Jura 1979, p. 306.; KLOEPFER, JZ 1984, p. 687; SK-StPO-RUDOLPHI (1994), comentario previo al § 94, nm. 16, p. 10.

⁵ Así, por todos, GRZESZICK, en GG-MAUNZ/DÜRIG (2007), Art. 20, punto VI, nm. 75, p. 35.

⁶ Cf. al respecto, por todos, OSSENBÜHL, en HdSR³ V (2007), § 101, nm. 14 y ss., pp. 189 y ss.

⁷ Dicha norma reza: “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), en la Opinión Consultiva 8/86 del 09/05/1986, ha sostenido que el término “leyes” de ese texto convencional debe ser entendido como *ley en sentido formal*. Textualmente dijo que la Corte considera “que la palabra ‘leyes’ en el artículo 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente ele-

gidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes”. De acuerdo con esto queda claro, pues, que, según la CIDH, el art. 30 de la CADH establece una *reserva de Parlamento*.

⁸ Llevo a cabo un abordaje detallado de toda esta problemática en PÉREZ BARBERÁ, Reserva de ley (2014), pp. 330 y ss.; cf. asimismo KREBS, Jura 1979, pp. 311 y s.

⁹ SK-StPO-RUDOLPHI (1994), comentario previo al § 94, nm. 14, p. 9.

¹⁰ KLOEPFER, JZ 1984, p. 688.

¹¹ La literatura que ha generado este fallo (y este derecho a la autodeterminación informacional) es muy profusa. Cf., entre muchos, KRAUSE, JuS 1984, pp. 268 y ss., donde critica cínicamente al periodismo por publicar que el tribunal había “creado” un “nuevo” derecho fundamental (p. 268); SIMITIS, KritV 1994, pp. 121 y ss.; WELSING, Recht (2009), pp. 38 y ss.; BULL, Informationelle (2009), pp. 29 y ss. Para el ámbito específico del derecho procesal penal cf., entre otros, AMELUNG, Informationsbeherrschungsrechte (1990), pp. 30 y ss.; ROGALL, Informationseingriff (1992), pp. 18, 41 y ss.; CHIRINO SÁNCHEZ, Recht (1999), pp. 66 y ss.

¹² BVerfGE 65, p. 43, cursiva agregada.

¹³ Ibid., p. 44.

¹⁴ Ibid., cursiva agregada; primer paréntesis en el original, segundo paréntesis agregado.

¹⁵ Ibid., cursiva agregada.

¹⁶ Cf. BVerfGE 54, pp. 148 y ss.

¹⁷ Sobre la distinción entre derechos fundamentales relativos a libertades “nominados” (*bennante*) y los derechos de igual índole “innominados” (*unbennante*) que pueden inferirse del art. 2.I de la Constitución alemana (como, entre otros, el derecho a la autodeterminación informacional) cf., por todos, MERTEN, HdGR III (2009), § 56, nm. 36, pp. 28 y s.

¹⁸ Así, entre otros, MANSSEN, Staatsrecht II⁸ (2011), nm. 43, p. 12; ROGALL, Informationseingriff (1992), p. 41.

¹⁹ Así, entre otros, AMELUNG, Informationsbeherrschungsrechte (1990), p. 35; también, aunque críticamente respecto de la fundamentación del tribunal, ROGALL, Informationseingriff (1992), p. 44. Lo mismo sostienen los autores en el ámbito del derecho constitucional: cf., entre otros, GG-JARASS¹¹ (2011), Art. 2, nm. 37, 42 y ss., pp. 74 y ss.; PIEROTH/SCHLINK, Grundrechte²⁷ (2011), nm. 399, p. 93; MANSSEN, Staatsrecht II⁸ (2011), nm. 43, p. 12.

²⁰ Especialmente enfático en cuanto a la supuestamente ambigua posición del tribunal en lo que atañe a esta cuestión es ROGALL, Informationseingriff (1992), pp. 42 y s.; también expresa sus dudas al respecto KRAUSE, JuS 1984, p. 271: “El Tribunal Constitucional teme hablar aquí de un derecho fundamental”; cf.

también RIEPL, *Selbstbestimmung* (1998), p. 8.

²¹ Cf., entre otros, KRAUSE, *JuS* 1984, p. 271: “El contenido y el alcance de este derecho no han sido determinados” por el Tribunal Constitucional.

²² Cf. BVerfGE 65 (1983), p. 58.

²³ Dicho artículo establece lo siguiente: “Cada uno tendrá derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, en tanto no vulnere los derechos de otro y no atente al orden constitucional o a la ley moral”

²⁴ Así, entre otros, DI FABIO, en GG-MAUNZ/DÜRIG (2011), Art. 2.I, nm. 173, p. 176; GG-MURSWIEK⁶ (2011), Art. 2, nm. 73, p. 129; KUNIG, en GG-v. MÜNCH/KUNIG I⁵ (2000), Art. 2, nm. 38, pp. 149 y s.

²⁵ Véanse, por ejemplo, las siguientes normas constitucionales de los *Länder*: art. 2 de la Constitución del Estado de Saarland; art. 33 de la Constitución del Estado de Sachsen; art. 33 de la Constitución del Estado de Berlin. Más ejemplos en DI FABIO, en GG-MAUNZ/DÜRIG (2011), Art. 2.I, nm. 173, p. 176, nota a pie n° 3.

²⁶ Así GG-JARASS¹¹ (2011), Art. 2, nm. 37, p. 74.

²⁷ BVerfGE 103 (2001), p. 32; paréntesis en el original.

²⁸ Cf. BVerfGE 120 (2008), pp. 360 y s.

²⁹ *Ibid.*, p. 360.

³⁰ “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

³¹ Así ROGALL, *Informationseingriff* (1992), pp. 49 y ss.

³² Cf. BVerfGE 65 (1983), p. 45.

³³ Cf. BVerfGE 27 (1969), pp. 1 y ss. Sobre todo esto cf. CHIRINO SÁNCHEZ, *Recht* (1999), pp. 81 y s.

³⁴ BVerfGE 78 (1988), p. 84, cursiva agregada.

³⁵ Cf., entre otros, DI FABIO, en GG-MAUNZ/DÜRIG (2011), Art. 2.I, nm. 176, pp. 177 y s.; GG-JARASS¹¹ (2011), Art. 2, nm. 42, p. 75; GG-MURSWIEK⁶ (2011), Art. 2, nm. 73, p. 129; KUNIG, en GG-v. MÜNCH/KUNIG I⁵ (2000), Art. 2, nm. 38, p. 149.

³⁶ A favor de la irrelevancia de la sensibilidad de la información se pronuncian, entre otros, GG-JARASS¹¹ (2011), Art. 2, nm. 43, p. 76; CHIRINO SÁNCHEZ, *Recht* (1999), pp. 193 y s., 212.

³⁷ Cf. AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte* (1990), p. 35; cf. también ROGALL, *Informationseingriff* (1992), p. 47, quien, sin perjuicio de aceptar que el derecho a la autodeterminación informacional tiene aplicación también en el derecho procesal penal, no obstante se pronuncia críticamente respecto a la –en su opinión– excesiva amplitud que este fallo concede al ámbito de aplicación

de ese derecho. A favor de la vigencia de este derecho en el proceso penal y crítico a su vez contra Rogall, acertadamente, CHIRINO SÁNCHEZ, *Recht* (1999), pp. 83 y s.

³⁸ BVerfGE 118 (2007), p. 185; igual en BVerfGE 120 (2008), pp. 398 y s.

³⁹ Sobre ROGALL cf., fundamentalmente, *Informationseingriff* (1992); sobre AMELUNG, cf. *Informationsbeherrschungsrechte* (1990).

⁴⁰ Cf. AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte* (1990), p. 10.

⁴¹ Cf. AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte* (1990), pp. 11 y ss.

⁴² Cf. AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte* (1990), pp. 30 y ss.

⁴³ Cf. AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte* (1990), pp. 38 y ss.

⁴⁴ Cf. AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte* (1990), p. 35.

⁴⁵ Cf. AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte* (1990), pp. 32 y s.

⁴⁶ Cf., además de las ya citadas monografías de Amelung, Rogall, Chirino Sánchez, Riepl y Welsing –y entre otras–, ERNST, *Verarbeitung* (1993), esp. pp. 43 y ss.; SCHMITZ, *Probleme* (1996), esp. pp. 17 y ss.; PERSCHKE, *Zulässigkeit* (1997).

⁴⁷ Cf. respecto a todos estos casos, con las pertinentes referencias jurisprudenciales, DI FABIO, en GG-MAUNZ/DÜRIG (2011), Art. 2.I, nm. 176, pp. 178 y s.; también GG-JARASS¹¹ (2011), Art. 2, nm. 43 y ss., pp. 76 y s.

⁴⁸ Cf., entre otros, DI FABIO, en GG-MAUNZ/DÜRIG (2011), Art. 2.I, nm. 177, p. 180.

⁴⁹ Dice al respecto el TCF: “Este derecho a la ‘autodeterminación informacional’ no está garantizado sin restricciones. No es que el particular tenga un derecho en el sentido de un dominio absoluto, ilimitado, sobre ‘sus’ datos. Aquel está constituido, antes bien, por una personalidad que se desarrolla en una sociedad que no puede prescindir de información” (BVerfGE 65, pp. 43 y s.).

⁵⁰ Cf. al respecto, entre muchos otros, RIEPL, *Selbstbestimmung* (1998), pp. 9 y ss. El concepto de “*Schranken-Schranken*” (restricciones a las restricciones) constituye un estándar en la bibliografía sobre derecho constitucional en Alemania. Se aplica precisamente a aquellas exigencias constitucionales que funcionan como “límites a los límites” de los que puede ser susceptible un derecho fundamental. Son, por ello, restricciones de segundo orden (aunque esta terminología no es usada en esa literatura). En tal sentido, del principio general de reserva de ley o del principio de legalidad del derecho penal material se infieren típicas “*Schranken-Schranken*”, pues, al imponer que una restricción a un derecho fundamental (por ejemplo al derecho a la libertad o al derecho a la autodeterminación informacional) deba estar regulado expresamente por ley previa, clara y proporcional, establecen una *restricción a la restricción*: esta última será válida en la medida en que la base legal previa exigida efectivamente exista y sea conforme a la Constitución. Cf. al respecto, por todos, PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte*²⁷ (2011), nm. 285, p. 66, y nm. 1187, p. 298.

⁵¹ Cf. BVerfGE 65 (1983), p. 44.

⁵² La discusión existente al respecto puede verse en el voto de mi autoría en el fallo “Mallía”, Cámara de Acusación de Córdoba, auto n° 239 del 13/11/2007.

⁵³ La discusión existente al respecto puede verse en el voto de mi autoría en el fallo “Bondone”, Cámara de Acusación de Córdoba, sentencia n° 49 del 29/10/2010.

⁵⁴ La discusión existente al respecto puede verse en el voto de mi autoría en el fallo “Mallía”, citado.

⁵⁵ Una de las voces más críticas de la actualidad, en Alemania, es la de Bull, que parangona a la autodeterminación informacional con una mera “ilusión”: cf. BULL, *Selbstbestimmung* (2009), pp. 45 y ss. Allí este autor ofrece también una reseña muy completa de otros doctrinarios que, como él, defienden un punto de vista contrario a la idea de un derecho a la autodeterminación informacional, admitiendo no obstante desde el inicio que se trata de opiniones minoritarias. Entre esas (recientes) tomas de posición contrarias al punto de vista del TCF puede citarse a ALBERS, *Selbstbestimmungsrecht* (2005), pp. 238 y s.

⁵⁶ Cf. ROGALL, *Informationseingriff* (1992), pp. 45 y ss.

⁵⁷ La expresión es de ROGALL, *Informationseingriff* (1992), p. 59; también la emplea RIEPL, *Selbstbestimmung* (1998), pp. 6 y s.

⁵⁸ De acuerdo con esto, entre muchos otros, CHIRINO SÁNCHEZ, *Recht* (1999), pp. 113 y ss.

⁵⁹ Advierte correctamente en este sentido BULL, *Selbstbestimmung* (2009), pp. 123 y s.

⁶⁰ Cf. BULL, *Selbstbestimmung* (2009), pp. 45 y ss.

⁶¹ El hecho de que sea posible afirmar que EE.UU. se haya convertido en una sociedad así después de que fueran derribadas las torres gemelas muestra hasta qué punto hoy no es en absoluto abstracto el peligro de que las naciones occidentales opten por esa suerte de totalitarismo informacional.

⁶² Cf. ROGALL, *Informationseingriff* (1992), p. 59; BULL, *Selbstbestimmung* (2009), pp. 23 y ss.

⁶³ Así, entre otros, LR-StPO²⁵-SCHÄFER (2004), Vor § 94, nm. 1, p. 14.

⁶⁴ Véase por ejemplo StPO, §§ 100a y ss.

⁶⁵ Cf. al respecto PÉREZ BARBERÁ, FS-Imme Roxin (2012), pp. 29 y ss.; EL MISMO, *Reserva de ley* (2014), pp. 81 y ss.

⁶⁶ Sobre esto véase nuevamente PÉREZ BARBERÁ, FS-Imme Roxin (2012), pp. 29 y ss.; EL MISMO, *Dogmática* (2014), pp. 81 y ss.

⁶⁷ Así también, entre otros, ECKHOFF, *Grundrechtseingriff* (1992), pp. 255 y s.; LR-StPO²⁵-SCHÄFER (2004), Vor § 94, nm. 32, 54, pp. 20 y s., 29.

⁶⁸ KLOEPFER, *Grundrecht* (1978), p. 20.

⁶⁹ Así LR-StPO²⁵-SCHÄFER (2004), Vor § 94, nm. 36, pp. 21 y s., quien con este

argumento crítica, a mi juicio con razón, a la tesis –sostenida entre otros por Chirino Sánchez– según la cual toda injerencia estatal, aunque sea una bagatela, debe quedar sometida a las exigencias del principio general de reserva de ley (así CHIRINO SÁNCHEZ, *Recht* [1999], pp. 191 y s.).

⁷⁰ Ya en 1982 advertía Kloepfer acerca de una “hiperlegislación” (*Übernormierung*) en el ámbito destinado a reglar la relación –administrativa– entre el Estado y los ciudadanos, y de los peligros de toda índole que puede causar en un Estado de derecho tanto lo que él denomina “hiperlegislación externa” (exceso de leyes producido por la regulación de cada vez más numerosos ámbitos vitales) como la “hiperlegislación interna” (exceso de minuciosidad en el contenido de cada ley): Cf. KLOEPFER, *VVDStRL 40* (1982), p. 68.

⁷¹ Cf. por ejemplo PAPIER, *Grundfragen* (2007), pp., 93 y s.

⁷² AUSLEHNER, *Grundrechte* (2011), p. 420.

⁷³ Insiste Kloepfer en que la hiperlegislación –o “exceso de ley”, como también podría denominarse a este fenómeno– “sobreejige la capacidad de adaptación al cambio de la conciencia jurídica, socava la pretensión del Derecho a ser duradero y, de ese modo, le hace perder autoridad... Así, la hiperlegislación amenaza en general el valor constitucional de la ley, la legalidad de lo que se somete a ley y la legitimidad del Derecho” (KLOEPFER, *VVDStRL 40* [1982], p. 69).

⁷⁴ Así por ejemplo HOLOUBEK, *Grundfragen* (2007), pp. 29 y s.

⁷⁵ Así KLOEPFER, *VVDStRL 40* (1982), pp. 70 y ss.; EL MISMO, *JZ* 1984, p. 688.

⁷⁶ Como por ejemplo el art. 329 del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, que establece que “El Fiscal de Instrucción practicará y hará practicar todos los actos que considere necesarios y útiles para la investigación”.

LOS PRINCIPIOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA VIGILANCIAS DE LAS COMUNICACIONES Y LA PERSECUCIÓN DEL ENEMIGO EN EL CIBERESPACIO

*Marcelo A. Riquert**

Sumario: 1. Introducción. 2. La quinta oleada de reforma legal: instalando el nuevo panóptico en la era de la extimidad. 3. Entre la lucha contra la delincuencia y los excesos totalitarios. 4. Justificando el incremento del control social. 5. Algún atisbo de reacción: buscando criterios limitadores en los derechos humanos. 6. A modo de colofón. 7. Bibliografía y material consultado.

1. Introducción

La problemática de la vigilancia de las comunicaciones es un tema que no resulta ajeno a las preocupaciones del Prof. Cafferata Nores. Es más, siendo diputado nacional, presentó desde 1996 reiteradamente un proyecto de reforma del Código Penal para cubrir lo que por entonces era un vacío legal¹. Llamaba la atención sobre el favorecimiento que la sofisticación de la tecnología provocaba con relación a las intervenciones autorizadas, pero más aún sobre los graves atentados a la privacidad que se perpetraban impunemente mediante escuchas ilegales. Alertaba además sobre la necesidad de contemplar no sólo las comunicaciones telefónicas, sino también las transmitidas a través de otras tecnologías diversas, incluyendo las escuchas de conversaciones privadas realizadas a distancia como otra moderna intromisión en la intimidad ajena². En su propuesta, naturalmente se consideraba un agravante la perpetración de estas conductas por funcionarios públicos³.

Si bien no será la normativa argentina el objeto de esta contribución a la obra colectiva en su homenaje, su temática guarda directa relación con aquella inquietud. Más o menos por la misma época, lejos de Córdoba, Hassemmer ponía de resalto que en situación de contacto con el riesgo cuya dimensión y detalle no alcanzamos a precisar y no podemos dominar, naturalmente se enturbia la posibilidad de que la población perciba el sentido y la razón de los derechos fundamentales. En ese contexto, torna racional el lema “cambio seguridad por libertad”. Hay una disposición a perder espacios de libertad, de ceder derechos individuales, a favor de alcanzar el dominio del riesgo y, con ello, percibir mayor seguridad. Y es allí, dice el profesor alemán, donde calzan perfectamente las tecnologías de la información y de la comunicación para prometer ese dominio⁴.

Resulta entonces evidente que, para mediados de la década del noventa, era meridianamente claro que la tradicional concepción de la intimidad como el “derecho a ser dejado solo” y donde “mi casa es mi castillo”, venía siendo objeto de profunda transformación ante la versión tecnológica del panóptico, descentralizado y consensual o participativo en la que ahora se caracteriza como “era de la extimidad”, que nos enfrenta a un verdadero “hombre de cristal”, absolutamente transparente⁵. En ese contexto, hay un cambio en la función sociopolítica de la privacidad que se proyecta mucho más allá de la esfera de privacidad para convertirse en un elemento constitutivo de la ciudadanía por lo que su definición se extiende y orienta hacia la idea de la protección global de las elecciones de vida contra toda forma de control público y de estigmatización social, en un marco caracterizado por la libertad de las elecciones existenciales y políticas.

Si bien a partir de una serie de hechos que han puesto en evidencia el nivel desmesurado que ha alcanzado la vigilancia indiscriminada de personas e, incluso, gobiernos por parte de determinadas agencias de seguridad nacional estadounidenses puede vislumbrarse una tibia toma de conciencia del grado de cesión de parcelas siempre crecientes de derechos humanos tales como la intimidad o la privacidad a favor de la “seguridad”, el panorama en principio no luce apto para el optimismo.

La disposición a entregar porciones de libertad para sentirse más seguro es alimentada por la criminología mediática⁶ incluso como única solución frente al delito común que, ante la extensión de lo no convencional y las sucesivas prórrogas de la emergencia, termina transformándose curiosamente en lo excepcional.

No obstante, mencioné la existencia de una leve reacción y es justamente uno de sus reflejos el que motiva retome esta temática. Me refiero a la reciente presentación de un documento denominado “*Principios Internacionales de Derechos Humanos sobre la Vigilancia de las Comunicaciones*”⁷. Luego de más de un año de consultas entre organizaciones no gubernamentales especializadas, así como expertos en materia de tecnología y privacidad inicialmente liderado por “Privacy Internacional”, “Access” y la “Electronic Frontier Foundation”, se concretó su redacción y ya ha sido firmado por más de 220 ONG entre las que son de carácter internacional y las nacionales de alrededor de un centenar de países. El jueves 22 de agosto de 2013 fue presentado en audiencia pública ante el Congreso de la Nación Argentina por iniciativa de la “Asociación por los Derechos Civiles” (ADC).

A través de aquel, puede destacarse, se actualizan a la realidad de un entorno moderno las definiciones tanto de la “vigilancia de comunicaciones” (*comprendiendo monitorear, interceptar, recoger, analizar, usar, preservar, guardar, interferir u obtener información que*

incluya o refleje las comunicaciones pasadas, presentes o futuras de una persona, se derive o surja de ellas), como de las “comunicaciones” en sí mismas (*abarcando las actividades, interacciones y transacciones transmitidas por medios electrónicos, tales como el contenido, la identidad de las partes, información de rastreo de ubicación incluyendo direcciones IP, momento y duración de las comunicaciones, e identificadores de los equipos utilizados*). A la vez, se propone la adopción de una serie de criterios limitadores a la vigilancia de las comunicaciones que podría en el futuro tener incidencia en mejorar el estado de situación que, en lo que sigue, paso recordar.

2. La quinta oleada de reforma legal: instalando el nuevo panóptico en la era de la extimidad

Ulrich Sieber⁸ hablaba en los umbrales del nuevo milenio de cuatro oleadas de reforma legal generadas a partir de los avances en las tecnologías de la información y comunicación (TICs): la protección de la privacidad en los setentas, la represión de delitos económicos mediante ordenadores a principios de los ochentas, la protección de la propiedad intelectual en el campo informático en la misma década y, por último, las reformas procesales en la siguiente.

En anterior ocasión⁹ planteé que en la primera década de este siglo, con nuevos adelantos tecnológicos combinados con problemas de inseguridad y el impulso de la persecución del enemigo terrorista luego de los atentados de 2001 en Nueva York y Washington, la pregunta que lucía de mayor pertinencia era si no se había instalado una nueva etapa, una quinta “oleada”, la del “Panóptico tecnológico”, como denomina Whitaker¹⁰ a esta remozada versión del artilugio carcelario de Bentham¹¹ que, además de ser ahora posible de un modo más perfecto e imperceptible¹², ha dejado en el camino dos de sus características más importantes: no es más centralizado (no hay más un puesto desde donde un controlador vigila, sino que se lo hace por una multiplicidad de agentes simultáneamente y desde todos los ángulos posibles) y es participativo o consensuado (aunque sin demasiada consciencia de las consecuencias, el control no es contra la voluntad del controlado, sino que este lo facilita o, directamente, reclama su incremento).

Con relación a esta última nota, cree Umberto Eco que una de las grandes tragedias de la sociedad de masas, la sociedad de la prensa, de la televisión y de internet, es la renuncia voluntaria a la privacidad, cuya máxima expresión en el límite de lo patológico es el exhibicionismo. Ante ello, plantea lo paradójico de que alguien tenga que luchar por la defensa de la privacidad en una sociedad de exhibicionistas¹³.

Esta afirmación de hace poco más de una década del reconocido pensador italiano, se acentúa y percibe con mayor claridad a partir de lo que luego se ha llamado “era de la extimidad”, en la que la vida

privada se proyecta en las redes sociales y se preserva datos en la “nube” (*computing cloud*), se construyen identidades digitales (imágenes, datos y perfiles) que nunca podrán darse de baja, se dispone de datos sensibles que involucran a terceros con absoluta liviandad y sin su autorización, se instalan cámaras en sitios privados y públicos que registran lo que hacemos prácticamente desde la puerta de nuestros hogares, sin poder descartarse que también suceda lo mismo con lo que pasa adentro. Si por casualidad en cada esquina de nuestro barrio no hay ya una cámara de vigilancia apuntándonos, su instalación con certeza está próxima: forma parte de la ampliación de la red que los vecinos reclamaron o los políticos prometieron como parte de su programa de “seguridad ciudadana y prevención del delito”. Bien dice Zaffaroni, el “síndrome de Disneylandia” es una realidad: casi no hay momento en que una cámara no nos esté registrando apenas salimos de casa¹⁴.

En ese contexto, conforme se anticipó, parece necesario insistir que hay un profundo cambio en la función sociopolítica de la privacidad que, como resalta Rodotá, se proyecta mucho más allá de la esfera de privada para convertirse en un elemento constitutivo de la ciudadanía por lo que su definición, por largo tiempo ligada al “right to be alone”, se extiende y orienta hacia la idea de la protección global de las elecciones de vida contra toda forma de control público y de estigmatización social, en un marco caracterizado por la libertad de las elecciones existenciales y políticas¹⁵.

Al decir de Eco, el gran problema del ciudadano celoso de su vida privada “*no es defenderse de los hackers, no más frecuentes ni peligrosos que los salteadores de caminos de antaño que podían robar al comerciante viajero, sino de las cookies, y de todas esas otras maravillas tecnológicas que permiten recoger información sobre cada uno de nosotros*”¹⁶. Y agrega frente a los excesos de cesión voluntaria de la intimidad, frente al exhibicionismo que nos indica que el asalto a aquella puede convertirse no sólo en un crimen, sino también en un auténtico cáncer social, que “*la defensa de la privacidad no es sólo un problema jurídico, sino moral y antropológico cultural. Tendremos que aprender a elaborar, difundir y premiar una nueva educación de la intimidad, educar en el respeto a nuestra propia privacidad ya la de los demás*”¹⁷.

Aquella concepción de la intimidad como “mi casa, mi castillo” hoy tiene por escenario una caja de cristal traslúcido o, volviendo a Rodotá, el auténtico ciudadano de este nuevo mundo es el “hombre de cristal”, imagen de reminiscencia nazista que plantea una forma de organización social profundamente modificada con una suerte de imparable transformación de la “sociedad de la información” en la “sociedad de la vigilancia”¹⁸. En síntesis, un ciudadano transparente frente a una administración que no ha cambiado: sigue vigente el mecanismo básico de ejercicio de control comenzando por su propia opacidad.

Inevitable recordar algunas notas del análisis sobre el panóptico que formulara Foucault, cuando destacaba que lo importante del dispositivo es que automatiza y desindividualiza el poder, que se trata de una máquina de disociar la pareja ver-ser visto (en anillo periférico, se es totalmente visto, sin ver jamás; en la torre central, se ve todo, sin ser jamás visto), de ahí su efecto mayor: inducir en el detenido un estado consciente y permanente de visibilidad que garantiza el funcionamiento automático del poder (“*la visibilidad es la trampa*”). La maquinaria garantiza la asimetría, el desequilibrio, la diferencia, y poco importa, por consiguiente, quién ejerce el poder, cuantos más son esos observadores anónimos más aumenta el peligro de ser sorprendido y la conciencia inquieta de ser observado. Decía el filósofo francés: “*El Panóptico es una máquina maravillosa que, a partir de los deseos más diferentes, fabrica efectos homogéneos de poder*”¹⁹.

3. Entre la lucha contra la delincuencia y los excesos totalitarios

La Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) ha reconocido que las herramientas de lucha contra la delincuencia pueden actuar en detrimento de los derechos del hombre y atentar contra la confidencialidad de los datos de carácter personal porque, efectivamente, la implementación de la seguridad pasa por la vigilancia, control y filtrado de datos. Esto hace que resulte esencial la creación de barreras que eviten los abusos de poder, de situación dominante y todo tipo de derivas totalitarias a fin de garantizar el respeto de los derechos fundamentales y, muy especialmente, el respeto de la intimidad digital y a la confidencialidad de los datos personales²⁰.

Puede señalarse que además de conocidos documentos comunitarios, como el “*Convenio del Consejo de Europa de 28 de enero de 1981 para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal*” o la Directiva Europea de 1995, las legislaciones nacionales, partiendo de la pionera estadual de Hesse (Alemania) del año 1970, han ido sancionando normas protectivas de datos e información personales. Desde este punto de vista, no se trata de la carencia de reglas de garantía, sino de regulaciones y reglamentaciones que restringen o ignoran su alcance de tal modo que, en algún caso, virtualmente las desnaturalizan. Zygmunt Bauman señala que, en los Estados contemporáneos, todos somos “individuos de jure”, pero esto no significa, sin embargo, que todos seamos individuos “de facto”²¹. Para reflejar el estado de situación que se describe, podría reemplazarse “individuo” por “ciudadano”.

Siguiendo esta cuerda, apunta Gonzalo Quintero Olivares que la red brinda posibilidades inmensas a los hackers, pero aún más a los servicios de investigación de los Estados. Menciona como ejemplo el control de transacciones bancarias (más de 11 millones por día) que so

pretexto del combate al terrorismo formaliza USA a través del SWIFT (Sociedad para la Telecomunicación Financiera Interbancaria Mundial). También, el rechazo y anulación por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de una decisión del Consejo relativa a un acuerdo entre la U.E. y USA para que estos últimos tengan acceso electrónico a los datos contenidos en el sistema de reservas y control de salida de las aerolíneas comerciales como medida preventiva contra el terrorismo y el crimen organizado²².

Si a comienzos de la década pasada la discusión era en torno al sistema “Echelon” o “Gran Oreja” (bajo control de la red UKUSA²³) o su versión europea (Enfopol²⁴) y el “Carnivore” o el “Magic Lantern” (programas manejados por el FBI), los recientes y muy difundidos affaires “Wikileaks”²⁵ (que contó con numerosísimas versiones nacionales a medida que se conocían documentos oficiales estadounidenses con relación a cada país²⁶) o, ahora mismo, el que involucra a Edward J. Snowden²⁷ (ex empleado de la CIA y la NSA, que hizo públicos en medios periodísticos estadounidenses documentos clasificados como secretos y, sobre todo, el programa de vigilancia electrónica “PRISM”, que sería la principal fuente de información de la última agencia mencionada), patentizan el nivel de descontrol con que se espía a ciudadanos y gobiernos²⁸. No obstante el acierto con que caracteriza la situación Umberto Eco como “escándalo aparente”, ya que no ha pasado otra cosa que llevar al nivel del discurso público lo que todos comentaban de forma más privada, particularmente Wikileaks ha obligado a la diplomacia estadounidense a admitir que el funcionamiento de sus embajadas como auténticas centrales de información y espionaje es verdad y esto provoca una pérdida de imagen en el plano de las formas²⁹.

4. Justificando el incremento del control social

Una de las líneas de justificación más utilizadas para los excesos intrusivos se formula con nuevos neologismos de incesante reproducción al punto que, en poco tiempo, forman parte del lenguaje habitual y se multiplican papers acerca del “hacktivismo”³⁰ o del “ciberterrorismo”³¹. Claro que si no es fácil acordar qué se entiende por terrorismo, como lo demuestra un simple repaso de la extensión conceptual que se le asigna en diversos instrumentos internacionales, lo mismo sucede respecto de su versión cibernética³². La propia UIT alerta sobre este problema, señalando que es un término dotado de bastante ambigüedad y que no es fácil por sólo el blanco o destinatario del ataque inferir los motivos del agresor y distinguir si es un terrorista, un mercenario, un militante, un estafador o simplemente un inmaduro. Apunta, como ejemplo, el recuerdo de que los primeros ataques de denegación de servicio distribuidos (DDoS) que se conocieron ampliamente por los medios de comunicación, fueron obra de un adolescente de 15 años (Mafia Boy), el 10 de febrero de 2000. Identificado y detenidos meses después, nada

hace pensar que su motivación fuera política. La pregunta que se formula es sobre si estos hechos, si hubieran acontecido luego de los atentados del 11/9/2001, no habrían sido de inmediato calificados como ciberterroristas³³.

Presenciamos un reverdecer de la discusión acerca de la coexistencia de un “derecho penal de ciudadanos” y un “derecho penal del enemigo”, adjetivación que se impone porque nada hay de novedoso en esta contraposición verificable prácticamente en toda la historia del poder punitivo. Solo se ha actualiza en los últimos años producto de toda la legislación antiterrorista (partiendo con la “USA Patriot Act”³⁴, promulgada el 24/10/01, y la “Cyber security Enhancement Act” de 2002³⁵ y sus sucesivas actualizaciones³⁶), contra el crimen organizado y todo lo que se logre etiquetar como excepcional o no convencional, en la que la tensión entre eficacia y garantías ha sido resuelta con total olvido de las segundas a favor de la primera.

La realidad, a partir no sólo de la permanencia sino de la ampliación de la legislación de emergencia, parece desmentir con contundencia la esperanza de Jakobs en cuanto el “derecho penal del enemigo” debía reconocerse como una suerte de parcela de no-derecho, de estado de guerra, de excepcionalidad, para poder preservar el derecho penal liberal para la mayoría: “los ciudadanos”³⁷. Es que los “enemigos” viven entre los ciudadanos, así que es en la vida, la intimidad y la privacidad de estos últimos en la que se producen las intrusiones buscando detectar los primeros. Si Susan Sontag tenía razón cuando, con la inmediatez de aquel momento, percibía a los atentados del 9/11 como un *“fallo colosal de los servicios secretos y de contraespionaje estadounidenses”*³⁸, el perfeccionamiento de todo ese inmenso aparato aparece como una consecuencia lógica y necesaria para que no se incurra en nuevo error. La calidad de ciudadano se ve cada vez más degradada en procura de mayor eficiencia en la prevención y represión del terrorismo y de toda forma de criminalidad organizada. Y si un “enemigo” lograra ponerse bajo control, para mantener o profundizar los niveles de injerencia en la vigilancia social basta con identificar otro nuevo y reemplazarlo³⁹.

Si se realiza el ejercicio de comparar las recomendaciones que brinda el “Convenio sobre Cibercriminalidad” de Budapest (2001) con la reafirmación de varias de sus propuestas mediante la “Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información”, que acaba de ser sustituida por la “Directiva 2013/40/UE del Parlamento y del Consejo de 12 de agosto de 2013 relativa a los ataques contra los sistemas de información”⁴⁰, puede advertirse que aquella DM resultaba una muestra clara de la política de endurecimiento en el tratamiento de ataques contra los sistemas de información con apoyatura en la amenaza que significan el crimen organizado y el terrorismo.

Concretamente, en su segundo considerando decía: *“Se ha comprobado la existencia de ataques contra los sistemas de información, en particular como consecuencia de la amenaza de la delincuencia organizada, y crece la inquietud ante la posibilidad de ataques terroristas contra sistemas de información que forman parte de las infraestructuras vitales de los Estados miembros. Esto pone en peligro la realización de una sociedad de la información segura y de un espacio de libertad, seguridad y justicia, y por tanto exige una respuesta por parte de la Unión Europea”*. Similar resulta el tercer considerando de la nueva Directiva, aunque allí se enfatiza que la respuesta también requiere *“una cooperación y coordinación reforzadas a escala internacional”*, mientras que en quinto alude a la comprobación de *“ataques de gran escala cada vez más graves y recurrentes contra sistemas de información, que a menudo pueden ser críticos para los Estados miembros o para determinadas funciones del sector público o privado”*, puntualizando el desarrollo de métodos más sofisticados como la creación y utilización de redes infectadas (botnets) y lo que la propia Directiva *“tiene por objeto, entre otros, establecer sanciones para la fase en que se crea la red infectada”*. Se menciona también como importante para un enfoque integrado contra la ciberdelincuencia el establecimiento de medidas eficaces contra la usurpación de identidad y otras infracciones relacionadas con ella (considerando 14).

A su vez, volviendo a la DM del 2005, en el considerando octavo se afirmaba: *“Debe aproximarse la legislación penal en materia de ataques contra los sistemas de información para conseguir la mayor cooperación policial y judicial posible respecto de las infracciones penales vinculadas a ataques contra los sistemas de información y para contribuir a la lucha contra el terrorismo y la delincuencia organizada”*. Bastaba la lectura de los arts. 6, 7 y 9 de la sustituida DM, para comprobar como del pedido general del art. 13 del Convenio de Budapest para que los estados adopten sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, pudiendo incluir privativas de libertad para personas físicas y pecuniarias para personas jurídicas, con alternativa en el último caso de respuesta civil, administrativa o penal, se pasó a reclamar que los atentados contra la integridad de datos y sistemas se castiguen con prisión de uno a tres años como mínimo en su grado máximo, que llega a dos a cinco años en modalidad agravada, mientras que las multas a personas jurídicas serán sólo de naturaleza administrativa o penal, a la vez que se mencionan otro tipo de sanciones incluyendo su liquidación.

Tras la enunciación de una serie de criterios de prevención y seguridad, en el considerando trece de la sustituyente nueva Directiva del 2013 se profundiza el aspecto que vengo resaltando al afirmar que *“Es conveniente establecer sanciones más severas cuando un ataque contra un sistema de información se comete en el contexto de una organización delictiva, tal como se define en la Decisión marco 2008/841/JAI*

del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada, o cuando el ciberataque se realiza a gran escala y afecta a un número importante de sistemas de información, en particular cuando el ataque tiene por objeto crear una red infectada o si el ciberataque causa un daño grave, incluido cuando se lleva a cabo a través de un red infectada. Conviene también establecer sanciones más severas cuando el ataque se lleva a cabo contra una infraestructura crítica de los Estados miembros o de la Unión". El ya transcripto art. 9 concreta la propuesta de mayor severidad, particularmente en sus párrafos 3 y 4.

En definitiva, en materia de penas y por encima del eventual carácter de delito común o no convencional, nuevamente vuelve a acercarse la normativa para la criminalidad perpetrada en o desde el ciberespacio con la tradicional prevista para la que sucede en el mundo físico: se implementa una política criminal de claro sesgo preventivo especial negativo, prorrogando el supuesto excepcional o emergencial y potenciando las escalas previstas en abstracto ante cada nuevo hecho de gran repercusión social

5. Algún atisbo de reacción: buscando criterios limitadores en los derechos humanos

No hay dudas que se enfrenta una situación compleja. Prácticamente retornando a la observación de Hassemer mencionada en el primer párrafo del segundo punto de este trabajo, más allá de las divergentes interpretaciones posibles sobre el 9/11, sobre todo –como resalta Guy Sorman– para quienes no son estadounidenses, una ciudad como Nueva York, donde antes era posible circular sin documentos, se transformó en otra donde no se puede ingresar a un edificio sin tenerlo y en la que policías, cámaras, helicópteros y perros vigilan, fruto de la ansiedad de ciudadanos dispuestos a renunciar a parte de su libertad individual a cambio de un poco más de seguridad. Son pocos, dice Sorman, los intelectuales liberales que denuncian la intrusión policial en la vida cotidiana y el fichaje de toda una nación. Así, relata que aún líderes izquierdistas de los sesenta, como Todd Gitlin, asumen un discurso contemporalizador, reconociendo que están siendo vigilados pero que se ha conservado la libertad de expresión y que esta comprende la de denunciar la vigilancia⁴¹.

Sin embargo, poco tiempo después algo parece estar cambiando. Como se adelantó en la introducción, la sociedad civil internacional corporizada en la unión de un grupo significativo de organizaciones no gubernamentales, no ha permanecido inerte ante el actual estado de vigilancia masiva de individuos inocentes en todo el mundo y ha dado a conocer el documento denominado *“Principios Internacionales de Derechos Humanos sobre la Vigilancia de las Comu-*

nicaciones”. Podría decirse que esta iniciativa, en el fondo, no hace otra cosa que rescatar para este campo un viejo axioma que, conforme recordaba Ruiz Vadillo, nos dice que: *“No se puede obtener la verdad real a cualquier precio. No todo es lícito en el descubrimiento de la verdad. Sólo aquello que es compatible con la defensa de lo que constituye el elemento nuclear de los derechos humanos fundamentales, así la libertad, la dignidad, la intimidad, etc., que son presupuestos indeclinables de la Constitución en cuanto contemplan la persona humana, esencialmente libre, como base de la convivencia democrática en paz”*⁴².

A través de estos principios se procura esclarecer las obligaciones que los Estados deben cumplir al aplicar el derecho internacional de los derechos humanos en la era digital y la vigilancia de las comunicaciones, lo que se ha estimado imprescindible por el creciente consenso global acerca de la vigilancia mediante las nuevas tecnologías ha ido demasiado lejos y debe ser restringida. A la vez, sirven de parámetros para evaluar el estado de diferentes sistemas jurídicos y, de ser necesario, promover cambios y reformas legales. La EFF ha destacado como precedente a la iniciativa los reportes críticos tanto del Relator Especial de las N.U. del Derecho a la Libertad de Opinión y Expresión, Frank La Rue, como de la Alta Comisionada de las N.U. para los Derechos Humanos, Nivay Pillay, de los que resulta la recomendación de aplicar los estándares de derechos humanos y las salvaguardas que ofrecen los sistemas democráticos a las actividades de vigilancia y lucha contra el crimen.

En lo central, el “Preámbulo” del documento declara que la privacidad es un derecho humano fundamental reconocido por el derecho internacional de los derechos humanos, esencial a la dignidad humana y que refuerza a otros como las libertades de expresión y asociación y el de información, resultando primordial para el mantenimiento de sociedades democráticas. De allí que las actividades que restringen el derecho a la privacidad, incluida la vigilancia de las comunicaciones, solo pueden justificarse cuando son prescritas por ley, necesarias para alcanzar un objetivo legítimo y proporcionales al fin perseguido. Se destaca que mientras los avances tecnológicos hacen posible la vigilancia estatal a una escala sin precedentes, las concepciones de la legislación vigente en materia de derechos humanos no se han mantenido a tono y advierte que la frecuencia con la que los Estados procuran acceder tanto al contenido de las comunicaciones cuanto a sus metadatos aumenta drásticamente, sin controles adecuados.

Asimismo, se declara que para satisfacer sus obligaciones internacionales de derechos humanos en lo relativo a la vigilancia de las comunicaciones, los Estados deben cumplir con los principios que se presentan, aplicables tanto a la vigilancia realizada dentro de las fronteras del Estado cuanto extraterritorialmente y con prescindencia de la fi-

nalidad que se invoque. Aunque son elaborados con cargo de respeto estatal, se señala que similar responsabilidad de respeto de los derechos humanos pesa sobre el sector privado, en particular considerando el rol clave que cumple en diseñar, desarrollar y difundir tecnologías, activar y suministrar comunicaciones y, cuando se le requiere, cooperar con las actividades de vigilancia del Estado.

En definitiva, para determinar si el Estado puede llevar a cabo vigilancia de comunicaciones que interfiera con información protegida, se enuncia debe ser compatible con los principios que a continuación sintetizo⁴³:

a) Legalidad: cualquier limitación al derecho a la privacidad debe ser prescrita por ley públicamente disponible, que cumpla con un nivel de claridad y precisión suficientes para asegurar que las personas la conozcan por adelantado y puedan prever su aplicación;

b) Objetivo legítimo: la ley sólo debe permitir la vigilancia de las comunicaciones por parte de autoridades estatales específicas para alcanzar un objetivo legítimo que corresponda a un interés jurídico preponderante e importante y que sea necesario en una sociedad democrática, lo que importa veda de cualquier implementación que incurra en discriminación por raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

c) Necesidad: debe limitarse la vigilancia a lo que es estricta y evidentemente necesario para alcanzar un objetivo legítimo, lo que quiere decir que debe ser el único medio para lograrlo o, de los disponibles, el menos propenso a vulnerar derechos humanos. La carga de establecer esta justificación, tanto en los procesos judiciales como en los legislativos, recae en el Estado.

d) Idoneidad: la vigilancia autorizada por ley debe ser apropiada para cumplir el objetivo legítimo específico identificado.

e) Proporcionalidad: tratándose de un acto altamente intrusivo que interfiere con los derechos a la privacidad y la libertad de opinión y de expresión, amenazando los cimientos de una sociedad democrática, las decisiones sobre la vigilancia de las comunicaciones deben tomarse sopesando el beneficio que se persigue contra el daño que se causaría a los derechos de las personas y contra otros intereses en conflicto, y debería incluir un examen de la sensibilidad de la información y de la gravedad de la infracción al derecho a la privacidad ante una autoridad judicial competente, independiente e imparcial.

f) Autoridad judicial competente: las decisiones relacionadas con la vigilancia de las comunicaciones deben ser realizadas por una autoridad judicial competente especializada que sea imparcial e independiente.

g) Debido proceso: exige que los Estados respeten y garanticen los derechos humanos de las personas asegurando que los procedimientos legales que rigen cualquier interferencia con los derechos humanos estén enumerados apropiadamente en la ley, sean practicados consistentemente y estén disponibles para el público general. Específicamente, al decidir sobre sus derechos, toda persona tiene derecho a una audiencia pública y justa dentro de un plazo razonable por un tribunal independiente, competente e imparcial establecido por ley.

h) Notificación del usuario: de una decisión que autoriza la vigilancia de las comunicaciones con el tiempo e información suficientes para permitirles apelar la decisión. Debería tener acceso a los materiales presentados en apoyo de la solicitud de autorización. El retraso en la notificación sólo se justifica cuando pondría en serio peligro la finalidad para la que se autoriza la vigilancia, o existe un riesgo inminente de peligro para la vida humana; o es otorgada por la autoridad judicial competente en el momento en que se concede la autorización para la vigilancia; y la persona afectada es notificada tan pronto como el riesgo desaparece o dentro de un período de tiempo razonable y factible, según lo que ocurra primero, y en todo caso en el momento en que la vigilancia de las comunicaciones se ha completado.

i) Transparencia: sobre el uso y el alcance de las técnicas y los poderes de la vigilancia de las comunicaciones. Los Estados deberían publicar, como mínimo, información global sobre el número de solicitudes aprobadas y rechazadas, un desglose de las solicitudes por proveedor de servicios, según el tipo de investigación y sus propósitos. También deberían proporcionar a las personas la información suficiente para que puedan comprender plenamente el alcance, la naturaleza y la aplicación de las leyes que permiten la vigilancia y, a la vez, deberían permitir que los proveedores de servicios publiquen los procedimientos que ellos aplican cuando se trata de la vigilancia de las comunicaciones por el Estado, adherir a esos procedimientos y publicar los registros de vigilancia de las comunicaciones del Estado.

j) Supervisión pública: deben establecer mecanismos independientes de supervisión para garantizar la transparencia y la rendición de cuentas de la vigilancia de las comunicaciones practicadas por el Estado.

k) Integridad de las comunicaciones y sistemas: debe ser garantizada. Los Estados no deberían obligar a los proveedores de servicios o proveedores de hardware o software a construir la capacidad de vigilancia o de control en sus sistemas, ni a recoger o retener determinada información exclusivamente para fines de vigilancia del Estado, ni a retener o recopilar a priori a los proveedores de servicios. Las personas tienen el derecho a expresarse anónimamente, por lo que los Estados deberían abstenerse de obligar a la identificación de los usuarios como

condición previa para la prestación de servicios.

A la vez, en los “*Principios...*” se precisan las garantías para la cooperación internacional (implicando la aplicación de la norma disponible de mayor nivel de protección de las personas entre todas aquellas que concurran al acto de asistencia internacional y el principio de doble incriminación) y las garantías contra el acceso ilegítimo (previando sanciones civiles y penales suficientes y significativas, protegiendo a los denunciantes y estableciendo mecanismos de resarcimiento a los afectados, así como la destrucción o devolución del material obtenido ilícitamente).

Podría decirse que, a través de aquellos principios se recupera una serie de límites que han tenido gran historia y desarrollo en el proceso penal mixto del tipo continental europeo o el que aún rige entre nosotros en el ámbito federal y, más aún, en el que responde a los cánones del acusatorio. Sin ingresar en detalle, en lo que aquí me importa resaltar, en ambos sistemas puede verificarse en materia de medidas intrusivas se legitiman incluso hasta leves inspecciones corporales sin que medie una tacha genérica de orden constitucional siempre que ellas superen un test de razonabilidad, proporcionalidad, necesidad, pertinencia y utilidad⁴⁴.

6. A modo de colofón

Cerrando este trabajo se impone recapitular algunas conclusiones y opiniones personales que se fueran volcando en su desarrollo, a saber:

a. En un momento claramente expansivo del poder punitivo, las nuevas tecnologías de la información y la comunicación son un campo propicio para una potenciada reproducción de la disputa entre un derecho penal de ciudadanos o de enemigos (hoy, lo serían el terrorismo y el crimen organizado). O, más directo, en que a los ciudadanos, buscando entre ellos a los enemigos, se les trata como si no lo fueran en el marco de un descontrolado incremento del control social que, además, viene acompañado de un endurecimiento de las sanciones penales y un relajamiento de las garantías procesales.

b. La tradicional concepción de la intimidad como el “derecho a ser dejado solo” y donde “mi casa es mi castillo”, sufre una profunda transformación ante la versión tecnológica del panóptico, descentralizado y consensual o participativo en la “era de la extimidad”, que nos enfrenta a un verdadero “hombre de cristal”, absolutamente transparente. En ese contexto, hay un cambio en la función sociopolítica de la privacidad que se proyecta mucho más allá de la esfera de privacidad para convertirse en un elemento constitutivo de la ciudadanía por lo que su definición se extiende y orienta hacia la idea de la protección global de

las elecciones de vida contra toda forma de control público y de estigmatización social, en un marco caracterizado por la libertad de las elecciones existenciales y políticas.

c. Sin que permita el optimismo, se advierte una tibia toma de conciencia del grado de cesión de parcelas siempre crecientes de derechos humanos tales como la intimidad o la privacidad a favor de la “seguridad”. En ese modesto tránsito reactivo, parece importante la difusión de iniciativas como los “*Principios Internacionales de Derechos Humanos sobre la Vigilancia de las Comunicaciones*”. Que en, al menos, un centenar de países un número aún mayor de ONGs comprometidas pongan sobre la mesa la necesidad de discutir el acotamiento de las facultades estatales de control social, la prevalencia del sistema internacional de los derechos humanos, es un paso en la dirección correcta. Que exijan que para determinar si el Estado puede llevar a cabo vigilancia de comunicaciones que interfiera con información protegida, la disposición debe ser compatible con los principios de legalidad, objetivo legítimo, necesidad, idoneidad, proporcionalidad, autoridad judicial competente, debido proceso, notificación al usuario, transparencia, supervisión pública e integridad de las comunicaciones y sistemas, es un pequeño avance. Pero nada más.

Es que, como se pregunta Gustavo Garibaldi, *¿Tienen sentido los límites procesales y constitucionales en una sociedad sometida a un sistema de vigilancia total? ¿Qué garantizaría la protección domiciliaria, contra registros arbitrarios o contra la autoincriminación forzada, si absolutamente todo lo que hacemos fuera del hogar puede ser visto, y casi todo lo que comunicamos en o desde cualquier sitio, queda de alguna manera registrado? ¿Puede el Gobierno incentivar a los ciudadanos a conducir sus comunicaciones de modo que el mismo Estado pueda acceder a ellas?* Comparto su opinión de que son interrogantes para los que si bien se perfilaría una respuesta negativa, importan sobre todo en cuanto demuestran la necesidad de investigaciones que profundicen los límites que la ciencia social debe imponer al progreso tecnológico en la situación más temida del control total⁴⁵.

7. Bibliografía y material consultado

Bauman, Zygmunt: “*La sociedad sitiada*”, Fondo de Cultura Económica, Bs. As., 2005.

Cano Paños, Miguel Ángel: “*Internet y terrorismo islamita. Aspectos criminológicos y legales*”, pub. en “Eguzkilore”, San Sebastián, N° 22, diciembre de 2008.

Cafferata Nores, José I. – Arocena, Gustavo A.: “*Temas de derecho procesal penal (contemporáneo)*”, Mediterránea, Córdoba, 2001.

Eco, Umberto: “*A paso de cangrejo. Artículos, reflexiones y decepciones, 2000-*

2006”, Debate, Bs.As., 2007; “*Construir al enemigo*”, Ed. Sudamericana, Uruguay, 2013.

Foucault, Michel: “*Vigilar y castigar*”, Siglo Veintiuno editores, Madrid, 22ª edición, 1994.

Garibaldi, Gustavo E.L.: “*Asedio a la intimidad y autoincriminación subrepticia bajo el empleo de modernas tecnologías*”, pub. en la biblioteca jurídica virtual “elDial.com”, suplemento de Derecho Penal de noviembre de 2009, sección doctrina, disponible en <http://eldial.com.ar>

Hassemer, Winfried: “*Oportunidades para la privacidad frente a las nuevas necesidades de control y las tecnologías de la información*”, pub. en “Nueva Doctrina Penal”, Editores del Puerto, Bs.As., tomo 1999-A.

Jakobs, Günther – Cancio Meliá, Manuel: “*Derecho penal del enemigo*”, ed. Hammurabi, Bs.As., 2005.

Jakobs, Günther: “*Fundamentos del Derecho Penal*, Ad-Hoc, Bs.As., 1996; “*Comentario*” a la ponencia de Hassemer titulada “*La autocomprensión de la ciencia del Derecho Penal ante los desafíos del presente*”, pub. en AAVV “*La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio*” (coordinado por Muñoz Conde), tirant lo blanch, Valencia, 2004.

Puente Aba, Luz María: “*Propuestas internacionales de criminalizar el acceso ilegal a sistemas informáticos: ¿debe protegerse de forma autónoma la seguridad informática?*”, pub. en AAVV “*Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*”, dirigido por Patricia Faraldo Cabana, Serie alternativa, ed. tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

Quintero Olivares, Gonzalo: “*Internet y Derecho Penal. Imputación de los delitos y determinación de la competencia*”, pub. en “*Estudios monográficos*”, N° 37, Año IV, abril de 2007.

Riquert, Marcelo A.: “*Protección penal de la intimidad en el ciberespacio*”, Ediar, Bs.As., 2002; “*Crisis penal. Política criminal, globalización y derecho penal*”, Ediar, Bs.As., 2007; “*Las intervenciones corporales en el proceso penal*”, pub. en AAVV “*Reforma Penal y Política Criminal. La codificación en el Estado de Derecho*”, Ediar, Bs.As., 2007; “*Delincuencia informática en la Argentina y el Mercosur*”, Ediar, Bs.As., 2009.

Rodotá, Stefano: “*Tecnopolítica. La democracia y las nuevas tecnologías de la comunicación*”, Ed. Losada, Bs.As., 2000.

Romo Santana, José Luis: “*Ciberterrorismo. Terrorismo a la luz de las nuevas tecnologías*”, pub. en la biblioteca jurídica virtual “elDial.com”, Suplemento de Derecho de la Alta Tecnología, edición del 9 de marzo de 2011, ref.: DC153A.

Ruiz Vadillo, Enrique: “*Estudios de Derecho Procesal Penal*”, Comares, Granada, 1995.

Sieber, Ulrich: “*Legal aspects of computer-related crime in the information society*”, informe que presentara en la Comisión Europea, Bruselas, 1998.

Sontag, Susan: “*Seamos realistas*”, pub. en AAVV “*El mundo después del 11 de setiembre de 2001*”, ed. Península/Atalaya, Barcelona, 2002.

Sorman, Guy: “*Made in USA. Cómo entender a los Estados Unidos*”, Editorial Sudamericana, Bs.As., 2005.

Subijana Zunzunegui, Ignacio José: “*El ciberterrorismo: una perspectiva legal y judicial*”, pub. en “Eguzkilore”, N° 22, San Sebastián, diciembre de 2008.

Vervaele, John A. E.: “*La legislación antiterrorista en Estados Unidos ¿Inter arma silent leges?*”, Editores del Puerto, Bs.As., 2007.

Whitaker, Reg: *“El fin de la privacidad. Cómo la vigilancia total se está convirtiendo en realidad”*, Paidós Comunicación, Colección Debates, N° 109, Barcelona, España, 1999.

Zaffaroni, Eugenio Raúl: *“El enemigo en el Derecho Penal”*, Ediar, Bs.As., 2006; *“La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelara”*, Ediar, Bs.As., 2011.

* Profesor Titular Regular de Derecho Penal, Universidad Nacional de Mar del Plata. Presidente de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal. Juez de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial Mar del Plata.

¹ Se trató del expte. 3908-D-96, conforme se precisa en su trabajo *“Escuchas telefónicas ilegales (La necesaria punición de las ‘pinchaduras telefónicas’)”*, pub. en la obra conjunta con Arocena, *“Temas de derecho procesal penal (contemporáneo)”*, Mediterránea, Córdoba, 2001, pág. 82.

² Ob.cit., págs. 77/78.

³ Ob.cit., pág. 79.

⁴ Winfried Hassemer, *“Oportunidades para la privacidad frente a las nuevas necesidades de control y las tecnologías de la información”*, pub. en *“Nueva Doctrina Penal”*, Editores del Puerto, Bs.As., tomo 1999-A, págs. 107/108.

⁵ Sobre el particular me he extendido en dos monografías: *“Protección penal de la intimidad en el ciberespacio”* (Ediar, Bs.As., 2002, prologada por Nicolás García Rivas) y *“Delincuencia informática en la Argentina y el Mercosur”* (Ediar, Bs.As., 2009, prologada por David Baigún).

⁶ Como enseña Zaffaroni, se trata de una que poco tiene que ver con la académica, que responde a una creación de la realidad a través de la información, subinformación y desinformación mediática en convergencia con prejuicios y creencias, que se basa en una etiología criminal simplista asentada en una causalidad mágica. Si bien existió siempre, entiende que la actual tiene por discurso el llamado neopunitivismo que, como fenómeno, ha sido analizado por Garland, Wacquant y Simon, y como medio tecnológico la televisión (en su obra *“La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelara”*, Ediar, Bs.As., 2011, págs. 369 y 371).

⁷ Su versión final, del 10 de julio de 2013, está disponible en <https://es.necessaryandproportionate.org/text>. Está traducido al español por la Comisión Colombiana de Juristas, Access, Fundación Karisma y Fundación Vía Libre.

⁸ En *“Legal aspects of computer-related crime in the information society”*, informe que presentara en la Comisión Europea, Bruselas, 1998.

⁹ En la monografía *“Crisis penal. Política criminal, globalización y derecho penal”*, prologada por Carlos J. Lascano (h), Ediar, Bs.As., 2007.

¹⁰ Whitaker, Reg: *“El fin de la privacidad. Cómo la vigilancia total se está convirtiendo en realidad”*, Paidós Comunicación, Colección Debates, N° 109, Barcelona, España, 1999

¹¹ Aunque, como bien ilustra Foucault, en cuanto programa disciplinario no eran otra cosa que dispositivos de vigilancia panóptica fuera de la cárcel las ordenanzas y reglamentos de fines del siglo XVIII que regulaban las medidas a adoptar cuando se declaraba la peste en una ciudad, perfeccionando las prácticas de exclusión que se implementaban respecto de los leprosos (en su obra *“Vigilar y*

castigar”, Siglo Veintiuno editores, Madrid, 22° edición, 1994, págs. 199/203).

¹² Decía Foucault que el Panóptico no debe ser comprendido como un edificio onírico, sino que es el diagrama de un mecanismo de poder referido a su forma ideal, es de hecho una figura de tecnología política que se puede y que se debe desprender de todo uso específico. Es polivalente en sus aplicaciones, sirve para enmendar a los presos pero también para curar a los enfermos, para instruir a los escolares, guardar a los locos, vigilar a los obreros o hacer trabajar a mendigos y ociosos (ob.cit., pág. 209).

¹³ Eco, en *“La pérdida de la privacidad”*, pub. en su recopilación *“A paso de cangrejo. Artículos, reflexiones y decepciones, 2000-2006”*, Debate, Bs.As., 2007, págs. 102/103.

¹⁴ Zaffaroni, ob.cit., pág. 378.

¹⁵ Stefano Rodotà, *“Tecnopolítica. La democracia y las nuevas tecnologías de la comunicación”*, Ed. Losada, Bs.As., 2000, pág. 225.

¹⁶ Umberto Eco, ob.cit., pág. 100.

¹⁷ Ob.cit., págs. 108/109.

¹⁸ Ob.cit., págs. 202/203.

¹⁹ Ob.cit., págs. 204/205.

²⁰ Cf. AAVV *“Guía de ciberseguridad para los países en desarrollo”*, editada por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), 2007, pág. 18.

²¹ Bauman, *“La sociedad sitiada”*, Fondo de Cultura Económica, Bs. As., 2005, pág. 91.

²² En su trabajo *“Internet y Derecho Penal. Imputación de los delitos y determinación de la competencia”*, pub. en “Estudios monográficos”, N° 37, Año IV, abril de 2007, punto III.

²³ Conformada por Estados Unidos, Reino Unido, Canadá, Australia y Nueva Zelanda. Cuenta entre quienes alertaron contra este mecanismo de rastreo de mensajes privados, Luz María Puente Aba, destacando su activación cuando se interceptan en la red determinadas palabras claves, importando serio menoscabo del derecho de los ciudadanos a la salvaguarda de su intimidad y constituye una grave contradicción con el establecimiento y armonización de normas que pretenden castigar a quienes vulneren la intimidad de otros empleando estas nuevas tecnologías (en su trabajo *“Propuestas internacionales de criminalizar el acceso ilegal a sistemas informáticos: ¿debe protegerse de forma autónoma la seguridad informática?”*, pub. en AAVV “Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización”, dirigido por Patricia Faraldo Cabana, Serie alternativa, ed. tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 407).

²⁴ Su nombre deriva de “Enforcement Police”, mencionándose como una respuesta europea al sistema Echelon, originado en Bruselas en 1995 a partir del establecimiento de reglas para intervenciones en materia de telecomunicaciones que pudiera requerir la policía.

²⁵ Su director, el australiano Julian Assange, permanece como asilado diplomático en la embajada ecuatoriana en Londres y el soldado estadounidense Bradley Manning, fue recientemente condenado por espionaje por la filtración de documentos sobre las guerras de Irak y Afganistán a la pena de 35 años de prisión.

²⁶ En Argentina, versión local del fenómeno ha sido el blog “Leakymails”.

²⁷ Ha sido recibido asilo temporal finalmente por Rusia, luego de estar un mes “en tránsito” en el aeropuerto de Moscú y haberlo solicitado a una veintena de naciones. También esta situación dió lugar a la negativa de aterrizaje al avión presidencial de Bolivia, con el propio Evo Morales a bordo, por varios países

Europeos hasta terminar demorado en Viena, por sospechar que estaba llevando a Snowden desde Moscú a La Paz.

²⁸ El interesado en seguir esta problemática puede consultar una gran cantidad de sitios web, entre los que es dable destacar por su volumen de información el de la “*Electronic Frontier Foundation – Defending your rights in the digital*”, donde se ha publicado y actualiza frecuentemente la “*Spies Without Borders Series: Using Domestic Networks to Spy on the World*” (disponible en <https://www.eff.org/deeplinks/2013/spies-without-borders>).

²⁹ Eco, “*Reflexiones sobre WikiLeaks*”, pub. en su obra compilatoria “*Construir al enemigo*”, Ed. Sudamericana, Uruguay, 2013, págs. 301/302.

³⁰ Sería, conforme Sebastián Masana, la convergencia del hacking con el activismo social o político, incluyendo la desobediencia civil electrónica, que se trataría del traslado al ciberespacio del concepto tradicional de desobediencia civil (cf. José Luis Romo Santana quien, con idéntica fuente, indica que el ciberterrorismo podría tener su origen en el hacktivismo cuando persigue fines políticos; en su trabajo “*Ciberterrorismo. Terrorismo a la luz de las nuevas tecnologías*”, pub. en la biblioteca jurídica virtual “eIDial.com”, Suplemento de Derecho de la Alta Tecnología, edición del 9 de marzo de 2011, ref.: DC153A). Por su parte, Miguel Ángel Cano Paños, sostiene que el ciberespacio se ha convertido en muchos sentidos en un nuevo escenario de conflicto cuando se asocia a la amenaza que viene constituyendo el terrorismo islamista de base yihadista, señalando que internet ha pasado a ser un espacio ideal para las actividades de reclutamiento y radicalización, en particular, por su fácil acceso, poco o ningún control gubernamental, el anonimato en las comunicaciones, el rápido flujo de información, un público potencialmente enorme y una difusión a nivel planetario (en su trabajo “*Internet y terrorismo islamita. Aspectos criminológicos y legales*”, pub. en “Eguzkilore”, San Sebastián, N° 22, diciembre de 2008, pág. 88).

³¹ Ignacio José Subijana Zunzunegui, señala que para una mayor precisión conceptual, el ciberterrorismo puede ser analizado desde una perspectiva final o medial. La última, viene definida por el Consejo de Europa como la forma de terrorismo que utiliza las tecnologías de la información para intimidar, coaccionar o causar daños a grupos sociales con fines político-religiosos. En cuanto a la perspectiva final, define al ciberterrorismo como el ataque ilegal contra ordenadores, sus redes y la información contenida en ellas cuando se lleva a cabo con la finalidad de coaccionar a un gobierno o a su población para conseguir objetivos políticos o sociales. Integrando ambas, llega al siguiente concepto: ciberterrorismo es “cualquier acto realizado a través de tecnologías de la información que pueda lograr directa o indirectamente causar terror o generar daños significativos a un grupo social o político a través de la destrucción del soporte tecnológico de cualquiera de sus estructuras fundamentales” (en su trabajo “El ciberterrorismo: una perspectiva legal y judicial”, pub. en “Eguzkilore”, N° 22, San Sebastián, diciembre de 2008, págs. 172/173).

³² En Argentina, mediante una nueva reforma al C.P. por Ley 26734 (B.O. del 28/12/11) que ha generado una gran polémica tanto en ámbito académico como político (al punto que por ella se incorporó el segundo párrafo de la norma), se ha optado ahora por incluir un agravante genérico de “terrorismo” como art. 41 quinquies, con el siguiente texto: “*Cuando alguno de los delitos previstos en este Código hubiere sido cometido con la finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo,*

la escala se incrementará en el doble del mínimo y el máximo.- Las agravantes previstas en este artículo no se aplicarán cuando el o los hechos de que se traten tuvieren lugar en ocasión del ejercicio de derechos humanos y/o sociales o de cualquier otro derecho constitucional”.

³³ Ob.cit., pág. 34.

³⁴ Se trata de un acrónimo que significa “*Unión y fortalecimiento de América por la implementación de herramientas adecuadas requeridas para interceptar y obstruir el terrorismo*” (Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism, es decir, USA Patriot Act). Prevista su original vigencia hasta fines de 2005, a mediados del mismo año fue renovada por un decenio más. Un pormenorizado desarrollo de la legislación antiterrorista estadounidense ha sido realizado por el prof. de Utrecht, John A. E. Vervaele, en su obra “*La legislación antiterrorista en Estados Unidos ¿Inter arma silent leges?*”, Editores del Puerto, Bs.As., 2007.

³⁵ Incluida como sección 225 de la “*Homeland Security Act of 2002*”, H.R. 5710. Entre otras medidas de reforma de las tipicidades sobre cibercrímenes, se dispuso un aumento muy significativo de las penas conminadas en abstracto.

³⁶ Al momento de escribir este trabajo estaba en trámite parlamentario la “*Ciber security Enhancement Act*” de 2013.

³⁷ Entre otras afirmaciones al resumir su postura, ha dicho Jakobs que “*Quien en principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido*” (en “*Derecho penal del enemigo*”, obra conjunta con Manuel Cancio Meliá, ed. Hammurabi, Bs.As., 2005, pág. 63, N° 3). Además, sostiene que “*Un Derecho penal del enemigo claramente delimitado es menos peligroso, desde la perspectiva del Estado de Derecho, que entremezclar todo el Derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del Derecho penal del enemigo*” (ob.cit., pág. 64, N° 5). Puede seguirse la evolución de su pensamiento a través de diversos textos. Entre los que la jalonan con mayor claridad -en sus versiones traducidas al español-, cuentan los siguientes: “*Fundamentos del Derecho Penal, Ad-Hoc*, Bs.As., 1996; “*Comentario*” a la ponencia de Hassemer titulada “*La autocomprensión de la ciencia del Derecho Penal ante los desafíos del presente*”, pub. en AAVV “*La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio*” (coordinado por Muñoz Conde), tirant lo blanch, Valencia, 2004; y el citado con Cancio, quien controvierte a su maestro dentro de la propia lógica funcionalista. En mi modesta opinión, una de las críticas más agudas, es la que hace Zaffaroni en su obra “*El enemigo en el Derecho Penal*” (Ediar, Bs.As., 2006).

³⁸ En su nota “*Seamos realistas*”, publicada inicialmente en el periódico “*Le Monde*”, el 17 de setiembre de 2001 y reproducida en AAVV “*El mundo después del 11 de setiembre de 2001*”, ed. Península/Atalaya, Barcelona, 2002, pág. 60.

³⁹ Excediendo la reflexión acerca del problema penal, Eco pone de manifiesto la existencia de una suerte de necesidad ancestral de tener enemigos, diciendo: “*Al parecer no podemos pasarnos sin el enemigo. La figura del enemigo no puede ser abolida por los procesos de civilización. La necesidad es connatural también al hombre manso y amigo de la paz. Sencillamente, en estos casos, se desplaza la imagen del enemigo de un objeto humano a una fuerza natural o social que de alguna forma nos amenaza y que debe ser doblegada, ya sea la*

explotación capitalista, la contaminación ambiental o el hambre en el Tercer Mundo. Ahora bien, aún siendo estos casos virtuosos, como nos recuerda Brecht, también el odio hacia la injusticia desencaja el rostro". Aclara ante la pregunta acerca de la impotencia de la ética para enfrentarlo, que esa instancia sobrevendría no cuando fingimos que no hay enemigos, sino cuando se intenta entenderlos, ponerse en su lugar (en "Construir...", ob.cit.,pág. 34).

⁴⁰ Pub. en el Diario Oficial de la Unión Europea del día 14 de agosto de 2013.

⁴¹ Guy Sorman, "Made in USA. Cómo entender a los Estados Unidos", Editorial Sudamericana, Bs.As., 2005, págs. 31/32.

⁴² En su obra "Estudios de Derecho Procesal Penal", Comares, Granada, 1995, pág. 50.

⁴³ Naturalmente, puede verse el desarrollo amplio que se da a cada uno de ellos en el documento ya referenciado.

⁴⁴ Sobre el particular me he extendido en el trabajo "Las intervenciones corporales en el proceso penal", pub. en AAVV "Reforma Penal y Política Criminal. La codificación en el Estado de Derecho", Ediar, Bs.As., 2007, págs. 425/446.

⁴⁵ Gustavo E.L. Garibaldi, "Asedio a la intimidad y autoincriminación subrepticia bajo el empleo de modernas tecnologías", pub. en la biblioteca jurídica virtual "elDial.com", suplemento de Derecho Penal de noviembre de 2009, sección doctrina, disponible en <http://eldial.com.ar>

EL “RIESGO JUDICIAL”: ARGUMENTO SUBTERRÁNEO PARA FUNDAR LA PRISIÓN PREVENTIVA EL PROBLEMA DE LOS “JUECES ASUSTADOS”

Marcelo Solimine

Sumario: **a)** Palabras previas. **b)** Los criterios “procesalistas” como únicos fundamentos legitimantes de la prisión preventiva. **c)** El nuevo discurso legitimador de criterios sustantivistas. **d)** El “riesgo judicial” como fundamento subterráneo para decretar prisiones preventivas. **e)** Conclusión.

Palabras previas

La existencia de este libro ha sido una considerada e inteligente propuesta del Profesor José I. Cafferata Nores, quien al tomar razón de que se estaba gestando un Libro Homenaje a su obra, desalentó el tributo personal -en gala de su modestia y humildad-; orientándonos a mutar la idea prístina y direccionar los esfuerzos en gratitud hacia la Escuela Procesal de Córdoba.

Sin dudas, mucho ha sido lo que nos ha brindado este movimiento académico de vanguardia, cimentado sobre el peso y calidad de sus representantes más conspicuos.

Mi generación, aquí y en muchos países latinoamericanos, ha incurrido en el conocimiento del Derecho Procesal Penal a través de las obras de Alfredo Vélez Mariconde y Jorge Clariá Olmedo.

Luego, llegaron las contribuciones y enseñanzas de Julio Maier y Cafferata Nores, quienes tomaron la posta con la autoridad que los caracteriza, trascendiendo también fronteras y marcando a fuego nuestra formación.

Hoy son varios los procesalistas cordobeses que tienen la responsabilidad de mantener en alto el prestigio y calidad del movimiento. Muchos de ellos participan destacadamente en esta obra, dejando en claro que aceptan el desafío y que están dispuestos a ocupar dicho espacio, a calidad.

En lo personal, sólo soy un ferviente admirador y adherente a muchas de las ideas originadas en la cantera cordobesa. Sin dudas, en mí influyó con determinación y a la distancia Cafferata Nores. Su memorable y brillante obra “*La excarcelación*”, seduce y convence, habiendo sido determinante para despertar mi interés por el tema.

Es esa la razón por la cual he elegido la problemática que revela el título de esta contribución, en la que sigo la senda que trazara el Maestro, quien sistematizó la cuestión de los fundamentos legitimantes de la pri-

sión preventiva, acuñando la clasificación en criterios “procesalistas” y “sustantivistas”. Aquí, con el tema tratado, se agrega una suerte de nuevo capítulo, considerando un fundamento del encarcelamiento procesal subterráneo y peligroso, el cual con más frecuencia que la esperable condiciona las decisiones de los jueces: su miedo a disponer libertades, frente a los riesgos personales que asumirían en caso de concederlas, como consecuencia de la crítica de la sociedad, de los políticos y de los medios de comunicación.

La verdad es que la impronta altruista de Cafferata Nores -de la que he sido beneficiario en reiteradas ocasiones-, me han determinado a desoir su pretensión de no rendirle homenaje personal. En todo caso, habré de centrar el tributo a la Escuela Procesal de Córdoba en su figura, pues ambos son inescindibles.

Permítaseme entonces, compartir con quienes se atrevan a leer estas líneas dos anécdotas de propia vida, que no pondrán a la luz sus virtudes intelectuales (de público y notorio); sino algo más importante y menos difundido: *su magnífica calidad humana*. Veamos:

- Una vez que terminé los borradores de mi primera publicación sobre excarcelación, los dejé en las oficinas que por entonces el Dr. Cafferata Nores ocupaba como Diputado Nacional, con la intención de que los viera y considerara la posibilidad de prologarlos. Sin conocerme y ante descarada pretensión, no sólo respondió con una dedicada lectura de lo hecho, sino que aceptó el pedido cursado y dispuso elogios en un prólogo que me llegara por fax, cuando aún seguíamos sin conocernos personalmente. Su tan noble actuar, se enalteció aún más cuando supe que ese era uno de los primeros prólogos que tomaba a su cargo; circunstancia que a la par de magnificar su figura, dejó en evidencia el desparpajo de mi actitud.

- Tiempo más tarde, cuando Cafferata revestía como Asesor de la Honorable Cámara de Diputados del Congreso de la Nación, me pidió opinión sobre un proyecto de ley que impulsaba el Poder Ejecutivo Nacional para reformar el régimen de excarcelaciones del código federal e hizo llegar mi informe al entonces Presidente de la Comisión de Legislación Penal. Con ello, me brindó una cuota de autoridad en el tema en la que a él, justamente, le sobra. Indudablemente, gestos así no abundan, ni entre los más amigos.

Algunos años después, luego de escuchar una conferencia magistral que brindara en el Encuentro Anual de Profesores de Derecho Procesal Penal, comprendí que sus generosos y desinteresados gestos de entonces formaban parte de su filosofía de vida. Es que mientras que en el mundo académico y judicial, muchos de quienes han alcanzado algún posicionamiento relevante, dedican parte de sus esfuerzos -por mediocres o egoístas-, para que nadie ascienda y se proyecte (por temor a que les hagan sombra y disputen su poder); sólo algunos, por regla, brillantes y altruistas, brindan posibilidades, abren puertas para el pro-

greso, tratando como pares a quienes no lo somos.

Entre estos últimos, decididamente, milita José I. Cafferata Nores, uno de los mejores expositores de la Escuela Procesal de Córdoba, quien ha transmitido a tal ámbito su impronta personal como un valor adicional al de la calidad académica. Sin dudas se trata de un *plus* que debe infiltrarse en la idiosincrasia del movimiento y que merece ser seguido como mandato por quienes se erijan en sus nuevos referentes. Seguramente dependerá de ello y de la excelencia intelectual de sus representantes presentes y futuros, que la Escuela Procesal de Córdoba continúe -como hasta ahora- siendo un centro de producción y difusión científica de altísimo prestigio.

Los criterios “procesalistas” como únicos fundamentos legitimantes de la prisión preventiva

La obra de Cafferata Nores ¹ -enlistada en las enseñanzas de Beccaría-, aunada a la opinión de Julio Maier ², marcaron a fuego en quienes nos formamos en las décadas de los ‘80 y ‘90, que sólo **riesgo de fuga y de entorpecimiento de la investigación** son los **únicos fundamentos** que legitiman imponer prisión preventiva y denegar excarcelaciones.

Así, otros motivos, tales como *riesgo de reiteración delictiva, alarma o repercusión social del hecho o los delitos inexcusables* (en base a calificaciones legales) resultan criterios prohibidos. De tal modo, la prisión preventiva reviste estricta naturaleza como **medida cautelar**, no punitiva (confr. art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hoy constitucionalizado -art. 75, inc. 22 CN-).

Tal **corriente de opinión ha sido receptada por el sistema interamericano de derechos humanos**, pues en la actualidad así lo afirman por igual pronunciamientos de la Comisión y Corte Interamericanas.

Precisamente, la **Comisión Interamericana**, dejando definitivamente atrás el difundido **Informe 2/97**, del 11/3/97 (que a la par de riesgo de fuga y de entorpecimiento, admitía reiteración delictiva y alarma social del hecho); el 13/3/08 ha dictado los **Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas**, cuyo Principio III.2, dispone: “La privación preventiva de la libertad, como medida cautelar y no punitiva, deberá además obedecer a los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, en la medida estrictamente necesaria en una sociedad democrática, que sólo podrá proceder de acuerdo con los límites estrictamente necesarios para asegurar que no se impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni se eludirá la acción de la justicia...”. Más contundente ha sido en el **Informe 86/09 “Peirano Basso”**, del

6/8/09, cuyos párrs. 84 y 141, respectivamente disponen: “...se deben desechar todos los demás esfuerzos por fundamentar la prisión durante el proceso, por ejemplo, en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho...”, agregando que “en ningún caso la ley podrá disponer que algún tipo de delito quede excluido del régimen establecido para el cese de prisión preventiva o que determinados delitos reciban un tratamiento distinto respecto de los otros en materia de libertad durante el proceso, sin base en criterios objetivos y legítimos de discriminación, por la sola circunstancia de responder a estándares como ‘alarma social’, ‘repercusión social’, ‘peligrosidad’ o algún otro. Esos juicios se fundamentan en criterios materiales, desvirtúan la naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en una verdadera pena anticipada, pues el predicamento de que todos los culpables reciban pena presupone, precisamente, la previa declaración de su culpabilidad”.

