

Participación necesaria de dirigentes deportivos en el marco de delitos cometidos por sociedades delictivas vinculadas a las denominadas 'barrabravas' y la necesidad de implementar programas de cumplimiento normativo en el ámbito deportivo

Ayestarán, Nicolás Eduardo ^{*1}

*Universidad Nacional de San Juan. E-mail: abog.nicolas.ayestara@gmail.com

Resumen: La problemática de las organizaciones delictivas organizadas bajo la modalidad de "barrabravas" ha ocupado la preocupación de legisladores, particularmente de aquellos que conforman la Comisión de Reforma del Código Penal Argentino. En efecto, la violencia desplegada por estos grupos de personas, y la repercusión que generan en espectáculos deportivos, ha obligado a buscar respuestas también en el Derecho penal. Es importante señalar que estas agrupaciones no podrían existir sin los aportes que generalmente proveen los dirigentes de instituciones vinculadas al ámbito deportivo. Asimismo, y atento a que los proyectos de penalización de "barrabravas" prevé también la responsabilidad de las instituciones deportivas, se propone a modo de sistema de control de riesgos, la implementación de programas de cumplimiento normativo en estas entidades.

Palabras claves: barrabravas - reforma penal - dirigentes deportivos - Reforma penal - participación necesaria, programas de cumplimiento normativo

Abstract: *The problem of criminal organizations organized under the modality of "barrabravas" has occupied the concern of legislators, particularly those that make up the Reform Commission of the Argentine Criminal Code. In fact, the violence displayed by these groups of people, and the impact they generate in sports shows, has forced us to seek answers also in criminal law. It is important to point out that these groups could not exist without the contributions generally provided by the leaders of institutions linked to the sports field. Likewise, and attentive to the fact that the "barrabravas" penalization projects also foresee the responsibility of sports institutions, the implementation of regulatory compliance programs in these entities is proposed as a risk control system.*

¹ Abogado egresado de la Universidad Nacional de San Juan. Especialista en Cumplimiento Normativo en Materia Penal por la Universidad de Castilla – La Mancha. Maestrando en la Maestría en Derecho penal y ciencias penales dictada por la Universidad Nacional de Cuyo, desarrollando una tesis vinculada a estudios de dogmática penal aplicada. Secretario General de CRIMINT. Docente en la carrera de Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de San Juan.

Key words: *barrabravas - criminal reform - sports leaders - Criminal reform - necessary participation in crimes - regulatory compliance programs*

1. Introducción

La presente investigación tiene por objeto realizar un breve estudio sobre la responsabilidad penal de dirigentes de clubes de fútbol respecto de delitos cometidos por personas organizadas bajo la conocida denominación de “barrabravas”. Particularmente, se analizará si es posible que aquellas personas respondan como partícipes necesarios en aquellos tipos penales que la inminente reforma del Código Penal prevé para sancionar a aquellas personas que de alguna manera se asocien para cometer esta clase de delitos.

Consecuentemente, se brindaran una serie de argumentos según los cuales resulta necesario implementar, en el ámbito de clubes deportivos, programas de cumplimiento normativo, sin perjuicio de lo establecido en la ley 27.401.

2. La reforma del código penal y la problemática de las tristemente célebres “barrabravas”

La problemática de las organizaciones delictivas ha ocupado un importante espacio en la agenda de varios legisladores, y particularmente, en la Comisión de Reforma del Código Penal Argentino. Para la elaboración de esta presentación se han tenido en cuenta algunos trascendidos en algunos medios de comunicación, como así también un proyecto de ley elaborado por el Ministerio de Seguridad y presentado ante el Senado en el mes de agosto de 2016, que fue reflatado a fines de 2018 producto de los graves incidentes acaecidos el 24 de noviembre de dicho año².

El proyecto de reforma del código de fondo busca brindar herramientas para la solución de algunos problemas acuciantes de la realidad argentina, que ameritan una

² Horas antes de disputarse el segundo partido correspondiente a la final de la Copa Libertadores 2018, un grupo de aficionados del Club Atlético River Plate atacó ferozmente el colectivo donde se trasladaba el plantel de Boca Juniors, ocasionando severas lesiones a algunos jugadores, circunstancia que obligó a suspender el encuentro.

respuesta diferente desde el Derecho penal³. Entre estas vicisitudes, nos abocaremos especialmente a la problemática de los delitos cometidos en el ámbito deportivo por las denominadas “barrabravas”, quienes de forma generalmente organizada cometen ilícitos como la venta no autorizada de tickets, cobro no autorizado de estacionamientos (“trapitos”), extorsiones, agresiones violentas –tanto dentro como fuera de los establecimientos deportivos-, entre otras conductas que son objeto de análisis por parte de la Comisión de Reforma.

3. Integrar una “barrabrava” como delito de organización”- particularidades sobre las diferentes formas de intervenir en el delito

El proyecto de ley reflatado a fines de noviembre de 2018 prevé un agravamiento genérico de penas de delitos que ya se encuentran contemplados en el proyecto de reforma del código de fondo. Así, el proyecto de ley referido, estipula en su art. 13 que: *“Se impondrá prisión de CUATRO (4) a DIEZ (10) años, si no resultare un delito más severamente penado, al que integrare una asociación o grupo de TRES (3) o más personas, que esté destinado a cometer con habitualidad cualquiera de los delitos previstos en la presente ley [...]. Para los fundadores, cabecillas, jefes, organizadores o quienes hayan contribuido a la financiación de dichos grupos y para todo aquel que, interviniendo de cualquier otro modo obtuviere provecho o utilidad personal o económica producto de la actividad del grupo, el mínimo de la pena será de SEIS (6) años de prisión”*. Como bien destaca Cancio Meliá, los delitos de pertenencia a una organización criminal ocupan una posición peculiar dentro del Derecho Penal, bastando con compararlos con infracciones criminales consideradas “normales”, en las que se produce una lesión concreta a un bien jurídico individual. Si se relaciona con el simple hecho de formar parte de una asociación considerada ilícita con la estructura de aquellos delitos de lesión, se comprueba que actos concretamente realizados para la integración de una organización criminal son previos conceptualmente a toda preparación o participación respecto de una infracción concreta: desde la perspectiva de los bienes jurídicos individuales, constituyen supuestos de pre-preparación o proto-preparación⁴.

³ Véase el Título XXV de dicho proyecto.

⁴ CANCIO MELIÁ, Manuel & SILVA SÁNCHEZ, J.M. “DELITOS DE ORGANIZACIÓN”, publicado en Estudios y debates en Derecho penal N° 4, colección dirigida por Jesús María Silva Sánchez, Ed. BdeF, p. 15.

Entonces, lo que aquí se destaca es, precisamente, que el elemento central es la “organización”, la concurrencia de voluntades con el fin de cometer una serie de ilícitos vinculados a los espectáculos futbolísticos. Además, surgiendo del proyecto de reforma la preocupación de la Comisión de Reforma respecto de la formación de grupos que cometan, de forma organizada⁵, delitos vinculados al ámbito deportivo, quiero efectuar algunas consideraciones respecto de la participación de dirigentes deportivos en este tipo de organizaciones. En primer lugar, debemos preguntarnos si basta prestar cualquier tipo de aporte para poder considerar que una persona integra esta particular asociación ilícita. Por otra parte, debe analizarse si ese aporte puede constituir una participación necesaria en los términos del art. 45 del Código Penal, debiendo indagarse si ese aporte puede ser prestado “por fuera” de la organización.

Con relación a la primera de estas cuestiones, es conveniente hacer referencia a un interesantísimo aporte realizado por Patricia S. Ziffer respecto al tipo penal previsto en el art. 210 del código de fondo. En efecto, la autora citada considera que para que quien integra o toma parte en la asociación delictiva pueda revestir el carácter de “miembro” es preciso que su aporte o participación esté orientado a integrar la vida de la agrupación de forma permanente⁶. Así, el tipo requeriría la existencia de una vocación de permanencia, no sólo como consecuencia de su caracterización como delito permanente, sino como elemento definitorio del disvalor de la asociación: debe existir *affectio societatis*, es decir, voluntad de incorporarse a la asociación con intención de perdurar en la misma. La misma autora destaca que en esta especie de delitos ninguno de los miembros realiza el tipo por sí solo, sino necesariamente a través de la interacción con el resto de los adeptos a la asociación, desapareciendo el sentido de distinguir entre autores y partícipes, pues la acción típica es, precisamente, la de participar en la organización. Luego de esta afirmación, se pregunta si esta equiparación típica entre autores y partícipes alcanza sólo a los denominados “partícipes primarios (o necesarios)” o si también alcanza a quien realiza un aporte a la asociación susceptible de ser calificado como partícipe secundario. En este sentido, Ziffer admite que puede participarse en la asociación sin intervenir directamente en los delitos “objeto” de la organización, aludiendo que ésta, no es más que una participación secundaria. Consecuentemente, la participación necesaria sólo podría prestarse, de acuerdo a la tesis sostenida por la autora, desde la propia asociación, quedando entonces dentro de la equiparación entre autores y partícipes antes aludida.

⁵ Verbigracia art. 483 del Proyecto de Reforma del Código Penal-

⁶ ZIFFER, P. S., “*El delito de asociación ilícita*”, Ad Hoc, Año 2005, p. 142 con cita de Lackner-Kühl.

Como bien señala el Dr. Fernando Díaz Cantón, la autora parece caracterizar la esencialidad o no del aporte del partícipe no en la virtualidad que el mismo tenga (o no) para la configuración de la organización delictiva, sino en el grado de compromiso con la asociación y en la intervención o no en los delitos que constituyen el objeto de la misma⁷. Sin embargo, estos aspectos no pueden ser determinantes para definir, si dentro de estos delitos de organización, el aporte es necesario o no, como tampoco para sostener que este tipo de intervención no pueda prestarse “por fuera” de la asociación. En este orden de ideas, considero que resulta sumamente útil recurrir a las construcciones dogmáticas elaboradas por Ricardo Robles Planas a fin de definir y distinguir los dos niveles en los que se puede intervenir en un delito⁸. En primer lugar, el autor citado propone emanciparnos de la idea de considerar la noción de “autor” como punto de partida de la construcción de toda la dogmática de las formas de intervención, ya que es sólo un subconcepto secundario del concepto primario de “intervención” en el delito.

Asimismo, el autor distingue dos momentos dentro de la problemática de la intervención delictiva: la fundamentación de la intervención por un lado, y su calificación por el otro. El primer momento (*fundamentación de la intervención*) está estrechamente vinculado a la teoría de la imputación objetiva, resultando importante tener en cuenta el principio de autorresponsabilidad, pero entendido de una forma normativa: creación desaprobada -activa u omisiva- de un riesgo teniendo en cuenta la conducta autorresponsable de otro sujeto. En la medida en que la conducta de varios intervinientes está desaprobada en vistas a un mismo hecho delictivo puede sostenerse que el hecho delictivo pertenece a todos los intervinientes⁹. Por su parte, la *calificación de la intervención* busca determinar, entre el círculo de intervinientes, quienes deben recibir mayor pena. Si bien todos han infringido una norma, la intensidad de la infracción no siempre es la misma. Por tanto, todo se reduce a una gradación de las infracciones de deberes realizadas por cada interviniente.

4. Intervención delictiva de dirigentes de instituciones deportivas

⁷ DÍAZ CANTÓN, F. “Posibilidad de participación necesaria por fuera de la asociación ilícita”, publicado en Jurisprudencia de Casación Penal, Vol. 4, Hammurabi, Año 2011, dirigido por Patricia S. Ziffer, p. 31.

⁸ ROBLES PLANAS, R., “Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)”, *InDret Penal* (2), 2012.

⁹ Ídem, p. 3.

Es sumamente conocido dentro de la realidad de nuestro país que gran parte del poder que ostentan las “barrabruvas” de diversos clubes de fútbol se debe a los aportes que realizan los dirigentes de estas instituciones. Estos aportes revisten diversas modalidades, como por ejemplo no ejercitar adecuadamente el derecho de admisión, allanar obstáculos para que puedan disponer de las instalaciones del club para sus abyectos fines (como por ejemplo, lugares donde guardar armas o sustancias estupefacientes), facilitar tickets para su reventa, impedir que los espectáculos deportivos se desarrollen con normalidad, entre otros. También es preciso destacar que el Proyecto de Reforma contempla el delito de corrupción en el deporte¹⁰. De igual manera, el art. 490 del Anteproyecto prevé la posibilidad de imponérsele multa a la institución deportiva en caso de que se verifique la intervención de un director o miembro de la comisión directiva de la misma, pudiendo incluso disponerse la clausura del estadio. Idéntica sanción se encuentra prevista en el art. 26 del proyecto de ley que ingresó en la Cámara de Diputados en noviembre de 2018.

Lo señalado en el párrafo anterior trae aparejado dos grandes consecuencias. En primer lugar, debemos preguntarnos cuál es el grado de intervención delictiva que corresponde asignar a los dirigentes de instituciones deportivas en casos en los que presten un aporte esencial a los delitos cometidos por organizaciones delictivas. Conforme lo que ya se ha sostenido anteriormente, si estos directivos prestan un aporte que, además de contribuir a los fines de la organización delictiva, demuestre una verdadera *affectio societatis*, no caben dudas de que deberá reputársele autor de este peculiar delito de organización. Por otra parte, estos aportes pueden ser prestados también “por fuera” de la asociación delictiva, y sin ánimo de integrar la misma de forma permanente. En estos casos, y bajo la óptica de los elementos analizados anteriormente, deberá evaluarse si estos aportes convierten a quien los presta en partícipes necesarios o secundarios del delito. Si tenemos en cuenta que generalmente quienes revisten el carácter de dirigentes de instituciones futbolísticas se encuentran en ejercicio de deberes especiales, y que además se encuentran en condiciones de prestar colaboraciones absolutamente escasas dentro del mercado delictivo¹¹, estimo que en la mayoría de las ocasiones, los aportes de estas personas serán manifestaciones de una verdadera participación *necesaria*.

Ahora bien, este tipo de conductas delictivas no forman parte de las previsiones de la ley 27401 para habilitar el régimen de responsabilidad penal de personas jurídicas allí contemplado. Sin embargo, y tal cómo se anticipara, cuando directivos de estas

¹⁰ Título XXV, Capítulo 2.

¹¹ En este sentido cobra relevancia la “teoría de los bienes escasos” formulada por Enrique Gimbernat Ordeig para discernir cuando un aporte es esencial o no.

instituciones deportivas participan de alguno de los delitos contemplados tanto en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal como así también en el proyecto de ley que busca prevenir actos de violencia en espectáculos deportivos, puede dar lugar no sólo a la responsabilidad penal de los mismos, sino también de la persona jurídica que representan, toda vez que se prevén penas de multa, inhabilitación y clausura de sus respectivos estadios. En este sentido, la sociedad actual no solo se caracteriza por ser una “sociedad del riesgo”, sino que además se trata de una sociedad de enorme complejidad donde la interacción individual ha alcanzado ribetes hasta ahora desconocidos, desprendiéndose de ello dos importantes consecuencias: por un lado, la profunda interrelación de las esferas de organización individual incrementa la posibilidad de que de algunos de estos contactos sociales redunden consecuencias lesivas; y por el otro, la creciente interdependencia da lugar, a que, cada vez en mayor medida, la indemnidad de los bienes jurídicos dependan de la realización de conductas positivas (de control de riesgos) por parte de terceros, agregando que *“las esferas individuales de organización ya no son autónomas, sino que se producen de modo continuado fenómenos —recíprocos— de transferencia y asunción de funciones de aseguramiento de esferas ajenas”*¹².

Cómo lógico corolario de ello, y atento a la posibilidad de que las instituciones deportivas incurran en responsabilidad penal por comportamientos desarrollados por sus directivos -particularmente en lo que concierne a su vinculación con “barrabravas”-, considero que una manera óptima de gestionar estos riesgos es aplicando los lineamientos contenidos en los arts. 22 y 23 de la ley 27401. Esto es, mediante la implementación de Programas de Integridad donde consten, entre otras cosas, un código de ético interno (que puede ampliarse para socios que eventualmente deseen formar parte de la Comisión Directiva) una clara identificación y análisis de riesgos que pueden devenir de la actividad de la persona jurídica, canales internos de denuncia abierto a socios y terceros, la incorporación de un *compliance officer*¹³, la implementación de acciones positivas tendiente a disminuir estos riesgos¹⁴.