Por su parte, la **Corte Interamericana**, a partir de la sentencia “**Suárez Rosero**”, del 12/11/97, también afirmó que sólo riesgo de fuga y de entorpecimiento de la investigación constituyen los únicos fundamentos legítimos³; siendo que el mismo criterio sostuvo en numerosos pronunciamientos posteriores: “**Tibi**”, del 7/9/04, párr. 180; “**Palamara Iribarne**”, del 22/11/05, párr. 198; “**López Álvarez**”, del 1/2/06, párr. 69; “**Yvon Neptune**”, del 6/5/08, párr. 98; “**Bayarri**”, del 30/10/08, párr. 74 y “**Usón Ramírez**”, del 20/11/09, párr. 144⁴.

De tal modo, unívocamente hoy, estos pronunciamientos del sistema interamericano de DD.HH., imponen el piso mínimo de garantías que nos rige y, conforme las reglas que pautan el vínculo entre derecho interno e internacional, imponen que la legislación doméstica (tanto federal como provincial) no pueda establecer un motivo por fuera de riesgo de fuga o de entorpecimiento de la investigación. Lo contrario, implicaría incurrir en responsabilidad internacional, violando el “control de convencionalidad” -que obliga a tener en cuenta la interpretación de la Corte Interamericana sobre los criterios de aplicación de los Pactos de DD.HH.-⁵.

Desde esta perspectiva, las enseñanzas de Cafferata Nores y Maier han encontrado eco en el sistema interamericano de DD.HH., consagrándolas como el estándar aplicable en tal régimen transnacional, del cual nuestro país (tanto a nivel federal, como provincial) forma parte. Con ello, a la luz del nivel normativo del más alto rango, el tema se encuentra cerrado, sin admitir discusión.

El nuevo discurso legitimador de criterios sustantivistas.

Pese a estos claros y categóricos pronunciamientos del sistema

interamericano, hoy existe una corriente de opinión que pretende poner en crisis tales estándares y brinda un nuevo discurso legitimador para que fundamentos “*sustantivistas*” como el riesgo de reiteración delictiva y la repercusión social del hecho habiliten a denegar la excarcelación y a decretar la prisión preventiva. A ello me he referido en otra ocasión ⁶, y a allí remito.

Sólo habré de señalar aquí que autores como Georg Freund y Ramón Ragués I. Vallés, aluden a la **necesidad de mantener la confianza en la administración de justicia, asegurando el fin de la pena y procurando la pacificación social, en la inteligencia de que si para ello es necesaria la prisión preventiva, es legítimo imponerla.**

Al respecto, Freund sostiene que el encarcelamiento preventivo posee una función material que transforma a las injerencias del proceso en reacción necesaria y adecuada para restaurar la paz jurídica frente a la infracción de la norma, equivalente a la pena, desde donde la prisión preventiva resulta “*castigo provisional*”. De tal modo, en el caso de hechos graves y bien probados -con independencia de los peligros procesales-, el sospechoso no puede permanecer en libertad hasta que concluya el proceso y resulte condenado: es que “*la demora en una reacción claramente perceptible (puede) interpretarse en el sentido de que no se toma en serio un delito que materialmente ya parece suficientemente probado. La función de la prisión provisional en los casos en que no hay peligro de fuga ni de entorpecimiento sería evitar tal sensación*” ⁷.

Análogos argumentos expone Ramón **Ragués I. Vallés** ⁸, quien hace pie en que la prisión preventiva resulta idónea para que la pena pueda desplegar sus efectos preventivos y contribuir así al fin último de pacificación social que pretende la globalidad del sistema penal ⁹.

Precisamente, esta corriente de opinión, lleva expresa aceptación en la legislación de algunos países. Así, por ejemplo, sucede en Canadá, que habilita como fundamento legitimante de la prisión preventiva la necesidad de **mantener la confianza en la administración de justicia** ¹⁰.

También ha sido receptada por precedentes jurisprudenciales internos en nuestro país. Así, la **Cámara Federal de Paraná**, invoca expresamente la posición de Ragués I. Vallés, en las causas “*Sánchez*”, del 23/12/08; “*Wagner*”, del 30/4/09 y “*Cristaldo*”, del 6/5/11, en línea con la opinión del Fiscal General ante dicha Cámara, Dr. **Ricardo Carlos María Álvarez**, exigiendo la reacción inmediata estatal, para que los ciudadanos no cuestionen la propia eficacia del sistema, habilitando desórdenes sociales y viéndose así comprometido el objetivo último del derecho penal, que es el mantenimiento de la paz social.

Del mismo modo se pronunció el Juez **Oscar Hergott**, en el fallo plenario “*Díaz Bessone*”, de la Cámara Federal de Casación Penal. Allí, en sintonía con la tesis que ya había afirmado desde el campo doctrinario ¹¹, le asigna a la prisión preventiva “*finalidad preventiva*” y se-

ñala que ella “*responde a la lógica y a la razón, que frente a la existencia de actos graves de los individuos, el orden jurídico sancione **modelos preventivos** que justifiquen a través de reglas cautelares en qué momento puede restringirse uno de los baluartes de la libertad -esto es, la facultad ambulatoria- sin quedar por ello menoscabado el principio de inocencia. Esta prerrogativa de aplicar la ley y custodiar los postulados constitucionales está a cargo de los jueces, cuyo cometido esencial consiste en dar respuesta inmediata a la aspiración de equidad. Ello implica este axioma que busca evitar que la confianza en las instituciones se quebrante y aparezca la impunidad, generadora de la venganza y sustitutiva de la justicia*”. Más adelante completa sus ideas, pues señala que de lo que se trata con la prisión preventiva es de dar “*solución urgente al conflicto social: se trata de mejorar inmediatamente la convivencia*”.

En esta misma senda, se inscribe **Omar Palermo**, ex Fiscal General de la Cámara Federal de Mendoza y actual Ministro de la Corte de dicha provincia; quien además desarrolla su argumentación con el valor agregado de considerar los pronunciamientos de los organismos de DD.HH., proponiendo una nueva lectura de éstos ¹². Expresamente indica que “*si bien la Corte IDH se pronuncia a favor de la teoría del riesgo procesal, a pesar de su discurso en contra de la teoría de los fines de la pena, no prescinde de ella, pues establece como requisito del encarcelamiento preventivo determinado estado intelectual del juez respecto a la prueba y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva, requisitos estos que no pueden ser explicados desde el punto de vista de la teoría sostenida por la Corte IDH sino exclusivamente por la teoría de los fines de la pena*”. Agrega que “*esta vinculación del encarcelamiento preventivo con la teoría de los fines de la pena también se da en el ámbito del riesgo procesal, pues el sometimiento del imputado al proceso es indispensable para la eventual aplicación de la pena sin la cual esta última no puede cumplir su función*”.

En el trabajo indicado ¹³, he señalado que más allá del buen esfuerzo argumental de Palermo por tratar de hallar recepción de su tesis en los precedentes del sistema interamericano, creo que no logra su objetivo.

Puntalicé que es cierto que tales pronunciamientos supranacionales exigen: **1)** que la prisión preventiva se funde en riesgo de fuga o de entorpecimiento de la investigación; **2)** que para su imposición resulta imprescindible contar con prueba de cargo suficiente, que permita afirmar la existencia de un hecho delictivo y la participación del imputado; **3)** que se exige respetar una regla de proporcionalidad con la pena que se espera y, finalmente, **4)** que se establece una limitación temporal a su duración, bajo criterios de razonabilidad.

No obstante, consideré que estas exigencias no necesariamente se vinculan con los fines de la pena -como afirma Palermo-; **sino con**

los principios generales que se han ido desarrollando como sistema de garantías para limitar la aplicación y duración de la prisión preventiva.

En tal sentido, la naturaleza de “*medida cautelar*” (no punitiva) que los precedentes del sistema interamericano le asignan a la prisión preventiva, nos remiten a la exigencia de dos requisitos: **1)** el requisito *fumus bonis iuris* (suficiente prueba de cargo que acredite la existencia de un hecho delictivo y la participación en él del imputado) ¹⁴ y **2)** el requisito *periculum in mora* (existencia de riesgo de fuga o de entorpecimiento de la investigación).

Por otra parte, la vigencia de una regla de proporcionalidad que exige el sistema interamericano de DD.HH. ¹⁵, impone: **1)** por un lado, que no pueda aplicarse prisión preventiva cuando no vaya a corresponder pena privativa de libertad o cuando ella proceda, pero sea susceptible de ser dejada en suspenso ¹⁶; **2)** por el otro, la limitación a su duración, para que la prisión preventiva no resulte más gravosa que la pena que se espera (expresada como prohibición de exceso) ¹⁷.

Finalmente, el límite temporal a la duración de la prisión preventiva con independencia de que aún subsistan los riesgos procesales que le dan sustento, supone una garantía independiente, que pone tope a la facultad estatal de aplicar encierro sin condena ¹⁸.

En definitiva, todos estos recaudos y exigencias son garantías que limitan y restringen el uso de la prisión preventiva, para no tornarla arbitraria o como herramientas que compatibilizan dicho instituto con el principio de inocencia -que insuficiente para abolir la prisión preventiva, queda reducido como pauta de interpretación y tratamiento del detenido bajo tal régimen-. Adviértase que estas pautas limitadoras en modo alguno habilitan a trascender el riesgo de fuga y de entorpecimiento de la investigación como fundamento legitimante de la prisión preventiva. Justamente, ceñir únicamente a tales motivos la posibilidad de encarcelar provisionalmente, resulta otra forma de restringir su uso.

Bajo esta perspectiva, el sistema interamericano de DD.HH., exige siempre que exista riesgo de fuga y/o de entorpecimiento de la investigación; pero su mera presencia, en algunos casos no habilita per se el encarcelamiento preventivo, pues existen otros requisitos y límites que interactúan (por un lado, verificar que se encuentre satisfecho el requisito “*fumus bonis iuris*” y, por el otro, que su imposición y duración resulten proporcionales con la pena, controlando que su extensión no exceda de un plazo razonable).

En tal contexto, las ideas que proponen autores como Freund y Ragués I. Vallés, y entre nosotros Ricardo Álvarez, Oscar Hergott y Omar Palermo, podrán resultar interesantes y hasta seductoras; pero resultan refractarias en el ámbito interamericano, no pudiendo por ello llevar cabida en nuestro régimen interno (federal o provincial).

En definitiva, nos agrade o no, compartamos o rechazemos el

criterio establecido por los órganos de aplicación del sistema interamericano de DD.HH., la cuestión se encuentra cerrada y las reglas claramente establecidas: sólo riesgo de fuga y de entorpecimiento de la investigación resultan fundamentos legitimantes admisibles en el régimen interno (federal o provincial), conforme lo imponen los pronunciamientos de la Comisión y Corte Interamericanas, bajo cuyas directrices debe ser ejercido el “control de convencionalidad”.

El “riesgo judicial” como fundamento subterráneo para decretar prisiones preventivas.

Más allá de que lo señalado en el punto precedente enciende una alarma sobre el tema de fundamentos legitimantes; ella debe sonar estridente al detectar el problema central que procura dejar en evidencia este trabajo. Es que aparece como fenómeno regional un nuevo fundamento para fundar la prisión preventiva, que opera de manera subterránea y oculta: se trata del **temor de los jueces a sufrir represalias para el caso en que concedan ciertas libertades.**

Así lo puso en evidencia la Relatoría sobre las Personas Privadas de Libertad de la Comisión Interamericana de DD.HH, que tras la visita que practicó en junio de 2010 a la Provincia de Bs. As., denunció que “... *observa 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, los medios de comunicación y del mismo poder político*”¹⁹.

Recientemente fue llevado a la palestra en el *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*, elaborado bajo la dirección de esta Relatoría Especial y aprobado por la Comisión Interamericana de DD.HH.²⁰, el 30/12/13. Allí se formulan importantes recomendaciones sobre el tema, que quedarán consignadas en esta contribución y que los Estados Parte del sistema interamericano deben tomar en cuenta.

Con ello, se dio visibilidad desde las más altas instancias²¹ a un motivo que, en forma velada, a veces fundamenta las decisiones de los jueces al decidir excarcelaciones: no conceden libertades para evitar **la crítica, el cuestionamiento despiadado, que puede llegar hasta la persecución, destitución e incluso al absurdo de su encarcelamiento.**

Como veremos, esto último no resulta una exageración: el caso de la **Jueza venezolana María Lourdes Afiuni Mora**, que consideraremos en detalle, así lo deja en evidencia.

De tal modo, hay casos en que asoma como punta de iceberg el riesgo de entorpecimiento o de fuga como argumentos apócrifos, pues el verdadero permanece oculto bajo la línea de flotación, resultando ser el referido miedo de los jueces. A este **nuevo fundamento para la prisión preventiva Zaffaroni lo denomina “riesgo judicial”²² y nos habla de “jueces asustados”**, que por temor se ven determinados a no

conceder libertades.

Lo concreto es que frente a las demandas ciudadanas de mayor seguridad, promover la utilización racional y minimalista de la prisión preventiva se muestra utópica. Por el contrario, el terreno es fértil para que se abran camino discursos de “*ley y orden*”, que terminan cosechando adhesiones entre los ciudadanos y políticos, como reacción visceral y mágica respuesta, a pesar de ser una práctica decididamente desalentada por la Comisión Interamericana de DD.HH.²³

En tal escenario, los Poderes Legislativos y Ejecutivos quedan atrapados en esta lógica y empujan al Poder Judicial a aplicarla.

Obviamente, los legisladores lo harán dictando leyes en tal dirección. Frente a normas de tal naturaleza, el diseño institucional del Estado Constitucional de Derecho tiene un remedio contundente y eficaz: los controles de “*constitucionalidad*” y de “*convencionalidad*”, que deben ejercer los Jueces.

Al respecto, merecer ser destacada la actuación de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, que a través de una medida cautelar²⁴ suspendió la vigencia de la *ley 14.434*, el 13/12/12²⁵, provocando que el Poder Ejecutivo provincial promoviera una nueva ley, finalmente aprobada el 13/6/13, como *ley 14.517*, que supera las objeciones de inconstitucionalidad que viciaban la reforma anterior -que quedó tácitamente derogada-²⁶.

Ahora bien, el principal problema surge cuando los Poderes Ejecutivos se comprometen con las campañas de “*ley y orden*”, criticando al Poder Judicial por conceder libertades.

También puede surgir cuando los Tribunales Superiores -patológicamente-, asumen el rol de guardianes de esas campañas y vapulean a los Jueces de anteriores instancias, imponiendo el modelo napoleónico de verticalismo interno corporativista; incompatible con una magistratura democrática.

Al respecto, en el párr. 107 del aludido *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*, aprobado el 30/12/13 por la Comisión Interamericana de DD.HH., se señala: “*Otro de los factores relevantes que incide en que la prisión preventiva no sea utilizada excepcionalmente y de acuerdo con su naturaleza cautelar lo constituyen las injerencias sobre las autoridades judiciales directamente encargadas de decidir acerca de la aplicación de esta medida, lo que es más grave aún en vista de las significativas deficiencias estructurales y flaquezas de los sistemas judiciales de muchos países de la región. En los hechos, estas presiones o injerencias provienen fundamentalmente de tres sectores: a) altos funcionarios de otros poderes y órganos del Estado, que ante los reclamos sociales o por motivaciones de otra naturaleza mantienen un fuerte discurso punitivo, en ocasiones acompañado de medidas de presión concretas hacia los operadores de justicia; b) las cúpulas de los poderes judiciales que muchas veces hacen eco del men-*

saje que se transmite desde el poder político; y c) los medios de comunicación y la opinión pública”.

Frente a ello, los Jueces se sienten acorralados y pierden su independencia -tanto externa (respecto de otros poderes) como interna (respecto del propio Poder Judicial)-, con nefastas consecuencias para la República ²⁷.

Nuestro país no ha resultado inmune a esta tendencia. Como simples ejemplos, basta reparar que al mismo momento en que la Cámara Federal de Casación Penal dictaba el Plenario “*Díaz Bessone*”, desde el más alto nivel del Poder Ejecutivo Nacional se cuestionaba a la Justicia por conceder excarcelaciones ²⁸; mientras que para esos tiempos el Gobernador de la Pcia. de Buenos Aires anunciaba un proyecto de ley para endurecer su normativa ²⁹, luego aprobado por *ley 13.943*, del 23/12/08.

Asimismo, en manifestación de esta tendencia, se ha verificado que el Poder Ejecutivo de Chubut, en abierta crítica a la concesión de excarcelaciones, anunció la pretensión de realizar un seguimiento diario del tema, enviando “veedores” a las audiencias en las que se decida la libertad de los imputados, con la finalidad de controlar los fundamentos de la decisión e “iniciar juicio político” cuando se considere desacertada la resolución de los magistrados ³⁰.

Claro que el fenómeno no es exclusivo de nuestro país. En el aludido *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*, se ponen de manifiesto los casos de México, Ecuador y Chile.

Así, en el párr. 110, se da cuenta que en **México**, el anterior Presidente, Felipe Calderón, tenía la práctica de criticar públicamente a los jueces que actuaban en determinados casos de alto perfil mediático, asimilando la concesión de excarcelación con “impunidad”. Llegó a manifestar públicamente “*no es que yo traiga algo contra los jueces, los aprecio, pero uno se cansa... Ahí hay un lío con impunidad, ... yo creo que el Poder Judicial local y federal, tiene mucho que mejorar en este aspecto*”.

Respecto de **Ecuador**, en el párr. 111, se señala que el Presidente Correa, manifestó: “*Lo que sucede en la actualidad con la transformación en el sector de la justicia, repercute en mejor seguridad ciudadana, porque si a un delincuente lo sueltan, vuelve a delinquir*”.

Finalmente, en relación a **Chile**, el párr. 112, apunta que hacia fines de 2011, el Ministro de Justicia, señaló que “*no se avalará la labor de los jueces ultragarantistas*” y que “*el Ejecutivo tenía el poder de considerar, a la hora de decidir los ascensos de los jueces, los fallos emitidos por éstos respecto de este asunto*”.

Si ello es de por sí preocupante claro que es mucho más grave cuando se terminan promoviendo o apoyando los pedidos de remoción de Jueces, por otorgar libertades. En nuestro medio, lamentablemente ello aconteció en distintos contextos, tanto desde el sistema federal ³¹,

como desde el bonaerense³². Va aquí mi solidaridad para con los Jueces injustamente cuestionados.

Al respecto, cabe aclarar que si bien existe entre nuestros Consejos de la Magistratura una saludable corriente de opinión que tiende a preservar a los Jueces de tales embates³³; este fenómeno no ha deparado la misma suerte para algunos Magistrados en la región: vale, por todos, mencionar el anunciado caso de la **Jueza venezolana María Lourdes Afiuni Mora**, titular a cargo del Juzgado 31 de Control de Caracas, detenida en 2009, por haber dispuesto la libertad del presidente de los Bancos Canarias y Bolívar, Eligio Cedeño -quien terminó fugando-. Para excarcelarlo, la Jueza había tenido en cuenta la *Opinión 10/2009* del Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias de la ONU, que había calificado como arbitraria la detención que venía sufriendo el imputado, recomendando su liberación.

A raíz de tal proceder, la Jueza permaneció detenida en prisión preventiva carcelaria por trece meses y ante gravísimos problemas de salud, finalmente se le otorgó arresto domiciliario -con la prohibición de declarar a medios nacionales e internacionales sobre su proceso-; situación en la que continuó hasta junio de 2013, cuando se concedió su libertad condicional, luego de tres años y medio de detención, imponiéndosele como restricciones la prohibición de salida del país, presentarse cada 15 días, no declarar a la prensa, ni hacer uso de las redes sociales (que venía utilizando hasta su libertad)³⁴.

Sobre su delicada y preocupante situación se han pronunciado varios organismos de DD.HH., habiendo dispuesto la Corte Interamericana medidas provisionales a su respecto, a fin de preservar su salud³⁵.

La opinión de la Comisión Interamericana es la que sintetiza en buena manera la atención internacional que el tema suscita. En tal sentido, en el *"Informe Anual 2010"* sobre la situación de los DD.HH.³⁶, la Comisión detalla lo acontecido, dando cuenta en el párr. 610 que la jueza fue arrestada *"minutos después de emitir su resolución, por agentes..., quienes no mencionaron ni el motivo de la detención ni la autoridad que la había ordenado y no mostraron orden judicial alguna. Al día siguiente, en cadena nacional de radio y televisión, el Presidente de la República Hugo Chávez, calificó a la jueza Afiuni de 'bandida' y señaló: 'Yo exijo dureza contra esa jueza; incluso le dije a la presidenta del Tribunal Supremo [de Justicia, Luisa Estela Morales], y le digo a la Asamblea Nacional: habrá que hacer una ley porque es mucho más grave un juez que libere a un bandido, que el bandido mismo. Es infinitamente más grave que un asesinato, entonces habrá que meterle pena máxima a esta jueza y a los que hagan eso. Treinta años de prisión pido yo a nombre de la dignidad del país'"*.

Sobre el particular, la Comisión Interamericana recuerda en el párr. 612, que el 16/12/09, el Presidente del *Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias*, la *Relatora Especial sobre la Independencia*

de los Jueces y Abogados y la *Relatora Especial sobre la Situación de los Defensores de DD.HH.*, emitieron un pronunciamiento conjunto sobre la situación de la Jueza Afiuni en el que señalaron que: “*las represalias por ejercer funciones constitucionalmente garantizadas y la creación de un clima de temor en el Poder Judicial y en los abogados no sirve a otro propósito que el de socavar el Estado de Derecho y obscurir a la justicia*”.

La Comisión Interamericana también alude a otros pronunciamientos de otros organismos internacionales de DD.HH.: **1)** el *Grupo sobre la Detención Arbitraria del Consejo de DD.HH. de las Naciones Unidas* (Opinión N° 20/2010, del 3/9/10, señalando que “*la Jueza Afiuni Mora decretó la liberación bajo caución del Sr. Cedeño en pleno ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, disponiendo una medida cautelar menos gravosa...*”³⁷; **2)** el *Parlamento Europeo* (Resolución del 8/7/10, sobre Venezuela); **3)** la *Relatora Especial sobre la Independencia de Jueces* y **4)** la *Alta Comisionada de Naciones Unidas para los DD.HH.* (citados en el párr. 619).

Tras ello, la Comisión Interamericana de DD.HH., en el párr. 621 concluyó: “*el caso de la Jueza Afiuni envía una fuerte señal a la sociedad y al resto de los Jueces de que el Poder Judicial no tiene la libertad de adoptar decisiones contrarias a los intereses del gobierno, pues de hacerlo corren el riesgo de ser removidos de sus cargos, procesados y sometidos a situaciones contrarias a la dignidad humana*”. La conclusión es por demás fuerte y preocupante, una importantísima señal de alarma³⁸.

Más allá de este escandaloso caso de la Jueza venezolana, aparecen otras situaciones menos dramáticas pero también muy preocupantes. Por ej., en **Perú**, la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA) inició procesos disciplinarios contra jueces por aplicar una medida alternativa a la prisión preventiva, solicitando de manera preliminar la suspensión en las funciones³⁹.

En **Brasil**, encontramos el caso del Juez **Livingsthon José Machado**, quien liberó a varias personas debido a las condiciones ilegales de prisión en las que se encontraban y por esa razón sufrió presiones de los medios y a la vez se le inició un proceso disciplinario, dejando a raíz de ello la Magistratura⁴⁰.

También se han registrado casos en **Bolivia**, en donde los Jueces denunciaron una “persecución” por parte del Ministerio Público y la existencia de expedientes disciplinarios abiertos por las decisiones jurisdiccionales que tomaban⁴¹.

Con lo expuesto queda en evidencia que -más allá de lo que acontezca con los Magistrados denunciados, que obviamente no puede resultarnos indiferente-, estas prácticas persecutorias devienen en claras y contundentes señales para el conjunto de los Magistrados. Se erigen en “**mensajes disciplinarios extorsivos para el resto del Poder Judicial**”⁴².

Lamentablemente, son gestos autoritarios y retrógrados que otorgan verificación empírica a las proféticas advertencias de Zaffaroni, quien indicara que “el jurista que reconozca que la prisión preventiva plantea al derecho procesal penal la cuadratura del círculo y que procure su limitación extrema; el juez que se anime a aplicarla sólo en muy limitada medida, el que la haga cesar por su irracionalidad en el tiempo, todos sin excepción serán víctimas del escarnio de los medios y de la demagogia de los políticos, cuando no de injurias y agresiones personales”⁴³.

En definitiva, el mensaje disciplinador que deriva de estas prácticas nefastas, dan pábulo a un nuevo fundamento de la prisión preventiva: el “**riesgo judicial**”, constituido por el miedo de los jueces a conceder libertades. Se trata de decisiones que restringen la libertad y que pueden quedar sospechadas de haber sido adoptadas por “**jueces asustados**”⁴⁴.

Frente a ello, la Comisión Interamericana de DD.HH., el 30/12/13, a través de la aprobación del *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*, ha efectuado importantísimas recomendaciones. Así, como **Recomendación F-2**, señala: “**Los funcionarios de los poderes del Estado deberán abstenerse de emitir públicamente opiniones que directamente descalifiquen a fiscales, jueces, o defensores públicos por una decisión adoptada relativa a la aplicación, o no, de la prisión preventiva...**”⁴⁵.

En igual dirección, en la **Recomendación F-6**, se indica: “**En ningún caso, estos mecanismos de control disciplinario, deberán utilizarse como medio de presión o castigo contra las autoridades judiciales que hayan adoptado decisiones relativas a la prisión preventiva dentro del ámbito de sus competencia y conforme a derecho**”⁴⁶.

Es indudable que las prácticas persecutorias aquí analizadas y las posibles actitudes de Jueces por ellas doblegados, resultan “todo lo contrario de lo que cabría esperar en una República Democrática en la plena vigencia del Estado de Derecho. En efecto, que los Jueces fallen de manera distinta a lo que esperan el gobierno, los medios o los grupos de poder son señales de buena salud”⁴⁷.

En definitiva, constituyen un atentado a la independencia del Poder Judicial⁴⁸ y es por ello que, precisamente, se impone el más enérgico repudio contra ellas, pues es ostensible que suponen variables de bloqueo determinantes, que enrarecen el ambiente y condicionan fuertemente el curso de acción a seguir desde la *praxis* forense, erigiéndose en una fórmula subterránea de “*contrarreforma*” a nivel regional⁴⁹, que se exhibe como la más preocupante, por resultar velada⁵⁰.

Conclusión

Con lo dicho, se ha tratado de demostrar que el tema de funda-

mentos legitimantes, que estimábamos como superado desde hace dos décadas, vuelve a presentar aristas indeseables. Hoy han vuelto al ruedo, con un nuevo discurso legitimador, fundamentos como reiteración delictiva y repercusión social del hecho; los cuales resultan refractarios para el sistema interamericano de DD.HH., que sólo admite riesgo de fuga y de entorpecimiento de la investigación.

Por lo demás, procuré darle visibilidad a la preocupante causal subterránea del “riesgo judicial”, encarnada en el miedo de los jueces a disponer libertades; dejando en claro que con ello se vulnera la independencia de los Jueces, se afecta severamente la República y el Estado de Derecho.

Cabe invitar, pues, a la reflexión y al desarrollo de los mecanismos de protección necesarios para los Jueces, quienes en definitiva constituyen el principal *frente de resistencia* ante el avance del discurso represivo autoritario⁵¹.

Vale una vez más tener presente que como bien señala Ferrajoli, “en la ‘democracia constitucional’, hay una esfera de lo ‘no decidible’ - el qué cosa no es lícito decidir (o no decidir)-, que se ha convenido sustraer a la voluntad de la mayoría. Precisamente, una de esas cosas es la tutela de los derechos fundamentales -primeros entre todos la vida y la libertad personal, que no hay voluntad de mayoría, ni interés general, ni bien común o público a los que puedan ser sacrificados-. Precisamente porque los derechos fundamentales y sus garantías, según una feliz expresión de Ronald Dworkin, son derechos y garantías ‘*contra la mayoría*’, también el poder judicial instituido para su tutela debe ser un poder virtualmente ‘*contra la mayoría*’”⁵².

Sólo se trata de recordar, como con buen tino y elocuencia, escribió Daniel Pastor, que “la culpa de la libertad de los no condenados no es de esos Jueces ni de otros Jueces. La culpa no es del Congreso. La culpa no es de los Fiscales. La culpa no es del Ejecutivo. La culpa es de la Democracia, que no es la Dictadura, la culpa es de que existan Derechos Humanos, que son para todos y no sólo para algunos, la culpa -y cualquier otra explicación sobra- es del bendito art. 18 de la Constitución: ‘*Nadie puede ser penado sin juicio previo*’”⁵³.

Así, únicamente vale transitar por la senda trazada por los organismos internacionales de DD.HH. y apoyarnos en la buena doctrina, que en esta materia encarnan icónicamente José Cafferata Nores y la Escuela Procesal de Córdoba. Basta con seguir sus pasos, pues el Maestro nos ha licenciado para ello, ya que en el prólogo con el que me honrara dijo⁵⁴:

**“Total,
total mi huella es de nadie
todos la caminan
pero no la ven”.**

BIBLIOGRAFÍA

Bigliani, Paola; Bovino, Alberto: *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*, Editores del Puerto, 2007.

Cafferata Nores, José I.: - *La excarcelación*, Lerner Editora Córdoba, 1977.

- *Prisión preventiva: estado actual de su recurrente problemática*, “Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba”, tomo XLVIII, año académico 2009, Córdoba, 2011.

- *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre DD.HH. de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, Editores del Puerto - CELS, 2000

- *Prólogo al libro de Marcelo Solimine, Libertad bajo caución y situación procesal*, Depalma, 1998.

CELS: *Informe Anual 2010*.

Comisión Interamericana de DD.HH.: - *Informe anual 2010* (Doc OEA/Ser.L/V/II.Doc. 5 corr., del 17/3/11), Sección del informe referida al caso de la Juez María Lourdes Afiuni, punto B. “*Remoción y persecución de jueces con tinte político*”.

- *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*, aprobado el 30/12/13

Comité contra la Tortura de la Comisión Provincial por la Memoria de la Pcia. de Bs. As.: *El sistema de la crueldad V*, 2010.

Chiara Díaz, Carlos: *Las medidas de coerción y la inconstitucionalidad de la prisión preventiva*, Nova Tesis, Rosario.

DPLF (Fundación para el debido proceso), *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada (Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú)*, Washington, 2013 (disponible en www.dplf.org).

Ferrajoli, Luigi: *El juez en una sociedad democrática*, publicado en CEJA, www.cejamericas.org

Freund, Georg: *Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho Penal*, en “El sistema integral del Derecho Penal. Delito, determinación de la pena y Derecho penal”, AA.VV., Ma-

drid-Barcelona, 2004, ps. 91/128.

Hergott, Oscar: *La reforma procesal penal de la Nación y el paradigma constitucional*, “L.L.”, del 18/9/07.

Juliano, Mario: *La naturaleza encubierta del fenómeno de la prisión preventiva*, disponible en internet <http://www.eldial.com>; elDial-DCA68.

Maier, Julio: *Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado y su situación procesal*, Lerner, 1981.

ONG's ante la Comisión Interamericana de DD.HH.: documento *Uso abusivo de la prisión preventiva en las Américas*, 2012.

Padilla, Norberto: *Preservar la seguridad pública en el marco del pleno respeto de los DD.HH. La prolongación de la prisión preventiva y el peligro de la condena anticipada*, “E.D.”, t. 232, p. 521.

Pastor, Daniel: *Nadie puede ser penado sin juicio previo*, Eldial.com, del 23/12/08.

Ragués I. Vallés, Ramón: *-Prisión provisional y prevención del delito ¿Legítima protección de bienes jurídicos o derecho penal del enemigo?*, en “Derecho Penal del Enemigo”, coordinado por Canció Meliá, Ed. B. de F., Bs. As., 2006, ps. 713/734.

-Derecho Penal sustantivo y derecho procesal penal: hacia una visión integrada, en “La reforma del proceso penal peruano, Anuario 2004”, Director José Hurtado Pozo, Perú, ps. 152/160.

Relatoría sobre las Personas Privadas de Libertad de la Comisión Interamericana de DD.HH., *Informe del 21/6/10*, publicado en www.cidh.org/Comunicados/Spanish/64-10sp.htm.

Riego, Cristian; Duce, Mauricio; Fuentes, Claudio: *La reforma procesal penal en América Latina y su impacto en el uso de la prisión preventiva*, en “Prisión preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina. Evaluación y perspectivas”, CEJA-JSCA, 2009.

Rosenberg, Marc: *La prisión preventiva en Canadá*, en “Revista Sistemas Judiciales N° 14”, CEJA - INECIP.

Sergi, Natalia: *Límites temporales a la prisión preventiva*, “NDP”, t.

2001-A.

Solimine, Marcelo: *-Excarcelación. Discurso legitimador de la reiteración delictiva y la alarma social*, “L.L.”, del 5/7/13, tomo 2013-D.

Reforma al régimen excarcelatorio y su suspensión cautelar; “L.L.”, del 25/3/13

Zaffaroni, Raúl Eugenio: *- El enemigo en el Derecho Penal*, Ediar, Bs. As., 2006

- *La independencia interna de un juez*, Diario Página 12, 12/2/12.

- *La palabra de los muertos*, Conferencias de criminología cautelar; Ediar, 2011.

- *Prólogo* al libro de Gustavo Vitale, *Encarcelamiento de presuntos inocentes. Hacia la abolición de la barbarie*, Edit. Hammurabi, 2007.

¹ - El Capítulo II de su obra *La excarcelación*, Lerner Editora Córdoba, 1977, con la consagrada clasificación entre criterios “procesalistas” y “sustantivistas”, así lo impuso. Reiteradamente actualizó sus pensamientos, por ej., en *Medidas de coerción en el CPP, ley 23.984*, Depalma, 1992 y en *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre DD.HH. de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, Editores del Puerto - CELS, 2000. Una de sus últimas incursiones sobre el tema la ha dado en *Prisión preventiva: estado actual de su recurrente problemática*, “Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba”, tomo XLVIII, año académico 2009, Córdoba, 2011, p. 232.

² - En *Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado y su situación procesal*, Lerner, 1981, Maier compila varios trabajos doctrinarios sobre excarcelación y prisión preventiva.

³ - En el párr. 77, expresamente señaló: “*Esta Corte estima que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el art. 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el PIDCP, que dispone que la prisión preventiva de las personas*

que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3)”.

⁴ - La única excepción de la Corte Interamericana que conozco ha sido la sentencia “Canese”, del 31/8/04, párr. 129, en la cual tuvo como traspié admitir, típicamente, riesgo de reiteración delictiva. Allí señaló: “*La jurisprudencia internacional y la normativa penal comparada coinciden en que para aplicar tales medidas cautelares en el proceso penal deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad del imputado y que se presente alguna de las siguientes circunstancias: peligro de fuga del imputado; peligro de que el imputado obstaculice la investigación; y peligro de que el imputado cometa un delito, siendo esta última cuestionada en la actualidad*”.

⁵ - El control de convencionalidad fue definido por la Corte Interamericana de DD.HH., en la sentencia “Almonacid Arellano”, del 26/9/06, afirmando que los Estados Parte están obligados “a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin”, indicando que para este “control de convencionalidad”, “el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana” (párr. 124). Cabe advertir que esta sentencia internacional ha sido invocada literalmente por nuestra Corte Federal, en el fallo “Mazzeo”, del 13/7/07 (Fallos 330:3248) - Cons. 2- y más recientemente en el fallo “Rodríguez Pereyra”, del 27/11/12, en donde recuerda que la Corte Interamericana ha reafirmado y reforzado el concepto en otros pronunciamientos: “Caso Trabajadores Cesados del Congreso”, del 24/11/06; “Ibsen Cárdenas e Ibsen Pefía”, del 1/9/10; “Gomes Lund y otros (‘Guerrilha do Raguaiá’)”, del 24/11/10; “Cabrera García y Montiel Flores”, del 26/11/10 y “Fontevicchia y D’Amico”, del 29/11/11.

⁶ - Marcelo Solimine, *Excarcelación. Discurso legitimador de la reiteración delictiva y la alarma social*, “L.L.”, del 5/7/13, tomo 2013-D. Allí relevé jurisprudencia de todo el país que admite tales criterios sustantivos.

⁷ - Georg Freund, *Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho Penal*, en “El sistema integral del Derecho Penal. Delito, determinación de la pena y Derecho penal”, AA.VV., Madrid-Barcelona, 2004, ps. 91/128.

⁸ - Ramón Ragués I. Vallés, *Prisión provisional y prevención del delito ¿Legítima protección de bienes jurídicos o derecho penal del enemigo?*, en “Derecho Penal del Enemigo”, coordinado por Canció Meliá, Ed. B. de F., Bs. As., 2006, ps. 713/734. También expone sus ideas en *Derecho Penal sustantivo y derecho procesal penal: hacia una visión integrada*, en “La reforma del proceso penal peruano, Anuario 2004”, Director José Hurtado Pozo, Perú, ps. 152/160.

⁹ - Ragués I. Vallés, *Prisión provisional...*, ob. cit., p. 715. Claro que en estos casos, sólo admite la aplicación de la prisión preventiva cuando se encuentren verificados ciertos recaudos o exigencias generales: 1) que los daños que se eviten con la medida sean sensiblemente superiores a los que supone la prisión del procesado (relación de proporcionalidad); 2) que no se cuente con medios igualmente eficaces pero menos restrictivos (principio de subsidiariedad) y 3) que exista una alta probabilidad de condena (requisito *fumus bonis iuris*) (ob. cit., ps. 719/721).

¹⁰ - Precisamente la Sección 515(10) del Código Penal de Canadá, fija tres tipos de motivos: 1) primarios: riesgo de fuga; 2) secundarios: por protección y segu-

ridad pública, en donde tienen cabida: a) el riesgo de reiteración delictiva y b) el riesgo de obstaculización de la justicia y 3) *terciarios*, para mantener la confianza en la administración de justicia. De ello da cuenta Marc Rosenberg, *La prisión preventiva en Canadá*, en “*Revista Sistemas Judiciales N° 14*”, CEJA - INECIP, p. 27.

¹¹ - Se trata de su artículo: *La reforma procesal penal de la Nación y el paradigma constitucional*, “L.L.”, del 18/9/07. Allí admite como fundamentos del encarcelamiento preventivo: prevenir la fuga, evitar la repetición del delito, ocultar pruebas o amedrentar testigos, o valorar el grado de conmoción social que la naturaleza del hecho delictivo ocasiona en la seguridad colectiva de la sociedad”.

¹² - Así lo hizo al dictaminar el 24/6/09 como Fiscal en la causa “*Oyarzábal*”, de la Cámara Federal de Mendoza.

¹³ - Ob. cit., nota 6.

¹⁴ - La Comisión Interamericana de DD.HH., en su *Informe 2/97*, del 11/3/97, párr. 26, señaló que la presunción de culpabilidad de una persona no sólo es un elemento importante, sino una condición “*sine qua non*” para continuar la medida restrictiva de la libertad. Insiste con la idea en el *Informe 86/09*, del 6/8/09, párrs. 77/79, con cita de precedentes del sistema europeo. En el CPPN este requisito lo satisface el instituto del procesamiento (art. 306); siendo que la falta de mérito (art. 309) -que impone la libertad-, precisamente supone que este extremo no se ha acreditado.

¹⁵ - La Corte Interamericana ha afirmado la idea de proporcionalidad en las sentencias “*Suárez Rosero*”, del 12/11/97, párr. 77; “*Canese*”, del 31/8/04, párr. 129; “*Tibi*”, del 7/9/04, párrs. 98 y 106; “*Palamara Iribarne*”, del 22/11/05, párrs. 197 y 215; “*Yvon Neptune*”, del 6/5/08, párrs. 97 y 107; “*Bayarri*”, del 30/10/08, párr. 69. También en “*López Álvarez*”, del 1/2/06, cuyo párr. 68, indica que imponer prisión preventiva “*requiere un juicio de proporcionalidad entre aquélla, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria*”. Igualmente en “*Barreto Leiva*”, del 17/11/09, párr. 122, hace una buena síntesis. La Comisión lo afirma en el punto III.2 de los “*Principios y Buenas Prácticas sobre las Personas Privadas de Libertad en las Américas*”.

¹⁶ - La Comisión Interamericana, en el *Informe 86/09*, del 6/8/09, párr. 110, indicó: “*no se podrá recurrir a la prisión cautelar cuando la pena prevista para el delito imputado no sea privativa de la libertad. Tampoco cuando las circunstancias del caso permitan, en abstracto, suspender la ejecución de una eventual condena*”.

¹⁷ - Incluso, como evolución de esta idea de proporcionalidad, surge una definición de segunda generación de este principio, a modo de regla de inequivalencia entre prisión preventiva y pena, que impone que la primera sea *sensiblemente menor* que la segunda. La Comisión Interamericana, en el *Informe 86/09*, ha avanzado en esta dirección (párr. 109). Con la definición de 2° generación coincide Natalia Sergi (*Límites temporales a la prisión preventiva*, “*NDP*”, t. 2001-A, p. 137) y Bigliani-Bovino (*Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*, Editores del Puerto, 2007, ps. 50/54).

¹⁸ - El art. 7.5 CADH y 9.3 PIDCP, aluden al derecho a ser juzgado en un plazo razonable o a ser puesto en libertad. Ha sido gráfica la Comisión Interamericana en el *Informe 86/09*, párr. 134: “*Una vez vencido el plazo considerado razonable,*

el Estado ha perdido la oportunidad de continuar asegurando el fin del proceso por medio de la privación de la libertad del imputado. Es decir, la prisión preventiva podrá o no ser sustituida por otras medidas cautelares menos restrictivas pero, en todo caso, se deberá disponer la libertad. Ello, independientemente de que aún subsista el riesgo procesal, es decir, aun cuando las circunstancias del caso indiquen como probable que, una vez en libertad, el imputado intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer la investigación, la medida cautelar privativa de la libertad debe cesar. Porque la necesidad de establecer un plazo razonable responde, precisamente, a la necesidad de establecer un límite más allá del cual la prisión preventiva no puede continuar, en aquellos casos en los que aún subsisten las condiciones que fundaron la medida cautelar. De no ser así, la prisión preventiva debe cesar, no ya por su razonabilidad temporal sino por su falta de fundamento”.

¹⁹ - Informe del 21/6/10, publicado en www.cidh.org/Comunicados/Spanish/64-10sp.htm.

²⁰ - La Comisión ha dado gran importancia a este tema, siendo que una de las audiencias temáticas celebradas en su ámbito, en el 147° período de sesiones, el 16/3/13, ha sido sobre “Independencia judicial y prisión preventiva en las Américas”, organizada por la Fundación para el Debido Proceso (DPLF), el Instituto de Derecho y Sociedad (CIDES), el Instituto de Defensa Legal (IDL) y de Justicia.

²¹ - También es central en la materia la publicación de DPLF (Fundación para el debido proceso), *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada (Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú)*, Washington, 2013 (disponible en www.dplf.org). En ella se partió de la hipótesis de que los jueces en la región son, en mayor o menor medida, vulnerables a presiones legítimas o ilegítimas, que les dificultan interpretar y aplicar la prisión preventiva según los parámetros internacionales; hallando evidencia que verificó tal hipótesis.

²² - Zaffaroni, *La palabra de los muertos, Conferencias de criminología cautelar*, Ediar, 2011, p. 533.

²³ - El Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, aprobado por la Comisión Interamericana de DD.HH., el 30/12/13, ha señalado en la Recomendación A-4, que los Estados deben “evitar respuestas de endurecimiento de los sistemas penales que repercutan en la restricción de la libertad durante el proceso penal ante demandas de seguridad ciudadana”.

²⁴ - Dispuesta en la causa I-72.427 “CELS y otros c/ Pcia de Bs As s/ inconstitucionalidad de la ley 14.434”, el 26/2/13. Dicha resolución y sus implicancias la he analizado en *Reforma al régimen excarcelatorio y su suspensión cautelar*, “L.L.”, del 25/3/13.

²⁵ - Mediante esta ley se agregó un nuevo párrafo al art. 171 del CPP local, señalando: “Tampoco se concederá la excarcelación cuando, en los supuestos de tenencia o portación ilegítima de arma de fuego de cualquier calibre, el imputado hubiera intentado eludir el accionar policial, evadir un operativo público de control o, de cualquier otro modo, desobedecer, resistirse o impedir el procedimiento”. Con ello, se volvieron a incorporar a la legislación bonaerense los siempre recurrentes y cuestionables “delitos inexcrcelables” (por su calificación legal: en el caso, tenencia y portación de arma de fuego); aditiéndoles en esta oportunidad, una especial actitud del imputado: eludir el accionar policial, evadir un operativo público de control, desobedecer, resistir o impedir el procedimiento.

²⁶ - Con tal reforma se modificó el art. 171, que pasó a disponer: “*El Juez podrá considerar que concurren esos extremos (riesgo procesal) cuando, en los supuestos de tenencia y portación ilegítima de arma de fuego de cualquier calibre, el imputado hubiera intentado eludir el accionar policial, evadir un operativo público de control o, de cualquier otro modo, desobedecer, resistirse o impedir el procedimiento*”.

²⁷ - Zaffaroni, en reacción a la condena al juez español Baltazar Garzón, señaló: “La importancia de la independencia interna es fundamental. La violación de la independencia externa es escandalosa pero esporádica, en tanto que el desconocimiento de la independencia interna se sufre cotidianamente y en cualquier caso, abre las puertas a todos los vicios burocráticos, las insidias y las habladurías, la hipocresía y el servilismo al pretendido superior, los jueces pierden ciudadanía para pasar a la condición de súbditos sumisos ...” (Zaffaroni, *La independencia interna de un juez*, Diario Página 12, 12/2/12).

²⁸ - Dos días antes del dictado de este fallo, la Presidenta de la Nación, había señalado: “la policía trabaja y detiene, detiene delincuentes” y “la Justicia libera, libera”. Ello, en explícita crítica a los jueces, a quienes les pidió que apliquen “los instrumentos para denegar libertades y excarcelaciones” (Diario *Clarín*, 29/10/08, “*Cristina elogió a la policía y cuestionó a la justicia*”, por Atilio Blela).

²⁹ - El Gobernador de la Pcia. de Bs. As., Scioli, a poco de asumir, señaló que para terminar con la inseguridad, es “determinante” que las personas que cometen un delito “no entren por una puerta y salgan por la otra” (Diario *El Día*, “*Delitos: fuerte reclamo de Scioli a la Justicia*”, 22/1/08).

³⁰ - Diario *La Nación*, 5/5/09, *El gobierno de Chubut “revisará” las excarcelaciones*, por Ana Tronfi.

³¹ - Por ej., varios Jueces de la Casación Federal fueron denunciados por el Secretario de DD.HH. de la Nación ante el Consejo de la Magistratura “por mal desempeño de sus funciones”, por acordar excarcelaciones en causas de lesa humanidad. Saludablemente, tales denuncias fueron desestimadas: así lo dispuso el Consejo de la Magistratura de la Nación, a través de la Resolución 583/09, del 26/11/09, en cuyo Cons. 12º indicó: “...*que la discrepancia con lo resuelto por los magistrados, más allá de su razonabilidad o no, no puede ser aceptada como fundamento ni como causa para promover una denuncia en su contra... Lo contrario significaría cercenar el principio de independencia y discrecionalidad de los jueces en la labor jurisdiccional*”. Con ello, no sólo se hizo Justicia, sino que -con alivio- se preservó la República y los valores que la inspiran. Sin dudas, Juristas de la talla de los Jueces **Ángela Ledesma, Luis García y Guillermo Yacobucci** -quienes se hallaban entre los denunciados-, enaltecen el prestigio del Poder Judicial de la Nación y para ellos, pueden ser aplicadas a cabalidad, las consideraciones vertidas por Chiara Díaz, para otra ocasión: “Los magistrados que los dictaron hicieron realidad la aspiración de los ciudadanos de una república democrática de contar como garantía de sus derechos con jueces exentos de preocupaciones electorales, mediáticas y de los guarismos de las encuestas de opinión..., demostrando no tener temores frente a quienes tachan su entereza y siembran dudas acerca de sus motivaciones a través de declaraciones altisonantes, presiones corporativas, sociales, políticas y de manifestaciones callejeras, muchas veces conducidas por ideólogos que aprovechan para obtener rédito faccioso del dolor y desorientación de las víctimas de tragedias incommensurables...” (Chiara Díaz, *Las medidas de coerción y la inconstitucionalidad*

de la prisión preventiva, Nova Tesis, Rosario, p. 300).

³² - Sobre varios jueces provinciales hubo críticas vertidas por el Gobernador provincial y por el Ministro de Justicia de la Nación, que merecieron una inmediata respuesta crítica de la Suprema Corte y Procuración General bonaerenses -Resolución 744/09- (Diario *Clarín*, del 2/4/09, *Inseguridad: la Corte de la provincia contra funcionarios*). Los casos de los Jueces bonaerenses **Schiavo** y **Sal Lari** resultan paradigmáticos.

³³ - Al respecto -y más allá de que lo consignado en la nota 31 es un ejemplo de ello-, el Consejo de la Magistratura de la Nación, desde hace tiempo, ha resistido el embate, rehusándose a castigar a los jueces por el contenido de sus sentencias. Así, viene diciendo: “*debe procurarse evitar que se utilice la solicitud de sanciones disciplinarias o incluso la amenaza de juicio político como herramientas para condicionar el ejercicio independiente de la magistratura... No cabe, pues, por la vía de una denuncia de la índole de la examinada en el presente expediente, cercenar la plena libertad de deliberación y decisión de que deben gozar los jueces en los casos sometidos a su conocimiento. Admitir tal proceder significaría atentar contra el principio de independencia del Poder Judicial, que es uno de los pilares básicos de nuestra organización institucional (Fallos 305:113 y 305:1751)*” (Resolución 212/2001, citada por Padilla, *Preservar la seguridad pública en el marco del pleno respeto de los DD.HH. La prolongación de la prisión preventiva y el peligro de la condena anticipada*, “E.D.”, t. 232, p. 521). Con ello se respetan plenamente las directrices trazadas por la Corte Interamericana de DD.HH. (sentencia “*Apitz Barbera*”, del 5/8/08); así como las objeciones del Relator para la Personas Privadas de la Libertad de la Comisión Interamericana de DD.HH., quien indicó que se debe “*garantizar la independencia de los miembros del Poder Judicial, a fin de que cumplan de manera efectiva con su función de control de la legalidad de la detención preventiva y de la ejecución de la pena, libres de cualquier tipo de injerencia o presión*” (Comunicado 64/10 de la Comisión Interamericana).

³⁴ - Amnistía Internacional celebró la liberación, aunque señaló que no era suficiente y que debían retirarse los cargos; mostrando también preocupación por las medidas cautelares que acompañan la libertad, pues atentan contra la libertad de expresión (Diario *El Amanecer*, 16/6/13, “*Amnistía Internacional: Libertad condicional de jueza María Lourdes Afuni no es suficiente*”. www.diarioamanecer.com). Los tenebrosos e inhumanos padecimientos sufridos en detención, se revelan en un libro “*Afuni, la Presa del Comandante*”, del periodista de investigación venezolano Francisco Olivares, de Editorial La Hoja del Norte, dando cuenta que la jueza fue violada y torturada en el penal (¡!).

³⁵ - El 10/12/10, la Presidencia de la Corte Interamericana dispuso medidas provisionales por las cuales requirió al Estado de Venezuela que adopte, de forma inmediata, las medidas que sean necesarias y efectivas para garantizar su vida e integridad física, psíquica y moral, atendiendo a las condiciones de detención y salud.

³⁶ - *Informe anual de la Comisión Interamericana de DD.HH. 2010* (Doc OEA/Ser.L/V/II.Doc. 5 corr., del 17/3/11), Sección del informe referida al caso de la Jueza María Lourdes Afuni, punto B. “*Remoción y persecución de jueces con tinte político*”.

³⁷ - Mads Andenas, miembro del Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, en su presentación ante el Consejo de DD.HH. de ONU, señaló el 5/3/13: “*Con respecto a represalias, el Grupo de Trabajo reitera su preocupación por la detención continuada de la Jueza María Lourdes Afuni Mora, quien fue sujeto de la Opinión N° 20/10, quien fue arrestada en 2009 por ordenar la libertad condicional de Eligio*

Cedeño, también sujeto de la Opinión N° 10/2009 del Grupo de Trabajo. El Grupo de Trabajo considera la acción contra la Juez Afiuni Mora un acto de represalia y desea subrayar que su caso también ha sido mencionado en recientes informes anuales del Secretario General sobre represalias y que varios procedimientos especiales igualmente han expresado su profunda preocupación. Nuevamente hacemos un llamado al gobierno de la República Bolivariana de Venezuela para que libere inmediatamente a la Sra Afiuni y a brindarle una reparación efectiva”.

³⁸ - Paradójicamente hasta el propio prófugo Cedeño se exhibió solidario con la situación de la Jueza Afiuni y ofreció a través de un programa de televisión francés - país que le concedió asilo-, sustituirla en su arresto, siempre que se reconozca al intercambio la calidad de canje de “secuestrados”, como sucede en Colombia con los secuestrados por las FARC -buscando con ello instalar el tema mediáticamente, dándole repercusión internacional-. (La noticia en <http://www.reportero24.com/2012/03/francia-eligio-cedeno-propone-a-chavez-canjearse-por-la-jueza-afiuni/>).

³⁹ - Se trata del caso conocido como “*Baguazo*”. Así se informa en la presentación conjunta de varias ONG’s sobre DD.HH. americanas ante la Comisión Interamericana, bajo el título *Uso abusivo de la prisión preventiva en las Américas*, 2012, p. 25.

⁴⁰ - De ello se da cuenta en el informe citado en la nota anterior, p. 26.

⁴¹ - Así también se documenta en el informe referido en las notas precedentes, p. 26.

⁴² - Así lo denuncia el CELS, en su *Informe Anual 2010*, p. 188. También el Comité contra la Tortura de la Comisión Provincial por la Memoria de la Pcia. de Bs. As. (*El sistema de la crueldad V*, 2010, ps. 164/168, bajo el título “Ataque a la independencia judicial y disciplinamiento de los jueces”, en donde se reproduce la queja formulada por la “*Red de Jueces Penales*”, que alude a que “el mensaje... no es otro que disciplinar a los jueces con miras a que sus resoluciones se adecuen a la presión, los humores o la cambiante opinión del momento, con independencia de lo que la Constitución y la ley imponen en cada caso”. A veces, el mensaje disciplinador queda expuesto en la misma ley: así, por ej., el art. 514 del código de San Luis (*según la versión de la ley VI-540-2006*), obliga a imponer caución real de elevadísimo monto y culmina diciendo: “*El incumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo será considerado mal desempeño del Magistrado*”.

⁴³ - Zaffaroni, prólogo al libro de Gustavo Vitale, *Encarcelamiento de presuntos inocentes. Hacia la abolición de la barbarie*, Edit. Hammurabi, 2007, p. 27.

⁴⁴ - Como lo señala Zaffaroni (*La palabra de los muertos*, ob. cit., p. 533). Mario Juliano denuncia que “el peligro procesal que en realidad se procura evitar con la denegatoria de las excarcelaciones son las consecuencias que pueden sufrir los propios operadores judiciales” (*La naturaleza encubierta del fenómeno de la prisión preventiva*, disponible en internet: <http://www.eldial.com; elDial-DCA68>).

⁴⁵ - A ello también alude en los párrs. 226 y 117. Tal recomendación también se efectúa desde el informe de DPLF, *Independencia judicial...*, Pásara, ob. cit., p. 27.

⁴⁶ - En el informe de DPLF, se exige transparencia en estos procesos (Pásara, ob. cit., p. 26) y, de adverso, se señala como recomendación que “El uso arbitrario o inmotivado de la prisión preventiva debe ser perseguido y sancionado mediante procesos disciplinarios y, en su caso, procesos penales. A este respecto cabe una especial responsabilidad a las ONG y otras entidades de la sociedad civil que ejercen vigilancia sobre el sistema de justicia, en cuanto deben denunciar a fiscales y jueces que abusan de la prisión preventiva, desvirtuando el carácter excepcional y de último recurso que la caracteriza jurídicamente”.

⁴⁷ - Así, lo señala Norberto Padilla (*Preservar la seguridad pública en el marco del pleno respeto de los DD.HH. La prolongación de la prisión preventiva y el peligro de la condena anticipada*, ob. cit., p. 521, en donde critica la reacción contra fallos de la Cámara Federal de Casación Penal).

⁴⁸ - Los Principios Básicos de las Naciones Unidas Relativos a la Independencia de la Judicatura, establecen que: “*La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura*”. De ellos se ha hecho eco la Corte Interamericana de DD.HH., en la sentencia “*Tribunal Constitucional vs. Perú*”, del 31/1/01, párrs. 73 y 74. Por otra parte, en el caso “*Apitz Barbera vs. Venezuela*” sostuvo que “*uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces. Dicho ejercicio autónomo debe ser garantizado por el Estado tanto en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, así como también en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez específico. El objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación*” (párr. 55). Por su parte, la Comisión Interamericana ha afirmado que “*en virtud de la garantía de independencia, desde el punto de vista institucional, los juzgadores que hacen parte de la función jurisdiccional del Estado deben ejercer sus funciones sin ser objeto de injerencias indebidas por parte de los poderes ejecutivo y legislativo, las partes del proceso, los actores sociales y otros órganos vinculados a la administración de justicia*” (CIDH, *Segundo Informe sobre la situación de los defensores y defensoras de DD.HH. en las Américas*, párr. 357).

⁴⁹ - Sobre la “contrarreforma” en materia de prisión preventiva en la región, que lleva a incrementar su uso, es gráfica y contundente la obra de Cristian Riego, Mauricio Duce, Claudio Fuentes, *La reforma procesal penal en América Latina y su impacto en el uso de la prisión preventiva*, en “Prisión preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina. Evaluación y perspectivas”, CEJA-JSCA, 2009, p. 17.

⁵⁰ - Muchas veces será difícil desentrañar si la denegatoria de la libertad se ha fundado en la sana crítica racional del juez, o si fue determinada por estos tipos de presiones.

⁵¹ - De tal modo lo afirma Zaffaroni (*El enemigo en el Derecho Penal*, Ediar, Bs. As., 2006, ps. 79).

⁵² - Luigi Ferrajoli, *El juez en una sociedad democrática*, publicado en CEJA, www.cejamericas.org. Allí, agrega: “No se puede condenar o absolver a un ciudadano porque esto responda a los intereses o a la voluntad de la mayoría. Ninguna mayoría por aplastante que fuera podría hacer legítima la condena de un inocente o la absolución de un culpable”.

⁵³ - Daniel Pastor, *Nadie puede ser penado sin juicio previo*, Eldial.com, del 23/12/08.

⁵⁴ - Cafferata Nores, prólogo a mi *Libertad bajo caución y situación procesal*, Depalma, 1998, p. XIII.

EFFECTO SUSPENSIVO DEL RECURSO DE CASACION CONTRA LA PRISION PREVENTIVA ORDENADA POR SENTENCIA DE CONDENA NO FIRME (Novedades y repercusiones)

Valeria Paula Rissi

I. A modo de introducción:

El presente trabajo solo es un simple aporte a la discusión relativa a si la prisión preventiva ordenada en una sentencia de condena respecto de un imputado que estuvo todo el proceso en libertad, puede ejecutarse de inmediato, o si debe esperarse a que aquella quede firme, ya sea por vencimiento del plazo para recurrirla en casación, o, si fuere interpuesto este recurso, por una decisión definitiva que la confirme.

En primer término cabe resaltar que la temática objeto del presente fue desarrollada en el marco del “XXVII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL” que se desarrolló en la Ciudad de Córdoba durante el mes de Septiembre del año 2013, en el cual, luego de exponer la problemática que se plantea en torno a este tema, se esbozó a modo de conclusión el anhelo de que las distintas posiciones que hasta entonces se verificaban a su respecto fueran conciliadas, ya sea por decisiones judiciales del máximo nivel nacional, sea por reformas legislativas, todo ello con el objeto de asegurar un estándar igualitario en materia de prisión preventiva que sea compatible con las expresas disposiciones constitucionales o las incorporadas a ella y a su mismo nivel (arts. 14, 18 y 5 inc. 22 CN). Pues bien, ambas situaciones se produjeron, ya que no sólo hubo un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con relación al pronóstico punitivo hipotético de pena efectiva como determinante del peligro procesal que justifica la prisión preventiva, sino que también hubo una modificación en el art. 281 del Código Procesal Local. Ambos cambios influyen en la temática aquí desarrollada, ya que al tratarse de imputados con sentencia de condena a prisión efectiva no firme, rigen los mismos presupuestos que respecto de los procesados sin condena.

a. En forma preliminar, cabe señalar que hoy no se discute que la decisión de dictar la prisión preventiva ha sido expresamente admitida como susceptible de ser recurrida en casación (art. 468 CPP) pues, aunque no se trata de una sentencia definitiva (art. 269 CPP), ocasiona al afectado un gravamen irreparable. Tal es la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 280.297; 308,1631 entre muchos otros) y la del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (vgr., “Aguirre Domínguez”, S. n° 76, 11/12/1997).

b. A su vez, los Códigos establecen como regla general el efecto suspensivo de los recursos: “La resolución no será ejecutada durante el término para recurrir y mientras se tramite el recurso, salvo disposición

en contrario” reza el art. 453 CPP de Cba. Lo mismo dispone, en términos más enfáticos, el art. 442 CPPNac.

Es decir que la decisión judicial recurrida –o mientras no venza el término para recurrir– no puede cumplimentarse; quedan suspendidas todas las consecuencias de aquélla, sean de orden sustancial o formal.

c. Se ha señalado sobre este punto que “queda fuera de toda discusión que la regla general en materia recursiva dispone que la resolución no podrá ser ejecutada durante el término para recurrir y mientras se tramite el recurso, salvo disposición en contrario (CPP 453). En efecto, debe suspenderse la ejecutoriedad de lo resuelto, por el carácter mutable de toda resolución impugnada y para evitar la irreparabilidad del perjuicio, hasta que adquiera firmeza y quede en condiciones de ejecutarse”. Y se ha agregado: “Tal disposición tiene plena vigencia, en orden al recurso de casación...” (TSJ Cba, “Esteban” A.I. 301 del 20.10.98).

II. Sobre el punto que nos interroga existían, al menos hasta hace un tiempo, dos posiciones jurisprudenciales contrapuestas.

a. De un lado encontrábamos la interpretación de los tribunales que se rigen por el CPP de la Nación.

Cito como razonamiento aplicable al caso el efectuado por la sala III de la CFCP en la causa n° 13.441 “Quintana”, 06-04.2011, en la cual resolvió que “El efecto suspensivo de la concesión de los recursos opera sobre situaciones fácticas, es decir, se mantiene el status quo existente al momento del dictado de la resolución que se impugna. Así cuando el procesado está libre, si se lo condena a prisión efectiva, recurrir, sigue en aquella situación hasta que el pronunciamiento de encierro quede firme, lo cual ocurre o empieza a ocurrir cuando ingresa en el penal. Por tanto mientras no adquiera firmeza la sentencia condenatoria, no procederá disponer el encarcelamiento del imputado”. (Véase, para más detalles el n° V.)

A su vez, y en el mismo sentido, se expidió la Sala II en la causa n° 89 “Jiménez, María” (reg. 76 del 22-12-93). De forma similar resolvió la sala I en la causa n° 4178 “Gómez, Carlos” (reg. 5260, 30,08-02). Y en la Sala IV se pronunció de la manera indicada la doctora Amelia Berraz de Vidal, si bien en minoría, en el precedente recaído en la causa “Culaciatti, Fernando Alberto José s/recurso de casación” (reg. 3024, del 17/11/02).

De forma similar, la Suprema Corte de Justicia de la Pcia. de Bs. As. ha considerado que “El punto en crisis pasa entonces... por verificar en qué medida, dadas las circunstancias del caso, la imposición de una condena de efectivo cumplimiento agrava los riesgos de frustración del proceso a punto tal que pueda considerarse proporcional la cautela personal... En este sentido, existen en el caso una serie de factores concurrentes que no pueden ser pasados por alto, y que, efectivamente acreditados, permiten tener por suficientemente enervado ese riesgo. En

este enfoque, me refiero a la situación de contención familiar, su arraigo, su situación laboral, su conducta posterior al hecho imputado, y, especialmente, la innegable sujeción a proceso corroborado a través del comportamiento seguido por F. en estas actuaciones... El Tribunal de grado ordenó la inmediata detención de D. J. F., sobre la exclusiva base de la pena impuesta y sin haber fundamentado el “aumento verificado” de peligro cierto de frustración del proceso, lo que denota así la marcada ausencia de la evaluación de su necesidad y proporcionalidad...” (SCBA, Reg. 40447).

b. En el sentido opuesto se enrolaba la jurisprudencia cordobesa, especialmente la del Tribunal Superior de Justicia.

Aún reconociendo –como se vio precedentemente– que el efecto suspensivo de los recursos tiene plena operatividad en el de casación, el Máximo Tribunal Cordobés, al validar la inmediata ejecución de la orden de prisión preventiva impuesta en las circunstancias arriba mencionadas, ha sostenido que aquel cumplimiento inmediato deriva de la aplicación del régimen de la prisión preventiva para aquellos casos taxativamente enumerados por la ley del rito (TSJ, Sala Penal, “Boasso”, A. n° 423, 9/12/2004; “Caro”, A. n° 210, 26/09/2006; “Nievas”, S. n° 194, 4/08/2008; “Rosales”, S. n° 165, 29/06/2009; “Gauna”, S. n° 151, 10/06/2010; “Rocchietti”, A. n° 356, 18/11/2011, entre otros).

III. A la posición del alto órgano judicial cordobés se le han formulado críticas (Cfr. Cafferata Nores, Jose I., Clases magistrales, Facultad de Derecho UNCba, año 2012).

Así por ejemplo se ha sostenido que:

(i). La Cámara de juicio que impone la prisión preventiva no tiene atribución legal para no respetar el efecto suspensivo del recurso de casación que procede contra la misma, por lo que no puede ejecutarla hasta que tal efecto desaparezca.

(ii). No existe para este supuesto disposición expresa alguna en contrario.

(iii). Que la única apoyatura legal que pudiera llegar equivocadamente a invocarse sobre este punto sería el art. 282 CPPCba., el cual dispone que “Cuando fuere dictada por el juez de instrucción la prisión preventiva será apelable por el imputado y su defensor, sin efecto suspensivo”, pero ésta no es aplicable al problema en cuestión, pues la disposición inequívocamente se refiere a una prisión preventiva dictada por un juez de instrucción, contra la que se autoriza un recurso de apelación. Por ello, pretender que el recurso de casación que procede contra la prisión preventiva dictada por una Cámara en lo Criminal no tiene efecto suspensivo, por aplicación de lo dispuesto por el art 282 CPP antes mencionado (configurando esta norma la disposición en contrario a que alude el art 453 in fine CPP), conduciría a una aplicación analógica de una norma (el art. 282 CPP), a un supuesto de hecho distinto al que es atrapado por ella, lo cual resulta prohibido por el art. 3 CPP que dis-

pone: “Será interpretada restrictivamente toda disposición legal que coarte la libertad personal, limite el ejercicio de un poder conferido a los sujetos del proceso...”.

Para evitar interpretaciones como éstas, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba ha encontrado una vía de fundamentación a su postura ya expuesta, argumentando que la privación de la libertad como medida cautelar no importa una excepción al efecto suspensivo del recurso, sino la aplicación del régimen de la prisión preventiva para aquellos casos taxativamente enumerados por la ley del rito (TSJ, Sala Penal, “Boasso”, A. n° 423, 9/12/2004; “Caro”, A. n° 210, 26/09/2006; “Nievas”, S. n° 194, 4/08/2008; “Rosales”, S. n° 165, 29/06/2009; “Gauna”, S. n° 151, 10/06/2010; “Rocchietti”, A. n° 356, 18/11/2011, entre otros).

En sentido contrario, se ha destacado que no existe tal “régimen de la prisión preventiva” que autorice privar del efecto suspensivo al recurso de casación que procede contra la sentencia de condena en la que se impone la aludida medida cautelar” (Cafferata Nores, Jose I. loc.cit). Agrega el contradictor que dentro de los casos “taxativamente enumerados por la ley del rito” no se encuentra la ejecución inmediata de la prisión preventiva originariamente dictada por la Cámara del Crimen al pronunciar una sentencia condenatoria, y como un ítem de ésta, pues nada dice al respecto el CPPCba de modo expreso en tal sentido.

IV. A su vez, la interpretación del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba ha sido cuestionada argumentándose que desconoce el principio constitucional de igualdad ante la ley (Cafferata Nores, loc. Cit.).

a. Se invoca a tal fin a la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, en el conocido precedente “Verbitsky”, exige una mínima uniformidad con relación a la prisión preventiva (CSJN, “Verbitsky, Horacio s/ Habeas Corpus”, 03/05/2005, Fallos: 328:1146). Allí dijo que “cualquiera sea el sistema procesal de una provincia y sin desmedro de reconocer su amplia autonomía legislativa en la materia, lo cierto es que si bien no puede llevarse la simetría legislativa hasta el extremo de exigir una completa igualdad para todos los procesados del país, la desigualdad tampoco puede extremar las situaciones hasta hacer que el principio federal cancele por completo el derecho a la igualdad ante la ley, pues un principio constitucional no puede borrar o eliminar otro de igual jerarquía. Una asimetría total en cuanto a la legislación procesal penal destruiría la necesaria unidad en materia penal que se mantiene en todo el territorio en virtud de un único Código Penal”.

Precisando su postura, y en cuanto aquí interesa, en el aludido precedente se sostiene que “las provincias se hallan sometidas a un piso mínimo determinado por los estándares internacionales a los que se ajusta la legislación nacional”.

b. Sobre esta base se ha sostenido (Cafferata Nores, loc. cit.), como piedra de toque para verificar si esa mínima uniformidad existe, la necesidad de escudriñar la situación real del tema de prisión preven-

tiva en el orden nacional bajo la óptica del estándar fijado en el art. 75 inc. 22 CN que, al acordar jerarquía constitucional a la principal normativa supranacional sobre derechos humanos, lo hace en “las condiciones de su vigencia”, es decir, “tal como efectivamente rige en el ámbito supranacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”, según lo interpreta la CSJN (“Giroldi, Horacio D. y otro”, del 7/IV/95, Fallos: 318:514).

V. Cabe agregar a lo expuesto que esta denunciada desigualdad tenía hasta no hace mucho tiempo una fuerte proyección en el ámbito de la justicia penal cordobesa, no sólo porque existían criterios opuestos entre el TSJ y la Cámara de Acusación (última palabra “instructora” en materia de concesión o mantenimiento de libertad, no de la aflicción inversa) sobre la imposición de la prisión preventiva, sino también porque en la jurisprudencia de este último tribunal parecía posible detectar también algunos criterios contrapuestos.

La problemática señalada se generaba a partir de la diferente interpretación que los tribunales mencionados efectuaban con relación al pronóstico punitivo hipotético de pena efectiva valorado en el inc. 1 del entonces art. 281 del CPPCba., en cuanto a si debía ser considerado una presunción de peligrosidad procesal que justificaba de por sí la imposición de la prisión preventiva, o si sólo constituía un indicio del peligro procesal requerido para su dictado, a valorar junto con los restantes indicadores del inc. 2 y último párrafo del citado art. 281 con los que debía ser correlacionado.

a.- El primer criterio mencionado ha sido sostenido por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en innumerables precedentes, en los que ha considerado que, ante la amenaza de imposición futura de una pena efectiva o de cierta gravedad, el legislador presume *iuris tantum* la peligrosidad procesal, y que dicha sospecha sólo puede ser neutralizada si concurren circunstancias singulares que demuestren con suficiencia que tal resguardo resulta innecesario. En este sentido pueden mencionarse los fallos “Montero”, S. n° 1 del 15/02/05; “González”, S. n° 24, del 30/03/05; “Rodríguez”, S. n° 137 del 31/10/06; “Álvarez”, S. n° 140, del 28/06/07, entre otros. Los argumentos vertidos en dichos fallos importaron un avance respecto de la jurisprudencia de ese Tribunal en esta materia, ya que en resoluciones anteriores –cf., por todos, “Aguirre Domínguez”, S. n° 76, del 11/12/97– si bien admitían que la presunción de peligrosidad no era absoluta, subordinaban el cese de prisión al triple acuerdo exigido por el art. 283 inc. 2 del CPP; de lo que puede deducirse que el análisis relativo a la indispensabilidad de la prisión preventiva ocurría necesariamente después de su dictado, y no podía tener lugar a los fines de determinar o no su procedencia.

No obstante el carácter *iuris tantum* que el Tribunal le asignaba a dicha presunción, a través de diversas resoluciones se fueron puntua-

lizado todas aquéllas circunstancias que se consideraban ineficaces a los fines de neutralizarla: la falta de antecedentes del imputado y que se domicilie o trabaje en su medio social; que tenga empleo estable en el establecimiento familiar o un fuerte arraigo en el seno de su comunidad; que el imputado haya comparecido espontáneamente y haya tenido una actitud colaboradora en el proceso; problemas de salud de los padres; carecer de medios económicos, etc. (cf., por todos, el mencionado fallo “Álvarez”, cit.)

b.- Por el contrario, y a los fines de determinar la procedencia o no de la prisión preventiva, las circunstancias mencionadas en el párrafo precedente, entre muchas otras, han sido valoradas por la Cámara de Acusación desde la nueva integración operada en el año 2006 conjuntamente con el pronóstico punitivo de pena efectiva al que consideraron un indicio de peligro procesal abstracto, insuficiente a los fines de justificar la imposición de tan gravosa medida de coerción personal. En este sentido pueden indicarse los fallos “Maza”, A. n° 388 del 03/11/06; “Montes”, A n° 250, del 05/11/06; “Guerrero”, A n° 251, del 05/11/06; “Amaranto”, A. n° 243, del 21/11/06; “González”, A. n° 404, del 21/11/06; “Olivares”, A. n° 416, del 04/12/06; “Urrets Zavalía”, A. n° 252, del 05/12/06; “Navarro”, A. n° 420, del 07/12/06; “Resucci”, A. n° 95, del 07/06/07; “Pérez”, A. n° 101, del 20/06/07; “Picone”, A. n° 130, del 31/07/07, entre muchos otros. Sin perjuicio de ello, no puede dejar de mencionarse que ese mismo Tribunal ha puntualizado que en aquellos supuestos en los que la pena conminada en abstracto para el delito imputado es muy elevada, tal indicio, atento su especial fuerza probatoria, podrá fundar prácticamente por sí solo una inferencia a favor de la existencia de peligro de fuga en tanto al menos algún otro indicio específico del caso concreto lo complementa, por débil que resulte tal indicio adicional si se lo considera aisladamente (cf. “Irusta”, A. n° 182, del 01/07/2008).

c.- Así, ambos tribunales continuaron dictando pronunciamientos conforme al criterio adoptado, pese a las diferentes consecuencias que cada uno de ellos importaba respecto de la libertad de las personas sometidas a proceso. Inclusive la problemática se vio agravada cuando la Cámara de Acusación se pronunció en la causa “Nieto” (A. n° 99 del 14/04/08) y, agregando argumentos a los ya expresados en el precedente “Maza” (y los subsiguientes que se dictaron en el mismo sentido), recomendó a los fiscales de instrucción y jueces de control que, no obstante dejar sentada su postura al respecto, resuelvan los casos atinentes a la prisión preventiva de acuerdo a los parámetros fijados por dicho tribunal, en razón de cuestiones de economía procesal y para evitar un inútil desgaste jurisdiccional, lo cual implicó, en la práctica, una variación en la fundamentación que en la materia efectuaron la mayoría de los funcionarios mencionados.

Sin perjuicio de ello, dicha resolución de Cámara de Acusación

fue recurrida en casación, motivando que el Tribunal Superior de Justicia la descalificara mediante S. n° 130 del 11/11/08, oportunidad en la cual el Máximo Tribunal sostuvo "...En consecuencia, la materia aquí discutida hace eje en sede de peligrosidad procesal. Y sobre dicho punto, estimo que el vigor asignado por el Tribunal de Apelación a la presunción que emana del pronóstico de pena efectiva se aparta de la interpretación que pacífica y reiteradamente ha efectuado esta Sala acerca de dicho requisito (T.S.J., Sala Penal, "Navarrete", S. n° 114, 18/10/2005; "Spizzo", S. n° 66, 7/07/2006; "Álvarez", S. n° 140, 28/06/2007; "Bustos Fierro", S. n° 110, 19/05/2008, por citar algunos de los más recientes), y de la que hiciera correcta aplicación el Juez de Control...", que precedentemente se ha reseñado.

Los criterios vertidos en los puntos precedentes influyeron en las decisiones que, en la materia que nos ocupa, adoptaron los Fiscales de Instrucción y los Jueces de Control en los distintos casos que cayeron bajo su competencia, e, inclusive, el último pronunciamiento que mencionamos del Tribunal Superior de Justicia determinó una nueva variación en la resolución de los casos judiciales en las instancias aludidas y también entre los miembros de la propia Cámara de Acusación, oportunidad en la que uno de ellos, el Dr. Carlos Salazar, no obstante dejar sentada su postura sobre la materia –en el mismo sentido en que, hasta el momento, venía resolviendo–, comenzó a fundar sus votos conforme los lineamientos del máximo tribunal; ello así, en el entendimiento de que correspondía variar su criterio por razones de economía procesal y de gradación jerárquica (ver, por todos, Cám. Acus. "Vega", A. n° 383, del 05/08/09).