Por consiguiente, considero que actualmente las instituciones deportivas pueden ser utilizadas como medios para el desarrollo de comportamientos delictivos,

¹² Silva Sánchez, J.M. *La expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2º edición, Barcelona: Civitas, 2001, pág. 29.

¹³ En España, por ejemplo, esta figura ha sido de suma utilidad en algunos casos (como en el famoso “Caso Osasuna”) y su ausencia ha acarreado responsabilidad para otros clubes deportivos, como sucedió con el FC Barcelona y el “caso Neymar”).

¹⁴ Por ejemplo, podría realizarse un estudio previo sobre cada uno de los aspirantes a integrar una Comisión Directiva, a fin de verificar si los mismos tienen algún tipo de vinculación con organizaciones de “barrabravas” o con funcionarios públicos que ejerzan sus tareas en carteras públicas con las que la institución deba interactuar (v.gr. Ministerio de Seguridad).

considero que quienes ofician como representantes de las mismas deben implementar medidas útiles para gestionar estos riesgos –particularmente aquellos que provengan a raíz de la vinculación de sus dirigentes y organizaciones delictivas como las “barrabravas”), funcionando los lineamientos de integridad referidos como una herramienta útil y conducente para estos fines.

5. Conclusión

A modo de colofón, puede concluirse que afortunadamente la problemática de las organizaciones delictivas organizadas como “barrabravas” está siendo objeto de análisis por parte del Legislador, que busca dar respuestas desde el Derecho penal. Asimismo, los proyectos analizados son conscientes de que dichas organizaciones sólo pueden registrar incidencia en el ámbito de instituciones deportivas a raíz de su vinculación con dirigentes de las mismas. Por ende, resulta necesario no sólo evaluar qué grado de responsabilidad penal registrarían estos sujetos, sino también instaurar mecanismos de control y prevención que permitan disminuir los riesgos penales vinculadas a la existencia y funcionamiento de las entidades deportivas.

Bibliografía

Ziffer, P. S., *El delito de asociación ilícita*, Ad Hoc, Año 2005.

Frister, H. *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Hammurabi, 2009.

Robles Planas, R. *Garantes y Cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Ed. Atelier, 2007.

Robles Planas, R. *Deberes negativos y positivos en Derecho Penal*, *InDret Penal* (4), 2013.

Robles Planas, R. *Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)*, *InDret Penal* (2), 2012.

Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J. *Delito de Infracción de Deber y Participación Delictiva*, Marcial Pons, 2002.

Cancio Meliá, M. & Silva Sánchez, J.M. *Delitos de organización*, publicado en Estudios y debates en Derecho penal N° 4, colección dirigida por Jesús María Silva Sánchez, Ed. BdeF.

Frisch, W.&y Robles Planas, R. *Desvalorar e imputar*, publicado en Estudios y debates en Derecho penal N° 2, colección dirigida por Jesús María Silva Sánchez, Ed. BdeF.

Silva Sánchez, J. M. *La expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2° edición, Barcelona: Civitas, 2001.

Gómez Martín, et. al *Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción*, Marcial Pons, 2018.

Montiel, Juan Pablo (Dir.) y Ayestarán, Nicolás (Coordinador), *Lineamientos de integridad. reportes en compliance*, Crimint, 2018 (disponible en formato e-book a través del siguiente link: <http://crimint.com.ar/2018/08/08/crimint-prepara-un-informe-sobre-los-lineamientos-de-integridad-de-la-oficina-anticorrupcion-de-argentina/>)

El colaborador ineficaz: Problemáticas constitucionales del artículo 276 bis del Código Penal.*

Bosio, Diego Andrés[°]

Resumen: En el presente trabajo se efectuó un análisis dogmático penal de la estructura típica del artículo 276 bis del Código Penal Argentino y su vinculación con otros delitos especiales. Aquel reprime al llamado arrepentido o colaborador que proporciona información falsa o datos inexactos dentro de un proceso judicial que investiga su participación en la comisión de algunos de los delitos que enumera el artículo 41 ter del mencionado cuerpo normativo, con el fin de acceder a los beneficios dispuestos en el mismo. Las conclusiones a las que se arribó son que la figura legal se encuentra en pugna con los principales principios constitucionales del derecho penal como es el de legalidad -en su formulación de máxima taxatividad legal -, lesividad y proporcionalidad de la pena, además de presentar otras problemáticas puntuales en su interpretación y aplicación como así también en orden a su ubicación sistemática.

Palabras claves: artículo 276 bis – colaborador - información falsa - datos inexactos - principios constitucionales

Abstract: *In this paper, a criminal dogmatic analysis of the typical structure of article 276 bis of the Argentine Criminal Code and its link with other special crimes was carried out. That represses the so-called repentant or collaborator who provides false information or inaccurate data in a judicial process that investigates their participation in the commission of some of the crimes listed in article 41 ter of the aforementioned regulatory body, in order to access the benefits arranged in it. The conclusions reached are that the legal figure is in conflict with the main constitutional principles of criminal law such as legality - in its formulation of maximum legal taxation -, injuriousness and proportionality of the penalty, in addition to presenting other specific problems in its interpretation and application as well as in order to its systematic location.*

Key Words: *article 276 bis, collaborator - false information - inaccurate data - constitutional principles*

* Quiero expresar mi agradecimiento al profesor Dr. Guillermo Llaudet por sus observaciones y las discusiones con motivo de este trabajo, quien me inspiró a escribir sobre la temática.

[°] Abogado (UNR), Especialista en Derecho Penal (UNR), Adscripto a la cátedra de Derecho Penal I de la Facultad de Derecho de la UNR.

ARTICULO 276 bis. - Será reprimido con prisión de cuatro (4) a diez (10) años y con la pérdida del beneficio concedido el que, acogiéndose al beneficio del artículo 41 ter, proporcionare maliciosamente información falsa o datos inexactos.

(Artículo incorporado por art. 2° de la Ley N° 27.304 B.O. 2/11/2016)

1. Introducción

En estas líneas me propongo realizar un estudio dogmático del tipo penal incorporado al digesto represivo por la ley 27.304 en el articulado 276 bis y sus implicancias constitucionales.

En términos sencillos, la novedosa figura pune al imputado “arrepentido o colaborador” de una causa penal que habiéndose acogido al beneficio que la propia normativa especial ofrece para un cúmulo de delitos que enumera en forma taxativa - artículo 41 *ter* del Código Penal - a cambio de proporcionar prueba para facilitar al Estado la investigación sobre los mismos, aporta dolosamente información falsa o datos inexactos.

2. Ubicación sistemática y características particulares de la figura en cuestión

La ley 27.304 inscribe el artículo 276 *bis* en el Libro II, Título XI “Delitos contra la Administración Pública”, Capítulo XII “Falso testimonio” del Código Penal.

En cuanto a su ubicación sistemática considero importante resaltar que los tipos penales de los artículos 275 y 276 que se encuentran dentro del capítulo citado, integran el grupo de los denominados **delitos especiales**, es decir, aquellos en los que el sujeto activo debe reunir las calidades y condiciones descriptas en el tipo penal, pudiendo a su vez estos dividirse en **propios e impropios**. En los primeros la cualidad del autor constituye un elemento constitutivo del tipo, como es el caso de las figuras del falso testimonio previstas en los artículos mencionados supra, en tanto sólo pueden cometer aquellos injustos en carácter de autor quienes declaran como “testigo, perito o intérprete”, mientras que en los segundos la calidad del sujeto activo califica la figura básica, como ocurre con el homicidio calificado por el vínculo.

Ahora bien, efectuada aquella distinción dogmática y a fin de clasificar el tipo legal en cuestión, debo señalar que el artículo 276 *bis* se halla dentro de la categoría de los **delitos especiales propios**, es que el ilícito sólo puede ser cometido por el sujeto que acceda a los beneficios del artículo 41 *ter* del Código Penal, esto es, el imputado “colaborador” o “arrepentido”.

En este punto, es imperioso precisar una diferenciación conceptual que tiene importantes consecuencias jurídicas. Esto es, la calidad de autor del artículo 276 *bis* se distingue con claridad de las cualidades de los sujetos activos de las figuras penales contempladas en el mismo capítulo XII: testigos, peritos o intérpretes. La delimitación de ambas categorías de autores se fundamenta en que mientras el primero no declara bajo juramento de decir verdad en cuanto reviste la condición de imputado y en consecuencia su discurso se encuentra a resguardo con la plena vigencia de los principios y garantías constitucionales, en especial, la prohibición de la autoincriminación; los segundos declaran bajo el juramento o promesa referenciada. Lo expuesto permite criticar la ubicación sistemática de la nueva figura bajo el capítulo intitulado "Falso testimonio".

En suma, el tipo creado tergiversa la lógica y el sentido de la declaración del imputado, pues la transforma en un acto de acusación con la obligación de no faltar a la verdad. Aunque no preste juramento en tal sentido, igualmente será castigado si miente.

Otra de las particularidades del delito en estudio es el modo en el que se afecta el bien jurídico. Como se infiere del título en el que se encuentra inserto, la figura protege la Administración Pública, y en particular, la correcta Administración de Justicia. Es que el autor con su declaración origina o prolonga una investigación judicial errónea, o bien, distrae o desvía el curso de esa investigación de su objetivo primario.¹

La formulación legal del artículo 276 *bis* me lleva a afirmar que estamos ante un **delito de peligro abstracto**² debido a que ninguna alusión o referencia contiene respecto del perjuicio que pudiera ocasionarle la información falsa o inexacta al imputado revelado o descubierto o a la investigación sobre la que recae la colaboración.

Cabe recordar en el punto que esta categoría delictual es constitucionalmente inaceptable. En primer lugar porque viola en forma flagrante el principio de lesividad previsto en el artículo 19 de nuestra Carta Magna. En segundo término, porque en un derecho penal liberal no deben aceptarse presunciones que no admitan prueba en contrario. En tercer punto, esta clase de delitos anticipan la pena a etapas previas a la consumación y lesión a los bienes jurídicos, constituyendo supuestos de invenciones de peligros fundadas en la sociedad de riesgo.³

2. Tipicidad objetiva sistemática

El tipo penal objeto de análisis consiste en proporcionar información falsa o datos inexactos en el marco de un acuerdo procesal en el que una persona se encuentra

¹ Aboso, Gustavo Eduardo; "Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado con jurisprudencia"; editorial B de F; Julio César Faira editor; año 2017; pág. 1388.

² Conforme a Zaffaroni: Son delitos de peligro abstracto aquellos cuya afectación al bien jurídico se presume *juris et de jure*, o bien, los que basta para su tipificación que haya un peligro de peligro. Zaffaroni; Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro; "Manual de Derecho Penal. Parte General"; EDIAR; Buenos Aires; año 2006; pág. 375.

³ Zaffaroni, *Ob cit*; pág. 375.

imputada por la comisión de un delito de los que enumera el artículo 41 *ter* del Código Penal, y que se ha acogido previamente a los beneficios que la ley acuerda al llamado “arrepentido” o “colaborador eficaz”.

El verbo típico de la figura es proporcionar, esto es, “poner a disposición de alguien lo que necesita o le conviene”.⁴ Circunscribiendo dicho verbo en el tipo penal, esa disposición se refiere al dato inexacto o a la información falsa.

A los efectos de precisar los términos empleados por el legislador, los que constituyen elementos interpretativos -descriptivos - de la norma represiva, el diccionario de la Real Academia Española define a la información como “la acción y el efecto de informar”⁵, y conceptualiza este verbo como “enterar o dar noticia de algo”.⁶ A su vez, esa información que se proporciona para que satisfaga la tipicidad debe reunir la calidad de falsa, adjetivo que significa, que “es contrario a la verdad, simulado o fingido”.⁷

Por su parte, el aporte puede referirse a un dato inexacto. El sustantivo se define como “información sobre algo concreto que permite su conocimiento exacto o sirve para deducir las consecuencias derivadas de un hecho”.⁸

Por último, exacto - el adjetivo que califica el dato - se conceptualiza como “rigurosamente cierto o correcto”.⁹

4. Remisión normativa al artículo 41 *ter* del Código Penal: Ley penal en blanco impropia

El artículo en cuestión puede ser calificado como una ley penal en blanco impropia¹⁰ en tanto el precepto debe ser llenado por otra disposición legal, constituida en este caso por la norma del 41 *ter* del código de fondo que fue incorporada por el artículo 1° de la misma ley 27.304 que criminaliza la conducta en estudio.

En este sentido, la norma a la que se remite crea en nuestro sistema penal una modalidad procesal particular consistente en el otorgamiento de un beneficio representado por una reducción en la escala penal del ilícito -conforme lo dispuesto para la tentativa - que se le atribuye a quien se encuentre imputado por su presunta comisión, si es que brinda información o aporta datos precisos y comprobables que permitan obtener la identidad o paradero de autores, coautores o partícipes de tales hechos delictivos en los que ha participado; o contribuye de algún modo de manera que evite el

⁴ <https://dle.rae.es/?id=UObFf0T>

⁵ <https://dle.rae.es/?id=LXrOqrN>

⁶ <https://dle.rae.es/?id=LY5PzSO>

⁷ <https://dle.rae.es/?id=H2C1ih6>

⁸ [https://dle.rae.es/?id=Bskzsq5\[BsnXzV1](https://dle.rae.es/?id=Bskzsq5[BsnXzV1)

⁹ <https://dle.rae.es/?id=HAONjvN>

¹⁰ Leyes penales en blanco conforme a Soler “son aquellas disposiciones penales cuyo precepto es incompleto y variable en cuanto a su contenido en las que solamente queda fijada con exactitud la invariable de la sanción” SOLER, Sebastian; “Tratado de Derecho Penal Argentino” Cuarta Edición 1970; actualizado por Guillermo Fierro año 1986; Editorial TEA; página 155.

comienzo, la permanencia o consumación de un delito de los mencionados por esta o realice aportes que impliquen un avance significativo de la investigación o del paradero de víctimas privadas de su libertad.

La ley 27.304 expresa que esta información debe formalizarse en un “acuerdo” entre el fiscal y el imputado arrepentido, y que ello debe ocurrir antes de que se decrete el auto de elevación a juicio, el cierre de la investigación preparatoria o el acto procesal equivalente que corresponda.

De lo expuesto, surge que es presupuesto del tipo penal del artículo 276 *bis* que el autor se haya acogido favorablemente a esta modalidad de arrepentimiento, y se haya formulado y celebrado el acuerdo respectivo entre las partes del proceso.

Por otro lado, es dable señalar también que la falsedad de la información o del dato inexacto aportado por el sujeto que se encuentre imputado en causa penal por la comisión de un delito que no sea de los enumerados por el artículo 41 *ter* -incisos a) hasta i) - no dará lugar a la tipificación en comentario.

5. Principio de legalidad, laxitud del tipo penal y lesividad

El injusto represivo en estudio merece críticas desde la óptica de la formulación legal y de técnica legislativa, lo que se traduce en una amplitud de la conducta típica alcanzada por la figura que atenta contra principios constitucionales informadores del derecho penal liberal, en particular, el principio de legalidad o en términos del profesor Zaffaroni, la máxima taxatividad legal e interpretativa, como también, el principio de lesividad. Veamos.

El artículo 276 *bis* reprime sin precisar ni establecer grado alguno el aporte malicioso de cualquier información falsa o dato inexacto. Esta apertura del tipo es a la luz del primer principio citado reprochable en cuanto habilita la aplicación de poder punitivo a supuestos claramente inaceptables en los que no se verifica lesividad. El interrogante que me surge aquí es ¿Cualquier dato inexacto que el imputado colaborador aporte al proceso, aún cuando de este no resulte perjuicio a otra persona ni produzca una modificación del curso de la investigación cuya información se incorpora, satisface los elementos objetivos del tipo y habilita poder punitivo? Conforme a la redacción de la figura penal, parece que sí, y ello afecta con gravedad uno de los principios constitucionales más importantes como lo es el de lesividad.

En la temática el profesor Riquert apunta con atino que “...al menos debe sujetarse la sanción a la verificación efectiva de un resultado lesivo que la justifique y

que tendría que estar especificado –por ejemplo frustrar la investigación o afectar a un tercero personal o patrimonialmente-¹¹.

6. Aspecto subjetivo

La introducción del adverbio “maliciosamente” enfatiza el carácter doloso de la conducta compatibilizando con el dolo directo de primer grado.¹² Por lo expuesto, no es admisible el dolo eventual y menos aún la modalidad culposa.

Así, el dolo abarca el conocimiento por parte del autor de la inexactitud del dato o de la falsedad de la información que se aporta y la voluntad de hacerlo pese a tal circunstancia.

Además del dolo, conforme lo expone Tazza, la tipicidad subjetiva exige un elemento del ánimo, el que está dado por la malicia aludida. La figura no castiga el error o equívoco en la información o el dato que se suministra a la autoridad respectiva, sino la conducta de quien sabe positivamente que lo revelado es falso y actúa no obstante en tal sentido.¹³

Una cuestión que puede generar controversia, siguiendo el comentario al artículo realizado por Aboso y volviendo a lo expuesto en el punto anterior en relación a la laxitud del tipo penal, es la determinación de la entidad de la inexactitud del mencionado dato o de la falsedad de la información.¹⁴ Es que en mi estima, además de la relajación de la fórmula legal en términos de tipicidad objetiva sistemática, en el aspecto subjetivo el autor puede creer firmemente que lo brindado es exacto por lo que no se completaría el tipo en su plenitud. Por ello, considero que será menester delimitar el mayor o menor grado de exactitud como también comprobar si el colaborador ha sido informado de manera correcta por parte de los otros miembros de la organización criminal que delata de la veracidad del dato o de la información que aporta al proceso. Vbg en el supuesto de una asociación ilícita entiendo que se deberá precisar sobre el sentido y alcance de las metas de esa asociación; o bien en cuanto al lugar preciso donde se halla la víctima de un secuestro extorsivo o de trata de persona; o el destino final de los efectos y bienes provenientes de los delitos contemplados en el artículo 41 *ter* del Código Penal.

A partir de lo expresado, postulo que estas cuestiones deberán ser valoradas por el juzgador a los fines de la configuración de la tipicidad teniendo en consideración el grado de responsabilidad del colaborador dentro de la asociación criminal -vbg. si es jefe, organizador o miembro - y las posibilidades de acceso y disposición de la información que brinda.

¹¹ Riquert, Marcelo; *“El arrepentido: ¿colaborador eficaz o delator premiado? Análisis de la ley 27.304*; Editorial Hammurabi -1era edición; año 2017; pág. 213.

¹² Conforme Riquert, Marcelo; *Ob cit*; pág. 213.

¹³ Tazza, Alejandro; *“Código Penal de la Nación Argentina comentado parte especial”*; Rubinzal Culzoni; 1era edición revisada; Santa Fe; año 2018; pág. 363.

¹⁴ Aboso, *ob cit*; pág. 1389.

Otro punto problemático que puedo advertir en el presente es la circunstancia que el colaborador haya aportado la información falsa o el dato inexacto bajo coacción, sean los coaccionantes parte del proceso penal del delito base del artículo 41 *ter*, vbg. con el fin de que el informante aporte un dato falso que les mejore su situación procesal, como también ajenos a la investigación cuya falsedad el arrepentido introduce a los efectos de evitar que la misma se dirija a ellos.

En suma, acuerdo con lo afirmado por Aboso respecto a que los jueces deberán determinar en última instancia si la información brindada por el colaborador fue falsa e inexacta y si éste actuó con dolo directo de obstruir el servicio de justicia.¹⁵

A partir de los aspectos oscuros y criticables apuntados precedentemente, teniendo en cuenta como impacta la declaración del arrepentido en el tipo penal del artículo 276 *bis*, entiendo que existe una relación de pendencia de este último delito respecto del que es base. En este sentido, estimo que debe aguardarse la finalización del proceso principal con el dictado de la sentencia condenatoria en donde aquel está imputado de participar de la comisión de alguno/s de/ los delitos mencionados en la disposición del 41 *ter*, debido a que se corre el riesgo de que sea sobreseído o absuelto en estos, y en consecuencia, la atribución de la calidad de autor o partícipe haya sido improcedente para fundamentar el beneficio punitivo asegurado por el artículo de mención.

7. Consumación y tentativa

El ilícito en trance se consuma al celebrarse el acuerdo por el cual se otorga la calidad de “arrepentido” a un imputado en causa penal por la comisión de alguno de los delitos previstos en el artículo 41 *ter*, tal como lo detallé en el punto referido a la remisión normativa que hace la figura.

Vale aclarar que dicho acuerdo debe ser homologado por la autoridad judicial respectiva en los términos de la ley 27.304 para que esta ilicitud tenga operatividad. Entiendo que recién con aquel acto procesal el imputado adquiere la calidad de colaborador que regula la normativa citada, y por tanto, aquí es cuando el tipo penal en estudio queda consumado.

Afirmo que la figura en cuestión admite ser cometida en grado de tentativa. La información o dato falaz aportado que no haya sido aprobado y consecuentemente sea objeto del acuerdo, o eventualmente la misma conducta producida en el pacto que no haya sido homologado por la autoridad judicial, podría constituir un hecho tentado.

8. Pena y principio de proporcionalidad

¹⁵ Aboso; *Ob cit*; pág. 1389.

El delito en cuestión se encuentra reprimido con una pena principal - prisión de cuatro a diez años - y una accesoria - la pérdida del beneficio concedido conforme a lo previsto por el artículo 41 *ter* para el delito base, esto es, la reducción de la escala penal a la de la tentativa-

En lo que respecta a la prisión, considero que a pesar de constituir la figura un delito de peligro abstracto, de acuerdo a lo desarrollado supra, el legislador ha optado por reprimir la conducta con una pena grave. Es que esta significa una sanción sustancialmente superior a la prevista en la figura básica del falso testimonio - de un mes a cuatro años - y aún con un mínimo mayor al que corresponde al delito de falso testimonio agravado (art. 275 párrafo 2° del Código Penal). Incluso la base de la escala penal se equipara en la sistemática de nuestro digesto y en términos de política criminal a la de tentativa de homicidio simple (art. 42 y 79 del Código Penal), siendo este un delito de lesión que afecta el bien jurídico más preponderante para el sistema penal argentino -vida – mientras que el tipo del 276 bis, insisto, es un delito de peligro abstracto, con todas las implicancias constitucionales de esta categoría jurídica.

Las comparaciones de las sanciones punitivas expuestas supra me llevan a afirmar sin lugar a duda que la pena de prisión reprimida por la figura analizada merece el calificativo de desproporcionada. Parecería que el legislador pretende mediante la amenaza de la aplicación de una pena grave y excesiva - en clave de prevención general negativa -, obtener del imputado colaborador información fidedigna con el fin de esclarecer determinados hechos que por su complejidad criminal o el grado de organización de sus autores en la empresa delictual, el Estado no cuenta con las herramientas necesarias para investigarlos a fin de obtener la evidencia suficiente para llevarlos a juicio y obtener una condena penal.

Para Tazza, el fundamento de la pena elevada del presente delito radica en que la conducta no sólo lesiona el correcto funcionamiento de la administración pública- especialmente la administración de justicia- sino que contiene además una falsedad documental en documento público, como lo es un acuerdo judicial celebrado en el marco de un proceso penal.¹⁶

9. Precedente jurisprudencial a favor de la constitucionalidad de la figura

En cuanto a la recepción jurisprudencial de la presente figura legal, cabe citar un fallo de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, Sala II (integrada por los jueces Martín Irurzun y Leopoldo Bruglia) de fecha 05 de Octubre de 2018 que

¹⁶ Tazza, *Ob. Cit*; pág. 364.

resolvió la causa CCC 13669/2018/1/CA1 “V, J D s/ procesamiento con pp y embargo”. Allí confirmó el procesamiento con prisión preventiva del imputado por el delito de proporción maliciosa de información falsa o inexacta acogiendo al beneficio del art. 41 ter del CP y rechazó un planteo de inconstitucionalidad contra el tipo penal que según la defensa atenta contra la garantía que veda la autoincriminación forzada y contiene una pena irrazonablemente alta, que la torna violatoria de la Constitución. El tribunal desestimó dichas postulaciones con fundamento en las obligaciones internacionales asumidas por el Estado Nacional para reprimir el crimen organizado y que la garantía citada implica que el imputado no puede ser obligado a brindar información sobre lo que conoce respecto al hecho investigado. No obstante ello, admitió que la fórmula legal contiene una mala redacción que se presta a confusiones.

Según el fallo, el imputado en otra causa del fuero penal económico había sido procesado con prisión preventiva por el intento de ingresar al país casi treinta mil pastillas de éxtasis desde el Reino de España. Declaró allí como arrepentido, involucrando a otra persona como presunta integrante de una organización dedicada al tráfico de drogas. Esa persona resultó detenida a raíz de las indicaciones que formuló el “arrepentido”, pero luego fue liberada y sobreseída cuando se demostró que las afirmaciones de aquel habían sido mentiras.¹⁷

10. Consideraciones finales

La novedosa prohibición establecida por la ley 27.304 e incorporada al Código Penal en el artículo 276 *bis* contiene varios puntos que contradicen el respeto y la plena vigencia de los principios constitucionales informadores del derecho penal.

En primer lugar, el novel delito se encuentra incorrectamente ubicado en la sistemática del digesto sustantivo al estar inserto en el capítulo XII “falso testimonio” del Título XI “Delitos contra la Administración Pública”. Ello en cuanto si bien se trata de un delito especial propio, el sujeto activo del tipo es un imputado, por lo que no declara bajo juramento de decir verdad, como si lo hacen los autores del resto de las figuras del capítulo citado.

En segundo punto, la norma contiene una formulación legal deficitaria y laxa que atenta contra la legalidad. La remisión normativa al artículo 41 *ter* efectuada por la disposición acentúa la falta de operatividad de la máxima taxatividad legal e interpretativa.

En tercer término, al calificarse el injusto como un delito de peligro abstracto constituye una grave violación al principio de lesividad.

En cuarto orden, la conducta típica es reprimida con una pena grave y excesiva lo que implica una afectación al principio de proporcionalidad.

¹⁷ <https://www.cij.gov.ar/nota-32027-La-C-mara-Federal-rechaz--planteo-de-inconstitucionalidad-por-delito-previsto-en-la-ley-del-arrepentido--.html>

Por último, la figura presenta algunas problemáticas puntuales en orden a su delimitación y aplicación concreta - vbg la exigencia de la entidad de la falsedad o el grado de conocimiento de la misma por parte del imputado colaborador - correspondiéndole a la magistratura extremar los recaudos típicos al momento de su apreciación.

Bibliografía

Aboso, Gustavo Eduardo; “*Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado con jurisprudencia*”; editorial B de F; Julio César Faira editor; Buenos Aires; año 2017.

Frezzini Marcos; “*El arrepentido ley 27.304: ¿técnicas de investigación o mecanismo de negociación? Instrumentación de la herramienta en el ámbito nacional y federa*”; Revista de Derecho Penal y Criminología; Director Eugenio Zaffaroni; Año VII; número 10; Editorial La Ley; Buenos Aires; Noviembre de 2017.

Gómez Urso, Juan Facundo; Sivo, César Raúl; “*Ley 27.304 Ley del Arrepentido. Análisis exegetico. Reforma del art. 41 ter del Código Penal*”; Editorial Hammurabi; 1era edición; Buenos Aires; año 2016.

Riquert, Marcelo; “*El arrepentido: ¿colaborador eficaz o delator premiado? Análisis de la ley 27.304*”; Editorial Hammurabi -1era edición; Buenos Aires; año 2017.

Soler, Sebastian; “*Tratado de Derecho Penal Argentino*”; Cuarta Edición 1970; actualizado por Guillermo Fierro; Editorial TEA; Buenos Aires; año 1986.

Tazza, Alejandro; “*Código Penal de la Nación Argentina comentado parte especial*”; Rubinzal Culzoni; 1era edición revisada; Santa Fe; año 2018.

Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro; “*Manual de Derecho Penal. Parte General*”; EDIAR; Buenos Aires; año 2006.

Romper el silencio: el escrache como forma de castigo

Czarny, Maia¹

Montenegro, Lucía²

Resumen: Desde la creación del movimiento “Ni Una Menos”, la marea feminista se encargó, no solo de denunciar y popularizar información (ya existente) sobre femicidios, sino de visibilizar las distintas formas de violencia contra las mujeres y, en particular, de romper con el silencio del pacto machista: que las mujeres somos, en definitiva, objetos de goce de los varones. En este contexto, el escrache como forma de manifestación de lo que sucedió, en general, “puertas adentro” cobra singular importancia. Desde el masivo movimiento #MeToo—y sus réplicas en todo el mundo—hasta casos como el de Thelma Fardin acusando a Juan Darthés por violación; la denuncia colectiva de chicas del Colegio Nacional de Buenos Aires y las cientos de manifestaciones en redes sociales son sólo una muestra de una situación global: la denuncia informal, masiva, se ha convertido en una nueva manera de reproche por acciones penalmente relevantes. Nuestro objetivo en este trabajo será entonces reflexionar, no sobre los motivos de los escraches, sino sobre el sentido de este tipo de manifestaciones dentro de nuestra sociedad y, si se quiere, la relevancia que tienen para nuestro sistema de justicia penal. Veremos entonces el funcionamiento del fenómeno como exponente de una situación colectiva y como ejercicio de la libertad de expresión, y, a través de algunos ejemplos, su importancia en la deconstrucción de una sociedad que sigue tratando hechos de violencia de género como conflictos entre particulares.

Palabras Claves: Género, Castigo, Feminismo, Escrache, Libertad de Expresión.

Abstract: Since the creation of the “Ni Una Menos” movement, the feminist wave has been responsible, not only for reporting and popularizing already existing information on femicides, but for making visible the different forms of violence against women and, specially, for breaking the silence of the chauvinistic pact: that women are, in short, objects of enjoyment of men. In this context, public shaming as a form of condemnation of what happened, generally, “behind closed doors” is of singular importance. From the massive # MeToo movement - and its replicas around the world - to cases like Thelma Fardin's accusing Juan Darthés of rape; the collective denunciation of girls from the Colegio Nacional of Buenos Aires and the hundreds of demonstrations in social networks are only a sample of a global situation: the informal, massive denunciation has become a new way of reproach for criminally relevant actions. Our aim in this work will be to reflect, not on the motives of these public humiliations, but on the meaning of this type of manifestations within our society and, if so, the relevance that they have for our criminal justice system. We will then see the functioning of the phenomenon as an exponent of a collective situation and as an exercise of freedom of expression, and, through some examples, its importance in the deconstruction of a society that continues to treat acts of gender violence as conflicts between individuals.

Key Words: Gender, Punishment, Feminism, Public shaming, Freedom of speech.

¹ Estudiante de la carrera de abogacía, y ayudante alumna de las materias Elementos de Derecho Constitucional y Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal, Facultad de Derecho UBA. Mail: maiaaczarny@gmail.com

² Abogada (UBA), especialista y maestranda en Derecho Penal (Univ. Torcuato Di Tella). Profesora del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la UBA. Integrante de la Red de Profesoras de la Facultad de Derecho UBA y de diversos grupos de investigación en el ámbito de la Facultad de Derecho UBA. Mail: luciamontenegro@derecho.uba.ar

I. Introducción

Desde la creación del movimiento “Ni Una Menos”, la marea feminista se encargó, no solo de denunciar y popularizar información (ya existente) sobre femicidios, sino de visibilizar las distintas formas de violencia contra las mujeres y, en particular, de romper con el silencio del pacto machista: que las mujeres somos, en definitiva, objetos de goce de los varones. En este contexto, el *escrache* como forma de manifestación de lo que sucedió, en general, “puertas adentro” cobra singular importancia. Desde el masivo movimiento #MeToo—y sus réplicas en todo el mundo—hasta casos como el de Thelma Fardin (Sousa Díaz 2018) acusando a Juan Darthés por violación; la denuncia colectiva de chicas del Colegio Nacional de Buenos Aires (Sánchez 2018) y las cientos de manifestaciones en redes sociales son sólo una muestra de una situación macroscópica: la denuncia informal, masiva, se ha convertido en una nueva manera de reproche por acciones penalmente relevantes.