Por el contrario, los otros integrantes de ese tribunal Dres. Gabriel Pérez Barberá y Horacio Gilardoni entendieron que no correspondía que varíen su criterio, conforme las razones que expusieron en numerosos fallos (ver, por todos, Cám. Acus. "Sosa", A. n° 98, del 27/03/09 y "Rivero", A. n° 637, del 03/11/09), por lo cual, la mayoría del tribunal continuó pronunciándose en el mismo sentido.

Ahora bien, más allá de la disparidad descrita, debe resaltarse que, con motivo de la desintegración operada en la Cámara de Acusación por el acogimiento a los beneficios de la jubilación del Dr. Gilardoni, el Tribunal debió integrarse por distintos jueces de las restantes Cámaras del Crimen, conforme lo dispuesto por el TSJ según se trate de causas comunes, de la llamada "megacausa del Registro de la propiedad" o la conocida como "estafas a las ART". Por ello, en muchos casos, la imposición o cese de una medida de coerción dispuesta sobre una persona sometida a proceso dependía del criterio que dicho magistrado haya adoptado al respecto, y su coincidencia con la postura asumida por alguno de los vocales integrantes del Tribunal de Apelación, diferente al restante, lo cual importaba una evidente afectación al principio de Igualdad antes mencionado.

VI. Todo lo dicho en la letra precedente tiene importante influencia en el argumento que el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba invocaba para sustentar que el dictado de una condena efectiva, no firme, aumenta el riesgo de fuga del imputado, tesis que derrama su influencia sobre el tema objeto de este trabajo: es decir, la negativa a reconocer efecto suspensivo a la casación contra la sentencia, no firme, que condena a pena efectiva, en la que se impone también la prisión preventiva a un imputado que transitó todo el proceso en libertad (es decir, que nunca intentó eludir la acción de la justicia, pues de lo contrario probablemente hubiera sido encarcelado cautelarmente), argumento que sirve a su vez para quitarle a esa sujeción a la justicia la capacidad de enervar la presunción de peligrosidad que entiende derivada del art 281 inc. 1 CPP y reforzada por la imposición de una condena efectiva no firme. Así, se consideraba que "...en la psiquis del imputado, no es lo mismo conocer que existen elementos de convicción suficientes para sostener como probable su participación punible en el hecho que se le atribuye (art. 354 C.P.P), a que un Tribunal de Juicio haya arribado a la certeza sobre su responsabilidad y haya dispuesto una pena de magnitud que inexorablemente deberá cumplir en un establecimiento penitenciario. Ello constituye un peligro que debe ser neutralizado en forma realista y eficaz, por lo que a 'título cautelar se justifica la privación de libertad del imputado que ha sido condenado, ya que la sentencia que así lo dispone supera sobradamente los requisitos normativos exigidos para las medidas de coerción previstas por el Código Procesal Penal anteriores al fallo'..." (T.S.J. "Boasso" A. n° 423 del 9/12/2004; "Nievas", S. n° 194 del 4/08/2008; "Murature", A. n° 90 del 5/05/09 y A. n° 185 del 28/08/09.

Asimismo, en el precedente "Gauna", el Máximo Tribunal de Córdoba ha puntualizado que "Por el carácter mutable de toda resolución impugnada y para evitar la irreparabilidad del perjuicio, hasta tanto lo resuelto adquiera firmeza y quede en condiciones de efectivizarse, debe suspenderse su ejecución. Tal disposición tiene plena vigencia en orden al recurso de casación, e incide especialmente en el condenado a pena privativa de la libertad, la que evidentemente no se ejecutará como tal, esto es, como pena, hasta tanto la sentencia no pase en autoridad de cosa juzgada. Si el mismo se encontrara sujeto a una medida cautelar, permanece dentro del régimen de privación de la libertad provisoria de los sometidos a proceso y va de suyo, que ésta no puede transformarse en prisión o reclusión a título de pena durante el lapso de tramitación de la impugnación extraordinaria. Igual naturaleza cautelar reviste el encierro ordenado al condenar a quien hasta ese momento se encontraba en libertad. La privación de la libertad como medida cautelar no importa una excepción al efecto suspensivo del recurso, sino la aplicación del régimen de la prisión preventiva para aquellos casos taxativamente enumerados por la ley del rito".

De los extractos mencionados precedentemente puede adver-

tirse que el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba le brindaba el mismo tratamiento a dos supuestos que resultaban diferentes:

a) imputado que llega al juicio con prisión preventiva ordenada (por existir peligro para los fines del proceso: ya sea para la investigación, la realización del juicio y/o la imposición de la condena que eventualmente se imponga) y se dicta a su respecto sentencia condenatoria a pena privativa de la libertad efectiva, aunque no firme.

b) imputado que llega al proceso en libertad, por considerarse que no existía hasta el momento peligro para aquellos fines mencionados, y se dicta a su respecto sentencia condenatoria a pena privativa de libertad efectiva, aunque no firme.

En este último supuesto, consideramos que sólo podría justificarse el dictado de una prisión preventiva, en la medida en que se verifique, respecto del imputado todavía inocente, alguna nueva circunstancia que importe riesgo para la única finalidad subsistente de ese proceso penal, cual es el cumplimiento de la pena impuesta.

Si hasta el momento de realizarse el juicio dicho fin procesal fue tenido en cuenta y, no obstante, el imputado permaneció en libertad pues no se consideraba que, en caso de imponerse una condena, éste pudiera sustraerse de su cumplimiento, el solo hecho de verificarse ese pronunciamiento no puede justificar per se una privación de libertad a título “cautelar” de quien todavía debe reputarse inocente.

En el caso particular analizado en el fallo “Gauna”, ya mencionado, había mediado una declaración de rebeldía del imputado, por lo que existía un indicio de peligro, que, sumado a la alta probabilidad respecto de la existencia del hecho y participación del imputado derivado de la condena impuesta, justificaría la privación de la libertad.

No sucede lo mismo en otros supuestos en los cuales, pese a la condena efectiva ordenada, no se verifican circunstancias, distintas de la misma condena, que ameriten el encierro cautelar. Es decir, si antes existía riesgo de daño jurídico, debió ordenarse la prisión preventiva, y si así no se dispuso, es porque se consideraba que dicho imputado no iba a entorpecer la investigación, sí se presentaría al juicio que se siguiera en su contra, y sí se sujetaría al cumplimiento de la pena que, en caso de corresponder, se le impusiera. Habiéndose verificado que, efectivamente, y tal como se lo estimó al momento de mantener su estado de libertad, el imputado no entorpeció la investigación y sí se presentó al juicio, porque de lo contrario no se habría dictado la sentencia condenatoria en cuestión, no existe razón para considerar que, ahora, podría poner en peligro la ejecución de aquélla, en caso de que adquiera firmeza.

Por ello, y resultando aún posible la revisión de la condena por instancias superiores, el imputado debería aguardar la decisión definitiva en el mismo estado en que se encontró durante la investigación y el juicio, es decir, en libertad, y sólo una vez confirmada su condena, y sin

posibilidad de revisión alguna, ser privado de ella, pero ya no a título cautelar, sino como consecuencia de la pena impuesta.

En el sentido que sostenemos aquí se ha pronunciado la CFPC en el mencionado precedente “Quintana”, al puntualizar que “...Distinto habría sido el caso si la enjuiciada hubiera dado señales inequívocas de su intención de eludir la acción de la justicia, pues en tal supuesto, de conformidad con lo establecido en el artículo 319 del rito, su detención procedería con independencia de si en la causa hubiere recaído sentencia o no. Sin embargo, en la especie no sólo no se invocó razón alguna que sustente semejante hipótesis, sino que por el contrario se advierte que la condenada se presentó tal como se lo habían ordenado tanto el primer día de la audiencia (26 de octubre de 2010) como el día en que se reanudo el debate y leyó el veredicto (1 de noviembre de 2010) (conf. fs. 9 vta.).- Todos los elementos enunciados, son por demás indicativos de que no corresponde en el caso tener por configurado el presupuesto contenido en el artículo 319 del rito penal, máxime cuando -como ya se dijo- la imputada no ha dado ninguna muestra de que variaría la conducta procesal que mantuvo a lo largo de todo el proceso...”.

VII. Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, y tal como se anunció al comienzo del presente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los autos “Loyo Fraire, Gabriel Eduardo s/ estafa reiterada” (Recurso de hecho, causa 03/2013, de fecha 06/03/2014), al declarar procedente el recurso extraordinario planteado por la defensa de los imputados, se remitió al dictamen del Procurador Fiscal Dr. Eduardo Ezequiel Casal, en el que éste, a su vez, hizo referencia a un dictamen anterior emitido en autos “Merlini Ariel Osvaldo s/ p.ss.aa. estafa procesal” S.C.M.960, L. XLVIII” de fecha 12/03/2013. En dichos pronunciamientos, el Procurador Fiscal de la Nación consideró arbitraria la resolución del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, dado que, al sostener que la gravedad de los delitos que se imputan justificaría, por sí misma, la prisión preventiva, no brindó una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a los criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad señalados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la materia (“Gangaram Panday vs. Surinam” del 21/01/1994; “Palamara Iribarne vs. Chile”; del 22/11/2005; “Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador”, del 21/11/2007 y “Bayarri vs. Argentina”, del 30/10/2008). Asimismo, el Procurador Fiscal de la Nación agregó que “...la decisión apelada tampoco se ajustó a la garantía en cuestión desde que le restó relevancia a las circunstancias personales invocadas a favor de los imputados, aduciendo de manera dogmática que, al no exceder la regularidad de situaciones que se presentan en la generalidad de los procesos, carecían de relevancia para contrarrestar aquella presunción...”, estimando que, así, el TSJ le atribuyó carácter irrevocable a aquella presunción legal, en tanto no analizó la incidencia de esas circunstancias en relación con la situación particular de cada imputado, privándolos de

esta manera de la posibilidad de exponer razones a favor de su libertad.

En función de la resolución del Máximo Tribunal Nacional, que implicó una variación en la interpretación que pacífica y reiteradamente efectuaba el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba con relación al entonces art. 281 del CPP, éste último se pronunció en autos “Loyo Fraire” (S. n° 34, del 12/03/2014), tomando razón de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sin perjuicio de dejar a salvo la divergente opinión del tribunal en cuanto refiere a la adecuación constitucional del pronóstico punitivo hipotético contenido en el artículo 281 inc. 1 del CPP y del modo en que ha de interpretarse la presunción que de él emana sin contravenir garantías fundamentales. Concretamente, respecto de la prisión preventiva posterior a la sentencia de condena no firme, el Tribunal Superior de Justicia, al reconocer que el peligro procesal sólo concierne al riesgo de fuga, agregó que “no han resultado suficientes –a los ojos del Alto Tribunal- los argumentos expuestos en el apartado V.5.2 del decisorio revocado acerca del modo en que el principio de inocencia adquiere una diferente textura una vez que se ha dictado sentencia condenatoria, y su necesario balance con otros derechos fundamentales también jurídicamente protegidos con rango fundamental”, y agregó que “es elocuente el fallo de la CSJN en cuanto a que lo que definitivamente sella la suerte de la libertad durante dicho tramo del proceso es ‘que los imputados hubieran intentado eludir la acción de la justicia’, o ‘que se hubiese dado alguna situación concreta respecto del curso de la investigación’. Así enunciada, la tesis propiciada por el máximo Tribunal de la Nación admite la privación cautelar de la libertad sólo cuando se configura alguna de estas circunstancias en el proceso cuyos fines se intenta resguardar; y por ende, en la medida en que no se hayan verificado conductas concretas que permitan colegir que habrá de sustraerse de la investigación, del juzgamiento o –después de producido éste- del cumplimiento de la pena impuesta, corresponderá mantener al imputado en libertad”. No obstante, el referido tribunal de Córdoba puntualizó que “aunque se trate de una prisión preventiva posterior a la sentencia de condena, igualmente podrá proyectarse hacia el peligro de fuga el comportamiento del imputado que durante la investigación penal preparatoria o el juicio hubiere intentado entorpecer el desenvolvimiento del proceso –v.gr., intentando alterar la prueba- puesto que tales acciones muestran en concreto una actitud obstaculizadora de la acción de la justicia que puede razonablemente extenderse como palmario indicio de insumisión al futuro cumplimiento de la pena, en caso de que ésta resulte confirmada por las instancias revisoras”. En función de ello, revocó la medida cautelar que pesaba sobre los imputados, al considerar que de la resolución que la ordenaba no surgía que aquellos se hubiesen sustraído del proceso. Al respecto, cabe mencionar que el fallo de la Excma. Cámara en lo Criminal de Décima Nominación de esta Ciudad, que había ordenado aquella privación cautelar de la libertad, tenía idénticos

fundamentos a los desarrollados en puntos anteriores con relación a la postura que el Tribunal Superior de Justicia venía sosteniendo reiteradamente respecto de esta materia, en cuanto a que “En la psiquis del imputado, no es lo mismo conocer que existen elementos de convicción suficientes para sostener como probable su participación punible en el hecho que se le atribuye (art. 354 C.P.P.), a que un Tribunal de Juicio haya arribado a la certeza sobre su responsabilidad y haya dispuesto una pena de magnitud que inexorablemente deberá cumplir en un establecimiento penitenciario”, a la vez que había descartado la posibilidad de que dicha presunción de peligrosidad pudiera ser enervada por las circunstancias personales que había invocado la defensa de los encartados (falta de antecedentes penales, domicilio fijo, arraigo, etc.”), por no desbordar el común denominador de los sometidos a proceso.

Asimismo, a modo de *obiter dictum*, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba fijó directrices en torno a la aplicación de la doctrina judicial de la CSJN en “Loyo Fraire”. Así, por un lado, se remarcó la evidente aplicación extensiva que debe hacerse del fallo mencionado hacia todos los procesados y no sólo respecto de aquellos sobre los cuales ha recaído sentencia de condena. Por otro lado, se puntualizó la necesidad de que las características personales del supuesto autor sean analizadas con específica relación al caso concreto, en su incidencia respecto de la situación particular de cada acusado, sin hacer foco en su mayor o menor generalidad, remarcando que la condición económica desfavorable, en cuanto a la dificultad o imposibilidad de afrontar cauciones reales, no puede constituir un obstáculo en este sentido. A su vez, el Máximo Tribunal de nuestra Provincia fijó como término *ad quem* para el mantenimiento de la libertad durante el proceso del condenado mediante sentencia no firme el de la decisión de dicho tribunal que inadmite el recurso extraordinario federal, invocando para ello el estrechísimo margen revisor atribuido por la ley y la CSJN a esta impugnación, como así también la ausencia de efecto suspensivo del recurso directo ante dicho Tribunal por su no concesión, citando en su apoyo lo resuelto por el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires en el caso “Grassi”, del 16/01/2014, a la vez que agregó que tal límite “se compadece además con el efecto suspensivo que tiene asignado el recurso de casación (art. 453 CPP), y con una lectura favorable al imputado de las dispares interpretaciones que ha efectuado la Corte en torno al efecto suspensivo o no de la mera interposición del recurso extraordinario federal, aspecto éste sobre el que ha cavilado emitiendo resoluciones en uno y otro sentido (vid., Fallos, 305:827, 316:2035, 310:348, 324:3599, 09/11/2000, “Andrioli y otros c. Pcia. Santa Fe”, JA., 2001-IV, 779, etc.)”. Finalmente, el Tribunal Superior de nuestra Provincia, al resaltar que las consideraciones efectuadas no sólo rigen respecto de las prisiones preventivas que se dicten a futuro, sino que también deben ser valoradas con relación a aquellas ya orde-

nadas, fijó algunos lineamientos respecto del modo en que deben tramitarse los pedidos de cese de prisión y quien debe resolverlos.

Por otro lado, y tal como lo anticipáramos al comienzo, mediante Ley N° 10201 (B.O.C. 29.04.2014) operó una modificación en el Código Procesal de la Provincia de Córdoba, tanto en el art. 281 como en los restantes que se remitían a éste. Concretamente, se eliminó la redacción anterior que distinguía en dos incisos ciertas circunstancias determinantes de peligrosidad procesal: pronóstico punitivo de pena efectiva (inc. 1) por un lado, y otros indicadores de aquél tales como falta de residencia, condena anterior, etc. (inc. 2), y sobre los cuales no había uniformidad en cuanto a su forma de valoración y consecuente aplicación, tal como se analizó en párrafos anteriores.

El actual art. 281 establece “Siempre que existieren elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho investigado, después de recibida su declaración, bajo pena de nulidad, se dispondrá su prisión preventiva cuando hubiere vehementes indicios de que aquel tratará de eludir la acción de la justicia o entorpecer su investigación...”, a la vez que fija algunos indicios de los cuales puede inferirse el peligro procesal, equiparando el pronóstico punitivo de pena efectiva a los restantes indicadores mencionados en la ley, muy similares a la anterior redacción, y atribuyendo tal carácter, asimismo, al “...abandono de tratamientos por adicción impuestos por órganos judiciales, del temor que el estado de libertad del imputado pueda infundir en la víctima y/o testigos durante el proceso o del lugar que en la cadena de comercialización hubiere ocupado el imputado en los delitos que tiene por objeto la Ley N° 10067...”.

Con respecto a las modificaciones mencionadas, consideramos que el nuevo texto legal exige como presupuestos para dictar una prisión preventiva:

elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho investigado.

vehementes indicios de que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia o entorpecer su investigación.

Con relación a este último punto, el texto es claro en cuanto a la exigencia de, al menos, dos indicios (de ahí el plural) determinantes de peligro procesal, por lo cual considero que la reforma legislativa resulta concordante con las directrices sentadas por el Máximo Tribunal de la Nación con relación a la imposibilidad de fundar aquél riesgo **sólo** en el pronóstico punitivo de pena efectiva (como tampoco podría fundarse, por ejemplo, en la sola circunstancia de carencia de domicilio). Es lo que se desprende, asimismo, de los fundamentos de la reforma legislativa mencionada, en los que se sostuvo que a los fines de analizar la procedencia o no de la prisión preventiva (o su mantenimiento o cese) deberán tomarse en cuenta ambas circunstancias previstas por los ante-

rios incisos 1 y 2 del art. 281, esto es, tanto la probable pena a imponer al imputado –a la que se le asignará mayor o menor peso conforme al monto estimado de aquella y/o al carácter efectivo de cumplimiento–, cuanto los demás indicadores contenidos, con carácter enunciativo, en la norma de mención, remarcando que en cada caso concreto deberá efectuarse una evaluación conjunta de los presupuestos legales de procedencia de la medida asegurativa (art. 281 anteriores incs. 1 y 2 del C.P.P), conforme se extrae de los fundamentos en el recinto del legislador Sergio Busso en oportunidad de la reforma de los artículos pertinentes del CPP en esta materia.

Asimismo, dicha interpretación ha sido la seguida por la Cámara de Acusación de Córdoba en los autos “Ardanaz” (A. N° * , del 23/05/2014), en los que se puntualizó: “Más allá de que la reciente modificación legislativa local le asignó a la ‘gravedad del pronóstico punitivo hipotético’ la calidad de indicio de peligrosidad procesal que, per se, y en función de su redacción, podría entenderse como suficiente para la verificación del peligro declamado (en definitiva, lo que antes resultaba, según interpretación conforme del TSJ, una presunción iuris tantum), lo cierto es que el máximo tribunal de la Nación ya zanjó tal discusión y claramente explicitó que tal circunstancia no resulta suficiente para sostener su existencia”.

Cabe resaltar que la interpretación formulada por la Cámara de Acusación resulta relevante, atento que por su carácter de verdadera “casación instructoria” penal para la Circunscripción Judicial en la que interviene, tiene la última palabra en esta materia, ya que la competencia del Tribunal Superior de Justicia sobre el tema de la prisión preventiva se circunscribe a poder dejarla sin efecto, pero no a imponerla. En este sentido, pueden mencionarse los fallos “Sosa” (A. n° 98, del 27/03/09) y “Rivero” (A. n° 637, del 03/11/09), en los que por mayoría se sostuvo que “en virtud de razones de impugnabilidad objetiva, las resoluciones de la Cámara de Acusación que conceden la libertad durante el proceso penal no son susceptibles de ser recurridas por el ministerio público ni por el querellante particular, mediante casación, ante el Tribunal Superior de Justicia, salvo supuestos de extrema gravedad institucional –que obviamente no presenta este caso– (así lo ha establecido el propio TSJ en la causa “Álvarez”, s. n° 48 del 28/06/07). En consecuencia, la jurisprudencia de esta cámara en materia de concesión de la libertad durante el proceso penal no es por principio revisable por el Tribunal Superior de Justicia”.

Finalmente debe agregarse que las consideraciones formuladas y las circunstancias señaladas precedentemente deberán ser valoradas aún frente a una condena ya impuesta (aunque no firme), dado que la privación de la libertad luego de aquella continúa siendo a título cautelar, y se rige, por tanto, en base al instituto de la prisión preventiva. No escapa a este análisis el hecho de que de existir condena privativa de li-

bertad efectiva los riesgos de fuga aumentan considerablemente, máxime considerando que, estadísticamente, instancias judiciales superiores revocan muy pocas condenas de este tipo, pese a lo cual esta circunstancia deberá ser analizada en conjunto con el resto de las condiciones reseñadas.

A partir de estas reformas, pareciera que la discusión vinculada a esta materia ya se ha desplazado a un eje diferente. Hoy no se discute (porque no se puede discutir a partir de “Loyo”) si la pena de prisión efectiva amenazada o impuesta (pero recurrida) basta para legitimar la prisión preventiva. Hoy la discusión pasa por precisar cuáles son las demás circunstancias que, agregadas a la prisión efectiva (pronosticada o aplicada, pero impugnada), configurarán un cuadro de peligros procesales probables que sean idóneos para justificar la imposición concreta de tan grave medida de coerción.

Y no sólo deberán analizarse cuáles serán las circunstancias que configuren los “indicios de peligrosidad procesal” requeridos por la ley, sino que también habrá que dilucidar cuáles serán las medidas que se empleen para tutelar los fines del proceso en los supuestos en que, si bien se verifique algún riesgo para aquéllos, éste no sea suficiente para fundar la imposición de una medida excepcional como lo es la prisión preventiva. En el art. 268 del CPP se regulan medidas alternativas para tutelar el proceso, cuya aplicación conjunta puede resultar eficaz a dichos fines, e, inclusive, podría recurrirse a alternativas más novedosas como las sugeridas por calificada doctrina y una reciente jurisprudencia. Me estoy refiriendo a la figura del arresto domiciliario, respecto del cual se ha sostenido “Desde que por los criterios de excepcionalidad y extrema necesidad, la privación de libertad no debe ser impuesta cuando sus fines puedan garantizarse mediante la imposición individual o combinada de medidas de coerción menos gravosas (llamadas medidas sustitutivas), el artículo (268 C.P.P.) admite como tales el sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución, incluso educadora o terapéutica (lo que incluye al arresto domiciliario en el domicilio propio o el de otra persona o institución)...” (Cafferata Nores, José I., Tarditti, Aída, Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Comentado, T. I, pág. 647).

Y tal fue el criterio adoptado por la Excma. Cámara Séptima del Crimen en autos “Para agregar en Gelvez, Gonzalo Emanuel y otros p.ss.aa. Abuso Sexual con Acceso Carnal Agravado Continuado. Expte. 1086262”, del 21/04/2014, en el que se valoraron razones en pro y en contra de la solicitud de cese de prisión peticionado, concluyendo que éstas plantean un equilibrio de presunciones favorables y desfavorables que aconsejan la utilización de una vía alternativa, en alusión al arresto domiciliario bajo el cuidado de la persona o institución que se fije en el trámite de ejecución del presente decisorio, conjuntamente con la caución y demás condiciones que se fijen, todo ello, interpretando armóni-

camente las disposiciones constitucionales citadas y lo establecido en el art. 268 del C.P.P.

En definitiva, luego de las reformas mencionadas, resta todavía transitar un largo camino en torno a la discusión (siempre vigente) de los distintos aspectos que entraña el instituto de la prisión preventiva, resultando conveniente destacar que la fuerza con que se expresa todo este permanente y oscilante movimiento conceptual, se encuentra íntimamente relacionado con la exagerada duración de los procesos penales. Si hasta que una sentencia condenatoria quede firme transcurre un excesivo lapso de tiempo, es explicable la percepción de impunidad por parte de la sociedad y aun por el posible autor que, al estar en libertad, vuelve a delinquir, pero en cualquier caso, la prisión preventiva no puede ser utilizada a modo de condena anticipada como respuesta al clamor social ni funcionar como sanción ejemplar también anticipada. Por ello, resulta imprescindible que toda esta discusión se proyecte también al diseño de procedimientos, herramientas y recursos que permitan acortar dichos plazos, de modo que el proceso penal logre cumplir los objetivos para los que está diseñado en procura del propósito constitucional de afianzar justicia, no sólo respecto de la víctima y del imputado, sino de toda la sociedad.

DECISIÓN Y EXCESO RITUAL (Entre la irracionalidad y la irrelevancia de las reglas)¹

Mauricio G. Zambiazzo

*“El orden, a diferencia de la seguridad,
tiene dos disvalores en vez de uno,
el desorden –por carencia de orden–
y el ritualismo, por exceso”*
(Linares)

*“aquello que la doctrina del ‘ritualismo’ o ‘formulismo’
quiere rechazar en realidad es la aplicación automática
e irreflexiva de la normativa procedimental”*
(Bertolino)

Sumario: I. Explicitaciones previas. II. El exceso ritual ¿qué es? (de qué hablamos cuando hablamos de “exceso ritual”). III. Teoría de los enunciados jurídicos: principios y reglas. IV. La concepción de Alchourrón y Bulygin sobre las normas jurídicas: caso y solución. V. El caso: conjunto de propiedades relevantes (Universo de Propiedades), hipótesis de relevancia y laguna axiológica. VI. Carácter “realizador” del derecho procesal y límites a la potestad reglamentaria. VI.a. Reglamentación irrazonable y “experiencias recalcitrantes”: sub o sobreinclusión. VII. “Aplicabilidad interna” de normas. VIII. Sistema republicano y poder del juez. IX. El “exceso ritual”: declaración de invalidez de una regla. X. Epílogo: entre la irracionalidad y la irrelevancia de las reglas: el “exceso ritual”. XI. Bibliografía.

I. Explicitaciones previas

La Corte Suprema argentina ha declarado recientemente la invalidez de la Acordada 4/2007², que regula los requisitos que se deben observar al presentar un recurso extraordinario federal, o su pertinente queja por inadmisibilidad de aquél. En los autos “Arzúa”³ ha establecido que para esos autos, aplicar lo que la mencionada Acordada establece importaría un “exceso ritual manifiesto”.

Para no imponer la consecuencia jurídica que dicha Acordada establece (inadmisibilidad del acto procesal) la Corte nacional ha hecho

uso de una doctrina que la misma Corte ha ido elaborando, a través de diversos pronunciamientos. Aunque, -en realidad-, mas que doctrina se trata de una concepción⁴ acerca de lo que la justicia argentina debe ser.

A través de sucesivos fallos, que comienzan en el *leading case* “Colalillo”⁵ y –continuando con “Cabred”, “Besada” “Mozzatti” y pasando por numerosos precedentes que se fueron sucediendo⁶, llega hasta nuestros días y es la posición actual de nuestra Corte nacional.

Dicha doctrina –o concepción- podríamos sintetizarla de la siguiente manera: “el exceso ritual manifiesto frustra o impide la obtención de la verdad jurídica objetiva en el caso bajo juzgamiento, y ello no es compatible con un adecuado servicio de justicia”.

Vemos entonces que en esta idea, -que todos intuitivamente comprendemos de qué se trata- se encuentran involucradas tres expresiones que requieren una mayor precisión: “el exceso ritual manifiesto”, “la verdad jurídica objetiva” y el “adecuado servicio de justicia”.

En el presente trabajo nos centraremos solamente en la noción de “exceso ritual manifiesto”, y dejaremos –tal vez- para otra oportunidad las ideas de “verdad jurídica objetiva” y de “adecuado servicio de justicia” (aunque obviamente, por componer la concepción, siempre implícita o secundariamente estarán presentes).

Antes de comenzar a desarrollar el tema propuesto, una sola explicitación más: en el presente hablaremos de “exceso ritual” a secas, dejando de lado el término “manifiesto”. Ello así por una simple razón, la doctrina bajo análisis se ha ido perfilando a través de sucesivos y numerosos fallos de nuestro máximo Tribunal nacional. Es decir, las causas transitaron por completo el derrotero delineado por nuestros códigos procesales, con intervención de las distintas etapas (instancias) cada una con la intervención del pertinente (y competente) tribunal. Recién la Corte –como tribunal cimero- fue quien resolvió la cuestión conforme a la doctrina del “exceso ritual”. Es decir, parece que la noción “manifiesto” no refleja adecuadamente la doctrina bajo análisis: hizo falta llegar hasta la Corte con el planteo, los distintos tribunales intervinientes no lo entendieron de la misma forma o en el sentido establecido por la Corte nacional. Parece, entonces, que tan “manifiesto” no ha sido el exceso ritual denunciado por la Corte. Por ello, mejor, hablaremos de “exceso ritual”.

II. El exceso ritual ¿qué es? (de qué hablamos cuando hablamos de “exceso ritual”?).

Habiendo dejado de lado el vocablo “manifiesto”, que a nuestro juicio se presenta problemático y subjetivo (o mejor dicho, problemático por subjetivo), nos centraremos ahora y de aquí en más en el “exceso ritual”. ¿Qué es un “exceso ritual”? ¿Que implica que un tribunal haga uso de la doctrina del “exceso ritual” para decidir un litigio?. O mejor, ¿en qué condiciones estamos dispuestos a aceptar que un tribunal haga

uso de la doctrina del exceso ritual y decida el litigio?. O directamente, ¿de qué hablamos cuando hablamos de “exceso ritual”?

Este es el objeto del presente trabajo. Establecer ciertas condiciones o límites dentro de las cuales se puede apropiadamente hablar de “exceso ritual”. Fuera de ellas, a mi juicio no corresponde el uso del concepto, aunque, obviamente, se pueden encontrar fallos judiciales que echen mano a la figura del exceso ritual para decidir un caso de la manera que el sentenciante estima que corresponde, o según le indica el sentido de justicia del juez interviniente. Como siempre, -y distinguiendo el plano descriptivo del prescriptivo-, que existan no significa que estén bien.

Así planteado el tema, afirmamos que el denominado “exceso ritual” es una consecuencia jurídica disvaliosa prevista en una norma de carácter procesal para un caso. Como tal, la norma jurídica procesal regula casos genéricos que se presentarán en un ámbito determinado: el proceso judicial. Es decir, la consecuencia jurídica está prevista para el caso, pero aplicarla importa un “formulismo”⁷. Ello así por diversas razones que más abajo veremos.

Para desenrollar el ovillo que el estudio del tema importa, empezaremos por estudiar los enunciados jurídicos.

III. Teoría de los enunciados jurídicos: principios y reglas.

Una norma jurídica relaciona un caso genérico con una solución o consecuencia jurídica. Pero, el enunciado jurídico puede ser un principio o una regla. De qué depende ello?. Hay varias propuestas para distinguir unos de otras⁸, a los fines del presente se asume una distinción de tipo estructural. Ello nos posibilita una diferenciación entre reglas y principios jurídicos -se entiende- de fácil reconocimiento.

Principios y reglas, ambos son dos tipos de enunciados jurídicos pero, ¿qué diferencia a uno de otro?. Para trazar una línea que permita diferenciar uno de otro, seguiremos a Atienza y Ruiz Manero, quienes explican que “los principios en sentido estricto pueden formularse siempre como enunciados que correlacionan casos con la calificación normativa de una determinada conducta, pero eso no quiere decir que, desde esta perspectiva, no exista ninguna diferencia con las reglas (y en particular con las reglas de acción). La diferencia estriba en que *los principios configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada*. Con ello queremos decir que mientras que en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto finito y cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas: no se trata sólo de que las propiedades que constituyen las condiciones de aplicación tengan una periferia mayor o menor de vaguedad, sino de que tales condiciones no se encuentran siquiera genéricamente determinadas. El tipo de indeterminación que aqueja a los principios es, pues, más radical que el de las reglas”^{9 10}.

Cada uno de estos tipos de enunciados jurídicos tiene pros y contras, que proyectados al modelo de decisión –sea que se base en principios o sea basado en reglas- determina fortalezas y debilidades del modelo. (y obviamente, lo que entendamos por fortaleza o por debilidad dependerá de los objetivos que atribuyamos al modelo y de los medios que elijamos para alcanzarlos).

El modelo de decisión basado en principios tiene a su favor que es maleable, en cambio el que se basa en reglas tiene su fundamento en una técnica que Schauer ¹¹ denomina “generalizaciones atrincheradas” y por tanto es rígido, generando supuestos de sub o sobreinclusión, es decir, hay casos comprendidos en la regla que no deberían estarlo, y hay casos no comprendidos por la regla que deberían estarlo. En el caso de las reglas –dice Schauer- “tanto las descriptivas como las prescriptivas, se dirigen pues a tipos, y no a casos particulares” y “como resultado de ello, los individuos que percibimos no son solo individuos, sino individuos que poseen cierta propiedad x, siendo instancias o casos de categorías más comprensivas” y más adelante añade “cuando generalizamos no vemos a los individuos en forma aislada, sino como ejemplo de un tipo o miembros de una clase”. “cada una de las propiedades de un individuo lo proyecta en direcciones diferentes y potencialmente conflictivas. Generalizar en una dirección implica apelar a todos los restantes miembros de la clase que conforman esa generalización, mientras que generalizar en otra dirección sugiere una colección diferente de individuos”. Y más adelante informa el autor que “las generalizaciones son pues selectivas, pero así como son inclusiones selectivas, las generalizaciones son exclusiones selectivas. Al concentrarse en un número limitado de propiedades, una generalización simultáneamente suprime otras propiedades, incluso aquellas que marcan diferencias reales entre los individuos que las propiedades seleccionadas tratan como semejantes”¹². “la supresión, es importante, justamente porque no es una negación. La generalización, como forma de discurso supone, en consecuencia, la supresión en ciertos contextos de diferencias que serían relevantes en otros. Añade el autor en cita que “una parte de toda regla ... su predicado fáctico, puede ser interpretado como su hipótesis, puesto que las reglas prescriptivas pueden ser formuladas de tal modo que comiencen con un “si x”, donde x es un enunciado descriptivo cuya verdad es condición necesaria y suficiente para la aplicabilidad de la regla. Las reglas también contienen lo que el autor denomina “consecuente, que prescriben lo que habrá de ocurrir cuando se verifiquen las condiciones especificadas en el predicado fáctico”. Importante es resaltar, como lo hace el autor en estudio que “el predicado fáctico de una regla es comúnmente solo una generalización probabilística de este tipo” y luego precisa que “por consiguiente, dado que el predicado fáctico de una regla es (actual o potencialmente sub o sobreincluyente (o ambas cosas) desde la perspectiva de la justificación de la regla, puede ser que ese predicado

fáctico no favorezca la justificación de la regla sino que la obstaculice. Si una regla se aplica incluso cuando su aplicación no sirve a su justificación, ¿es una mala regla? ¿o simplemente la hemos aplicado mal?. ¿o esto es sencillamente un rasgo distintivo de las reglas?”, se pregunta el autor en estudio. Acá introduciremos una conclusión que surge de la aplicación del pensamiento de Schauer al problema en análisis: si una regla se aplica incluso cuando su aplicación no sirve a su justificación, y se trata de una regla procesal, es un exceso ritual. Seguiremos explicando esto.

Lo distintivo de las reglas es que su predicado fáctico, basado en una generalización atrincherada es potencialmente apto para producir sub o sobreinclusión, y ello afecta la razonabilidad de dicho predicado fáctico o de la generalización dispuesta por la autoridad normativa. Y consecuentemente, la razonabilidad de la consecuencia jurídica establecida para dicho predicado fáctico.

El autor que tomamos como base denomina “experiencias recalcitrantes” a las generalizaciones que resultan inadecuadas conforme la justificación de la regla, es decir, que se transforman en un obstáculo para la obtención de la finalidad o justificación que subyace a la prescripción normativa.

En el derecho procesal, las justificaciones pueden ser variadas, pero todas pueden agruparse en una: establecer un orden para la discusión procesal, establecer un cómo/dónde/cuándo para los actos procesales, para que los sujetos procesales puedan hacer llegar al tribunal sus pedidos de modo inequívoco, y siempre cuidando de que con la reglamentación no se vulnere el derecho de defensa. Es decir, no se desnaturalice, restrinja o altere el derecho reglamentado (art. 28, CN).

Ambos modelos de toma de decisión tienen sus fortalezas y sus debilidades. Un modelo de decisión basado en principios tiene a su favor la maleabilidad, de modo tal que en su contexto no existirán “experiencias recalcitrantes” o lo que es lo mismo, “excesos rituales”, pero para ello se deberá pagar el precio de la indeterminación *ex ante*, lo cual afecta la seguridad jurídica (y también la celeridad y la libertad). En cambio, un modelo de decisión basado en reglas tiene a su favor precisamente la previsibilidad y certeza, lo que favorece la igualdad, y el orden, pero al precio de generalizaciones potencialmente sub o sobreincluyentes que pueden constituirse en un obstáculo para la realización de la justificación de la regla, lo que en definitiva redundaría en un exceso ritual que implica una experiencia recalcitrante y en definitiva, una decisión irrazonable (y por ello injusta)¹³. Esto afecta tanto al justiciable como al “adecuado servicio de justicia”, según terminología de la Corte.

IV. La concepción de Alchourrón y Bulygin sobre las normas jurídicas: caso y solución.

Alchourrón y Bulygin entienden a las normas jurídicas como

“enunciados (es decir, expresiones lingüísticas) que correlacionen casos con soluciones”¹⁴.

Como vimos recientemente, con Atienza y Ruiz Manero¹⁵, el “caso” de la norma jurídica, que está correlacionado con la solución puede estar configurado de diferentes maneras, y ello nos determina que estemos frente a un principio o frente a una regla.

A su vez, Alchourrón y Bulygin nos dicen que “obviamente, no todas las circunstancias posibles son relevantes para nuestro problema, pero la selección de las circunstancias o propiedades relevantes es un problema valorativo”¹⁶.

Es importante destacar que, de toda la realidad, al momento de legislar, la autoridad de creación (en nuestro caso el legislador o constituyente, o el juez en los casos de lagunas –sean estas normativas o axiológicas-) realiza una selección de las propiedades que considera relevantes para la solución del problema. Dicha selección –como afirma Schauer- importa una supresión pero no una negación de las restantes propiedades que también conforman la realidad legislada. Esto es importante, pues la supresión no niega la existencia de las otras propiedades no seleccionadas, simplemente les quita relevancia, es decir, importancia para influir en la solución del problema¹⁷.

Es decir, la selección de propiedades relevantes para la decisión de un problema es una decisión de la autoridad de creación del derecho, que en nuestro país, no puede ser realizada irrazonablemente, según lo impone el art. 28 de la Constitución Nacional. Esto último, determina consecuencias sobre el tema en estudio.

V. El caso: conjunto de propiedades relevantes (Universo de Propiedades), hipótesis de relevancia y laguna axiológica.

En qué circunstancias una consecuencia jurídica q debe ser aplicada a un caso p ?. “La respuesta a esta pregunta depende de nuestra valoración de las distintas circunstancias que deberían ser tomadas en cuenta. Obviamente, no todas las circunstancias posibles son relevantes para nuestro problema, pero la selección de las circunstancias o propiedades relevantes es un problema valorativo [...] estas circunstancias son propiedades de los elementos del UD [Universo del Discurso]. Toda propiedad divide los elementos del Universo del Discurso en dos clases: la clase de aquellos elementos en los que esa propiedad está presente y la de aquellos en los que está ausente. La ausencia de una propiedad equivale a la presencia de su propiedad complementaria. La propiedad complementaria es la negación de la propiedad en cuestión... se desprende de ello que para toda propiedad P vale que todo elemento del UD tiene P o su complementaria ($- P$). Todo conjunto de propiedades que pueden estar presentes o ausentes en los elementos de un UD se denominará Universo de Propiedades [...] Toda propiedad de un UP y todo compuesto veritativo-funcional de tales propiedades –siempre que éste no

sea tautológico ni contradictorio- define un caso (posible)”¹⁸.

Ahora bien, toda propiedad de un universo de propiedades y todo compuesto veritativo-funcional de tales propiedades define un caso posible... conforme las propiedades seleccionadas por la autoridad de creación del derecho. Para ello, la autoridad de creación del derecho selecciona las propiedades que considera relevantes para la solución del problema.

Sin embargo, nos dicen Alchourrón y Bulygin¹⁹ que el término “relevante” es ambiguo. Se usa en sentido descriptivo (es decir, para describir el conjunto de propiedades que la autoridad de creación ha considerado relevantes para conformar el caso genérico) y también se la usa en un sentido prescriptivo, es decir, para afirmar que tal o cual propiedad *debe ser relevante*, es decir, debe ser tenida en cuenta por la autoridad de creación del Derecho. Para diferenciar uno u otro sentido del uso “relevante”, denominan tesis de relevancia, que se corresponde con un uso descriptivo, e hipótesis de relevancia, para con el uso prescriptivo. Y más adelante aclaran, “... la hipótesis de relevancia supone un *criterio valorativo*: una propiedad relevante (en sentido prescriptivo) para un criterio valorativo puede no ser relevante (en sentido prescriptivo) para otro. [...] toda hipótesis de relevancia supone la existencia de un criterio axiológico determinado”²⁰

Estos autores denominan “laguna axiológica” cuando estamos en presencia de una “solución inadecuada *porque* el legislador no tuvo en cuenta una distinción que debía haber tomado en cuenta. Este tipo de lagunas suponen, pues, la existencia de una propiedad relevante (en el sentido prescriptivo del término) para el caso en cuestión, que, sin embargo, es irrelevante (en el sentido descriptivo) para el sistema considerado”²¹.

“En el caso de la laguna axiológica, la solución existente se considera axiológicamente inadecuada *porque* no toma en cuenta la propiedad conceptuada relevante (en el sentido prescriptivo) *en este caso*”²²

VI. Carácter “realizador” del derecho procesal y límites a la potestad reglamentaria.

Tiene dicho la doctrina²³ que uno de los caracteres del Derecho Procesal es el de ser instrumental, es decir, estar al servicio del derecho sustancial o de fondo (o derecho subjetivo del justiciable) actuado en el proceso. Carácter instrumental al que también se alude denominándolo realizador, porque tiende a hacer real el derecho sustancial cuya existencia se afirma en el proceso. En dicha tarea, la autoridad competente²⁴ establece disposiciones que reglamentan la actividad y los derechos de los justiciables en el proceso²⁵.

La autoridad de creación del derecho, al cumplir con su función, se encuentra sometida a una serie de limitaciones, tanto formales como sustanciales, que de alguna manera condicionan y determinan el

producto de su actividad. Como enseña Sagüés²⁶, el art. 14 de la Constitución Nacional argentina dispone que el conjunto de derechos personales que el Estado reconoce –entre ellos el de peticionar a las autoridades (en donde se incluye el poder de acción)- se ejercen conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio. Esta disposición explícita –de esta manera- la concepción ideológica del constituyente: en primer lugar, no hay en la Argentina derechos absolutos, sino que todo derecho debe ser reglamentado para, de esta manera, hacerlo compatible con los derechos de los demás, y con los demás derechos enunciados en la Constitución²⁷; y en segundo término, todos los derechos son reglamentables, es decir, que los derechos consagrados por nuestro máximo texto normativo están sujetos a la reglamentación que disponga la ley²⁸.

Claro que, no se puede reglamentar de cualquier manera. La norma del art. 14 es completada por el art. 28 del mismo texto normativo, que establece que “los principios, derechos y garantías reconocidos por la Constitución no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”. Así, el art. 14 establece que los derechos no son absolutos y deben ser reglamentados en su ejercicio; pero, el art. 28 dice que no cualquier reglamentación es válida, y que al hacerlo, la autoridad de creación del derecho no puede transgredir ciertos límites o condiciones.

Al respecto Sagüés²⁹ dice que nuestra Corte Suprema ha establecido dos pautas o criterios para evaluar la constitucionalidad de la reglamentación de los derechos: uno formal u orgánico y el otro sustancial o de contenido. El primero establece que toda reglamentación de derechos debe hacerse por ley, en sentido estricto, esto es debe realizarse por el órgano más político y representativo de nuestro sistema: el poder legislativo. El segundo criterio tiene en cuenta el contenido de la reglamentación, lo concretamente establecido^{30 31}.

Como se dijo, la reglamentación debe ser razonable, por consiguiente, toda reglamentación irrazonable deviene inconstitucional y por ende carente de validez.

El autor en estudio³² distingue tres niveles de razonabilidad: normativo, técnico y axiológico. Desde el punto de vista del contenido, que una reglamentación sea razonable significa que “debe subordinarse a la Constitución, adecuar sus preceptos a los objetivos que pretende alcanzar, y dar soluciones equitativas, con un mínimo de justicia”³³. La norma razonable equivale a no arbitraria. Así puede hablarse de:

a) razonabilidad en el plano *normativo*: el principio de razonabilidad debe cuidar que las normas legales mantengan su coherencia con las constitucionales, “de suerte que su aplicación no resulte contradictoria con lo establecido en la constitución nacional”³⁴. Sagüés ejemplifica con la imposibilidad de que un código procesal impida la producción de prueba pues eso lesionaría la regla constitucional del debido proceso;

b) razonabilidad en el plano *técnico*: se impone una apropiada adecuación entre los fines postulados por una ley y los medios que planifica

para lograrlos. Es irrazonable la ley cuando los medios que arbitra no se adecuan a los objetivos cuya realización procura o a los fines que requieren su sanción, o cuando no media correspondencia entre las obligaciones que impone y los propósitos que pretende alcanzar;

c) razonabilidad en el plano *axiológico*: tiene en cuenta los valores y tiende a lograr un standard básico de justicia intrínseca en las normas, de tal modo que las notoriamente injustas sean declaradas inconstitucionales. Al legislador no le está permitido obrar caprichosamente³⁵.

Una particular y muy interesante forma de irrazonabilidad es la denominada “irrazonabilidad por modificación del contexto de vida”. De esta manera, una norma que el momento de su promulgación era razonable, por el transcurso del tiempo y por la modificación de las circunstancias economicosociales, o culturales, deviene irrazonable y disvaliosa. Ello significa que una norma originariamente razonable, en lo posterior, en lo sucesivo deviene irrazonable, lo que importa un supuesto de irrazonabilidad no originaria, sino sobreviniente³⁶. Esta “modificación del contexto de vida” también puede provenir de un cambio en la jurisprudencia, como por ejemplo lo ocurrido en nuestro país en materia de recurso de casación luego del fallo “Casal”, emitido por la Corte nacional, que influye fuertemente en los operadores jurídicos y produce un cambio en la manera de entender ciertas instituciones jurídicas.

Desde otro costado, no debemos olvidar que la exigencia de fundamentación³⁷ de las decisiones, -sean ellas durante la tramitación del proceso, o al momento del dictado de la sentencia definitiva- es una exigencia de carácter procesal. Es decir, cuando se apunte falta de fundamentación³⁸ de una decisión se está haciendo alusión al incumplimiento de una regla de carácter procesal.

VI.a. Reglamentación irrazonable y “experiencias recalcitrantes”: sub o sobreinclusión.

Tal como expone Sagüés, una reglamentación puede ser irrazonable, por alguna de las cuatro causas que el autor menciona. También puede presentarse una “experiencia recalcitrante”, en términos de Schauer, cuando se producen casos de sub o sobreinclusión en el predicado fáctico de una regla. En el ámbito del “exceso ritual” dicha reglamentación irrazonable o dicha experiencia recalcitrante se produce en el ámbito del proceso judicial y con motivo de la aplicación de una regla procesal. Esto es importante destacar, como en los principios el predicado fáctico de la norma se encuentra formulado de manera abierta y el balance de razones se produce *ex post* y por la autoridad de aplicación, nunca la aplicación de un principio producirá un “exceso ritual”. En todo caso, el problema será la ponderación, el balance realizado por la autoridad de aplicación del derecho. Se dirá que hay una errónea ponderación o balance de razones involucrada... pero nunca un “exceso ritual”. Por-

que el exceso ritual es una consecuencia jurídica prevista en una regla que es irrazonable -en términos de Sagüés- o sub o sobreincluyente -en términos de Schauer-.

VII. “Aplicabilidad interna” de normas

Afirma muy bien Navarro que [en nuestro sistema jurídico] “un juez no puede ignorar arbitrariamente aquellas normas válidas que regulan un determinado caso”³⁹. Y más adelante aclara que “los casos genéricos son definidos por una propiedad (o combinación veritativa-funcional de propiedades) que se proyecta sobre un determinado universo del discurso, y los casos individuales son los elementos del universo del discurso clasificados mediante un cierto conjunto de propiedades. Mientras que un caso individual es un elemento del universo del discurso que pertenece a una de las clases (casos genéricos)... un caso individual tiene la misma solución que el caso genérico al que pertenece”⁴⁰. Y continúa el autor en cita estableciendo que “mientras que la relación entre la solución de un caso genérico y un caso individual (es decir, entre el caso previsto por el legislador al crear el derecho y el caso sometido a conocimiento del juez para su aplicación) es interna o conceptual, la relación entre la solución de un caso genérico y un caso judicial⁴¹ es externa o institucional. Para la solución de un caso individual, no es necesaria ninguna nueva decisión normativa”^{42 43}.

Las normas generales se refieren a circunstancias abstractas. Estas circunstancias son posibles propiedades que pueden tener (o carecer de ellas) las situaciones individuales. El conjunto de todas estas propiedades abstractas forma el Universo de Propiedades (UP) y la combinación de estas propiedades delimita los casos o situaciones posibles en un determinado universo del discurso. Por ejemplo, la combinación de dos propiedades lógicamente independientes resulta en cuatro casos que agotan las posibles situaciones. Estos casos se llaman casos elementales³⁷⁴⁴

Y –citando a Dworkin- expresa que “cuando decimos que una regla es *vinculante* para un juez, no queremos decir otra cosa que el juez debe seguirla si ella se aplica, y que si no lo hace, entonces comete un error”⁴⁵. Y explica que “mediante la expresión ‘aplicabilidad interna’ intentamos subrayar que la conexión entre normas y casos no depende más que del alcance de la norma. Esta se aplica a los casos que ella regula sin necesidad de que una autoridad tenga que tomar siempre una decisión sobre si cierto caso está incluido en el alcance de la regla o excluido de este. Esta relación entre normas y casos es *intrínseca o conceptual*...”. La relación entre aplicabilidad interna y casos es otra manera de expresar una idea bien conocida, los casos a los que una norma se aplica son los casos que ella regula. ... las normas expresan decisiones de las autoridades normativas... por tanto, la aplicabilidad interna de una norma depende de las decisiones normativas que ha to-

mado la autoridad”⁴⁶.

Por ello, es importante la distinción entre principios y reglas, ya que en el caso de las reglas, el caso regulado aparece configurado de manera cerrada, las propiedades que lo integran forman un conjunto bien determinado. En cambio, en los principios, el caso se configura de manera abierta, sin la mención completa de las propiedades que conforman el caso. Es por eso que Dworkin⁴⁷ dice que las reglas determinan la solución en cambio los principios orientan pero no determinan.

VIII. Sistema republicano y poder del juez.

Sabido es que nuestro país adopta como forma de gobierno el sistema republicano⁴⁸. Ello importa la separación en las tareas de creación y aplicación del derecho. Es decir, un órgano (poder legislativo) crea el derecho y otro (juez) la aplica. Esto es particularmente importante en lo que aquí respecta en dos aspectos: a) primero, el juez debe aplicar al caso las valoraciones formuladas por la autoridad de creación, salvo declaración de invalidez⁴⁹ (inconstitucionalidad); b) segundo, el poder del juez –como autoridad de aplicación– es distinto según se trate de aplicar principios o reglas. En el caso de los principios, como debe formular *ex post* el balance de razones, su poder es mayor. En el caso de las reglas, su poder es también amplio, pero distinto: o aplica las valoraciones formuladas por la autoridad de creación, o las desestima por irrazonables, privándolas de validez. Para esto último, cuenta con el poder que le brinda la declaración de inconstitucionalidad.

IX. El “exceso ritual”: declaración de invalidez de una regla.

Si una norma jurídica es válida, y es internamente aplicable al caso regulado, la consecuencia jurídica que ella impone debe ser establecida por el órgano de aplicación (juez). Hay una sola forma de que la consecuencia jurídica que la norma establece no se materialice en el caso individual, o judicial: que se la prive de validez⁵⁰ (por irrazonable) y luego se establezca otra consecuencia jurídica a la prevista por la norma cuya invalidez se declara. Como la aplicabilidad es una cuestión interna, o conceptual, la misma no depende de la decisión de ninguna autoridad de aplicación. La única forma de no aplicar la norma al caso individual (que es una instancia del caso genérico previsto en la norma) e imponer la consecuencia jurídica prevista en dicha norma es su declaración de invalidez (por irrazonable... en cualquiera de sus aspectos o causas). Si el juez no declara la invalidez de la norma procesal a la que se acusa como “ritualista” o “formulista” no puede no aplicar la consecuencia jurídica que dicha norma asigna al caso. Por tanto, si advierte que aplicándola genera un “exceso ritual”, debe declararla inválida. De lo contrario, la norma tiene plena validez y el aplicador (juez) no puede eludir su aplicación.

X. Epílogo: entre la irracionalidad y la irrelevancia: el “exceso ritual”.

La Corte nacional tiene dicho que la doctrina del “exceso ritual” es excepcional. ¿Qué significa ello?, o al menos, ¿qué es dable entender que ha querido decir la Corte con ello?, ... lisa y llanamente, que no se debe declarar un “exceso ritual” ante cualquier circunstancia. Si se tiene en cuenta que la declaración de un exceso ritual importa la no aplicación de una consecuencia jurídica prevista por la autoridad de creación entonces se comprenderá lo trascendente de la prudencia pedida por la Corte. Pero ello nos lleva directamente a un dilema, que –tal como lo ha planteado Schauer- se puede graficar apropiadamente con la tensión entre irracionalidad e irrelevancia. Entre la irracionalidad que importa seguir ciegamente una regla –aplicando a rajatabla la consecuencia jurídica que impone- y despreocupándonos por el resultado de su aplicación; y la irrelevancia de las reglas que implicaría el constante desconocimiento de la selección (supresión más no negación) de las propiedades que formuló la autoridad de creación del derecho al configurar la regla.

Seguir ciegamente una regla, aplicar mecánicamente la consecuencia jurídica prevista por el legislador para el caso configurado por las propiedades seleccionadas, desentendiéndonos de sus resultados (es decir, adoptando la valoración formulada por la autoridad de creación sin valorar la valoración aplicada) puede importar un signo de irracionalidad; pero, al contrario, desconfiar siempre de la valoración y selección formulada por la autoridad de creación, y formular en cada caso bajo juzgamiento una nueva ponderación o balance de razones –además de constituir inseguridad y afectar la celeridad- importa lisa y llanamente tornar irrelevantes a las reglas para la solución del caso bajo juzgamiento (en este caso, para el acto procesal que la regla regula).

En realidad, la toma de decisiones basada en reglas, o lo que es lo mismo, adoptar un conjunto de soluciones prefijadas para determinados casos tiene mucho de racional⁵¹, ya que simplifica la decisión porque elimina el “balance de razones” o la deliberación acerca de cuáles son las propiedades relevantes (selección) y cuál es la solución más apropiada según el caso. Decidir conforme a reglas prefijadas importa agilizar la decisión conforme a una decisión previamente elaborada⁵², lo que constituye una virtud nada despreciable conforme las exigencias de los tiempos actuales, además de contribuir con el afianzamiento de la igualdad en la República.

Entonces, tal como dice la Corte, la declaración de “ritualismo”, “formulismo” o “exceso ritual” debe ser excepcional, cuidando prudentemente de no caer en una aplicación mecánica de la norma (procesal) ni tampoco en una anarquía procesal, que es el otro disvalor del orden, según ya nos advirtiera Linares.

XI. Bibliografía

- AARNIO**, Aulis – **GARZÓN VALDES**, Ernesto – **UUSITALO**, Jyrki (Comps.), *La normatividad del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997.
- ALARCÓN CABRERA**, Carlos y **VIGO**, Rodolfo L. (Coord.), *Interpretación y argumentación jurídica*, Marcial Pons Argentina, Buenos Aires, 2011.
- ATIENZA**, Manuel y **RUIZ MANERO**, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 2007.
- BERTOLINO**, Pedro J., *El exceso ritual manifiesto*, 2ª edición, Platense, La Plata, 2003.
- DIAZ**, Elías – **COLOMER**, José Luis, *Estado, justicia, derechos*, Alianza Editorial, Madrid, 2002.
- FERRAJOLI**, Luigi, *El garantismo y la filosofía del derecho*, trad. de Gerardo Pisarello, Alexei Julio Estrada y José Manuel Díaz Martín, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.
- FERREYRA de DE LA RÚA**, Angelina y **GONZALEZ DE LA VEGA de OPL**, Cristina, *Teoría General del Proceso*, Advocatus, Córdoba, 2003.
- GHIRARDI**, Olsen A., *Lógica del proceso judicial*, Lerner Editora, Córdoba, 2009.
- HELLER**, Hermann, *Teoría del estado*, trad. Luis Tobío, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1992.
- KELSEN**, Hans – **BULYGIN**, Eugenio – **WALTER**, Robert, *Validez y eficacia del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2005.
- MORELLO**, Augusto M. – **BERIZONCE**, Roberto O. – **HITTERS**, Juan C. – **NOGUEIRA**, Carlos A., *La justicia entre dos épocas*, Librería Editora Platense, La Plata, 1983.
- NAVARRO**, Pablo E., *Los límites del derecho*, Temis, Bogotá, 2005.
- NINO**, Carlos S., *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2000.
- PALACIO**, Lino E., *Manual de Derecho Procesal Civil*, 16ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.
- SABINE**, George H., *Historia de la teoría política*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1990.
- SAGÜÉS**, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, 3ª edición, 2 tomos, Astrea, Buenos Aires, 1999.
- SCHAUER**, Frederick, *Las reglas en juego*, traducido por Claudia Orunesu y Jorge L. Rodríguez, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- THURY CORNEJO**, Valentín, *Juez y división de poderes hoy*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2002.

¹ Artículo publicado en *Actividad Decisoria. Sentencia*. Doctrina y Jurisprudencia, Colección de Derecho Procesal N° 6 – 2011, Angelina Ferreyra de De la Rúa (Directora), Advocatus, Córdoba, 2012.

² Tal vez pase desapercibida la particularidad que importa lo resuelto por la Corte, pero si se tiene en cuenta que la misma Corte es la autoridad de creación y de aplicación del derecho se advertirá la exacta dimensión: la Corte declaró la invalidez de un acto que ella misma había creado, es decir, como autoridad de creación formula la regla, y como autoridad de aplicación la declara inválida porque para el caso concreto constituía una reglamentación irrazonable

³ CSJN, 02.3.2011, A. 438. XLIV. RECURSO DE HECHO Arzúa, Horacio Ricardo Mario c/ Estado Nacional – Administración de Parques Nacionales res. 11/2000.

⁴ Sobre Conceptos y Concepciones, véase HIERRO, Liborio L., “El concepto de justicia y la teoría de los derechos” en *Estado, justicia, derechos*, Elias Díaz – José Luis Colomer (eds), Alianza Editorial, Madrid, 2002, pp. 11-73.

⁵ CSJN, Fallos, 238:550, “Colalillo, Domingo c. España y Río de la Plata (Cía. de Seguros), rta. el 18.9.1957

⁶ Tales como “Wainer”, del 20.11.1979 o “Manzorate”, del 28.7.1971; todos citados en BERTOLINO, Pedro J., *El exceso ritual manifiesto*, 2ª edición reelaborada y actualizada, Librería Editora Platense, La Plata, 2003, p. 169

⁷ Entendido como degeneración del formalismo.

⁸ Vide, ATIENZA, Manuel – RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 2007.

⁹ ATIENZA, Manuel – RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 4ª edición, Ariel, Barcelona, 2004, pp. 30-31, con énfasis añadido.

¹⁰ por ejemplo, un principio en el ámbito procesal –en lo atinente a la contestación de la demanda– podría establecer que “el demandado deberá contestar la demanda dirigida en su contra en un tiempo oportuno, no generando dilaciones innecesarias, y que resulte adecuado para ejercer su derecho de defensa teniendo en cuenta el tipo de pretensión de que se trate y el tipo de procedimiento que el ordenamiento ritual establece para su discusión”. Una regla (como por ej. el art. 493 del CPC Cba.,) dirá: “el demandado deberá contestar la demanda en el plazo de diez días”.

¹¹ cfse, SCHAUER, Frederick, *Las reglas en juego*, trad. por Claudia Orunesu y Jorge L. Rodríguez, Marcial Pons, Madrid, 2004

¹² Por ello, el acto de creación del Derecho, a diferencia del acto de aplicación, es una tarea de naturaleza política (“... en el Estado de Derecho, con división de poderes sólo vale propiamente como política la actividad del Estado que tiene carácter dispositivo y, en cambio, no se considera como política, o al menos no se la considera en el mismo grado, a la ejecución que actúa sobre la base de las disposiciones de aquélla; es decir, que, en general, sólo son actividades políticas el Gobierno y la Legislación, no la Administración ni la Justicia”. cfr. HELLER, Hermann, *Teoría del estado*, trad. Luis Tobío, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1992, p. 223).

¹³ Parece un juego de palabras, pero en realidad, está todo concatenado

¹⁴ Cfr. ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 37

¹⁵ ATIENZA, Manuel – RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 4ª edición, Ariel, Barcelona, 2004, pp. 30-31

- ¹⁶ ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *op. cit.*, p. 37
- ¹⁷ Cfr. SCHAUER, Frederick, *Las reglas en juego*, trad. de Claudia Orunesu y Jorge L. Rodríguez, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 80
- ¹⁸ Cfr. ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *op. cit.*, pp.33-34
- ¹⁹ ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *op. cit.*, pp. 153-154.
- ²⁰ ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *op. cit.*, p. 156.
- ²¹ *Ibid.*, p. 158, destacado en original.
- ²² *Ibid.*, p. 159, destacado en original.
- ²³ FERREYRA de DE LA RÚA, Angelina y GONZALEZ DE LA VEGA de OPL, Cristina, *Teoría General del Proceso*, Advocatus, Córdoba, 2003, t.I p. 17; PALACIO, Lino E., *Manual de Derecho Procesal Civil*, 16ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 14.
- ²⁴ En nuestra República, pueden serlo el constituyente, tanto nacional como provincial; el legislador –preferentemente provincial, aunque en los Códigos de fondo se advierten numerosas normas que, no obstante su carácter procesal, se encuentran incluidas entre sus prescripciones; y los tribunales, mediante el dictado de acordadas a fin de regular cuestiones prácticas de menor complejidad. El producto de la actividad de estas distintas autoridades es fuente directa o vinculante del derecho procesal.
- ²⁵ La doctrina procesalista enseña que las partes en el proceso tienen derechos, obligaciones, deberes y cargas procesales (cfr. FERREYRA de DE LA RÚA, A. y GONZÁLEZ DE LA VEGA de OPL, C., *Teoría General ... cit.*).
- ²⁶ SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de Derecho Constitucional*, 3ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1999, t.II, pp. 877 y ss.
- ²⁷ CSJN, *Fallos*, 311:1438, “Shocklender”
- ²⁸ CSJN, *Fallos*, 307:2262, “Loisi”
- ²⁹ SAGÜÉS, Néstor P. *op. cit.*, p. 879.
- ³⁰ Esto último es producto del desarrollo del denominado “paradigma constitucional”, que cambia el modo de entender la juridicidad, y entiende a la Constitución como un instrumento a la vez jurídico y político. Hasta entonces, la constitución era considerado solamente un instrumento político, solamente. (más precisiones, en Vigo, Rodolfo L., “Razonamiento justificatorio judicial” en *Razonamiento Judicial*, Número Especial de LexisNexis, Bs. As., 31.3.04, Fascículo N° 13, pp. 79 y ss.)
- ³¹ Según Ferrajoli el paradigma constitucional establece una exigencia a la vez formal y sustancial como criterio de validez de los productos del legislador. Así, una ley será válida, y por tanto tendrá fuerza obligatoria, si según el criterio formal, ha sido dictada por el órgano competente para ello (para nosotros, el poder legislativo) y siguiendo el procedimiento establecido para ello (procedimiento de formación y sanción de las leyes). Pero, a su vez, exige también para la validez de una norma jurídica, que su contenido se adecue a lo establecido por nuestra Carta Magna, esto es, la coherencia de los significados de las leyes con lo significado por la Constitución. Ambos criterios son exigidos en conjunto, lo que implica una dimensión formal y sustancial de validez, “dependiente no ya solo de la forma en la cual son producidas, sino también de su contenido” (cfr. Ferrajoli, Luigi, *El Garantismo y la Filosofía del Derecho*, trad. de Gerardo Pisarello, Alexei Julio Estrada y José Manuel Díaz Martín, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, pp. 46 y ss.). Este es un

concepto de validez, tanto formal como sustancial, que tiene en cuenta el procedimiento de formación de las leyes y las autoridades indicadas para ello, y además la coherencia del contenido o significado del acto normativo con los principios de carácter sustancial enunciados en la Constitución. Según Ferrajoli dicho concepto de validez, no solo formal y no solo sustancial, sino ambos a la vez, es una exigencia de las actuales democracias constitucionales (Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p. 58, nota 27).

En suma, dicha concepción es consecuencia del debilitamiento de la visión legalista-dogmática que interpretaba al concepto de derecho como idéntico al concepto de ley (*stricto sensu*) positiva y remitía a la Constitución al mundo no jurídico de lo político. Luego de la Segunda Guerra Mundial dicho paradigma, dicha forma de concebir la juridicidad, entró en crisis, debido fundamentalmente a los excesos cometidos por el III Reich, exaltándose el carácter jurídico y normativo de la Constitución, y confiriendo una mayor participación a los principios jurídicos y reconociendo una labor crítica de los jueces en la determinación e interpretación del derecho al momento de su aplicación³². La ley dejó de ser omnisciente y el juez dejó de ser “la boca de la ley”, reconociéndose los aspectos de creación y decisión presentes en la tarea de juzgar.

³³ SAGÜÉS, Néstor P, *op. cit.*, p. 881 y ss.

³⁴ *ibidem*

³⁵ CSJN, *Fallos*, 304:972, “Carrizo”

³⁶ CSJN, *Fallos*, 199:483 “Pedro Inchauspe Hnos.”, 277:147, “Cavie”

³⁷ *cfr.* SAGÜÉS, Néstor P. *op. cit.*, p. 883.

³⁸ Las reglas de la lógica integran la fundamentación de una resolución y se encuentran incluidas –a veces de manera explícita- en las reglas procesales que influyen en la decisión final de un proceso judicial. (*cfr.*, GHIRARDI, Olsen A., *Lógica del proceso judicial*, Lerner Editora, Córdoba, 2009, p. 95.

³⁹ Por ejemplo –precisamente- por violación a las reglas de la lógica, que rigen la actividad de pensar.

⁴⁰ *Cfr.* NAVARRO, Pablo E., *Los límites del derecho*, Temis, Bogotá, 2005, p. 68

⁴¹ *Cfr.* NAVARRO, Pablo E., *op. cit.*, pp. 76-77

⁴² Un caso judicial –en terminología de Navarro- es un caso individual planteado ante el juez para la aplicación de la consecuencia jurídica. Es decir, es un caso individual cuya existencia se afirma judicialmente y se pide la imposición de la consecuencia jurídica.

⁴³ Un caso individual de homicidio no forma parte de casos regulados por las normas del homicidio en virtud de la decisión de un juez, sino únicamente por el modo en que han sucedido ciertos hechos en el mundo. En otras palabras: la verdad del enunciado “Bruto mató a César” no depende de lo que sostiene un juez sino únicamente de cómo ha ocurrido la muerte de César. De igual manera, que sea obligatorio imponerle una sanción a Bruto no depende de las decisiones de un juez, sino de la norma general que correlaciona el homicidio con una sanción y del hecho de que Bruto mató a César” (NAVARRO, Pablo E., *op. cit.*, p. 78)

⁴⁴ Esto parece baladí, pero es una consecuencia apuntada por el autor en estudio que es de trascendente importancia en nuestro sistema republicano, e involucra

una cuestión de competencias en torno a la creación y aplicación del derecho, y por consiguiente, hace al reparto de poder en un Estado.

⁴⁵ Cfr. NAVARRO, Pablo E., *op. cit.*, p. 35

⁴⁶ Dworkin, Ronald, citado por NAVARRO, Pablo E., *op. cit.*, p. 29, con destacado en original

⁴⁷ NAVARRO, Pablo E., *op. cit.*, pp. 30-31, en todos los casos el destacado se corresponde con su original. Al respecto es pertinente mencionar que cuando Navarro habla de “decisiones tomadas por la autoridad normativa” se está refiriendo a la autoridad de creación del Derecho; en nuestro sistema el legislador y solo excepcionalmente la autoridad de aplicación –juez- que está autorizado a crear derecho en caso de inexistencia del mismo (lagunas, y recurriendo a los principios generales del derecho o a leyes análogas, conforme lo establece el art. 15 del Código Civil argentino):

⁴⁸ Dworkin, Ronald, citado por NAVARRO, Pablo E., *Los límites del derecho*, Temis, Bogotá, 2005, p. 29

⁴⁹ Art. 1º, Constitución nacional.

⁵⁰ Esto puede resultar intrascendente a primera vista, pero echa por tierra todos los fallos en donde los tribunales han declarado la “inaplicabilidad” al caso de determinada regla (por ej., en donde no aplican el efecto suspensivo previsto por el art. 15 de la Ley 16.986, para el caso de una apelación interpuesta contra la resolución que despacha favorablemente una medida cautelar). En esos casos, lo técnicamente apropiado es la declaración de inconstitucionalidad y de esta manera, privar de validez a la regla para el caso bajo juzgamiento. Si no se la priva de validez y la norma rige el caso, debe aplicarse. A los jueces, en nuestro sistema, no les compete decidir la aplicabilidad o no de una norma a un caso, ya que ello, como bien dice Navarro, es una cuestión conceptual y depende de las decisiones que ha formulado la autoridad de creación.

⁵¹ Al privar de validez a una norma aplicable a un caso, el sistema acusará una laguna. Y en este supuesto, el juez está autorizado a crear derecho, para colmarla. Si se declaró la invalidez de una norma que era contradictoria con otra que también era aplicable al caso, en realidad, la declaración de invalidez fue superabundante, ya que de dos normas contradictorias se pueden derivar sendas consecuencias jurídicas, igualmente válidas.

⁵² Sobre esta afirmación, puede consultarse BAYÓN, Juan C., “Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas” en *Interpretación y argumentación jurídica*, Carlos Alarcón Cabrera y Rodolfo Luis Vigo (Coord.), Marcial Pons Argentina, Buenos Aires, 2011, pp. 127-144.

⁵³ Haciendo un parangón con el proceso, sería algo así como un juicio ejecutivo, en donde la deliberación está acotada a determinados aspectos (de allí la reducción de las posibilidades defensivas que recae sobre el demandado en este tipo de procedimientos); o el sistema de tarifa legal, para valorar la prueba.

DERECHO PENAL

LOS DELITOS DE DISTRIBUCIÓN DE IMÁGENES PORNOGRÁFICAS DE MENORES, ORGANIZACIÓN DE ESPECTÁCULOS PORNOGRÁFICOS CON MENORES DE EDAD, FACILITACIÓN DE ACCESO Y SUMINISTRO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO (ART. 128 DEL CÓD. PENAL)

Gustavo Eduardo Aboso

§ 1. Introducción. La incidencia de los medios de comunicación masivos en la posibilidad de comisión de este delito.- § 2. Bien jurídico.- § 3. Tipicidad objetiva. 3.1. Acciones típicas. 3.2. Sujeto pasivo. 3.3. Sujeto activo. 3.4. Responsabilidad penal de los medios de comunicación. 3.5. Responsabilidad penal del titular del computador. 3.6. Responsabilidad penal de los padres, encargados o tutores de los menores de edad. 3.7. Responsabilidad penal de las personas jurídicas.- § 4. El delito de organización de espectáculos en vivo con escenas pornográficas en la que participan menores de dieciocho años (art. 128, párrafo segundo, del Cód. Penal).- § 5. El delito de facilitación de acceso a espectáculos pornográficos o suministro de material pornográfico a menores de catorce años (art. 128, párrafo tercero, del Cód. Penal).- § 6. Tipicidad subjetiva.- § 7. Consumación y tentativa.- § 8. Casos jurisprudenciales.- § 9. Prescripción de la acción penal.- § 10. Conclusiones.

§ 1. **Introducción. La incidencia de los medios de comunicación masivos en la posibilidad de comisión de este delito**

La sanción de la ley 25.087, en cuyo trámite parlamentario participo activamente, en su calidad de diputado nacional por la Provincia de Córdoba, el hoy homenajeado Dr. Prof. *José Cafferata Nores*, significó más que una mera modificación normativa un auténtico cambio de paradigma de la perspectiva del derecho penal sobre los delitos sexuales. Recordemos brevemente que la sola modificación de la rúbrica de estos delitos, que pasó de tutelar la honestidad por la integridad sexual, permitió abarcar y conjugar de mejor manera los valores ético- sociales en juego. Atrás se dejaba la rancia concepción moralista y masculina de estos delitos para abrir una nueva página en el derecho penal que pusiese en pie de igual a la mujer, los menores de edad y demás incapaces. El concepto de honestidad ya no reflejaba de manera fiel la imagen de moralidad sexual que guió los primeros pasos de la regulación de estos delitos. Tuvo que pasar varias décadas para que la reforma integral del dere-

cho penal sexual homologara los cambios sociales y culturales que habían tomado cuerpo en nuestro país y en la mayor parte de los países occidentales. Sin embargo, en los últimos tiempos se han sucedido de manera paulatina una serie de reformas al Código Penal¹ que han tenido como principal protagonista a los delitos sexuales. En este caso nos parece apropiado analizar de manera dogmática la figura regulada por el art. 128 del Cód. Penal que expresa sin hesitar el alcance y la nueva orientación político-criminal adoptada en nuestro entorno contra los delitos que afectan a los menores de edad al proyectar sus efectos perniciosos en su normal desarrollo bio-psíquico sexual². En este último sentido, la libertad sexual es un aspecto de la libertad y la dignidad de la persona constitucionalmente consagrado y que se conecta con el principio kantiano de que nadie debe ser utilizado como medio para alcanzar un fin, sino que la persona debe ser un fin en sí mismo³.

El art. 128 del Código Penal argentino reza lo siguiente: “*Será reprimido con prisión de seis meses a cuatro años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgar o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores.*”

Será reprimido con prisión de cuatro meses a dos años el que tuviere en su poder representaciones de las descriptas en el párrafo anterior con fines inequívocos de distribución o comercialización.

Será reprimido con prisión de un mes a tres años el que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrar material pornográfico a menores de catorce años⁴.”

Este delito, en su redacción original, tuvo como propósito tutelar una moralidad sexual determinada, en consecuencia los actos de producción, publicación o reproducción, distribución o circulación de imágenes, textos u objetos obscenos representaba un menoscabo al ideario colectivo de una sana y aceptable moralidad sexual⁵. Es claro que esta regulación no tutelaba de manera directa relaciones o estados intersubjetivos valorados como positivos para el desarrollo de una comunidad, sino que el Estado se entrometía de manera arbitraria en la decisión individual de poder apreciar una imagen, texto u objeto y así calificarla de obscena. Debe recordarse acá que los juicios estéticos carecen de pretensión de validez universal, es decir, en buen romance, los juicios sobre los gustos de una persona, necesariamente en la esfera personal de lo sexual, le corresponden al individuo como primero y último juez. En realidad, la punición de los sentimientos morales colectivos sobre la sexualidad y lo sexual permitía a los jueces principalmente calificar de obsceno (=in-

moral) una obra, una película, cualquier manifestación de arte que no se ajustase a los parámetros de la moralidad pública⁶.

En materia de pornografía en general existen dos posiciones bien consolidadas, la primera, liderada por los grupos feministas, entienden que la pornografía para adultos es una forma de expresión del sometimiento y la explotación de la mujer por el hombre; la segunda, entiende que el calificativo de pornográfico dependerá en muchos casos del contexto en el que se realiza y no siempre importa una explotación de géneros⁷.

La ley 25.087 introdujo un cambio radical en la orientación político criminal de la norma, al focalizarse exclusivamente en la tutela de los menores de edad. Dejando a un lado los resabios de una moralidad pública, el nuevo texto legal pone el énfasis en el peligro que representa la pornografía infantil, por un lado, y la explotación sexual de los menores afectados por dicha actividad lucrativa que vulnera su dignidad como persona al ser utilizada como un medio para satisfacer los deseos sexuales⁸.

En este sentido, la reforma de la ley 25.087 restringió de manera severa los objetos sobre los cuales podían recaer las acciones punibles, los textos u objetos fueron dejados a un lado en la nueva regulación y sólo permaneció en pie las imágenes pornográficas, distanciándose en este punto de otras legislaciones penales⁹ y de las obligaciones impuesta por la Convención sobre la Cibercriminalidad para armonizar las leyes penales nacionales¹⁰. La distribución o difusión de pornografía infantil mediante el uso de las redes telemáticas representa hoy en día uno de los mayores desafíos de los distintos gobiernos nacionales para armonizar sus leyes penales y poder reprimir con mayor celeridad esta forma de manifestación de criminalidad informática¹¹.