Nuestro objetivo en este trabajo será entonces reflexionar, no sobre los motivos de los *escraches* (porque cada caso podrá tener una intencionalidad o motivación individual e irrepetible), sino sobre el sentido de este tipo de manifestaciones dentro de nuestra sociedad y, si se quiere, la relevancia que tienen para nuestro sistema de justicia penal.

II. La cuestión en Argentina

De acuerdo al último informe de sentencias condenatorias publicado por el Registro Nacional de Reincidencia (Registro Nacional de Reincidencia 2017, 46), 2884 personas fueron condenadas en 2016 por delitos contra la integridad sexual (un 5,23% del total de condenas). A su vez, la última encuesta de victimización del INDEC (Instituto Nacional de Estadística y Censos 2017, 44) nos da datos duros de lo que ya imaginamos: sólo el 12,5% de los casos de ofensas sexuales se denuncia, mientras que el avasallador 87,4% no tiene siquiera un inicio judicial. Finalmente, de acuerdo al informe del Ministerio Público Fiscal sobre violencia contra las mujeres y justicia penal (Ministerio Público Fiscal. Dirección General de Políticas de Género 2018, 25), de 158 casos relevados durante el 2016 sólo 6 tuvieron una condena y sólo un caso llegó a juicio oral, en la amplia mayoría se dispuso el archivo de la causa o el sobreseimiento del imputado. Estos números nos sirven para confirmar presunciones que ya tenemos acerca del abordaje de las violencias contra las mujeres en la justicia penal. Las cifras negras y el destrato que las denuncias—y las denunciadas—sufren (una vez superado el trauma de radicarlas) en la *maquinaria sacrificial* más perversa de la historia moderna son información conocida, pero que en datos duros resulta aún más abrumadora.

En nuestro país, los procesos de comunicación masiva de abusos sexuales y situaciones de acoso, pese a existir desde hace más tiempo, han tenido recientemente dos hitos clave: primero, el movimiento estudiantil de los colegios pre-universitarios: el Colegio Nacional de Buenos Aires y la Escuela Superior de Comercio Carlos Pellegrini. Ese fue el ámbito en el que se gestó, en 2017, un escenario de denuncia y *escrache* por situaciones de violencia sexual y que culminó con diversas acusaciones a profesores, preceptores y autoridades durante la entrega de diplomas de la promoción 2016/2017 en octubre de 2018.

El segundo ejemplo fue el de Actrices Argentinas que, luego de algunas acusaciones espaciadas y diluidas, en un acto público, colectivo y sobre el escenario, realizaron el *escrache* más escuchado: la denuncia de Thelma Fardin contra Juan Darthés por violación,

cuando ella tenía 16 años durante una gira en Nicaragua. Entre otras manifestaciones, el colectivo *NoNosCallamosMás* recopiló denuncias por abusos sexuales en el mundo del rock y también se denunciaron, con distintos “#” pero bajo la misma consigna, abusos y acosos en universidades (Infobae 2019) y en el poder ejecutivo nacional y provincial (CNN en Español 2018). Esta pequeña muestra de ejemplos no comparables que sólo tienen en común la utilización del *escrache* como metodología de denuncia, da cuenta de un fenómeno que no conoce fronteras geográficas ni temáticas. A su vez, indica que el feminismo no sólo nos obligó a repensar nuestras vivencias, nuestras relaciones y nuestra forma de mirar la realidad, sino que requiere una modificación sustancial del modo en el que queremos y exigimos ser tratadas por los varones.

III. Romper el silencio: punitivismo, deconstrucción y comunicación

El *escrache* es, ante todo, una forma de expresión que ha sido utilizada por diversos grupos y con diversos motivos a lo largo de la historia. Sin entrar en mayores detalles, la metodología fue empleada durante la década del ‘90 por la agrupación de derechos humanos HIJOS, en respuesta al indulto menemista a los procesados y condenados por los crímenes de lesa humanidad durante la última dictadura cívico-militar. Las acciones puntuales consistían en pintadas, teatro callejero, colocar pancartas o arrojar huevos en las viviendas de los militares. En un contexto de impunidad y bajo la consigna “*Si no hay Justicia, hay escrache*” (H.I.J.O.S. 2011), este colectivo se manifestaba ante la desidia e inacción de la justicia que, en aquella época, actuaba como cómplice de los militares.

En los últimos tres o cuatro años este método comenzó a utilizarse como forma de denuncia de hechos de violencia sexual con estatus jurídico variable: denuncias radicadas y ratificadas ante la justicia; denuncias que no habían sido presentadas ni era la intención de las víctimas hacerlo; denuncias que quizás se presentarán en la justicia a futuro. Lo que no varía entre unos y otros casos, es la finalidad comunicativa de las manifestaciones: en primer lugar, quebrar el silencio que obligó a las víctimas a mantener estos “secretos” durante tanto tiempo y en segundo lugar, la necesidad de que estos hechos, “privados”, salieran a la luz, tomaran estado público y puedan enmarcarse en un contexto mucho más grande que el simple acto de denuncia que al fin y al cabo se corresponde con las dinámicas propias del machismo.

Lo novedoso entonces se puede definir principalmente de dos modos. Por un lado, la masividad y extensión que ha experimentado este acontecimiento, dado que ha tenido por protagonistas desde famosas actrices hasta cualquier otra persona no pública. Por otro lado, esta perspectiva logró insertarse de forma tal en las conciencias individuales, que las mismas víctimas lograron ir más allá del mero encuadre de sus vivencias en un contexto de violencia de género, y llegaron a visualizar la pertinencia colectiva de externalizar y darle forma a la búsqueda de una respuesta a lo que experimentaron. En este sentido y como ha señalado Ileana Arduino (2018), el hecho de que la acusación contra Darthés haya sido colectiva, sobre un escenario teatral y con la presencia de 50 actrices que acompañaron a Fardin, es muestra del carácter “ilimitado” de este tipo de denuncias.

Como sabemos, “[e]sta clase de delitos ocurren mayoritariamente en ámbitos privados y sin otros testigos que no sean el perpetrador y la víctima, basándose cualquier veredicto casi exclusivamente en la evidencia física y la credibilidad del perpetrador o la víctima. Por esta razón, muchas víctimas de violencia sexual renuncian a cualquier intento de buscar una respuesta legal a estas violaciones” (Gash y Harding, 2018, p. 2). El *escrache*, en esta sentido, busca ser una respuesta que evite la revictimización y exima a la víctima, que ya ha sufrido violencia, de seguir en un camino en el que, con alta probabilidad,

no encontrará la respuesta que busca. En palabras de Arduino, “[l]a respuesta punitiva estatal como única intervención reconduce el conflicto a expresiones normativas e individualizantes, el hecho queda reducido al ‘expediente’, un asunto entre víctima y victimario, debilitando la atención a otras interpelaciones que apuntan a las condiciones colectivas de la opresión que precedieron a ese hecho y las que lo posibilitaron...” (Arduino 2018, 64).

Según creemos, no se trata entonces que a través de los *escraches* se inicie una suerte de “caza de brujas” (Huczek 2018), de obtener “condenas” inmediatas ni de despojar a las denuncias de las garantías propias de los procesos judiciales en general y los penales en particular, sino de quitarle oscuridad a aquello que sucedió, muy probablemente, a puertas cerradas o en público pero ante un grupo que si no las aceptaba, mínimamente las toleraba en silencio cómplice.

De acuerdo a lo que señalan Alison Gash y Ryan Harding, las denuncias informales a través de redes resultan revestidas (sin quererlo) de ciertos estándares de “legalidad” propios de los procesos judiciales. Indican al respecto que “incluso cuando las víctimas de violencia sexual evaden el reclamo en formato legal [...], sus discusiones y sentimientos respecto de la violación sexual son frecuentemente evaluados a través de lentes y con la impronta de términos legales” (Gash & Harding 2018, 2). En este sentido, concluyen que este fenómeno, busca “convertir la violación y el abuso sexual en un problema público. La violencia sexual ya no es más una cuestión privada que las mujeres deben soportar por sí solas o en las esferas privadas que otras mujeres integran. En vez de eso, las feministas argumentan que la violación, así como cualquier otro crimen, es un asalto a los valores de una sociedad justa, y requiere un castigo públicamente sustentado y legalmente punible” (Gash & Harding 2018, 4). En este esquema de ideas es que se inserta el poder comunicativo del *escrache* como forma alternativa, conjunta, complementaria o principal de comunicar este tipo de hechos. Gash y Harding, sobre este punto, aclaran que “los *escraches* proveen un mecanismo por el cual las víctimas de abusos sexuales pueden declarar sus experiencias como una forma de dar batalla a los efectos debilitantes de la violencia sexual, tanto como una forma de contribuir a una confirmación colectiva de la prevalencia de este tipo de violencia” (Gash & Harding 2018, 10). En sintonía, Arduino argumenta que “[s]i aquel ‘si no hay justicia, hay *escrache*’ se comprendía como la deriva inexorable a la que conducía la impunidad precedente, el ‘no nos callamos’ también debe ser comprendido, incluso para desactivar sus aspectos más polémicos, no como consecuencia de la decisión unilateral, personal y luego abrazada colectivamente de contar en primera persona situaciones de violencia que son constitutivas de la experiencia femenina toda, sino como un producto de la tolerancia desbordante ante las más diversas escenas de impunidades que es lo que en realidad denuncian” (Arduino 2018, 68).

Los movimientos feministas y los cambios que como consecuencia se gestaron resultan causal suficiente, por un lado, para generar una interpelación a las dinámicas del sistema judicial, y por otro, para desarrollar nuevos canales de denuncia, expresión y contención. A su vez, la informalidad que caracteriza a este tipo de manifestaciones implica que sus reglas y tiempos sean tan propios como distintos de aquellos regentes en el proceso judicial formal. Parece ser, entonces, que el empleo de este dispositivo evidencia que cuando se trata de delitos relacionados con violencia contra las mujeres y la respuesta estatal resulta insuficiente, poco a poco se descubren y crean nuevos modos que cuentan con sus respectivas plataformas de acción, normas y efectos propios, que escapan a los aspectos formales del proceso.

Brevemente, en una entrevista de 1992, publicada en el diario *Le Monde Diplomatique* en 2004, Jacques Derrida ha señalado que debemos entender “este término,

‘deconstrucción’, no en el sentido de disolver o de destruir, sino en el de analizar las estructuras sedimentadas que forman el elemento discursivo, la discursividad filosófica en la que pensamos. Este analizar pasa por la lengua, por la cultura occidental, por el conjunto de lo que define nuestra pertenencia a esta historia de la filosofía” (Le Monde Diplomatique 2004). En el contexto en el que él expone esta idea, el estructuralismo era la posición dominante y él utilizó este término para posicionarse respecto de aquél y criticarlo, repensarlo. A su vez, este concepto fue luego utilizado por Judith Butler para criticar la cultura que identifica de forma dual los términos “género” y “sexo”. Como señala Guadalupe Dos Santos, “la propuesta innovadora de Butler no se propone solo deconstruir el género, sino que representa un esfuerzo continuo para incluir en ese nuevo espacio político democrático a las diversas minorías sociales, raciales y, claro, todas aquellas aún sometidas a los dictámenes de género y sexo, a fin de que la identidad de género se revele como ‘una ficción reguladora’” (Dos Santos 2007, 192). Estas reflexiones nos llevan a pensar que la deconstrucción de la sociedad patriarcal y machista es uno de los objetivos más claros del método de *escrache*. No se trata únicamente, ni en todos los casos, de activar sistemas de justicia penales que, en definitiva, no solucionarán nada, sino de repensar las prácticas sociales, reflexionar sobre nuestros discursos, nuestros actos y, principalmente, intentar alguna forma de reparación del daño causado, tanto en el plano individual como colectivo¹.

Incluso en los casos más graves de violencia sexual, que están precedidos, acompañados o anteceden una denuncia y proceso judicial, la denuncia pública funciona como llamado a la reflexión sobre las propias prácticas, los estereotipos y la situación de vulnerabilidad que sufrimos las mujeres.

IV. Contraofensiva y su inminente fracaso

El *backlash* (Faludi, 1991) o la respuesta del sistema en estos casos fue, por supuesto, la judicialización. Si bien existen múltiples precedentes, nos gustaría señalar dos que, en particular, tienen relevancia para nuestro análisis.

El primero de ellos es el fallo de la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal en el caso “E., L. S.”, resuelto en noviembre de 2014. Brevemente, en este caso el Sr. Ottavis había querellado a su ex-pareja por haber manifestado públicamente, en entrevistas de radio y prensa gráfica, respecto de hechos de violencia física y sexual sucedidos a lo largo de su relación de pareja. E. fue sobreseída en primera instancia y, en este fallo, la Cámara confirmó tal decisión. Para resolver de este modo, valoró los estándares marcados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Kimel v. Argentina respecto a la noción de “interés público” pero, a su vez y en lo que nos importa, relacionó este concepto a los lineamientos de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención de Belem do Pará”).

En este sentido, los magistrados Hornos y Gemignani sostuvieron que el concepto de “interés público” “[...] alude a lo que es de utilidad de todo el pueblo o componentes de un grupo social, esencialmente vinculado con el interés del Estado y con el interés jurídico del mismo, en oposición al interés más o menos generalizado pero sólo de personas o asociaciones; tiene que ver con aquello que compromete a la sociedad jurídicamente organizada, apuntando a la subsistencia de las instituciones o el comportamiento de los funcionarios’...” y que “restringir la posibilidad de denunciar en los medios masivos de comunicación las posibles situaciones de violencia de género podría poner en riesgo la obligación del estado de garantizar a las mujeres que hayan sido sometidas a esa situación el ‘acceso efectivo’ a un juicio oportuno y eficaz en defensa de sus derechos”. De este modo, el máximo tribunal penal del país estableció la denuncia pública de hechos de violencia

contra las mujeres como un valor extra individual, que atañe a la sociedad toda, que a su vez se relaciona con la subsistencia de las instituciones y, por ende, quedará exenta de la posibilidad de la contraofensiva que traen los delitos contra el honor.

El segundo caso es la querrela por injurias que el actor y colaborador de la Asociación Argentina de Actores Agustín Tellechea presentó contra la Colectiva de Actrices y Técnicas Platenses x el Aborto Legal por las manifestaciones públicas por Facebook que lo comprometieron por varios hechos de violencia física, psicológica, sexual y económica. La querrela fue declarada inadmisibile en primera instancia. Para decidir de esta manera, el juez federal Eskenazi, como sus pares de la Cámara Federal de Casación, entendió que las manifestaciones de la colectiva eran asuntos de interés público. En este sentido, indicó que “el contenido de los hechos denunciados se refieren a la violencia desplegada contra mujeres en sus dimensiones física, psíquica, económica y sexual” y que la ratificación de la Convención de Belém Do Para por parte de nuestro país “ha importado su compromiso para desplegar los esfuerzos necesarios a fin de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer”. Consideró, de este modo, que la problemática vinculada a la violencia de género ha pasado a revestir el carácter de interés público, y con ello, la protección de la mujer frente a cualquier tipo de violencia dirigida hacia ella, que por su sola condición de tal, merece una particular protección frente a los compromisos asumidos por el Estado Argentino”. El magistrado concluyó entonces que “[b]ajo ese prisma deben ser leídos los dichos vertidos por la colectiva querrellada, pues del contenido de la publicación en tratamiento se desprende un objetivo claro, siendo el mismo el de alertar a víctimas de los referidos hechos de violencia presuntamente perpetrados por el querellante, al tiempo que se procura lograr su individualización”. Sobre la utilización de la red social para este tipo de acciones, indicó que “se inscribe como el medio más idóneo para la difusión de información que proteja a las potenciales víctimas de violencia, sirviendo asimismo como disparador para aquellas mujeres que de otra manera no habrían tomado dimensión del menoscabo a su integridad, siendo publicaciones como las que se encuentran en análisis reparadoras en sí mismas”.

No se nos escapa que existen casos de abuso de este método de denuncia, que incluso ha llegado a tener consecuencias fatales (Perfil, 2018). Sin embargo, más allá de que son una escasa cantidad de casos, el compromiso del Estado argentino al ratificar la Convención Belem Do Para hace que la violencia de género y su gestión sea un asunto de interés público y por tanto, protegido de acuerdo a los estándares internacionales que regulan la libertad de expresión de forma amplia y exenta de censuras.