En este sentido, el llamado "*Medienstrafrecht*" involucra no sólo a los nuevos medios telemáticos de comunicación, sino también a los clásicos vinculados con las actividades de prensa, radio y televisión¹², en especial relacionado con el auge experimentado por la pornografía infantil¹³. Quizás, sin temor a equívoco, pueda afirmarse que este género delictivo ha sido el que más se aprovechó de la utilización abusiva de la red informática, circunstancia que halló eco en los gobiernos en general, preocupados en poner coto a este auténtico flagelo que tiene por víctimas a los menores de edad y que afecta gravemente su indemnidad sexual, además de dejar profundas huellas indelebles en sus inocentes psiquis¹⁴.

En este aspecto cabe agregar que no se encuentra en juego acá la libertad de expresión o de opinión, ni la libertad de prensa, ya que el objeto de la acción recae sobre el necesario menoscabo de los derechos de terceros, es decir, el de los menores de edad que son partícipes involuntarios de este tipo de material pornográfico, por un lado, y los destinatarios o receptores de dichas imágenes, ya que los adultos que consumen el producto de este tipo de actividad criminal mal pueden ensayar la jus-

tificación de sus conductas en el ejercicio de la libertad de publicar sus ideas o en la autonomía personal, puesto que las imágenes pornográficas reconocen la intermediación de menores de edad en un sentido pornográfico y esto genera a su vez una suerte de promoción de dicha actividad de naturaleza pedófila. Más allá de la discusión sobre el alcance absoluto o relativo de la libertad de prensa o de la libertad de expresión en comparación con otros derechos constitucionales¹⁵, lo cierto es que la difusión de este género de material pornográfico con la representación de menores de edad no es un derecho absoluto y oponible al también derecho tuitivo del menor de edad frente a la apología de este tipo de conductas sexuales.

La ley 25.087 había modificado la redacción de este artículo y limitó las acciones típicas a la producción, publicación y distribución de imágenes pornográficas en que se exhibieran menores de dieciocho años. Antes de esta reforma, las acciones nucleares consistían en la publicación, la fabricación o la reproducción de libros, escritos, imágenes u objetos obscenos¹⁶. También se reprimen las acciones de facilitar y suministrar material pornográfico a menores de catorce años, así como la organización de espectáculos en vivo en los que participen menores de esa edad. Obviamente, la anterior textura del art. 128 no exigía la participación en las imágenes pornográficas de menores de dieciocho años¹⁷.

Este artículo fue posteriormente modificado por la ley 26.388, que agregó las conductas de financiar, ofrecer, comerciar, facilitar y divulgar imágenes pornográficas de un menor de dieciocho años a las ya previstas (producir, publicar y distribuir)¹⁸. Así, pues, la nueva regulación reprime de manera más amplia la utilización de material pornográfico donde aparezcan retratados menores de dieciocho años¹⁹. El tipo de lo injusto de este delito doloso abarca un conjunto de acciones punibles que se concentran en la producción de imágenes pornográficas representando menores de dieciocho años, por un lado, y la difusión o distribución de dichas imágenes, por el otro²⁰. Como lo ha hecho notar HEINRICH al referirse al § 184b IV 1 del StGB alemán, que castiga la tenencia de material pornográfico con representaciones de abusos sexuales de menores de edad, este precepto no ha sido aplicado prácticamente, porque han sido nulos los procedimientos llevados a cabo en este sentido. El objetivo de esta norma ha sido el de combatir el mercado de la pornografía infantil y así evitar que en el futuro nuevos menores de edad sean utilizados para participar en dicha actividad²¹. Sin embargo, el segundo párrafo de este nuevo artículo reprime únicamente el almacenamiento con fines de distribución o comercialización, permaneciendo impune aún la mera tenencia de ese material prohibido²².

Esta reforma se enrola dentro de los criterios generales establecidos por la Convención sobre Cibercriminalidad (Budapest, 23 de noviembre de 2001) y el Protocolo relativo a la venta de niños, la prostitución in-

fantil y la utilización de los niños en la pornografía (ley 25.763), complementarios de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

La expansión de la pornografía infantil en los medios telemáticos, con la posibilidad de enviar o recibir material pornográfico focalizado exclusivamente en el abuso sexual de menores, la existencia de *chat room* o *newsgroups* de usuarios agenciados en el tránsito de este material entre grupos pedófilos, exacerbando y promocionando en muchos casos la perpetración de delitos sexuales contra menores de edad, han obligado a las instituciones públicas y a las agencias penales a tomar debida cuenta de esta nueva realidad y así tratar de restringir con todos los medios legales al alcance de la mano la proliferación de este tipo de intercambios cibernéticos, lo que está favorecido por el anonimato y la impunidad que ofrece este tipo de comunicación global, sumado a los intentos frustrados de controlarlos²³.

El ofrecimiento del material pornográfico puede hacerse de manera explícita o encubierta, no es necesario que dicho comportamiento sea destinado a un público en general, sino que basta con el ofrecimiento a un tercero determinado mediante mensaje electrónico o parecido. En este tema, la doctrina alemana realiza la distinción entre la acción de “distribuir” y la de “publicar” basada en el número de los participantes y el grado de control del autor²⁴. Distribuye el que envía imágenes pornográficas de menores de edad a un grupo determinado de usuarios²⁵.

§ 2. Bien jurídico

La prohibición de la norma penal en comentario alcanza a la producción, publicación o distribución de imágenes pornográficas con la participación de menores de dieciocho años, razón por la cual no existen dudas de que el interés jurídicamente protegido es el **normal desarrollo sexual de las personas menores de esa edad desde la perspectiva de no ser expuestas a la explotación sexual por parte de terceros**²⁶. La finalidad tuitiva de este precepto es la de proteger a los jóvenes y los menores de edad contra los abusos sexuales al que son expuestos en la producción de las imágenes pornográficas²⁷. Se tratan todos ellos de delitos de peligro abstracto, ya que no se requiere una efectiva puesta en peligro de los menores de edad representados, sumado a la intención de la ley de evitar una confrontación no deseada para los menores de edad con el material pornográfico²⁸. También la norma en comentario pretende desalentar el consumo de este tipo de artículos tendientes a provocar la excitación de adultos con las imágenes de menores de edad, lo que claramente promociona la pedofilia, a la vez de resguardar la dignidad de los menores de edad que son explotados sexualmente²⁹.

Sin embargo, la punición de la simple tenencia de este material pornográfico con imágenes de menores de edad, como ocurre en la legisla-

ción alemana, o cuando dicha posesión está vinculada con una comercialización, en nuestro caso, ha despertado algunas críticas en la doctrina por la punición de dichas conductas de posesión, porque de esta manera se hace indirectamente responsable al consumidor de dicha pornografía infantil por los actos cometidos por los que producen o financian dicha actividad criminal³⁰.

A lo dicho debe agregarse que la prohibición penal sobre la presencia de menores de catorce años en espectáculos pornográficos o el suministro de ese género de material indica de manera prístina que existe un interés jurídicamente tutelado cuyo contenido material se identifica con la citada protección del desarrollo sexual de dichos menores de edad, es decir, que la exposición a dichos espectáculos o el acceso al material pornográfico no menoscabe o altere dicho desarrollo paulatino de la personalidad sexual del menor de edad³¹. Se trata de un delito de peligro abstracto³².

Al identificarse el interés jurídicamente tutelado con el normal desarrollo de la personalidad sexual de los sujetos pasivos menores de dieciocho años de edad, se quiere proteger la inexperiencia de los menores de dicha franja etaria que los expone a situaciones de abuso o explotación por parte de terceros u organizaciones criminales dedicadas a la comercialización o distribución de imágenes pornográficas de menores de edad. También debe tenerse en cuenta que la prohibición absoluta de la distribución o publicación de imágenes pornográficas de menores de edad tiene como propósito central desalentar cierto tipo de prácticas o actividades sexuales que involucran necesariamente a los adultos (v. gr., la promoción o la incitación a la pedofilia) o directamente las agresiones sexuales contra menores de edad. En este punto, el art. 128 procura de manera directa luchar contra el mercado de la pornografía infantil y así desalentar la explotación sexual de los menores de edad³³.

§ 3. Tipicidad objetiva

3.1. *Acciones típicas*

Se reprime al que *produjere, finanziare, ofreciere, comerciare, pubblicare, facilitare, divulgare o distribuyere*, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales. Todas estas acciones constituyen actos concatenados de una explotación comercial de las actividades sexuales de menores de edad, por este motivo la ejecución de dos o más acciones de las previstas por este dispositivo penal no autorizan a valorar una multiplicidad delictiva, sino una continuidad delictiva³⁴. La acción de *producir* significa crear o generar dichas imágenes pornográficas, no abarca su reproducción por medios técnicos (copias de vídeos, películas,

etc.), sino que es necesario que el autor haya obtenido las imágenes pornográficas de los menores de edad de manera directa³⁵, así como tampoco se exige que dicha producción alcance la cota de masividad, basta la mera obtención de dichas imágenes por cualquier medio técnico idóneo. Esta acción exige que el autor participe directamente en la puesta en escena de estas representaciones sexuales de carácter pornográfico.

La doctrina judicial, sin embargo, ha considerado que la filmación obtenida de la zona genital de una menor de edad (11 años), que se encontraba junto con su tía en el interior de un supermercado, utilizando para tal proceder el artilugio de una cámara escondida en un canasto de compra, resulta atípica a la luz del art. 128, párrafo primero, del Cód. Penal³⁶.

La acción de producir también abarca la participación en las actividades con menores de edad³⁷, en cuyo caso concurrirá de manera ideal con cualquiera de los abusos sexuales previstos por el art. 119 del Cód. Penal y el delito de promoción de la corrupción de menores de edad. Así pues, comete este delito el que filma, capta o reproduce las relaciones sexuales con participación de menores de dieciocho años.

La acción de *financiar* consiste en aportar los medios económicos para producir las imágenes prohibidas. El acto de *ofrecimiento*, desprovisto de todo contenido económico, se vincula con la puesta a disposición de ese material, no siendo necesario que efectivamente se produzca la entrega.

Comercializa, por su lado, el que le pone un precio o valor a dicho material para el consumo ajeno, por ejemplo, el envío por correo de distintos vídeos conteniendo pornografía infantil se subsume dentro de los parámetros exigidos por esta acción de comercializar³⁸.

Los actos de *publicar*, *facilitar*, *divulgar* o *distribuir* tiene de denominados común la participación de terceros y su exteriorización. El que publica el material pornográfico posibilita su conocimiento por parte de terceros, acción que guarda relación de proximidad con la de divulgar, ya que ambas permiten su difusión, pero la distinción entre ambas pasa por la adscripción de la acción de publicar a los medios gráficos, mientras que la acción de difundir es mucho más extensa e incluye los medios digitales. El que ofrece una plataforma digital a través de la cual se hace posible el acceso a distintos sitios con contenidos pornográficos de naturaleza pedófila comete este delito³⁹.

La acción de *distribuir* se caracteriza por su distribución en un número determinado de consumidores de ese producto⁴⁰, donde el autor tiene cierto dominio sobre el número de personas a las que le envía las imágenes pornográficas⁴¹, no siendo necesario para su tipificación que los destinatarios hayan a su vez accedido a dicho material⁴². En cambio, la acción de divulgar no incluye esta limitación de los destinatarios, en consecuencia, el autor que divulga esta clase de imágenes pornográficas de naturaleza pedófila no tiene control sobre el número ni la identidad

de los usuarios o destinatarios de ese material⁴³.

En los casos de difusión o distribución de esta clase de imágenes pornográficas mediante Internet es indiferente que el autor suba dichos contenidos en la red informática (*upload*) o sea necesario una previa autorización o contraseña para los usuarios lo puedan descargar (*download*)⁴⁴. Es harto frecuente que aquellas personas que padecen de parafilia (pedofilia) recurran a los instrumentos informáticos para intercambiar material pornográfico con contenido de menores de edad. En algunos casos estos grupos operan de manera coordinada para evitar ser atrapados y poder desarrollar dicha actividad ilícita de manera más segura y anónima. Bajo esta metodología se ha detectado en Internet el funcionamiento de grupos pedófilos que desarrollan plataformas digitales especialmente diseñadas para evitar la intrusión y así posibilitar los llamados chat room donde los usuarios o miembros de este sistema pueden mantener conversaciones *on line* o bien transmitirse recíprocamente datos⁴⁵. Comete, pues, este delito el que da a conocer este tipo de imágenes mediante su exteriorización en los medios de comunicación masivos (televisión, cine, Internet, etc.), así como la circulación de dichas imágenes en grupos de personas determinadas. Lo importante es la trascendencia que debe adquirir dicha acción hacia terceros⁴⁶.

Por el contrario, son impunes las conductas de acceso a una página que contiene imágenes pornográficas de menores de edad⁴⁷. En este punto es interesante señalar que existen programas como el *peer to peer* o *e-Mule* o *e-Donkey* que permite que varios usuarios comparten archivos entre sí. La principal ventaja que tienen estos sistemas o programas es que abrevia los tiempos de espera de las descargas de archivos, imágenes, etc. Estas formas de acceso a direcciones de Internet donde se publican estas imágenes prohibidas constituyen un caso de distribución punible⁴⁸:

“[...] las redes de ordenadores P2P aprovechan, administran y optimizan el uso de banda ancha que acumulan de los demás usuarios en una red por medio de la conectividad entre los mismos, obteniendo un rendimiento superior a las conexiones y transferencias de otros métodos centralizados convencionales (remisores). Su finalidad es compartir toda clase de archivos en cualquier formato digital (audio, vídeo, texto, software o datos). Con el uso de programas P2P se crea una “carpeta de intercambio”, carpeta donde, además de almacenarse los archivos bajados, se quedan automática y ordinariamente, la puesta en común y difusión con otros usuarios, generándose un efecto multiplicador. La situación de los archivos al ser descargados es la carpeta «incoming» en El Emule donde, hasta que el usuario del ordenador los extrae o los borra, permanecen a disposición de otros usuarios de

la red.⁷⁴⁹

También el segundo párrafo del artículo en comentario castiga la *acción de tenencia* de este material pornográfico con fines de comercialización o distribución. Como se dijo anteriormente, se cuestiona cuál es el fundamento legal para la punición de este comportamiento, ya que la mera tenencia de este material, aún con fines de comercialización, no supone que el poseedor haya participado en su producción. En este caso de tenencia de este material no aparece del todo claro la necesidad político criminal de punir esta clase de conducta⁵⁰. Seguramente se podrá justificar su represión en el sentido de evitar de manera indirecta la explotación de menores de edad mediante el castigo de la posesión de ese material, puesto que dicha tenencia representa a su vez un consumo que se quiere evitar al combatir el mercado de la pornografía infantil y así desalentar a futuros depredadores sexuales y víctimas menores de edad. El concepto de tenencia ha sido equiparado por lo general al de tenencia de estupefacientes⁵¹, pero en este caso debe señalarse que la relación de proximidad o disponibilidad entre el tenedor y la cosa no implica necesariamente una relación corporal, ya que el acopio de imágenes pornográficas en el computador personal alcanza para la tipificación de esta conducta⁵², siempre y cuando se haya acreditado que el almacenador lo tenía para fines de comercialización o distribución⁵³. La naturaleza propia del almacenamiento demanda cierto grado de permanencia o relación de disposición del autor sobre ese material⁵⁴. Sobre esto último, habrá de analizarse en cada caso si el autor del almacenamiento de estas imágenes cuya tenencia está prohibida pertenece a grupos o redes sociales conocidas o sindicadas como grupos pedófilos. Una cuestión relacionada con el almacenaje se presenta con la llamada memoria caché, es decir, el sistema especial de almacenamiento que tiene la computadora. Atento la función principal de almacenamiento, se ha planteado si dicha función puede ser asimilada a la acción típica de almacenamiento de imágenes pornográficas. Por lo general, cuando uno accede a una página en el Internet, nuestro computador almacena los datos en la memoria caché para agilizar los tiempos de búsqueda (vid. *Browser-Cache*). Puede decirse que se trata de un archivo temporal. Según la doctrina, este tipo de almacenamiento temporal no ingresaría en el ámbito de aplicación de esta tipo de injusto doloso, en todo caso puede presentarse un caso de ausencia de dolo⁵⁵. La acción de almacenar demanda cierto grado de permanencia o disponibilidad con el objeto. Lo que no deja duda alguna es si dicho almacenamiento se realiza en archivos individualizados y organizados por el usuario, o en dispositivos externos (por ejemplo, memorias auxiliares o externas)⁵⁶. También se ha considerado dentro del término almacenamiento los registros automáticos que realiza el computador de cada uno de los sitios accedidos, en especial ello tendrá relevancia penal cuando se tratase de un sitio web donde se exhiben imágenes pornográficas de menores de edad⁵⁷. Quedan excluidos de la aplicación de esta

norma el acceder a un sitio donde publican estas imágenes pornográficas con menores de edad.

El objeto material de las acciones descriptas en este artículo en comentario deben ser *imágenes pornográficas*. En este sentido, la redacción original del art. 128 del Cód. Penal alcanzaba a los libros, escritos, imágenes y objetos obscenos⁵⁸. Su nueva redacción acordada por la última reforma sólo se refiere a las imágenes, es decir, a los medios visuales, no alcanzando al medio escrito⁵⁹. Lo *pornográfico* constituye un elemento normativo del tipo penal que generalmente se relaciona con la provocación o la excitación sexual de terceros. En una primera aproximación lo pornográfico se relaciona con los comportamientos sexuales representados de manera desproporcionada y con prescindencia de todo emotivo aspecto individual, donde las personas practican actividades sexuales o actúan como meros objetos sexuales intercambiables⁶⁰.

La pornografía ha sido definida como: “[...] La subordinación de las mujeres presentada gráficamente de forma sexualmente explícita, ya sea en retratos o en palabras, e incluye uno o más de los siguientes elementos: 1) las mujeres se presentan deshumanizadas como objetos sexuales, cosas o bienes; 2) como objetos sexuales que disfrutan del dolor o la humillación; 3) como objetos sexuales que experimentan placer sexual en la violación; 4) como objetos sexuales amarradas, cortadas, mutiladas, golpeadas o físicamente heridas; 5) en posturas de sumisión sexual, servilismo o en exhibición; 6) se exhiben partes del cuerpo femenino —incluyendo pero sin limitarse a vaginas, senos y nalgas— de manera tal que las mujeres quedan reducidas a esas partes; 7) las mujeres se presentan como prostitutas por naturaleza; o 8) se presentan en situaciones de degradación, daño, tortura, mostradas como sucias e inferiores, sangrando, golpeadas o heridas en un contexto que convierte estas condiciones en sexuales. La pornografía también incluye el uso de hombres, niños o transexuales en el lugar de las mujeres.”⁶¹

Anteriormente la ley se refería a lo *obsceno*, cuyo correcto contenido y alcance se vinculó en un primer momento con lo inmoral, para después centrarse en lo sexual y más específicamente en lo lujurioso o excesivo⁶². Sin embargo, la acepción de lo pornográfico utilizada en la actualidad tampoco expresa una superación de dicha problemática⁶³, porque ambos calificativos son empleados indistintamente, son homologables, lo que plantea sin dudas cuestionamientos desde el punto de vista constitucional para algunos⁶⁴. Entendemos que el término “imágenes pornográficas” debe ser entendido como toda representación de una actividad sexual explícita o simbólica en la que participa al menos un menor de dieciocho años con otros menores, adultos⁶⁵ o también en conductas autorreferentes (v. gr. la masturbación)⁶⁶, lo que en principio debería excluir las imágenes de menores de edad desnudos o con escasa vestimenta, siempre y cuando dicha representación incluya la asunción de algún comportamiento que pueda ser calificado de pornográfico⁶⁷, también los casos de

necrofilia⁶⁸.

En este sendero, la propia ley penal determina que las imágenes se califican de «pornográficas»: “Toda representación de un menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales”. En esta línea argumental, la doctrina en general ha intentado definir lo “pornográfico” con la actividad sexual explícita entre adultos, el uso de violencia sexual, los contactos o relaciones sexuales sobre menores de edad y la intervención de animales. Todo este conjunto ha recibido la denominación de “pornografía dura” (*harte Pornographie*)⁶⁹. Esta definición importa asignar significancia a la expresión sexual del acto con intervención de un menor de edad. Queda sobreentendido que cualquier tipo de representación de relaciones sexuales explícitas con menores de edad queda abarcado por la materia de prohibición (v. gr., *fellatio in ore*, acceso por vía vaginal o anal, masturbación digital, usos de elementos o dispositivos análogos al miembro viril, etc.)⁷⁰. Pero también entendemos que el aspecto simbólico de la representación de un menor de edad puede caer dentro del ámbito de punición de esta figura. Nos referimos a poses, desnudos o situaciones que puedan vincularse de manera objetiva con lo sexual (por ej., la exhibición de sus genitales ha sido calificada de pornografía infantil)⁷¹.

En este camino no es necesario que el o los menores de edad exhiban sus genitales para poder hablar de una representación pornográfica, puesto que bien puede suceder que los menores de edad asuman posiciones sexuales convencionales o no, sin necesidad de acercamiento corporal entre los participantes, incluso el aspecto simbólico puede referirse a menores de edad representados en escenas o imágenes con un sentido lujurioso o morboso, por ejemplo, menores de edad disfrazados como prostitutas o vestimentas relacionadas exclusivamente con prácticas santomasochistas. En este sendero conceptual es indistinto que el menor de edad asuma una conducta activa o pasiva en la representación sexual. Las imágenes pornográficas deben representar menores de dieciochos años manteniendo relaciones sexuales con terceros, o bien conductas de naturaleza sexual autorreferentes, así como poses⁷² o posturas de claro contenido sexual (por lo general, la exhibición de sus genitales)⁷³. En cambio, alguna jurisprudencia ha rechazado la tipicidad de la conducta del autor que fotografió a menores de edad desnudos, por entender que el simple retrato de menores desnudos no alcanzaba para superar el umbral de trascendencia que exige en el derecho penal alemán los actos sexuales⁷⁴.

La Convención sobre Cibercriminalidad (Budapest, 2001), establece en su art. 9°, apartado 2, que la pornografía infantil “[...] comprende cualquier material pornográfico que represente de manera visual: a) un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito; b) una persona que aparece como un menor adoptando un comportamiento sexual-

mente explícito; c) unas imágenes realistas que representen un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito.” La *pseudo-pornografía* o pornografía simulada no está regulada en nuestro ordenamiento penal, sólo la pornografía real o explícita⁷⁵. Su eventual regulación en nuestro sistema penal deberá dar cuenta previo a todo de qué manera se pone en riesgo o se menoscaba el autodeterminación sexual y el normal y correcto desarrollo de menores de edad cuando éstos no participan en las representaciones aludidas, en especial a la luz de los principios de lesividad, *ultima ratio* y un derecho penal fragmentario.

Por su parte, el § 2256 del United States Code (USC) define una “conducta sexual explícita” (*sexually explicit conduct*), como aquella que, de manera actual o simulada, represente cualquier tipo de relaciones sexuales, bestialismo, masturbación, sadismo, masoquismo, o la exhibición lasciva de los genitales o en un lugar público a cualquier persona.

El contenido pornográfico también alcanza los actos de bestialismo. En el caso de las obras de arte⁷⁶, habrá de analizarse en cada caso si dichas imágenes de menores de edad guardan relación inequívoca con lo pornográfico o, por el contrario, si dicha representación puede ser relacionada con ciertas forma de expresión artística que incluya a menores de edad, lo mismo ocurre muchas veces con algunas imágenes fotográficas de menores de edad (por lo general orillando los diecisiete años) asumiendo conductas eróticas o sexuales, en especial, durante el período estival. Primeramente la doctrina había distinguido la pornografía y el arte por separado, pero en los últimos tiempos se ha admitido que la pornografía también puede ser arte⁷⁷. En especial, el Tribunal Superior alemán ha dicho que el arte y la pornografía no son conceptos que se excluyen mutuamente, sumados a que la protección de los jóvenes tiene rango constitucional y que cualquier conflicto entre el arte y lo pornográfico debe ser resuelto en cada caso particular, valorando las circunstancias globales del caso⁷⁸. La figura penal en comentario exige sólo representaciones (imágenes) de menores de dieciocho años de edad de naturaleza pornográficas⁷⁹, en consecuencia quedan excluidos los medios escritos u orales (v. gr., libros, revistas, escenas teatrales, etc.)⁸⁰.

Respecto de las *imágenes ficticias o digitalizadas* que representan menores de edad, por ejemplo, el uso de dibujos animados o digitalizados o representaciones análogas de menores de edad (por ejemplo, actores aparentando ser menores de edad)⁸¹, nuestra ley penal exige que la representación real o auténtica de menores de edad, requisito que excluye del ámbito de punición de este delito los casos señalados de representaciones ficticias de menores de edad (*pornografía técnica*), extremo que no sucede en la legislación represiva de otros países⁸², sobre cuya conveniencia nos referimos más arriba.

El término “imágenes pornográficas” incluye las fotos obtenidas mediante aparatos o medios fotográficos como las imágenes digitalizadas⁸³; las filmaciones⁸⁴, etc.

3.2. *Sujeto pasivo*

El sujeto pasivo de este delito debe ser un menor de dieciocho años, lo que se muestra en armonía con la citada Convención sobre la Cibercriminalidad al establecer que por menor se entenderá a la persona menor de dieciocho años, y establece como mínimo inferior los dieciséis años. En este aspecto también existe una armonía legislativa con lo estipulado por la propia Convención sobre los Derechos del Niño.

3.3. *Sujeto activo*

Sujeto activo puede ser cualquiera. Este delito no requiere cualidad objetiva alguna en el autor.

3.4. *Responsabilidad penal de los medios de comunicación*

Una cuestión poco debatida en la doctrina nacional se vincula con la responsabilidad penal de los propietarios de los medios de comunicación a través de los cuales se distribuyen o circulan las imágenes pornográficas de menores de dieciocho años⁸⁵. Ello se relaciona con la exclusión de responsabilidad penal prevista por el art. 49 para los editores responsables de los medios gráficos en general. La lucha contra el mercado de la explotación sexual de menores de edad y su difusión mediante Internet ha llevado a adoptar medidas específicas contra la propagación de este tipo de actividades en las redes telemáticas. Desde la denuncia particular hasta la obligación de controlar el contenido de los sitios, pueden enumerarse una serie de controles posibles en la transferencia de información o publicidad en los sistemas telemáticos. Lamentablemente en muchos casos ha sido necesaria la intervención judicial para bloquear sitios en el ciberespacio que contienen este tipo de imágenes pornográficas.

La reforma introducida por la ley 17.567 incluía a las transmisiones radiales dentro de los delitos contra el pudor⁸⁶.

Los responsables de los proveedores y administradores de Internet posibilitan la intercomunicación de varias personas o grupos de ellas y la transmisión de datos. Los principales problemas de imputación de la responsabilidad de los administradores y servidores de este servicio por los contenidos distribuidos o difundidos por medio de la Internet se concentran en la ausencia de dolo por parte de aquéllos, falta de participación en el delito doloso ajeno, ya que no existe acá connivencia alguna entre los primeros y los usuarios de la red informática, sumado a que la actuación dolosa ajena restringe el ámbito de responsabilidad de los servidores o administradores (teoría de la prohibición de regreso)⁸⁷. Idénticas objeciones se plantean sobre la responsabilidad por omisión de los proveedores y administradores de Internet, en especial sobre la admisión

de una posición de garante al carecer aquellos de una responsabilidad institucional u organizativa sobre el contenido de los datos transmitidos por los usuarios de sus servicios⁸⁸. También se discute en estos casos la posibilidad de atribuir el resultado disvalioso de la mentada distribución o difusión de contenidos prohibidos, ya que aquéllos deben tener la capacidad para evitar con una alta probabilidad la producción de dicho resultado, circunstancia que atenta la naturaleza del servicio prestado aparece como poco probable⁸⁹. Como consecuencia de lo dicho, concluye DERKSEN que los proveedores de Internet no deben ser responsabilizados por los comportamientos de distribución o difusión de material prohibido, si no puede determinarse que ellos hayan influido o favorecido de manera dolosa dichas conductas de terceros o sus equipos hayan a su vez guardado dicho material pornográfico⁹⁰.

Una situación análoga se presenta en el caso de los medios televisivos y el servicio de canales eróticos o directamente con contenido pornográfico. Por lo común este tipo de servicios son privados y con costo para el cliente. Los canales de cable que ofrecen estos servicios cuentan con canales codificados que imposibilitan un contacto visual. Así pues es necesario que sea el titular del servicio, un adulto, el que contrate dicha programación con alto contenido sexual para que los menores de edad puedan acceder a ella, en especial a la luz del párrafo tercero del art. 128 que reprime el acceso a menores de catorce años a espectáculos pornográficos o el suministro de material pornográfico. En este caso, si los responsables de la transmisión de dicho programa con contenido pornográfico emplearon los medios adecuados para evitar una difusión pública sin control, no resulta aplicable este delito⁹¹.

Dentro de la explotación de los servicios telemáticos debemos mencionar los responsables de la provisión de los servicios de *hosting* que permiten que usuarios de ese servicio puedan diseñar y publicar sitios personales accesibles para terceros. En este caso, si un usuario almacena en su sitio web material pornográfico con representaciones de menores de dieciocho años o cualquier tipo de material pornográfico, entonces no sólo dicha publicación o facilitación de dicho material genera responsabilidad penal para el propio titular o responsable de dicho sitio, sino que es posible atribuirle responsabilidad penal a los proveedores de este servicio en caso no adoptar las medidas necesarias para evitar este tipo de publicación, por ejemplo deshabilitar el sitio⁹². En este caso sería necesario discutir si es posible cometer este delito mediante un comportamiento de omisión, ya que los proveedores de servicios tienen un deber de garante sobre esta fuente de peligro representado por la puesta a disposición de un servicio de alojamiento de estas imágenes pornográficas⁹³.

3.5. Responsabilidad penal del titular del computador

Respecto de la responsabilidad individual del propietario de un computador, también puede presentarse casos donde su titular haya accedido a páginas con contenido pornográfico, generándose un enlace con dicho sitio, ocasión en la que menores de catorce años pueden acceder a dicho sitio y así ponerse a disposición de éstos el susodicho material. En este punto debe analizarse, por un lado, las medidas de seguridad o controles dispuestos por el propietario o usuario del computador para evitar el acceso de terceros, en lo que aquí interesa de menores de edad. Cuando los servicios de un sistema informático es ofrecido a terceros, por ejemplo, en los comercios dedicados a la explotación de los servicios telemáticos, los responsables deben adoptar las medidas de control y seguridad necesarias para evitar que los menores de edad puedan acceder al material pornográfico. En algunos casos, la falta de filtros contra la pornografía en general origina una responsabilidad contravencional o administrativa, pero si la ausencia de dichos controles posibilita el acceso de menores de edad a sitios con contenido pornográfico, sea por un uso anterior de otro usuario, por las facilidades de búsquedas o por los enlaces realizados por terceros en los buscadores que facilitan el acceso a dichas páginas o sitios con contenido pornográfico, entonces podría generarse una responsabilidad penal de los titulares de dichos negocios, en caso de verificarse una infracción al deber de vigilancia.

3.6. Responsabilidad penal de los padres, encargados o tutores de los menores de edad

Cuando el adulto sea la persona que ejerce la patria potestad o es la encargada del cuidado o bienestar del menor de edad puede presentarse un caso de infracción a los deberes de cuidado cuya fuente de obligación puede ser la ley, la asunción del compromiso o una situación de injerencia. En estos casos las personas responsables del menor de edad tienen el deber de velar por el bienestar psicofísico del menor, lo que necesariamente incluye los ataques a su integridad sexual. En este caso los sujetos responsables tienen una posición de garante sobre el menor de edad como objeto de protección. Si los progenitores, tutores, encargados de su cuidado o educación permiten, autorizan o facilitan la posibilidad de que el menor de edad puede verse confrontado con imágenes pornográficas en general, cabría en este caso una atribución de responsabilidad por delito doloso⁹⁴, incluso cometido con dolo eventual.

3.7. Responsabilidad penal de las personas jurídicas

Por lo general, los responsables de la prestación del servicio de Internet y sus administradores son personas jurídicas, lo que representa otro escollo para un derecho penal como el argentino que no tiene regu-

lado esta clase de responsabilidad penal. En este aspecto, la Convención sobre Cibercriminalidad, en su art. 12, se refiere a la necesidad de regular en las distintas legislaciones penales nacionales la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en especial, sea por responsabilidad por delegación o por defecto. En el primer caso, la persona jurídica debe delegar en personas individuales la administración, gestión y control del desarrollo de la actividad de la persona jurídica, pero también se origina responsabilidad cuando se infringe los deberes de vigilancia o control sobre dicha actividad, posibilitándose la comisión de delitos. La responsabilidad puede ser de naturaleza penal, administrativa o civil, siendo ella independiente de los individuos que la integran en sus órganos de dirección y control.

En el caso de las casas de negocios dedicadas a la explotación de servicios de vídeos o películas bajo demanda, también puede configurarse un caso de suministro de material pornográfico para menores de catorce años, cuando el servicio utiliza un sistema automático para alquiler de películas y gracias a esto los menores de edad acceden a dicho material. En este caso, como en los anteriormente mencionados, será necesario establecer los mecanismos o medidas de seguridad adoptadas por la empresa para evitar que el repertorio de películas pornográficas (pornografía leve) no caiga en manos de dichos menores de edad⁹⁵.

Las conductas de distribución o difusión de imágenes pornográficas de menores de dieciocho años plantean también otra cuestión controvertida sobre la aplicación de la ley penal. En particular, se discute cuál es el punto de vista normativo que debe tenerse en cuenta en estos casos, si el lugar de comisión o el de la producción del resultado. En este ámbito compiten entre sí los principios de territorialidad, de interés o universal⁹⁶.

§ 4. El delito de organización de espectáculos en vivo con escenas pornográficas en la que participan menores de dieciocho años (art. 128, párrafo segundo, del Cód. Penal)

La acción de *organizar* espectáculos en vivo con escenas pornográficas en que participen menores de dieciocho años significa aportar o disponer de los medios adecuados y coordinar los recursos humanos con la finalidad de poner en escena dicho espectáculo. Nótese que esta acción no demanda que el espectáculo en vivo sea llevado a cabo, sino que basta con su organización. De esta manera, comete este delito la persona que anuncia la realización de espectáculos en vivo con la participación de menores de dieciocho años en escenas de carácter pornográfico, es decir, donde ellos participen de manera activa o pasiva en relaciones sexuales con personas menores o mayores de esa edad.

Si bien es cierto que la producción, la publicación o la distribución de imágenes pornográficas no están prohibidas, en caso de cumplirse

con la reglamentación vigente sobre esta materia (ley 23.052 y sus decretos reglamentarios)⁹⁷, no existen dudas de que dichas acciones no se encuentran amparadas bajo esta normativa cuando incluyen la participación activa o pasiva de menores de dieciocho años. En esta dirección se ha afirmado la tipicidad de esta conducta cuando involucra a menores de dieciocho años⁹⁸. La distribución no exige que el destinatario haya accedido materialmente al archivo.

§ 5. El delito de facilitación de acceso a espectáculos pornográficos o suministro de material pornográfico a menores de catorce años (art. 128, párrafo tercero, Cód. Penal)

Por último, el tercer párrafo del art. 128 del Cód. Penal reprime al que *facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrar material pornográfico a menores de catorce (14) años*. La acción típica de facilitar el acceso a un espectáculo pornográfico consiste en hacer posible dicho acceso, es decir, franquearlo, no siendo necesario para su constitución delictiva que el menor de edad efectivamente haya presenciado el espectáculo prohibido. Por lo general, esta conducta de facilitamiento se presenta cuando el autor le abre la puerta de acceso al local o lugar donde se lleva a cabo dicho espectáculo. En función de la naturaleza de la acción punible, el espectáculo pornográfico debería llevarse en un recinto o lugar cerrado, es decir, que no exista la posibilidad de un acceso irrestricto o que los propios protagonistas de dicho espectáculo pornográfico lo hayan realizado de manera pública, por ejemplo, cuando se realiza dicho espectáculo en la vía pública o en un lugar de concentración masiva de público al aire libre. En todo caso, dicho espectáculo pornográfico llevado en público en general dará lugar a la aplicación del delito de exhibiciones obscenas del art. 129 del Cód. Penal. La otra acción consiste en *suministrar material pornográfico a menores de catorce (14) años*. El suministro consiste acá en la puesta a disposición del material pornográfico, no siendo necesario que el menor haya tomado conocimiento de su contenido, por ejemplo, la entrega de revistas pornográficas ubicadas en una caja cerrada. El objeto de la acción de suministrar debe consistir en material pornográfico, es decir, este término engloba toda publicación escrita (revistas, libros, diarios, etc.), digital (Internet) o visual (películas o videos)⁹⁹. En atención de los cambios tecnológicos, tanto facilitar el acceso a espectáculos pornográficos como el suministro de material pornográfico también alcanza al uso de los medios telemáticos. Facilita el acceso a espectáculo pornográfico el que permite que el menor de catorce años acceda a sitios donde se reproducen videos profesionales, caseros o cualquier otro contenido pornográfico. Basta con que el autor permita al menor de catorce años acceder a sus registros personales almacenados en su ordenador personal como el acceso a distintos links o sitios ya constatados como sitios con contenido

pornográfico. El suministro de material pornográfico mediante Internet puede consistir en la acción de *download* de dicho material para que el menor de catorce años puede presenciarlo en el momento o bien más tarde. El material pornográfico incluye los actos sexuales entre personas y animales (bestialismo). En caso de que el material pornográfico suministrado por el autor incluyese a su vez representaciones de menores de dieciocho años manteniendo relaciones sexuales o la representación de sus partes genitales se aplicará la figura más grave prevista por el primer párrafo del art. 128 acá comentado, ya que una de las acciones previstas por dicho primer párrafo consiste en facilitar dicho material.

A su vez, si el contenido del material suministrado al menor de catorce años es compatible con pornografía dura (actos de violencia sexual sobre menores de edad, abusos sexuales degradantes por el modo de comisión, la participación de animales, actos de sadismo o masoquismo, etc.), esta conducta puede concurrir de manera material con la de promoción o facilitación de la corrupción de menores de edad.

Debe recordarse que el suministro, como se dijo anteriormente, no necesita para su configuración típica que el menor de edad haya accedido realmente al contenido de ese material, por este motivo dicho suministro es un acto de mera actividad que se consuma instantáneamente con su puesta a disposición del menor de catorce años.

La imputación penal de estas conductas debe realizarse de manera autónoma, ya que las acciones típicas se presentan como secuenciadas; caso contrario se violaría el derecho de defensa en juicio¹⁰⁰.

§ 6. Tipicidad subjetiva

Son **delitos dolosos**. Por la naturaleza y las características propias de las acciones descriptas en la norma en comentario solamente puede cometerse con *dolo directo*, aunque algún sector doctrinario acepta la posibilidad del dolo eventual¹⁰¹. En el caso del subtipo de facilitar el acceso a espectáculos pornográficos o suministrar material pornográfico a menores de catorce (14) años la doctrina admite tanto el dolo directo como el eventual¹⁰². El error sobre la edad del sujeto pasivo excluye el tipo, pero dicha solución dependerá de la totalidad de las circunstancias que rodearon al caso concreto, en especial el conocimiento previo de la víctima, las circunstancias de tiempo, lugar y modo en el que se realiza la facilitación de ese material.

Es posible la aplicación del error de tipo cuando el agente desconoce la edad del sujeto pasivo, *a fortiori*, en el caso de la publicación de las imágenes pornográficas, cuando no existió contacto personal con aquél, como presupone al menos la acción de producir dichas imágenes. Al respecto, no basta la mera alegación de dicho error, sino que es menester que existan datos objetivos serios, por ejemplo, la fisonomía o la apariencia de una persona mayor de esa edad prohibida, que permitan acep-

tar la excusa de ese error.

§ 7. Consumación y tentativa

Sobre la posibilidad de admitir la tentativa en la comisión de estos delitos, debemos decir que las conductas reprimidas en los dos primeros párrafos son delitos de mera actividad¹⁰³, es decir, no se demanda resultado alguno y la sola ejecución de las acciones de producir, financiar, ofrecer, comerciar, publicar, facilitar, divulgar o distribuir las imágenes pornográficas prohibidas satisface la tipicidad de estas figuras penales, no siendo posible la tentativa¹⁰⁴, aunque un sector de la doctrina la considera posible¹⁰⁵. Si bien es verdad que pueden imaginarse situaciones donde sería posible afirmar una tentativa inidónea, por ejemplo, el intentar distribuir el material pornográfico con las representaciones de menores de dieciocho años prohibida desde un computador que no está conectado con el servicio de Internet o directamente dicha entrega no pudo materializarse por la suspensión o la interrupción del servicio, lo cierto es que extender el ámbito de punición a conductas cuya dañosidad social no aparece definida de modo claro no sólo no podría explicar el fundamento de lo injusto de estos delitos tentados si nos atenemos a las finalidades de la ley, es decir, la de desalentar el consumo de este tipo de material pornográfico¹⁰⁶. En otros casos, por ejemplo, el de facilitar el acceso a un menor de catorce años a un espectáculo pornográfico, cuya entrada es impedida por la autoridad pública, lo cierto es que este comportamiento típico no demanda que el menor haya ingresado efectivamente al espectáculo pornográfico cuya presencia está prohibida, sino que el autor debe franquear el acceso, hacerlo posible, sin necesidad de resultado alguno, circunstancia que debe ser calificada no como un acto tentado, sino directamente como uno consumado, justamente por tratarse de una figura de peligro. En el caso de la acción de producir, la doctrina ofrece el ejemplo de la frustrada obtención de imágenes fotográficas de menores de dieciocho años en comportamientos sexuales explícitos¹⁰⁷. Entendemos que este caso se presenta como un acto preparatorio para la conducta punible de producción, pero constituye un delito de promoción o facilitación de la corrupción de menores de edad que se encuentra más severamente penado que el delito en comentario. A su vez, debe tenerse en cuenta que la producción de imágenes pornográficas de menores de dieciocho años por lo general está antecedidas de conductas penales más gravosas, por ejemplo, el raptó sexual, el uso de violencia, abusos sexuales previos.

§ 8. Casos jurisprudenciales

La difusión transnacional de pornografía infantil encuentra algunos antecedentes próximos en nuestra jurisprudencia penal.

1) A raíz de una investigación conducida por la policía científica española (“Operación Asterisco”), se detectó una red de distribución de pornografía infantil con usuarios ubicados en España, Argentina y México. Dicha investigación concluyó con la detención de varias personas en los países mencionados y, en lo que respecta al proceso penal sustanciado en nuestro país, se dictó un auto de procesamiento con prisión preventiva de cuatro personas en función de los delitos de asociación ilícita, distribución de imágenes pornográficas que exhiben menores de dieciocho años de edad y promoción de la corrupción de menores de dieciocho y trece años de edad, todo ello en concurso real¹⁰⁸.

Recurrido que fuera este interlocutorio, el tribunal de alzada entendió que no se hallaba configurado el delito de asociación ilícita por ausencia del requisito de permanencia de demanda de dicha figura delictiva, tratándose en realidad de una mera participación criminal. Respecto del delito de distribución de imágenes previsto por el art. 128, segundo párrafo, del Código Penal, el tribunal del recurso señaló que la acción rectora de dicha figura delictiva consiste en la acción de distribuir y no la de recibir dichas imágenes, extremo que permanece fuera del ámbito de aplicación de la norma en cuestión.

Por último, se descartó la corrupción de menores (art. 125, Cód. Penal) por la falta de individualización de las víctimas y la ignorancia probatoria sobre el lugar de comisión de ese delito. En suma, únicamente uno de los cuatro imputados fue procesado por el delito de distribución de imágenes pornográficas de menores de dieciocho años.

Posteriormente, este mismo tribunal, en una nueva intervención, resolvió declarar la nulidad de todo lo actuado en el expediente porque la interceptación del correo electrónico de los imputados fue llevada adelante por el personal policial sin contar para esto con la necesaria orden judicial¹⁰⁹.

En este derrotero, la Sala VI del mencionado tribunal confirmó el procesamiento del propietario y del encargado de un cibercafé, en calidad de coautores, por la comisión del delito de difusión de imágenes pornográficas en las que se exhibían menores de dieciocho años de edad¹¹⁰. Según los hechos probados, los imputados poseían en el disco rígido de la computadora puesta al servicio del público, en dicho establecimiento comercial, una carpeta que contenía imágenes pornográficas, a la que se accedía sin necesidad de contraseña o *password*. En este pronunciamiento los jueces de cámara subsumieron los hechos imputados dentro de las previsiones del art. 128 del Código Penal por entender que los imputados “...dieron a publicidad, a través de Internet, imágenes pornográficas de personas que contaban con menos de 18 años de edad al momento de su creación”.

En un primer análisis parecería colegirse que el tribunal de alzada realizó una equiparación valorativa entre la acción de difundir imágenes pornográficas de las características señaladas a través de la red informá-

tica y la de almacenarlas o guardarlas en una carpeta de archivo. Más allá de que se desconoce si las imágenes pornográficas almacenadas en el disco rígido de la computadora fue obra de los imputados o de terceros usuarios, lo cierto es que no debe confundirse entre el comportamiento que importa una auténtica difusión de imágenes pornográficas escenificadas por menores de dieciocho años y aquel otro completamente distinto de almacenar dichas imágenes en el ordenador, conducta que permanece impune.

Tampoco parece conclusiva para el dictado del procesamiento la circunstancia de que la carpeta que contenía las representaciones aludidas careciera de una contraseña para evitar cualquier tipo de acceso no deseado a dicho material por parte de terceros.

En suma, el fallo deja planteadas algunas dudas sobre la tipicidad de la conducta enrostrada a los acusados, sin que se haya probado mínimamente que éstos hayan realizado algún tipo de publicidad ostensible o velada del material almacenado en su computadora que pudiera justificar la difusión imputada.

2) En la jurisprudencia extranjera se cuenta la sentencia condenatoria dictada el 3 de febrero de 2003 por la Sección Quinta de la Corte de Casación italiana contra el autor de la difusión a través del chat, que actuó bajo el seudónimo “tbsx”, de material pornográfico compuesto por imágenes de menores de edad participando de relaciones sexuales entre sí y con personas adultas. La policía logró que esta persona le mandara varias imágenes pornográficas durante una de las sesiones de chat, bajo el uso de falsos nombres. A instancia de la ley de reforma del 3 de agosto de 1998, se introdujo el art. 600 ter al Código Penal italiano para reprimir la difusión de material pornográfico que involucre a menores de edad.

Este dispositivo penal contempla una pena de prisión de 6 a 12 años y una de multa de 25.822 a 258.228 euros para todo aquel que explote a un menor de edad para la producción de material pornográfico, mientras que en su tercer párrafo dispone una pena de prisión de uno a cinco años y multa de 2582 a 51.645 euros para el que distribuya, divulgue o haga públicos mediante los medios telemáticos, una noticia o información que promueva la explotación de menores de 18 años.

El Tribunal de Casación interpretó que la conducta de enviar imágenes pornográficas de menores de edad a través del chat no se equipara a la difusión, divulgación o el hacer público dicho material pornográfico. En particular, la Corte señaló que el chateo es una comunicación *one-to-one*, es decir, de persona a persona, que no está alcanzada por el concepto de difusión que implica *per definitionem* una comunicación plural (*one-to-many*). Así, pues, este tribunal realizó una distinción entre la difusión encauzada a través de una página web, supuesto que se subsume dentro de la hipótesis de difusión prevista por el art. 600 ter del Código Penal italiano, y aquella otra comunicación que se realiza por chat, que se asimila a la conducta de envío de fotos pornográficas de menores de

edad por mensaje electrónico.

3) En el caso “United States of America vs. Robert and Carleen Thomas” (1996 FED App. 0032P [6th Cir.] n° 94- 6648/6649), los acusados, un matrimonio californiano, crearon un *Bulletin Board System* (BBS) en el cual almacenaron material pornográfico (alrededor de 14.000 archivos) que luego era puesto a la venta y distribuido automáticamente entre los clientes de este sistema. Gracias a la queja formulada por un particular, un inspector postal se conectó con el sitio en cuestión mediante conexión telefónica y, previo pago, accedió mediante una contraseña proporcionada por los acusados al archivo del material mencionado.

Por las leyes federales, los acusados fueron condenados por el delito de obscenidad cometido en reiteradas ocasiones.

La defensa de los acusados planteó la inaplicabilidad de la sección 1465 del 18 U.S.C., que reprime la venta o distribución de material obsceno entre un estado y otro, bajo el argumento de que los archivos distribuidos eran artículos intangibles que no estaban contemplados en la citada normativa, la que exige que se trate de elementos tangibles (v. gr., folletos, escritos, siluetas, dibujos, etcétera).

El tribunal rechazó el argumento defensorista basándose en el precedente “United States of America vs. Gilboe” (684 F. 2d 235 [2nd. Cir. 1982], cert. Denied, 459 US 1201 1983), que la transmisión de datos electrónicos, en el caso de imágenes pornográficas, no afecta la capacidad de obtener dichas imágenes entre los usuarios del sistema. Que el medio utilizado sea electrónico no impide afirmar que la transmisión de imágenes resulte apta para ser vista en el ordenador.

§ 9. Prescripción de la acción penal

En el caso de los menores de dieciocho años, la ley 26.705 (B.O. 5/10/11) modificó el art. 63 del Cód. Penal al establecer que el curso de la prescripción para los delitos reprimidos por los arts. 119, 120, 124, 125, 125 bis, 128, 129 *in fine* y 130, párrafos segundo y tercero, del Código Penal comenzará a correr desde la medianoche del día en que el menor hubiera alcanzado la mayoría de edad (18 años).

§ 10. Conclusiones

Luego de este breve repaso el contenido y alcance de los distintos comportamientos punibles previstos por el art. 128 del Cód. Penal, podemos señalar que la lucha contra la pornografía infantil en nuestro país aparece anticuada en virtud de los avances tecnológicos en el campo de la cibercriminalidad. En este aspecto, los códigos más avanzados castigan la llamada “pseudo-pornografía infantil” o “virtual”, que consiste en el uso de imágenes digitalizadas que representan a menores de edad. La Convención de Budapest (2001) había fijado como criterio político-

criminal la necesidad de armonizar su regulación en los ordenamientos penales, ya que había comprobado que este fenómeno sexual se extendía con virulencia en las redes telemáticas y atentaba directamente contra la indemnidad de los menores de edad al alentar las agresiones sexuales contra ese grupo etario. La necesidad o no de su regulación en nuestro código permanece abierta hasta tanto se logre determinar la lesividad concreta de dicha conducta respecto de los menores de edad.

Otro tanto puede decirse de la propuesta de punir la mera tenencia de material pornográfico con la participación de menores de edad. En este tópico, nuestra ley penal castiga dicha conducta cuando el almacenamiento o mera tenencia de dichas imágenes tengan por propósito su distribución o comercialización. Es patente en este sentido que el recurso de reprimir esta última conducta recurriendo a la estructura del delito de tendencia significa en la práctica otorgar una carta de ciudadanía a los procedimientos penales en los que se investigan este tipo de conductas y así una incriminación encubierta de una tenencia lícita.

Nuestra ley penal debería regular en este sentido de manera autónoma y precisa aquellos comportamientos que tienen por objeto a los menores de edad, en especial trazando una clara línea de demarcación entre las conductas sexuales que implican una agresión directa y con contacto corporal de aquellas otras en la que no media dicha proximidad entre el autor y su víctima. La técnica legislativa utilizada en el derecho positivo alemán y español, por caso, apelan a esta forma de regulación. En nuestro caso, la última reforma que introduce el art. 128 bis al Código Penal (ciber-acoso o su voz anglosajona *grooming*) reprimen con igual severidad un contacto mediato que uno inmediato, apelando de nuevo a la ingeniería de los delitos de tendencia como expresión normativa de un derecho penal que avanza de manera sostenida de la mano de una sospechada intencionalidad.

Para concluir, deseo dedicar este estudio a la persona y trayectoria académica del Dr. José Cafferata Nores, fiel exponente de la buena escuela penal mediterránea, cuyo lúcido pensamiento y espíritu innovador han marcado un sendero seguro en la reafirmación del Estado de Derecho y sus principios democráticos que conduce a la racionalización de un derecho penal arbitrario.

Bibliografía consultada

- ABOSO, Gustavo E., *Código Penal de la República Argentina*. Comentado, concordado y con jurisprudencia, Bdef, Buenos Aires-Montevideo, 2012.
- ABOSO, Gustavo E., *Trata de personas. La organización criminal en la explotación laboral y sexual*, Bdef, Buenos Aires-Montevideo, 2013.
- ALBRECHT, Hans-Jörg, “Die Determinanten der Sexualstrafrechtsreform”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 111,

- Heft 4/1999, pp. 863-888.
- AROCENA, Gustavo A., *Ataques a la integridad sexual*, Astrea, Buenos Aires, 2012.
- AROCENA, Gustavo A., “La regulación de los delitos informáticos en el Código Penal argentino. Introducción a la ley nacional núm. 26.388”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, Año XLV, núm. 135, septiembre-diciembre, 2012, pp. 945-988.
- BAIER, Helmut, “Die Bekämpfung der Kinderpornografie auf der Ebene von Europäischer Union und Europarat”, *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, Heft 1/2004, pp. 39-51.
- BALCARCE, Fabián I., “El bien jurídico tutelado en los delitos contra la integridad sexual”, *Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología*, Vol. 4, Lerner, Córdoba, pp. 175-196.
- BIDART CAMPOS, Germán J., “La expresión oral en televisión no puede configurar el delito del art. 128 del Código Penal”, *El Derecho*, Buenos Aires, t. 132, pp. 328-329.
- BINDER, Alberto M., “Pornografía, dignidad humana y represión cultural”, *Doctrina Penal*, Año 9, 1986, Depalma, Buenos Aires, pp. 615-631.
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel A., *Pornografía infantil en la red. Fundamento y límites de la intervención del Derecho Penal*, Vanguardia en Ciencias Penales, N° 3, Ubijus, México, 2008.
- BOUYSSOU, Norma I., “Delitos de posesión: su escenario respecto a la acción y la tenencia de pornografía infantil para uso propio”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Suplemento extraordinario, 75° Aniversario, septiembre/2010, La Ley, pp. 79-89.
- COLOMBRES, Federico, “Límites a la libertad de expresión en Internet”, *El Derecho*, Buenos Aires, t. 202, pp. 812-817.
- D’ALESSIO, Andrés José (director), *Código Penal de la Nación*. Comentado y anotado, Mauro A. Divito (coordinador), 2a. ed., tomo II, Parte Especial, Arts. 79 a 306, La Ley, Buenos Aires, 2009.
- DE LUCA, Javier/LÓPEZ CASARIEGO, Julio, *Delitos contra la integridad sexual*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009.
- DERKSEN, Roland, “Strafrechtliche Verantwortung für in internationalen Computernetzen verbreitete Daten mit strafbarem Inhalt”, *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 29/1997, pp. 1878-1885.
- DI PIERO, Constanza, “El delito de pornografía infantil”, *EDPE*, 2/200-59, pp. 59-70.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “Las últimas reformas en el derecho penal sexual”, *Estudios Penales y Criminológicos*, N° 14, Santiago de Compostela, (1989-1990), pp. 41-108.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “Trata de seres humanos y explotación sexual de menores. Exigencias de la Unión y legislación española”, *Revista de Derecho Penal*, N° 2, Julio (1998), Editorial Praxis, pp. 17-22.
- DÖLLING, Dieter/DUTTGE, Gunnar/RÖSSNER, Dieter, *Gesamtes Strafrecht*,

- Handkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden, 2011.
- DREHER, Eduard, “Die Neuregelung des Sexualstrafrechts eine geglückte Reform?”, *Juristische Rundschau*, Heft 2/1974, pp. 45-57.
- ESTRELLA, Oscar Alberto, “Libertad de prensa, justicia penal, derecho al honor y a la integridad”, *Derecho a la información, hábeas data e Internet*, La Rocca, Buenos Aires, 2002, pp. 283-303.
- ESTRELLA, Oscar Alberto, *De los delitos sexuales*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 59. Aufl., C. H. Beck, München, 2012.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Delitos sexuales*, 2ª. ed., Arayú Ediciones, Buenos Aires, 1953.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos/MILLÁN, Alberto S., *Las reformas al Código penal. Ley N° 17.567*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968.
- GERCKE, Marco/SPINDLER, Gerald/SCHUSTER, Fabian, *Recht der elektronischen Medien*, 2. Aufl., 2011.
- GÓMEZ, Eusebio, *Tratado de derecho penal*, t. III, Compañía Argentina de Editores S.R.L., Buenos Aires, 1940.
- GONZÁLEZ, Nemesio, “La tenencia de material corrupto para vender en un kiosco realiza la figura delictiva de exhibiciones obscenas”, *El Derecho*, Buenos Aires, t. 130, pp. 185-187.
- GÖSSEL, Karl Heinz, *Das neue Sexualstrafrecht. Eine systematische Darstellung für die Praxis*, De Gruyter Recht, Berlin, 2005.
- HARMS, Sven, “Ist das „bloße“ Anschauen von kinderpornographischen Bildern im Internet nach geltendem Recht strafbar?”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, Heft 12/2003, p. 646-650.
- HEINRICH, Manfred, “Neue Medien und klassisches Strafrecht - § 184b IV StGB im Lichte der Internetdelinquenz”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, Heft 7/2005, pp. 361-366.
- HILGENDORF, Eric/FRANK, Thomas/VALERIUS, Brian, *Computer- und Internetstrafrecht*, Springer, Berlin, 2005.
- HILGENDORF, Eric, “Überlegungen zur strafrechtlichen Interpretation des Ubiquitätsprinzips im Zeitalter des Internet”, *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 29/1997, pp. 1873-1878.
- HOEREN, Thomas, “Das Internet für Juristen - eine Einführung”, *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 50/1995, pp. 3295-3298.
- HÖRNLE, Tatjana, “Pornographische Schriften im Internet: Die Verbotsnormen im deutschen Strafrecht und ihre Reichweite”, *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 14/2002, pp. 1008-1013.
- HÖRNLE, Tatjana, “Der lückenhafte Schutz jugendlicher Opfer im Sexualstrafrecht”, *Festschrift für Heinz Schöch zum 70. Geburtstag*, Dieter Dölling/Bert Götting/Bernd-Dieter Meier/Torsten Verrel (Hrsg.), De Gruyter, Berlin, 2010, pp. 401-417.
- JOYCE, Robert A., “Pornography and the Internet”, *Follow Internet Computing*, Volume 12 (4) Institute of Electrical and Electronics Engi-

- neers, July 1, 2008, pp. 74-77.
- KANT, Immanuel, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Herausgegeben und erläutert von J. H. von Kirchmann, Verlag von L. Heimann, Berlin, 1870.
- KIELER, Marita, *Tatbestandsprobleme der sexuellen Nötigung, Vergewaltigung sowie des sexuellen Mißbrauch widerstandsunfähiger Personen*, Juristische Reihe Tenea, Bd. 52, Universität Osnabrück, Berlin, 2003.
- LACKNER, Karl/KÜHL, Kristian, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Aufl., C. H. Beck, München, 2007.
- LANCMAN, Valeria, "La pornografía infantil en Internet", *Revista de derecho Penal, Procesal Penal y Criminología*, Año 3- Número 5/6, 2003, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004, pp. 291-319.
- LAUBENTHAL, Klaus, *Handbuch Sexualstraftaten. Die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, Springer, Berlin/Heidelberg/New York, 2012.
- LEVENE (h.), Ricardo, "Publicaciones obscenas", *La Ley*, Buenos Aires, t. 102, sec. Doctrina, pp. 1095-1106.
- MACKINNON, Catharine A., *Toward a Feminist Theory of the State*. Cambridge: Harvard University Press, 1989.
- MACKINNON, Catharine A./POSSNER, Richard, *Derecho y pornografía*, Siglo del Hombre Editores, Nuevo Pensamiento Jurídico, Bogotá, 1997.
- MAGNUS, Ullén, "The Solipsism of Pornography: Speech Act Theory and the Anti-Porn Position", *Follow Sexuality and Culture*, Volume 17 (2) Springer Journals – June 1, 2013, pp. 321-347.
- MARÍN FRAGA, Facundo J., "Libertad de expresión en Internet: la experiencia norteamericana", *La Ley Actualidad*, Buenos Aires, 13/11/03.
- MATZKY, Ralph, "Kinderpornographie im Internet-Strafgesetzgeberischer Handlungsbedarf?", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Heft 5/2003, pp. 167-169.
- MAURACH, Reinhart/SCHROEDER, Friedrich-Christian/MAIWALD, Manfred, *Strafrecht. Besonderer Teil*, Teilband I, 9. neu bearb., Aufl., C. F. Müller, 2003.
- MORALES PRATS, Fermín, "Los modelos de unificación del Derecho penal en la Unión Europea. Reflexiones a propósito del «Corpus Iuris»", *Revista Penal*, N° 3/1999, pp. 29-35.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, David L., "Los delitos de pornografía infantil en el derecho comparado", *Cuadernos de Política Criminal*, N° 84, 2004, pp. 31-80.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 19ª. ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2013.
- NÚÑEZ, Ricardo C., *Tratado de derecho penal*, t. III, vol. II, 2ª reimp., Parte especial, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1988.
- OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte*, 7. Aufl., Wal-

- ter de Gruyter, Berlin-New York, 2005.
- PALAZZI, Pablo A., “Análisis de la ley 26.388 de reforma del Código Penal en materia de delitos informáticos”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 7/2008, Lexis Nexis, Buenos Aires, pp. 1212-1222.
- PALAZZO, Francesco, “La legalidad penal en la Europa de Ámsterdam”, *Revista Penal*, N° 3/1999, Editorial Praxis, pp. 37-41.
- PRADEL, Jean, “Vías para la creación de un espacio judicial europeo único”, *Revista Penal*, N° 3/1999, pp. 42-50.
- PREISER, Friedrich, “Wie weit sollte das Sittlichkeitsstrafrecht reformiert werden?”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 82, Heft 3/1970, pp. 655-674.
- QUINTINO ZEPEDA, Rubén, *El libre desarrollo de la personalidad y la explotación sexual comercial infantil a la luz del derecho penal moderno*, Instituto de Formación Profesional, N° 5, Editorial Ubijus, México D.F., 2010.
- RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, “Los delitos contra la libertad sexual: Actuales tendencias en la política criminal española”, *Revista Peruana de Ciencias Penales*, José Urquiza Olaechea (dir.), N° 16 (2005), pp. 479-488.
- REINALDI, Víctor F., *Los delitos sexuales en el Código Penal argentino, ley 25.087*, Ed. Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1999.
- RIQUERT, Fabián L., *Exhibiciones obscenas. Aspectos constitucionales y penales*, Orden Jurídico Penal, Año 2, N° 11, Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2003.
- ROGGENWALLNER, Bernd/HERMANN, Gunnar/JANSEN, Bernhard H., *Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, Strafrecht. Zivilrecht. Familienrecht. Sozialrecht. Forensische Psychiatrie, ZAP Verlag, Münster, 2011.
- SCHEFFLER, Uwe, Zur Strafbarkeit des Betrachtens Kinderpornographischer Internet-Seiten auf dem PC — Zugleich eine Besprechung von OLG Schleswig, Beschluss vom 15.9.2005 — 2 Ws 305/05 (222/05), in *Festschrift für Herzberg*, Tübingen, 2008, pp. 627-648.
- SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27, neu bearbeitete Aufl., C. H. Beck, München, 2006.
- SCHROEDER, Friedrich-Ch., “Das 27. Strafrechtsänderungsgesetz-Kinderpornographie”, *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 40/1993, pp. 2581-2583.
- SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. III, 4ª. ed., 10ª. reimp., actualizador Manuel A. Bayala Basombrio, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992.
- TERRAGNI, Marco Antonio, *Tratado de derecho penal*, t. II, Parte especial I, La Ley, Buenos Aires, 2012.
- VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, “Los delitos contra la libertad sexual desde la perspectiva de género”, *Anuario de Derecho Penal*, N° 1999-2000, pp. 83-100.

- WALTHER, Christian, “Zur Anwendbarkeit der Vorschriften des strafrechtlichen Jugendmedienschutzes auf im Bildschirmtext verbreitete Mitteilungen”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, Heft 11/1990, pp. 523-526.
- WEITZEL, Petra, “Kinder- und Jugendschutz bei Internet-Angeboten”, *Deutsche Richter Zeitung*, 1997, pp. 424-430.

¹ Leyes 24.453 (1995), 25.087 (1999), 25.893 (2004), 26.364 (2008), 26.388 (2008), 26.738 (2012) y 26.842 (2012). En el 2013 se agregó el art. 128 bis al Código Penal que regula el ciber-acoso o *grooming*. En esta línea se sancionó el Registro Nacional de Datos Genéticos vinculados a Delitos contra la Integridad Sexual (ley 26.879, B.O. 24/7/13, ADLA, Año LXXIII, N° 20, de 5 de agosto de 2013, t. LXXIII-D, pp. 1-2).

² Sobre la evolución del derecho penal sexual en los tiempos modernos, cfr., BINDER, “Pornografía, dignidad humana y represión cultural”, *Doctrina Penal*, Año 9, 1986, pp. 615 y ss.; RIQUERT, *Exhibiciones obscenas. Aspectos constitucionales y penales*, Orden Jurídico Penal, Año 2, N° 11, Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2003, pp. 21 y ss., 149 y ss.; TERRAGNI, *Tratado de derecho penal*, t. II, Parte especial I, La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 392; BALCARCE, “El bien jurídico tutelado en los delitos contra la integridad sexual”, *Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología*, Vol. 4, Lerner, Córdoba, pp. 175 y ss.; DREHER, “Die Neuregelung des Sexualstrafrechts eine geglückte Reform?”, *JR* 1974, Heft 2, pp. 45 y ss.; PREISER, “Wie weit sollte das Sittlichkeitsstrafrecht reformiert werden?”, *ZStW* 82, pp. 655 y ss.; ALBRECHT, “Die Determinanten der Sexualstrafrechtsreform”, *ZStW* Vol. 111, 4/1999, pp. 863 y ss.; ROGGENWALLNER/HERMANN/JANSEN, *Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, Strafrecht. Zivilrecht. Familienrecht. Sozialrecht. Forensische Psychiatrie, ZAP Verlag, Münster, 2011, pp. 5 y ss., 199 y ss.; KIELER, *Tatbestandsprobleme der sexuelle Nötigung. Vergewaltigung sowie des sexuellen Mißbrauch widerstandsunfähiger Personen*, Juristische Reihe, Bd. 52, Universität Osnabrück, Berlin, 2003, pp. 1 y ss.; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 19ª. ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2013, pp. 209 y ss.; VICENTE MARTÍNEZ, “Los delitos contra la libertad sexual desde la perspectiva de género”, *Anuario de Derecho Penal*, N° 1999-2000, pp. 83 y ss. El Tribunal Constitucional alemán ha subrayado el rango constitucional de la protección de los menores de edad contra los abusos sexuales, BVerfGE 30, 336, 348; 77, 346, 356; BVerfG NJW 1986, 1241; BGHSt 37, 55 [NJW 1990, 3026; NStZ 1990, 586; StV 1991, 162; ZUM 1991, 83]. Al respecto, HÖRNLE, “Der lückenhafte Schutz jugendlicher Opfer im Sexualstrafrecht”, *Festschrift für Heinz Schöch zum 70. Geburtstag*, Dieter Dölling/Bert Götting/Bernd-Dieter Meier/Torsten Verrel (Hrsg.), De Gruyter, Berlin, 2010 pp. 401 y ss., pp. 405 y ss.

³ KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Herausgegeben und erläutert von J. H. von Kirchmann, Verlag von L. Heimann, Berlin, 1870, p. 62.

⁴ Artículo sustituido por ley 26.388, art. 2, B.O. 25/6/08.

⁵ LEVENE (h.), “Publicaciones obscenas”, *La Ley*, Buenos Aires, t. 102, sec. Doctrina, pp. 1095 y ss. La jurisprudencia nacional ha generado una serie de fallos que se han ocupado preferentemente de la literatura erótica, en cuyo caso se ha subsumido dicho contenido sexual dentro de las previsiones del artículo que comentamos en su anterior redacción: “El club de la pasión” (*La Ley*, t. 97, pp.

392 y ss., con comentario de Mariano Cuneo Libarona). También los medios gráficos han sufrido el escrutinio de la censura judicial, seminario “Así” (*JA*, t. 1960-VI, pp. 126 y ss.). En cambio, la denuncia formulada contra la proyección del film “La dulce vida”, del productor Federico Fellini, fue desestimada (*JA*, t. 1960-V, pp. 532 y ss.). Igual suerte sufrió la denuncia formulada contra la exhibición del film “Los amantes de París” (*JA*, t. 1960-III, pp. 491 y ss.). La publicación de revistas picarescas, como la revista “Ricuritas”, donde se grafican imágenes y textos burlescos no alcanzan a superar el test de tipicidad (*JA*, t. 1959-III, pp. 431 y ss.).

⁶ ESTRELLA, *De los delitos sexuales*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 219.

⁷ MACKINNON, *Toward a Feminist Theory of the State*. Cambridge: Harvard University Press, 1989; MAGNUS, “The Solipsism of Pornography: Speech Act Theory and the Anti-Porn Position”, *Follow Sexuality and Culture*, Volume 17 (2) Springer Journals – June 1, 2013, pp. 321 y ss..

⁸ HARMS, “Ist das „bloße“ Anschauen von kinderpornographischen Bildern im Internet nach geltendem Recht strafbar?”, *NStZ* 12/2003, pp. 646 y ss.

⁹ GERCKE/SPINDLER/SCHUSTER, *Recht der elektronischen Medien*, 2. Aufl., 2011, § 184b/4.

¹⁰ MORALES PRATS, “Los modelos de unificación del Derecho penal en la Unión Europea. Reflexiones a propósito del «Corpus Iuris»”, *Revista Penal*, N° 3, Enero, 1999, Editorial Praxis, pp. 29 y ss., en especial, pp. 33 y ss. Sobre la codificación penal europea, PALAZZO, “La legalidad penal en la Europa de Ámsterdam”, *Revista Penal*, N° 3, Enero, 1999, Editorial Praxis, pp. 37 y ss.; PRADEL, “Vías para la creación de un espacio judicial europeo único”, *Revista Penal*, N° 3, Enero, 1999, Editorial Praxis, pp. 42 y ss.

¹¹ MORILLAS FERNÁNDEZ, “Los delitos de pornografía infantil en el derecho comparado”, *Cuadernos de Política Criminal*, N° 84, 2004, pp. 31 y ss; BAIER, “Die Bekämpfung der Kinderpornografie auf der Ebene von Europäischer Union und Europarat”, *ZUM* 1/2004, pp. 39 y ss.

¹² HEINRICH, “Neue Medien und klassisches Strafrecht-§ 184b IV StGB im Lichte der Internetdelinquenz”, *NStZ* 7/2005, pp. 361 y ss.

¹³ JOYCE, “Pornography and the Internet”, *Follow Internet Computing*, Volume 12 (4) Institute of Electrical and Electronics Engineers, July 1, 2008, pp. 74 y ss.; COLOMBRES, “Límites a la libertad de expresión en Internet”, *El Derecho*, Buenos Aires, t. 202, pp. 202-812; MARÍN FRAGA, “Libertad de expresión en Internet: la experiencia norteamericana”, *La Ley Actualidad*, Buenos Aires, 13/11/03, pp. 2 y ss.

¹⁴ En este punto, QUINTINO ZEPEDA, *El libre desarrollo de la personalidad y la explotación sexual comercial infantil a la luz del derecho penal moderno*. Instituto de Formación Profesional, N° 5, Editorial Ubijus, México D.F., 2010, pp. 196 y 197, relativiza el daño psíquico que se le produce al menor de edad utilizado para la producción de las imágenes pornográficas, puesto que en algunos casos dichos daños o alteraciones de la psiquis del menor de edad no pueden ser acreditadas mediante los exámenes médicos correspondientes. Sobre este punto de tensión, vid., BOLDOVA PASAMAR, *Pornografía infantil en la red*. Fundamento y límites de la intervención del Derecho Penal, Vanguardia en Ciencias Penales, N° 3, Ubijus, México, 2008, pp. 23 y ss.

¹⁵ ESTRELLA, *Libertad de prensa, justicia penal, derecho al honor y a la integridad, en Derecho a la información, hábeas data e Internet*, La Rocca, Buenos Aires, 2002, pp. 283 y ss.

¹⁶ GONZÁLEZ, “La tenencia de material corrupto para vender en un kiosco realiza la figura delictiva de exhibiciones obscenas”, *Revista Jurídica El Derecho*, t. 130, pp. 185 y ss. En el fallo comentado se ventila la tipicidad de la conducta del encargado de un puesto de venta de diarios y revistas que tenía a la venta revistas de contenido sexual de relaciones homosexuales. El articulista entendía que la exposición de dicho material pornográfico contenía un carácter más obsceno que las otras que sólo reflejaban relaciones heterosexuales, ya que la homosexualidad representa para este autor un atentado contra el orden natural. En este sentido, FONTÁN BALESTRA/MILLÁN, *Las reformas al Código penal. Ley N° 17.567*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, pp. 137 y ss.

¹⁷ Cám. Nac. Crim. y Correc., Sala IV, c. 431, “S., S.”, del 18/5/11.

¹⁸ AROCENA, “La regulación de los delitos informáticos en el Código Penal argentino. Introducción a la ley nacional núm. 26.388”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLV, núm. 135, septiembre-diciembre, 2012, pp. 945 y ss.

¹⁹ Cfr., PALAZZI, “Análisis de la ley 26.388 de reforma del Código Penal en materia de delitos informáticos”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 7/2008, Lexis Nexis, Buenos Aires, pp. 1212-1222.

²⁰ STS, N° Resolución 9144/2011, del 19/12/2011.

²¹ vid., “Neue Medien und klassisches Strafrecht-§ 184b IV StGB...”, p. 362.

²² DIEZ RIPOLLÉS, “Trata de seres humanos y explotación sexual de menores. Exigencias de la Unión y legislación española”, *Revista de Derecho Penal*, N° 2, Julio (1998), Editorial Praxis, p. 22. Este autor expone detalladamente la armonización de la legislación penal española con los presupuestos exigidos en el marco normativo de la Unión Europea y se pronuncia en sentido negativo sobre la necesidad de punir las conductas de almacenamiento de material pornográfico que representan menores de edad para uso privado, es decir, sin fines de comercialización como ocurre actualmente en la legislación argentina.

²³ Cfr. GÖSSEL, *Das neue Sexualstrafrecht. Eine systematische Darstellung für die Praxis*, De Gruyter Recht, Berlín, 2005, pp. 209 y ss. pp. 209 y ss.; HARMS, “Ist das „bloße“ Anschauen von kinderpornographischen Bildern...?”, p. 646; WEITZEL, “Kinder- und Jugendschutz bei Internet-Angeboten”, *DRiZ* 1997, pp. 430 y ss.

²⁴ MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, Teilband I, 9. neu bearb., Aufl., C. F. Müller, 2003, t. I, § 23 i 21; HILGENDORF/FRANK/VALERIU, *Computer- und Internetstrafrecht*, Springer, Berlín, 2005, pp. 108 y 109, 398.

²⁵ Cám. Nac. Crim. y Correc., Sala IV, “S., S. A.”, del 18/5/2011, LL 2011-D, p. 681.

²⁶ ESTRELLA, *De los delitos sexuales*, p. 220; DE LUCA/LÓPEZ CASARIEGO, *Delitos contra la integridad sexual*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 233; QUINTINO ZEPEDA, *El libre desarrollo de la personalidad y la explotación sexual comercial infantil...*, pp. 197 y ss.; LANCMAN, “La pornografía infantil en Internet”, *Revista de derecho Penal, Procesal Penal y Criminología*, Año 3- Número 5/6, 2003, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004, pp. 299 y ss.; DI PIERO, “El delito de pornografía infantil”, *EDPE*, 2/200-59, pp. 59 y ss.; LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Aufl., C. H. Beck, München, 2007, § 184b/1; BOLDOVA PASAMAR, *Pornografía infantil en la red*, pp. 21 y ss.; HÖRNLE, “Pornographische Schriften im Internet: Die Verbotsnormen im deutschen Strafrecht und ihre Reichweite”, *NJW* 14/2002, pp. 1008 y ss. GÖSSEL, *Das neue Sexualstrafrecht*,

p. 214, explica que el bien jurídico tutelado es la libertad de la autodeterminación sexual que se pone en peligro con la inhumanidad de la representación, es decir, la cosificación del ser humano al ser reducido a un mero instrumento, lo que repercute en el desarrollo de la sexualidad de terceros. Por el contrario, algunos autores identificaron al pudor público como el interés jurídicamente tutelado por el art. 128, cfr., LEVENE (h.), “Publicaciones obscenas”, pp. 1096 y ss.

²⁷ BGH 1 StR 66/01 - sentencia del 27/6/01 (LG Würzburg); STS, Sala de lo Penal, Nº 5117/10, del 30/9/10.

²⁸ OTTO, *Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte*, 7. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin-New York, 2005, § 66/101; GÖSSEL, *Das neue Sexualstrafrecht*, p. 210.

²⁹ SCHROEDER, “Das 27. Strafrechtsänderungsgesetz - Kinderpornographie”, NJW 40/1993, p. 2581.

³⁰ SCHÖNKE/SCHRÖDER/Lenckner/Perron/Eisele, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27, neu bearbeitete Aufl., C. H. Beck, München, 2006, § 184b/15; HEINRICH, “Neue Medien und klassisches Strafrecht - § 184b IV StGB...”, pp. 362 y 363.

³¹ SCHROEDER, “Das 27. Strafrechtsänderungsgesetz - Kinderpornographie”, pp. 2581 y ss. El autor se ocupa de analizar la reforma del derecho penal alemán sobre la prohibición de la difusión y la tenencia de material pornográfico, en particular, al referirse al acceso de material pornográfico de menores de edad, expresa este autor que la tutela penal está orientada a evitar una confrontación involuntaria con esta clase de representaciones donde prima la violencia sexual y las prácticas pedófilas.

³² DERKSEN, “Strafrechtliche Verantwortung für in internationalen Computernetzen verbreitete Daten mit strafbarem Inhalt”, NJW 29/1997, pp. 1878 y ss., 1880; HOEREN, “Das Internet für Juristen-eine Einführung”, NJW 50/1995, pp. 3295 y ss.; WALTHER, “Zur Anwendbarkeit der Vorschriften des strafrechtlichen Jugendmedienschutzes auf im Bildschirmtext verbreitete Mitteilungen”, NStZ 11/1990, pp. 523 y ss.

³³ FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 59. Aufl., Beck., München, 2012, § 184b/2; LAUBENTHAL, *Handbuch Sexualstraftaten. Die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, Springer, Berlin/Heidelberg/New York, 2012, p. 391 (1062).

³⁴ NÚÑEZ, *Tratado de derecho penal. Parte especial*, t. III, vol. II, 2ª reimpr., Parte especial, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1988, p. 382.

³⁵ BGH 3 StR 240/98, sentencia del 24/3/99 (LG Mönchengladbach).

³⁶ Cám. Nac. Crim. y Correc., Sala VII, (por mayoría), c. nº 334, “G., D.”, del 12/7/12.

³⁷ DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER/LAUE, *Gesamtes Strafrecht*, § 184b/3.

³⁸ BGH 3 StR 240/98, sentencia del 24/3/99 (LG Mönchengladbach).

³⁹ BGH 2 StR 151/11, sentencia del 18/1/12 (LG Darmstadt).

⁴⁰ Cám. Nac. Crim. y Correc., Sala V, “M., E.”, del 16/10/02, DJ 2003-3, p. 1231.

⁴¹ BGHSt 18, 63, 64; BGH, 30/3/77 - 4 StR 28/77; BGH 3 StR 240/98, sentencia del 24/3/99 (LG Mönchengladbach); BGH 1 StR 66/01, sentencia del 27/6/01 (LG Würzburg).

⁴² HEINRICH, “Neue Medien und klassisches Strafrecht-§ 184b IV StGB...”, p. 364.

⁴³ BGHSt 13, 257; BGH 2 StR 151/11, sentencia del 18/1/12 (LG Darmstadt); BGH 3 StR 240/98, sentencia del 24/3/99 (LG Mönchengladbach).

⁴⁴ BGH 1 StR 66/01, sentencia del 27/6/01 (LG Würzburg); BGH 2 StR 151/11, sentencia del 18/1/12 (LG Darmstadt).

⁴⁵ BGH 1 StR 66/01, sentencia del 27/6/01 (LG Würzburg).

⁴⁶ OLG Frankfurt, sentencia del 18/3/98 - 1 Ss 407/97 (Hakenkreuze-Fall); OLG Nürnberg, sentencia del 23/6/98 - Ws 1603/97 (Schwein am Kreuz-Fall).

⁴⁷ SCHEFFLER, Zur Strafbarkeit des Betrachtens Kinderpornographischer Internet-Seiten auf dem PC — Zugleich eine Besprechung von OLG Schleswig, Beschluss vom 15.9.2005 — 2 Ws 305/05 (222/05), in *Festschrift für Herzberg*, Tübingen, 2008, pp. 627 y ss.

⁴⁸ FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, § 184b/21.

⁴⁹ STS, N° 9144/11, del 19/12/11. En este sentido, STS, N° 1650/13, del 26/3/13; ATS N° 1580/13, del 7/2/13; N° 6911/13, del 27/6/13; N° 8899/13, del 26/9/13.

⁵⁰ SCHÖNKE/SCHRÖDER/Lenckner/Perron/Eisele, *Strafgesetzbuch Kommentar*, § 184b/15. Cuestionan estos autores la legitimidad de la amenaza de pena en este caso porque el poseedor de dicho material no participa en ninguna de las conductas vinculadas con la producción o difusión de esta clase de material pornográfico. Esta conducta de posesión parece desalentarse con su castigo porque estaría colaborando con la explotación sexual y comercial de los menores de edad, pero dicha comportamiento tampoco adquiere la fisonomía propia de una inducción a cometer un delito determinado. También se expresa sobre la impunidad de esta conducta, DIEZ RIPOLLÉS, “Trata de seres humanos y explotación sexual de menores. Exigencias de la Unión y legislación española”, p. 22. Sobre su fundamento normativo, BOLDOVA PASAMAR, *Pornografía infantil en la red*, pp. 28 y ss.

⁵¹ FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, § 184b/21a; SCHEFFLER, Zur Strafbarkeit des Betrachtens Kinderpornographischer Internet-Seiten, p. 630; BOUYSSOU, “Delitos de posesión: su escenario respecto a la acción y la tenencia de pornografía infantil para uso propio”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Suplemento extraordinario, 75 Aniversario, septiembre/2010, La Ley, pp. 79 y ss., 88 y ss.

⁵² MATZKY, “Kinderpornographie im Internet - Strafgesetzgeberischer Handlungsbedarf?”, ZRP 2003, p. 168.

⁵³ En el derecho penal español se castiga la simple tenencia de este material (art. 189.2). Crítico, RAGUÉS I VALLÉS, “Los delitos contra la libertad sexual: Actuales tendencias en la política criminal española”, *Revista Penal*, N° 3/1999, p. 487.

⁵⁴ SCHÖNKE/SCHRÖDER/Lenckner/Perron/Eisele, *Strafgesetzbuch Kommentar*, § 184b/15; BGH 1 StR 66/01, sentencia del 27/6/01 (LG Würzburg); **BayObLG** NJW 2003, 839; StV 2001, 16; **OLG Hamburg** NSTZ-RR 1999, 329; **LG Stuttgart** NSTZ 2003, 36; **AG Hamburg** CR 1998, 33.

⁵⁵ FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, § 184b/2; HEINRICH, “Neue Medien und klassisches Strafrecht-§ 184b IV StGB...”, p. 363; OGHamburg, 2. Strafsenat, sent. 15/2/10, 2-27/09 (REV), 1 Ss 86/09; BGH 2 StR 151/11, sentencia del 18/1/12 (LG Darmstadt).

⁵⁶ HARMS, “Ist das „bloße“ Anschauen von kinderpornographischen Bildern...”, p. 647; DERKSEN, “Strafrechtliche Verantwortung für in internationalen Computernetzen...”, p. 1878, p. 1881; BGH, sentencia del 27/6/01- 1 StR 66/01 (LG Würzburg); BayObLG NJW 2000, 2911.

⁵⁷ LG Stuttgart, sentencia del 27/2/02 - 20 Qs 10/02, crítico HARMS, “Ist das „bloße“ Anschauen von kinderpornographischen Bildern...”, p. 647; SCHÖNKE/SCHRÖDER/Lenckner/Perron/Eisele, *Strafgesetzbuch Kommentar*, § 184b/15; HEINRICH, “Neue Medien und klassisches Strafrecht - § 184b IV StGB...”, p. 363.

⁵⁸ BIDART CAMPOS, “La expresión oral en televisión no puede configurar el delito del art. 128 del Código Penal”, *Revista Jurídica El Derecho*, t. 132, pp. 328 y ss.

⁵⁹ La Convención sobre Cibercriminalidad restringe, en su art. 9º, la distribución o difusión de pornografía infantil a las imágenes, no incluyendo los medios escritos (libros, revistas, panfletos, etc.). Por el contrario, en el derecho penal alemán los escritos forman parte de la materia de prohibición, vid., BAIER, “Die Bekämpfung der Kinderpornografie auf der Ebene von Europäischer Union und Europarat”, p. 43.

⁶⁰ DIEZ RIPOLLÉS, “Las últimas reformas en el derecho penal sexual”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Nº 14, Santiago de Compostela, (1989-1990), p. 9; BGH, sentencia del 21/6/90 - 1 StR 477/89 [BGH 37, 55, 60]; BGH 2 StR 344/11, sentencia del 20/10/11 (LG Erfurt).

⁶¹ MACKINNON/POSSNER, *Derecho y pornografía*, Siglo del Hombre Editores, Nuevo Pensamiento Jurídico, Bogotá, 1997, p. 18.

⁶² NÚÑEZ, *Tratado de derecho penal. Parte especial*, t. III, vol. II, pp. 378 y 379.

⁶³ En este sentido, ESTRELLA, *De los delitos sexuales*, pp. 221 y 223; DE LUCA/LÓPEZ CASARIEGO, *Delitos contra la integridad sexual*, p. 213.

⁶⁴ Parece claro que el entonces término “obsceno” utilizado por el art. 128 y el ahora “pornográfico” receptan en su seno valoraciones sociales que han ido mudando de piel a lo largo del transcurso de la Historia de la Humanidad. Sin embargo, la actual regulación se centra de manera decisiva en la representación de menores de edad, en cuyo caso la participación de dichos sujetos restringe el carácter ambivalente del término pornográfico, incluso vinculado con el trato sexual rentado. La representación de la participación de un menor de edad manteniendo relaciones sexuales con otra persona o realizando actos expresamente dotados de un contenido sexual expresan con fuerza significativa la explotación sexual de aquél.

⁶⁵ LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch Kommentar*, § 184b/2; HEINRICH, “Neue Medien und klassisches Strafrecht - § 184b IV StGB...”, p. 363; BGH 3 StR 240/98, sentencia del 24/3/99 (LG Mönchengladbach) [BGHSt 45, 41; NJW 1999, 1979; NStZ 2000, 28]. En este caso el acusado tenía en su poder material pornográfico escrito y visual en el que se representaba a menores de edad manteniendo relaciones sexuales con terceros, incluso menores de edad. Entre las actividades llevadas a cabo por el acusado figura la copia de videos de contenido pornográfico con menores de edad que eran enviados por correo a distintos destinatarios.

⁶⁶ GERCKE/SPINDLER/SCHUSTER, *Recht der elektronischen Medien*, § 184b/4 y ss.

⁶⁷ BAIER, “Die Bekämpfung der Kinderpornografie...”, p. 40.

⁶⁸ LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch Kommentar*, § 184b/2.

⁶⁹ FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, § 184/5.

⁷⁰ DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER/LAUE, *Gesamtes Strafrecht*, Handkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden, 2011, § 184b/2 y ss.

⁷¹ BAIER, “Die Bekämpfung der Kinderpornografie...”, p. 40; OLG Koblenz, sentencia del 1/2/79 - 1 Ss 632/78, NJW 1979, 1467.

⁷² FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, § 184b/4.

⁷³ LAUBENTHAL, *Handbuch*, p. 392 (1065).

⁷⁴ BGH 3 StR 567/97 (LG Zwickau), sentencia del 17/12/97.

⁷⁵ La Jefatura de Gabinete de Ministros y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, por Resolución Conjunta 866/2011 y 1500/2011, publicada en el B.O. 17/10/2011, creó la Comisión Técnica Asesora de Cibercrimen. El informe rea-

lizado en 2008 como base para la reforma realizada por la ley 26.338 no hizo mención a la pseudo-pornografía. El caso contrario se presenta con la actual regulación de la pornografía infantil en el derecho penal español, donde la pseudo-pornografía se encuentra expresamente tipificada en el art. 189.7. Crítico, RAGUÉS I VALLÉS, “Los delitos contra la libertad sexual: Actuales tendencias en la política criminal española”, p. 487.

⁷⁶ Muchas veces se presenta casos límites entre lo pornográfico y lo meramente estético, BGH, sentencia del 21/6/90 - 1 StR 477/89, BGHSt 37, 55= NStZ 1990, 586, OLG Stuttgart NStZ 1992, 38.

⁷⁷ OTTO, *Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte*, § 66/100; LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch Kommentar*, § 184/3, señala que la posición que acepta una delimitación estrecha del arte de lo pornográfico entiende que tanto la protección de los jóvenes como el arte tienen rango constitucional y en caso de conflicto debe resolverse atendiendo a las circunstancias de cada caso. Para GÖSSEL, *Das neue Sexualstrafrecht*, p. 214, la pornografía no puede ser arte.

⁷⁸ BGHSt 37, 55 y ss.

⁷⁹ ESTRELLA, *De los delitos sexuales*, p. 226. D'ALESSIO, *Código Penal...*, p. 286, nota 224. En este punto resultan confusos DE LUCA/LÓPEZ CASARIEGO, *Delitos contra la integridad sexual*, pp. 252 y 253, al afirmar que las imágenes simuladas están formalmente incluidas dentro del concepto utilizado por el art. 128 del Cód. Penal, pero, desde el punto de vista del principio de lesividad, deben ser descartadas. En este punto entendemos que nuestro art. 128, a diferencia de otras legislaciones en esta materia, no prevé de manera expresa a la pornografía ficticia, sea ella digital o animada. La representación de un menor de dieciocho años a la que alude nuestra ley es la representación real y no la meramente disimulada o imitada.

⁸⁰ El Tribunal Constitucional alemán ha rechazado el carácter de obsceno de una novela escrita, BVerfGE, 83, 130 [Josephine Mutzenbacher]. Esta novela ambientada en el siglo XVIII relata la precoz iniciación sexual de una niña que desemboca en el posterior ejercicio de la prostitución. La edad de la protagonista, sus relaciones sexuales y su contenido indisimulablemente erótico provocó airadas quejas de grupos conservadores que denunciaron la obra como obscena.

⁸¹ BAIER, “Die Bekämpfung der Kinderpornografie...”, p. 44. La Convención sobre Cibercriminalidad reprime también estas formas de representaciones al equiparlas a la pornografía real.

⁸² Por ejemplo, el §§ 184, 184a y 184b del StGB alemán, vid. FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, §§ 184/6, 184a/5, 184b/5. Crítico con esta equiparación a la pornografía real, BAIER, “Die Bekämpfung der Kinderpornografie...”, p. 40.

⁸³ BGH, sentencia del 27/6/01-1 StR 66/01 (LG Würzburg).

⁸⁴ BGH, sentencia del 24/3/99- 3 StR 240/98 (LG Mönchengladbach).

⁸⁵ DERKSEN, “Strafrechtliche Verantwortung für in internationalen Computernetzen...”, pp. 1878 y ss.; HÖRNLE, “Pornographische Schriften im Internet...”, pp. 1008 y ss.

⁸⁶ FONTÁN BALESTRA/MILLÁN, *Las reformas al Código penal. Ley N° 17.567*, pp. 137 y 138.

⁸⁷ DERKSEN, “Strafrechtliche Verantwortung für in internationalen Computernetzen...”, p. 1882. Como explica este autor, la participación en el delito doloso ajeno demanda al menos una conducta de favorecimiento del hecho ajeno, pero en este caso los proveedores de Internet no crean ningún riesgo desaprobado al

brindar ese servicio, por lo que dichas conductas pueden ser consideradas como “conductas neutrales”.

⁸⁸ DERKSEN, “Strafrechtliche Verantwortung für in internationalen Computernetzen...”, p. 1883.

⁸⁹ DERKSEN, “Strafrechtliche Verantwortung für in internationalen Computernetzen...”, p. 1884.

⁹⁰ DERKSEN, “Strafrechtliche Verantwortung für in internationalen Computernetzen...”, p. 1885.

⁹¹ BVerwG, sentencia del 20/2/02 - 6 C 13/01 (VG Hamburg), NJW 2002, 2966.

⁹² HÖRNLE, “Pornographische Schriften im Internet...”, p. 1011. En este sentido, puede consultarse el precedente de la Cám. Nac. Crim. y Correc., Sala V, “S., S. A.”, del 18/5/11. En este caso se procesó al diseñador y administrador de un sitio en Internet que permitía el acceso a pornografía infantil almacenada previo pago de una tarifa.

⁹³ HÖRNLE, “Pornographische Schriften im Internet...”, p. 1011.

⁹⁴ HÖRNLE, “Pornographische Schriften im Internet...”, p. 1012.

⁹⁵ BGH 1 StR 70/03, sentencia del 22/5/03 (LG Stuttgart).

⁹⁶ HILGENDORF, “Überlegungen zur strafrechtlichen Interpretation des Ubiquitätsprinzips im Zeitalter des Internet”, NJW 1997, pp. 1873 y ss.; BAIER, “Die Bekämpfung der Kinderpornografie...”, p. 41. En el derecho penal alemán se aplica a los delitos cometidos mediante internet el § 6 1 del StGB que regula el principio de jurisdiccional internacional.

⁹⁷ NÚÑEZ, *Manual de derecho penal. Parte especial*, p. 123.

⁹⁸ Cám. Nac. Crim. y Correc., Sala VI, c. 36.524, “Feldman, A.”, de 13/2/09.

⁹⁹ ATS, Sala de lo Penal, N° 6273/13, del 30/5/13.

¹⁰⁰ STS, Sala Penal, N° 1152/2009, del 27/10/09.

¹⁰¹ NÚÑEZ, *Derecho penal. Parte especial*, t. III, vol. II, p. 382; REINALDI, *Los delitos sexuales en el Código Penal argentino, ley 25.087*, Ed. Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1999, p. 213.

¹⁰² REINALDI, *Los delitos sexuales*, p. 217. En sentido contrario, Cám. Nac. Crim. y Correc., Sala VI, c. n° 20.529, “O., Z. C.”, del 14/8/03.

¹⁰³ STS, Sala de lo Penal, N° 5117/10, del 30/9/10.

¹⁰⁴ SOLER, *Derecho penal argentino*, t. III, 4ª. ed., 10ª. reimp., actualizador Manuel A. Bayala Basombrio, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992, pp. 353 y 358. Correctamente se considera a estas figuras de delito de peligro.

¹⁰⁵ GÓMEZ, *Tratado de derecho penal*, t. III, Compañía Argentina de Editores S.R.L., Buenos Aires, 1940, p. 237; FONTÁN BALESTRA, *Delitos sexuales*, 2ª. ed., Arayú Ediciones, Buenos Aires, 1953, § 122; NÚÑEZ, *Tratado de derecho penal. Parte especial*, t. III, vol. II, p. 383; REINALDI, *Los delitos sexuales*, pp. 213 y 217; ESTRELLA, *De los delitos sexuales*, pp. 230 y 231.

¹⁰⁶ HEINRICH, “Neue Medien und klassisches Strafrecht - § 184b IV StGB...”, p. 364.

¹⁰⁷ REINALDI, *Los delitos sexuales*, p. 213. Sin embargo, este autor afirma que la colocación de los menores de edad para la obtención de las imágenes pornográficas implica un comienzo de ejecución, es decir, al tratarse de un delito instantáneo como el propio autor lo reconoce, ya estaría consumado con dicha acción de escenificación, razón por la cual la intervención posterior de la autoridad pública en nada conmueve la razón principal de que la conducta de producción estaría ya consumada.

¹⁰⁸ Cám. Nac. Crim. y Correc., Sala I, c. 18.108, “Nevani, G. A.”, de 25/4/02,

DJ, n° 39, 25/9/02, con nota a fallo de Marcelo P. Vázquez, “Delitos sexuales e internet. La necesidad de una urgente reforma al Código Penal”, pp. 228 y ss.

¹⁰⁹ Cám. Nac. Crim. y Correc., Sala I, c. 20.009, “*Yelma, M.*”, de 22/4/03.

¹¹⁰ Cám. Nac. Crim. y Correc., Sala VI, “*Huang Jian*”, de 6/6/02, *DJ*, 2002-3, pp. 765 y 766.

LA PRISIÓN DOMICILIARIA COMO ALTERNATIVA PARA SITUACIONES ESPECIALES PREVISTA POR LA LEY 24.660: CUESTIONES GENERALES Y ALGUNAS HIPÓTESIS EN PARTICULAR

Gustavo A. Arocena y José Daniel Cesano

A Alfredo Vélez Mariconde y
Jorge A. Clariá Olmedo,
precursores

I. Concepto de prisión domiciliaria

A modo de introducción, podemos intentar delinear los contornos de un **concepto de prisión o detención domiciliaria** –ni el único ni el último–, que reúna, a la vez, las notas de justeza y diafanidad expresiva.

La prisión o detención domiciliaria es una *modalidad atenuada de ejecución de las penas privativas de la libertad en la que, con la finalidad de garantizar el predominio de la tutela de principios jurídicos distintos de la adecuada reinserción social del condenado a través de su encierro en un establecimiento penitenciario, y en los supuestos expresamente previstos por la ley, el juez puede disponer el cumplimiento de la pena impuesta en la casa del interno o un lugar de residencia sustituto*.

Detengámonos en el examen de las características definitorias, los diversos elementos que deben confluir para la configuración del arresto domiciliario.

En primer término, y según lo hemos dejado sentado en líneas anteriores, la prisión domiciliaria es una **modalidad atenuada de ejecución de las penas privativas de la libertad**, y no una reacción penal sustitutiva del encierro carcelario que se resuelve en la misma sentencia que dispone la condena del imputado y con la finalidad de limitar la libertad ambulatoria de manera menos intensa que las penas de encierro tradicionales.

De tal suerte, el juez de mérito no tiene potestades para optar por el arresto hogareño cuando declara la culpabilidad del acusado y decide qué consecuencia jurídico-penal corresponde aplicarle por la comisión de un hecho jurídico-penalmente reprochable; es el juez encargado de la ejecución quien contará con los poderes necesarios a tales efectos.

Esta alternativa para situaciones especiales –entonces– tiene lugar cuando la definitiva condenatoria ya ha quedado firme y ejecutoriada por no haber sido oportunamente recurrida o haberse agotado la vía impugnativa por sentencia confirmatoria, modificatoria o revocato-

ria; recién allí, a la hora de *ejecutar* la pena privativa de la libertad, el juez de ejecución, o juez competente puede disponer el cumplimiento de la pena impuesta con arreglo a las particularidades de este instituto.

Lo ha entendido de igual manera la jurisprudencia.

Así, por ejemplo, la Sala Penal del Tribunal Superior de Córdoba, en el precedente “**Pompas**”, refirió: “...la prisión domiciliaria no constituye un cese de la pena impuesta ni su suspensión, sino como claramente surge de su nombre y de su ubicación en la legislación, se trata de una alternativa para situaciones especiales en las que los muros de la cárcel son sustituidos por un encierro en el domicilio fijado bajo el cuidado de otra persona o institución. Resulta, en definitiva, una atenuada modalidad de ejecución del encierro que implica la pena privativa de libertad”¹.

Es, en resumidas cuentas, “**la continuidad de la ejecución de la pena en un ámbito diferente**”².

En segundo lugar, la detención domiciliaria se inspira en el ánimo de **priorizar la tutela de principios jurídicos distintos del denominado “ideal resocializador”**, es decir, la máxima jurídica según la cual la ejecución de la pena privativa de la libertad tiene por finalidad lograr que el condenado logre su adecuada reinserción social (arg. art. 1° ley 24.660).

El instituto se muestra, de tal forma, como una “...una flexibilización en las condiciones de encierro, **posibilitando alternativas necesarias acordes a las distintas situaciones que ...privilegian una respuesta más racional ...[y] proporcional**”³, a la que se da preferencia por sobre la finalidad de **prevención especial** que se atribuye a la ejecución de la pena privativa de la libertad.

Tales principios, cuya protección se hace prevalecer en desmedro de la pretensión de lograr la adecuada reinserción social del interno a través de su alojamiento en una unidad carcelaria, varían según la hipótesis de procedencia del arresto domiciliario de la que se trate.

Se trata, en definitiva, de situaciones en la que se produce la **colisión** entre el interés del Estado en orden a lograr la reinserción social del delincuente mediante el encierro carcelario y otros intereses, a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere primacía por sobre aquél.

Así, en algunos casos, el instituto responde al “**principio de humanidad**”⁴, con arreglo al cual el legislador intenta evitar que la ejecución de la pena privativa de la libertad “...tenga un contenido aflictivo particularmente intenso, derivado de la especialísima situación en la que se encuentra el interno que pueda beneficiarse con esta alternativa”⁵.

Es lo que sucede en las hipótesis de los incisos *a*, *b*, *c* y *d* de los artículos 32 de la ley 24.660 y 10 del Código Penal, que prescriben que podrá se conceder el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria:

a) Al interno enfermo cuando la privación de la libertad en el

establecimiento carcelario le impida recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario;

b) Al interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal;

c) Al interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición impli-cándole un trato indigno, inhumano o cruel;

d) Al interno mayor de setenta (70) años.

En cambio, en el supuesto del inciso *e* de las disposiciones antes citadas de la ley de ejecución y del digesto criminal, lo que se busca es, en virtud del principio de “**mínima trascendencia de la pena**”, que la sanción sea personal y no trascienda la persona del delin-cuente, perjudicando los derechos y garantías de la persona por nacer.

Es que, en tales reglas, el ordenamiento jurídico prevé el arresto domiciliario de la mujer embarazada⁶.

No se equivocan Zaffaroni, Alagia y Slokar cuando aseguran que “...la trascendencia del poder punitivo a terceros es inevitable, pues 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”⁷.

No obstante ello, el ordenamiento legal incluye esta previsión legal con el objeto de reducir al máximo posible la proyección de la pena privativa de la libertad, de la condenada al *nasciturus* que lleva en su vientre, a través del expediente de concretar el encierro en el domicilio de la condenada, en lugar de la cárcel⁸.

Finalmente, y como hemos visto, en el supuesto del inciso *f* de los artículos 32 de la ley 24.660 y 10 del Código Penal, la prisión domici-liaria se erige en un instrumento orientado a brindar operatividad a los principios de “**mínima trascendencia de la pena**”, “**interés superior del menor**” y “**máximo disfrute de los derechos del discapacitado**”.

La prisión o detención domiciliaria procede **en los supuestos expresamente previstos por la ley**, lo que equivale a expresar que, en principio, y como veremos luego, el catálogo de supuestos de proceden-cia del instituto previsto en los artículos 32 de la ley 24.660 y 10 del Có-digo Penal es *taxativo*.

Es que, con arreglo a una elemental interpretación de la ley 24.660 en función del método sistemático⁹, se advierte que la prisión constituye -junto con la prisión discontinua, la semidetención y los traba-jos para la comunidad- una verdadera **alternativa para situaciones especiales** (arg. Sección Tercera, del Capítulo II, ley 24.660).

Ergo, no dándose tales **situaciones particulares que justifican la opción diferenciada**, la ejecución de la pena privativa de la libertad debe llevarse a cabo sobre la base de un régimen penitenciario progre-

sivo (arg. Sección Primera, del Capítulo II, del citado conjunto normativo) que, por su propia *naturaleza y caracteres*¹⁰, sólo puede realizarse en un establecimiento penitenciario.

Por esto se aduce, justamente, que la prisión domiciliaria -como la alternativa para situaciones especiales que ella representa- “...no es un instituto ligado al régimen progresivo y no tiene relación alguna con la evolución del condenado en función del tratamiento aplicado. Es más, puede perfectamente establecerse que implica la ejecución de una pena privativa de libertad ajena al objetivo de reinserción social previsto en el art. 1º [de la ley 24.660], ya que, en ciertas situaciones particulares, se entiende que el cumplimiento de tal finalidad resulta innecesario”¹¹.

La afirmación que hemos hecho del carácter taxativo de la enumeración de los artículos 32 de la ley 24.660 y 10 del Código Penal tampoco implica negar la posibilidad de que la privación de la libertad domiciliaria se disponga en relación con **personas sometidas a medidas de coerción personal**.

Por el contrario, y como también lo señalaremos *infra*, tenemos para nosotros que el instituto es **totalmente procedente** en esta categoría de casos¹².

Ello es así, en primer lugar, porque el **artículo 7 de la ley 24.660** -que, junto con el Código Penal, instituye la prisión o detención domiciliaria- dispone: “Esta ley ...es aplicable a los procesados a condición de que sus normas no contradigan el principio de inocencia y resulten más favorables y útiles para resguardar su personalidad”.

El ordenamiento jurídico incluye, así, una regla expresa de extensión del ámbito de aplicación personal de los institutos previstos en la ley de ejecución penitenciaria a las personas penalmente perseguidas pero no declaradas culpables de un delito por medio de una sentencia definitiva, válida y firme.

Pero, además, por vía de **argumentación a fortiori** se arriba a la misma conclusión.

Recuérdese que el **argumentum a fortiori** es -junto con la argumentación *a pari* y la argumentación *a contrario*- una modalidad del argumento analógico, que se construye a partir del hecho de que las cualidades que hacen semejante un objeto a otro, convienen a este último en grado superior al primero¹³.

Sentado esto, es razonable afirmar que, si la prisión o detención domiciliaria procede respecto de quien ha dejado de ser inocente por virtud de una sentencia declarativa de culpabilidad firme, *con mayor razón aun* debe admitírsela en vinculación con quien, por la ausencia de un tal pronunciamiento definitivo que ha adquirido la consolidación propia de la cosa juzgada, conserva el *status* de inocente que le garantiza el ordenamiento legal.

Los tribunales han invocado también la “**regla de proporcionalidad**” para justificar el mismo entendimiento.

En esta dirección, la jurisprudencia ha manifestado: “Aún cuando la reforma de la regulación del arresto domiciliario contenida en la legislación de fondo (arts. 10 C.P. y 32 ley nacional n° 24.660) dispuesta por la **ley nacional n° 26.472** no tuvo un correlato normativo expreso en la legislación procesal, ...[es] evidente que, **por una elemental aplicación del principio de proporcionalidad**, son de aplicación para el instituto procesal, las hipótesis previstas para la alternativa sustantiva. Es que, en definitiva, la prisión preventiva es, como todos sabemos, un instrumento procesal dirigido a resguardar los fines del proceso; concretamente, y en lo que aquí importa, la finalidad de aplicar la ley sustantiva. De ello se sigue que la herramienta cautelar **en modo alguno pueda resultar más gravosa** que aquello que la misma pretende resguardar, es decir, el instituto de derecho penal material del arresto domiciliario”¹⁴.

El arresto domiciliario **implica el cumplimiento de la pena impuesta en la casa del interno o un lugar de residencia sustituto**.

La doctrina jurídica destaca que “...no es necesario que el lugar de detención sea el domicilio del condenado. Lo decisivo es el *domicilio* que, a los *fines de la detención domiciliaria se hubiese fijado*..., para que allí la *supervisión pueda hacerse efectiva*”¹⁵.

Sin perjuicio de esto, parece pertinente aseverar que el asunto se vincula, de alguna manera, con uno de los elementos constitutivos del **domicilio real**¹⁶, a saber: la **residencia** del condenado¹⁷.

Lo dicho es tal forma, pues el concepto de “domicilio real” incluye entre sus componente definitorios -junto con la existencia de un *lugar* y la nota de que se trate del *centro de los negocios*- la residencia del sujeto, y ésta “...importa la **morada efectiva, habitual**”¹⁸.

La noción de domicilio real, entonces, requiere que la residencia de la persona en un lugar determinado sea **habitual y que responda a la vocación del individuo de permanecer en el lugar**, aun cuando esta última no sea “para toda la vida”. Pero, debe concurrir una residencia con vocación de permanencia en el lugar, mientras no surjan razones en contra¹⁹.

Más allá de todo cuanto hemos manifestado, se habrá advertido que hemos expresado que el instituto de la detención domiciliaria “se vincula, de alguna manera” con la **residencia** del condenado, como elemento que integra el concepto de domicilio real.

Lo cierto es que, para el ordenamiento penal, y a los fines de la alternativa para situaciones especiales que estudiamos en esta investigación, no bastará con que el condenado esté establecido o habite con relativa continuidad en el domicilio fijado; antes bien, es imprescindible que el sujeto **no se ausente de la morada fijada**, salvo previa autorización judicial²⁰.

En nuestra opinión, esto presupone *más* que lo que es inherente a la idea de “residencia habitual, con vocación de permanencia en el

lugar”: la ejecución de la pena privativa de la libertad en detención domiciliaria demanda, en definitiva, la **concreta, ininterrumpida y permanente estadía del condenado en la morada fijada**, con las excepciones que deriven de las salidas -por lapsos determinados y con objetos específicos- que expresamente pueda autorizar el juez de ejecución o juez competente.

Por otra parte, conviene agregar que, aunque el derecho común prescribe que el domicilio “...puede cambiarse de un lugar a otro” (art. 77 C.C.), el carácter de la detención hogareña como modalidad de ejecución de una sanción penal, hacen que esta libertad de elección del lugar de residencia no rija con igual vigor en lo tocante a este instituto.

El condenado podrá, desde luego, **proponer un determinado domicilio**, e incluso postular su cambio por uno distinto; pero será el juez de ejecución o juez competente quien -acogiendo la postulación del penado, o requiriéndole una nueva ante la inconveniencia del lugar sugerido- finalmente fijará el *locus* en el que habrá de cumplirse la pena impuesta.

La jurisprudencia se ha encargado de resaltar que, por encontrarnos ante una atenuada modalidad de la ejecución del encierro que supone la pena privativa de libertad, “...el domicilio que se fije **no puede ser cualquiera**, aunque se trate de la misma casa en la que vivía el penado antes del encarcelamiento, sino reúne las condiciones para posibilitar su supervisión. Sólo quien egresa del establecimiento una vez cumplida íntegramente la pena, tiene un amplio derecho de elección del domicilio, porque en relación a él se ha extinguido la potestad punitiva del Estado y, por tanto, de intromisión legítima. En cambio, tanto quien es condenado a una pena en suspenso como a aquel a quien se le concede la libertad condicional, aún cuando puedan elegir su domicilio, el fijado está sujeto a la revisión del tribunal que podrá no aceptarlo cuando se trate de un lugar que impida materialmente el control (...). Si no puede fijar cualquier domicilio quien está cumpliendo pena (prisión domiciliaria) ni quien se encuentra bajo la potestad punitiva debido a la suspensión condicional de la ejecución de la condena o de la pena (condenados condicionalmente o liberados condicionalmente), tampoco es posible una modificación unilateral incondicionada del domicilio fijado, como ocurre en el caso que el nuevo lugar no satisfaga las posibilidades de control. Es obvio que si estas limitaciones las tienen los que se encuentran en la segunda situación mencionada, tanto más el que se encuentra cumpliendo pena en un domicilio. En definitiva, podemos decir que en la vida libre elegir el domicilio y mudarlo es una acción privada, exenta por tanto de la autoridad de los magistrados, no tiene en cambio ese margen de libre disponibilidad, quien está bajo la potestad de control del Estado en virtud de la existencia de una potestad punitiva no extinguida”²¹.

La doctrina judicial ha ido más allá todavía, argumentando el

Tribunal Superior de Córdoba, en un puntual caso sometido a su consideración, lo siguiente: “El «domicilio» al que pretende ser trasladado el interno merece alguna consideración, cuando ese era su domicilio habitual. **El mismo no puede ser visto por la sociedad, que fue lesionada por el delito, como un lugar privilegiado**, donde se disfruta de un hábitat reservado para personas de elevado nivel económico, donde es posible una circulación externa libre en los amplios espacios comunes de comunicación o recreativos, donde se cultivan las relaciones de amistad entre los vecinos. (...) Debe actuarse con el respeto debido a la sociedad para que la pena aplicada no sea una parodia de pena”²².

II. Naturaleza jurídica y principios generales

1. Una de las innovaciones que introdujo la ley 24.660, en comparación con su antecesora inmediata —el decreto ley 412/1958— estuvo dada por la regulación, en la Sección Tercera del Capítulo Segundo, de lo que ha denominado como “Alternativas para situaciones especiales”.

Bajo ese epígrafe se regulan los institutos de la prisión domiciliaria, la prisión discontinua, la semidetención y los trabajos para la comunidad.

El capítulo, a su vez, ha sido objeto de una reforma posterior, merced a la ley 26.472²³, que diseñó una nueva regulación en lo concerniente a la prisión domiciliaria.

Parece pertinente, en esta introducción, llevar a cabo algunas reflexiones en torno a la naturaleza del instituto.

Los inconvenientes que trae aparejada la ejecución de la prisión clásica han sido expuestos en tantas ocasiones que parece superfluo volver a examinarlos aquí². Lo concreto es que, a partir de la afirmación de la crisis de la pena privativa de libertad, comenzó el desarrollo de orientaciones político-criminales (incluso con repercusiones sobre documentos de Naciones Unidas)³ que se caracterizaron por emprender una decidida búsqueda de sustitutivos penales⁴. Tales sustitutivos, que asumieron las formas de sanciones autónomas, frente a las manifestaciones ortodoxas del sistema de reacciones penales convencional⁵, se caracterizaron por afectar bienes jurídicos diversos a la libertad ambulatoria (como ocurre, en el derecho británico, con la *community service*), o bien, aún cuando siguieran limitando esa libertad, por no hacerlo con la intensidad que caracteriza a las penas de encierro tradicionales (por ejemplo, el arresto de fin de semana, previsto originariamente en el Código Español de 1995, aunque luego derogado por la ley de reformas del año 2003).

Dada la similitud conceptual entre algunos de estos sustitutos y las instituciones reguladas por la ley 24.660 (v. gr., prisión discontinua —arresto de fin de semana, trabajos a favor de la comunidad— *commu-*

nity service), no parece superfluo preguntarnos si las nuevas previsiones normativas, pueden ser subsumidas dentro de aquella categoría (sustitutivos penales).

De hecho, la doctrina nacional no ha dejado de exponer sus dudas al respecto⁷.

En tal sentido, Salt, por ejemplo, ha expresado que “(...) salvo el caso de la utilización de esta medidas para el reemplazo de las penas privativas de libertad menores a seis meses [hipótesis prevista por el artículo 35, inciso ‘f’, de la ley 24.660], no se trata de verdaderas penas alternativas, esto es, de medidas diferentes al encierro que se deciden en el momento de la imposición de la condena, sino de alternativas que se deciden como modificaciones en la forma de ejecución de penas ya impuestas”⁸.

Por nuestra parte, coincidimos con esta apreciación –con los matices que expondremos respecto del mencionado inciso “e” del artículo 35–, fundando este parecer en los siguientes argumentos.

En primer término, desde un estricto canon interpretativo genético –cuya relatividad no desconocemos⁹–, si se consultan los trabajos preparatorios que precedieron a la sanción de la ley¹⁰, se podrá apreciar que, en ningún momento, se consignó que las nuevas instituciones incorporadas tendrían la función dogmática de ser sustitutivos de la pena privativa de la libertad. Más bien, parece ser todo lo contrario. En efecto, mientras en la Exposición de Motivos que acompañó al Proyecto del Poder Ejecutivo, nada se dijo sobre su naturaleza¹¹; en el debate parlamentario que tuvo lugar en el Senado, el miembro informante (Senador Quinzio) expresamente afirmó que: “Sus numerosos artículos [de la sección tercera] (...) *constituyen un catálogo de modalidades que rigen en otro países y su aplicación resultará una experiencia valiosa para cuando se disponga su incorporación como sanciones autónomas, mentalizándose a la sociedad y capacitándose al personal penitenciario*”¹².

Por otra parte, y tal como están reguladas casi todas las alternativas (con la salvedad del inciso “e” del artículo 35 y del trabajo a favor de la comunidad de los artículos 50 a 53), los institutos incorporados aparecen como mecanismos destinados a menguar o reducir el rigor en la ejecución del encierro carcelario clásico, como un medio de resguardar el denominado principio “de atenuación o ejecución penitenciaria mínima”¹³ (en los casos de la prisión discontinua y la semidetención), el de humanidad¹⁴ u otros intereses superiores (en las hipótesis de la prisión domiciliaria)¹⁵, y no como instrumentos orientados a sustituir determinada categoría de penas (las privativas de libertad de corta duración), tal cual ocurre con las sanciones autónomas que funcionan en el derecho comparado¹⁶.

En el inciso *e* del artículo 35, la ley prevé la posibilidad de aplicar la semidetención y la prisión discontinua cuando, “la pena privativa de libertad, al momento de la sentencia definitiva, no sea mayor de seis

meses de efectivo cumplimiento”. Un sector muy calificado de nuestra doctrina, a partir de esa previsión, ha pensado que, éste es el único caso en donde se está consagrando una auténtica “pena alternativa”¹⁷. La afirmación, sin embargo, merece ciertos reparos. Justamente, no hay duda que el principio inspirador del precepto es el de evitar el encierro efectivo de corta duración. Sin embargo, para que se trate de una auténtica sanción alternativa sería menester que el mismo juez de mérito que dicta la sentencia (Cámara o Juzgado Correccional, de acuerdo al sistema de competencias) fuera quien, directamente, impusiese la pena según esta modalidad. Empero –y aún cuando de *lege ferenda* estamos convencidos de las bondades de un tal sistema– lo cierto es que, dogmáticamente, no parece correcto arribar a esa conclusión. Es que la propia norma está supeditando la aplicación del instituto a una exigencia procesal muy concreta: sentencia definitiva. ¿Qué significa esta expresión? A nuestro parecer este concepto debe reconducirse al de *sentencia firme*. Es cierto que la ley no dice, textualmente, eso. Pero si no lo interpretamos así, dogmáticamente, ¿cuál sería el sentido de aquellas palabras? Por consiguiente, y como es un saludable canon interpretativo el que indica que todo giro idiomático empleado en la ley debe tener algún sentido, este sentido más razonable nos parece, precisamente, el que señala que el legislador ha querido equiparar la expresión a una sentencia firme.

Al ser esto así, será recién a través de un incidente de ejecución cuando, previo pedido del imputado o su defensor (con el consentimiento prestado por el primero), cuando podrá disponerse esta modalidad de cumplimiento¹⁸. En otras palabras, para que la semidetención o la prisión discontinua pudiesen ser verdaderas alternativas a las muy nocivas penas de encierro de corta duración, hubiese sido necesario que, al diseñar el instituto, la ley permitiese que, al tiempo de dictar la sentencia, el órgano de juzgamiento, directamente pudiera imponer la pena según esa modalidad de ejecutiva.

Por fin, en lo que respecta al trabajo a favor de la comunidad, la imposibilidad de identificarlo con una pena sustitutiva de la privación de libertad surge a partir de un simple argumento semántico. En efecto, el mismo artículo 50 nos está diciendo, por las claras, su genuino sentido: un mecanismo de reemplazo (total o parcial) de la prisión discontinua o semidetención *ya establecidas* y limitada a los casos de los incisos “b” y “e” del artículo 35. Con lo cual, resulta evidente que, previo a imponer esta alternativa, es menester que el condenado haya transitado algunos de los mecanismos de ejecución atenuada que entrañan aquellas formas (semidetención o prisión discontinua), *no previéndose su aplicación directa para los casos establecidos por el artículo 35, sino, en forma mediata (esto es: en aquellas hipótesis en las que, el juez, dispuso la semidetención o la prisión discontinua)*¹⁹.

De esta manera consideramos haber demostrado que ninguna de las al-

ternativas especiales de cumplimiento que establece la ley de ejecución –entre las cuales, justamente está, la prisión domiciliaria– constituyen auténticos sustitutivos penales respecto de las sanciones detentivas breves. Se trata, en cambio, de institutos que pretenden morigerar el efecto de las penas de encierro tradicionales, ya mutando el lugar del encierro –como sucede con la prisión domiciliaria–, ya disminuyendo, cuantitativamente, la intensidad del encierro carcelario.

2. Volviendo a la prisión domiciliaria, corresponde preguntarse: ¿cuáles son los principios que inspiran al instituto?

El arresto domiciliario ya había previsto al sancionarse el Código Penal (ley 11.179). En tal sentido, el artículo 10, en su texto original, disponía: “Cuando la prisión no excediera de seis meses podrán ser detenidas en sus propias casas las mujeres honestas y las personas mayores de sesenta años o valetudinarias”.

La ley 24.660, al regular el instituto modificó el sistema del Código, ampliando²⁰ las hipótesis que permitían esta modalidad atenuada de la ejecución de la pena privativa de libertad²¹.

¿Cuál era la finalidad que se buscaba en ese entonces?

Básicamente se trataba del principio de humanidad, “ratio legis” que se había sostenido, incluso, antes de la regulación ampliatoria por parte de la ley 24.660, en relación con el artículo 10 del Código Penal²². Sobre este punto, tanto la doctrina²³ como la jurisprudencia²⁴ se mostraban contestes. De esta forma, y merced a este principio, el legislador intentaba evitar que la ejecución de la pena privativa de libertad tuviese un contenido aflictivo particularmente intenso, derivado de la especialísima situación en la que se encuentra el interno que pueda beneficiarse con esta alternativa²⁵.

Sin duda que este principio inspirador aún se mantiene.

No obstante, la ley 26.742 incorporó, junto con otras hipótesis de concesión –no previstas ni por el texto original del Código penal de 1921, ni por la ley 24.660–, nuevos principios inspiradores, que iluminan la teleología del instituto, constituyendo valiosos instrumentos para la interpretación.

En efecto, si bien algunas de las nuevas hipótesis de concesión siguen siendo manifestación del principio de humanidad –como sucede, por ejemplo, con los incisos *a*, *c* y *e*– en otros casos, como el del actual inciso *f*) del artículo 32, se puede vislumbrar otra teleología específica, encarnada en el interés superior del niño y de persona con una discapacidad, cuando la penada sea su progenitora.

Antes de dar inicio al análisis del artículo 32, permítasenos realizar algunas observaciones de carácter general.

En primer término, nos parece importante destacar que, en nuestro concepto, no existe ninguna dificultad dogmática para aplicar el instituto de la prisión domiciliaria a personas sometidas a prisión pre-

ventiva.

En este sentido, conviene anotar que la gran mayoría de los sistemas procesales vigentes, consagran una cláusula expresa en virtud de la cual, extienden la aplicación de la prisión domiciliaria que regula el Código (artículo 10) a quienes se encuentran en prisión preventiva. Así lo hacen, a título de ejemplo, el artículo 286 del Código Procesal Penal de Córdoba (ley 8.123) y el artículo 165, 2° párrafo, del código bonaerense (texto según ley 12.059, art. 9).

Y la reforma operada por la ley 26.742 vino a zanjar toda posible discusión relativa al diferente alcance que existía entre el artículo 10 del Código penal de 1921 –en su versión original– y el artículo 33, también en su versión original, de la ley 24.660. Decimos que esto se ha visto zanjado porque el artículo 4° de la citada ley 26.742 ha equiparado los casos de procedencia de la prisión domiciliaria que regula el actual artículo 32 de la ley de ejecución con los del artículo 10. Dicho en otras palabras: las diferentes hipótesis de concesión que antes surgían respecto del artículo 10 del Código penal y 33 de la ley 24.660 han desaparecido por obra de la ley 26.742, que regula –en cuanto a los casos de concesión– de idéntica forma el instituto, tanto en el Código como en el cuerpo normativo que regula específicamente la ejecución.

Desde luego que, antes de la reforma de la ley 26.742, y aún cuando no existiesen disposiciones procesales específicas que así lo habiliten, nosotros habíamos pronunciado por le extensión del instituto para los cautelados. Ello es así por diversas razones. Por una parte, la propia ley 24.660, en su artículo 11, hace extensivas sus disposiciones (con excepción del artículo 7°) “a los procesados”, siempre que tales normas “no contradigan el principio de inocencia y resulten más favorables y útiles para resguardar su personalidad”.

Sin embargo, aún a falta de esa prescripción, la aplicación del principio de proporcionalidad conducirá a aplicar este instituto –con la extensión que le concede la ley de ejecución– a quienes se encuentran sometidos a una medida de coerción. Es que, si quien ya está condenado –y por ende, se ha destruido, a su respecto, el estado jurídico de inocencia– puede valerse del mismo, con mayor razón aún podrá beneficiarse el imputado cautelado que se encuentre en algunas de las situaciones que prevé la disposición legal ampliatoria que regula esta alternativa²⁶.

En segundo lugar, permítasenos sistematizar los casos de aplicación del instituto, más allá del análisis particular que haremos de alguno de ellos:

Actualmente la ley establece siete casos de procedencia, con lo cual las hipótesis de concesión se han visto, a partir de la reforma, notablemente enriquecidas.

Tales hipótesis son:

a) persona enferma, a la cual, la permanencia en prisión le impida recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia;

b) interno que padezca de una enfermedad incurable en período terminal;

c) interno que padezca de una discapacidad cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel;

d) interno mayor de setenta años;

e) mujer embarazada;

f) madre de un niño menor de cinco años; y

g) madre de una persona con discapacidad a su cargo.

¿Qué carácter tiene esa enunciación?

Al respecto es necesario que distingamos, claramente, entre la situación original de la ley 24.660 y la actual redacción de la ley 26.742.

En efecto, resultaba evidente que el artículo 33 de la ley 24.660 adolecía de una mezquindad extrema. Recordemos que, en aquel texto, los casos de procedencia se limitaban a dos: a) mayor de setenta años, y b) interno que padece una enfermedad incurable en período terminal.

Así, Zaffaroni, Slokar y Alagia, refiriéndose a lo inadecuado que era limitar la procedencia del instituto sólo a las situaciones de enfermedad terminal (esto es, para aquellos casos de “muerte segura”, como parecía surgir del decreto reglamentario n° 18/1997), expresaban la conveniencia de ampliar las hipótesis abarcadas por el beneficio para aquellas situaciones en que “se prueba que el encierro en un establecimiento sea susceptible de empeorar un delicado estado de salud”²⁸. También éste había sido nuestro parecer.

Esta situación, sin embargo, actualmente no es la misma. Aquellas hipótesis de empeoramiento de un estado de salud deficitario hoy se encuentran perfectamente amparadas por el inciso a) del actual artículo 32 de la ley 24.660. Y la nueva regulación del instituto ha ido mucho más allá que haya crítica, extendiendo la alternativa a casos que, por entonces, la doctrina no se había planteado.

Por eso, hoy creemos que la enumeración resulta taxativa. De hecho, en nuestra función jurisdiccional hemos tenido ocasión de rechazar planteos en donde, por ejemplo, se pretendía aplicar la alternativa cuando se trataba de un padre, respecto de hijos menores de cinco años, o de una madre que tenía hijos por encima de la franja etaria que marca la ley o de una hija que tiene a sus padres sexagenarios.

Se dirá, tal vez, que esta nueva postura desconoce la aplicación analógica *in bonam partem*. No coincidimos con esta apreciación. Y no coincidimos porque “el recurso a la analogía debe ser moderado, dado que un ejercicio abusivo por parte de los jueces y un reconocimiento desmedido de la jurisprudencia como fuente del Derecho penal, puede degenerar en graves consecuencias”²⁴.

Sostenemos que la integración analógica, en este caso, no es procedente porque la situación analizada no constituye una auténtica laguna axiológica sino un desacuerdo valorativo que descansa en un

rechazo hacia una tesis de relevancia excluyente. Estos desacuerdos valorativos no entrañan un descuido legislativo en la formulación de la regla (que tornaría necesaria la integración analógica) sino que importan una *renuncia* implícita del legislador “a considerar relevante cualquier otra propiedad distinta de las plasmadas en la ley”²⁵.

Por otra parte, queremos dejar sentada una precisión más al respecto: una cosa es alzaprimar los intereses superiores del niño o del incapaz y otra pretender extender el instituto como un medio de obturar cualquier posibilidad de trascendencia de los efectos de la pena. Si éste último hubiese sido el *telos* perseguido por el legislador, otra hubiese sido la redacción de las normas que estamos analizando.

También constituye un tema general respecto a este instituto el relativo al carácter facultativo u obligatorio de las hipótesis de concepción. En realidad, la cuestión está signada por su carácter de pseudo disputa semántica, o sea, de una disputa aparente fundada en equívocos verbales.

Una lectura “mecánica” del actual artículo 32 podría llevar a sostener que, la ejecución bajo esta modalidad, es una *facultad del tribunal* (“podrá”, dice el precepto en cuestión).

¿Es esto correcto?

Si se pretende equiparar esa expresión legal a una suerte de poder discrecional del órgano jurisdiccional, por cierto que no lo es. Es que, una tal exégesis, sería poco menos que dejar “abierto el camino de la arbitrariedad”³¹.

En nuestro concepto, verificadas las exigencias legales para la aplicación del artículo en cuestión, el órgano jurisdiccional *debe disponer el cumplimiento de la pena bajo esta modalidad alternativa*.

El problema, sin dudas, radica en la inteligencia que se dé respecto de los casos de procedencia en particular. Es claro que, en algunos supuestos, el requisito no deja margen a mucha interpretación, por ser un dato eminentemente objetivo y cuya verificación no requiere de grandes esfuerzos (piénsese en la edad o en estado de gravidez), lo que no ocurre en otros que dependen de valoraciones científicas (enfermedad terminal, recuperación o tratamiento adecuado de una dolencia, discapacidad) o, incluso, jurídico - culturales (interés superior del niño, interés superior del discapacitado). Dicho en otras palabras: una cosa es la mayor o menor libertad de apreciación en orden a la interpretación de cada caso en particular³², y *algo muy distinto* —que no puede confundirse— *es el de un supuesto carácter facultativo del instituto* que, pese a subsumirse la situación en la norma, permitiera al Juez negar la alternativa. Esta última hipótesis equivale a un nítido caso de arbitrariedad que, como tal, debe descalificarse³³.

III. Prisión domiciliaria de internos enfermos que no pueden recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia en la cárcel y de internos que padezcan una enfermedad incurable en período termi-

nal

1. Con arreglo a lo que hemos adelantado en el título del presente escrito, nos ocuparemos, acaso en virtud de una elección arbitraria, del análisis dogmáticojurídico de algunas de las hipótesis de procedencia del arresto domiciliario, a saber: las previstas en los incisos *a*, *b* y *f* del artículo 32 de la ley 24.660.

Comencemos, en este apartado, con las dos primeras.

2. Permítasenos invertir, con una finalidad metodológica, el orden de la exposición legal de estas causales habilitantes.

En efecto, habremos de comenzar ocupándonos del inciso *b* del actual artículo 32 de la ley penitenciaria. Y lo haremos por una razón: el inciso *a* no es más que una consecuencia de la crítica que venía realizando la doctrina con relación a la ya aludida mezquindad que caracterizaba al artículo 33 de la ley 24.660 en su versión original. De hecho, cuando en los distintos proyectos que confluyeron en la sanción de la ley 26.742 se exponía la conveniencia de esta enmienda, invariablemente se partía de la censura doctrinaria en torno al precepto que, a la postre, se modificaría.

Dispone el inciso *b* del artículo 33 de la ley de ejecución penal argentina que la prisión domiciliaria corresponderá: “Al interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal”.

¿Cómo determinar estas características?

Sin duda que esto dependerá de la valoración de la ciencia médica. Así lo ratifica el artículo 33, 2º párrafo, de la ley 24.660 cuando refiere que, para los casos del inciso *b* del artículo 32 (entre otras hipótesis) la resolución del tribunal deberá fundarse en informes médicos.

Por su parte, tanto a nivel federal como provincial, se han dictado sendas reglamentaciones —con motivo de la ley 24.660— vinculadas con la determinación del concepto que menta la ley. En esta orientación, el decreto 1.058, en su artículo 2º, brinda el concepto de esta expresión legal, estipulando que por “enfermedad incurable en período terminal” se entenderá a aquella enfermedad que “conforme los conocimientos científicos y los medios terapéuticos disponibles, no pueda interrumpirse o involucionar y de acuerdo a la experiencia clínica lleve al deceso del interno en un lapso aproximado de seis meses. A tal fin, se aplicarán los criterios generales vigentes en las distintas especialidades médicas”. A su vez, el artículo 3º intenta precisar, a partir de distintos parámetros clínicos y de laboratorio, cuándo, en caso de que el interno padezca del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, deberá considerarse que, esa enfermedad, se encuentra en período terminal⁵⁹.

Antes de continuar se impone una aclaración respecto de estos decretos reglamentarios: hay que ser prudentes en su utilización por cuanto, es obvio que la ciencia médica está en permanente evolución y

no parece muy serio establecer una suerte de corsé al respecto. Decimos esto, sobre todo, teniendo en cuenta ese lapso temporal que se menciona. Tales pronósticos son de muy difícil formulación, aún para la ciencia médica. Y si bien las pruebas de laboratorio y clínicas pueden darnos algunos indicios, estos, en ocasiones, no son suficientes para fundar tal vaticinio.

En la doctrina judicial es posible observar situaciones en donde, en ocasiones, se advierten discrepancias entre los facultativos intervinientes.

Así, por ejemplo, en el precedente “**Caliba**”, el Juzgado de Ejecución Penal de 1ª Nominación de la Ciudad de Córdoba tuvo que resolver la situación de un interno que padecía una esclerosis lateral amiotrófica. Los médicos forenses entendían que “...si bien la patología podía caracterizarse como incurable, no consideraban que el penado se encontrara en etapa terminal, ya que tal calificación se asigna a pacientes con insuficiencia respiratoria y Caliba no la padecía”. No obstante existir contrariedad, el magistrado resolvió el otorgamiento del beneficio al entender que la existencia de duda con respecto al concepto de “etapa terminal” —negada por el servicio de medicina forense y afirmado por los facultativos del servicio penitenciario y por la profesional que trataba al interno, perteneciente a un nosocomio público— debía resolverse a favor del interno.

El caso en cuestión tuvo otra arista particular por cuanto, a mayor abundamiento, se argumentó a partir del inciso *c* del artículo 32. En esta dirección, el magistrado expresó que “...de acuerdo con el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, dentro del universo de las personas con discapacidad «se incluirá a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que, a largo plazo, al interactuar con diversas barreras, les impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás». Y agregó que la enfermedad del interno “...ya se ha constituido en una barrera para que pueda realizar determinadas actividades en forma autónoma —como, por ejemplo, higienizarse—, extremo que conduce a perfilar su caso como una hipótesis de incapacidad” subsumible en el citado inciso *c* del artículo 32.

La reforma, en esta materia ha significado un indudable avance. Lo pensamos así porque el viejo artículo 33 dejaba fuera del instituto casos que, indudablemente, aparecían cobijados por el principio de humanidad. Pensemos en una dolencia que, sin ser incurable, resultaba agravada por la permanencia en prisión: el encierro retardaba la recuperación o curación.

3. Actualmente, el inciso *a* del artículo 32 de la ley 24.660 ha dado una solución explícita a esta cuestión. Dice el precepto que la prisión domiciliaria podrá disponerse: “Al interno enfermo cuando la pri-

vación de la libertad en el establecimiento carcelario le impida recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario”.

¿Cuáles son las condiciones para que, en estos casos, proceda esta alternativa especial de cumplimiento?

A nuestro modo de ver, las exigencias son las siguientes:

a) la existencia de una patología, debidamente constatada a través de informes médicos, y

b) que la permanencia del interno, en esas condiciones, en el medio carcelario, le impidan recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia, siempre que no corresponda su alojamiento en un establecimiento hospitalario.

Veamos ahora el segundo recaudo condicionante.

¿Cuándo debe considerarse que la permanencia en el establecimiento carcelario impide la recuperación o el tratamiento adecuado de la dolencia?

Indudablemente no es posible establecer baremos estáticos y la respuesta está signada por el casuismo.

En la doctrina judicial de los Juzgados de Ejecución penal de la Ciudad de Córdoba se han resuelto diversas situaciones a la luz de este precepto; y se lo ha hecho con decisiones dispares en orden a la viabilidad o no de esta hipótesis de procedencia, sin que esta disparidad signifique discordancia en orden a la interpretación del inciso en análisis sino de la hipótesis fáctica traída a estudio en cada caso.

Así, por ejemplo, se concedió el instituto –al amparo de este inciso– para un caso de una patología consistente en una lesión en nervio ciático derecho. Como consecuencia de la misma perdió sensibilidad en el miembro inferior derecho, en especial en zona de tobillo y pie derecho, ante la falta de estímulo en la enervación muscular. Esto exigía, en forma periódica, sesiones de fisioterapia, necesidad que –por aquel entonces– no podía ser cubierta por el servicio médico del establecimiento carcelario, por lo cual se interpretó que la permanencia en la institución carcelaria impedía el tratamiento adecuado de su dolencia.

Asimismo, hizo lo propio el Juzgado de Ejecución Penal de 3ª Nominación en el precedente “**Baldanza**”, frente a una patología consistente en una vejiga neurogénica secundaria a lesión medular (vejiga parálitica/incontinencia por rebosamiento/cateterismo vesical intermitente/uso de sondas y pañales descartables). En aquel caso, el especialista en Urología había puntualizado que, en oportunidad de examinar al interno, tomó conocimiento que el mismo recluso “...se realizaba sondajes (cateterismos para evacuar la vejiga) en forma «casera», en su celda y sin ningún tipo de asepsia, lo que no era lo indicado para su patología y era una de las causas de las múltiples infecciones urinarias del interno”. Igualmente el perito expresaba que (sólo) *si es posible efectivar los estudios urodinámicos de rigor y establecer una planificación*

terapéutica prolijamente diagramada, el interno podía permanecer en su lugar de detención. Y esta necesidad no era cubierta por el servicio médico del establecimiento, lo que tornaba imperativa la concesión de esta alternativa especial de cumplimiento.

La norma en cuestión supedita el otorgamiento a que no correspondiere el alojamiento del interno en un establecimiento hospitalario. En torno a esto, el Juzgado de Ejecución de 3ª Nominación de la Ciudad de Córdoba -en el fallo “Benítez”- realizó una evaluación de este aspecto a partir del que dio en denominar “**principio de realidad**”. Esto se vinculaba, justamente, con *la poca disponibilidad de camas en los hospitales del ámbito público, y los altos costos en el área privada, lo que hacen que la realización de cierto tipo de tratamientos médicos sea poco probable que se produzca*. Así, en función de aquel principio —que consulta el estado de cosas que muestra la realidad en determinados ámbitos de la vida social, económica, institucional, cultural o jurídica-, el magistrado aseveró razonablemente que una eventual internación del interno en un establecimiento hospitalario y a los fines del tratamiento de su patología resulta de improbable producción. Por consiguiente, si la patología del recluso no puede ser tratada adecuadamente en la cárcel, ni mediante una internación provisoria en establecimiento hospitalario, la concesión de la prisión domiciliaria se torna ineludible. Así lo reclama la pretensión de garantizar los principios de humano trato en prisión y de respeto al derecho a la salud de los reclusos.

IV. Prisión domiciliaria de madres de niños menores de cinco años o de una persona con discapacidad, a su cargo

1. En lo que interesa a los fines de este último apartado de nuestro escrito, señalaremos que el **artículo 32 de la ley 24.660** establece:

“El juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria:

...

f) A la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo”.

Para descubrir el *telos* que pretendieron satisfacer nuestros legisladores a la hora de pergeñar la ley debemos abreviar, primordialmente, en los “Fundamentos” de los tres proyectos de ley presentados ante la Cámara de Diputados de la Nación, que culminaron con la sanción de la ya citada **ley 26.472**.

Es que, en Senadores, fue poco lo que se dijo de relevancia.

La diputada Diana Beatriz Conti justificó su propuesta, en lo que es materia de la presente exposición, sosteniendo que “...la sanción no debe trascender al individuo responsable penalmente”²⁶ y que “...el contacto con la madre en los primeros años de vida resulta fundamental

para el desarrollo de los niños²⁷.

A su vez, los diputados Rodríguez y García Méndez recordaron que el artículo 195 de la ley 24.660 permite a la interna retener consigo a sus hijos menores de cuatro años y aseguraron que, en virtud de ella, muchos niños actualmente se encuentran en instituciones carcelarias, que presentan “deficientes condiciones”²⁸. Sostuvieron que la conveniencia de que los niños de corta edad queden al cuidado de sus padres “...está reconocida en distintos instrumentos”, para luego citar los artículos 9 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 206 del Código Civil y 7º, 35 y 37 de ley 26.061²⁹. Enfatizaron que permitir que las mujeres condenadas a penas privativas de la libertad mantengan consigo a los niños menores de cinco años posee fuerte asidero en nuestro ordenamiento jurídico, para finalmente asegurar que “...la solución de la Ley de Ejecución de la Pena –que permanezcan con sus madres en el servicio penitenciario– resulta aberrante a la luz de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño”³⁰.

Por último, el procurador penitenciario de la Nación manifestó en los “Fundamentos” de su proyecto que “...los niños y los incapaces, dependientes de la madre, se encuentran amparados por el «principio de intrascendencia de la pena» que implica que la misma «debe ser personal y no trascender la persona del delincuente»³¹. Según el procurador, “...la ausencia maternal durante la infancia puede generar -de hecho lo hace la generalidad de las veces- problemas de orden psíquico que operan -a mediano o largo plazo- sobre la conducta de los menores que los puede llevar a niveles importantes de vulnerabilidad (a las drogas, a la violencia, a la marginalidad)”³².

Conforme se ha adelantado, en la Cámara de Senadores la discusión parlamentaria no aportó mayores datos de interés a los fines que aquí nos importan.

Sólo puede mencionarse que el senador Rubén Hugo Marín expresó que “...el objetivo que se busca y que trata de ampliar esta figura de la prisión domiciliaria ...es el cuidado de los menores e, indudablemente, adecuar nuestra legislación a los convenios internacionales”³³. Para el senador, “...nuestras cárceles no cuentan con estructura acorde, personal capacitado ni las condiciones aptas para criar a los bebés...”³⁴; añade: “No voy a entrar en los detalles de cómo pueden criarse los bebés en una cárcel, de cuáles son las dificultades que hoy presenta nuestro sistema carcelario -que son una realidad- para que estos niños puedan desarrollarse. Indudablemente, la pena de la mamá no puede trasladarse al hijo, pues no debe ser el niño quien, en última instancia, reciba una sanción indirecta”³⁵.

Si se nos invita a sintetizar las razones que inspiraron la sanción de la ley diremos, a título preliminar, que se advierte que tanto en Diputados como en Senadores, nuestros legisladores **focalizaron su atención** en la justificación de la hipótesis relacionada con la **detención domici-**

liaria de madres de niños menores de cinco años, a su cargo; prácticamente nada es lo que reflexionaron en orden al supuesto de las reclusas progenitoras de personas con discapacidad.

El **criterio genético** de interpretación de la ley -o sea, el canon que tiene en cuenta la voluntad del legislador³⁶- revela casi nula capacidad de rendimiento en torno a este último tópico. De cualquier manera, procuraremos igualmente hallar en las consideraciones de los mentores de los proyectos de ley aludidos al comienzo de este título algunos “indicios” que nos permitan caracterizar las razones que impulsaron la previsión del arresto hogareño de quien es madre de un discapacitado.

Sentado esto, ocupémonos de la fajina propuesta.

En lo tocante a la prisión domiciliaria de mujeres madres de niños menores de cinco años, puede sostenerse que la discusión parlamentaria indica que nuestros legisladores sancionaron la ley **26.472** con **dos objetivos en mira**, a saber:

a. La preservación del denominado “**principio de trascendencia mínima de la pena**”, y

b. La tutela de la **más plena vigencia de los derechos que nuestro ordenamiento jurídico reconoce a los niños**, en el convencimiento de la trascendencia que -para la futura vida del infante- tiene el contacto de la madre con su hijo, durante los primeros años de vida de éste.

Con relación a la regla de **mínima trascendencia de la sanción respecto de terceros**, conviene recordar que ostenta jerarquía constitucional la máxima según la cual la pena es personal, por lo que no puede trascender de la persona del agente. Así surge, de manera inconcusa, del **artículo 119 de nuestra Carta Magna**, en cuanto prescribe: “La traición contra la Nación consistirá únicamente en tomar las armas contra ella, o en unirse a sus enemigos prestándoles ayuda y socorro. El Congreso fijará por una ley especial la pena de este delito; pero *ella no pasará de la persona del delincuente*, ni la infamia del reo se transmitirá a sus parientes de cualquier grado”. La Constitución de la Nación, entonces, en la única condición negativa que establece respecto de las penas mediante las cuales se castigan las conductas delictivas, prohíbe que la sanción trascienda de la persona del delincuente, como una regla elemental para evitar una grosera disfuncionalidad contra los derechos humanos.

Con todo, es preciso enfatizar -para quien pretenda interpretar que el citado artículo 119 proscribiera que la pena pase de la persona del delincuente, *sólo en el caso del delito de traición a la patria*- que, por virtud del “**bloque de constitucionalidad federal**” integrado por la Constitución formal y los once tratados internacionales de derechos humanos previstos en el artículo 75, inciso 22, de la Ley Suprema, el principio de intrascendencia de la sanción penal ha adquirido jerarquía constitucional como **directriz general** que rige respecto de la **pena**

como una de las consecuencias jurídicas que -junto con la medida de seguridad- se prevé para **la comisión de todos los hechos definidos como delito por el legislador**. Sentenciamos esto porque uno de tales instrumentos internacionales de derechos humanos consagra como una derivación fundamental del *derecho a la integridad personal* la siguiente máxima: “La pena no puede trascender de la persona del delincuente” (**art. 5.3 Convención Americana sobre Derechos Humanos –OEA, 1969-**).

En lo tocante a la restante finalidad perseguida por la ley, no pueden quedar dudas de que la **pretensión de tutelar al menor** se inspira en su derecho, de jerarquía constitucional (arg. art. 75, inc. 22, C.N.), a **que se proteja su interés superior** (art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño –ONU, 1989-), esto es, la máxima satisfacción -integral y simultánea- de los derechos y garantías reconocidos en su favor por el ordenamiento jurídico, para lo cual debe respetarse el derecho del niño al pleno desarrollo personal, armónico e integral de sus derechos **en su medio familiar**, social y cultural (arg. art. 3, inc. c, ley 26.061).

En este orden de ideas, es dable afirmar que un vínculo estable, seguro y sólido entre la madre y el niño **durante su primera infancia** –en cuanto ciclo vital que va desde la gestación hasta los cinco, seis, siete u ocho años de edad³⁷- influye sensiblemente en la capacidad del menor para establecer relaciones afectivas sanas a lo largo de su vida, pues las interacciones madre-niño influyen en el desarrollo socio-emocional y en la conducta actual y futura del infante.

Es que en dicha etapa se produce el mayor desarrollo neuronal del niño, a la vez que se determinan capacidades para las relaciones vinculares y afectivas que en posteriores etapas de la vida le será muy difícil construir, y se construyen las habilidades básicas para el lenguaje y la motricidad, tanto fina como gruesa.

Tiene lugar en este período el reconocimiento del infante de sí mismo y del entorno físico y social, lo que luego se refleja en la construcción de su autoimagen y de sus relaciones e interacciones con su mundo; y, como puntualizamos antes, en la primera infancia se sientan las bases que le permitirá a la persona los procesos de comunicación individual y colectiva.

En esta orientación, se ha dejado constancia que “...las investigaciones demuestran que el entorno inicial de los niños causa un impacto trascendental sobre el modo en que su cerebro se desarrolla. Un bebé nace con miles de millones de células cerebrales que representan el potencial de toda su vida; sin embargo, para desarrollarse, estas células necesitan conectarse entre sí. Cuanto más estimulante sea el ambiente primario, más conexiones positivas se forman en el cerebro y mejor es el progreso del niño o niña en todos los aspectos de su vida, en términos de desarrollo físico, emocional y social, así como su capacidad para ex-

presarse y adquirir conocimientos³⁸.

Según Piaget, en la primera infancia –de los dos a los siete años, según su punto de vista-, aparece el lenguaje en el niño y, con ello, “...las conductas se modifican profundamente en su aspecto afectivo e intelectual. Además de todas las acciones reales o materiales que es dueño de efectuar al igual que durante el período precedente, el niño es capaz, mediante el lenguaje, de reconstituir sus acciones pasadas bajo la forma de relato y de anticipar sus acciones futuras mediante la representación verbal. De ello se derivan tres consecuencias esenciales para el desarrollo mental: un posible intercambio entre individuos, o sea, el principio de la socialización de la acción; una interiorización de la palabra, o sea, la aparición del pensamiento propiamente dicho, que tiene como soportes el lenguaje interior y el sistema de signos; finalmente, y de forma primordial, una interiorización de la acción como tal, que de ser puramente perceptiva y motriz, pasa a reconstituirse en el plano intuitivo de las imágenes y las «experiencias mentales». Desde el punto de vista afectivo, ello tiene como consecuencias una serie de transformaciones paralelas: desarrollo de los sentimientos interindividuales (simpatías y antipatías, respeto, etc.) y de una afectividad interior que se organiza de una forma más estable que durante las primeras etapas³⁹. Estas tres modificaciones generales de la conducta (socialización, pensamiento e intuición) tienen importantes repercusiones afectivas: “...los intereses, las autovaloraciones, los valores espontáneos y los valores morales parecen ser las principales cristalizaciones de la vida afectiva característica de este nivel del desarrollo⁴⁰”.

Por todo esto el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) subraya: “Los resultados de una vasta gama de investigaciones en los campos de la antropología, la psicología del desarrollo, la medicina, la sociología y la educación ponen al descubierto la importancia fundamental que reviste el desarrollo en la primera infancia con respecto a la formación de la inteligencia, la personalidad y el comportamiento social. En ese sentido, si los niños y niñas de corta edad no reciben en esos años formativos la atención y el cuidado que necesitan, las consecuencias son acumulativas y prolongadas⁴¹”.

Con significación semejante, la Organización Mundial de la Salud (OMS) anota: “Durante la primera infancia (desde el período prenatal hasta los ocho años), los niños experimentan un crecimiento rápido en el que influye mucho su entorno. Muchos problemas que sufren los adultos, como problemas de salud mental, obesidad, cardiopatías, delincuencia, y una deficiente alfabetización y destreza numérica, pueden tener su origen en la primera infancia. (...) La primera infancia es el período de desarrollo cerebral más intenso de toda la vida. Es fundamental proporcionar una estimulación y nutrición adecuadas para el desarrollo durante los tres primeros años de vida, ya que es en estos años cuando el cerebro de un niño es más sensible a las influencias del en-

torno exterior. Un rápido desarrollo cerebral afecta al desarrollo cognitivo, social y emocional, que ayuda a garantizar que cada niño o niña alcance su potencial y se integre como parte productiva en una sociedad mundial en rápido cambio”⁴².

El encargado de elaborar la ley penal, pues, ha tenido en cuenta esta pauta etaria cuando concibió la hipótesis de detención domiciliaria -prevista en el inciso *f* de los artículos 32 de la ley 24.660 y 10 del Código Penal- con la finalidad de proteger el interés superior del hijo de una mujer condenada por la comisión de un hecho delictivo.

Se ha dicho que son escasísimas las referencias que pueden extraerse de los antecedentes parlamentarios en relación con la hipótesis de **detención domiciliaria de internas condenadas que son madres de personas con discapacidad, a su cargo**.

No obstante, en los “Fundamentos” del proyecto de ley elaborado por los diputados Rodríguez y García Méndez, nos atrevemos a encontrar recursos argumentales que nos permiten “reconstruir” la justificación del supuesto del arresto hogareño que ahora examinamos.

Es que, aun cuando los legisladores aluden al derecho del “niño impedido” a ciertas prestaciones dirigidas a satisfacer sus especiales necesidades, lo cierto es que su discurso es claramente aplicable también a los discapacitados adultos.

De tal suerte, apoyándonos de los asertos de estos diputados, podemos aducir que el fundamento de esta hipótesis de arresto domiciliario es el derecho de toda persona mental o físicamente impedida a **disfrutar de una vida plena y decente** en condiciones que **aseguren su dignidad**, le permitan **llegar a bastarse a sí misma** y **faciliten su participación activa en la comunidad**⁴³.

Es un derecho que, como se desprende de manera evidente de las particulares condiciones de toda persona discapacitada, lleva implícito el derecho de la persona impedida, a recibir la colaboración y los cuidados especiales de terceras personas.

El legislador ha procurado, mediante el arresto hogareño para estos casos, promover **niveles de vida más elevados**, garantizar la **protección de los derechos** y asegurar el **bienestar** de las personas física o mentalmente desfavorecidos.

Parece pertinente recordar que la propia Constitución Nacional, en su artículo 75, inciso 22, prescribe que corresponde al Congreso: “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y *el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos*, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y *las personas con discapacidad (...)*”.

Sin perjuicio de esto, es evidente que también apuntala este supuesto de prisión domiciliaria, el “**principio de intrascendencia de la pena**”, según el cual la sanción es personal y no puede, por ello, pasar

de la persona del delincuente.

Es que, si la efectiva privación de la libertad de quien tiene a su cargo a una persona con discapacidad tuviera la virtual consecuencia de **impedir** que aquélla prestara a ésta **los cuidados o el auxilio que su condición requiere**, la ejecución de la pena de encierro carcelario traduciría, *en los hechos*, una intolerable proyección de la sanción respecto de sujetos distintos del condenado, más allá de lo razonable y en grado tal que la pena terminaría castigando también al impedido.

2. Formuladas estas consideraciones, corresponde emprender un **sucinto análisis dogmático-jurídico** de la norma prevista por el inciso *f* de los **artículos 32 de la ley 24.660 y 10 del Código Penal**.

Recordemos que la disposición legal prescribe:

“El juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria:

...

f) A la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo”.

La ley habla de la “**madre**” de un niño menor de cinco años o de una persona con discapacidad, a su cargo.

Madre de un niño menor de cinco años o de un ser humano con discapacidad es la mujer unida a uno u otro por un *vínculo consanguíneo ascendente de primer grado* (arg. art. 533 C.C.), quien *lo ha adoptado* (arg. art. 558 C.C.) o, en los casos de personas nacidas por técnicas de reproducción humana asistida, quien *las dio a luz y la mujer que también ha prestado su consentimiento previo*⁴⁴.

La ley, pues, **sin margen de ambigüedad alguna**, acota el *círculo de posibles beneficiarios de la prisión domiciliaria*, a aquellas mujeres que, **por naturaleza, por adopción o por el uso de técnicas de reproducción humana asistida**, son **madres de un menor de cinco años o una persona impedida**.

En esta misma sede de análisis, puede añadirse que la decisión del legislador en orden a consagrar sólo a la madre como posible beneficiaria de esta alternativa para situaciones especiales, en lugar de incluir también en tal categoría al padre del menor de cinco años, responde a una circunstancia fundamental, a saber: que los efectos que el encarcelamiento de una *madre* tiene en las familias son, generalmente, *más devastadores* que los que pudiera tener el encarcelamiento de un *padre*⁴⁵.

Esto seguramente responde a la configuración desigualitaria de nuestras sociedades, en las que “...imperan patrones estereotipados en función del género que reservan a las mujeres el rol de ser las responsables primarias de la crianza de los hijos”⁴⁶.