V. A modo de conclusión

Como señaló Lucía Aisicoff en una nota para La Política Online, “el *escrache* nace allí donde no hay justicia, como una reacción contra la impunidad [...] Surge ante la falta de justicia del Estado de Derecho, con un sentido específico. No se puede resumir a una frase “*escrache sí, escrache no*”, hay que pensarla en un contexto en los que las relaciones de poder son decisivas y también las de acceso a la justicia que son distintas. Si pensamos en los delitos sexuales -acoso, abuso y violación- hay que tener en cuenta las relaciones de poder que se inscriben en cada uno. Si hay una situación de poder desigual, no es lo mismo que si ocurre entre pares o compañeros” (Aisicoff, 2018). En este esquema, resulta evidente que a partir de la evolución de las nociones de género, se han suscitado cambios sociales de distinta índole, que día a día impactan directa o indirectamente en los vínculos, las prácticas y las estructuras de la sociedad actual. Parecería ser, entonces, que quienes buscamos un mundo más igualitario en materia de género y a su vez creemos en que es

posible un sistema penal formal confiable y efectivo, debemos evaluar cuán oportuno resulta el *escrache* como medio de expresión y denuncia para aquellas mujeres que sufrieron algún tipo de abuso o violencia sexual.

Por un lado, es evidente que el cambio de paradigma enunciado agrega un componente más al “deber ser” del sistema legal vigente. En otras palabras, una utopía jurídica pasa a incluir aquella meta de que el derecho signifique un medio para combatir las desigualdades de género existentes. Es desde esta actualización de tal escenario idílico, que se torna oportuna la revisión de los elementos que componen a su “ser”, el cual aún parece responder a la lógica de un sistema con resabios patriarcales. Con lo cual, se demostró que si dicha reformulación no es llevada a cabo, en contrapartida se abre el camino a la proliferación de alternativas más actualizadas, en términos de los medios empleados, pero también en la presencia de la perspectiva de género como telón de fondo.

De todos modos, si bien no deja de configurarse el *escrache* como una alternativa complementaria, principal o subsidiaria a la vía judicial, debemos resaltar que no se trata de un medio por el que se pretende ni logra un ‘mayor castigo’ al victimario ni se busca una punitividad *express*. Por el contrario, se trata de un nuevo (y muchas veces único) escenario que las víctimas encuentran para romper el silencio, y desde que esta expresión tiene un efecto masivo, hasta se torna una arena que por excelencia resalta el llamado a la deconstrucción de todos y todas. Esto, como vía para dar batalla a la lógica patriarcal que históricamente reinó no solo en el sistema de justicia, sino en las formas de relacionarnos como personas y las lógicas existentes en estos vínculos. Lógicas que, además, son evidente origen de este tipo de hechos de violencia.

Bibliografía

Notas periodísticas

2018, el año del #MeToo en Argentina: tres casos de abuso o acoso sexual que sacudieron al país (27 de diciembre de 2018). *CNN en Español*. Recuperado de: <https://cnnespanol.cnn.com/2018/12/27/2018-el-ano-del-metoo-en-argentina-tres-casos-de-abuso-o-acoso-sexual-que-sacudieron-al-pais/>

Aisicoff, L, (24 de diciembre de 2018). El *escrache* no nació con el feminismo. *La Política Online*. Recuperado de: <https://www.lapoliticaonline.com/nota/116875-el-escrache-no-nacio-con-el-feminismo/>

Arduino, I. (21 de diciembre de 2018). Entrevista radial. *Mar en Coche*. Recuperado de: <https://marenc coche.wordpress.com/2018/12/21/feminismo-y-punitivismo-por-ileana-arduino/>

D'Atri, A. (21 de diciembre de 2018). Ni feminismo “carcelario” ni *escraches* como estrategia: cómo combatir la violencia patriarcal. *La Izquierda Diario*. Recuperado de: <https://laizquierdadiario.com/Ni-feminismo-carcelario-ni-escraches-como-estrategia-como-combatir-la-violencia-patriarcal>

Entrevista a Jacques Derrida: “Estoy en guerra conmigo mismo” (19 de agosto de 2004). *Le Monde Diplomatique*. Traducción de Royo, S. Recuperado de: <http://serbal.pntic.mec.es/~cmunoz11/entrevista37.pdf>

Faur, E. Del escrache a la pedagogía del deseo. *Revista Anfibia*. Recuperado de: <http://revistaanfibia.com/cronica/del-escrache-la-pedagogia-del-deseo/>

H.I.J.O.S. (19 de febrero de 2011). Escrache: memoria en acción. *Página 12*. Recuperado de: <https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-162640-2011-02-19.html>

Huczek, D. (27 de diciembre de 2018). El escrache, la inquisición del siglo XXI. *Clarín*. Recuperado de: https://www.clarin.com/opinion/escrache-inquisicion-siglo-xxi_0_Nik7EPtoo.html

Pistoia, B. (3 de abril de 2019). Apuntes sobre el escrache. *Polvo*. Recuperado de: <http://www.polvo.com.ar/2019/04/pistoia-escrache/>

Quién era Agustín Muñoz, el joven que se suicidó tras una falsa acusación de abuso sexual (31 de diciembre de 2018). *Perfil*. Recuperado de: <https://www.perfil.com/noticias/policia/quien-era-agustin-munoz-chico-suicido-bariloche-falsa-acusacion-abuso-sexual.phtml>

Román, L. (21 de febrero de 2019). La peligrosa cultura del escrache digital. *La Nación*. Recuperado de: <https://www.lanacion.com.ar/opinion/la-peligrosa-cultura-del-escrache-digital-nid2221885>

Sánchez, J. (1 de octubre de 2018). Escándalo en el Nacional Buenos Aires: escrachan a docentes y preceptores a los que acusan de acoso sexual. *Clarín*. Recuperado de: https://www.clarin.com/sociedad/escandalo-nacional-buenos-aires-escrachan-docentes-preceptores-acoso-sexual_0_-ynJ993Qk.html

Separaron a un profesor de la facultad de Medicina de la UBA que fue acusado de acoso sexual por varias alumnas (25 de marzo de 2019). *Infobae*. Recuperado de: <https://www.infobae.com/sociedad/2019/03/25/separaron-a-un-profesor-de-la-facultad-de-medicina-de-la-uba-que-fue-acusado-de-acoso-sexual-por-varias-alumnas/>

Sohr, O. (20 de diciembre de 2018). Que pasa con las condenas por violación en la Argentina. *Chequeado*. Recuperado de: <https://chequeado.com/el-explicador/que-pasa-con-las-condenas-por-violacion-en-la-argentina/>

Sousa Díaz, G. (11 de diciembre de 2018). Actrices denunciaron a Juan Darthés por violar a una compañera de elenco de 16 años durante una gira de "Patito feo". *Infobae*. Recuperado de: <https://www.infobae.com/sociedad/2018/12/11/juan-darthes-denunciado-por-violar-a-una-menor-en-una-gira-de-patito-feo/>

Artículos y libros

Arduino, I. (2018). "Entre la victimización opresiva y la justicia emancipatoria: articulaciones entre feminismo y justicia penal". Publicado en *Los feminismos ante el neoliberalismo*. Buenos Aires: LatFem, 57-6.

Butler, J. (2016). *El género en disputa: Feminismo y la subversión de la identidad*. Buenos Aires: Editorial Paidós. (Orig. 1990).

Coulling, R. et. al. (2017). *The criminal justice system on trial: Shaming, outrage and gendered tensions in public responses to the Jian Ghomeshi verdict*. Crime Media Culture - SAGE Journals, 4-16.

Dos Santos, M. G. (2016). *Deconstrucción e identidad: abordajes feministas de la posmodernidad*. Avatares filosóficos- Dossier: Filosofía de género en Revista del Departamento de Filosofía de la Universidad de Buenos Aires.

Faludi, S. (1991). *Backlash: The Undeclared War Against American Women*. Estados Unidos: Crown Publishing Book.

Gash, A., et. al. (2018). *#MeToo? Legal Discourse and Everyday Responses to Sexual Violence*. Laws on MPDI Journals, 11-20.

Jurisprudencia

Juzgado en lo Correccional N°2 La Plata. "Colectiva de actrices y técnicas por el aborto legal". Causa N° 3794/18. Registro No1028. 5/12/2018.

Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV. "Elías, Laura Silvio". Registro N° 2328/14.4. Causa N° 23835/2012. 5/11/2014.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Kimel vs. Argentina". 2/5/2008.

Otras fuentes

Ya No Nos Callamos Más, <https://yanonoscallamosmas.wordpress.com/>

Registro Nacional de Reincidencia (2017). Informe estadístico de sentencias condenatorias de la República Argentina 2016. Recuperado de: https://www.dnrec.jus.gov.ar/descargas/estadisticas/Informe_Condenadas_2016_FINAL_ANEXO.pdf

Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (2017). Encuesta Nacional de Victimización. Recuperado de: https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/env_2017_02_18.pdf

Ministerio Público Fiscal. Dirección General de Políticas de Género (2018). La violencia contra las mujeres en la justicia penal. Recuperado de: <https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2018/11/DGPG-estadisticas-caba-1.pdf>

¿Cuándo aplica el Principio de Legalidad? El caso de Arancibia Clavel

Dacunda, Pedro

*Estudiante de la carrera de Abogacía
en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la Universidad Nacional del Litoral*

Resumen: Los principios penales en general, y el de Legalidad en particular, contienen derechos y garantías que protegen a todos los ciudadanos, lo cual lleva a que debemos velar por el cumplimiento estricto de los mismos. Sin embargo, muchas veces sucede que las presiones sociales, la intención de dar cumplimiento al ideal de "justicia", la impresión emocional por las consecuencias que acarrea el delito hace que los dejemos de lado, avasallando el contenido de nuestra Constitución Nacional. Esto ha sucedido en el caso "Arancibia Clavel", pero se repite en fallos como "Muiña" o "Rufino Batalla". Esto genera el gran inconveniente de que en cuanto más nos alejemos de nuestros principios penales, dejándonos guiar por lo que consideramos aberrante o inaceptable, estaremos todos los ciudadanos expuestos a una mayor desprotección a la hora de afrontar cualquier proceso penal, lo cual no podemos permitir como jóvenes juristas.

Palabras Claves: principio de legalidad – derechos y garantías – delitos de lesa humanidad – Arancibia Clavel

Abstract: *The principles of criminal law in general, and Legality's in particular, contain rights and guarantees that protect all citizens, which leads us to ensure strict compliance of them. However, it often happens that social pressures, the intention of fulfilling the ideal of "justice" and the emotional impression of the consequences of crime makes us leave them aside, overwhelming the content of our National Constitution. This happened in "Arancibia Clavel" case, but it is repeated in judgments such as "Muiña" or "Rufino Batalla". This generates the problem that as soon as we move away from our criminal's principles, allowing ourselves to be guided by what we consider aberrant or unacceptable, we will be all exposed to a big lack of protection when we have to face any criminal process, and that is something that we cannot allow as young jurists.*

Key Words: *legality principle – rights and guarantees - crime against humanity – Arancibia Clavel*

En 1883 Franz von Liszt formuló su concepción del derecho penal como la carta magna del delincuente. "Según mi opinión -decía von Liszt-, aunque ello pueda parecer paradójico, el Código Penal es la *magna charta* del delincuente. No protege al orden jurídico, sino al individuo que se rebela contra éste. A él le garantiza el derecho de ser sancionado sólo bajo las condiciones establecidas en la ley y dentro de los límites legales."¹ De esta manera, entendía von Liszt, que se justificaba el mantenimiento del derecho penal.

Sin embargo, y ante esta formulación, Enrique Bacigalupo se pregunta: "¿por qué habría que proteger (mediante el ordenamiento jurídico) al delincuente que representa un peligro para la sociedad?"

La formulación de esta pregunta - prosigue el autor mencionado - pone de manifiesto que von Liszt había errado acerca de quién debía ser el sujeto protegido por los principios penales. "En efecto, en un Estado de derecho que garantiza la presunción de inocencia, el juez nunca tiene delante de sí a un delincuente, pues nadie puede ser considerado como tal mientras no se haya dictado una sentencia condenatoria en su contra. Por tanto, el Código Penal no debe ser considerado la *magna charta* del delincuente, sino la *magna charta* del ciudadano."²

La diferencia "no es un juego de formulaciones elegantes"³, pues si el acento se pone en el delincuente es claro que el principio de legalidad se debería entender como un mal necesario, pues protege al mal ciudadano frente a la sociedad; y consecuentemente, toda reducción de su contenido puede aspirar a contar con comprensión. Por el contrario, si el principio de legalidad protege al ciudadano, será un bien necesario, pues protegerá al débil frente al poderoso, que es el Estado, y la limitación de sus alcances no debería contar con la comprensión de los ciudadanos.⁴

El principio penal mencionado, que a mi entender es uno de los que ostenta mayor trascendencia en nuestro ordenamiento jurídico, se encuentra receptado en el artículo 18 de la Constitución Nacional, que establece: "*Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...*", como así también por el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuando dice que "*Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.*"

¹ Franz Von Liszt. Año 1905. Página 80.

² Enrique Bacigalupo. Año 1999. Página 46

³ Wolfgang Naucke. Año 1980. Página 80

⁴ Enrique Bacigalupo. Año 1990. Página 35 y siguientes.

Este principio, a grandes rasgos y sin entrar en el desarrollo dogmático que ha tenido a lo largo del tiempo, con las consecuentes discusiones que rondan en torno a esta cuestión, implica la prohibición de la analogía, la exigencia de un ley escrita y cierta, y la prohibición de la retroactividad.⁵

Entre todas estas garantías, la que nos interesa analizar a los fines de este trabajo es la última mencionada, es decir, la prohibición de las leyes ex post facto, que consagra, como regla, la máxima de la irretroactividad de la ley penal, con la excepción en los casos en que esta sea más benigna. En su tratado, Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar sostienen que cuando el ordenamiento hace alusión a la ley penal más benigna está incluyendo tanto a las que regulan el fondo de las controversias suscitadas en esta materia, como las leyes penales procesales, toda vez que un proceso penal tiene una conclusión binaria: pena o no pena; y si al momento de la comisión del hecho que se juzga las disposiciones procesales llevaban a una no pena, por lo que no había conminación penal en concreto respecto de la persona comprometida, adoptar una solución contraria podría permitir la violación ilimitada del principio de inocencia. Además, cuando la Constitución Nacional hace referencia a este principio no parece dejar afuera a la ley procesal, sino todo lo contrario, por lo que no puede sostenerse la tesis que niega la expresa consagración de la irretroactividad de la ley procesal más gravosa.⁶

También agregan, estos autores, que la mayor benignidad no sólo procede de la ley que desincrimina o la que establece pena menor, debido que puede provenir de otras circunstancias, como la creación o remoción de una causal de justificación, o de inculpabilidad, de un impedimento a la operatividad de la penalidad, una distinta clase de pena, una nueva modalidad ejecutiva de la pena, el cumplimiento parcial de la misma, las previsiones sobre condena condicional, probation, libertad condicional, consecuencias procesales, como así también, el menor tiempo de prescripción.⁷

Esta última cuestión mencionada fue especialmente discutida y decidida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros -causa n° 259-", el 24 de Agosto de 2004.

En cuanto a los hechos del caso, en la causa se tuvo por acreditado que Enrique Lautaro Arancibia Clavel formó parte, a partir de marzo de 1974 y hasta el 24 de noviembre de 1978, de una asociación ilícita, denominada Dirección de Inteligencia Nacional, también conocido como DINA exterior, dependiente del gobierno de facto de Chile, que contaba con al menos 10 miembros, y cuya actividad consistía en la persecución de opositores políticos al régimen de Pinochet exiliados en Argentina. Esto incluía secuestros, sometimiento a interrogatorios bajo tormentos, sustracción de las identificaciones de las víctimas para su reutilización previa falsificación, entre otros actos.

⁵ Esteban Righi. Año 2016. Página 90.

⁶ Eugenio Raul Zaffaroni, et al. Año 2002. Páginas 123/124

⁷ Eugenio Raul Zaffaroni, et al. Año 2002. Páginas 112 -120/121

Dentro de la organización, Arancibia Clavel, tenía por función específica formar en Buenos Aires una red paralela de informantes que aportaran datos sobre los perseguidos. Asimismo, al momento de la detención, le fueron encontrados en su poder documentos de identidad utilizados para dificultar la identificación de los asesinados, se comprobó que utilizaba identidades falsas y ocultaba sus actividades de inteligencia aparentando ser empleado del Banco de Estado de Chile.