En segundo término, la norma hace alusión al “**niño menor de cinco años**”, o sea, la persona que no ha cumplido dicha edad. No advertimos aquí ambigüedad o vaguedad alguna en las palabras de la

ley.

El restante sujeto cuyo interés se procura proteger mediante esta alternativa de cumplimiento de la pena para situaciones especiales es **una persona con discapacidad**.

¿Qué debe interpretarse por tal expresión?

La “**Declaración de los Derechos de los Impedidos**”, proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en su resolución 3447 -XXX-, del 9 de diciembre de 1975, aporta elementos de valor a la hora de desentrañar el sentido y alcance del giro lingüístico”.

Conforme el **apartado 1.** de dicho conjunto normativo, por la alocución “persona con discapacidad” debe entenderse toda persona incapacitada de subvenir por sí misma, en su totalidad o en parte, a las necesidades de una vida individual o social normal a consecuencia de una deficiencia congénita o no, de sus facultades físicas o mentales.

Pero, además, la **ley 26.378**⁴⁷ aprobó la “**Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**” y su protocolo facultativo, adoptados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006.

En el **párrafo segundo del artículo 1º** de esta convención -en sentido equivalente a la declaración de Naciones Unidas de 1975- se estipula: “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Acerca de esta disposición del documento internacional, se ha señalado: “En este artículo se describe **persona con discapacidad**, en función de fijar quienes son las personas que son beneficiarias específicas del tratado o que quedarían protegidas por sus disposiciones. Es pertinente subrayar aquí la importancia de que la Convención de la ONU ofrezca bases que posibiliten colocar la **discapacidad** como un **producto social, generado por la interacción de la personas con deficiencias y el entorno discapacitante**. Ese entorno social discapacitante tiene barreras u obstáculos, que evitan la participación plena y efectiva, en la sociedad, de esa persona con deficiencia, en pie de igualdad con los demás. Este enfoque cambia la idea de que la discapacidad es un asunto o «problema» de la persona con deficiencia y lo coloca como un **tema de responsabilidad social**, que obliga al Estado, principalmente y a la sociedad, a generar condiciones apropiadas para que esa persona viva con dignidad, se le respeten sus derechos y participe plena y efectivamente en la sociedad”⁴⁸.

La afirmación de que la discapacidad es un asunto de responsabilidad social, más que una cuestión que concierne únicamente a la persona incapacitada adquiere importancia singular en el marco de una

institución como el arresto domiciliario, en la que, justamente para priorizar la generación de las condiciones apropiadas para que el discapacitado logre el máximo disfrute de sus derechos -por sobre el interés estatal en la represión de los delitos-, se instituye una modalidad especial y atenuada de ejecución de la pena privativa de la libertad.

He aquí otro elemento del enunciado legal cuyo concepto y contenido ha quedado suficientemente delimitado.

La ley, por otro lado, alude a la madre de un niño menor de cinco años o de una persona con discapacidad, **a su cargo**.

Desde el punto de vista estrictamente semántico, no parece haber margen de dudas en cuanto a que una persona **tiene a su cargo a otra**, según el tenor literal de esta expresión, cuando la tiene **bajo su cuidado**, ora afectivo, ora material, ora económico.

¿Esto significa que, a los términos de las disposiciones que analizamos, sea indispensable la convivencia entre la reclusa y el menor o el discapacitado?

En el caso del infante, **sí**; en la hipótesis de la persona con discapacidad, **no**.

Corresponde exponer las razones que justifican esta sentencia.

Dijimos que, cuando se trata de la madre de un menor de cinco años, parece necesaria la **convivencia** -que, como veremos, es jurídicamente posible- **de la madre y el niño**: es que el ordenamiento jurídico argentino contempla expresamente una situación en la que la **reclusa convive efectivamente con su hijo menor de cierta edad**.

En efecto, el artículo **195 de la ley 24.660**, la interna "...podrá retener consigo a sus hijos menores de cuatro años".

Éste es, entonces, el **supuesto de hecho abstracto** que ha tenido en miras el legislador al sancionar el nuevo **al inciso f del artículo 32 de la Ley de Ejecución de la Pena de la Libertad**. Se trata del caso de la reclusa que, teniendo un hijo menor de cierta edad, ha ejercido su derecho a retenerlo consigo en la unidad penitenciaria; se pretende, mediante esta alternativa legal, proteger y fortalecer el vínculo materno-filial, cuando el menor se encuentra en una edad tan trascendente para su adecuada formación.

Acaso pueda reconocerse que un hijo, que está a cargo de la reclusa y vive con ella, está a cargo de la interna aun cuando ha sido separada transitoriamente de la mujer, por razones médicas u otras causas similares. Pero es necesaria, insisto, la convivencia entre madre e hijo, que permite que la primera tenga a su cuidado al segundo.

Todo cuanto acabamos de exponer sintetiza nuestra posición que, por haber sido revocada por la doctrina judicial del Tribunal Superior de Córdoba, ha quedado consolidada como la denominada "**tesis restrictiva**"⁷⁴⁹.

Precisamente, en el precedente "**Salguero**"⁷⁵⁰, la Corte provincial adhirió a una **interpretación amplia** de la norma aludida, según la

cual para la aplicación de la misma debe evaluarse, en cada caso, la existencia de un vínculo real y efectivo entre la madre y el niño, es decir, que éste haya estado y vaya a estar a su cargo y cuidado, y que la permanencia del niño con su madre no represente un riesgo o peligro para el mismo.

Para justificar su concepción, la Corte provincial adujo:

“El tenor literal de la norma establece dos hipótesis disyuntivas: ‘madre de un niño menor de cinco años’ (primer supuesto) y ‘madre de una persona con discapacidad’ (segundo supuesto), respecto de las cuales predica un mismo adverbio modal: ‘a su cargo’. Por consiguiente, no se observan motivos para que esta última locución, común para ambas hipótesis pueda ser interpretada con distinto alcance según se trate de uno u otro supuesto; ello hace a la aplicación de un principio básico de interpretación según el cual: ‘donde la ley no distingue no debe distinguirse’.

“...la reforma legislativa, en ésta hipótesis bajo estudio, tuvo como criterio rector la finalidad de asegurar el interés superior del niño (art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y arts. 1 y 3 de la Ley 26.061), esto es, la vigencia y operatividad de los derechos fundamentales del niño, entre los cuales cabe mencionar el de preservar a su ‘...familia como medio natural para el crecimiento y bienestar...’ (cfr. Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos del Niño), destacando lo esencial que resulta para el desarrollo de los niños el contacto con su madre en los primeros años de vida y los perjuicios que sobre ellos produce la separación a tan corta edad; la ausencia de una figura adulta que cumpla las funciones de cuidado y crianza cuando sus madres cumplen encarcelamiento, así como los daños que se derivan de la permanencia de los niños con sus madres, dentro de los ámbitos carcelarios; por ello se manifestaron en el sentido de que la prisión domiciliaria garantiza tanto el cumplimiento de la pena como el interés superior del niño preservando el contacto madre e hijo.

“Sabido es que el interés del niño merece una consideración primordial y así lo establece la Convención: ‘En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño’ (art. 3, primer párrafo) y en el igual sentido se expresa la ley 26.061 cuando fija que si existe un conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros (art. 3, último párrafo)” (T.S. de Córdoba, Sala Penal, “**Salguero, Miriam Raquel**”, S. n° 344, del 22/12/2009).

Pero, además, el Tribunal de Casación cordobés se empeñó en aclarar que “...el interés superior del niño **no se equipara, necesariamente, con convivencia materno-filial**..., ya que la misma Convención

(art. 9. inc. 1°) contempla la posibilidad de que los niños sean separados de sus padres cuando la cohabitación con ellos resulte contraria a aquél interés (por ejemplo, cuando el niño sea objeto de maltrato), y concretamente prevé su separación cuando media una disposición estatal de detención o encarcelamiento en contra de ellos (art. 9 inc. 4°)” (T.S. de Córdoba, Sala Penal, “**Salguero**” cit.). Así, el Alto Cuerpo concluyó que “...debe procurarse evitarse que la pena trascienda a la persona del autor y respetarse el interés superior del niño dentro del marco de lo razonable, y así ella no constituye una sanción también para ellos” (T.S. de Córdoba, Sala Penal, “**Salguero**” cit.).

A todo esto, el Superior agregó que “...es claro que el otorgamiento de la prisión domiciliaria es facultativo del juez, quien deberá tener en cuenta la existencia de un vínculo real y efectivo entre la madre y el niño, que éste haya estado y vaya a estar a su cargo y cuidado, como así también que la permanencia de aquél con su madre no represente un riesgo o peligro para él. Asimismo deberá considerar la conflictiva delictual^[51] y la conducta (como el concepto) observado durante el encierro en tanto proporcionan indicadores positivos o negativos en orden a si la interna respetará los límites propios de la prisión domiciliaria” (T.S. de Córdoba, Sala Penal, “**Salguero**” cit.).

Con arreglo a la jurisprudencia reseñada, el juez debe, en estos casos, escrutar qué es lo **más conveniente para el interés superior del infante**, en función de la eventual existencia de un vínculo real y efectivo entre él y su madre, y de la concreta situación material, afectiva y espiritual en que se encuentra actualmente el niño, mientras convive en la cárcel con su madre.

Por el contrario, el **inciso f** de los **artículos 32 de la ley 24.660 y 10 del Código Penal**, según nuestro ver, **no pueden presuponer la convivencia de la madre y el incapacitado**, ya que el ordenamiento jurídico no consagra un derecho de la madre reclusa a retener en la unidad penitenciaria en que purga su pena, a un hijo de tales características.

En términos bien concretos: no existe, respecto de la madre de una persona con discapacidad, una norma equivalente a la del **195 de la ley 24.660**, que le permita a la reclusa retener consigo -en la cárcel, y para permitir que la primera le brinde a la segunda los cuidados que su condición requiere- al discapacitado.

Por consiguiente, el principio interpretativo según el cual no puede suponerse la inconsecuencia o irracionalidad del legislador obliga a que se encuentre un supuesto de hecho en el que la hipótesis legal **resulte aplicable**.

Si una madre condenada no puede retener consigo en la cárcel a su hijo con incapacidad, es evidente que sólo puede afirmarse que ella tiene **a su cargo** al discapacitado cuando éste **ha estado bajo su cuidado** afectivo, material o económico **hasta el momento del encarcelamiento de la mujer**.

¹ T.S. de Córdoba, Sala Penal, Sent. n° 56, 22/6/2000, “**Pompas**”, voto de la Dra. Tarditti. En el mismo fallo, los Dres. Cafure de Battistelli y Rubio remarcaban la idea de que la prisión domiciliaria “...no se trata de una suspensión o remisión de pena, sino de la continuidad de la ejecución de la pena en un ámbito diferente”.

² T.S. de Córdoba, Sala Penal, Sent. n° 17, 2/4/2003, “**Docampo Sariego**”.

³ T.S. de Córdoba, Sala Penal, Sent. n° 71, 23/8/2000, “**Pastor**”.

⁴ En este sentido, v. T.S. de Córdoba, Sala Penal, Sent. n° 95, 19/4/2010, “**Juárez**”; Sent. n° 284, 26/10/2010, “**Quiroga**”, entre muchos otros. En este último precedente se aduce: “El instituto es uno de los que recepta el principio de **trato humanitario en la ejecución de la pena**, que tiene en el ámbito de la República expresa consagración normativa (C.N., art. 75 inc. 22; D.A.DD.HH., XXV; C.A.DD.DH. -Pacto de San José de Costa Rica-, art. 5, 2; P.I.DD.CC.PP., art. 10; Convención contra la Tortura y Otros Tratos y Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes -A.G., ONU, 10/12/84-, considerandos). La atenuación de los efectos del encierro ha sido fruto de un anhelo que viene modernamente desde la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948; las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Sentenciados (Ginebra, 1955) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Asamblea General ONU, 19 de diciembre de 1966, aprobada por la República Argentina por ley 23.313), principios que fueron plasmados ya en el decreto 412/58 ratificado por la ley 14.467, actualmente contenido expresamente y profundizado por la ley 24.660 en consonancia con otros documentos internacionales como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio, diciembre de 1990). Bajo esa teleología, se inordina la regulación de la prisión domiciliaria efectuada en la última ley citada que constituye el régimen penitenciario vigente” (T.S. de Córdoba, Sala Penal, Sent. n° 284, 26/10/2010, “**Quiroga**”).

⁵ V. Cesano, José Daniel, *Estudios de Derecho penitenciario*, Ediar, Buenos Aires, 2003, pp. 130 y 131.

⁶ Para un caso de aplicación de este supuesto de prisión domiciliaria, v., por ejemplo, Juzgado de Ejecución Penal n° 3 de Córdoba, A. n° 45, 23/5/2011, “**Piatti**”.

⁷ Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl - Alagia, Alejandro - Slokar, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 124.

⁸ Justamente, en los proyectos que se consideraron en la Cámara de Diputados de la Nación en la discusión parlamentaria que culminó con la sanción de la mencionada ley nacional n° 26.472, se destacaba que “...otros supuestos en los que resultaría aplicable el instituto es para las embarazadas y las madres de niños

pequeños. Eso se debe a que **la sanción no debe trascender al individuo responsable penalmente (principio de intrascendencia penal)** y se considera que la privación de la libertad afecta sensiblemente al feto —más allá del valor jurídico que se le asigne a este ente—. Además, las normas internacionales protegen a las embarazadas y las mujeres en época de lactancia. (...) Por otro lado, se arguye que el contacto con la madre en los primeros años de vida resulta fundamental para el desarrollo de los niños. Por eso mismo, se procura mantener unidos a la madre del niño existiendo dos opciones legislativas: la primera es la privación de la libertad de la madre y el niño (la más frecuente en los órdenes jurídicos latinoamericanos) y la otra opción es disponer la prisión domiciliaria de la madre. Evidentemente, la primera opción implica la privación de la libertad de un niño, sometiéndolo a las consecuencias lesivas de un proceso de institucionalización, sólo para garantizarle su contacto con la madre. Consideramos que para estos supuestos existen medidas menos restrictivas de la libertad para el niño como la prisión domiciliaria garantizando tanto el cumplimiento de la pena y el contacto madre-hijo” (v. proyecto de la diputada Diana B. Conti, en Cámara de Diputados de la Nación, sesiones ordinarias 2006, Orden del Día n° 1261, del 6/11/2006, p. 5, con negritas agregadas). Asimismo, se remarcó en tal oportunidad que en los casos de mujeres condenadas embarazadas “...el cumplimiento de la pena en el domicilio resulta un imperativo de numerosos tratados internacionales de derechos humanos. En particular, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer establece en su artículo 12 que «...los Estados Partes, garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asignarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia». Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre garantiza en su artículo 7° el derecho a la protección de la maternidad y a la infancia, disponiendo que «toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia tiene derecho a la protección, cuidado y ayuda especiales». En el mismo sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 25, inciso 2, establece: «La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales», y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 10, inciso 3, dispone que «se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto». Finalmente, el artículo 24, inciso d), de la Convención sobre los Derechos del Niño, menciona que es deber de los Estados «asegurar atención sanitaria prenatal y posnatal apropiada a las madres»” (v. proyecto de los diputados Marcela V. Rodríguez y Emilio García Méndez, en Cámara de Diputados de la Nación, sesiones ordinarias 2006, Orden del Día n° 1261, del 6/11/2006, p. 14, con negritas nuestras). Y, por último, se dijo también: “...sabido es que la privación de la libertad deteriora psíquicamente a las personas que la sufren —en mayor o menor grado— y que la depresión, angustia o estrés se manifiestan en dolencias psicosomáticas de toda índole. En el caso de la mujer gestante... privada de su libertad ambulatoria, el sufrimiento que padece se traduce en **terreno fértil para afectar al feto o al infante**, pudiendo dejar una secuela orgánica o psíquica en el embrión, en el feto o en el recién nacido, difícil de revertir” (v. proyecto del Procurador Penitenciario de la Nación, Francisco M. Mugnolo, en Cámara de Diputados de la Nación, sesiones ordinarias 2006, Orden del Día n° 1261, del 6/11/2006, p. 14, con negritas añadidas). Sobre todo esto, v. Juzgado de Ejecución Penal n° 3 de

Córdoba, A. n° 240, 24/9/2010, “**Delgado**”.

⁹ El **canon de interpretación sistemático** repara en la ubicación de la disposición a interpretar en el específico texto de la ley que la comprende y en el genérico marco de todo el conjunto normativo que compone el ordenamiento jurídico vigente, con el objeto de hallar eventuales contradicciones normativas que obstentan a la coetánea vigencia de dos reglas determinadas, o entre una hipótesis interpretativa y determinados fines y principios que inspiran al sistema jurídico.

¹⁰ Nos referimos a los rasgos definitorios de los distintos periodos que integran el régimen penitenciario (art. 12 ley 24.660), que exigen, por ejemplo, un período de observación en el que se *indique el establecimiento carcelario al que debe ser destinado el condenado* (art. 13, inc. c, ley 24.660), un período de tratamiento fraccionado en fases que podrán incluir el *cambio del interno de sección o grupo dentro del establecimiento penitenciario o su traslado a otro* (art. 14 ley 24.660), y un período de prueba que comprenderá, entre otros asuntos, la incorporación del recluso a *establecimiento penitenciario abierto o sección independiente de éste, que se base en el principio de autodisciplina* (art. 15, inc. a, ley 24.660).

¹¹ Cfr. López, Axel - Machado, Ricardo, *Análisis del régimen de ejecución penal*, Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2004, p. 150.

¹² De la misma opinión, entre otros, Cesano, *Estudios*, p. 133. Para una aplicación del instituto de la prisión domiciliaria respecto de una mujer sometida a una medida de coerción personal, v., por ejemplo, Juzgado de Ejecución Penal n° 3 de Córdoba, A. n° 63, del 24/6/2011, “**Zabala**”.

¹³ Cfr. Mans Puigarnau, Jaime M., *Lógica para juristas*, Bosch, Barcelona, 1969, p. 204.

¹⁴ Juzgado de Ejecución Penal n° 3 de Córdoba, A. n° 32, 3/5/2011, “**Ardissono**”. Igual criterio sostuvo este tribunal en autos “**Ponce de Menceguez**” (A. n° 101, del 16/9/2011).

¹⁵ Cfr. Laje Anaya, *Notas*, p. 82.

¹⁶ El **domicilio real** de una persona es el *lugar de su residencia habitual* (arg. art. 73 C.C.).

¹⁷ En igual sentido, de la Rúa, Jorge, *Código Penal argentino. Parte general*, 2ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 143.

¹⁸ Cfr. Mayo, Jorge A., “Del domicilio”, en AA.VV., *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Alberto J., Bueres -dirección-, Elena I. Highton -coordinación-, Hammurabi, Buenos Aires, 2003, t. 1, vol. A, p. 549. La negrita es agregada. Las consideraciones precedentes las efectuaba el jurista en función del anterior Código Civil de la Nación, pero son igualmente aplicables al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado en octubre de 2014 por **ley 26.994**.

¹⁹ Mayo, Jorge A., “Del domicilio”, p. 573.

²⁰ Hacemos esta salvedad porque entendemos que una interpretación teleológica del instituto reclama que el juez de ejecución o juez competente cuente con la potestad de autorizar el egreso del condenado del domicilio fijado, **por un tiempo y con una finalidad expresamente determinados**, siempre que ello resulte imprescindible para garantizar la consecución del objeto que se persigue mediante el arresto domiciliario. Piénsese, por ejemplo, en el caso de la madre de un niño menor de cinco años a la que se le concedió al arresto hogareño y que solicita al magistrado autorización para concurrir a un hospital para que sea debidamente atendida una patología que presenta su hija: de no concederse una tal autorización, la prisión domiciliaria no cumpliría el *telos* en función del cual

se dispuso la alternativa de cumplimiento de la pena privativa de la libertad para situaciones especiales.

²¹ T.S. de Córdoba, Sala Penal, Sent. n° 56, 22/6/2000, “**Pompas**”, voto de la Dra. Tarditti.

²² T.S. de Córdoba, Sala Penal, Sent. n° 56, 22/6/2000, “**Pompas**”, voto de los Dres. Cafure de Battistelli y Rubio.

²³ Publicada en B.O.N. el 20/01/2009.

² Para una síntesis, v. Cesano, José Daniel, “De la crítica a la cárcel a la crítica de las alternativas”, en Cesano, José Daniel, *Evitando y humanizando el castigo. El abogado y el juez ante las consecuencias del delito*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2003, pp. 41 a 69.

³ Como ocurre con las llamadas “Reglas de Tokio”.

⁴ Sobre la noción de sustitutivos penales, v. Robledo Ramírez, Jorge, “Concepto y principios para la aplicación de los sustitutivos penales. Estudio de su regulación en España y México”, Edersa, Madrid, 1996, p. 181 y ss.

⁵ Esto es, junto con la prisión tradicional, la pena de multa y la pena de inhabilitación.

⁷ Cfr. Battola, Karina Edith, “Alternativas a la pena de prisión. Aplicación de la suspensión del juicio a prueba en la Justicia Federal”, Lecciones y Ensayos del INECIP Córdoba, n° 5, Alveroni, Córdoba, 2003, p. 18.

⁸ Así, Salt, Marcos G., “Los derechos fundamentales de los reclusos en Argentina”, en Rivera Beiras, Iñaki – Salt, Marcos G., *Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1999, p. 255.

⁹ En efecto, sostiene Robert Alexy en su *Teoría de la argumentación jurídica* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 229 y 230) que: “La fundamentación de los enunciados necesarios para la saturación de las formas del argumento genético es a menudo muy difícil y, con frecuencia imposible. Ello va unido al hecho de que, por un lado, no es claro quien deba considerarse como sujeto de la ‘voluntad del legislador’, y a que, por otro lado, no es posible con frecuencia determinar claramente el contenido de esa voluntad. ¿Es la totalidad de los parlamentarios el sujeto de la voluntad en cuestión? Si es así, qué ocurre si la mayoría de los parlamentarios no tiene ninguna idea sobre una determinada prescripción de uno de los productos legislativos. ¿Deben adoptarse las interpretaciones de quienes, por ejemplo en un ministerio, han redactado la ley y han debatido en distintos comités y comisiones? ¿Qué ocurre si se expresaron distintas opiniones o si la propia expresión de estas opiniones necesita a su vez de interpretación? Estas preguntas muestran claramente las dificultades de las argumentaciones genéticas”. Para una revalorización de esta forma de argumentación, v. Aarnio, Aulis, “Las reglas en serio”, en AA.VV., *La normatividad del derecho*, Aulis Aarnio, Ernesto Garzón Valdés y Jyrki Uusitalo –compiladores-, Gedisa, Barcelona, 1997, pp. 144 a 146. Un minucioso examen de la controversia entre “intencionalistas” y de aquellos que se oponen a esa tesis, puede encontrarse en Marmor, Andrei, *Interpretación y teoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, 2001, pp. 201 a 236.

¹⁰ Las fuentes de información del canon genético está constituido, según la opinión de José Hurtado Pozo, por “... todos los documentos escritos donde se encuentran datos sobre los trabajos preparatorios (proyectos, exposición de motivos, mensajes, actas de las comisiones o de los debates parlamentarios...)” -cfr. “A propósito de la interpretación de la ley penal”, en *Doctrina Penal*, año

14, tº 1991 – B, p. 505-.

¹¹ Cfr. La Ley, “Antecedentes Parlamentarios”, p. 65, parágrafo nº 19.

¹² Cfr. La Ley, “Antecedentes Parlamentarios”, p. 128, parágrafo nº 97. El énfasis nos corresponde.

¹³ Así lo denomina Mapelli Caffarena, Borja, “Presupuestos de una política penitenciaria progresista” (en AA.VV., *Francesco Carrara. Homenaje en el centenario de su muerte*, Temis, Bogotá, 1988, p. 251). Para este autor, el fundamento del principio “...resulta de la finalidad del derecho penal de minimizar la violencia social, es decir, de reducir la violencia representada por el delito y su antítesis, la violencia vengativa de la parte ofendida. El sistema penitenciario solo está justificado y legitimado en tanto satisfaga esa exigencia de minimizar la violencia arbitraria de la sociedad”. Por nuestra parte, hemos preferido utilizar la denominación de principio “de no marginación” (v. Cesano, José Daniel, *Los objetivos constitucionales de la ejecución penitenciaria*, Córdoba, Alveroni, 1997, pp. 169 a 175).

¹⁴ Cfr. Balcarce, Fabián I., “Analogía in malam partem y errónea aplicación de criterios político – criminales”, en *Pensamiento Penal y Criminológico*, año 1, nº 1- 2000, Mediterránea, Córdoba, pp. 168 y 169.

¹⁵ Utilizamos aquí un argumento teleológico objetivo. Ha de repararse, en este sentido, que Alexy (*Teoría*, p. 234 y nota nº 81), afirma que esta forma de argumentar se realiza “...a partir de principios”; entendiéndose por “principios” a las “proposiciones normativas de un alto nivel de generalidad”.

¹⁶ Piénsese, en este sentido, en el arresto de fin de semana, que se incorporó al Código Penal Español de 1995. Tal sanción, más allá de tener, también, una finalidad sustitutiva, ha sido prevista “como sanción principal para determinados delitos”. Pese a ello, un sector de la doctrina española, sostiene que, ni aún en el caso de configurarse como pena principal, el arresto puede ser considerado como una alternativa a la prisión sino que, más bien, se trataría de una forma de “prisión atenuada”; es decir: “(...) nació y se concibió para hacer la condena carcelaria más humana y menos desocializadora; en definitiva, como un mecanismo equiparable a otros beneficios penitenciarios como (...) la libertad condicional” (cfr. Varona Gómez, Daniel, “El arresto de fin de semana: ¿Alternativas a la prisión o prisión atenuada?”, en AA.VV., *Penas alternativas a la prisión*, José Cid Moliné – Elena Larrauri Pijoan –Coordinadores-, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 148, 149 y 160). Esta información iuscomparativa, avala (de allí que la formulemos), la argumentación realizada en el texto. En efecto, si aún en aquellos sistemas positivos que prevén la sanción como pena principal, se discute su carácter de alternativa a las penas privativas de libertad de corta duración, lógicamente –y utilizando un razonamiento *a fortiori*– con mayor razón aún, lo será en aquellos sistemas –como el nuestro– en donde la ley de ejecución, expresamente, las regula bajo la forma de **alternativas especiales de cumplimiento**.

¹⁷ Así, Salt, “Los derechos fundamentales de los reclusos en Argentina”, p. 255.

¹⁸ Raúl A. Ceruti y Guillermina B. Rodríguez refieren que “(...) se entenderá [por] sentencia definitiva a aquella que haya quedado firme, ya que se está hablando de condena final” (cfr. “Ejecución de la pena privativa de la libertad. [Ley 24.660]. Comentada y anotada”, La Rocca, Buenos Aires, 1998, p. 103). Esta interpretación resulta razonable dado que, aún cuando la expresión “definitiva” no es equivalente a firme (desde una estricta óptica procesal), **lo cierto es que, de no dársele ese sentido, el giro lingüístico (“definitiva”) resultaría superabundante**. Por su parte, la Sala I de la Cámara Nacional de Casación

Penal, *in re* “Vera”, ha sostenido - en idéntico sentido al que lo hacemos en el texto - que: “El tribunal de juzgamiento de un delito puede imponer pena privativa de libertad de efectivo cumplimiento o dejar ésta en suspenso cuando se dan las condiciones del art. 26 del Código Penal, ***pero la forma de ejecución de pena efectiva es facultad exclusiva del juez de ejecución penal, único facultado para disponer si llevará adelante en forma de prisión discontinua***” (LL, 1999 – D, p. 682. El énfasis nos corresponde). Esta opinión ha sido seguida, también, por otros Tribunales Nacionales (cfr. Tribunal Oral Criminal n° 2, *in re* “**Cruz**” [LL 1998 – F, p. 410 y ss.] y “**Yannane**” [LL, 1999 – A, p. 328]). Una postura contraria es la sostenida por Daniel Eduardo Rafecas, “Los arts. 35, inc. f) y 50 de la ley 24.660: posible solución tanto al problema del reencarcelamiento desocializador como al de la pena compurgada en condenas de hasta seis meses de prisión”, en ED, t° 185, p. 1044 y ss. Para este autor, a diferencia de lo resuelto por la C.N.C.P., sería factible que el órgano jurisdiccional de mérito, en forma directa, impusiese la pena según la modalidad de ejecución especial de que se trate. Así, en nota n° 13 (p. 1050) dice: “Negarle al Tribunal de juicio el carácter de juez competente tornaría irrazonable al instituto, ya que debería detenerse al condenado y enviárselo a la cárcel hasta que el legajo de condenado pase a manos del juez de ejecución y este decida finalmente la concesión o no del beneficio, con lo cual se materializa el efecto que se pretende evitar (ver causa n° 933 «P., C. F. y/o», del T.O. Menores n° 1, del 22-6-98, con voto en disidencia del Dr. Albano sobre este punto)”. Discrepamos con esta interpretación. Al menos, desde una perspectiva de análisis dogmático jurídico, ella no sería factible por cuanto la ley, cuando realiza la distinción entre Juez de ejecución o juez competente (sobre cuya base Rafecas construye su respuesta), no lo hace con la finalidad de habilitar esta atribución (esto es: imponer, directamente, alguna de estas alternativas especiales) a los tribunales de mérito en sus funciones ***genuinas*** (es decir: juicio de culpabilidad e imposición de la pena en su forma convencional [efectiva o condicional]) ***sino con el propósito de distinguir los modelos procesales que establecen, como magistratura especializada, a la figura del Juez de ejecución, de aquellos que no lo hacen***, en donde tales funciones continúan reservadas a la Cámara de Juicio o al Juez Correccional. Por otra parte, el temor del autor respecto a la frustración de los fines que la ley persigue con estas alternativas, tampoco es decisiva, desde que, en última instancia, se trata de una cuestión que no tiene porqué demorar.

¹⁹ Obsérvese que la ley, expresamente, consigna que el Juez podrá sustituir “(...) total o parcialmente, la prisión discontinua o la semidetención (...)”. Comparte esta opinión, Edwards, Carlos E., *Régimen de ejecución de la pena privativa de la libertad*, Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 87: “...esta medida es sustitutiva de la prisión discontinua y de la semidetención, ya que los trabajos comunitarios se aplican en su reemplazo”. Una opinión distinta parece sostener el Tribunal Oral en lo Criminal n° 23, a través del voto concurrente de los Dres. Miguel J. Del Castillo y Antonieta Goscilo, al expresar que: “En atención a la pena única de seis meses prisión de cumplimiento efectivo impuesta y por aplicación de los arts. 35, inc. f, y 50 de la ley 24.660, corresponde disponer la sustitución de los treinta y un días de encierro que le restarían cumplir al encausado por la realización de trabajo para la comunidad no remunerado fuera de los horarios habituales de su actividad laboral comprobada, computándose a ese efecto, seis horas de trabajo para la comunidad por un día de prisión”. Para el texto del fallo, v. ED, t° 185, p. 1044 y ss.

²⁰ Así, de la Rúa, Jorge, *Código Penal Argentino. Parte General*, 2ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 143, n° 79: “La norma [se refiere al art. 10, C.P.] conserva su vigencia, pues la Ley Penitenciaria Nacional la regula expresamente. **Pero la ley modifica ampliatoriamente la regla (...)**” (el énfasis nos corresponde). Igual criterio en Ceruti – Rodríguez, *Ejecución de la pena privativa de la libertad*, pp. 98 y 99.

²¹ Pues tal es su naturaleza. En ese sentido, el Tribunal Superior de la Provincia de Córdoba, a través de su Sala Penal, al fallar el precedente “**Pastor**” (para su texto, v. Pensamiento Penal y Criminológico, año II, n° 2, 2001, p. 307 y ss.), tuvo oportunidad de decir: “Por cierto que la prisión domiciliaria no constituye un cese de la pena impuesta ni su suspensión, sino como claramente surge de su nombre y de su ubicación en la legislación, se trata de una alternativa para situaciones especiales en las que los muros de la cárcel son sustituidos por un encierro en el domicilio fijado bajo el cuidado de otra persona o institución. Resulta en definitiva **una atenuada modalidad de ejecución del encierro que implica la pena privativa de libertad (...)**” (el destacado nos pertenece).

²² En este sentido, de la Rúa (*Código Penal Argentino*, p. 128, ° 79) expresaba en relación con el artículo 10 del Código Penal que: “La regla se funda en razones humanitarias (...)”.

²³ En forma reciente, Zaffaroni, Eugenio Raúl – Alagia, Alejandro – Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 908, n° 5.

²⁴ Así, el T.S. de Córdoba, por medio de su Sala Penal, ha dicho al resolver el precedente “**Pompas**” (cfr. Pensamiento Penal y Criminológico, año I, n° 1, 2000, p. 176): “El trato humanitario en la ejecución de la pena tiene en el ámbito de la República expresa consagración normativa (art. 75 inc. 22, CN; Declaración Americana de los Derechos del Hombre, XXV; Convención Americana sobre los Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica-, art. 5°, 2; Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, art. 10; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes – AG, ONU, 10/12/84, Considerandos), y precisamente, la prisión domiciliaria viene a constituir una de las formas por las que el legislador ha receptado aquel principio”.

²⁵ Carlos A Mahiques, en *Cuestiones de Política Criminal y Derecho Penal. Modelos, tendencias y perspectivas en el derecho comparado* (Fabián J. Di Plácido, Buenos Aires, 2002, p. 290), distingue dos funciones en el principio de humanidad: por un lado, excluir algunos tipos de sanciones consideradas en sí y por sí inhumanas (por ejemplo, las penas corporales), y, por otra parte, impone que la aplicación de una determinada categoría sancionatoria –no incompatible con el principio de humanidad-, esté libre de aspectos, perfiles y contenidos afflictivos, ajenos al núcleo característico de esa determinada especie de pena. Esta última, sería, precisamente, la manifestación que adquiere el principio frente a la alternativa en estudio.

²⁶ En la doctrina, esta opinión se encuentra muy difundida. Así, Fabián I. Balcarce, *Medidas limitativas de la libertad individual en el proceso penal*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Advocatus, 2002, p. 133: “...la normas relativas a la prisión domiciliaria (art. 33) son aplicables a los imputados. (...) [E]l privado preventivamente de la libertad no debe tener las mismas obligaciones que el condenado pero, a la inversa, debe contar, por lo menos, con los mismos derechos que los condenados”. Igual criterio, Edwards, *Régimen de ejecución de la pena privativa de la libertad*, p. 73. En la jurisprudencia

dencia, los casos resueltos por la Cámara de Acusación de Córdoba, sistematizados en Manuel F. Sánchez, “Ley de ejecución de la pena privativa de la libertad. Alternativas para situaciones especiales” (en Sánchez – Pérez Mercau – Moscato de Santamaría, *Ejecución de la pena privativa de libertad*. Ley 24.660, Alveroni, Córdoba, 1998, p. 14). En el ámbito federal, la Cámara de San Martín, Sala I, en resolución de fecha 16/7/1998, sostuvo: “Pese a que la situación del imputado encuadra en el primer supuesto del art. 33 de la ley 24.660, pues cuenta con setenta y dos años y a que el art. 11 de dicha ley impone que será aplicable a los procesados, el juez de primera instancia desatendió absolutamente las citadas normativas, por lo cual el resolutorio apelado al dejar a un lado incomprensiblemente toda consideración de las normas en juego conducentes para la solución del caso, resulta arbitrario y transgrede a su vez el principio que proclama que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrario (art. 7. inc. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)” (para el texto del fallo –que mereció un breve comentario favorable de Nemesio González [v. “Cumplimiento de la prisión preventiva en el domicilio del procesado por razón de su edad”]-, v. ED, tº 182, p. 633 y ss.).

²⁸ Cfr. Zaffaroni – Alagia – Slokar, *Derecho Penal*, p. 908.

²⁴ *Id.* Montiel Fernández, Juan Pablo, *Fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el Derecho Penal*, p. 327, disponible en World Wide Web: <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/7304/tpmf.pdf?sequence=1> (accedido el 10 de diciembre de 2014).

²⁵ Cfr. Montiel Fernández, *Fundamento y límites*, p. 329.

³¹ Así, Zaffaroni – Alagia – Slokar, *Derecho penal*, p. 909.

³² Respecto de lo cual hemos propiciado un criterio interpretativo amplio, extendiendo la cobertura del beneficio para aquellas situaciones en donde, sin tratarse de una enfermedad incurable, el interno padeciese una dolencia grave, que se vería seriamente empeorada –según criterio del perito – por la situación de encierro.

³³ De hecho, en el fallo de la Cámara Federal de San Martín, citado en una nota al pie de página anterior, la propia Cámara, a pedido del Fiscal General así como de los recurrentes, al fundar la apelación, decidió ordenar la extracción de “... testimonios de las partes pertinentes y remitirlas al Sr. Titular del Juzgado Federal de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional nº 2 de San Isidro para su conocimiento”, frente a la posible comisión de un delito de acción pública por parte del *a-quo* quien, pese a darse la hipótesis objetiva del artículo 33 en cuanto a la edad (mayor de 70 años), había negado el beneficio. La Cámara al revocar aquella decisión y al disponer esta medida, con cita de la doctrina de la Corte, puntualizó que: “(...) debe aclararse que desde antiguo tiene dicho la Corte Suprema que ‘existiendo la facultad de legislar en el Congreso, corresponde a éste apreciar las ventajas e inconvenientes de las leyes que dictare, siendo todo lo referente a la discreción con que hubiere obrado el cuerpo legislativo ajeno al Poder Judicial, que no tiene misión sino para pronunciarse de conformidad a lo establecido por la ley, y aún en la hipótesis de que se arguyera o pretendiera que la ley es dura e injusta (Fallos: 68 y 306:655). Ello, obviamente, no excluye su misión de contralor de la constitucionalidad de los actos legislativos, sino que señala los límites de tal atribución, sólo pudiendo los jueces apartarse de lo establecido en la ley, ante pedido de parte, cuando tengan la certeza de que ella, en el caso, es incompatible con la Constitución, como ley suprema (en tal sentido, Fallos 247: 121, consid. 13). De lo dicho cabe concluir que la función de

los jueces, en cuanto órganos de aplicación del ordenamiento jurídico vigente, es determinar la versión técnicamente elaborada de la norma aplicable al caso (Fallos 265:336)". El anotador del fallo (Nemesio González), comentando la actitud del Juez de 1ª instancia (que había denegado la prisión domiciliaria), expresó con toda verdad que: "Si, en cambio, el propósito del Magistrado Judicial es diverso, u opuesto a ello, si por efecto de un razonamiento viciado se obtiene como conclusión un voluminoso error, habráse incumplido la misión especial de quien juzga, para trocar la honrosa misión de emitir juicios, en devaneos reñidos ostensiblemente con la justicia y con el derecho, su objeto. He ahí el resultado de la torcida decisión recaída – en el caso que anotamos – ante la primera instancia, que la Cámara descalificó como acto judicial, proclamándola arbitraria" (ED, t. 182, pp. 637 y 635, respectivamente).

⁵⁹ La literatura penal y criminológica sobre los particulares problemas que plantea el SIDA en las prisiones es, en los últimos años, muy abundante. En la doctrina nacional, una obra clásica la constituye la de Elías Neuman, *Sida en prisión (un genocidio actual)* (Depalma, Buenos Aires, 1999). La conexión entre el uso de estupefacientes, el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida y el encierro carcelario, ha sido abordado por Marta Paz y Marcos Edgardo Azerrad, "Sida y drogas en las cárceles argentinas. Una realidad disvaliosa", en AA.VV., "La Criminología del Siglo XXI en América Latina", 2ª parte, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2002, p. 209 y ss. Entre la bibliografía extranjera, una completa visión de la problemática española la brinda Mapelli Caffarena, Borja, "Sida, drogas y prisión", en Cuadernos de Política Criminal, n° 53, Madrid, 1994, pp. 797 a 812.

²⁶ Cfr. Juzgado de Ejecución Penal n° 1 de la Ciudad de Córdoba, "Blanco, Héctor Adrián – Ortiz, Franco Rubén s/ Ejecución de pena privativa de libertad – Blanco, Ariel Gustavo s/ Condena de ejecución condicional", expediente letra B, n° 012, año 2009, SAC n° 214812.

²⁷ Cfr. A. n° 23, del 23/3/2009.

²⁸ Cámara de Diputados de la Nación, sesiones ordinarias 2006, Orden del Día n° 1261, del 6/11/2006, p. 5.

²⁹ Cámara de Diputados de la Nación, sesiones ordinarias 2006, Orden del Día n° 1261, del 6/11/2006, p. 5.

³⁰ Cámara de Diputados de la Nación, sesiones ordinarias 2006, Orden del Día n° 1261, del 6/11/2006, p. 15.

³¹ Cámara de Diputados de la Nación, sesiones ordinarias 2006, Orden del Día n° 1261, del 6/11/2006, p. 15.

³² Cámara de Diputados de la Nación, sesiones ordinarias 2006, Orden del Día n° 1261, del 6/11/2006, p. 15.

³³ Cámara de Diputados de la Nación, sesiones ordinarias 2006, Orden del Día n° 1261, del 6/11/2006, p. 19.

³⁴ Cámara de Diputados de la Nación, sesiones ordinarias 2006, Orden del Día n° 1261, del 6/11/2006, p. 20.

³⁵ Cámara de Senadores de la Nación, versión taquigráfica provisional, 23 Reunión, 21ª Sesión ordinaria, 17/12/2008, p. 99.

³⁶ Cámara de Senadores de la Nación, versión taquigráfica provisional, 23 Reunión, 21ª Sesión ordinaria, 17/12/2008, p. 99.

³⁷ Cámara de Senadores de la Nación, versión taquigráfica provisional, 23 Reunión, 21ª Sesión ordinaria, 17/12/2008, p. 100.

³⁸ No está de más que se recuerde que, en el terreno de la interpretación de las

disposiciones legales, puede afirmarse que se tiene un “**argumento genético**” cuando se justifica una interpretación determinada de la norma porque la misma se corresponde con la voluntad del legislador (sobre esto, v. Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, 1997, p. 227).

³⁹ En el ámbito de la Psicología del Desarrollo **no existe consenso acerca de cuál es**, si se nos permite la expresión, **el término ad quem** del período del desarrollo del niño al que se denomina “**primera infancia**”. Hay quienes la hacen llegar hasta los cinco años, pues a esta edad los niños y niñas se incorporan al sistema escolar, lo que marca un cambio trascendental en sus vidas, en su relación con su entorno directo, su familia y con la sociedad (en este sentido, v., por ejemplo, PREDES -Programa de Estudios, Desarrollo y Sociedad-, *Protección social y primera infancia*, Documentos de Protección Social / Serie Predes, Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile, 2007, p. 2, disponible en World Wide Web: http://www.chilesolidario.gob.cl/aprendiendo_juntos/recursos/docs/cendoc/Proteccion%20Social%20y%20Primera%20Infancia.pdf -accedido el 17 de octubre de 2011-). Por su lado, la “Observación General n° 7 (2005)” del Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas, elaborada en su 40° período de sesiones -celebrado en Ginebra, del 12 a 30 de septiembre de 2005- e intitulada “Realización de los derechos del niño en la primera infancia”, especifica: “Las definiciones de primera infancia varían en los diferentes países y regiones, según las tradiciones locales y la forma en que están organizados los sistemas de enseñanza primaria. En algunos países, la transición de la etapa preescolar a la escolar tiene lugar poco después de los 4 años de edad. En otros países, esta transición tiene lugar en torno a los 7 años. En su examen de los derechos en la primera infancia, el Comité desea incluir a todos los niños pequeños: desde el nacimiento y primer año de vida, pasando por el período preescolar hasta la transición al período escolar. En consecuencia, el Comité propone como definición de trabajo adecuada de la primera infancia, el período comprendido hasta los 8 años de edad...” (cfr. ONU, Comité de los Derechos del Niño, “Observación General n° 7 (2005): Realización de los derechos del niño en la primera infancia”, en CRC/C/GC/7/Rev.1, del 20 de septiembre de 2006, pp. 2 y 3). De igual modo, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) estipula: “El concepto de desarrollo del niño en la primera infancia (ECD en inglés) conlleva un enfoque integral de las políticas y los programas para los niños, desde el nacimiento hasta los ocho años de edad, para sus padres y madres y para quienes los cuidan” (cfr. UNICEF, Carol Bellamy -Directora Ejecutiva-, *Estado mundial de la infancia 2001: Primera infancia*, p. 17). Sin perjuicio de todo esto, la jurisprudencia local ha entendido que “...el legislador ha intentado, con el inciso ...[de los artículos 10 del Código Penal y 32 de la ley 24.660] **atemperar** los posibles efectos de trascendencia de la pena hacia terceros. Pero esta decisión legislativa se ha realizado **matizadamente**, esto es, **con prudencia y sobriedad. De allí los límites etarios expuestos**. Dicho de otra forma: el legislador no quiso **erradicar definitivamente todo posible efectos de trascendencia** de la pena (lo que, francamente resultaría imposible) sino atemperar el mismo, tomando como relevante algunas situaciones (persona con discapacidad y menor de cinco años). Es que, una actitud contraria llevaría a menoscabar, en alto grado, la función preventiva general que posee la pena. Desde luego que, la imposición de la sanción, constitucionalmente se vincula con objetivos de prevención especial positiva. Más éste no es el único.

La misma estructura lingüística de los artículos 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 5.6 del Pacto de San José de Costa Rica, matizan aquel propósito –restándole exclusividad– al utilizar la expresión «esencial» (...). Por ello, una extensión desmesurada en orden a la extensión de la prisión domiciliaria llevaría a pulverizar esta finalidad de la pena, con notable menoscabo de aquella otra finalidad” (Juzgado de Ejecución Penal n° 1 de Córdoba, res. del 7/10/2011, “**Boiro ó Juárez**”).

⁴⁰ Cfr. Irwin, Lori G. - Siddiqi, Arjumand - Hertzman, Clyde, *Desarrollo de la Primera Infancia: Un Potente Ecuilizador*, Informe Final para la Comisión sobre los Determinantes Sociales de la Salud de la Organización Mundial de la Salud, junio de 2007, p. 5, disponible en World Wide Web: http://www.who.int/social_determinants/publications/early_child_dev_eckdn_es.pdf (accedido el 17 de octubre de 2011).

⁴¹ Cfr. Piaget, Jean, *Seis estudios de Psicología*, traducción de Jordi Marfá, Labor, Barcelona, 1991, pp. 28 y 29.

⁴² Piaget, *Seis estudios de Psicología*, p. 54.

⁴³ UNICEF, “¿Por qué es tan importante el desarrollo del niño en la primera infancia”, disponible en World Wide Web: http://www.unicef.org/spanish/early-childhood/index_40748.html (accedido el 7 de setiembre de 2011).

⁴⁴ Organización Mundial de la Salud (OMS), Centro de Prensa, “Desarrollo en la primera infancia”, nota descriptiva n° 332, agosto de 2009, disponible en World Wide Web: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs332/es/index.html> (accedido el 7 de setiembre de 2011).

⁴⁵ V., *mutatis mutandis*, las palabras de los diputados Rodríguez y García Méndez, al fundamentar su proyecto de ley presentado ante la Cámara Baja: Cámara de Diputados de la Nación, sesiones ordinarias 2006, Orden del Día n° 1261, p. 16.

⁴⁶ El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en su artículo 558, prevé como fuentes de la filiación, no sólo la natural y la adopción, sino también las técnicas de reproducción humana asistida; y el artículo 562, conforme se desprende de lo anotado en el texto principal, estipula: “Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”.

⁴⁷ Cfr. Quaker United Nations Office, *Mujeres en la cárcel e hijos de madres encarceladas. Informe para los amigos*, Grupo del Proyecto de Mujeres en la Cárcel, traducción al español de Gabriela Lozano, agosto de 2007, p. 11, disponible en World Wide Web: <http://www.quono.org/geneva/pdf/humanrights/women-in-prison/WiP-children-of-imprisoned200708-Spanish.pdf> (accedido el 20 de octubre de 2011). Existen numerosos estudios de campo y sociológicos que demuestran que “...la maternidad hace que la experiencia de la cárcel sea significativamente diferente para las mujeres. En general, cuando un hombre es encarcelado, sus hijos quedan bajo el cuidado de la madre. En tanto, cuando es la madre quien va a prisión, los niños no quedan regularmente bajo el cuidado paterno, por lo que pierden a ambos progenitores, y a menudo también son separados de sus hermanos, para repartir la responsabilidad de cuidarlos entre varias personas” (Ministerio Pú-

blico de la Defensa, Defensoría General de la Nación, “Informe modelo mediante el cual se solicita el arresto domiciliario de una mujer embarazada o madre de hijas/os menores de edad o de una persona discapacitada a su cargo”, disponible en World Wide Web: <http://www.mpd.gov.ar/articulo/index/articulo/informe-de-arresto-domiciliario-405> (accedido el 20 de octubre de 2011). Sobre esto, v. Azaola, Elena, “Género y justicia penal en México”, en AA.VV., *Mujeres y Castigo: Un enfoque socio-jurídico y de género*, Elisabet Almeda Samaranch y Encarna Bodelón González (editoras), Dykinson, Madrid, 2007, p. 74.

⁴⁸ Cfr. Ministerio Público de la Defensa, Defensoría General de la Nación, “Informe modelo”.

⁴⁹ Sancionada el 21 de mayo de 2008 y promulgada el 6 de junio 6 de 2008.

⁵⁰ Instituto Interamericano sobre Discapacidad y Desarrollo Inclusivo (IIDDI) - Handicap International, *¡Por un mundo accesible e inclusivo! -Guía básica para comprender y utilizar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad-*, Managua, abril de 2007, p. 44, disponible en World Wide Web: http://www.cndisc.gov.ar/doc_publicar/varios/guia_basica.pdf (accedido el 21 de agosto de 2011).

⁵¹ Es la que hemos adoptado como titulares del Juzgado de Ejecución Penal n° 3 de Córdoba en, por ejemplo, el caso “**Correa**” (A. n° 125, del 27/8/2009). Con posterioridad a la aparición de la “doctrina *Salguero*”, y por razones de economía procesal, dejamos a salvo nuestro criterio y resolvimos en función de la concepción defendido por el Tribunal Superior de Córdoba en el caso que introdujo aquella, a la cual nos referiremos a continuación. Es lo que hicimos, *verbi gratia*, en el precedente “**Cuello**” (A. n° 229, del 8/9/2010).

⁵² T.S. de Córdoba, Sala Penal, Sent. n° 344, del 22/12/2009, “**Salguero**”.

⁵³ Ya hemos presentado nuestra posición contraria a esta concepción; nos remitimos, pues, a lo ya expresado. Sin perjuicio de ello, coincidimos con el Juez de Ejecución Penal n° 1 de Córdoba, en cuanto señala que “la conflictiva delictual” a la que hace referencia la jurisprudencia de la Casación cordobesa “...no se refiere a la gravedad del delito *en abstracto* [no puede referirse a esto, según nuestro parecer] sino a que la criminalidad atribuida en concreto, *por sus particularidades*, no entrañe un riesgo victimológico para el menor. Evidentemente [que] una madre que purga condena por un homicidio calificado de otro hijo o por lesiones en perjuicio del menor [asegura el magistrado], difícilmente pueda ampararse bajo este instituto” (Juzgado de Ejecución Penal n° 1 de Córdoba, res. del 15/3/2010, “**Agüero**”). Justamente, en esta última orientación, la Sala Penal del Tribunal Superior de Córdoba tuvo oportunidad de resolver un caso así: sostuvo que no correspondía conceder el arresto domiciliario a una reclusa que invocaba el interés superior de su hija discapacitada, pues la condena recaída en contra de aquella lo era por el **homicidio calificado por el vínculo de uno de sus hijos**, y en el proceso se había acreditado que regularmente dispensaba un **severo maltrato físico a sus otros hijos**, también pequeños, y a su marido. La Corte provincial estimó que, sobre dicha base, y sin que en las constancias obrantes en el expediente se observaran elementos de juicio que permitieran revertir semejante cuadro, la invocación del interés de la menor discapacitada aparecía huérfano de sentido y comprensible sólo como un intento de procurar un beneficio en el tratamiento penitenciario que le resultaba inaccesible a la penada (T.S. de Córdoba, Sent. n° 25, 6/3/2008, “**Peralta**”).

**GENERO, VIOLENCIA, EXPLOTACION Y PROSTITUCION.
UNA VISION CRITICA DE LA POLITICA CRIMINAL
ARGENTINA EN LAS RECIENTES REFORMAS AL CODIGO
PENAL, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA LEY N° 26.842 DE
PREVENCION Y SANCION DE LA TRATA DE PERSONAS Y
ASISTENCIA A SUS VICTIMAS.**

*Jorge Eduardo Buompadre*¹

Sumario: I. Planteamiento del tema. II. Breve repaso histórico-legislativo de la trata en Argentina. III. Puntos de conflicto y falencias en la reforma de la Ley 26.842. 3.1. Una nueva modalidad de trata. Los medios comisivos. 3.2. La problemática del consentimiento y el bien jurídico protegido. ¿Dignidad o libertad sexual?. 3.3. Género, violencia, explotación y aprovechamiento: posibles interpretaciones. IV. La explotación de la prostitución ajena. 4.1. Proxenetismo. 4.2. Rufianismo. V. Excursus. BIBLIOGRAFIA.

Planteamiento del tema.

En estos últimos dos años, se sancionaron en Argentina varias leyes que implicaron profundas reformas al Código penal en su parte especial, entre ellas, la Ley N° 26.791, por medio de la cual se introdujo sustanciales modificaciones entre los homicidios agravados previstos en el art. 80, incluyéndose por primera vez en el digesto punitivo, entre otras figuras, el delito de femicidio; la Ley N° 26.842, que incorporó, no sólo una nueva modalidad de delito de trata de personas, sino que produjo reformas de gran calado en los delitos relacionados con la prostitución; y, por último, la Ley N° 26.847, que introdujo el art. 148 bis, por el que se pena la explotación del trabajo infantil.

Con la sanción de la Ley N° 26.842² de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas, se concretó una nueva reforma legislativa relativa al fenómeno de la trata de personas en Argentina. Sus alcances no se limitaron solamente a introducir cambios específicos en el delito de trata de personas, sino que la reforma alcanzó también a diversas manifestaciones de la delincuencia sexual, en particular, respecto de los delitos de rufianería y proxenetismo, que ya habían sido objeto de algunos cambios a través de la ley N° 26.364³ de 2008.

Si algún antecedente debemos mencionar para ubicarnos en los motivos que tuvo el legislador para sancionar la ley citada en último término, creemos que el principal referente (tal vez el único) fue, en aquel momento, el “caso Marita Verón”⁴, cuya desaparición despertó repen-

tinamente la atención de la sociedad en esta modalidad criminal. Para esa época, Argentina ya había suscripto la Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional ⁵ y sus protocolos complementarios, en particular, el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, conocido como “Protocolo de Palermo”. Vale decir que, después de más de seis años de ocurrido el secuestro de Marita y de casi ocho años de firmado aquel acuerdo internacional, Argentina sancionó la Ley 26.364 en consonancia con las directrices de la normativa internacional, con el objetivo, según se puede leer en su art. 1º, de “implementar medidas destinadas a prevenir y sancionar la trata de personas, asistir y proteger a sus víctimas”.

Pasaron otros cuatro años desde la sanción de esta ley, y tuvo que suceder un episodio judicial para generar una nueva reforma penal en materia de trata de personas: nuevamente el “caso Marita Verón” fue el motivo disparador. El 11 de diciembre de 2012, la Sala 2da. de la Cámara Penal de Tucumán dictó sentencia absolutoria a favor de los 13 imputados por el secuestro de Marita, fallo que provocó, como es de suponer, un generalizado repudio social, cuya repercusión fue potenciada a través de los medios de comunicación. A los pocos días y sin pérdida de tiempo, el 26/12/2012 se promulgó la Ley 26.842, por medio de la cual se introdujo una serie de reformas a la Ley 26.364, modificándose en forma sustancial el delito de trata de personas y otras figuras vecinas relacionadas con la prostitución, tal como se podrá apreciar más adelante cuando abordemos estas cuestiones en particular.

En la presente contribución, pretendemos deslizar algunas observaciones –desde una visión crítica-dogmática– de estas reformas y de su incidencia “real” en la lucha contra la trata de personas. Con otros términos, el análisis crítico de los novedosos tipos penales involucrados, nos permitirá descubrir si la nueva normativa, más que nueva, no es otra cosa que más derecho penal simbólico, más espejitos de colores que soluciones prácticas y reales en el combate contra el tráfico ilegal de personas con fines de explotación.

Antes de ello, sin embargo, creemos conveniente hacer una breve exploración histórico-legislativa sobre los vaivenes que ha tenido el delito de trata de personas en Argentina –así como de diversas figuras relacionadas con la prostitución– desde su incorporación al digesto punitivo en el año 1968.

Breve repaso histórico-legislativo de la trata en Argentina.

Según nos relatan algunas investigaciones históricas, antes de que la Argentina se convierta en un Estado Federal, ya existían en todo el te-

territorio del Río de la Plata organizaciones de proxenetas dedicadas a la trata de blancas y al negocio de la prostitución. Basta con recordar la tristemente célebre Sociedad Israelita de Socorros Mutuos “Varsovia”, conocida posteriormente como “*Zwi Migdal*”, organización criminal que llegó a administrar más de 2000 prostíbulos a lo largo y ancho del territorio nacional ⁶. Para esa época, regía en todo el país el sistema reglamentario de la prostitución, que implicaba su legalización como cualquier otra actividad sometida al contralor del Estado, todo lo cual nos permite avizorar que el fenómeno del tráfico y explotación de seres humanos no es nuevo en Argentina, ni mucho menos, es más antiguo de lo que creemos. Repárese en que la expresión “trata de blancas” ya fue utilizada en la Conferencia de París de 1902 con el fin de diferenciarla del comercio de esclavos negros de gran desarrollo en la Europa del siglo XIX ⁷.

El 17 de diciembre de 1936, se sancionó la Ley 12.331 ⁸, conocida como “Ley de profilaxis”-actualmente en vigencia-, por medio de la cual se prohibió en todo el territorio nacional el establecimiento de casas o locales en donde se ejerza la prostitución o se incite a ella (art.15), castigándose con pena de multa el sostenimiento, administración o regenteo de casas de tolerancia (art. 17). Esta ley significó un cambio de modelo en la regulación del ejercicio de la prostitución, pues pasó del sistema reglamentarista entonces en vigor a un régimen abolicionista, modelo que, si bien no prohíbe el ejercicio de la prostitución, la tolera (no la regula) marginándola de la ley penal pero aboliendo o penalizando su explotación por terceros.

Muchos años deberían pasar para que la trata de personas se incluya por primera vez en el elenco de delitos del código penal, lo cual se produce –como antes se dijo- en el año 1968 mediante la ley 17.567, cuyo art. 127 bis contempló, con limitados alcances, penando con reclusión o prisión de tres a seis años, la promoción o facilitación de la entrada o salida del país de una mujer o de un menor de edad, para que ejerzan la prostitución, texto que –luego de una breve restauración del orden constitucional- se reeditó con la Ley 21.338 de 1976, siendo mantenido posteriormente, ya recuperado el sistema democrático, por la Ley 23.077 de 1984.

En 1999, una nueva reforma modificó el escenario de los delitos sexuales. La ley 25.087, introdujo cambios significativos en el Título III del Cód. penal, especialmente entre los delitos relacionados con la prostitución. Con respecto a la trata de personas, con un texto no muy satisfactorio, se limitó a penalizar la trata internacional de mayores y menores de edad, con fines de prostitución. La Argentina emergía como un país orientado a lucha contra la trata de personas, pero muy lejos de las exigencias normativas internacionales.

Hasta que en el año 2008, se sancionó la Ley 26.364 de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas, por medio

de la cual se derogó las disposiciones de la Ley 25.087, adaptándose la normativa a los requerimientos del Protocolo de Palermo. Cuatro años después, el 27 de diciembre de 2012, Argentina vuelve sobre sus pasos y sanciona la Ley 26.842, por medio de la cual se produce una reforma integral de la Ley 26.364, incorporándose un nuevo modelo de regulación del delito de trata de personas y nuevas figuras vinculadas a la prostitución, cuyas características más relevantes serán analizadas a continuación.

Puntos de conflicto y falencias en la Ley 26.842.

Una simple comparación entre la ley 26.842 y la derogada Ley 26.364, permite inferir la existencia de diferencias esenciales entre ellas con respecto al delito de trata de personas. Escasos puntos de contacto y muchas diferencias.

Pero, a nuestro entender, existen ciertos aspectos en la nueva normativa que, por su interés e importancia, merecen un tratamiento más específico y detenido: nos referimos a la nueva modalidad de trata introducida *ex novo* por la ley, en estrecha vinculación con los medios comisivos que actúan como manifestación agravatoria de la conducta; la armonización e interpretación de los conceptos “violencia” y “explotación” empleados en la ley, así como de otros términos previstos en otras recientes leyes de reforma, por ej. las expresiones “género” y “aprovechamiento” de las leyes 26.791 y 26.847 que, a nuestro ver, necesitan de una adecuada interpretación; la problemática del consentimiento y su relación con el bien jurídico tutelado; y, finalmente, las modificaciones operadas en los delitos relacionados con la prostitución.

Por razones de espacio, no se hará un estudio dogmático de las distintas formas de explotación previstas en la nueva ley, ya que se excederían los límites aconsejables de la presente comunicación, sino que nuestro trabajo se habrá de circunscribir a la problemática planteada por la nueva modalidad de “trata con fines de explotación sexual”.

Una nueva modalidad de trata. Los medios comisivos.

La ley 26.364, siguiendo los pasos del Protocolo de Palermo, entendía por “trata” a la “captación, transporte y/o traslado –ya sea dentro del país, desde o hacia el exterior-, la acogida o la recepción de personas mayores de dieciocho años de edad, con fines de explotación, cuando mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima, aun cuando existiere asentimiento de ésta”. La fórmula –como se puede percibir claramente- regulaba una modalidad de trata de mayores de edad,

toda vez que, la trata de menores de dieciocho años, no obstante mantenerse en el ámbito de una misma definición que la de mayores de esa edad, fue ubicada en otra disposición pudiendo cometerse, además, bajo la modalidad de “ofrecimiento” de la mercancía, dejándose a salvo en forma expresa que el consentimiento del menor, en estos supuestos, carecía de todo valor desinriminatorio.

La reforma de la Ley 26.842, implicó un cambio de gran calado. No sólo se decantó por un nuevo concepto de trata, sino que distorsionó el sistema de regulación anterior (alejándose de las directrices internacionales en la materia), generando áreas de conflicto de insospechables consecuencias futuras. Veamos.

Según el nuevo art. 145 bis, se entiende por trata “*el ofrecimiento, la captación, el traslado, la recepción o acogida de personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países, aunque mediere el consentimiento de la víctima*”. En el art. 145 ter se regulan, a su vez, las circunstancias agravantes, entre las que destaca la motivada por razones de minoridad, con el siguiente texto: “*Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años, la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión*”.

Vale decir que, como se puede apreciar claramente, el tipo básico del art. 145 bis incorporado por la Ley 26.842 prevé una nueva modalidad de delito de trata de personas, la “*trata voluntaria de mayores de edad*” (de 18 años), extraña no sólo a nuestros precedentes legislativos, sino también a los antecedentes internacionales en la materia. Como se podrá suponer, esta nueva clase de trata introducida por la Ley 26.842, necesita de una correcta interpretación pues, una primera mirada del nuevo precepto legal permite avizorar una notoria contradicción: mientras por un lado excluye de la figura básica los medios fraudulentos, violentos o abusivos (que caracterizaban, precisamente, a la figura derogada -e identifican al concepto internacional de trata- y, en el tipo legal en vigencia, son circunstancias de agravación), por otro lado establece la inoperatividad del consentimiento de la persona interesada.

Frente a este nuevo escenario, entonces, debemos preguntarnos ¿es posible concebir una modalidad de trata “con el consentimiento del interesado o titular del bien jurídico protegido”?⁹. De acuerdo a la normativa internacional (Protocolo de Palermo), que la Argentina ratificó, la trata de personas sólo es posible en un marco situacional en el que predominan los medios fraudulentos, violentos o abusivos; vale decir, que estos medios comisivos son inherentes, consustanciales, al concepto de trata, de manera que el consentimiento sólo podría perder toda eficacia desinriminatoria cuando concurrieran, precisamente, tales medios comisivos. Con otros términos, no puede concebirse una situación de trata “con el acuerdo del titular del bien jurídico protegido”. Por lo tanto, si media el consentimiento de la persona interesada, quiere decir que no existió, en la trama del convenio, ningún medio con las características

señaladas que haya puesto en peligro o afectado la capacidad de acción y de decisión de la persona interesada.

El empleo de medios fraudulentos, violentos o abusivos, son de la esencia del fenómeno. Toda situación de trata presupone una situación de dominio y sometimiento de una persona, esto es, la anulación o disminución de su voluntad, de su capacidad de discernimiento y autodeterminación libremente manifestada, circunstancias que ponen de manifiesto la ilegalidad de las conductas de trata y, por supuesto, la justificación de la intervención penal. La trata sólo puede ser ilegal en la medida de que se la lleve a cabo mediante la concurrencia de ciertos y determinados medios que producen aquellos resultados, esto es, la anulación de la capacidad de autodeterminación de la persona para expresarse libremente en los actos de su vida. No es posible una situación de “trata voluntaria”, que es, precisamente, la situación que regula el nuevo texto del art. 145 bis del Cód. penal.

Esta conclusión, a nuestro modo de ver, resulta incuestionable, por cuanto, si concurrieren –en la situación de tráfico- los medios abusivos, violentos o fraudulentos, el hecho se desplazaría al tipo agravado previsto en el inc. 1º del art. 145 ter, cuyo texto incrementa la pena del tipo básico hasta 10 años de prisión cuando “*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*”. Todo lo cual permite inferir que, la figura del artículo 145 bis, a diferencia de la regulación del texto derogado de la Ley 26.364, describe una forma de “trata (¿?) voluntaria de mayor de edad”, circunstancia que, a simple vista, carece de relevancia para justificar la intervención del derecho penal.

Si los medios violentos, fraudulentos o abusivos son esenciales al concepto de trata y, al mismo tiempo, también son elementos esenciales del tipo agravado, entonces se estaría violentando el principio “*nos bis in idem*”, que impide que un mismo elemento sea valorado doblemente, como elemento necesario del tipo básico y, al mismo tiempo, del tipo agravado¹⁰.

El delito de trata, entonces -como se puede apreciar-, sólo es posible en la medida que la conducta vaya acompañada del empleo de medios violentos, fraudulentos o abusivos, que actúen contra la voluntad de la persona titular del bien jurídico protegido y afecten su capacidad de autodeterminación o autonomía personal. De lo contrario, la conducta debe quedar extramuros de la intervención punitiva.

La problemática del consentimiento y el bien jurídico protegido. ¿Libertad sexual o dignidad personal?.

Durante la vigencia de la Ley 25.087/99, el delito de trata de personas

se encontraba ubicado en el Título III –Delitos contra la integridad sexual- del Cód. Penal, por lo que sostuvimos, entonces, que el bien jurídico afectado era la libertad sexual de la persona, a la que entendíamos como el “derecho de toda persona a su autorrealización o autodeterminación en el ámbito de su sexualidad”¹¹. Tras la reforma de la Ley 26.364/08, el precepto se situó fuera de los delitos sexuales para ubicarse sistemáticamente en el Título V –Delitos contra la libertad- del Cód. penal, modificación que no significó un cambio sustancial en torno al bien jurídico protegido, por cuanto el delito continuaba ubicado, en definitiva, bajo una misma rúbrica, en tanto se entienda –como lo hacemos nosotros- que la “libertad sexual” no es más que un segmento, una parcela, de la libertad personal como bien jurídico general¹². Por lo tanto, la trata de personas continuaba siendo un delito “contra la libertad personal o individual”.

Esa fue la voluntad del legislador de 2008, esto es, no dejar fuera del ámbito de los delitos contra la libertad a la trata de personas. Si la idea o la finalidad del legislador hubiera sido otra distinta, entonces no tenía más que dos opciones posibles: ubicar la figura en otro Título distinto que en el que se encontraba o crear un Título nuevo, por ej. Delitos contra la integridad moral o contra la dignidad personal, o como lo hizo el legislador español con la LO 5/2010 al incluir al código penal el Título VII bis –De la trata de seres humanos-. Nada de esto se hizo, por lo que hubo que seguir pensando que la trata de personas era un delito de peligro contra la libertad individual.

La nueva reforma de la Ley 26.842 no significó tampoco ningún cambio significativo en este sentido. La nueva figura de trata de personas creada por la ley 26.842 (art. 145 bis) continuó en el mismo Título V del Cód. penal, al igual que en la normativa derogada. Por lo tanto, no queda otro camino que seguir pensando que la voluntad del legislador ha sido la misma que le vez anterior, pues, pudiendo acudir a las opciones antes mencionadas, no lo hizo, entonces, no cabe más que concluir en que la voluntad legislativa ha sido no erradicar la trata de personas de entre aquellos delitos que afectan o ponen en peligro la libertad individual de las seres humanos.

Siendo que la libertad es un bien jurídico de carácter individual, disponible por su titular, no existe ningún obstáculo que impida sostener que el consentimiento del sujeto pasivo posee plena relevancia desinriminatoria. Pensemos en el tráfico de personas con fines de explotación sexual, en el que el sujeto pasivo presta su consentimiento para su traslado al extranjero en donde ejercerá la prostitución, situación que queda enmarcada en el nuevo art. 145 bis cuyo último párrafo posibilita la comisión del delito “aunque mediar el consentimiento de la víctima”. En esta hipótesis no podría afirmarse que la conducta del traficante pone en peligro la libertad sexual del sujeto pasivo, porque se trata, precisamente, de un bien jurídico disponible por su titular. Tampoco estaría

afectada su “dignidad” como persona humana, pues –como dice De León Villalba- el atentado contra ésta se produce “cuando la persona ve negada su plena capacidad de decidir, cuando la pérdida de la dignidad hace que pierda sus condiciones de ser libre, de forma que no quepa atribuir la conducta como propia...en definitiva, el respeto a la dignidad de toda persona impediría que sea tratada como un objeto o instrumento por parte del Estado o por los demás, convirtiéndose en mera entidad sustituible”¹³.

Por otra parte, si bien es cierto que en muchos casos la realidad nos muestra situaciones de verdadero desvalor de la persona humana, en las que se les niega el más mínimo tratamiento que merecen las víctimas por su sola condición de persona (por ej. casos de secuestros, violaciones sexuales, imposición de condiciones serviles, etc.), produciéndose una salvaje afectación a la dignidad humana, no lo es menos que no se percibe en el art. 145 bis la presencia de ningún elemento que permita inferir una lesión o un peligro para la dignidad personal, toda vez que los medios comisivos que podrían tener entidad para apoyar fundadamente una tesis según la cual el bien jurídico protegido en el tipo básico de trata de personas es la dignidad humana, han sido recogidos en el subtipo agravado previsto en el inc.1º del art. 145 ter, cuyo texto aumenta la penalidad en una escala de 5 a 10 años de prisión, cuando mediarre 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.

En el marco de estos lineamientos, creemos que una interpretación restrictiva del tipo básico previsto en el art. 145 bis, sumada a la variable del bien jurídico protegido, impone exigir, como mínimo -cuando el traslado, el ofrecimiento, la captación, la recepción o el acogimiento del titular del interés protegido, se concreta con su consentimiento-, la puesta en peligro de ese tal bien jurídico, que no es otro, según nuestro ver, que la libertad de la persona humana.

Insistimos, en los casos de trata involuntaria, ninguna de las acciones típicas podría concretarse sin el auxilio de alguno de los medios específicos previstos como fundantes del subtipo agravado en el art. 145 ter. No resulta lógicamente posible un supuesto de trata forzada, violenta o abusiva “con el consentimiento del sujeto pasivo”. Ni tampoco un caso de “trata voluntaria”, de mayores de edad, con el empleo de tales medios. Da toda la sensación de que el legislador, al redactar el precepto penal en cuestión, o no dijo todo lo que tenía pensado decir, o dijo más de lo que debió haber dicho.

Como venimos exponiendo, en el art. 145 bis no se percibe en modo alguno una pista que nos conduzca hacia un desvalor de acción exigible relacionado con la afectación de la libertad o de la dignidad del titular del bien jurídico protegido, salvo que se piense que el indicio de ese tal

desvalor se encuentra en los “fines de explotación” del traficante, con lo cual estaríamos introduciendo una presunción (de peligrosidad *ex ante* para un bien jurídico difuso, como lo es, ciertamente, la dignidad humana, predicable –por otra parte- de innumerables figuras delictivas) de que todo tráfico de personas con fines de explotación (sexual) es trata, por cuando dicha conducta pone en peligro ciertos derechos del sujeto pasivo, aun cuando, en el caso concreto, no suceda tal cosa.

Sostener que la dignidad humana es el bien jurídico protegido en los supuestos de trata voluntaria de mayores de edad, no es otra cosa que un artificio discursivo para evitar una interpretación restrictiva del tipo legal que convalide los principios directrices de un derecho penal pluralista y democrático, como son, ciertamente, los principios de mínima intervención y de proporcionalidad, con el consiguiente peligro de que una exagerada protección del bien jurídico produzca una confusión con criterios de moralidad y, consecuentemente, una regresión a la protección de la moral sexual colectiva ¹⁴.

Entendemos que solamente podría argumentarse de que, en estos casos, no resulta únicamente afectada (o puesta en peligro) la libertad sexual del sujeto pasivo sino también su dignidad como ser humano, si en la situación de tráfico la conducta va acompañada del empleo de medios violentos, engañosos o abusivos, mecanismo a través del cual se estaría convirtiendo al delito de trata en un delito pluriofensivo, cuya comisión vulneraría una pluralidad de bienes jurídicos, lográndose, de esa manera, dotar de mayor legitimidad la intervención penal ¹⁵. Pero, entre nosotros, que según vimos, la trata es un delito contra la libertad personal –que es el bien jurídico preponderante-, tal interpretación no sería posible, por la simple razón de que los medios comisivos que anulan o restringen la voluntad de la víctima están previstos para la modalidad agravada, no para la figura básica del art. 145 bis, que regula –como antes se dijo- un raro delito de trata voluntaria de mayores de edad, circunstancia que excluye toda posibilidad de explotación y, por ende, del propio delito de trata.

Ciertamente que la dignidad humana podría estar en juego, podría verse afectada, en las conductas de tráfico, como también podría suceder lo mismo con otras tantas conductas delictivas, (si no, repárese en la violación sexual, en el secuestro extorsivo, en la sustracción de menores o venta de niños, en los casos de violencia de género, inclusive se podría pensar en los delitos migratorios, etc.) que revelan situaciones en las que la persona es considerada una cosa o una mercancía y, sin embargo, a nadie se le ocurriría sostener la idea de que se trata de delitos pluriofensivos. La dignidad humana sólo podría verse perturbada cuando el autor haga uso de medios engañosos, violentos o abusivos, que anulan o degradan la voluntad de la persona convirtiéndola en un mero instrumento del sujeto activo, para lograr la explotación de la víctima, por sí mismo o por terceros. Pero, no se advierte lesión alguna de la dignidad humana

en aquellos comportamientos en los que la involucración de la persona adulta en una acción de contenido sexual sea la consecuencia de la expresión de su libre voluntad ¹⁶.

Al respecto, la doctrina tiene dicho que en la situaciones de tráfico, la cuestión no reside en si existe o no el propósito de explotación sexual -hay que superar el ámbito de los propósitos-, sino que el dato relevante es que al contar con el consentimiento y no concurrir ningún medio específico que limite su libre autodeterminación, falta el mayor contenido o lesividad del injusto para el bien jurídico, es decir, el peligro concreto para la libertad sexual que expresa el elemento esencial del tipo agravado: explotación sexual ¹⁷.

Distinto sería el razonamiento y, por supuesto las conclusiones, si, como antes dijimos, el legislador hubiera creado un nuevo Título y un nuevo *nomen juris*, por ej. “Delitos contra la dignidad del ser humano”, así como hizo con otros valores e intereses colectivos (por ej. el Título XIII, Delitos contra el orden económico y financiero), de manera que permita calificar a la trata de personas como un delito contra la dignidad personal o contra los derechos fundamentales de la persona humana.

No obstante, aun así sería difícilmente aprehensible un bien jurídico tan vago y difuso como la dignidad personal, puesto que el sujeto pasivo, al prestar su consentimiento para su explotación sexual, impediría sostener la tesis de que todo tráfico ilegal supone considerar a la persona como cosa, como una mercancía o como un objeto negocial o mercantilizado.

Si la conducta típica –como surge de art. 145 bis- se puede realizar “con el consentimiento de la víctima”, mayor de edad– ya que los medios engañosos, violentos o abusivos, insistimos, fueron desplazados al tipo agravado, y la condición de menor de edad configura un subtipo agravado-, entonces parece difícil sostener la idea de que en estas clases de conductas el sujeto pasivo quede reducido a la condición de cosa o quede afectada su libertad individual, o, en el caso concreto que más atrás pusimos de ejemplo, su libertad sexual.

Como sostiene Muños Sánchez, es un concepto muy extendido en la doctrina de que la idea de dignidad humana no es un bien jurídico específico y diferenciado, sino que constituye una síntesis de la totalidad de dimensiones físicas y espirituales específicas de la persona humana, que inspira y fundamenta todos los derechos fundamentales. Así, sigue diciendo este autor, un atentado a la dignidad humana sólo es posible a través de la agresión a alguno de los derechos fundamentales en que aquella se manifiesta, sin que haya espacio para para una lesión a la dignidad que no conlleve algún atentado a otro bien jurídico ¹⁸. En una misma dirección, Gracia Martín expresa que “la dignidad humana no es ningún bien jurídico...”, “la dignidad humana es un atributo totalizador, una síntesis de la totalidad de dimensiones físicas y espirituales *específicas* de la persona humana...”, “todo bien jurídico de carácter persona-

lísimo: vida, integridad física, salud personal, libertad, honor, etc., es reconducir finalmente a la dignidad de la persona...” pero la dignidad de la persona no puede ser un bien jurídico “del que pueda deducirse el contenido de injusto *específico* de un determinado comportamiento punible”¹⁹.