El acusado, en primera instancia, fue condenado por el Tribunal Oral Federal N° 6 a la pena de reclusión perpetua y accesorias por considerarlo partícipe necesario del homicidio agravado por el uso de explosivos y por el concurso de dos o más personas, del matrimonio Prats Cuthbert y como autor de la conducta consistente en pertenecer a una asociación ilícita integrada por diez o más individuos con una organización de tipo militar y conformada por oficiales o suboficiales de las fuerzas armadas; que disponía de armas de guerra y explosivos y recibía apoyo, ayuda o dirección de funcionarios públicos, delito previsto en el artículo 210 bis. incisos a), b), d), f) y h) del Código Penal.

A raíz del recurso interpuesto por la defensa de Enrique Lautaro Arancibia Clavel contra la sentencia por la cual se lo condenara por homicidio y asociación ilícita, la Cámara Nacional de Casación Penal declaró extinguida la acción penal por prescripción respecto del delito de asociación ilícita simple, sobreseyendo a Arancibia Clavel por este hecho, en el entendimiento que desde la fecha en que el imputado dejó de cometer el delito, el 24 de noviembre de 1978, y hasta la de su llamado a prestar declaración indagatoria, el 15 de mayo de 1989, transcurrieron más de diez años, por lo que resultaba aplicable el artículo 62, inciso 2 del Código Penal argentino. Contra esta decisión, la querrela -en representación del gobierno de Chile- interpuso recurso extraordinario cuya denegación dio origen a la queja. La Corte hizo lugar a la queja, decidió declarar procedente el recurso extraordinario y dejó sin efecto la sentencia apelada.

En este sentido, si bien el fallo contiene diversas cuestiones controvertidas y que fueron objeto de análisis en el mismo, a los efectos de este trabajo nos detendremos a examinar el aspecto tendiente a determinar si resultaba aplicable, o no, lo dispuesto por la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad" que había sido adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968, pero ratificada por el Estado argentino a partir de la sanción de la ley 24.584 del 29 de noviembre de 1995 y habiendo adquirido jerarquía constitucional el 3 de septiembre de 2003, por medio de la ley 25.778. Es decir, incorporada al ordenamiento interno con posterioridad al cese de la conducta delictiva de Arancibia Clavel, que se dio a finales de 1978 e incluso de su primer llamado a prestar declaración indagatoria, el 15 de mayo de 1989.

En una decisión dividida, el voto mayoritario entendió que debían ser aplicadas al caso en análisis las normas incorporadas por la Convención. Arriba a este resultado mediante dos fundamentos básicos.

En primer lugar, en el entendimiento de que si bien el instrumento internacional no contempla expresamente la conducta delictiva en cuestión (asociación ilícita) como las que son consideradas como delitos contra la humanidad, “no podría sostenerse que si los homicidios, la tortura, los tormentos y la desaparición forzada de personas, son delitos contra la humanidad, el formar parte de una asociación destinada a cometerlos no lo sea, pues tal afirmación constituiría un contrasentido, toda vez que este último sería un acto preparatorio punible de los otros. Por otra parte, el artículo 7.1, inciso h, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, considera como crimen de lesa humanidad la "Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional"⁸. Por lo que pudieron concluir que del plexo normativo internacional se desprende que, dentro de la clasificación de los crímenes contra la humanidad, también queda contemplado el formar parte de una organización destinada a cometerlos.

En segundo lugar, al momento de tener que verificar si la acción penal se encontraba prescripta o no, la Corte sostuvo que en razón a la aprobación de la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad" y su incorporación con jerarquía constitucional, quedaba establecido en el ordenamiento interno la imprescriptibilidad de la imputación por el delito de asociación ilícita, por lo que esta debía aplicarse al sub lite retroactivamente, manifestando que ello no lesionaba el principio *nulla poena sine lege*, aunque esta incorporación se haya producido con posterioridad a la comisión de los hechos de la causa.⁹ Para llegar a esta conclusión, los magistrados expresaron que esta convención sólo se limitó a afirmar la imprescriptibilidad, lo que importaba el reconocimiento de una norma ya vigente en función del derecho internacional público de origen consuetudinario, también conocido como “*ius cogens*”. Continuó diciendo que, de esta manera, no se violaba la prohibición de irretroactividad de la ley penal, sino que se reafirma un principio instalado por la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de comisión de los hechos. Recalaron que la costumbre internacional ya consideraba imprescriptibles los crímenes contra la humanidad con anterioridad a la existencia de la Convención, por lo que esta costumbre era materia común del derecho internacional con anterioridad a la incorporación del instrumento internacional al derecho interno. De esta forma, concluyeron que la Convención tuvo únicamente la función de lograr la cristalización de principios ya vigentes para nuestro Estado Nacional como parte de la Comunidad Internacional.¹⁰ Quedando, de esta forma, desplazado el derecho interno por el derecho internacional consuetudinario. Así, Antonio Boggiano, al ampliar su voto, sostuvo que el

⁸ Voto mayoritario en el fallo "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros -causa n° 259-." Considerando N° 13.

⁹ Voto mayoritario en el fallo causa n° 259. Considerando N° 22

¹⁰ Voto mayoritario en el fallo causa n° 259. Considerando N° 32.

crimen de lesa humanidad en análisis lesionó el derecho internacional; antes al consuetudinario, pero ahora también al convencional, codificador del consuetudinario. De esta forma, ante el conflicto entre el principio de irretroactividad; que favorecía al autor del delito, contra el *ius gentium* y el principio de retroactividad sobre imprescriptibilidad, debe prevalecer este último, que tutela normas imperativas de *ius cogens*, esto es, normas de justicia tan evidentes que jamás pudieron oscurecer la conciencia jurídica de la humanidad.¹¹

En definitiva, entiendo que los argumentos precedentemente expuestos sirvieron para justificar una clara transgresión al principio de legalidad, toda vez que, en primer lugar, se utilizó una especie de analogía in malam parte para entender que la asociación ilícita era un delito de lesa humanidad, debido a que esta conducta no se encontraba expresamente tipificado en la Convención, transgrediendo, de esta forma, los requisitos de la ley escrita y estricta.

Por otro lado, lo que se hizo fue aplicar de forma retroactiva las normas de la Convención, determinando que si bien ésta había entrado en vigencia con posterioridad al cumplimiento del plazo de prescripción establecido por la legislación anterior, correspondía, sin embargo, borrar los efectos del ya cumplido término, haciendo renacer una acción penal extinguida por el transcurso del tiempo, yendo deliberadamente en contra del artículo 18 de la Constitución Nacional.¹² Entonces, no caben dudas de que con la aprobación e incorporación con jerarquía constitucional de la Convención mencionada con posterioridad a la comisión de los hechos de la causa, su aplicación retroactiva lesiona el principio “*nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali*”, ya formulado por Anselm von Feuerbach, en el marco de su teoría del delito.¹³

El juez Augusto Cesar Belluscio, con muy buen criterio, distinguió, en su voto en disidencia, dos cuestiones que no deben ser confundidas: la primera es la atinente al principio de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad previsto en la mencionada Convención, y la segunda es la posibilidad de aplicar este principio de forma retroactiva. Con respecto a lo primero, sostuvo que es evidente que las reglas de jerarquía inferior sobre prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno, por medio del artículo 62 del Código Penal, han quedado desplazadas por la Convención.¹⁴ Pero, otra cuestión diferente es que estas normas internacionales deban aplicarse no ya para el futuro, sino retroactivamente.

En este sentido, a mi entender, la Corte aplicó de forma incorrecta las normas de la Convención, avasallando derechos y garantías que tenía el imputado. Ante todo, es inaceptable que dejemos de lado el principio que asienta el artículo 18 de nuestra

¹¹ Voto del juez Boggiano en el fallo causa n° 259. Considerando N° 29 y 30.

¹² Voto en disidencia del juez Belluscio en el fallo causa n° 259. Considerando N° 15.

¹³ Paula Johann Anselm van Feuerbach. Año 1847. Página 19 y 20.

¹⁴ Voto en disidencia del juez Belluscio en el fallo causa n° 259. Considerando N° 11 y 12

Constitución mediante una construcción basada en el derecho consuetudinario, el cual no se evidencia como imperativo, toda vez que, justamente, el principio en cuestión excluye la costumbre como fuente inmediata del derecho penal al requerir la ley previa "escrita", por lo que el juez no puede acudir a la costumbre para considerar una conducta dada como punible¹⁵, estándole vedado utilizar el derecho consuetudinario tanto para fundamentar como para agravar la pena.¹⁶ No podemos afirmar que, en virtud del *ius cogens*, la imprescriptibilidad de la acción penal por delitos de lesa humanidad rigiera en la Argentina al tiempo de cometerse los hechos que se pretende incriminar. Y aunque se considerase que tales hechos constituyen delitos de lesa humanidad, no resultaría posible acudir a principios indefinidos supuestamente derivados del derecho de gentes, pues al momento de la comisión de los hechos faltaba la norma específica que vinculara a la República Argentina y que estableciera una determinada sanción.

Además, con el resultado alcanzado por nuestro más alto tribunal, se deja de lado el pilar de que "la sujeción de los hechos de los casos al ordenamiento debe garantizar objetividad: el comportamiento punible y la medida de la pena no deben determinarse bajo la impresión de hechos ya ocurridos, pero aún por juzgar, ni como medio contra autores ya conocidos, sino por anticipado y con validez general, precisamente mediante una ley determinada, sancionada con anterioridad al hecho. El principio abarca a todos los presupuestos de punibilidad y no está limitado al ámbito de lo imputable (...): especialmente, también la prescripción ha de estar legalmente determinada y no cabe prorrogarla retroactivamente."¹⁷ En este sentido, no resulta aceptable que la gravedad o el carácter aberrante de los hechos que se pretende incriminar justifiquen dejar a un lado el principio de irretroactividad de la ley penal, porque de ningún modo alguno resultaría justificado pretender corregir una aberración de hecho, como es la comisión de los delitos imputados, mediante una aberración jurídica, aplicando retroactivamente la ley penal, con la consecuente restauración de una acción penal extinguida.

En este orden de ideas, Bacigalupo sostiene que el principio de legalidad constituye una garantía fundamental, pero resulta ser también una meta difícil de alcanzar. En su realización tienen un papel decisivo las necesidades pragmáticas de la aplicación cotidiana de las leyes y la convicción de que la justicia material debe prevalecer sobre la seguridad jurídica en los casos extremos. La convicción social de que ciertas acciones deben ser sancionadas, aunque la técnica legislativa sea defectuosa, es frecuentemente el fundamento del reproche de la opinión pública a los tribunales, cuando éstos adoptan puntos de vista estrictos en relación a las exigencias del principio de legalidad. Por tal motivo el verdadero control de estas exigencias, en la medida en que ello sea posible, debe tener lugar por medio del control abstracto de

¹⁵ Carlos Creus. Año 1990. Página 57.

¹⁶ Eugenio Raul Zaffaroni, et al. Año 2002. Página 123/124

¹⁷ Günther Jakobs. Año 1991. Páginas 4/9

constitucionalidad, ya que de esa manera será posible decidir sin estar bajo la impresión de casos concretos.

Más actualmente en el tiempo, hemos vuelto a ver estos argumentos vertidos tanto en el voto minoritario del fallo “Muiña” como en el fallo “Rufino Batalla”, que rewertió la sentencia del primero. Sucintamente, en ambos casos fue discutido si resultaba aplicable el artículo 7 de la ley N° 24.390, la cual disponía que, transcurrido el plazo de dos años de prisión preventiva, se computaría por un día de prisión preventiva, dos de prisión. Más allá de las diversas problemáticas del fallo, las cuales no serán objeto de análisis, se repite la situación en cuanto lo que se hizo fue invocar la supremacía de la costumbre internacional sobre la Constitución, modificando disposiciones de nuestra carta magna. En este sentido, comparto la postura de Badeni en cuanto entiendo que, si efectivamente tenemos un sistema político democrático constitucional y un Estado de derecho con normas acorde a este sistema, debemos dar fiel cumplimiento a las leyes porque la voluntad de ellas está por encima de cualquier opinión en contrario que pueda emanar de los grupos sociales, por más legítima que ella sea. El desacuerdo o disconformidad con la norma jurídica se debe expresar en su modificación o derogación, pero jamás en su incumplimiento o desarticulación mediante una interpretación falaz.¹⁸

Asimismo, si se argumenta que las decisiones contrarias a la norma constitucional fueron aceptadas en estos fallos por el horror que produjeron los hechos imputados, podrían estos argumentos ser extendidos el día de mañana a cualquier otro que, con una valoración más restringida o más lata, fuese considerado como ofensivo para la humanidad entera. Lo que implicaría sujetar la protección de la libertad personal de aquel cuya conducta no puede ser encuadrada en ley previa, al arbitrio de una pseudo interpretación que puede llevar a excesos ilimitados.

Por lo que, según mi comprensión, los Tribunales no deben tener en cuenta, a la hora de fallar, las características del delito en cuestión ni las condiciones de quien cometió el hecho ilícito, respetando todas las garantías que nos dan los principios receptados por la Constitución. De forma tal de lograr una aplicación objetiva de las normas. Porque, de lo contrario, corremos el peligro de que, en virtud de empezar a autorizar la aplicación del derecho consuetudinario, perdamos, todos los ciudadanos, la seguridad jurídica que nos brinda nuestro bloque de constitucionalidad y que nos protege ante eventuales transgresiones del Estado. Entonces, como operadores jurídicos, no podemos permitirnos abrir la puerta para la no aplicación de los principios rectores del derecho penal, sin importar que tan aberrante podría ser el hecho en cuestión, porque nos llevaría a la insostenible situación de una constante inseguridad jurídica. De forma tal que, quien se enfrente a un procesamiento penal, no pueda predeterminar cuáles serán las garantías que tendrá durante la tramitación del juicio y, con posterioridad, al momento de la sentencia.

¹⁸ Gregorio Badeni. Año 2017. Página 101.

Todo esto nos lleva a volver a la discusión del inicio de este escrito y a preguntarnos, ¿A quiénes están, los principios rectores de esta rama del derecho, destinados a proteger? ¿Sólo a quienes transgreden el ordenamiento jurídico o a todos los cuidados en general? Porque si entendemos que es a los segundos, no podemos autorizar, prácticas abusivas e inconstitucionales, como sucedió en el caso “Arancibia Clavel”.

Bibliografía

Anselm von Feuerbach, Paul Johann (1874). *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. Decimo catorceava edición, Editorial Creative Media Partners.

Bacigalupo, Enrique (1990). *Principios de derecho penal Parte general*, 2a edición.

Bacigalupo, Enrique (1999). *Principios constitucionales de derecho penal*. Editorial Hammurabi.

Badeni, Gregorio (2017). *La aplicación de la ley penal más benigna y los delitos de lesa humanidad*. Libro digital PDF. En Pensamiento Penal.

Creus, Carlos (1992). *Derecho Penal Parte General*. Tercera edición. Editorial Astrea.

Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación - 24/08/2004 - "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros -causa n° 259-."

Jakobs, Günther (1991). *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. Editorial Gruyter.

Naucke, Wolfgang (1980). *Strafrechts: eine Einführung*. Tercera edición. Editorial Luchterhand.

Righi, Esteban (2016) *Derecho Penal Parte General*. Segunda edición actualizada, editorial AbeledoPerrot.

Von Liszt, Franz (1905). *Strafrechtliche Vorträge und aufsätze*. Editorial De Gruyter.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, et al. (2002) *Derecho Penal Parte General*, segunda edición, editorial Ediar.