Respecto del art. 318 bis del Cód. penal español, introducido al Título XV bis –Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros– por la LO 4/2000, cuya fórmula prevé delitos relacionados con el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas, sobre el que la doctrina ha discutido intensamente la problemática del bien jurídico, se tiene dicho que la tesis de la dignidad como bien jurídico protegido sólo sería asumible en la medida que todo tráfico ilegal o inmigración clandestina conllevara la reducción de la persona a la categoría de cosas y su comercialización...ninguno de los elementos que configuran la definición del tipo básico presupone abuso o cosificación, ni ninguna implica necesariamente, por tanto, peligro para la dignidad. Entender que toda migración ilegal conlleva la degradación del inmigrante, supone desconocer las múltiples modalidades en que una persona puede ejecutar su proyecto migratorio. Inmigrar no es sinónimo de trata de blancas, ni de jugarse la vida en El Estrecho, ni necesariamente lleva aparejada la explotación laboral, ni el sometimiento a situaciones de cuasiesclavitud

²⁰.

Si existe consentimiento de una persona mayor de edad para el ejercicio de la prostitución, no parece que con ello se lesione o ponga en peligro su libertad sexual, aun cuando sea objeto de tráfico. La cosificación o mercantilización de la persona humana presupone el empleo de ciertos y determinados medios que implican su colocación en una situación de dominio, de control y sometimiento que anulan o limitan su capacidad de libertad para decidir o autodeterminarse libremente en su vida sexual. Y esos medios no son otros que aquellos que se caracterizan por su naturaleza violenta o forzada, engañosa y abusiva, lo cual permite sostener la idea de que para la configuración de la trata no es suficiente con el sólo “fin de explotación”, sino que es necesaria la concurrencia de medios violentos, fraudulentos o abusivos que incidan en la capacidad de voluntad del sujeto pasivo, que son elementos inherentes y consustanciales a su concepto.

Por lo tanto, no resulta imaginable una modalidad de “trata voluntaria de persona mayor de edad”, sino sólo aquella que no es más que la única clase de trata que puede concebirse, cual es la trata “involuntaria o sin el consentimiento de la víctima”. Si el sujeto pasivo, mayor de edad, presta su consentimiento para ser trasladado a un país extranjero, o hacia nuestro país, por terceras personas, para ejercer la prostitución, no parece que se esté afectando o poniendo en peligro con tal conducta su libertad sexual²¹, lo cual nos permite inferir que el consentimiento del titular del bien jurídico tiene plena eficacia desincriminatoria.

El delito de trata de personas implica, en su propia esencia, la instrumentalización del sujeto pasivo para el logro de ciertas finalidades, lo cual presupone una víctima en una situación de dominio o sumisión, que sólo es posible anulando o limitando su voluntad de decisión. Y nada de esto se puede lograr sin el empleo de aquellos medios específicos que poseen la potencialidad necesaria para la consecución de tales resultados, que no son otros que los procedimientos fraudulentos, violentos o abusivos, esenciales –como antes se dijo– al concepto de trata.

No resulta imaginable la anulación de la voluntad de una persona “con su consentimiento”, esto es, sin la utilización de procedimientos engañosos, violentos o abusivos que produzcan ese resultado, situación que contradictoriamente se describe en el nuevo art. 145 bis. Con otros términos, ¿cómo se puede lesionar o poner en peligro la libertad de una persona que ha prestado el acuerdo o el consentimiento para la realización de la conducta y sin que el autor haya empleado medios tendientes a degradar o anular su voluntad?. Estos procedimientos (coactivos o abusivos) –se tiene dicho– configuran el escenario de sometimiento característico de la trata²². ¿Es posible imaginar el delito de trata de personas con el consentimiento del sujeto pasivo mayor de edad, cuando el aspecto que singulariza esta modalidad criminal es, precisamente, la coacción e instrumentalización de la persona?.

Una situación de tráfico presupone ausencia de libertad en el sujeto pasivo. No se puede hablar de trata “en libertad”. Los medios comisivos –aun cuando no estén expresamente previstos en la ley, como en nuestro caso el art. 145 bis– son de la esencia del concepto de trata, toda vez que sólo con su empleo se puede llegar a generar la situación de dominio, control y sometimiento del sujeto pasivo; dicho de otro modo, es sólo a través del empleo de tales medios (engañosos, violentos o abusivos) que se puede llegar a anular o limitar la voluntad (o libertad) de la persona humana²³.

La trata con consentimiento (aunque viciado) de la víctima sólo es posible en los casos de personas menores de edad, ya que la ley reconoce que no pueden consentir válidamente en someterse a las finalidades de explotación perseguidas por el traficante. La hiperprotección de la ley, al convertir la situación de trata de menores de edad en un subtipo agravado, con la necesaria consecuencia de un fuerte incremento penológico, se justifica no solo por el mayor contenido de injusto que se aprecia en este tipo de situaciones sino por la preexistente situación de vulnerabilidad en que se encuentran estos grupos de riesgo.

Sin embargo, la ley establece una misma receta dogmática para el delito de trata de mayores como para el de menores de edad, con la única diferencia que, para este último caso, prescribe un tratamiento penológico más intenso. En ambos supuestos, para la ley (error que antes ya hemos puesto de relieve), el consentimiento carece de eficacia desincentivante.

Por último, una interpretación distinta a la que venimos sosteniendo, podría generar una confusión de insospechables consecuencias con el delito de inmigración ilegal previsto en el art. 116 de la Ley 25.871, por cuanto, tanto éste como el delito de trata de personas previsto en el art. 145 bis Cód. penal, pueden ser cometidos con el consentimiento del sujeto pasivo (en el primero es requisito implícito esencial al tipo) y con el propósito del autor de lograr una finalidad concreta: en el delito migratorio un determinado beneficio, que debe ser de carácter económico²⁴ y en la trata la explotación de la persona, que también puede ser de contenido económico, por ej. si se persigue la explotación de servicios sexuales ajenos. Repárese en el hecho de que, para el nuevo art. 145 bis, sólo hay trata si se realiza algunas de las conductas típicas con el propósito de la explotación de la persona (por ej. la sexual), sin que importe si el sujeto pasivo consiente en su traslado con el fin de dedicarse a la prostitución en el país, en donde no está regulada como una actividad laboral lícita pero tampoco está prohibida; en estos casos, ¿se podría afirmar que estamos ante una hipótesis de explotación de la persona, aunque no exista peligro alguno para la libertad sexual del inmigrante irregular?

Sobre esta cuestión –respecto de una fórmula legal, de parecidas características, del derecho extranjero– se ha puesto de relieve que “la trata de personas vendría a ser un supuesto especial de tráfico ilegal de personas, en el que lo determinante no es la entrada o la residencia ilegal, sino la forma en la que se favorece el tránsito de la persona. En la medida en que se exige que la conducta se realice mediante violencia, intimidación, engaño o abuso de situación de vulnerabilidad de la víctima, se pone de manifiesto que entre la persona que favorece el tránsito y la persona que es objeto del mismo debe darse una clara situación de desigualdad. Esta situación es la que, en última instancia, permite ver a la persona que entra en el país como un objeto de tráfico o de comercio, es decir, como una mera mercancía. El propósito de explotación puede ser, ciertamente, un elemento fundamental en este tipo de conductas, pero la principal diferencia con respecto al tráfico ilegal de inmigrantes se encuentra en el hecho de que se centre la atención no en el carácter ilegal de la entrada o la residencia, sino en la forma en la que se favorecen esa entrada o esa residencia. Si se favorece la entrada de una persona en un determinado Estado con la intención de explotarla, pero no media violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación de vulnerabilidad, no habrá propiamente “trata de personas”. Es cierto que lo normal es que se empleen esos medios para llevar a cabo la explotación u obtener algún beneficio de carácter económico, pero la cosificación del inmigrante, que es lo más grave de su mercantilización, viene determinada, en todo caso, por la forma de favorecer el tránsito y no por esa finalidad de explotación²⁵.

De aquí que se torna imprescindible, desde un punto de vista sistemá-

tico, saber en qué consisten, o cuál es el alcance, de los conceptos de violencia y explotación empleados por el legislador en varios tipos penales incluidos en la reforma de la ley 26.842, así como los conceptos de “género”, introducido en el inc.11 del art.80 CP (Ley 26.791) y “aprovechamiento” incorporado en el art. 148 bis por la Ley 26.847, temas que vamos a desarrollar brevemente a continuación.

Género, violencia, explotación y aprovechamiento. Posibles interpretaciones.

En el código penal se emplean los términos “género”, “violencia”, “explotación” y “aprovechamiento” en diversas figuras delictivas y con distintos sentidos. Urge, por ello, desentrañar su significación y alcance.

Por lo general, la expresión *violencia* se usa como medio comisivo de un delito, en el sentido neutral y convencional del vocablo, como por ej. la violencia en el robo, en la extorsión, en ciertos abusos sexuales, etc., entendiéndose por tal, el despliegue de una energía física ejercida sobre o contra la persona de la víctima. El empleo de violencia siempre anula o restringe la voluntad de la víctima. Es la forma en que debe entenderse el concepto de violencia en la trata de personas ²⁶.

También encontramos un concepto de violencia en el inc.11 del art. 80 Cód. penal, incorporado recientemente por la reforma de la ley 26.791 de 2012, referido específicamente al delito de femicidio, cuyo texto reprime con pena de reclusión o prisión perpetua, al que matare a una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare *violencia de género*. Esta nueva expresión “violencia de género”, introducida al digesto punitivo no equivale, ni tiene el mismo significado, ciertamente, que la violencia a que hemos hecho referencia más arriba. Una cosa es la violencia en su sentido tradicional (concepto neutral del vocablo) y otra muy distinta la violencia de género, cuyo origen es socio-cultural, con un sentido eminentemente estructural y con un ámbito específico de aplicación. Violencia de género, entre nosotros, es “violencia contra la mujer”, en el sentido dado por el art.4^a de la ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que Desarrollan sus Relaciones Interpersonales ²⁷. La violencia de género, a diferencia de la violencia neutral, presupone un ambiente determinado de comisión, ya que importa un nivel de agresión que se produce en un contexto de sometimiento y subordinación de la víctima, que en todos los casos debe ser una mujer.

A su turno, el término *explotación* aparece en los artículos 127 (rufianería) y 145 bis (trata de personas), mientras que el concepto de *aprovechamiento* se ubica como elemento típico del delito de explotación del trabajo infantil, previsto en el nuevo art. 148 bis del Cód. penal incorporado por la Ley 26.847 de 2013 ²⁸.

En los casos previstos por los arts. 127 y 148 bis del Cód. penal, entendemos que la interpretación debe ser la misma. La explotación (sexual, laboral, etc.) a que aluden estos artículos no puede ser otra que una forma de “*explotación consentida lucrativa*”, esto es, llevada a cabo con la finalidad de obtener un lucro o una ventaja de contenido económico o patrimonial.

En la hipótesis regulada por el art. 127, evidentemente, no se trata de una modalidad coactiva de explotación de la persona que ejerce la prostitución, situación que se puede lograr a través del empleo de medios violentos, intimidatorios, coercitivos o fraudulentos, por cuanto –en tal caso– estaríamos en presencia de un atentado contra la libertad sexual del sujeto pasivo, circunstancias expresamente previstas entre las formas agravadas del segundo párrafo, numeral 1º, del mismo art. 127.

Resulta un contrasentido imaginar una explotación bajo la modalidad abusiva, violenta o engañosa, “con el consentimiento” de la persona (mayor de edad) que ha decidido, libre y voluntariamente, ejercer la prostitución. Todo lo cual permite concluir que, si el sujeto activo hubiere empleado un medio coactivo o abusivo (por ej. imponer coercitivamente el ejercicio de la prostitución) con la finalidad de obtener un lucro, el hecho se desplazaría a la modalidad agravada del segundo párrafo del art. 127.

Por lo tanto, interpretamos que la situación que regula el primer párrafo del artículo 127, consiste en una actividad sexual retribuida realizada por una persona mayor de edad, situación que –desde nuestro punto de vista– debe quedar marginada del derecho penal. De otro modo, no se explica porque el legislador, en este supuesto, ha limitado –a nuestro ver, arbitrariamente–, el derecho de la persona prostituida a tomar una decisión sobre las ganancias obtenidas del ejercicio libre y voluntario de la prostitución, mientras que en otra interpretación, por otro lado ha establecido la edad mínima para la iniciación sexual de las personas a partir de los 13 años de edad, como surge del texto del art. 119 del Cód. penal. Por un lado, autoriza una relación sexual, pero por otro lado prohíbe qué hacer con ella. Otro ejemplo puede aclarar aún más lo que pretendemos explicar: ¿qué razones podrían justificar que, por una parte, se autorice a un menor de 16 años a modificar su sexo (convertirse en hombre o en mujer), cuando así lo desee, según las previsiones de la Ley N° 26.742 de Identidad de Género²⁹, mientras que, de otra parte, prohíbe a una persona mayor de edad a disponer como mejor le plazca de su libertad sexual, castigando su propia explotación sexual en el art. 127?

Si entendiéramos el concepto de explotación (como lo hace alguna doctrina)³⁰, en el sentido que nos propone el Diccionario de la Lengua, esto es, “Utilizar en provecho propio, por lo general de un modo abusivo, las cualidades o sentimientos de una persona, de un suceso o de una circunstancia cualquiera”, entonces quedaría vacío de contenido el art. 127, por cuanto los comportamientos coactivos o abusivos (contra mayores

o menores) configuras formas agravadas del delito, no elementos constitutivos de la figura básica.

Lo que debería castigarse es la explotación lucrativa de la prostitución, impuesta coactiva o fraudulentamente a personas mayores de edad, y abusivamente, por explotación de una especial necesidad preexistente o una situación de vulnerabilidad, a personas menores de edad.

Una idea similar se puede sostener respecto del término “*aprovechamiento*” que se enuncia en el art. 148 bis del Cód. penal, incorporado por la ley 26.847. Aquí, si bien el legislador no empleó el término “explotación” en el literal de la norma, hay que formular al respecto dos consideraciones: una, que el tipo penal no prevé agravantes, como en los casos de los delitos relacionados con la prostitución, de manera que, por tal motivo, se deba entender que se trata de una situación “voluntaria” de explotación y la otra, que el sujeto pasivo del delito debe ser siempre un menor de cierta edad (menor de 16 años), razón por la cual el consentimiento que pudiere prestar el menor carece de toda validez, razones que conducen a pensar que, mientras por una parte la voz “aprovechamiento” debe entenderse como “finalidad lucrativa o económica”, por otro lado, la mera acción de aprovecharse ya implica una forma de abuso o explotación en sí misma, teniendo en cuenta que la víctima es una persona menor de edad que requiere una protección adicional de la ley, por integrar un grupo humano de alto riesgo, por cuanto comportamientos de esta clase ponen en grave peligro no sólo la vida o la salud del menor, así como también otros intereses igualmente relevantes que merecen ser protegidos, como por ej. la educación, sino que significan un grave atentado a su dignidad personal ³¹.

Por lo tanto, se puede concluir en que el art. 148 bis describe una situación de “aprovechamiento económico abusivo de un menor de edad”, conducta que, si bien no requiere para su consumación de la concurrencia de medio comisivo alguno con potencialidad para doblegar la voluntad de la víctima, se muestra como una acción abusiva por la sola condición de minoridad del sujeto pasivo, modalidad delictiva que justifica, por esa sola razón, la intervención punitiva del Estado.

IV. La explotación de la prostitución ajena. Proxenetismo. Rufianismo

En forma paralela a las modificaciones introducidas al delito de trata de personas, el legislador intervino también en ciertas figuras que tienen relación con el fenómeno de la prostitución, imponiendo reformas de gran calado a los delitos de proxenetismo y rufianismo, previstos en los nuevos artículos 125 bis y 127 del Cód. penal, con sus respectiva agrava-

vantes.

4.1. **Proxenetismo.** El art. 125 bis establece una pena de cuatro (4) a seis (6) años de prisión para quien *promoviere o facilitare la prostitución de una persona, aunque mediare el consentimiento de la víctima*. A su turno, en el art. 126 se regulan las circunstancias agravantes, estableciéndose la pena de cinco (5) a diez (10) años de prisión, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:

1. *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. *El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín 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 la víctima.*
3. *El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.*

Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión.

Una novedosa forma de proxenetismo se incorpora a nuestro código penal entre el elenco de figuras ligadas a la prostitución, que se distancia, ciertamente, del esquema que había sido introducido por la Ley 25.087 de 1999 –que queda derogado–, por el que se hacía una distinción entre menores y mayores de 18 años, aumentándose la pena para los casos en que el autor empleare medios fraudulentos, violentos o abusivos.

Sin perjuicio de la pésima redacción del nuevo art. 125 bis, sobre cuya literalidad el legislador insistió en mantener la utilización de términos tan vagos y ambiguos como “promover” y “facilitar”³², el precepto merece la más encendida crítica por cuanto, al tiempo de impedir toda relevancia al consentimiento del titular del bien jurídico tutelado, sin distinguir entre mayores y menores de edad, importa –en los hechos– el castigo del ejercicio de la prostitución de mayores de edad.

La aplicación de una pena a la promoción o al favorecimiento del ejercicio “voluntario” de la prostitución de una persona mayor de 18 años de edad, sea por ofrecimiento de un tercero (proporcionar el lugar: tercería locativa) o por pedido del propio sujeto prostituido, sin que en la realización de las conductas típicas el autor haya empleado algún medio que anule o limite la voluntad o libertad del sujeto pasivo en el proceso de toma de decisión, vulnera el principio de reserva o de autonomía personal establecido como principio cardinal del Estado de Derecho en el art. 19 de la Const. Nacional.

El bien jurídico protegido en el delito de proxenetismo previsto en el art. 125 bis, es la libertad de autodeterminación sexual de la persona titular de ese tal bien jurídico, de manera que la intervención penal estará

vedada cuando la conducta de promover o facilitar el ejercicio de la prostitución ajena no lesione o ponga en peligro la libertad sexual de la persona interesada, lo cual sucede cuando la prostitución es ejercida por una persona mayor de edad, que ha decidido dedicarse a dicha actividad en forma libre y voluntaria. ¿Qué interés jurídico se puede lesionar o poner en peligro en aquellos casos en los que un tercero facilita –presta un local o un departamento- a otro para que ejerza allí la prostitución, más aun cuando la cesión del inmueble haya sido la respuesta a un propio pedido del interesado?.

Ciertamente que el art. 125 bis del Cód. penal, en su actual redacción, no comprende un supuesto de explotación sexual coactiva o abusiva de la prostitución ajena, particularmente por dos razones: una, porque bien puede suceder que el autor no persiga ninguna ventaja o interés (ni lucrativo ni de otra naturaleza) al facilitar el ejercicio de la prostitución del tercero; otra razón reside en que el tipo penal no exige la concurrencia de ningún medio que implique la anulación o restricción de la voluntad de la persona prostituida, de manera que pudiera justificarse, por tal motivo, la intervención penal.

Desde nuestro punto de vista, la intervención –lucrativa o no- en el ejercicio de la prostitución adulta consentida, que por definición excluye la concurrencia de medios engañosos, violentos o abusivos (caso previsto por el art.125 bis), debe quedar al margen de la intervención del derecho penal.

4.2. Rufianismo. Una conclusión similar se puede extraer del análisis del art. 127 (rufianería) introducido por la reforma de la ley 26.842, cuyo texto castiga con prisión de cuatro (4) a seis (6) años, el que *explotare económicamente el ejercicio de la prostitución de una persona, aunque mediar el consentimiento de la víctima*. Con sus agravantes (pena de cinco (5) a diez (10) 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. *El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín 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 la víctima.*

3. *El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.*

Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión.

En nuestros precedentes, la explotación de la prostitución ajena estuvo

tipificada en la Ley 17.567/68 como un castigo a una forma parasitaria de vivir del ejercicio de la prostitución de otra persona, explotando sus ganancias. Pero, a diferencia del texto que rigió durante la vigencia de la ley 25.087/99 –derogada por la actual reforma de la ley 26.842–, aquel tipo penal preveía una modalidad de delito en cuya comisión no importaba el consentimiento de la persona prostituida, con lo cual se teñía de inconstitucionalidad la figura.

En el texto en vigencia se pune, al igual que en aquella reforma de 1968 pero con diferente redacción, una modalidad de rufianismo “*voluntario de mayor de edad*” ya que, mientras por un lado el tipo no exige la concurrencia de ningún medio comisivo que anule o vicie el consentimiento del sujeto pasivo (elementos que han sido desplazados al siguiente artículo como subtipos agravados), por otro lado la explotación económica de la prostitución de “menores de 18 años” está prevista también como un subtipo agravado en el último párrafo del art. 127 ter, que contempla una escala penal que va desde los diez (10) hasta los quince (15) años de prisión.

En este supuesto, al igual que en el que analizamos anteriormente, el bien jurídico tutelado es la libertad sexual de la persona que ejerce la prostitución, interés que sólo puede ser disponible por su titular, y como el tipo regula un caso de “ejercicio libre de dicha actividad”, pues no requiere el empleo de algún medio idóneo que vicie el consentimiento libre del sujeto pasivo –pues, de concurrir alguno de estos medios, el hecho se desplazaría hacia el subtipo agravado del segundo párrafo, numeral 1º, del artículo 127– la conducta será atípica cuando sea realizada con el consentimiento de la persona titular del bien jurídico protegido, que es la persona prostituida.

Sobre esta problemática se ha dicho que, si el concepto de “explotación” (sexual) implica una forma de aprovechamiento, dominación, coerción, manipulación, y en algunos casos sometimiento a servidumbre, a partir de la situación de indefensión, inmadurez o debilidad del menor con relación a su explotador, entonces deben quedar excluidos del ámbito de la explotación los actos sexuales en los que el sujeto pasivo que consiente, ostenta un poder y status similar al del sujeto activo, por ej, el caso del menor con edad para consentir sexualmente que mantiene, libremente, relaciones sexuales con un adulto de edad y status similar. La ausencia de abuso impide que este supuesto pueda calificarse como una forma de explotación³³.

El tipo básico que estamos analizando no prevé –pese a usar el sustantivo abstracto “explotación” en el marco de la frase “explotación económica”–, el uso abusivo, fraudulento o forzado de la prostitución ajena, sino que, por el contrario, la conducta de “explotar” implica, simplemente, el aprovechamiento (sacar ventaja o utilidad en propio provecho), no de una situación de necesidad o vulnerabilidad en que podría encontrarse la persona prostituida (porque puede suceder que esto no ocurra),

sino de las ganancias o ventajas económicas que surge del ejercicio de dicha actividad, que son conocidas y consentidas por aquella. Por lo tanto, el tipo penal no contiene (o exige) un plus adicional de lesividad mayor que el que deriva del mero lucro o ventaja económica que se obtiene de la prostitución ajena³⁴, todo lo cual conduciría a la atipicidad de la conducta por inexistencia de ofensa al bien jurídico protegido.

Es verdad que se puede argumentar que en estos supuestos de explotación económica de la prostitución ajena se vulneran varios bienes jurídicos –además de la libertad sexual–, entre los que se ubicaría en un lugar preponderante la dignidad personal, que obstaría a la validez del consentimiento de la persona prostituida (o que ha decidido ejercerla) por estar su decisión condicionada a factores externos de empuje o de llamada –como son, ciertamente, la economía del país, la inestabilidad política, los conflictos armados, la pobreza, la marginación, la demanda laboral, etc.³⁵– que limitan o determinan su elección, pero no lo es menos que se trata del mismo argumento –que anteriormente hemos criticado– utilizado para justificar la penalización de la “trata voluntaria de mayores de edad” y todas aquellas otras situaciones en que la persona prostituida decide por sí misma, no solamente desplazarse de un sitio a otro, con la ayuda de un tercero, para trabajar en la industria del sexo, sino también cuando decide voluntariamente ejercer la prostitución y entregar sus ganancias a otra persona. Poner todos los huevos en una misma canasta dificulta el análisis y se presta a confusiones muchas veces insalvables, ya que, presuponer que todo desplazamiento de una persona de un lugar a otro para ejercer la prostitución implica una hipótesis de trata o de explotación económica de la prostitución ajena, porque se presume que la voluntad ha estado condicionada por factores de distinto signo que anulan o limitan la libertad de decisión y elección, implica, además de una notoria confusión entre prostitución y trata, una presunción contra reo y, lisa y llanamente, una inadmisibles regresión a un paternalismo inaceptable en un Estado (pluralista) Constitucional de Derecho.

En lo que respecta al rufianismo y al proxenetismo –y, en general, a los delitos relacionados con la prostitución–, se tiene dicho que “estas conductas no implican, aunque puedan concurrir, las de forzamiento, tráfico, tercería coactiva, en la prostitución; si así sucediera, bastaría con castigarlas de ese modo. Pero si se trata de conductas desligadas de la decisión de prostituirse resulta obligado revisar el fundamento de su punición, prescindiendo del juicio moral que pueda merecer quien se dedica a ser rufián o proxeneta: la fuerza expansiva del respeto a la libre decisión de la persona que se prostituye –libertad que no se puede cuestionar en nombre de tragedias personales o familiares que eventualmente hayan determinado esa decisión, pues eso obligaría al Derecho penal a remontarse al campo de las libertades abstractas y absolutas– ha de acarrear la inhibición del Derecho penal en relación con las personas que, por libre decisión de aquella, se vinculan a la práctica de la prostitución,

sea como “protector-amante-mantenido” (rufián), sea como “comerciante del escenario” (proxeneta). No hacerlo, en el fondo, supone negar validez a la decisión tomada, que es una manifestación de disposición del propio cuerpo, al margen de lo reprochable que pueda ser, cosa que no atañe a un derecho de mínimos como es el punitivo”³⁶.

En el derecho español, la reforma de 2003, introdujo una figura semejante a nuestro art.127, que se mantuvo con la reciente reforma del código penal por la LO 5/2010, penándose “al que lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma”, lo que hizo decir a la doctrina de ese país que el delito no sólo plantea problemas de compatibilidad con el derecho penal de acto, pues pareciera que se pretende penalizar más una forma de vida o un tipo de autor (el “chulo” o “proxeneta”) que hecho concretos, sino que la irrelevancia del consentimiento de la persona prostituida hace aún más recusable el precepto pues, en un afán desmedido de paternalismo jurídico, sitúa a ésta en unos niveles próximos a la inimputabilidad o a la incapacidad de obrar, lo que ciertamente puede darse en algún caso, pero no en la mayoría de ellos³⁷.

Si de algo estamos seguros es que la persona que ejerce la prostitución no sólo es persona, sino que también tiene derechos, como cualquier otra, por más reprochable que sea su actividad desde el sensible y difuso prismático de la moralidad. No sería lógico hablar de explotación sexual cuando la finalidad del sujeto activo es lucrarse con el libre ejercicio de la prostitución entre adultos. Tal vez se podría discutir la justificación de la intervención penal en estos casos si enfocamos el problema desde una perspectiva de género, pero claro, depende del espejo en que se mire, será otro tema para otra discusión.

El presente trabajo ha sido realizado con motivo de la publicación del Libro Homenaje al profesor Dr. José Ignacio Cafferata Nores, a nuestro juicio uno de los juristas más notables de la Argentina contemporánea.

BIBLIOGRAFIA

ALONSO ÁLAMO MERCEDES, ¿Protección penal de la dignidad?. A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual, Revista penal, N° 19, 2007, disponible en Internet en www.uhs.es/revistapenal.

BAUCELLS LLADÓS JOAN, El tráfico ilegal de personas para su explotación sexual, en Inmigración y sistema penal, Ritos y desafíos para el siglo XXI, Tirant

- Monografías, N° 434, Valencia, 2006.
- BUOMPADRE JORGE EDUARDO, Tratado de derecho penal, parte especial, T.1, Editorial Astrea, 2009.
- BUOMPADRE JORGE EDUARDO, Trata de personas, migración ilegal y derecho penal, Editorial Alveroni, Córdoba, 2009.
- BUOMPADRE JORGE EDUARDO, Violencia de género, femicidio y derecho penal, Editorial Alveroni, Córdoba, 2013.
- CANCIO MELIÁ MANUEL Y MARAVER GÓMEZ MARIO, El derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal, disponible en Internet en www.saber.ula.ve.
- CREUS CARLOS Y BUOMPADRE JORGE E., Derecho penal, parte especial, t.I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007.
- DE LUCA JAVIER A. Y LÓPEZ CASARIEGO JULIO, Delitos contra la integridad sexual, Hammurabi, Buenos Aires, 2009.
- DÍEZ RIPOLLÉS JOSÉ LUIS, El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual, Delitos contra la libertad sexual, Estudios de Derecho Judicial, N° 21, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- GARCÍA ARÁN MERCEDES, Trata de personas y explotación sexual, Editorial Comares, Granada, 2006.
- FIERRO GUILLERMO JULIO, Ley penal y derecho internacional, vol.2, Editorial Astrea.
- GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS ANDREA, SUSAJ GENTIANA Y ESPADA LAURA REQUENA, La dimensión laboral de la trata de personas en España, RECPC 11-04-2009, disponible en Internet en www.criminet.es.
- GUARDIOLA LAGO MARÍA JESÚS, en El tráfico de personas en el derecho penal español, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007.
- LEVY LARRY, La mancha de la Migdal-Historia de la prostitución judía en la Argentina, Grupo Editorial Norma, Bs.As., 2007.
- LONDRES ALBERT, El camino de Buenos Aires-la trata de blancas, Libros del Zorzal, Bs.As., 2008.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA MARGARITA, La inmigración como delito. Un análisis político-criminal ,dogmático y constitucional del tipo básico del art. 318 bis CP, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2007.
- MAQUEDA ABREU MARÍA LUISA, El tráfico sexual de personas, Tirant lo Blanch, Colección Los Delitos, N° 36, Valencia, 2001.
- MUÑOZ CONDE FRANCISCO, Derecho penal, parte especial, 18ª edición, Tirant lo Blanch Libros, Valencia, 2010.
- MIRÓ LINARES FERNANDO, Política comunitaria de inmigración y política criminal en España, ¿Protección o exclusión penal del inmigrante?, RECPC 10-05-2008, disponible en Internet en www.criminet.es.
- MUÑOZ SÁNCHEZ JUAN, Los delitos contra la integridad moral, Tirant lo Blanch, Colección Los Delitos, N° 20, Valencia, 1999.
- PÉREZ ALONSO ESTEBAN, Tráfico de personas e inmigración clandestina, Edición Tirant lo Blanch Monografías, N° 529, Valencia, 2007.
- PÉREZ CEPEDA ANA ISABEL, Las normas españolas, cuestiones generales, en Trata de personas y explotación sexual (Coord. Mercedes García Arán), Editorial Comares, Granada, 2006.
- POMARES CINTAS ESTHER, El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral, RECPC 13-15-2011, disponible en Internet www.criminet.ugr.es.

QUINTERO OLIVARES GONZALO (con la colaboración de Morales Prats Fermín y Prats Camut Miguel), Curso de derecho penal, parte general, Cedes Editorial, Barcelona, 1997.

RODRÍGUEZ ALBERTO DAUNIS, Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas, InDret, Revista para el Análisis del Derecho, N° 1-2010, disponible en Internet www.indret.com.

RODRÍGUEZ MESA MARÍA JOSÉ, El código penal y la explotación sexual infantil, Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXIII-2012.

SCHNABEL RAÚL A., Historia de la trata de personas en Argentina como persistencia de la esclavitud, disponible en Internet www.mseg.gba.gov.ar;

TROCHON YVETTE, Las rutas de Eros-La trata de blancas en el Atlántico sur, Argentina, Brasil y Uruguay (1880-1932), Taurus Editorial, Bs.As., 2006.

² BO: N° 32.550, 27/12/2012.

³ Promulgada el 29/04/2008.

⁴ María de los Ángeles Verón, “Marita”, fue secuestrada el 3 de abril de 2002, en la ciudad de San Miguel de Tucumán, dando lugar a uno de los procesos judiciales con mayor repercusión social en los últimos años en Argentina.

⁵ Conocida como “Protocolo de Palermo”, la Convención fue firmada el 12/12/2000 y aprobada mediante la Ley N° 25.632 de 29/08/2002.

⁶ Para mayores antecedentes sobre la historia de la prostitución en Argentina y de las organizaciones criminales dedicadas a la trata de blancas, véase Schnabel Raúl A., Historia de la trata de personas en Argentina como persistencia de la esclavitud, disponible en Internet www.mseg.gba.gov.ar; Albert Londres, El camino de Buenos Aires-la trata de blancas, Libros del Zorzal, Bs.As., 2008; Levy Larry, La mancha de la Migdal-Historia de la prostitución judía en la Argentina, Grupo Editorial Norma, Bs.As., 2007; Trochon Yvette, Las rutas de Eros-La trata de blancas en el Atlántico sur, Argentina, Brasil y Uruguay (1880-1932), Taurus Editorial, Bs.As., 2006.

⁷ Conf. Baucells Lladós Joan, El tráfico ilegal de personas para su explotación sexual, en Inmigración y sistema penal pag. 175. Véase, también, un resumen de la evolución de la denominación “trata de blancas” en Fierro Guillermo Julio, Ley penal y derecho internacional, vol.2, pags. 10 y sig., Editorial Astrea.

⁸ BO: 11/01/1937

⁹ Hablamos de “interesado” o “titular del bien jurídico protegido”, por cuanto nos parece una contradicción insalvable hacer referencia a una “víctima que presta su acuerdo” para una determinada conducta.

¹⁰ En igual sentido, Pérez Alonso Esteban, Tráfico de personas e inmigración clandestina, pags.326 y sig., Edición Tirant lo Blanch Monografías, N° 529, Valencia, 2007.

¹¹ Conf. Buompadre Jorge Eduardo, Tratado de derecho penal, parte especial, T.1, Editorial Astrea, pag. 369, 2009. Véase, en la doctrina española, Maqueda Abreu María Luisa, El tráfico sexual de personas, pag. 41, Tirant lo Blanch, Colección Los Delitos, N° 36, Valencia, 2001, quien sostiene la tesis de la libertad sexual como bien jurídico protegido en el delito de trata de personas con fines de explotación sexual.

¹² Confr. Díez Ripollés José Luis, El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual, en Delitos contra la libertad sexual, Estudios de Derecho Judicial, N° 21, pag. 219, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, trabajo en el que afirma que “La libertad sexual se configura como una concreción de la

libertad personal, autonomizada a partir de la variable atinente a la esfera social en la que se desenvuelve, la propia de los comportamientos sexuales. Ello coincide con otros objetos de protección de nuestro código, como la libertad ambulatoria o la libertad de conciencia, que también se sustraen al régimen general de protección de la libertad personal a través de los delitos de coacciones y amenazas”.

¹³ Conf. De León Villalba F.J., Tráfico de personas e inmigración ilegal, cit, por Guardiola Lago María Jesús, en *El tráfico de personas en el derecho penal español*, pag. 142, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007.

¹⁴ Confr. Alonso Álamo Mercedes, ¿Protección penal de la dignidad?. A propósito de los delitos relativos a la prostitución a la trata de persona para la explotación sexual, *Revista penal*, pag. 12, N° 19, 2007, disponible en Internet en www.uhs.es/revistapenal. Con respeto a esta autora, hay que aclarar que en el citado trabajo destaca la crisis del modelo liberalizador de considerar a la libertad sexual el bien jurídico prevalente en estos delitos, inclinándose por la dignidad personal como el bien jurídico en los delitos de trata de personas con fines de explotación sexual y en los delitos relacionados con la prostitución.

¹⁵ Confr., en este sentido, Baucells Lladós Joan, op.cit., pag. 187.

¹⁶ Se cita en doctrina una sentencia del Tribunal Supremo español, en el que afirma que “siendo mayores de edad quienes a la prostitución se dedican, y haciéndolo libremente, es decir, sin ser coaccionados ni engañados y sin que se hubiera abusado de una situación de necesidad o superioridad, la conducta de los imputados resulta impune. Ya no es delito el mero hecho de cooperar o proteger la prostitución de una o varias personas mayores de 18 años, incluso aunque exista aprovechamiento económico. Ahora se exige, cuando de mayores de edad se trata, que exista algunos de los referidos cuatro vicios del consentimiento: coacción, engaño, abuso de superioridad p abuso de situación de necesidad”, citada por Guardiola Lago María Jesús, *El tráfico de personas en el Derecho Penal español*, pag. 169, nota 737, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007..

¹⁷ Conf. Pérez Cepeda Ana Isabel, *Las normas penales españolas: cuestiones generales, en Trata de personas y explotación sexual* (Mercedes García Arán, Coord.) pag. 181, Editorial Comares, Granada, 2006. Aclaremos que la autora comenta la regulación española, que prevé el “fin de explotación sexual” como una modalidad agravada del anterior art. 138 bis, introducido por la LO 11/2003. En la actualidad, la finalidad de explotación sexual integra el tipo básico de trata de personas, en el nuevo art. 177 bis, incorporado por la LO 5/2010.

¹⁸ Conf. Muñoz Sánchez Juan, *Los delitos contra la integridad moral*, pags. 22 y sig., Tirant lo Blanch, Colección Los Delitos, N° 20, Valencia, 1999.

¹⁹ Conf. Gracia Martín Luis, citado por Alonso Álamo Mercedes, en ¿Protección penal de la dignidad?. A propósito de los delitos relativos a la prostitución a la trata de personas para la explotación sexual, *Revista penal*, pag. 4, N° 19, 2007, disponible en Internet en www.uhs.es/revistapenal. Y, en sentido semejante, señala Diez Ripollés que el concepto de dignidad personal es “poco adecuado para caracterizar un bien jurídico”, en *El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual, en Delitos contra la libertad sexual*, pag. 242, Estudios de Derecho Judicial, N° 21, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

²⁰ Conf. Martínez Escamilla Margarita, *La inmigración como delito. Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del art. 318 bis CP*,

pags. 60 y sig., Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2007.

²¹ En este sentido, Pérez Cepeda Ana Isabel, Las normas españolas, cuestiones generales, en *Trata de personas y explotación sexual* (Coord. Mercedes García Arán), pag. 181, Editorial Comares, Granada, 2006. Con respecto a esta opinión, hay que aclarar que la autora entiende que, en estos casos en que concurre el consentimiento del inmigrante y no concurre ningún medio que limite su libre autodeterminación, falta el mayor contenido o lesividad del injusto para el bien jurídico, es decir, el peligro concreto para la libertad sexual que expresa el elemento esencial del tipo agravado: explotación sexual, por lo que debería aplicarse el tipo básico.

²² Conf. Pomares Cintas Esther, *El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral*, RECPC 13-15-2011, disponible en Internet www.criminet.ugr.es. Esta autora cita el art.2.4 Directiva 2011 y art. 4 b) Convenio del Consejo de Europa para la lucha contra el tráfico de seres humanos, de 16-5-2005, que señalan que el consentimiento de la víctima de la trata ante una explotación, prevista (posible) o consumada, no será válido cuando se utilicen procedimientos que anulan o doblegan su voluntad. Por tanto, no hay delito de trata si hay consentimiento válido de la persona (mayor de edad) que es captada, trasladada o acogida.

²³ Esto es algo aceptado en la doctrina, conf. García Arán Mercedes, *Trata de personas y explotación sexual*, pag. 233, Editorial Comares, Granada, 2006

²⁴ Confr. Buompadre Jorge Eduardo, *Trata de personas, migración ilegal y derecho penal*, pag. 115, Editorial Alveroni, Córdoba, 2009. Entiende el concepto de “explotación sexual” como toda actividad dirigida a la obtención de beneficios económicos, García Arán Mercedes, *Trata de personas y ...*, cit. pag. 231.

²⁵ Conf. Cancio Meliá Manuel y Maraver Gómez Mario, *El derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal*, disponible en Internet en www.saber.ula.ve.

²⁶ Conf. Buompadre Jorge Eduardo, *Trata de personas, migración ilegal y derecho penal*, cit., pag. 73: “La violencia es violencia física, que puede recaer sobre el cuerpo de la propia víctima o estar dirigida directamente a ella; pero, también es violencia física, la que se despliega sobre cosas o personas que se oponen a la acción del sujeto, por ej. cuando se hace recaer sobre un tercero para que la víctima preste su consentimiento”. En igual sentido, Creus Carlos y Buompadre Jorge E., *Derecho penal, parte especial*, t.I, pags. 189 y sig., Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007.

²⁷ Para mayores detalles sobre esta cuestión, véase Buompadre Jorge Eduardo, *Violencia de género, femicidio y derecho penal. Los nuevos delitos de género*, pags. 20 y sig., Editorial Alveroni, Córdoba, 2013.

²⁸ Ley N^o 26.847, art. 148 bis: “será reprimido con prisión de 1 (uno) a (cuatro) años el que aprovechar económicamente el trabajo de un niño o niña en violación de las normas nacionales que prohíben el trabajo infantil, siempre que el hecho no importare un delito más grave. quedan exceptuadas las tareas que tuvieren fines pedagógicos o de capacitación exclusivamente. no será punible el padre, madre, tutor o guardador del niño o niña que incurriere en la conducta descripta”.

²⁹ Sobre esta cuestión, véase Buompadre Jorge Eduardo, *Violencia de género, femicidio y derecho penal*, cit., pags. 42 y sig. y 60 y sig.

³⁰ Confr. En este sentido, Rodríguez Mesa María José, *El código penal y la explotación sexual infantil*, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII-2012.

³¹ Conf. Buompadre Jorge Eduardo, Violencia de género, femicidio y derecho penal, cit., pag. 116

³² Véase la crítica de De Luca Javier A. y López Casariego Julio respecto del delito de corrupción de menores (art. 125 CP), en el que se utilizan los mismos verbos “promover” y “facilitar”, Delitos contra la integridad sexual, 147 y sig., Hammurabi, Buenos Aires, 2009. En un mismo sentido, Miró Linares Fernando, Política comunitaria de inmigración y política criminal en España, ¿Protección o exclusión penal del inmigrante?, RECPC 10-05-2008, disponible en Internet en www.criminet.es.

³³ Conf. Rodríguez Mesa María José, El código penal y la explotación sexual infantil, Estudios Penales y Criminológicos, Vol. XXXII-2012.

³⁴ Conf. en un mismo sentido, Rodríguez Alberto Daunis, Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas, Indret, Revista para el Análisis del Derecho, N° 1-2010, disponible en Internet www.indret.com.

³⁵ Véase una detallada explicación de estos factores, en Giménez-Salinas Framis Andrea, Susaj Gentiana y Espada Laura Requena, La dimensión laboral de la trata de personas en España, RECPC 11-04-2009, disponible en Internet en www.criminet.es.

³⁶ Conf. Quintero Olivares Gonzalo, con la colaboración de Morales Prats Fermín y Prats Camut Miguel, Curso de derecho penal, parte general, pags. 450 y sig., Cedes Editorial, Barcelona, 1997.

³⁷ Conf. Muñoz Conde Francisco, Derecho penal, parte especial, 18ª edición, pags. 261 y sig., Tirant lo Blanch Libros, Valencia, 2010.

“LA RACIONALIDAD DE LAS PENAS EN LA ERA GLOBAL”

Por Carlos Alberto Elbert

a).- El “*jus puniendi*”

Desde hace siglos los estados organizan sistemas penales, conforman tribunales destinados a declarar el derecho y finalmente imponen diversos tipos de penas, que han experimentado importantes cambios a lo largo del tiempo¹. Incluso respecto a la pena capital, el más absoluto de los castigos, se ha registrado una evolución histórica tal, que podría autorizar a alguno de sus entusiastas, a hablar de una “*humanización de la muerte*”².

Este proceso histórico mueve a pensar que la *potestad de imponer castigos* es natural y consustancial a la organización del Estado, y que, en consecuencia, sería *imposible* concebir una organización estatal carente de un derecho sancionatorio. Sin embargo, esta hipótesis subsiste, al menos, como lejana utopía en la lucha por sociedades más justas y humanas.

La potestad del castigo no resulta una cuestión clara ni pacífica, y a lo largo de los siglos, distintas construcciones filosóficas procuraron tanto afirmarla como negarla. Tomás Moro, Francis Bacon, León Tolstoi, Anatole France y otros grandes pensadores rechazaron el derecho a castigar, de modo que la idea abolicionista no es para nada nueva en el mundo. Por otra parte, la lista de teorías de índole moral, religiosa, contractual o utilitaria sobre el derecho a castigar es extensa, y debe ser profundizada por obras específicas, como las de Rabossi, Marí y otros autores³. Aquí nos limitamos a señalar que la polémica no ha concluido y que, en general, *se presupone una respuesta afirmativa*, pero por fundamentos más pragmáticos que teóricos, actitud muy generalizada en materia de control social. Un autor que ha atacado frontalmente al argumento de la necesidad del castigo es Sebastian Scheerer, con estos conceptos:

“Una vez que se cree en el “hecho” ficticio de que hasta el momento “ningún Estado y ninguna sociedad ha podido funcionar sin pena o sin una medida similar a la pena (Jürgen Baumann), entonces tampoco hay que reflexionar en clave de futuro acerca de cuáles serían las condiciones sociales en las que el derecho penal no sólo se podría mejorar de modo significativo, sino que harían posible una sustitución de principio “del derecho penal por algo mejor” (Gustav Radbruch). Con ello, se excluye ilegítimamente la posibilidad de una perspectiva crítica hacia la dominación, y de un cuestionamiento serio del derecho penal ante el horizonte de la posibilidad de renunciar a él”⁴.

b).- *Teorías sobre el castigo*

En América Latina, Zaffaroni es el autor que ha criticado más enérgicamente al pluralismo (penas y medidas), los sistemas mixtos, la peligrosidad y las medidas de seguridad. Afirma que el pluralismo es un “*desdoblamiento esquizofrénico del derecho penal*” en el que una parte trata al hombre como una persona que hay que castigar, y la otra como una cosa peligrosa a la que hay que neutralizar⁵.

En la actualidad se considera superada la “ideología del tratamiento” y también se registró, en décadas pasadas, una fuerte resistencia doctrinaria contra ella, porque las *medidas* infligirían sufrimientos aún mayores que las penas, privando al individuo de todos sus derechos y sometándolo al *dominio de los terapeutas*, con frecuencia tan totalitario como el de los sistemas de castigo. Cabe recordar, las opiniones de Foucault, aludiendo a los “especialistas” en el proceso penal:

*“Naturalmente, damos un veredicto; pero aunque haya sido éste provocado por un delito, ya están ustedes viendo que para nosotros funciona como una manera de tratar a un criminal; castigamos, pero es como si dijéramos que queremos obtener una curación”. La justicia criminal no funciona hoy ni se justifica sino por esta perpetua referencia a algo distinto de sí misma, por esta incesante reinscripción en sistemas no jurídicos y ha de tender a esta recalificación por el saber”*⁶.

c).- *Modelos sancionatorios según su finalidad*

En cuanto a los objetivos que se pretende alcanzar mediante la aplicación de las penas, ellos fueron explicados a lo largo del tiempo por teorías vindicativas, (expiacionistas o retributivas), correccionalistas y resocializadoras, que pueden ampliarse por la bibliografía más frecuente. **Sólo cabe señalar que la resocialización ha sido el último hallazgo de las ciencias penológicas, dentro de las teorías de corte utilitarista.** Estas teorías tienen la ventaja de que tratan de asignarle algún sentido positivo a la imposición de castigos, y consideran que el hombre puede ser mejorado en prisión, para que se adapte a la sociedad, y no vuelva a delinquir. Este objetivo orienta a la mayoría de las legislaciones penitenciarias modernas, incluida la de Argentina, y es llevada adelante como una *función declarada* de los sistemas penitenciarios. Sin embargo, esta hipótesis resocializadora está –hace bastante tiempo– en crisis y es criticada mayoritariamente en doctrina. Baste señalar el contrasentido de “preparar para la vida social” a alguien que, justamente, está segregado y sometido a la convivencia forzosa en una *institución total*, o sea, aquella con caracteres absolutos que le impiden ejercer su autodeterminación. Según Erving Goffman (1922-1982), creador del concepto, se trata de:

“Instituciones totalitarias, donde un gran número de individuos perma-

necen aislados del mundo externo por un período relativamente largo, llevando conjuntamente una vida reclusa, cuyas modalidades son minuciosamente reglamentadas”⁷. Ejemplos de estas instituciones serían la cárcel, el manicomio, los hospitales, los cuarteles, los conventos, etc. También puede observarse que la población mayoritaria de las cárceles latinoamericanas está constituida por sectores marginales y de bajo nivel social que, nuevamente en libertad, sólo pueden insertarse en un segmento que no representa a la cultura hegemónica, ni disfruta de sus oportunidades. En otras palabras, se trata de individuos “desocializados” tanto dentro como fuera de la prisión⁸. Ello indica, fuera de toda duda, que la problemática de la exclusión social está estrechamente ligada a la magnitud de la delincuencia, en especial de la dirigida contra la propiedad. Sin embargo, cuando se subraya esta cuestión, llueven las objeciones desde el pragmatismo, indicando que “de este modo no se resuelven los problemas concretos de la prisión”, o que “es muy fácil hacer crítica social sin propuestas concretas para mejorar la prisión”. Se trata, evidentemente, de un círculo vicioso argumental. Y me permito reafirmar el principio abolicionista, según el cual es erróneo sostener que sin propuestas no se pueden hacer críticas válidas. Lo erróneo es, en realidad, defender a la institución carcelaria más allá de su evidente fracaso y capacidad destructiva.

También me permito demostrar que hay sociedades que se encaminan directamente a la eliminación o minimización de las prisiones; me refiero a Suecia, país en el que la cantidad de presos se redujo —entre 2011 y 2012— en un 6%, gracias a las condenas alternativas, por lo cual procedió a cerrar 4 cárceles y un centro de detención preventiva, debido a la escasez de reclusos⁹.

d).- Teoría y práctica de las penas de prisión.

En Argentina, a partir del positivismo y de la obra de Ingenieros y Gómez se prestó intensa atención al sistema penitenciario, a la construcción de cárceles conforme a parámetros modernos, y al estudio de los internos, para clasificarlos y prescribir sus tratamientos individualizados. Desde un punto de vista práctico, puede decirse que esto benefició originariamente al sistema penal argentino, por haber tornado sistemático y “científico” el cumplimiento de penas de prisión. Un Servicio Penitenciario Federal bien capacitado y dotado de recursos, con institutos de todo tipo extendidos por el interior, algunos de ellos con medios adecuados para la inserción laboral, hicieron de nuestro país, a mediados del siglo XX, una especie de avanzada en América Latina; y a lo largo de su trayectoria, el sistema federal tuvo momentos que podrían denominarse sus “épocas doradas”. Actualmente, la reducción del gasto público, el desmantelamiento de los cuadros más capacitados por razones políticas, y la obsolescencia de los recursos disponibles, han ido

sumiendo a los servicios federales en una crisis a la que no escapan tampoco los sistemas provinciales de ejecución penal.

En América Latina puede verificarse en esta materia una contradicción permanente entre la excelente disposición de las herramientas teóricas, o sea las leyes y decretos que sistematizan la ejecución, y la realidad interior de los presidios, a contramano de todas las buenas intenciones legales¹⁰. Esta dicotomía no tiene solución, por diversas y complejas razones políticocriminales, que afectan y complican a todo el sistema. Frecuentemente se confunde la construcción de nuevos establecimientos bien equipados, con “un salto adelante en la calidad del sistema total”, constituyendo, en realidad “más de lo mismo”, o sea, un progreso aparente y transitorio. En pocos años, los nuevos establecimientos vuelven a estar superpoblados y en crisis, reiniciando, forzosamente, la política del hacinamiento, la corrupción, la violencia y las privaciones atroces que revelan hoy muchas cárceles de máxima seguridad, como la de Devoto en Buenos Aires, considerada por la propia autoridad penitenciaria como la “vergüenza del sistema”¹¹. Lo cierto es que el aumento de los presos sin condena termina desbordando las mejores intenciones de las políticas penitenciarias, jaqueadas por las críticas de especialistas y organismos de derechos humanos, e interpretadas, generalmente, desde el punto de vista oficial, como un ataque político, en lugar de admitirlas como un dato crítico de realidades inocultables. En los últimos veinte años, el crecimiento de las tasas de prisionalización es desmesurado en todo el mundo, y América Latina no constituye una excepción. Veremos luego que este fenómeno se explica, en buena medida, a través de la problemática de la inseguridad en las sociedades globales de riesgo del presente siglo.

En la última década del siglo XX hubo diversas iniciativas oficiales tendientes a privatizar la construcción de cárceles y la de los llamados “servicios de hotelería”, siguiendo la línea marcada por los Estados Unidos, con su constante multiplicación de presos, cárceles y sistemas de control, en los que las empresas privadas tienen un protagonismo central¹². Tal proceso, que formó parte de la liberalización de la economía y la cesión de los servicios públicos a las empresas privadas, no estuvo exento de graves actos de corrupción, que dieron lugar a sonadas denuncias y procesos penales, y a la anulación de licitaciones y contratos, que pretendieron transformar a las cárceles en un botín comercial. Afortunadamente, las privatizaciones no lograron sus objetivos, pero la corrupción de los cuadros y su cooptación política deterioraron profundamente al Servicio Penitenciario Federal.

Tales acontecimientos prueban que los sistemas penales de la Argentina, tanto federales como provinciales, **no son ajenos a la realidad social, política y económica en que están inmersos**, aunque, como todas las instituciones oficiales, se pretenda presentarlas como si cumplieran una función “aséptica” en el tiempo. Ello no quiere decir que no puedan

diferenciarse funcionarios y gestiones capaces de lograr algún éxito más o menos relativo dentro de las pautas oficiales vigentes, aunque, naturalmente, tiendan a legitimar la necesidad de imponer penas y también el modo de ejecutarlas. Por otra parte, debe admitirse que la realidad de las sociedades de exclusión y de riesgo instaló una gran indiferencia social por lo que ocurre en el ámbito carcelario.

e).- Los resultados de la imposición de penas: utilidad del castigo y presos sin condena.

Las diversas cuestiones político - criminales a que aludimos, hacen que el sistema de imposición y ejecución de penas de América Latina se encuentre en una profunda crisis. Inciden, en primer lugar, factores culturales, económicos y políticos, pero también leyes procesales restrictivas, que son, además, interpretadas restrictivamente por la justicia, acumulando así superpoblaciones de presos sin condena, que saturan las alcaidías y cárceles con individuos que cometen pequeños delitos contra la propiedad, mientras que los más agresivos, mejor organizados y armados, sortean con éxito los recaudos del control. Este sistema excluye, en gran medida, a los autores de ilícitos de carácter comercial, impositivo, aduanero o de cuello blanco, reproduciendo la desigualdad social en ese marco jurídico específico. La saturación de las prisiones y el aumento de la violencia interna, transforman a muchas cárceles latinoamericanas en verdaderos infiernos, en los cuales sobrevivir es parte de una lucha cotidiana en las peores condiciones. El hacinamiento y la promiscuidad, en especial en materia sexual, y el consumo de estimulantes, potencian la posibilidad de contagio de graves enfermedades en el curso del encierro, agregando otro factor de difícil control en este momento histórico.

Por las razones sucintamente señaladas, puede afirmarse que la imposición de penas, sea ella con finalidades “resocializadoras” o no, arroja, a nivel continental, resultados altamente deficitarios, y constituye un problema general que, por supuesto, no debe atribuirse indiscriminadamente a los servicios penitenciarios, sin tomar en cuenta la operatoria de conjunto del sistema penal. El ámbito del ejercicio punitivo conforma uno de los campos donde la criminología puede realizar aún muchas investigaciones y propuestas, que tiendan a reducir un sistema que, una y otra vez, vuelve a sus funciones no declaradas, crisis y motines, potenciando la violencia social preexistente¹³. El siglo XXI debería permitir que la mera multiplicación de cárceles pueda ser reemplazada por alternativas humanas y prácticas, más racionales y democráticas, de ejercicio del control formal. **El castigo, tal como se lo impone hoy en nuestros países, aporta pocos casos que permitan hablar de resocialización y miles que confirman los procesos de deterioro, de destrucción de la identidad y de la autoestima que se generan con el encierro, deva-**

luado aún más por las muertes que ocurren en el transcurso de los cumplimientos de penas, situación que ha sido denominada recientemente como “arte abyecto”¹⁴. Por otra parte, hemos demostrado que el único experimento cultural que ha arrojado indicadores muy positivos de algo cercano a la pretendida resocialización, es la enseñanza universitaria en las cárceles argentinas, tal como los plasmamos en un texto ya agotado, que acabamos de reeditar, actualizado, en México¹⁵.

Desde la teoría y la práctica se realizaron, durante la segunda mitad del siglo XX grandes esfuerzos para facilitar una evolución hacia el estadio en el que la humanidad pueda prescindir de la imposición de penas, pero por el momento, tales esfuerzos se evidencian como una utopía, sólo que, cada vez más deseable de materializar. Recientemente, Zaffaroni sostuvo que: “*De cualquier manera, todo pareciera indicar que, por bien o por mal, la prisión tradicional se reducirá, o tenderá a desaparecer en la primera mitad del siglo XXI*”¹⁶.

Las prisiones han sido, para la investigación criminológica, uno de los terrenos temáticos más transitados, desde el nacimiento mismo de la disciplina. La bibliografía en la materia no cesa de expandirse. Es preciso que, ahora, los enfoques más modernos sean capaces de realizar también aportes operativos, en camino a la reformulación del control penal.

f).-Los presupuestos racionales y sociales para un sistema penal democrático en la etapa actual

En materia político-criminal es indispensable –según los parámetros de la Ilustración– una base de *racionalidad* que permita valorar un cuerpo legislativo no sólo como necesario y útil, sino también como legítimo y progresista, de acuerdo a los recursos teóricos disponibles en el momento histórico de su sanción legislativa y organización. Como generalmente se tratará de elegir entre opciones que son materia de controversia política y social, la ideología que oriente las leyes penales será perceptible en el texto, por abstracto que él pudiera parecer. No basta con afirmar superficialmente que una ley es buena o mala, porque sancione alguna actividad disvaliosa o exhiba buena técnica legislativa; *es preciso determinar también qué filosofía orienta la necesidad de aplicar sanciones, o procedimientos, de qué tipo y alcance son éstos y las consecuencias que pueden acarrear a la coherencia y equilibrio del sistema con su introducción.*

Arribados al siglo XXI, puede apreciarse que *La inseguridad se estableció a nuestro alrededor como la regla, y la “seguridad” como la excepción, constituyendo un lujo de ricos, un producto de consumo de alto costo.* Estas condiciones sociales resultan un grave obstáculo para el triunfo de la racionalidad, que por momentos, parece una meta utópica inalcanzable. Por cierto, el factor cultural es determinante para percibir objetivamente la sociedad real y sus problemas, y en tales circunstancias,

los medios de comunicación de masas desempeñan un papel fundamental. El periodismo y los medios audiovisuales, concentrados hoy en gigantescas cadenas monopólicas, inciden profundamente en la conciencia social, respecto de temas centrales para el poder político y económico. Y es por ello que gran parte del arsenal político criminal al que apelan muchos gobiernos tiende a calmar las expectativas que los medios generan de manera continua. Enfrentamos, en suma, un panorama plagado de dificultades para la gestación de un derecho penal y una criminología constructivas y democráticas para el siglo XXI.

La intención filosófica de la concepción iluminista era la de brindar certeza y seguridad a las relaciones sociales, y los juicios sobre las conductas humanas debían ser, por ende, tan previsibles y mensurables como los horarios de un ferrocarril. El orden así resultante, debía posibilitar una gobernabilidad organizada, estable, a la que no perturbasen factores o incidentes imprevistos. Tal fue el Modelo de Orden para ejercer la libertad y la igualdad, que presidió durante una larga etapa histórica el desarrollo social y material en Occidente. Dentro del esquema de la modernidad, la política criminal era, en suma, parte de un *programa disciplinario para adaptar a los ciudadanos a la armonía del progreso conducido por la razón*.

Tal como hemos expuesto en numerosas publicaciones previas, la concepción contractualista y las teorías de la defensa social, representaron a la sociedad, a lo largo del siglo XX, como constituida por una mayoría de población normal, que tenía derecho a ser protegida de una minoría agresiva y patológica. Los fines del control apuntaron, más o menos explícitamente, a proteger “tanto a la sociedad como al delincuente”, mediante el encierro y posterior “tratamiento” del segundo, para “recuperar” o “reinsertar” a los extraviados del conjunto social. Se consideraba que la intervención de la ley era inexorable e igual para todos y que sus objetivos podían ser alcanzados perfectamente con las instituciones disponibles. Para decirlo en términos funcionalistas, *la confianza en la vigencia de la norma era hegemónica y pacífica*. Arribados al siglo XXI, las cosas cambiaron drásticamente respecto a la vigencia y utilidad de un derecho liberal, pese a la fe inalterada de muchos especialistas en sostener, esforzadamente, esa meta jamás alcanzada en plenitud¹⁷.

Tal como hemos denunciado, los argumentos democráticos y humanistas de la Ilustración fueron desacreditados públicamente, presentándolos como una especie de romanticismo ineficaz y pasado de moda. El derecho penal clásico fue quedando, por la fuerza de discursos irracionales y acontecimientos arrolladores, cada vez más lejos de las nuevas exigencias sociales y políticas del presente, relegado, apenas, a los ámbitos universitarios. El menosprecio público del discurso liberal del control llega al repudio y a reacciones colectivas –más o menos espontáneas– contra decisiones de tribunales o administraciones públicas

o a la ridiculización desde los medios de las opiniones de los teóricos y especialistas más capacitados.

Por otra parte, los Poderes judiciales de América Latina cayeron en las encuestas, a niveles de impopularidad sin precedentes, que abrieron camino a fallos oportunistas de sus sectores partidarios de la “severidad ejemplificadora” o del más vergonzoso oportunismo, para satisfacer al “clamor social” o “mejorar la imagen de la justicia”¹⁸.

El estado de cosas posmoderno permite comprender el porqué de la inocuidad del discurso penal liberal y también de aquellos desarrollados para superar la cuestión punitiva (como el minimalismo, el abolicionismo, la decriminalización y otras propuestas teóricas). Tales enfoques proponen salidas a las que hoy se considera “impracticables”, porque *no son funcionales al modelo social dominante establecido*. No sirven para mantener la clase de “orden” que necesita la voracidad del llamado “turbo- capitalismo” para asegurar sus esquemas de rentabilidad y consumo, a contramano de valores colectivos u objetivos igualitarios. En el discurso de sentido común de los medios de comunicación el consumo hedonista no debe ser perturbado. Se lo presenta como una especie de derecho absoluto, **cuyo aseguramiento justifica cualquier violencia necesaria para conseguirlo**. La única libertad que preocupa a los sectores poderosos es la de la circulación financiera y el aseguramiento de sus tasas de ganancia. Los derechos fundamentales de los antiguos ciudadanos, garantizados en las constituciones, se volvieron un papel mojado que no puede asegurar nada a quienes “no pueden pagar servicios”. Frente a semejante discurso simplificador y maniqueo, cabe imaginar entonces, las dificultades para imponer propuestas racionales o inclusivas.¹⁹ Los programas de limitación o estrechamiento del poder punitivo del Estado chocan constantemente contra argumentos “realistas”, como los del “mal momento” para debilitar la reacción punitiva, o de que la defensa social debe estar por encima de toda otra consideración teórica, ante el inminente peligro de desborde marginal y del “caos social”, o que a las herramientas crueles del narcotráfico, el terrorismo y la delincuencia moderna, hay que *oponer respuestas no menos brutales de freno y disuasión*.

A partir de la década de 1990 se ha intentado gestar formas de control a la medida de los incluidos y de aquellos que, a duras penas, logran permanecer dentro del modelo. Los excluidos cuentan sólo para ser criminalizados y el límite de sus derechos ya no está marcado por la Constitución y las leyes, sino por *la intensidad del sufrimiento que padecen sus víctimas, y su capacidad de expresarlo mediante la “opinión pública”*²⁰.

Cualquier propuesta de análisis racional en materia de seguridad, es enturbiado por una colosal mezcla de ideas y principios contradictorios, que llevan al estereotipo de que la “solución al problema de la delincuencia” radica en el rigor y en la respuesta retributiva, mediante la presunción de

culpabilidad y un *seguro castigo a los autores*, dejando de lado “antiguos” escrúpulos procesales, como el Principio de Inocencia, por ejemplo²¹.

Los monopolios de información audiovisual resultan decisivos a la hora de hacer del tema criminal un espectáculo rentable, y de las *campañas de ley y orden* una conciencia o ideología colectiva, desestabilizando la “sensación de seguridad” de las clases medias. Por cierto, tal como hemos sostenido en referencia al derecho internacional, la veta más empleada para el recorte de derechos y garantías de los ciudadanos son las leyes de excepción o de emergencia.

g).- Legislaciones de emergencia y estados de excepción.

No es preciso extenderse demasiado, para comprender qué valores se ponen en juego, cuando cualquier circunstancia excepcional en la vida social de un Estado motiva a la sanción de normas “especiales”, “transitorias”, “provisorias” o “de excepción” desde una posición de fuerza del Estado, para afrontar contingencias imprevistas en épocas de “normalidad constitucional”. Las formas más extremas de este modelo de legislación suelen ir acompañadas de la concentración en el ejecutivo de la potestad legislativa y hasta judicial, pero tal como señala Agamben - y como prueba el caso de los Estados Unidos - no es preciso desarticular los poderes del Estado para conceder atribuciones extraordinarias al ejecutivo, a fin de limitar garantías y libertades personales²². El estado de excepción vuelve a ser justificado una y otra vez en contextos de democracia, con resultados siempre catastróficos, que parecieran ser olvidados con ligereza y que llevan a pensar, como sostienen muchos autores, que el estado de excepción se ha constituido ya en un sistema legitimado y habitual de las democracias modernas.

El diagnóstico sobre la situación actual es, todavía grave, y requiere imperiosamente de nuevos enfoques, capaces de articular aquellas viejas y sabias conquistas de la cultura con los requerimientos urgentes y pragmáticos de las sociedades atomizadas del presente. En nuestro concepto, el núcleo del problema radica hoy en alcanzar un consenso mayoritario sobre políticas criminales cuya mirada supere la mera segregación de lo diferente. Es bueno recordar, en tal sentido, aquél pensamiento de Kant, según quien habitamos un mismo planeta y que, por lo tanto, estamos fatalmente condenados a entendernos, aunque todavía no tengamos a mano los instrumentos para hacerlo. En suma, a esta altura del proceso global resulta difícil concebir a la sociedad como un todo, para, a partir de ello, encontrar los instrumentos adecuados para la planificación de políticas criminales democráticas, igualitarias y preventivas, que puedan compartirse y aprovecharse **por todos los sectores sociales**, lo que, por cierto, incluye a las prisiones y sus utopías resocializadoras.

¹ Un texto exhaustivo para el desarrollo de estos temas es Cuello Calón, Eugenio, *La moderna penología*, Bosch, Barcelona, España, 1958. Para la evolución histórica, también Neuman, Elías, *Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes carcelarios*, Ed. Pannedielle, Buenos Aires, 1971 y su profusa bibliografía en la materia.

² Así, la “inyección letal” que se aplica en Estados Unidos, es considerada allí una modalidad humanitaria de ejecución.

³ Rabossi, Eduardo, *La justificación moral del castigo*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1976 y Marí, Enrique E., *La problemática del castigo*. Editorial Hachette, Buenos Aires, 1983.

El tema de teoría de la coerción penal y de la fundamentación de la pena, así como el análisis de los sistemas penales por sus reacciones, puede consultarse en Zaffaroni, Alagia Slokar, Manual, obra citada, y de los mismos autores: *Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000.

Sobre los fines y fundamentos de la pena, ver, también, Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Ed. Trotta, Madrid, 1995. Un análisis de la evolución de las técnicas del castigo puede verse en Foucault, Michel, *Vigilar y castigar*, Siglo XXI, 5ª edición, Madrid, 1981.

Un estudio sociológico sobre el castigo puede verse en Garland, David, *Castigo y sociedad moderna*, Siglo XXI, México, 1999, y uno socio – cultural en Pratt, John, *Castigo y civilización*, Gedisa, Barcelona, 2006.

⁴ *¿La pena criminal como herencia cultural de la humanidad?*, Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penales, N° 3, 2002, Pág. 339 y s.s.

⁵ Zaffaroni Raúl, *Manual de Derecho Penal*, Ediar, 1985, Pág.75.

⁶ Foucault, Michel, *Vigilar y castigar*, quinta edición, Ed. Siglo XXI, Madrid, 1981, Pág. 29. Ver también en Elbert Carlos: Manual Básico de Criminología, quinta edición, Eudeba 2012, en el apéndice documental, la carta abierta a los directores de hospitales psiquiátricos de Antonin Artaud, y Elbert, Carlos: *Psiquiatras y juristas frente al tema de la imputabilidad: ¿Discursos complementarios protectores o discriminatorios?* en el libro *Ética y psicoterapia* (Comp. Rovaletti) Editorial Biblos, Buenos Aires, 1995.

⁷ Goffman, Erving, *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Ed. Amorrortu, Buenos Aires, segunda edición 2007.

⁸ Un importante trabajo en este sentido, es el de Muñoz Conde, Francisco: *La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito* en Cuadernos de Política Criminal, Madrid, 1979, Pág.11. Ver también Revista Lecciones y Ensayos, Dossier titulado: *Sistema carcelario*. Facultad de Derecho, U.B.A. N° 66, 1996.

⁹ La Tercera, Chile, 18 de noviembre de 2013, Pág.52. La misma noticia tuvo difusión, por la misma época, en diversos medios argentinos.

¹⁰ Sobre la situación legal del problema en Argentina, pueden consultarse los

trabajos de Salt, Marcos G.: *Comentarios a la nueva Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la libertad*, en Nueva Doctrina Penal, Buenos Aires, 1996 B, Pág.661. y *Los derechos fundamentales de los reclusos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999.

¹¹ En el año 2000, la cárcel de Caseros, de Buenos Aires, fue desactivada, previéndose el mismo destino para la cárcel de Devoto. Los internos fueron trasladados a nuevas cárceles, ubicadas en Ezeiza y Marcos Paz (Provincia de Buenos Aires).

¹² Ver: Christie Nils, *La industria del control del delito*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, y del mismo autor, *Una sensata cantidad de delito*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.

¹³ Ver el capítulo “*Las cárceles de América Latina*” en mi libro *Criminología Latinoamericana*, parte segunda, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1999, Pág.277, y también de Wacquant, Loïc: *Las cárceles de la miseria*, Manantial, Buenos Aires, 2000, y de Stern, Vivien : *Creando criminales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010.

¹⁴ Pavarini, Máximo, *Un arte abyecto, ensayo sobre el gobierno de la penalidad*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006,

¹⁵ “*La Universidad en las cárceles argentinas*”, de Elbert y colaboradores, Depalma, Buenos Aires, 2000 y Flores editor, México (DF) 2013.

¹⁶ Zafaroni Eugenio, Alagia Alejandro y Slokar Alejandro, *Derecho Penal, parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000, Pág.892.

¹⁷ Elbert Carlos: *Criminología, ciencia y cambio social*, Eudeba, Buenos Aires, 2012, capítulos I y IV.

¹⁸ Ver mi ponencia : *La justicia ante las actuales demandas de seguridad*, presentada al Primer Congreso sobre seguridad y Estado de Derecho, Facultad de Derecho (UBA) , agosto de 2006.

¹⁹ Ver mi ponencia *El sistema penal ante las exigencias del presente*, en el libro del mismo título, Editorial Rubinzal y Culzoni, Santa Fé, 2004.

²⁰ Ver : Elbert Carlos y colaboradores, *Inseguridad, víctimas y victimarios (Argentina 2001/2007)*, N°4 de la colección Memoria Criminológica, Editorial B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2007.

²¹ Ver Elbert, Carlos y Balcarce, Fabián, *Exclusión y castigo en la sociedad global*, N° 7 de la colección Memoria Criminológica, Editorial B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2009.

²² Ver las formas que estos fenómenos adoptaron en la Argentina, en Torres Sergio, *Derecho Penal de emergencia*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, Pág. 184 y s.s.

¿UN NUEVO DESAFIO PARA EL DERECHO PENAL DE CULPABILIDAD?

Maximiliano Rusconi¹

Las discusiones propias de cada ciencia, si uno reduce al mínimo las exigencias, requieren de modo indispensable, dos ingredientes: buenos argumentos y buenos interlocutores. Incluso si hay que elegir frente a ese dilema, se podría pensar que los buenos interlocutores aseguran ya de por sí los buenos argumentos. En este sentido hacerle un homenaje a Cafferata Nores, a nuestro querido Pepe, no sólo es una obligación cívica para quienes nos hemos beneficiado de su amistad, de sus debates, de su pluma, sino que además, nos genera a todos una enorme alegría: Pepe no sólo es un académico cabal, un polemista inteligente y elegante, un Maestro con todas las letras, sino que es una persona bondadosa y solidaria.

Lo penal y el hombre. ¿el final de la estandarización?

Hace exactamente 50 años Thomas Würtenberger instalaba una idea que, posiblemente, deba inspirar los actuales esfuerzos por la mejora de la ciencia del derecho penal. Afirmaba Würtenberger:

“La transformación que ha experimentado el sentido de la profesión de juez demuestra claramente hasta que punto la esencia y la medida de lo humano ha avanzado en el horizonte de los actuales juristas. En el siglo 19 un jurista como Rudolf von Ihering creía que el verdadero juez debía dejar de lado toda consideración del aspecto personal de las partes, éstas no eran individuos determinados sino personas abstractas; el juez veía solo la máscara, no el individuo que se esconde detrás de ella. Sin embargo, en la actualidad el juez está precisamente obligado, en muchos campos del derecho, a mirar detrás de la máscara del individuo, a fin de comprender el sentido completo del ser humano. Sea que el juez al fijar la pena investigue la personalidad del delincuente, sea que en tanto juez de tribunales de menores se transforme en educador, sea que en tanto artífice del equilibrio social esté preocupado por la previsión existencial humana. En esta ampliación del horizonte espiritual de la profesión del juez se refleja una transformación profunda del ámbito de las tareas de la ciencia del derecho. En la jurisprudencia actual ya no se trata únicamente de la formulación de conceptos jurídicos y de la sistematización de normas; no se trata ya simplemente de la aplicación de la ley y de su interpretación dogmática. El jurista tiene una conciencia cada vez más clara de la tarea nacida en esta época a raíz de una ordenación más

profunda de las relaciones humanas. El nuevo trabajo de los juristas puede sólo realizarse si se analiza cuidadosamente el cuadro respectivo de la sociedad, se conocen claramente los aspectos actuales del ser humano y se escuchan los postulados de la ley".²

Esa tarea, descrita por el profesor alemán con brillantez, debe ser facilitada al Juez, acercada de modo amigable, por el sistema del hecho punible, por la teoría del delito y el pensamiento dogmático.

Hoy día forma parte de los desafíos más trascendentes de la ciencia penal dedicada a la dogmática jurídico penal, la necesidad de mejorar el sistema de vinculación de estructuras y normas con los sectores de la vida real sometidos a evaluación.

El hecho verificable de que la dogmática penal se ha construido en las últimas décadas sobre la base de supuestos de hecho teóricos liberados de cualquier tipo de complejidad o textura real³, no sólo ha transformado gradualmente al sistema en un modelo con herramientas un tanto rústicas, sino que, además, ha aumentado las chances de parálisis operativa cuando el caso real se presenta con toda su particularidad y la solución exige que esos detalles sean tomados en cuenta.

Hay un riesgo de acostumbramiento al trabajo con instrumentos de medición poco precisos, con incapacidad para medir datos un poco más sutiles.

En la temática que aquí abordaremos se advierten las dificultades propias que surgen luego de años de haber esquivado el tratamiento minucioso de las instituciones sociales, o sectores de la vida real, a favor de una estandarización más propia de una ficción tranquilizadora. En este sentido, hay buenas razones para pensar que la dogmática jurídico penal ha seguido procesos similares y paralelos a los que se evidencian en el sistema de reacción estatal (régimen de la pena) y del sistema de enjuiciamiento (el proceso), una permanente, poco creativa y burda estandarización de la reacción institucional.

Algo anda mal cuando evaluamos que cada ilícito se encuentra teñido de particularidades propias de cada caso, de cada contexto socio-cultural y económico, no sólo en el círculo del autor, sino también en el círculo de la víctima, una enorme cantidad de datos que hacen a cada conflicto penal único, irrepetible, y que, sin embargo, activa y desencadena procesos y reacciones meramente estándar del Estado. Esta estandarización, no sólo de la pena sino de todo el proceso de reacción es, posiblemente, obligada por carencias propias de los sistemas filosóficos, lingüísticos y científicos que administra la justicia penal.

Temblores.

Quién se ha acercado, en las últimas décadas a las discusiones sobre el Derecho penal, en particular a los debates sobre sus propios fundamen-

tos, seguramente habrá sido testigo de cierta inquietud de los juristas, a veces a penas disimulada, referida a la veracidad o permanencia de aquellas estructuras a las cuales remiten las argumentaciones dogmáticas cuando ya no hay más respuestas de racionalidad interna. Se trata de la intangibilidad de los axiomas fundamentales.

Por un lado, esas estructuras forman parte del selecto y reducido grupo de convicciones que se han mantenido silenciosamente estables frente a cualquier vendaval y, por otro, aquellos juristas más informados sobre la evolución científica del “mundo exterior” (a la dogmática jurídico penal), no pueden ocultar el barullo⁴ que proviene de aquellas zonas científicas que, en verdad, hace décadas que el derecho penal no visita⁵ o lo hace de modo no metódico.