El arrepentido y los principios limitadores

de la Torre, María José¹

Resumen: *El artículo 41 ter del Código Penal Argentino, brinda la posibilidad de recibir la declaración de una persona imputada -por determinados delitos- durante la sustanciación del proceso en el que es parte, con el objeto de que brinde información o datos precisos, comprobables y verosímiles a cambio de un beneficio vinculado a su libertad. Un breve análisis de la figura a la luz de los principios limitadores del derecho penal permite reflexionar acerca de sus implicancias en la observación de garantías constitucionales.*

Palabras Claves: *arrepentido - vulneración - principios - garantías -inconstitucionalidad*

Abstract: *Article 41 ter of the Argentine Criminal Code, offers the possibility of receiving the statement of a person accused - for certain crimes - during the substantiation of the process in which he is a party, in order to provide accurate, credible and accurate information or data in exchange for a benefit linked to your freedom. A brief analysis of the figure in the light of the limiting principles of criminal law allows us to reflect on its implications in the observation of constitutional guarantees.*

Key Words: *repentant - violation - principles - guarantees - unconstitutionality*

I. Introducción

La presente ponencia consiste en una serie de reflexiones efectuadas en oportunidad de analizar la figura del arrepentido al mantener un acercamiento a casos concretos en la Fiscalía Federal donde me desempeño, las cuales vengo a compartir para abrir el debate a la luz de las garantías constitucionales. Ello permitió detenerme a considerar sus implicancias en la observación de los principios limitadores del derecho penal, como así también su utilización y promoción por parte del Estado como un medio probatorio.

¹ Adscripta de la Cátedra de Derecho Penal I de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral

II. El arrepentido en el Derecho Penal Argentino

En primer lugar, considero necesario introducirnos en la temática con una breve descripción de la figura del arrepentido en nuestro derecho. El llamado “arrepentido” nació en el marco de una modificación a la Ley de Estupeficientes n° 23.737 en el año 1995, concretamente en el art. 29 ter, mediante la cual se podía reducir la pena de la persona que habiendo participado en la actividad ilícita vinculada a la comercialización de material estupefaciente, aportaba una colaboración para dar con los eslabones más alto de la cadena de narcotráfico.

Posteriormente, en el año 2000, mediante la sanción de la ley n° 25.241, se incorporó el instituto para quienes colaboren en investigaciones de hechos vinculados al terrorismo.

Lo mismo aconteció en el año 2003 para las investigaciones de secuestros extorsivos, mediante la creación de la ley n° 25.742 que incorporó el art. 41 ter al Código Penal, en el Título 5 “imputabilidad” del Libro Primero “Disposiciones Generales”.

En igual sentido sucedió en el año 2008 con el delito de trata de personas con la ley n° 26.364, y en el año 2011 con los delitos de lavado de activos, terrorismo y su financiamiento mediante la sanción de la ley n° 26.683.

III. La figura del arrepentido vigente

Finalmente, en el año 2016 a través de la ley n° 27.304 se sustituyó el art. 41 ter del Código Penal, contemplando en su texto todos los casos mencionados precedentemente y sumando otros delitos.

Así, a la actualidad, conforme el artículo 41 ter del CP, las escalas penales podrán reducirse a las de la tentativa -o a quince años en el caso de perpetuas- cuando la persona imputada por alguno de los delitos que referiré, durante la sustanciación del proceso en el que es parte, brinde información o datos precisos, comprobables y verosímiles.

Tales delitos son: 1) producción, tráfico, transporte, siembra, almacenamiento y comercialización de estupeficientes, precursores químicos o cualquier otra materia prima para su producción o fabricación previstos en la ley 23.737 y su organización y financiación; 2) previstos en la sección XII, título I del Código Aduanero; 3) todos los casos en los que sea aplicable el art. 41 quinquies del CP; 4) arts. 125, 125 bis, 126, 127 y 128 del CP; 5) arts. 142 bis, 142 ter y 170 del CP; 6) trata de personas; 7) delitos cometidos en asociación ilícita; 8) previstos en los capítulos 6, 7, 8, 9, 9 bis y 10 del título 11 delitos contra la administración pública y en el inc. 5 del art. 174, del CP; 9) previstos en el título 13 delitos contra el orden económico y financiero, del libro segundo, del CP.

Conforme la misma letra del art. 41 ter, para la procedencia del beneficio al imputado es necesario que la información o datos aportados contribuyan a evitar el comienzo, la permanencia o consumación del delito, esclarecer el hecho objeto de investigación, revelar la identidad o paradero de autores, coautores, instigadores o partícipes, dar con el paradero de víctimas privadas de su libertad, averiguar el destino de instrumentos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito, como así también indicar fuentes de financiamiento de organizaciones criminales.

La ley n° 27.304 contiene las normas que disponen la oportunidad en que puede aplicarse esta figura, los criterios para otorgar el denominado “beneficio”, el procedimiento de la celebración del llamado acuerdo de colaboración, los requisitos formales y contenido del mismo, su homologación por el juez, su incorporación al proceso, valoración en la instrucción, la corroboración lo vertido en el acuerdo y cómo se contemplará en una sentencia.

También se contempla que en los casos en que la reducción de la escala penal prevista aparezca como probable, podrá ser considerada a los fines de la excarcelación o de la exención de prisión, de acuerdo a las normas procesales comunes. Su aplicación suspende la prescripción durante el plazo máximo de un año y habilita la posibilidad para el imputado de ser incorporado al Programa Nacional de Protección a Testigos.

A su vez, incorporó al CP el art. 276 bis, estableciendo un nuevo delito, imponiendo la pena de cuatro a diez años y pérdida del beneficio para quienes hayan proporcionado maliciosamente datos inexactos o información falsa.

IV. La figura del arrepentido a la luz de los principios limitadores del derecho penal

Ahora bien, me resulta inevitable partir de la idea de lo que significa el término “arrepentirse”, esto es, “sentir pesar por haber hecho o haber dejado de hacer algo” (según la Real Academia Española). Como primera aproximación, se puede advertir que la figura analizada se encuentra alejada de esa definición, más bien se acerca al delator o conocido vulgarmente como “sapo”, “buchón”, “soplón”.

En este orden de ideas, la promoción por parte del Estado de ese tipo de conductas delatorias a cambio de un beneficio propio y su utilización como una medida probatoria resulta, en mi entender, desproporcional, irrazonable e innecesario.

En efecto, considero que refleja la ineficiencia del aparato estatal para la prevención y persecución de delitos, viene a suplir deficiencias en materia de prevención delictual, en política criminal y en el desarrollo de investigaciones penales a costa de los derechos y garantías de las personas presuntamente involucradas.

Me animo a sostener, en virtud de mi experiencia laboral, que nuestro Estado cuenta con herramientas legales vigentes, instituciones especializadas y recursos

humanos formados para cumplir sus respectivas funciones de prevención y persecución de los comportamientos que considera delictuales -el tema de su eficiencia excede la presente-.

Sin embargo, no habiendo obtenido éxito en materia de prevención y ya dentro de un proceso penal, las agencias estatales acuden a una persona presuntamente involucrada en el mismo hecho objeto de investigación.

Así las cosas, la aplicación de la figura del arrepentido puede traducirse en una negociación desigual y desesperada entre el Estado y un individuo para suplir las propias deficiencias, resultando violatorio de derechos y garantías consagrados en la base constitucional y convencional internacional.

La existencia en el Código Penal de la posibilidad de recibir la declaración de una persona imputada (por alguno de los delitos contemplados) durante la sustanciación del proceso en el que es parte, con el objeto de que brinde información o datos precisos, comprobables y verosímiles a cambio de un beneficio vinculado a su libertad, es a todas luces contrario al artículo 18 de la CN y, claramente, a tratados internacionales.

En efecto, considero que constituye una violación a la prohibición de la autoincriminación, al principio de inocencia, al respeto a la dignidad humana, al derecho de defensa en juicio, al debido proceso, al principio de legalidad y al principio de igualdad, sobre lo cual pasaré a fundamentar seguidamente.

V. a) Prohibición de autoincriminación y respeto a la dignidad humana

En primer lugar, evidentemente la figura del arrepentido pretende legitimar una confesión coaccionada por el ofrecimiento de beneficios vinculados la libertad, violando la prohibición de la autoincriminación del art. 18 de la Constitución Nacional.

Me resulta dificultoso pensar una libre colaboración por parte de una persona imputada (por alguno de los delitos contemplados) cuando lo que se encuentra en juego es su propia libertad.

Entiendo que la pretensión punitiva del Estado no puede habilitar la autoincriminación. La inclusión de hechos al mundo penal vertidos por la misma persona imputada que se confiesa, que se autoincrimina, que incrimina a terceras personas sin juramento de decir verdad, y la utilización de esa herramienta -ilegal en su origen- por parte de agentes estatales, lejos está del respeto de las reglas constitucionales.

Incluso, advierto que de esa manera puede afectarse el respeto a la dignidad de la persona imputada, esto es, al ser considerada como un objeto de prueba, recibiendo un tratamiento deshumanizado por parte de las autoridades.

IV. b) Presunción de inocencia

Como consecuencia de la violación de la prohibición de autoincriminación, de obtener una confesión “con cierto grado de verosimilitud”, se deja de lado a todas luces el principio de inocencia.

Ello, por cuanto el juego de la figura implica que al confesar la persona y valorar la verosimilitud de su confesión, se tenga que presumir la culpabilidad del confeso para justificar la investigación de los hechos que habría cometido su consorte de causa.

IV. c) Derecho de defensa del delatado

Asimismo, el funcionamiento de la figura del arrepentido vulnera no sólo sus propios derechos, sino también el derecho de defensa de la persona señalada como delincuente. Me resulta irrazonable afirmar que se respetan las garantías del debido proceso de una persona cuando la causa, a mi entender, nació de manera ilegal, por basarse en una confesión coaccionada y sin el control en el acto de declaración de la defensa del nuevo imputado.

IV. d) Principio de legalidad

Por otro lado, está claro que el art. 41 ter del Código Penal no establece un nuevo tipo penal, sin embargo es indudable que influye de manera sustancial en la criminalización de una persona, en el impulso de la acción penal pública, en la conducta a imputar, en su tipicidad, en la pena a aplicar y en la prescripción, tanto del arrepentido como de la persona que éste señale en su declaración.

Aceptada su aplicación, no podemos soslayar el problema que podría acarrear en los procesos en pleno trámite: la irretroactividad de la ley penal.

Por un lado la persona imputada podría utilizar esta figura en la investigación, teniendo en cuenta el principio de la ley penal más benigna, en miras a una sentencia más favorable. Pero a su vez, el delatado podría esgrimir que la ley del arrepentido no podría ser aplicada por haber sido publicada durante el proceso del imputado delator, por lo que su utilización implicaría un agravamiento en su imputación o aún peor, la base principal de la acusación, sin arrepentido no existiría proceso penal alguno.

IV. e) Principio de igualdad

Por último, también observo una vulneración al principio de igualdad ante la ley. Primero, porque estaría otorgando un tratamiento diferenciado entre la persona imputada

que se autoincrimina y que involucra a un tercero, y la persona imputada que se resguarda en su derecho constitucional de no declarar contra sí mismo. Así, la ley beneficia a la primera con su libertad, mientras que la segunda continúa sometida a prisión preventiva o pena privativa de la libertad nacida de sentencia condenatoria.

Y a su vez, este principio pareciera olvidado en cuanto a que el arrepentido sólo se activa en los delitos enumerados en el art. 41 ter del CP, la mayoría de ellos con una característica común en cuanto al sujeto activo: en general, son cometidos por los llamados delincuentes de guante blanco.

De esta manera, la ley otorga un tratamiento diferenciado brindando la posibilidad de adquirir el beneficio de la libertad al empresario, al funcionario, al que tuvo la posibilidad de estudiar, de formarse, de trabajar en alguna actividad lícita, quien se desespera por no convivir en un ámbito carcelario, porque está alejado de su realidad, porque las cárceles no son hechas para ellos. Mientras que la persona que no tuvo ninguna de esas posibilidades, que necesita comer, que necesita educarse, que necesita trabajar, que necesita contención, que necesita una familia, que necesita políticas públicas adecuadas, la ley decide no ofrecerle ese premio. Si al fin y al cabo, están acostumbrados a vivir con sus libertades limitadas, si al fin y al cabo, el encarcelamiento los podrá resocializar, los podrá educar, los podrá contener, los podrá esconder.-

Bibliografía

Alén, Luis H. (2018). La inconstitucionalidad de la ley del arrepentido 27.304 (y la nulidad de los acuerdos celebrados en función de ella). Publicado en DPyC 2018 (noviembre), 15/11/2018, 65., Thomson Reuters, cita Online AR/DOC/2246/2018.

López Malah, Ramiro. (2018). Algunas reflexiones sobre el arrepentido. Publicado en DPyC 2018 (julio), 16/07/2018, 127, Thomson Reuters, cita Online AR/DOC/1197/2018.

Piqué, María Luisa. (2013). Artículo: Principio de legalidad y de retroactividad. En "Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino", 1° edición, La Ley, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Buenos Aires, 2013.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, et.al. (2006). Manual de Derecho Penal, Parte General. 2° edición, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006.

Femicidio. (De)construyendo el sistema

Gabassi, Lucia¹

Resumen: mediante el presente trabajo, propongo reflexionar sobre una cuestión puntual: la falta de perspectiva de género en los Tribunales a la hora de tratar la problemática de la violencia contra las mujeres; más precisamente en los casos donde se da muerte a las mismas. Primeramente, señalaré la normativa constitucional y legal que corresponde. Luego trabajaré con un caso local que ilustra lo propuesto, ligado a un sinfín de reproches ético-morales por parte del aparato estatal. Que resultan funcionales a la reproducción de estereotipos de género basados en una cultura machista que revictimiza, niega y neutraliza los derechos de las mujeres. Finalmente intentaré dar una respuesta, repesando el rol que tienen quienes se desempeñan en cargos judiciales a la hora de litigar en situaciones como estas, tomando las riendas de la discusión entre la política criminal y la perspectiva de género.

Palabras claves: femicidio - perspectiva de género - roles de género - política criminal - violencia patriarcal

Abstract: *by means of this paper, I propose to reflect about one specific issue: the lack of gender perspective in the Courts when dealing the problem of violence against women; more precisely in the cases in which the death of them occurs. Firstly, I will point out the constitutional and legal normative that corresponds. Then, I will work with a local case that illustrates the proposed, linked to a host of ethical-moral reproaches by the state apparatus. This is functional to the reproduction of gender stereotypes based on sexism culture that revictimize, denies and neutralizes the rights of women. Finally, I will try to give an answer, rethinking the role of those who work in judicial positions when litigating in situations like those, taking the reins of the discussion between criminal policy and the gender perspective.*

Key words: *femicide - gender perspective - gender roles - criminal policy - patriarchal violence*

¹ Estudiante de abogacía de la Facultad de Derecho, Cs. Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste. Corrientes, Argentina.
E-mail: luciagabassi@gmail.com

Introducción

La latente necesidad de visibilizar y reconocer situaciones de sometimiento y discriminación estructural hacia las mujeres, condujo a que en Latinoamérica, alrededor del año 2007, se comience a introducir reformas penales para encuadrar de forma específica ciertos homicidios de mujeres. Estos fueron tipificados como “femicidio” o “feminicidio” considerados por Patsili Toledo ² “una expresión de extrema de violencia contra las mujeres y estan basados o motivados en su género”. Argentina ratificó renombrados instrumentos internacionales ³ que luego adquirieron jerarquía constitucional ⁴. A su vez la ley 26.791 incluyó la modificación de dos agravantes (números 1 y 4) y la inclusión del inciso 11 y 12 al artículo 80 del Código Penal. El primero eleva la pena de prisión perpetua a quien matare: “A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género”. Cabe aclarar que en esta figura aparece el femicidio en sentido estricto, donde detalla explícitamente que la víctima debe ser mujer, llevado a cabo por una autoría masculina ⁵. Otro instrumento legal determinante es la Ley 26.485 de “Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres” ⁶ donde además de significar un avance legislativo tendiente a achicar la brecha sexista, determina las distintas formas de violencia existentes por años relativizadas e ignoradas en el ámbito del Derecho (física, psicológica, económica, sexual, obstetricia, simbólica, entres otras).

En base a estas consideraciones, las conquistas jurídicas en materia de género (nacional e internacional) impiden negar el compromiso de nuestro país en combatir desigualdades de raigambre androcentrista inmerso en nuestras instituciones estatales. Obligándolo a garantizar la participación de la mujer en igualdad de condiciones respecto a los hombres, e implementando mecanismos de protección y amparo de sus derechos.