La situación es compleja ya que, posiblemente, quienes pertenecen a las ciencias sociales, quienes no son protagonistas de las ciencias duras, nunca han abandonado del todo la sensación de administrar “una caja de herramientas” muy pobre, que contiene instrumentos que tienen un margen de error muy grande.

Si, mirando hacia atrás, observando los últimos 100 años de dogmática jurídico penal, nos preguntáramos por los dos o tres axiomas de mayor trascendencia de la teoría del delito, seguramente no dudaríamos en incluir al principio de culpabilidad.

La idea fundamental del *nullun crimen sine culpa* reside en que sólo corresponde pena al reprochable por su acto, y sólo es sujeto de reproche quien *pudo en lugar de ello*, en lugar del acto antijurídico. Todo sujeto ha sido capaz de actuar de modo diverso al ilícito si ha sido capaz de culpabilidad, si ha conocido (o mejor dicho “podido conocer”) el carácter antijurídico de su acción y si ha podido actuar conforme a esa comprensión. Todo ello forma parte de la noción jurídico penal de culpabilidad.⁶

Más allá del fundamento psicológico o normativo del juicio de culpabilidad y de las razones que en última instancia explicaban el reproche, nunca existieron demasiadas dudas acerca de la necesidad de una adjudicación personal del hecho, de una atribución individual de un hecho en tanto cometido por una persona responsable.

IV. ¿La puesta en crisis del principio de culpabilidad?.

Ahora bien, como es fácilmente comprensible, esta noción de culpabilidad, sumamente trascendente, sólo tiene sentido si le atribuimos o certificamos en el sujeto cierta libertad⁷ de decisión⁸. Esa libertad seguramente se encontraría en problemas si tenemos que relacionar o confrontar esa noción con un aparentemente ya demostrado determinismo⁹.

Ahora bien, en los últimos años, el “barullo” que proviene de las neurociencias ya no puede ser ocultado: cada vez más trabajos empíricos de-

mostrarían que los procesos cerebrales ante las tomas de decisiones previas a los comportamientos que a menudo desarrollamos ponen en serria duda la real vigencia de un tal “libre albedrío” tal cual como creemos conocerlo.

Aisladamente se ven posturas que desconocen esta crisis en la construcción del concepto de libertad. Por ejemplo, Zaffaroni ha opinado que: “La autodeterminación humana no es ningún concepto inverificable, a lo que suele agregarse la expresión metafísica en forma peyorativa... .mas allá de... los intentos positivistas y funcionalistas por descalificar, suprimir o reemplazar el concepto de culpabilidad, lo cierto es que a ésta, para poder reprochar un injusto penal, le basta con la comprobación de umbrales de autodeterminación, lo que es perfectamente verificable: nadie puede negar que existe una comprobación empírica de la reducción de la autodeterminación de una persona cuando estaba a punto de ahogarse en el mar en medio de la noche. No hay duda y puede verificarse que la libertad de decisión estaba seriamente comprometida y que se hallaba por debajo del umbral que requiere la culpabilidad. Esta capacidad existente en la vida de relación cotidiana y su reducción verificable en ciertas circunstancias, poco o nada tienen que ver con un libre albedrío que siempre se rechaza pretendiendo entenderlo como posibilidad invariable e ilimitada de actuar de otro modo, carente de cualquier motivo o razón y, por ende, como un simple porque sí. En realidad nadie ha defendido semejante concepto en el ámbito del discurso jurídico penal, simplemente porque lo jurídico no puede menos que recoger lo que observa de lo humano y no algo que directamente no es humano. Por ello el indeterminismo no puede ser entendido antropológicamente de otro modo que como autodeterminación, y jamás como un ámbito de libertad absoluta, humanamente inconcebible e incluso filosóficamente poco frecuentado fuera de ciertas románticas radicalizadas e irraciona-listas.”¹⁰

La afirmación del autor argentino es tan contundente como de poco alcance. En definitiva, bien leído el aporte aquello que se propone como “verificable” no es, en verdad, la autodeterminación humana (que según parece se concede en el texto que está sometida a serias limitaciones), sino otra cosa a la para ser un poco más claros deberíamos denominar “el concepto de autodeterminación humana que utilizará el derecho penal en la instancia de imputación”. Pero sucede que, para que ese concepto o ese dato sea en verdad verificable, primero hay que crearlo y exponerlo, y para transmitirlo habrá que exponer también aquellos puntos de partida sobre los cuales se construye esa idea. Por lo tanto hay que decir que Zaffaroni de ese modo no llega al final del problema, sino que, quizá sólo se ha colocado con buenas intenciones en el punto de largada.

La postura contraria puede verse en Mir Puig: “Por una parte resulta imposible demostrar científicamente la existencia de la pretendida desvin-

culación de la voluntad humana de la ley de causalidad, según la cual todo efecto obedece a una causa. Aun admitiendo que la decisión humana no se explica como mero producto mecanicista, es razonable pensar que sí se halla determinada, en cambio, por la concurrencia de los distintos factores, en parte normativos, que concurren en el proceso de motivación racional con arreglo a sentido: la disposición hereditaria y el medio dan origen, al confluir, a una personalidad determinada que reacciona de una determinada forma ante cada situación motivacional y en definitiva no puede dejar de decidirse por el motivo que según su modo de ser –del que no es libre– en el momento concreto e irrepetible le parece preferible por la razón que sea y en el sentido (incluso irracional) que sea”.¹¹

Ahora bien, la explicación de Mir Puig, como veremos, parece preferible: hay un modo único e irrepetible de lidiar con todos estos factores condicionantes y ese modo no niega la personalidad, sino justamente, la define. Nuestra personalidad está configurada por un conjunto de factores que, en gran medida, nos vienen dados.

¿Qué tan capaz es el derecho penal de construir una imputación que tome en cuenta todos estos factores?. ¿Ello es posible?. ¿Ello es admisible?. ¿Será que las ciencias externas al derecho penal han terminado por destruir a este derecho penal que, según parece, se ha montado en ficciones?.

V. *¿La cuarta humillación?.*

Según Francisco Rubia, aparentemente, luego de las tres humillaciones descritas por Freud en el opúsculo “Una dificultad del psicoanálisis”¹², “Nos aguarda una cuarta humillación, de la que solo vislumbramos hoy su comienzo: una revolución neurocientífica, que está a punto de poner en entredicho convicciones tan firmes como la existencia del Yo, de la realidad externa o de la libre voluntad”.¹³

Y de un modo francamente fascinante, Rubia nos introduce en la problemática:

“En la actualidad, tenemos datos que revelarían que la libre voluntad puede ser una ilusión. Nadie puede afirmar que estos datos sean definitivos. No existen datos definitivos en ciencia, pero parece lógico pensar que si hemos aceptado que la mente es producto del cerebro y este es pura materia, lógicamente el cerebro tendrá que estar sometido a las leyes deterministas de la naturaleza como todo lo demás. Y, sin embargo, ¿quién nos convence de que no somos libres de tomar decisiones cuando existe la posibilidad de elección entre varias opciones”.¹⁴

El dilema aparece formulado con claridad, si lo mental nace del mundo de las cosas, si forma parte de las dimensiones tangibles ¿por qué lo iríamos a independizar tan pronto de las leyes que dominan ese mundo:

como la ley de la causalidad?

En este sentido, también lo que llamamos lo interno, no sería tan interno. Por otro lado, es difícil combatir la intuitiva percepción de que la idea del libre albedrío no experimenta un espacio científicamente placentero, ni es tan compatible con el mundo del reino anima al cual pertenecemos, pero que también observamos.

VI. *¿Experimentamos la realidad?*

El problema se nos presenta en un escenario complejo, que, últimamente, ha sido descrito con certeza por Searle: "... parece que nos hallamos ante una contradicción. Por un lado tenemos la experiencia de la libertad y por otro se nos hace muy difícil renunciar a la idea de que todo acontecimiento tiene una causa y que las acciones humanas son acontecimientos por lo que deben tener explicaciones causales suficientes del mismo modo que los terremotos y las tormentas."¹⁵

Sin duda, esta "experiencia de la libertad", construida a nivel consciente, tiene un poder configurador de nuestro entendimiento enormemente trascendente.

Searle¹⁶ parece depositar nuestra percepción de esta contradicción en el modo como usualmente atribuimos esos fenómenos al mundo de la naturaleza: "... el problema es que pensamos que las explicaciones de los fenómenos naturales han de ser completamente deterministas. La explicación del terremoto de loma Prieta, por ejemplo, no se limita a decir por que ocurrió, sin más, sino que explica porqué era forzoso que ocurriera. Dadas las fuerzas que actúan sobre las placas tectónicas, no había ninguna otra posibilidad. Pero, al mismo tiempo, cuando se trata de explicar un cierto tipo de comportamiento humano, parece que tenemos sistemáticamente la experiencia de actuar "libre" o "voluntariamente", en un sentido de estas últimas palabras que hace imposible dar explicaciones deterministas de nuestros actos".¹⁷

Por un lado, nuestra tradición jurídico penal más consolidada requiere para imputar el castigo jurídico penal una decisión no determinada externamente, atribuible en gran medida a una elección voluntaria, asimismo en grandes trayectos de nuestra evolución personal y social, en el devenir de nuestra vida cotidiana, no sólo estamos acostumbrados a experimentar una fuerte sensación de auto responsabilidad en la dirección de nuestros comportamientos sino que esta sensación, compartida e intercambiada en nuestras relaciones inter subjetivas (planificadas o coyunturales) es la base de nuestra permanente auditoria sobre la virtud de las acciones de las demás¹⁸.

VII. *Las investigaciones neurocientíficas.*

Pero, por otro lado, llegan resultados de los últimos desarrollos de las

neurociencias que confirmarían que “el potencial de disposición para la ejecución de una determinada acción, que era posible empezar a medir, se formaba en el cerebro y, por consiguiente, podría ser medible poco tiempo después de que una persona se hubiera decidido a ejecutar la acción”¹⁹. Ese fue el objetivo del famoso experimento de Benjamín Libet. Según Frisch: “Por ello –Libet- pidió a ciertas personas en el marco de sus experimentos que decidieran si querían mover la mano o el dedo de la mano y que recordaran con la ayuda de las rayas de un disco de osciloscopio giratorio en cual de las rayas habían tomado la correspondiente decisión. El resultado de dicho experimento resultó contrario a lo esperado y sorprendente: el potencial de disposición necesario para la ejecución de (uno u otro) movimiento no fue, como se pensaba, susceptible de medición una vez que la persona había tomado la decisión. Siempre se formaba y era medible ya más bien un corto espacio de tiempo antes del momento en que la persona creía haber tomado la decisión con respecto al movimiento de la mano o del dedo. Libet repitió el experimento varias veces: el resultado siempre fue el mismo”.²⁰

Según Oliverio: “Aun así numerosos neurocientíficos filósofos han expresado sus dudas sobre el significado de los experimentos de Libet – en especial su valoración del libre albedrío-, los resultados planteaban el problema de la relación entre conciencia y decisiones o, por lo menos, de que exista una disociación entre el momento en que se toma una decisión y el momento en que se tiene conciencia de ella”.²¹

En verdad, hay que decir que, incluso desde una percepción pre científica los argumentos a favor del determinismo “parecen tan fuertes como los argumentos a favor del libre albedrío. Un rasgo fundamental de nuestra relación con el mundo es que lo vemos sometido a un orden causal. Los fenómenos naturales del mundo tienen explicaciones causales y dichas explicaciones establecen condiciones causalmente suficientes.”²²

A estas investigaciones de Libet, le siguieron las de Keller y Heckhausen, Haggard y Eimer y Haynes. Todos confirman la idea de Libet.

“En un reciente experimento basado en la refinada técnica de *pattern recognition* (reconocimiento de patrones en la actividad de las neuronas verticales), se les pedía a los sujetos que, relajados, colocaran sus dedos índice y medio sobre sendos pulsadores y fijaran la vista en el centro de una pantalla sobre la que iban pasando letras del alfabeto. Luego, se les solicitaba que eligieran con libertad (en cuanto advirtieran el impulso de hacerlo) entre apretar el botón izquierdo o el derecho, y que prestaran atención a qué letra aparecía en ese momento en la pantalla.

Mientras tanto, los experimentadores medían, por medio de la resonancia magnética funcional (RMNF), la respuesta hemodinámica del cerebro. El sorprendente resultado fue que, basados en la respuesta hemodinámica cerebral que anticipaba ampliamente (hasta por diez segundos) la decisión consciente del sujeto, los experimentadores podían prever con bastante precisión qué botón iban a oprimir. Esto indicaría

que la decisión se elabora a un nivel inconsciente entre cinco y diez segundos antes de su puesta en acto. Este intervalo de varios segundos está ligado al hecho de que las redes nerviosas que controlan nuestra conducta (y deciden, por ejemplo, si optar o no y cual opción llevar a cabo) empieza a preparar la futura decisión antes de que se manifieste de manera consciente”.²³

El mundo científico, puesto ya a enfrentar a las consecuencias de estos puntos de partida, estaría dispuesto, con un mero chasquido de dedos, a poner en entredicho la idea de que los hombres pueden ser libres al tomar la decisión de acción (libre albedrío).

Un escepticismo que se ubica medio segundo antes de la estación del determinismo y que se aleja ya sin retorno de cualquier cosa que no sea una conclusión que rece del siguiente modo: “El sistema límbico de una persona condiciona todo lo que hoy creemos que es producto de una decisión libre y consciente”.

Frente a este dilema, ¿cómo debería reaccionar el jurista?

VIII. La reacción de Ferrajoli.

Ferrajoli se refiere al problema con el título: “*El dilema metafísico entre determinismo y libre albedrío*”. Para Ferrajoli: “Según las hipótesis deterministas y sus múltiples variantes (fatalistas, teológicas, mecanicistas, histórico-idealistas, economicistas, etc.), todo fenómeno -y por tanto no sólo las acciones, sino también la intención (o sea, la suma de conocimiento y voluntad) de realizarlas- es efecto necesario y, por ello, inevitable de causas absolutamente condicionantes, de tipo físico, psíquico, ambiental, económico o social, condicionadas, a su vez, por otras causas de tipo análogo e igualmente condicionantes y condicionadas en una especie de espiral hacia el infinito”²⁴.

Al mismo tiempo, Ferrajoli describe el escenario del libre albedrío: “la voluntad humana es normalmente libre e incondicionada, en el sentido de que todos los seres racionales tienen la facultad de autodeterminarse y son padres y dueños de sus acciones”²⁵.

Para el Profesor de Camerino: “Es, pues, obvia la relevancia de estas dos concepciones opuestas sobre el problema de la responsabilidad no sólo jurídica sino también moral. La culpabilidad, según una feliz fórmula, extraída de la filosofía moral usual en la literatura anglosajona, consiste en el hecho de que el responsable de un delito habría podido actuar de otro modo. Está claro que, según las hipótesis deterministas, si una persona ha cometido, de hecho, un delito, *no habría podido actuar de modo distinto a como actuó*”²⁶;

Por ello, coincidiendo con el cuadro que aquí pretendemos describir: “.se podrán desconocer las causas de su actuar y de sus intenciones y de las características psicofísicas de su personalidad, pero estas causas existen y, al menos las remotas, son independientes de la voluntad del

agente, inexorablemente condicionada por ellas”²⁷.

Por ello concluye parcialmente:

“Las consecuencias de estas dos explicaciones antitéticas del comportamiento humano sobre la configuración teórica y normativa de la responsabilidad penal son, obviamente, opuestas. En el primer caso la intencionalidad de la acción y la imputabilidad del agente no alcanzan relevancia alguna: el elemento psicológico del delito queda reducido a mero residuo de una concepción moralista del derecho penal, no sólo por impenetrable, según advertían Brian y Beccaria, sino por no culpable o hétero-determinado; por el contrario, queda revalorizado, más allá de la acción misma, el elemento daño o peligro, conforme a concepciones rígidamente objetivistas del derecho penal que favorecen modelos normativos de responsabilidad objetiva. En el segundo caso, a la inversa, es fácil ceder a la tentación opuesta, la de devaluar el elemento objetivo: tanto el resultado lesivo, que puede ser totalmente involuntario, como la acción, considerada relevante sólo en cuanto expresión de las intenciones y de la personalidad de su autor. Simultáneamente el aspecto psicológico -lo que Kant llamaba -maldad interna del autor- tiende a ser valorado como elemento central del delito, de acuerdo con concepciones subjetivistas y modelos normativos del derecho penal de autor o de la voluntad”²⁸.

Según Ferrajoli, “Esta alternativa entre «derecho penal objetivo puro» y «derecho penal subjetivo puro» muestra los dos polos entre los que oscilan todas las instituciones penales, y ha sido justamente considerada por Pietro Nuvolone como la clave para leer la historia completa de la ciencia y el derecho penal”²⁹.

La descripción del profesor italiano es, como sucede usualmente, informada y lúcida, aunque a la hora de obtener las consecuencias de esos diagnósticos se cae, nuevamente, en aquella estandarización que criticamos: que de la recepción o no de los avances últimos en el ámbito de la neurociencia se desemboque en una alternativa que simplifica los caminos a un “objetivismo” y a un “subjetivismo” “puros”, es a su vez una artificial reducción de las líneas argumentales que configuran el problema. La simplificación se potencia lamentablemente cuando, para peor, lo que se sugiere es que ambos extremos son nocivos y que seguramente habría que conducirse en una zona de un aparente eclecticismo cuyos datos esenciales desconocemos.

También debe ser discutido el hecho de colocar a esta evolución de modo paralelo a aquella que se ha verificado en el puente entre culpabilidad de bases psicológicas y culpabilidad de bases normativas. Si hay cierta ausencia del trabajo de permeabilización del derecho penal a favor de otras ciencias, este fenómeno ha estado tan presente en un trayecto histórico de la evolución dogmática como en otro.

Es imposible acompañar a Ferrajoli, por otro lado, cuando afirma que:

“El postulado del determinismo se ha derrumbado hoy, tanto en la física como en la epistemología de la ciencia. Por eso el esfuerzo que se sigue realizando por conciliarlo con el problema de la libertad y de la responsabilidad humana no se explica sino por la sugestión paracientífica que sobre la filosofía práctica ha ejercido el determinismo físico”³⁰.

Hoy no es posible desconocer la seriedad de la evolución de las descripciones neurocientíficas.

Incluso Ferrajoli llega a extremos muy discutibles cuando afirma que: “del hecho de que Tizio haya actuado de un modo determinado se puede deducir que podía actuar de ese modo, pero no que no podía no actuar así. Esta inferencia, que caracteriza a la hipótesis determinista, es producto de una falacia naturalista: decir que si una acción se ha realizado era imposible que no se hubiese realizado es, de hecho, un *non sequitur*, que equivale a decir que si es posible que no se realice una acción, entonces no se ha cometido”³¹.

En verdad, del hecho que Ticio ha actuado de un modo particular, no es posible deducir (desde la lectura normativa) nada más que una tautología: que él efectivamente ha actuado. Pero de ningún modo el hecho que haya actuado deja las cosas cercanas a inferir que Ticio **podía** actuar de modo que lo hizo. Aquí Ferrajoli da por supuesto aquello que todavía hay que demostrar. Aquí Ferrajoli esconde que su crítica al determinismo tiene bases tan poco sólidas que aquellas que objeta³².

Sin embargo el autor italiano propone una lectura interesante para la salida del problema que descansa, justamente, en el subrayar algunos aspectos esenciales del llamado “principio de culpabilidad”. Según Ferrajoli, este principio sirve “para evitar ambos paralogismos, tanto el determinista, que desvincula el hecho delictivo de la culpabilidad, como el indeterminista, que desvincula la culpabilidad del hecho delictivo. Y puede ser configurado como un principio normativo que impone una estructura regulativa a las prohibiciones penales de las que requiere: a) que lo prohibido por éstas sea la comisión o la omisión de una acción, y no un status o una condición de vida del sujeto; y b) que, *ex ante*, sean posible la comisión o la omisión de la acción cuya comisión u omisión se prohíben”.

“De hecho...” afirma, “una norma penal, en cuanto regulativa, sólo está sintácticamente bien formulada si admite alécticamente tanto la posibilidad de que ocurra como la posibilidad de que no ocurra lo que describe, mientras que estará mal formulada si queda excluida una de estas dos posibilidades”.

Según Ferrajoli, “Todo esto puede expresarse afirmando que una norma penal, como cualquier otra norma regulativa, es sensata (además de bien formulada) sólo si es, a la vez, observable y violable, y carece de sentido (además de estar mal formulada) tanto si no es observable como si no es violable. Es igualmente insensato prohibir u ordenar ser o no ser de un determinado modo (por ejemplo «peligroso», «subversivo» o «ene-

migo», o, por el contrario, «inocuo»...), o bien respirar o no respirar durante una hora: esto es, prescribir un modo de ser, y no de actuar, o un comportamiento necesario o imposible. Tanto la necesidad como la imposibilidad aléctica de lo que se ordena hacen de la prescripción algo carente de sentido, además de inútil³³

La propuesta es interesante, pero no puede ocultar que desplaza el eje del problema de la verificación de una condición del mundo (la libertad de las personas), a la exigencia de una condición de racionalidad del sistema normativo. Una cosa es que no es estemos refiriendo a una condición del ser, y otra muy distinta es que ensayemos una propuesta de legitimidad del deber ser. No cabe duda que las condiciones que Ferrajoli parece exigir del mundo normativo deben ser recibidas con beneplácito, pero también es indiscutible que aún cuando las disposiciones normativas superen esa exigencia, seguiría siendo válido preguntarnos bajo que condiciones podemos atribuirle a un sujeto como su hecho el haber realizado aquello que la norma prohíbe o no haber realizado aquello que la norma manda. En definitiva, es posible que, incluso bajo esta mirada, el problema siga vigente.

IX. ¿Un tema nuevo?.

Ahora bien, el tema no es nuevo ni siquiera desde el punto de vista del pensamiento dogmático jurídico penal. Ye en Beling lo encontramos expuesto en sus dilemas principales sin ahorrar ninguna textura. Según Ernst Beling “Para reprochar a un hombre sus actos y, en consecuencia, castigarlo, es indispensable que aquellos sean la expresión de su propia personalidad, por la cual él responde, como dueño de su obrar; que su obrar sea la expresión de una espontaneidad existente en él (autodeterminación) conforme a la cual él podría decidirse por o contra la acción. Si un sujeto, en su obrar, se determina por su carácter, y por motivos concurrentes, con necesidad tal, que la acción se produce por sí misma y de modo para él inevitable, no se comprende donde podría insertarse reproche alguno contra él por causa de su obrar. Desde el punto de vista del determinismo estricto (doctrina de la falta de libertad en la voluntad humana) es inconcebible un derecho penal que vincule la pena a la inculpación de un hombre.

Desde tal punto de vista, existen sí hombres peligrosos y medidas preventivas contra ellos; pero no culpa ni retribución³⁴

En la frase de Beling se advierte que el problema, en sus contornos globales ya era conocido en el nacimiento mismo del pensamiento dogmático jurídico penal moderno y ha acompañado toda la evolución del sistema de la teoría del delito. Quizá, la diferencia más notable en la actualidad se relaciona con la intensidad y contundencia que ofrecen las investigaciones neurocientíficas en el mundo contemporáneo.

Asimismo, y más allá de que el problema es indudable que ha estado presente en el pensamiento clásico, hoy nos enfrentamos ante la absoluta necesidad científica de dar una respuesta que pueda ser sostenida argumentalmente. Pero esto, claro, requiere el desarrollo de un camino cuyo recorrido todavía hay que trazar.

X. La precisión del arsenal teórico del sistema del hecho punible.

La primer reacción debe partir de considerar que los conocimientos teóricos que administra la ciencia penal son demasiado burdos y ello indica la necesidad de una mayor comunicación con el mundo global de las ciencias.

Hoy ya no cabe ninguna duda que la dogmática jurídico penal, al construir el sistema de la teoría del delito y haberlo hecho evolucionar hasta nuestros días ha dado un ejemplo sorprendente de cómo construir un instrumento técnico de enorme precisión interno-normativa. Con porcentajes propios de la hermenéutica más avanzada, y con porcentajes que provienen de la lógica deóntica, se ha logrado un sistema que mas temprano que tarde ha generado aplausos de propios y extraños.

El juego de relaciones inter-conceptuales e inter-sistemáticas presenta una complejidad teórica y solidez argumentativa dignas de elogio. Incluso los procesos de subsunción y aplicabilidad entre los conceptos sistemáticos y las distintas instancias exigidas normativamente muestran un orden sistemático de un orden y prolijidad sorprendentes.

Sin embargo, el escenario se presenta muy distinto a la hora de analizar la receptividad de la teoría del delito a las diferentes usinas científicas de conocimiento que permitirían mayor certeza y ductibilidad a la hora de que la teoría del delito se presente como un instrumento cognoscitivo de la realidad. Ello representa un déficit del que no sólo es testigo del propio sistema del hecho punible, sino que también se potencia en el ámbito propio del sistema de enjuiciamiento. El sistema es burdo a la horade definición de los conceptos de atribución y es burdo a la hora de esplecer los procesos de reconocimiento y reconstrucción procesal (verificabilidad).

XI. Relativizando el nivel de los movimiento telúricos.

La segunda sensación que embarga a quien se enfrenta desde la dogmática penal a este “dilema”, seguramente se nutre de la necesidad de intentar medir, más allá de la certificación o no de los resultados de las ciencias neurológicas, el nivel del movimiento sísmico que, aniquilada la idea de una culpabilidad basada en la libertad indeterminista, se producirá con estos nuevos conocimientos³⁵. Se trata, antes de desarrollar ulteriores precisiones, de medir el impacto y la gravedad del debate.

En este sentido, tenemos la impresión que los niveles de alarma deben

ser activados con suma cautela y pensamiento, aun, conservador. Por ejemplo, Bacigalupo se ha referido a la cuestión del siguiente modo:

“En general, la dogmática dominante, incluso ha intentado superar la cuestión recurriendo a la posibilidad del ser humano de liberarse de la determinación de sus impulsos, al carácter normativo de la libertad, a la consciencia individual de la libertad, a la idea de la libertad de la voluntad como “ficción necesaria para el Estado” y su carácter favorable al autor, al carácter metafórico de la libertad de la voluntad, expresivo de la ausencia de una coacción extraordinaria, a la manifestación de la libertad de voluntad en las formas gramaticales más elementales de los idiomas indogermánicos, a la aceptación de la imposibilidad de conocer el secreto de la libertad y a fundamentar la culpabilidad en el fenómeno del sentimiento de culpabilidad que permite afirmar que el sujeto espíritualmente sano puede regir su conducta según valores objetivos”.³⁶

De forma muy interesante Burhardt desarrolla una atribución de libertad desde la perspectiva del sujeto, de este modo:

“(se) sitúa la perspectiva del sujeto agente en el centro de atención y con ello reconoce el principio de creencia. El derecho penal trata a las personas según ellas normalmente se perciben a sí mismas. No hay alternativa a esto si se quiere mantener la posibilidad de que también el castigo se contemple como justo por los propios delincuentes”.³⁷

Es cierto que los avances neurocientíficos han puesto en tela de juicio a las bases mismas del principio de culpabilidad que exigía la libertad de decisión como punto de partida incluso ético de la imputación como reproche. Sin embargo, es preciso reconocer aquí un fenómeno metodológico que si bien es general, propio del sistema del hecho punible, tiene aquí la consecuencia de reducir los temblores que la eventual consolidación de los experimentos neurocientíficos van a producir en los cimientos del sistema de imputación: existen enormes diferencias metodológicas (de comprobación) y sustanciales (de concepto) entre los paradigmas axiológicos que nutren al sistema de imputación desde afuera del sistema y la textura que ellos adquieren ya a la hora de ser sistematizados internamente en el funcionamiento del modelo de imputación. Para ser un poco más claro: hay nítidas diferencias entre el concepto de libertad que administra el principio de culpabilidad y el concepto de libertad que da lugar al juego sistemático de comprobación de la categoría de la culpabilidad.

Todavía uno puede aclarar más esta hipótesis: el concepto de libertad del principio de culpabilidad es mucho más pretencioso, rico, amplio, estandarizado e improbable que el concepto de libertad de la categoría sistemática (mucho más humilde, de corto alcance, extremada-

mente jurídico penal).

En este sentido Hirsch coloca el eje de la discusión y de la falta de consenso en no haber determinado con precisión cuál es el objeto de estudio desde el ámbito jurídico penal y haber dejado que este enfoque coincida de modo absoluto con el objeto de estudio que deben tomar en cuenta las ciencias de la naturaleza:

“El hecho de que la disputa indeterminista rebrote permanentemente y cause inseguridad en primer lugar en los penalistas guarda relación con el hecho de que no se precise con claridad el enfoque decisivo para el sistema normativo. Se fija la atención en el objeto de discusión de las ciencias de la naturaleza y no se separa de él aquel objeto del que dependen las ciencias sociales, incluido el derecho. Si las normas deben alcanzar a sus destinatarios deben tomar a los hombres como ellos se entienden a sí mismos. De lo contrario caerían en el vacío. Dado que el ser humano se percibe a sí mismo básicamente libre en sus actuaciones, ese autoentendimiento tiene que constituir el punto de referencia”.³⁸

Según Jäger, en cambio:

“La libre determinación de la voluntad y la causalidad no son conceptos excluyentes, sino que, por el contrario, se presuponen el uno al otro en el marco de la causalidad transmitida psíquicamente ya que dicha causalidad solamente se puede afirmar cuando el individuo puede actuar por reacción a lo que lo rodea.

Por lo tanto, libre determinación de la voluntad e ilimitada determinación en el sentido de una predecibilidad de las actuaciones humanas están, por el contrario, en una contradicción insalvable.

El Estado actual de la investigación del cerebro no faculta sin embargo bajo ningún concepto para la afirmación de la existencia de completa determinación de la voluntad humana.

Pero incluso si los futuros resultados de las investigaciones conllevasen un cambio de dicha apreciación, la pena se podría explicar aún sobre una base preventiva más allá de una sanción de carácter retribucionista. Desde luego, entonces, difícilmente se podría justificar una pena personalizada basada en la culpabilidad”.³⁹

Ello puede ser, en verdad, muy discutible. Si la libertad ya no puede ser invocada, de ningún modo, bajo ningún aspecto y en ninguna de sus posibles formas científicas, entonces, hay que arriesgar a suponer que no sólo se cae por pérdida de fundamentación material la pena en su versión propia de las teorías absolutas, sino que se cae, por propio mérito del concepto, toda pena, cualquiera, incluso aquella que se pretende explicar de la mano de las teorías preventivas. Para decirlo de modo introductoramente superficial: es difícil que la acción del determinado en forma

total requiera intimidación de los temas (prevención general negativa), es seguro que el comportamiento del inimputable o condicionado, no defrauda expectativas, pero lo que es seguro es que, nadie podrá, en todo caso, contar con la suficiente autonomía personal como para adecuar sus comportamiento y ajustar su fidelidad al derecho en respuesta a los estímulos externos.

Harina de otro costal encontramos en la posible argumentación preventivo especial. Pero, esa reacción institucional tan dominada por aspectos clínicos difícilmente pueda seguir llamándose Pena.

Pero, de un modo u otro, en gran medida y visto desde el ángulo sistemático del modelo del hecho punible pareciera que los grandes avances neurocientíficos no deberían tener el efecto de cambiar radicalmente este punto de partida.

Weisser, por su parte, sugiere abandonar la búsqueda de una integración del concepto de capacidad de autocontrol con entidades empíricamente verificables o con el libre albedrío. Según Weisser, el parágrafo 20 del Código Penal Alemán debe ser entendido sólo como una “simple asignación general de responsabilidad normativa que es objeto de una convención social global de los sujetos en orden a establecer la responsabilidad básica por sus propios comportamientos antijurídicos”.⁴⁰

XII. La Libertad como responsabilidad: ¿Una condición estructural del sistema social?

En este punto hay que decir que existen muchas posibilidades que el problema deba ser resuelto desde nuestra propia concepción del sistema social. El derecho penal no puede independizarse del modo como establecemos los paradigmas fundamentales que rigen nuestra interacción social.

Según Evers:

“La experiencia del libre albedrío también funciona como un axioma social. En general se considera que la libertad de elegir es una condición necesaria para ser personalmente responsable, y la responsabilidad personal es una condición a cuyo alrededor están construidas todas las sociedades. En sus aplicaciones sociales, la responsabilidad de una persona para una acción determinada presupone que la acción no era ni obligatoria ni forzada sino voluntaria de tal manera que el agente, en cierto sentido, habría podido actuar de otro modo. Desde un punto de vista moral o legal, somos considerados como responsables únicamente de las acciones que en principio podríamos no haber cometido”.⁴¹

Aquí debemos volver a Searle, ya no en relación a sus aportes en el debate neurocientífico, sino en el ámbito de lo que el mismo ha llamado “realidad social”. El comienzo argumental está precisamente identifi-

cado por Searle:

“hay porciones del mundo real, hechos objetivos en el mundo, que son hechos sólo merced al acuerdo humano. En un sentido, hay cosas que existen sólo porque creemos que existen”⁴².

A estos hechos Searle los denomina “hechos institucionales”.

Es importante tener en cuenta que según Searle:

“un hecho institucional no puede existir aislado, sino sólo en un conjunto de relaciones sistemáticas con otros hechos”⁴³.

A mi criterio es muy sencillo (y no sólo por obvias razones de título de las respectivas investigaciones), ver en esta obra de Searle un conjunto de coincidencias con la clásica investigación de Peter Berger y Thomas Luckmann⁴⁴, más allá de que la primera pretenda mucho más en el terreno de los fundamentos filosóficos y la segunda bastante más en el propio terreno de la sociología.

Según estos últimos:

“la realidad se construye socialmente y..la sociología del conocimiento debe analizar los procesos por los cuales se produce”⁴⁵.

Incluso Berger y Luckmann proponen un concepto de realidad que seguramente nos será útil en las próximas líneas:

“una cualidad propia de los fenómenos que reconocemos como independientes de nuestra propia volición (no podemos “hacerlos desaparecer”) y definir el “conocimiento” como las certidumbre de que los fenómenos son reales y de que poseen características específicas”⁴⁶.

Es por ello que estos autores subrayan una característica de su propia definición:

“dichos términos tienen relevancia tanto para el hombre de la calle como para el filósofo. El hombre de la calle vive en un mundo que para él es “real”, aunque en grados diferentes y “sabe”, con diferentes grados de certeza que ese mundo posee tales o cuales características”⁴⁷.

El problema es sin duda netamente filosófico, pero también hay un aporte genuino desde la sociología: “una sociología del conocimiento “deberá tratar no sólo las variaciones empíricas del “conocimiento” en las sociedades humanas, sino también los procesos por los que cualquier cuerpo de conocimiento llega a quedar establecido socialmente como “realidad”⁴⁸.

El concepto de Libertad entonces existe para el derecho penal y es aquel que surge como hecho institucional de la interacción social.

En este mismo sentido se ha expresado últimamente Frister:

“Dado que la autonomía no puede ser entendida como un hecho psíquico, tales parámetros no se obtienen del concepto de auto-determinación por sí solo. Este concepto recibe un contenido material recién por medio de la manera en que es aplicado en la interacción social. A la vi-

vencia social le subyacen siempre determinadas ideas, como las que el mundo social que surge por el reconocimiento recíproco de autonomía debe distinguirse del medio ambiente natural del hombre. Estas ideas construyen el mundo social del hombre y le proporcionan así también los parámetros según los cuales se debe decidir sobre la capacidad de auto-determinación del hombre”.⁴⁹

XIII. Conclusión.

Llegados hasta aquí podemos extraer algunas conclusiones que deben ser interpretadas solo como parciales:

El sistema del hecho punible debe lograr mucha más precisión y ductilidad a la hora de recibir los datos de ciencias externas al modelo de imputación.

Hoy ya no es posible obviar que, por ejemplo, las neurociencias han producido en los últimos años investigaciones que ponen en tela de juicio la posibilidad de seguir construyendo un esquema de atribución de responsabilidad que funcione con ficciones tan arbitrarias como insostenibles.

Esas ficciones han estado tan vigentes en épocas “psicológicas” como “normativas” del proceso de construcción del juicio de culpabilidad.

Sin embargo, por el propio carácter burdo de las bases que se encuentran detrás del sistema de atribución, estos avances de las neurociencias no deberían generar un sismo de gran gravedad.

Es indispensable acudir a investigaciones sociológicas y filosóficas para tomar del sistema de interacción social las condiciones exigibles a los ciudadanos para conectarse con los comunicados normativos y desde allí atribuirles una decisión de acción como parte del reproche.

¹ Profesor Adjunto regular de Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires y Doctor en Derecho por la misma Universidad. Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Palermo. Profesor visitante de la Universidad Autónoma de Madrid (2012-2013).

² **Würtenberger**, Thomas, “Persona y ley jurídica. Contribución a una futura antropológica del derecho”, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1967, traducción de Ernesto Garzón Valdés, pág. 19 y sgtes.

³ A ello y a sus consecuencias se ha referido adecuadamente Hassemer. Ver, **Hassemer**, Winfried: *Fundamentos del derecho penal*, trad. de Francisco Muñoz Conde y Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1984.

⁴ “Barullo”: “escena de cosas o personas moviéndose en desorden y haciendo ruido”. **Moliner**, María, “Diccionario del uso del Español”, Buenos Aires, Gre-dos, 2007.

⁵ Un buen ejemplo en **Günther**, Klaus, “Schuld und kommunikative Freiheit”, Frankfurt am Main, 2005, sobre todo, págs.. 118 y sgte y 246 y sgtes.

⁶ Ver, **Fernández**, Gonzalo, “Culpabilidad y Teoría del delito”, BdF, Montevideo, 1995, págs.. 65 y sgtes. El mismo, “La cuestión de la libertad de voluntad en el derrotero de la teoría de la culpabilidad”. Presentación a la obra de **Engisch**, Karl, “La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del Derecho Penal”, B de F, Montevideo, 2008.

También, **Stratenwerth**, Günther, “El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad”, trad. De Enrique Bacigalupo, Madrid, 1980, págs., 43 y sgtes. **Zu-galdía Espinar**, José Miguel, “Fundamentos de Derecho Penal. Parte General”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 159 y sgtes.

⁷ Libertad que usualmente consideramos esencial en el hombre como ser espi-ritual. Ver, sobre esta relación entre el Ethos y la libertad de decisión, **Hart-mann**, Nicolai, “El problema del ser espiritual. Investigaciones para la fundamentación de la filosofía de la historia y de las ciencias del espíritu”, traducción del original de Dalmaso y Milluquet, Leviatán, 2007, pág. 228.

⁸ A pesar de ello, ha habido intentos de desprender las consecuencias limitadoras del principio de culpabilidad y de la categoría de la base ontológica supuesta en la idea de libre albedrío, partiendo de un conjuntos de presupuestos del estado constitucional. Ver, **Fernández Carrasquilla**, “Dogmática penal sin reproche de culpabilidad en la hora actual”, en AAVV, “Dogmática y criminología. Ho-menaje de los grandes tratadistas a Alfonso Reyes Echandía”, Legis, 2005, pág. 139 y sgtes.

⁹ Ver, **Bacigalupo**, E, Principios constitucionales del Derecho Penal, Hammu-rabi, Buenos Aires, 1999, pág. 137. “Todo lo referente a la culpabilidad es ac-tualmente muy discutido. Principalmente afirmaciones tales como: “La pena, según la concepción general, presupone la reprochabilidad del comportamiento penalizado y es su expresión, o la similar que dice: “El principio de culpabilidad significa que la pena criminal sólo puede fundamentarse en la comprobación de que el hecho puede serle reprochado al autor, resultan extremadamente proble-máticas porque encienden de inmediato la polémica sobre el determinismo o in-determinismo del comportamiento humano. Sin embargo, sería erróneo creer que la discusión en torno a la idea de reprochabilidad o, lo que es lo mismo, a la fundamentación de la responsabilidad en la libre determinación del autor (sea ésta real o supuesta), tiene tanta trascendencia práctica que quienes niegan el libre albedrío, como premisa metafísica de la responsabilidad penal, rechacen también las *consecuencias* que por lo general se vinculan con el principio de culpabilidad”.

¹⁰ **Zaffaroni/Alagia/Slokar**, “Derecho Penal. Parte General”, pág. 672.

¹¹ **Mir Puig**, S, “Derecho Penal. Parte General”, Repertor, Barcelona, pág. 538.

¹² **Freud**, S, «Eme Schwierigkeit der Psychoanalyse» («Una dificultad del psi-coanálisis») (1917), *Gesammel- re Werke*, vol. XII, Londres, 1947, Pp. 6-12:

«La primera, cuando se percató de que nuestra Tierra no es el centro del uni-verso, sino una minúscula e insignificante parte de un sistema cósmico apenas imaginable en su grandeza. Esta humillación se liga para nosotros al nombre de Copérnico, si bien la ciencia alejandrina ya había proclamado algo semejante. La segunda, después, cuando la investigación biológica destruyó los presuntos

privilegios del hombre en la creación, desterrándolo a su procedencia del reino animal y a lo inextinguible de su naturaleza animal. Esta transmutación de valores se ha llevado a cabo en nuestros días bajo el influjo de Ch. Darwin, Wallace y sus predecesores, no sin la más vehemente resistencia de los contemporáneos. La tercera y más sentida humillación la ha de sufrir, empero, el ansia de grandeza del hombre en virtud de la actual investigación psicológica, que va a demostrar al yo que ni siquiera es señor en su propia casa, sino que se halla supeditado a las mezquinas noticias de aquello que sucede inconscientemente en su vida anímica.»

¹³ **Rubia**, Francisco, “Comentarios Introdutorios”, en “El cerebro: avances recientes en neurociencia”, Ed. Complutense, 2009, pág. 18.

¹⁴ **Rubia**, F., cit, pág. 100.

¹⁵ **Searle**, John, “Libertad y necrobiología. Reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político”, Paidós, 2009, pág. 28.

¹⁶ Sobre las consideraciones filosóficas de Searle en relación a la conciencia, ver también, **Mora**, Francisco, “El reloj de la sabiduría. Tiempos y espacios en el cerebro humano”, Alianza editorial, 2005, pág. 137 y sgtes

¹⁷ **Searle**, J., “Libertad...”, cit, pág. 27 y sgte.

¹⁸ Esta visión ha estado descripta muy correctamente desde la Neuroética por Kathinke Evers: “Todo sistema de normas que apunte a establecer cómo actuar de manera adecuada presupone, si debe tener un alcance práctico, que los seres humanos tienen alguna capacidad de controlar voluntariamente su comportamiento o en cierta medida de influirlo. En otros términos, “deber” implica “poder”, en cierto sentido y en cierta medida. En ausencia de tal capacidad, en efecto, no tendría ningún sentido, ni en la práctica, ni tampoco en la teoría, hacer recomendaciones o establecer prescripciones”. **Evers**, Kathinke, “Neuroética. Cuando la materia se despierta”, Katz, traducción del original, “Neuroéthique. Quand la matière s’éveille”, Odile Jacob, 2009. Madrid, 2013, pág. 73.

¹⁹ **Frisch**, Wolfgang, “Sobre el futuro del derecho penal de la culpabilidad”, en Feijóo Sánchez –ed-, “Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias”, Civitas/ Thomson Reuters, pág. 27.

²⁰ **Frisch**, ob. cit.

²¹ **Oliveiro**, Alberto, “Cerebro”. Traducción del original italiano “Cervello”, 2012, Bolati bohringieri Editori, Torino, a cargo de Inés Marini y Rodrigo Molina- Zavalía, Adriana Hidalgo Editora, 2013, pág. 52.

²² **Searle**, “Libertad y nerobiología”, cit, pág. 34 y sgte.

²³ **Oliveiro**, cit, pág. 52.

²⁴ **Ferrajoli**, Luigi, “Derecho y razón”, Trota, Madrid, pág. 492 y sgtes.

²⁵ **Ferrajoli**, Luigi, “Derecho y razón”, cit, pág. 492 y sgtes.

²⁶ **Ferrajoli**, Luigi, “Derecho y razón”, cit, pág. 492 y sgtes.

²⁷ **Ferrajoli**, Luigi, “Derecho y razón”, cit. , pág. 492 y sgtes.

²⁸ **Ferrajoli**, Luigi, “Derecho y razón”, cit., pág. 492 y sgtes..

²⁹ **Ferrajoli**, Luigi, “Derecho y razón”, cit, pág. 492 y sgtes.

³⁰ **Ferrajoli**, Luigi, “Derecho y razón”, cit, pág. 492 y sgtes.

³¹ **Ferrajoli**, Luigi, “Derecho y razón”, cit, pág. 492 y sgtes.

³² **Ferrajoli**, Luigi, “Derecho y razón”, cit, pág. 492 y sgtes.

³³ **Ferrajoli**, Luigi, “Derecho y razón”, cit, pág. 492 y sgtes.

³⁴ **Beling**, Ernst, “Esquema de derecho penal”, traducción del original alemán “Grundzüge des Strafrecht”, 11 edición, 1930, traducción de S. Soler, Librería de Foro, Buenos Aires, 2002, pág, 64.

³⁵ Otro problema paralelo, pero del cual no podemos ocuparnos en este trabajo, se relaciona con los aportes de la Neurociencia al proceso penal, aquello que Michele Taruffo ha definido como: “cuando y en que condiciones, las neurociencias proporcionan conocimientos e informaciones utilizables como prueba en juicio, es decir, como instrumentos para establecer la verdad o falsedad de enunciados relativos a hechos relevantes para la decisión”. Sobre este tema, ver, **Taruffo**, Michele, “Proceso y Neurociencia. Aspectos generales”, en Taruffo/Nieva Fenoll (dirs.), “Neurociencia y proceso judicial”, Marcial Pons, 2013, pág. 16 y sgte.

³⁶ Aquí Bacigalupo cita sucesivamente las posiciones de Welzel, Köhler, Roxin, Jakobs, Schünemann, Schmidhäuser y Kühl. Ver, **Bacigalupo**, Enrique, “El sistema de la teoría del delito en el siglo XXI”, en Cuadernos de Derecho Judicial, “Derecho Penal del siglo XXI”, publicación de la Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial, pág. 218.

³⁷ **Burkhardt**, Björn, “La comprensión de la acción desde la perspectiva del agente en el derecho penal”, traducción de Rafael Alcacer Guirao, en Burkhardt-Günther-Jakobs, “El problema de la libertad de acción en el derecho penal”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, pág. 71.

³⁸ **Hirsch**, Hans Joachim, “Acerca de la actual discusión alemana sobre libertad de voluntad y derecho penal”, traducción de Demetrio Crespo. En **Demetrio Crespo** –dir-, “Neurociencias y derecho penal”, BdF, Montevideo, 2013, pág. 51.

³⁹ **Jäger**, Christian, “Libre determinación de la voluntad, causalidad y determinación, a la luz de la moderna investigación del cerebro”, en Demetrio Crespo –coord-, “Neurociencias y Derecho Penal”, cit, pág. 67.

⁴⁰ **Weisser**, Betiina, “Refutan las ideas de la neurociencia el concepto de culpabilidad del parágrafo 20 del Código Penal?”, pág 477

⁴¹ **Evers**, pág. hPág, 74.

⁴² **Searle**, John, “La construcción de la realidad social”, Paidós, Barcelona, 1997, pág. 21. Traducción del original en inglés, “*The construction of social reality*” -1997-, por Antoni Domènech.

⁴³ **Searle**, “La construcción..”, cit, pág. 52.

⁴⁴ **Berger**, Peter/ **Luckmann**, Thomas, “La construcción social de la realidad”, Amorortu, Buenos Aires, 1972, traducción del original en inglés, “*The Social Construction of Reality*”.

⁴⁵ **Berger/Luckmann**, pág. 13.

⁴⁶ **Berger/Luckmann**, pág. 13.

⁴⁷ **Berger/Luckmann**, pág. 13.

⁴⁸ **Berger/Luckmann**, pág. 15.

⁴⁹ **Frister**, Helmut, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage. Kapitel 3, nro. 9, z. 30; Hay traducción de la cuarta edición al castellano: Frister, Helmut, “Derecho Penal. Parte General”, traducción de Marcelo Sancinetti, Hammurabi, 2009, Buenos Aires, pág. 77.

FEDERALISMO Y SISTEMA PENAL

Marco Antonio Terragni

Sumario: 1. Facultades de la Nación y de los Estados particulares relacionadas con el sistema penal. 2. Legislación penal. Antecedentes. 3. Acción penal ¿Derecho de fondo o Derecho procesal? 4. Situación actual. 5. Perspectivas. Bibliografía.

Facultades de la Nación y de los Estados particulares relacionadas con el sistema penal.

Conforme lo dice el artículo primero de la Constitución, la Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa, republicana y federal.

En cuanto al último carácter, de haber guardado coherencia con la declaración inicial, los Estados particulares deberían haberse reservado la facultad de dictar los códigos de fondo y de forma; lo que no ocurrió.

En cuanto al por qué, se puede intentar descubrirlo siguiendo estos razonamientos en torno de la idea *ley común*.

Empleo esta expresión dándole un sentido que no coincide con el de *commonlaw*, que usan los anglosajones. Hago referencia a la legislación metropolitana española, a la de Indias y a las reglas propias, que eran seguidas en el territorio de las que llegaron a ser las Provincias Unidas del Río de la Plata (primera denominación adoptada conforme al orden que indica el art. 35 C.N.). Todo esto formó el Derecho básico vigente, la ley común (la admitida por todos) en nuestro territorio durante el período comprendido entre 1810 y 1853. Por lo mismo, si había una ley común. Estaba siendo observada en todas las provincias. Ergo: era razonable que se prolongase esa tradición y que luego las reglas se agrupasen en códigos por materias. Códigos únicos, que rigiesen en toda la Nación. En definitiva: que siguiese habiendo una ley común.

Ésta fue la idea que siguió el Proyecto de Constitución de 1826, obvia porque instituía un Estado unitario pero no menos importante ya que en el proceso inmediatamente previo –liderado por Urquiza– que llevó a sancionar la Ley Suprema en 1853, primó la idea de dejar de lado los antagonismos y llegar a una solución de compromiso entre unitarios y federales.

Incluso el concepto *ley común* aparece esbozado por Alberti cuando escribió las “Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina”.

Allí explicó que la legislación debía seguir siendo uniforme como lo era en 1853: “No sería racional que tuviéramos tantos códigos de comercio, tantas legislaciones civiles, tantos sistemas hipotecarios

como provincias. La uniformidad de la legislación, en esos ramos, no daña en lo mínimo a las atribuciones de soberanía local y favorece altamente el desarrollo de nuestra nacionalidad argentina”. Luego, al hacer una relación de los antecedentes unitarios pertenecientes a nuestra anterior existencia colonial, anotó lo que era: “Unidad de legislación civil, comercial y penal”. Ello junto a la “unidad judicial, en el procedimiento y en la jurisdicción y competencia, pues todas las Provincias del virreinato reconocían un solo tribunal de apelaciones, instalado en la capital, con el nombre de Real Audiencia”.

Los antecedentes del centralismo monárquicos, que siguieron manifestándose luego de la Revolución de Mayo impiden –según escribiendo Alberdi– “pensar que la República Argentina sea otra cosa que un solo Estado, aunque federativo y compuesto de muchas provincias, dotadas de soberanía y libertades relativas y subordinadas. Guardemos, pues, de creer que la unidad de gobierno haya sido un episodio de la vida de la República Argentina; ella, por contrario, forma el rasgo distintivo de su existencia de más de dos siglos”.

En cuanto a los antecedentes federales y a su repercusión, aclaró que eran poderosos y obligaban a “todo sistema de gobierno central, a dividir y conciliar su acción con las soberanías provinciales, limitadas a su vez como el gobierno general en lo relativo a su administración interior”.

También dejó constancia de “los hábitos ya adquiridos de legislaciones, de tribunales de justicia y de gobiernos provinciales. Hace ya muchos años que las leyes argentinas no se hacen en Buenos Aires, ni se fallan allí los pleitos de los habitantes de las provincias, como sucedía en otra época”.

Según mi propio entendimiento desde el punto de vista político eso significó un reconocimiento de que quedó subsistente una de las características del sistema unitario de gobierno¹. En la materia que estoy desarrollando, tan unitario siguió siendo –aún después de 1853– que habiéndole dejado la Constitución a las Provincias la facultad de dictar sus propios códigos penales en tanto la Nación no lo hiciese –conforme a la cláusula transitoria 105– todas adoptaron como tales el Proyecto Tejeedor.

La materia que me ocupa está enrolada en el deseo de Alberdi de buscar –como lo dejó escrito– “una fusión parlamentaria en el seno de un sistema mixto, que abrace y concilie las libertades de cada Provincia y las prerrogativas de toda la Nación”.

Fue así que el Proyecto de Constitución que acompañó a las “Bases” dice el art. 67 (“Atribuciones del Congreso”) el inciso 5º: “Legislar en materia civil, comercial y penal”.

En cuanto a la propia Convención Constituyente de Santa Fe: No tuvo taquígrafos, por lo que no es posible saber si el tema de las atribuciones nacionales y locales sobre legislación fue debatido en par-

ticular. Sólo aparece una referencia según la cual en la reunión del 29 de abril de 1853 los artículos 65 al 72 fueron aprobados sin observaciones de peso². Seguramente se tuvieron en cuenta el Proyecto de Alberdi y las ideas de José Benjamín Gorostiaga, convencional por la Provincia de Santiago del Estero quien fue el redactor de la parte orgánica, referida a la distribución de los tres poderes del Estado y de la enunciación de funciones que cada uno de ellos debía cumplir. También él fue miembro informante de la Comisión de Asuntos Constitucionales y participó de los debates en defensa del proyecto de Constitución que se estaba tratando.

Así las provincias le concedieron al Congreso de la Nación la facultad de dictar el Código Penal, reservándose simultáneamente los poderes no delegados, entre ellos los de regular cómo se llevarían a cabo los juicios penales. Aunque esta última afirmación no es rotunda y tiene un carácter relativo; tanto que el mismo art. 67 inc. 11 originario la Constitución, le otorgó al Congreso de la Nación la atribución de dictar como leyes generales para toda la Nación “las que requiera el establecimiento del juicio por jurados”.

2. Legislación penal. Antecedentes.

El Proyecto de Código Penal presentado en 1881 distingue entre acciones públicas ejercitables de oficio, incluyendo las que nacen de las ofensas sexuales y las privadas, que comprenden a las que derivan de los delitos de calumnias, injurias y adulterio.

El Proyecto de 1891 incorporó en la Parte general una regulación sobre la materia disponiendo que se actuaría de oficio, salvo en los casos de los delitos que menciona.

Es mi interés detenerme brevemente en este proyecto pues en diversas obras doctrinarias se adjudica a Rivarola (quien con Piñero y Matienzo integró la comisión) haber sido *unitario*, usando el calificativo como la expresión de una tendencia contraria al *federalismo* que proclama –al menos- la Constitución nacional. Sin perjuicio de que alguien menciona en sus trabajos doctrinarios opiniones *neutrales*³, lo cierto es que cuando los miembros de la comisión elevaron al Poder Ejecutivo el proyecto dicen entre otras cosas: “El código penal dictado por el Congreso en uso de una facultad constitucional, debe ser la única fuente de imposición de penas en la República y no simplemente un código para ser aplicado en las jurisdicciones locales, a cierto número de delitos y faltas, dejándose subsistente otra legislación penal flotante, de origen constitucional, si procediera de las legislaturas procediera de las legislaturas provinciales”.

Se puede entender, pues, por qué el auspicio a que las reglas relativas al ejercicio de las acciones penales permanezcan en el Código Penal.

En el Proyecto de 1906 ya comienza a perfilarse el sistema que

luego consagró el Código de 1921, distinguiéndose en aquél con claridad las acciones públicas, las dependientes de instancia privada y las privadas.

3. Acción penal ¿Derecho de fondo o Derecho procesal?

Sobre la problemática de si la regulación de la acción penal corresponde al Derecho de fondo o al de forma, las opiniones son variadas, pero considero aceptable aquella según la cual siendo la acción penal un poder absolutamente limitado en su contenido por las figuras delictivas, se hace necesario distinguir algunas condiciones y métodos por los cuales la potestad punitiva es entregada a los órganos que la han de hacer efectiva. Esas condiciones y métodos no forman parte del procedimiento. No son normas procesales sino penales, porque contienen auto-limitaciones de la pretensión punitiva, con las cuales la ley de fondo fija a la de aquel requerimiento de castigo una especie de vida, distintos modos de nacimiento y extinción⁴.

Hay que recordar que Núñez puso el acento sobre las íes cuando explicó que la acción penal representa, según los conceptos del Código penal, no un derecho puramente formal de solicitar justicia ante los tribunales requiriendo la actuación de la ley penal, sino la potestad de castigar en sí misma, como derecho sustancial constitutivo de uno de los presupuestos de la imputación penal. Pertenece a la punibilidad del delito y, tratándose del Derecho penal común, su regulación corresponde al Congreso. La regulación sustantiva de la acción penal comprende todo lo concerniente a la titularidad de su ejercicio, objeto, requisitos para su ejercicio y su subsistencia. A las legislaciones locales les cabe la facultad de reglar lo referente a la estructuración de los organismos públicos encargados de la acusación y de regular las formas procesales para que la potestad represiva se haga valer en juicio⁵.

Con idéntica inteligencia resume FontánBalestra: “El distinto modo de ser ejercida la acción es, en términos generales, consecuencia de la naturaleza del hecho delictuoso cuya sanción se persigue, siendo ésta la razón por la cual el Código penal debe contener disposiciones y normas que aparentemente presentan una estructura procesal pero que, en realidad, son de derecho sustantivo⁶”

4. Situación actual:

La separación entre lo que es penal y lo que es procesal parece tajante. Pero no lo es. Tanto que el Código Penal, en su versión original de 1921 y con mucha mayor frecuencia en las sucesivas incorporaciones normativas que se le hicieron desde entonces a la fecha incursiona en temas relacionados con el ejercicio la normativa de fondo.

Así aparecen múltiples disposiciones de naturaleza predominantemente procesal como las que le indican al juez, al fiscal, al imputado o la víctima qué es lo que deben hacer en algunas circunstancias del

trámite para poner en obra las instituciones que crea el Código Penal, según las referencias contenidas en los arts. 10, 12, 13, 18, 19.4, 21, 23, 26, 27, 27 bis, 28, 29, 33.2, 34.1, 41.2, 41 ter, 51, 58, 71, 72, 75, 76, 76 bis, 76 ter, 76 quáter, 114, 115, 116, 117, 132, 142 ter, 305 y 313.

Un observador desprevenido podría entender que la Nación avanzó sobre terreno vedado restándole facultades a los Estados locales, triunfando así en la contienda, pero a la luz de las nuevas normativas procesales penales que éstos han ido adoptando, ocurre a la inversa. Ellas enervan, finalmente, la aplicación íntegra del Código Penal de la Nación Argentina. Es así porque, por ejemplo, cambian algunas reglas sobre el ejercicio de la acción y su extinción invocando la necesidad de introducir formas alternativas de resolución de los conflictos; manera elegante de disimular que lo que se intenta es que no haya tantos juicios propiamente dicho y menos condenados a penas que los Estados locales no están en condiciones económicas de ejecutar⁷.

Ejemplos de normas que están insertas en algunos nuevos códigos de procedimientos penales y de la colisión que producen con las del Código Penal son éstos:

Iniciación de oficio de las acciones penales:

El primer párrafo del art. 71 C.P. ordena que se “deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales”, con excepción de las que a continuación indica.

Los nuevos códigos de procedimientos penales usan el verbo en potencial diciendo que el Ministerio Público Fiscal “podrá” actuar de oficio, remitiendo a criterios de oportunidad que los mismos ordenamientos locales enumeran en orden a los cuales es facultativo no promover o prescindir total o parcialmente de la acción penal⁸.

Entre ellos se encuentra la idea *pena natural*; o sea, cuando las consecuencias del hecho sufridas por el imputado sean de tal gravedad que tornen innecesaria o desproporcionada la aplicación de una pena, salvo que mediaren razones de seguridad o interés público.

Como se advierte, todo esto es contrario a lo que dispone el C.P. pues las únicas cláusulas de impunidad que contiene son las del art. 34.

Por lo mismo, la incorporación por las provincias del principio de oportunidad puede entenderse como quede las Provincias retoman el poder que antes habían delegado⁹.

Extinción de la acción penal:

El art. 59 C.P. dice: “La acción penal se extinguirá: Por la muerte del imputado; por la amnistía; por la prescripción; por la renuncia del agraviado, respecto de los delitos de acción privada”.

En tanto, algunos Códigos Procesales Penales han agregado

como causa de extinción de la acción penal el vencimiento del término que le conceden a la víctima para querellar sin que lo haya hecho, en los casos en que el tribunal admite el criterio de oportunidad.

Suspensión del juicio a prueba:

El art. 76 bis C.P. indica los requisitos para que ello se concrete. El primer párrafo dice que es el imputado quien tiene que pedirlo al tribunal.

Por el contrario, para algunos códigos procesales penales el requerimiento al tribunal debe hacerlo el Fiscal.

El art. 76 bis C.P. dice que ante la solicitud la parte damnificada solo puede aceptar o no la reparación ofrecida. En este último caso, si la realización del juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente.

Al revés, Códigos locales disponen que, en caso de hacerse lugar a la suspensión del juicio a prueba, el auto resolverá sobre la forma de reparar los daños.

El art. 76 ter C.P. declara: “El tiempo de suspensión del juicio será fijado por el tribunal entre uno y tres años, según la gravedad del delito”.

En tanto, hay reglas ubicadas en Códigos de Procedimientos que dicen simplemente que en caso de hacerse lugar la suspensión del juicio a prueba se establecerá el tiempo de suspensión del juicio; es decir, sin ceñirse a los límites que señala el artículo que acabo de citar.

5. Perspectivas.

Soluciones, a la vista no las hay, como que resulta impensable una reforma constitucional que le atribuya al Estado nacional la potestad de regular el procedimiento penal de todas las jurisdicciones del país o, al revés, que le conceda a los Estados locales la posibilidad de dictar sus propios códigos penales.

Lo que sí puede ocurrir es que la Justicia deba expedirse más frecuentemente sobre estos puntos pues si bien el imputado se beneficia con las posibilidades que brindan las nuevas instituciones procesales, la víctima (y la misma sociedad) tiene la legítima expectativa de que se aplique sin cortapisas la ley de fondo y que quien lo ha agredido sufra la sanción que el Código Penal anuncia.

Gelli apunta que la diferencia entre la atribución del Estado Federal y la de los Estados locales es, en ocasiones, una cuestión de grado ardua de determinar la que, finalmente, es precisada por la interpretación judicial en los casos concretos. Y cita algunos pronunciamientos de la CSJN sobre temas de diversas ramas del Derecho. Insiste en que la distinción entre normas sustantivas y disposiciones procesales no siempre es suficientemente clara, más allá del cuerpo normativo en la que estén incorporadas (Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argen-*

tina, comentada y concordada, La Ley, Buenos Aires, 2001, ps. 488 y s).

Agrego una referencia que data desde hace varios años, según la cual la CSJN resolvió que no constituye materia procesal el inc. 1° del art. 453 del Código Procesal Penal de La Rioja, que tiene por desistida la acción privada cuando el querellante no insta el procedimiento durante dos meses. Tratase de una forma de extinción de la acción penal contemplada expresamente por el Código Penal (art. 59, inc. 4°)- que corresponde legislar al Congreso (art. 67, inc. 11 C.N.). Por ello, el referido inciso es inconstitucional (Mayo 19 de 1967 “Nazareno, José y otros”, La Ley, 28/7/67, fallo 58.253; t. 127, p. 334; “C.S.”, 267:468; J.A., 1967-IV-204).

Más recientemente en el caso Verbitsky, Horacio s/habeas corpus (03/05/2005, T. 328, p. 1146) la Corte declaró que si bien no cabe duda de que los códigos procesales son materia de legislación provincial en función de la cláusula residual, la existencia de disposiciones procesales en el Código Penal y la facultad del Congreso Nacional para dictar las leyes que requiera el establecimiento del juicio por jurados, parecen indicar que el Estado Federal ejerce cierto grado de legislación y orientación en materia procesal, con el fin de lograr un mínimo equilibrio legislativo que garantice un estándar de igualdad ante la ley. Cualquiera que sea el sistema procesal de una provincia y sin desmedro de reconocer su amplia autonomía legislativa, sin bien no puede llevarse la simetría legislativa hasta el extremo de exigir una completa igualdad para todos los procesados del país, la desigualdad tampoco puede extremar las situaciones hasta hacer que el principio federal cancele por completo el derecho a la igualdad ante la ley, pues un principio constitucional no puede borrar o eliminar otro de igual jerarquía.

Decidiendo sobre una materia distinta a la penal, sentó el criterio según el cual los poderes de las provincias son originarios e indefinidos y los delegados a la Nación son definidos y expresos, pero aquellos poderes provinciales no pueden enervar el ejercicio razonable de los poderes delegados al gobierno federal. So pena de convertir en ilusorios los propósitos y objetivos de las citadas facultades que fincan en la necesidad de procurar eficazmente el bien común de la Nación toda, en el que necesariamente se encuentran engarzadas y del cual participan todas las provincias (CSJN, 10-02-2009, “Molinos Río de la Plata S.A. c/Provincia de Buenos Aires s/acción declarativa”, Base de Datos de Jurisprudencia de la CSJN, www.rubinzalonline.com.ar, RC J 878/12).

Se ha puesto también en entredicho el procedimiento de la mediación penal. Incluyo los siguientes sumarios, de jurisprudencia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, tomados de Almeyra, Miguel Angel, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Penal. Parte General*, t. I, vol. 1, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 309 y s.: “El art. 204 del Có-

digo Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es inconstitucional –en el caso, se declaró la nulidad de todo lo actuado, en un proceso por los delitos de daño agravado y lesiones leves, a partir del arribo del expediente a la justicia local- pues importa una limitación al principio contenido en la ley de fondo, que obliga a perseguir todos los hechos delictuales que ingresan al sistema de justicia, salvo en los casos previstos por la propia ley de fondo, suponiendo la asunción de facultades legislativas exclusivas del Congreso Nacional, en tanto y en cuanto, la introducción de la mediación al sistema penal requiere una necesaria reforma al Código Penal (C.Penal, Contravencional y Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, 23/10/2009, “Parodi, Juan José”, LL CABA 2010-55; *La Ley On line*). Deviene inconstitucional el art. 204 inc. 2 del Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires que introduce la mediación como modo de extinción de la acción penal, pues importa una limitación al principio de legalidad procesal, es decir que, la mencionada norma supone la asunción de facultades legislativas exclusivas del Congreso Nacional, en violación del art. 75 inc. 123 de la Constitución Nacional (CPenal, Contravencional y Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, 29/05/2009, “González, Pedro” – LL CABA 2009- 460; *La Ley Online*).

Más allá de la jurisprudencia, también hubo iniciativas tendientes a sentar bases uniformes para la procuración y administración de justicia penal en Argentina como la de comisión encabezada por CafferataNores en pro del principio de igualdad ante la ley y de trato ante los tribunales de justicia. Como ponente general mantuvo su criterio según las conclusiones del XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal que se llevó a cabo en la ciudad de Córdoba los días 18, 19 y 20 de setiembre de 2013. Dijo que la introducción de los criterios de oportunidad en numerosas provincias, resulta no sólo inconveniente sino atentatorio del principio de igualdad establecido en el art. 16 C.N. Agregó que para ello la Nación, conforme a las opiniones de algunos importantes tratadistas tiene la facultad indiscutible de reglamentar las cláusulas constitucionales que garantizan el derecho de defensa, lo cual le permite reconocerle ciertas facultades procesales en materia penal. Es contrario a la igualdad que mientras el Código Penal señala que la pena debe cumplirse y que la acción “deberá” iniciarse, esto sea relativizado en las distintas jurisdicciones provinciales mediante, por ejemplo, la regulación autónoma del principio de oportunidad¹⁰.

El acta de las conclusiones del Congreso dice que terminó el debate quedando evidenciada la persistencia de dos posturas en relación a la conveniencia y constitucionalidad de una ley uniforme sobre principios procesales mínimos. Se concluyó en la necesidad de profundizar las investigaciones y debates sobre este tema¹¹.

Es el criterio que sostiene el voto del Dr. Gauna Kroegeren un fallo de la Cámara I de Apelaciones en lo Criminal de General Roca¹²

según el cual –refiriéndose al criterio de oportunidad- la regulación debe ser materia de legislación nacional de fondo, puesto que implica una sustancial modificación del criterio de legalidad procesal sentado por el art. 71 C.P. He aquí algunos de sus párrafos: “Ha dicho la Corte Suprema de la Nación que el ex art. 67 inc. 11 C.N. no es compatible con una legislación que estableciera un régimen general diferente para las instituciones fundamentales del derecho común según la región del país en que se apliquen, aunque no exigía que las modalidades de detalle de las instituciones del derecho común deban ser necesariamente idénticas en todo el país (CSN 191-170 y 278-62; también 255-36). Se persigue la unidad de la legislación de fondo, proveyendo al país de instituciones comunes (CSN 278-62)”. “La Corte Suprema de la Nación tiene dicho que ‘la aplicación de la ley penal cuyo dictado con carácter uniforme para toda la Nación el art. 75, inc. 12, de la Constitución atribuye al Congreso-sólo puede ser limitada con referencia a las personas, consagrando con carácter permanente un supuesto de irresponsabilidad penal, con el mismo carácter de uniformidad para todo el país. De tal modo, entre las facultades reservadas a las legislaturas provinciales no está la atribución de establecer soluciones diferentes según el lugar del país donde los hechos supuestamente ilícitos hayan sido cometidos’ (in re ‘Dahlgren c. Cáceres, sent. 10/12/1996, en Fallos: 319:2925)”.

El mismo magistrado recuerda que los proyectos de reforma del Código Penal más recientes receptan institutos como el perdón judicial, la reducción de los mínimos de pena previstos cuando el peligro o daño causado sean de escasa significación o la autorización al Ministerio Fiscal para no impulsar el procedimiento en casos de insignificancia o cuando las consecuencias sufridas por el imputado tornen desproporcionada la pena; institutos todos –y como es obvio- que se aplicarían en todo el país¹³.

La postura contraria a la precedentemente reseñada es la que mantiene Alberto Binder, quien en el XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, que se llevó a cabo en la ciudad de Córdoba los días 18, 19 y 20 de setiembre de 2013 sostuvo que la cláusula del actual artículo 75.12 C.N. no puede interpretarse de modo que “todo lo que esté en su articulado sea facultad delegada al Congreso Federal”, ya que el análisis de su pertinencia a esta materia deviene del análisis constitucional y no se agota en la circunstancia que los legisladores que sancionaron el Código de 1921 lo hayan incluido así. Si bien en cuanto al nacimiento y a la extinción de la acción penal hay algunas razones que aconsejan su uniformidad, en cambio los criterios de ejercicio de la acción penal deben estar conferidos a quien decide la política criminal del Estado que corresponde¹⁴.

A esta altura de mi exposición corresponde glosar algunos argumentos de la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en la sentencia dictada el 19 de setiembre de 2005 en la causa

“Fiscal contra Sosa Morán, Juan Rafael y otros por daño agravado s/ca-sación” relacionados con el principio de oportunidad. El voto del Dr. Herman Amilton Salvini, que integró la mayoría, se funda en la idea de que “el Código Penal regula todo lo atinente al inicio y extinción de la acción penal, más lo relativo al modo de realización o aplicación del derecho de fondo, encuentra sustento, válido y legal, en las normas adjetivas”. “El Código Procesal Penal ha implementado válidamente mecanismos que imprimen movimiento a la acción penal y así resulta válida y legalmente sustentable la posibilidad de que la persecución penal se suspenda total o parcialmente, que se la limite a alguna o varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho”. En el voto en disidencia del Dr. Carlos Böhm aparecen esta frase: Trátándose de un valor atinente a la norma penal no pueden fijarse pautas diversas desde la Legislatura local, porque los fundamentos de Política Criminal no serían razones o políticas de Estado, “se trataría de conveniencia simple y solamente”. Que no le corresponde a la Provincia expedirse en el binomio legalidad-oportunidad en el ejercicio de la acción penal lo demuestra la evidencia de que cuando el legislador nacional ha tenido voluntad política de plasmar el principio de oportunidad, lo ha hecho expresamente en las distintas leyes que el magistrado cita.

Termino resumiendo así mi opinión sobre el tema:

Cuando se habla del ejercicio del poder punitivo del Estado ello se refiere al Estado nacional; no a los Estados particulares, que en la República Argentina no son Estados: son Provincias; tal cual lo entendió Alberdi.

La punibilidad y la impunidad sólo pueden ser resueltas por la Nación con un carácter igualitario para todas las personas, en todo el país.

La reasunción por las Provincias de las facultades de legislar sobre punición e impunidad es una decisión política.

Entendiendo por política el arte y la ciencia de gobernar, solamente ella podría resolver –con alcance general- la controversia: los jueces sólo pueden expedirse sobre conflictos individuales.

Bibliografía:

Almeyra, Miguel Angel, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Penal. Parte General*, t. I, vol. 1, La Ley, Buenos Aires, 2011.

Cafferata Nores, José I., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Lerner, Córdoba, 1994.

De la Rúa, Jorge, *La problemática de la acción penal (persecución penal)*, en *Tendencias modernas del derecho penal y procesal penal*. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo, Hammurabi, Buenos Aires, 2013.

Fierro, Guillermo J. en *Código Penal comentado*, Baigún y Zaffaroni (dirección) Terragni (coordinación), t. 2, Hammurabi, Buenos Aires, 2002.

- Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, t. III, 2da. edición, Parte general, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970.
- Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2001.
- Gómez, Eusebio, *Tratado de Derecho Penal*, t. I, Cía. Arg. de Editores, Buenos Aires, 1339.
- López Rosas, José Rafael, *Historia constitucional argentina*, 2ª. Ed., Astrea, Buenos Aires, 1970
- Moreno, Rodolfo (h), *El Código Penal y sus antecedentes*, tomo III, H.A. Tommasi editor, Buenos Aires, 1923.
- Núñez, Ricardo C., *Tratado de Derecho Penal. Parte General – II*, Lerner, Córdoba 1978.
- Valiente Noailles, Carlos, *Manual de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, tomo I, Fondo de Obras Jurídicas, Buenos Aires, 1970.
- Yancarelli, Lucas, *Enfoque constitucional de la acción penal y el principio de oportunidad*, en www.terragnijurista.com.ar

¹Gelli dice: “Las materias que integran la cláusula de los códigos o derecho común y las normas federales son tan amplias que concentran en el Poder Legislativo una sustantiva cuota de poder *unitario*. El hoy art. 75, inc. 12, diferencia significativamente el sistema federal argentino del sistema norteamericano, cuya fuente fue tenida en cuenta para disponer otras características de esa forma de Estado” (Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, La Ley, Buenos Aires, 4ª. Ed, t. II, p. 175).

²López Rosas, José Rafael, *Historia constitucional argentina*, 2ª. Ed., Astrea, Buenos Aires, 1970, p. 558.

³Rivarola, *Derecho penal argentino*, pp. 57 y ss.

⁴V. Fierro, Guillermo J. en *Código Penal comentado*, Baigún y Zaffaroni (dirección) Terragni (coordinación), t. 2, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, p. 741 y s.).

⁵Núñez, Ricardo C., *Tratado de Derecho Penal. Parte General – II*, Lerner, Córdoba 1978.

⁶Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, t. III, 2da. edición, Parte general, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, p. 459.

⁷De la Rúa dice que esto ocurre porque la impaciencia del legislador provincial, ante la morosidad del Congreso a adoptar un sistema que flexibilice el rígido legalismo, lo ha llevado a legislar, considerando materias procesales, formas de ejercicio, suspensión y, larvadamente, de extinción de la acción penal, al margen de la legislación penal sustantiva. La jurisprudencia local convalida esa legislación (De la Rúa, Jorge, *La problemática de la acción penal (persecución penal)*, en *Tendencias modernas del derecho penal y procesal penal*. Libro homenaje a

Enrique Bacigalupo, Hammurabi, Buenos Aires, 2013, p. 395.

⁸Almeyra sostiene que, siendo el principio general establecido por el Código Penal el de la promoción oficiosa de la acción penal, ello implica la obligatoriedad de su promoción (indisponibilidad) lo que supone la exclusión de criterios de oportunidad por vía de principio y salvo las hipótesis que la propia ley penal establezca (Almeyra, Miguel Angel, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Penal. Parte General*, t. I, vol. 1, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 303.

⁹Yancarelli, Lucas, *Enfoque constitucional de la acción penal y el principio de oportunidad*, en www.terragnijurista.com.ar. Agrega, luego de criticar que el legislador nacional se haya arrogado un poder no delegado al decidir sobre el ejercicio de la acción penal: “Lo coherente hubiese sido, si no se quería destruir el Norte de nuestra Máxima Ley, que en la esfera nacional, lo atinente a la acción penal sea contemplado en el Código Procesal Penal para los casos de competencia federal, y no en el Código Penal”.

¹⁰En su *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Lerner, Córdoba, 1994 había escrito: “En Argentina, será correcto decir que el discernimiento de la *titularidad de la pretensión penal* es competencia de la Nación, a través de las leyes de fondo (ar. 67 inc. 11 C.N.). Como ese reconocimiento de derechos (o potestades) deberá ser *intentado* ante la autoridad jurisdiccional (por vía del proceso- art. 18 C.N.), quien será en definitiva quien la *reconocerá* o no, *en principio*, las provincias, por medio de sus leyes procesales, deberán ocuparse del tema, tanto en lo referido al *reconocimiento* como al *intento* para lograrlo; (derecho de acción)”, p. 28.

¹¹Ponencia de José I. CafferataNores en www.procesal1-catedra2.com.ar. Acta publicada en *elDial.com* – CC1D2A).

¹²LLPatagonia 2007 (junio) 1064, *Online AR/JUR/25/2005*.

¹³El Proyecto de 2006 en el art. 49 sobre el ejercicio de la acción pública consagra el principio de oportunidad.

¹⁴Conclusiones del Congreso, el *Dial.com* – CC1D2A.