² Doctora en Derecho Público por la Universidad Autónoma de Barcelona. Profesora del Departamento de Derecho de la Universidad Pompeu Fabra. Lo menciona en el compilado de Di Corleto, Julieta “*Género y justicia penal*”. Didot. Buenos Aires, 2017, página 237 (capítulo 8)

³ Los mismos fueron y son cruciales para la defensa de las mujeres en el año 1985 la “Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer” (CEDAW) celebrada en 1979. De igual manera lo hizo con la “Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer” más conocida como “La Convención Belem Do Pará” en 1994.

⁴ Como todos los Tratados de Derechos Humanos. Adquirieron un elevado status jurídico en el mismo peldaño que la Constitución Nacional, de allí radica su esencialidad.

⁵ De esta manera también se amplía la punición a situaciones conyugales, de pareja, misoginia, identidad de género y su expresión (homicidios de mujeres lesbianas, bisexuales, queer, etc) y hasta el femicidio vinculado del último inciso del artículo 80.

⁶ La cual fue sancionada en marzo del 2009, define “la violencia contra las mujeres” sobre la Convención BDP pero no la violencia de género. La violencia contra las mujeres es una forma de violencia de género, dado que abarca otros colectivos ampliamente discriminados como las lesbianas, gays, personas no binarias, transexuales, transgéneros, etc. Sin embargo la legislación argentina utiliza erróneamente estos términos como sinónimos, dificultando su comprensión.

Ante las incontables vicisitudes y sentencias de la realidad, que denotan recriminaciones a la víctima y amparo a imputados en diversos delitos de ataques sexuales, femicidios, violencia física (de las que más se presentan en la Justicia) me surge la necesidad de preguntarme ¿Son estas leyes y ratificaciones puro relleno? ¿Reconocimiento ficticio y simbólico a costa de nuestras vidas?

La (in)justicia patriarcal

Tamara Zalazar⁷ en ese entonces 19 años, madre adolescente, pobre y mujer. Suficientes estigmas para cuantificar que tan valiosa era su vida para la Justicia. El: Raúl Escalante: “padre de familia” albañil y profesor de filosofía, sin antecedentes penales; escenario ideal para concederle el beneficio de la duda. Corrientes; provincia hermética, donde el conservadurismo y los valores religiosos inundan no solo a su gente, sino también a los establecimientos donde se imparte “justicia” (o al menos así debería serlo). Una llamada, un auto que la aguarda en la Avenida, “un encuentro sexual” una familia preocupada y una joven asesinada a la vera de la ruta 5. Estremecedor, claro que lo es, pero no más que su aparente “solución”. Luego de una lectura exhaustiva de la sentencia con sus respectivos fundamentos, me detuve a analizar el caso desde una óptica crítica y atenta a las distintas formas de violencia contra las mujeres.

En lo que respecta, comenzaré a detallar los aspectos preocupantes de esta. En primer lugar se re-construye a Tamara como la “mala víctima” que da a pensar que debería cumplirse con un “ideal” para ser merecedora de escucha; susceptible de aceptación y reconocimiento de la misma acorde su condición⁸. De tal manera, gran número de operadores de la Justicia, toman la decisión de no seguir adelante con el caso porque ésta no se ajusta a sus requerimientos, atribuyéndole al imputado penas que no reflejan el daño causado y hasta la invalidación de vivencias y sucesos de una persona como una víctima penal. Debido a ello, la óptica central radica en la vida y circunstancias personales de la joven (irrelevantes para el caso) tal como que **“tenía diecinueve años, era mayor de edad, tuvo una relación previa y tuvo un hijo**. Para argumentar que no existía una situación de preeminencia del femicida ¿Acaso eso la exime de sufrir violencia de género? ¿Cuál es la razón de ser de dichas aclaraciones? Comienzan a aparecer así, los reproches de “mala

⁷ Tribunal Oral Penal N1, Corrientes*.1PI101.6293399.* PEX 141978/16 Escalante, Raúl Alberto p/sup. homicidio agravado mediando violencia de género. Vtma: Zalazar, Tamara Yaquelin- Lomas de Gonzalez. <http://www.juscorrientes.gov.ar/wp-content/uploads/pdf/2018/S-45-PEX-141978.pdf>

⁸ Se tiende a un perfil sumiso y sometido, que perpetúa la idea de mujer pacífica, de hogar, totalmente ajena a la cultura del placer banal.

madre” y “mala mujer” en reiteradas oportunidades por parte de la Defensa.⁹ Asimismo, constantemente los jueces hacen hincapié en que fue Tamara quien inició el contacto vía Facebook, que su relación era por dinero, que mantuvieron relaciones sexuales consentidas (por la simple razón de no presentar signos de intentar defenderse). Todo esto en miras de encasillar a la víctima como una persona de vida ligera y tendiente a relacionarse “con muchos chicos”¹⁰ por ello, no susceptible de ser víctima de violencia como si se tratara de una situación anómala, excepcional y no de una cuestión histórica, cultural, económica, laboral, que ciñe toda forma de relacionarnos. Estas reflexiones, me recuerdan instantáneamente al intermitente cuestionario social ante un nuevo caso de femicidio, pero esta vez por parte de juristas, que deberían velar por nuestros derechos ¿Por qué fue allí? ¡Se relacionaba fácil con los hombres! Pero....ella le mando la solicitud de amistad.¹¹

A modo muy distinto, las caracterizaciones atribuidas a Raúl Escalante radican en un hombre de trabajo, querido por mucha gente, que se gana la vida dignamente. Enfatizando que es profesor, tiene seis posgrados, diplomaturas, estudia carreras a distancia/presencial y lo ha hecho por el porvenir de su familia Causa de que a los catorce años lo echaron de su casa y tuvo que buscar la manera de subsistir. Que la razón de su desentendimiento y negación sobre haber conocido o no a Tamara en una primera instancia, era por el miedo a perderlo todo, en especial a su círculo familiar. Tal es así, que se apaña en la frase “*cualquier marido infiel ocultaría su infidelidad*” (quizás se le olvido que no se trata de un simple engaño, sino un aporte determinante porque hay una joven muerta, vinculado a él) Es evidente como se romantiza la vida y sacrificios del imputado, para sensibilizar y justificar mentiras, vacíos e incoherencias. Jamás indagando sobre sus historias amorosas precedentes, cuestionando su accionar, su infidelidad y su modo de proceder, ni teniendo en cuenta los análisis psicológicos realizados durante el procedimiento¹².

Más allá de la defectuosa Instrucción y orgánica deficiente del Poder Judicial, es menester resaltar la imprecisión de la Querrela a la hora de exigir el análisis de ciertas evidencias que resultas contundentes para esclarecer mas la situación¹³ determinantes para esclarecer aún

⁹ Expuso “ *Ella se fue dejando a su hijito al cuidado de su suegra, a sabiendas de que iba a salir de la Ciudad*”

¹⁰ Tomando en cuenta la declaración de una de las testigos, que solía ver en el celular de Tamara, muchas conversaciones a la vez con masculinos.

¹² Lo cual hizo brotar un lado oculto de su personalidad “*ante situaciones estresantes puede pasar a la acción sobre el miedo, encontrándose indicadores que denotan a nivel emocional cierta inestabilidad en el mismo*”

¹³Un anillo, un cable azul (que coincide en medidas y longitudes con el perímetro de circunvalación que tenía Tamara en el cuello) encontrado en el auto del imputado, hematomas en la cabeza. El mismo dió un “alegato feminista” cerrando su discurso con “ni una menos” a fin de cuentas resultó poco eficiente

mas el caso: en que momento y con qué la golpearon ¿Por qué no se hondó en esta cuestión?

Des(acreditando) violencia

Mas allá de que las juezas fallaron a favor del reo y creyeron en su versión y se limitaron a dudar en todo momento de la victima,¹⁴ Un punto clave cargado de prejuicios (por parte del Tribunal en su conjunto) fue a la hora de establecer la violencia de género, soslayando toda posibilidad una óptica con perspectiva de género y el reconocimiento efectivo de las diferentes formas de sometimientos que existen, a la espera quizás de un femicida de película, que lo haga sistemáticamente y con muchas mujeres¹⁵

“Normalmente se podrá observa que en los casos de violencia de genero la desigualdad e inequidad de genero es la motivación del autor, quien le da muerte en razón de que es mujer y no se puede alegar sin mas de una persona que tenia hijas y estaba juntado con una mujer que le diera muerte porque era mujer” como si el fundamento de la norma radica en la disparatada idea de que los hombres salen a la calle a matar mujeres porque lo son. Cayendo en una relativización e invisibilización de la misoginia y su raíz cultural.¹⁶

En lo que compete al asesinato de Tamara obedece, ni más ni menos, a la cultura del “asesinato y descarte” que impregnan cada mañana nuestros titulares mediáticos: bolsa negra, pastizal, basura, alcantarillas y descampados, los cuales resultan propios de esta forma de delinquir, por nuestra condición de mujer, reducidas a cosas descartables y desechables, susceptibles de manejarnos, sobornarnos con dinero, violarnos y hasta para silenciarnos quizás, matarnos.¹⁷ Desmentir la existencia de una **relación desigual de poder** es negar que ella siendo joven, mujer, madre adolescente y pobre no es triplemente vulnerable ante un hombre mayor (treinta y cinco años) que entabla una relación con ella. Si

al momento de disputar por la clarificación del hecho, teniendo a favor la presencia de su ADN en el cuerpo de Tamara, que comprometían fuertemente al imputado.

¹⁴ Su manera de proceder y de comunicarse con su familia, que quizás *“solo se quería ir y dijo eso para que no le preguntaran más”*

¹⁵ Bien sabemos, es muy sencillo que la violencia machista se permee en nuestros vínculos interpersonales siendo irrelevante que tenga o no una conducta repetitiva, a la hora de considerar la vida de Tamara.

¹⁶ Lo dicho por la Dra Godoy Prats jueza de este Tribunal, tienen un fin en si mismo: justificar la conducta de Escalate ante la lógica “no odia a las mujeres, tiene mujer e hijas” lo cual resulta absurdo e irracional, dado que todos los hombres las tienen e igual nos violentan.

¹⁷ Este caso no es extraño a ello y más aún cuando la concubina del imputado afirma conocer el lugar, tanto como él, porque allí se detenían para hacer sus necesidades fisiológicas, determinando que no es este un lugar a la vista de los automovilistas y de continuo movimiento.

bien no contaba con gran poder adquisitivo, tenía estudios terciarios, trabajo y herramientas para manipularla. Sumado a esto los regalos y dinero que contaba Tamara a sus allegadas que este daba. Como si regalar cosas para sometimiento y persuasión sexual no fuese violento y ultrajante.

En conclusión a lo expuesto, afirmo que las normas penales no son neutrales, mucho menos el proceso. Por esa razón esta sentencia que dictó la **absolución** del imputado, esta cargada de prejuicios machistas, centrada en la vida de la víctima con una constante reproducción de estereotipos de género, reproches morales que no hacen más que justificar las falacias del acusado. Es un claro mensaje para la sociedad: nuestras vidas son discutidas para ellos, están infravaloradas, peor aún si sos pobre y madre adolescente.

Para dar solución, sostengo una noción de la perspectiva de género vista no como una opción política, sino como una garantía. En virtud de que por más ratificaciones y leyes que existan, es imposible llevarlas a la práctica sin la mirada crítica y feminista sobre como el sistema judicial, al no contemplar la disparidad, a fin de cuentas reproduce la misma violencia que “afirma” batallar. No podemos seguir apañando una burocracia estandarizada que brinda soluciones punitivistas tradicionalmente patriarcales, pensada a nuestras espaldas que olvida las imperantes violencias sexistas a las que estamos expuestas. Requerimos de una justicia que nos cuide y defienda, que ir a denunciar nuestros agravios no nos revictimice y violente aún mas. Todo ello armonizado con una política criminal racional y con perspectiva de género, que busque las mejores soluciones posibles, en pos de no vulnerar ninguna parte.

Bibliografía

Boldeon, E. (2014) Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales. Buenos Aires: Didot

Costa, M. (2016) Feminismos jurídicos. Buenos Aires: Didot

Deza, S. (2013) Ni rebote punitivista, ni paternalismo penal: juicio oportuno para las mujeres víctimas de violencia, disponible en www.pensamientopenal.com.ar

Di Corleto, J. (2017) Género y justicia penal. Buenos Aires: Didot

Faith S., Casas L. (2004) Evaluación de la reforma procesal penal desde una perspectiva de género. Primera fase: Chile, Ecuador, Honduras, Guatemala, Documento del CEJA, disponible en www.cejamericas.org

Femenias, M. (1996) Inferioridad y exclusión: un modelo para desarmar. Buenos Aires: Grupo editor latinoamericano.

Rubio Castro, A. (2005) Los límites disuasivos del Derecho y su ambivalencia: Madrid. Themis Revista Jurídica de igualdad de género. Asociación de Mujeres Juristas Themis.

Toledo, P. (2014) Femicidio/feminicidio. Buenos Aires: Didot

Zaffaroni, R., Slokar A. (2002) Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires: Ediar

**¿Deber de obediencia al derecho o derecho a la desobediencia?
Un necesario llamamiento a la desobediencia civil en un estado de
libertades**

Zurzolo Suarez, Santiago*

Universidad de Buenos Aires

Resumen: *El deber de obediencia es el fundamento de la actual teoría de la imputación. Sin embargo, presenta diversos problemas de argumentación. Conduce a la negación del concepto de libertad, aún cuando su función es precisamente asegurarla. En efecto, niega la libertad de conciencia y requiere una vinculación moral tan intensa para el cumplimiento de sus objetivos, que afecta la autodeterminación humana. Su observancia irrestricta es intolerable, pero su condicionamiento es deónticamente inconsistente. Ello conduce a fundar el discurso jurídico en una ilusión como consecuencia de las falacias argumentales en que incurre. Por ello no puede tener más pretensiones teoricas que una doctrina religiosa bien sistematizada.*

Palabras claves: deber - obediencia - libertad - autodeterminación

Abstract: *The duty of obedience is the basis of the current Theories of Criminal Law. However, it presents several argumentative problems. It leads to the denial of the concept of freedom, even though its function is precisely to ensure it. In effect, it denies freedom of conscience and requires such an intense moral bond for the fulfillment of its objectives, that it affects human self-determination. Their unrestricted observance is intolerable, but their conditioning is deontically inconsistent. This leads to founding the legal discourse in an illusion as a consequence of the argumentative fallacies in which it incurs. Therefore, it cannot have more theoretical claims than a well-systematized religious doctrine.*

Key Words: duty - obedience - freedom - self-determination

1. El deber de obediencia al derecho constituye el fundamento de la doctrina *posmoderna* de la pena y la imputación¹, aunque no sea de su patrimonio exclusivo². Conceptos tales como incumbencia, competencia, posición de garante e infracción al deber, remiten a él. También las ideas de fidelidad y lealtad al derecho, o salvaguardia y reaseguro cognitivo como finalidades de la pena. Todo ello concreta la idea común bajo la cual se otorga justificación unitaria a la pena y el injusto: se castiga la desobediencia y se demuestra que no será tolerada. Más aún, expresamente se señala que el dolor penal funciona como apoyo cognitivo³, lo que no es otra cosa que un llamado a la toma de conciencia al respecto.

2. El deber de obediencia expresa una forma específica de *la obligación política*, que reconduce la cuestión al problema de la legitimidad del poder. Las teorías contractualistas⁴ y neo-contractualistas⁵ prestaron especial atención a ese aspecto y depositaron su fuerza vinculante en el consentimiento⁶. Sin embargo, esto nos deriva al problema adicional de la

* Mi agradecimiento a Federico Aranda por sus observaciones y sugerencias vinculadas al concepto de libertad. También a Federico Rodríguez Ovide, Leandro E. R. Massari e Ignacio Guerrero, por sus críticas fundadas, reparos y reservas. Sus aportes han mejorado notablemente las inquietudes que expreso. Los aciertos les corresponden, los errores me pertenecen exclusivamente.

¹ JAKOBS, G., *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*; traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, Thomson-civitas, Navarra, 2003, pág. 48 y sgtes.; del mismo, *La pena estatal: Significado y finalidad*; traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, Thomson-civitas, Navarra, 2006, pág. 142; del mismo y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*; Thomson-civitas, Navarra, 2006, pág. 33; del mismo, *El Derecho penal como disciplina científica*; traducción de Alex van Weezel, Thomson-civitas, Navarra, 2008, pág. 91 y sgtes.; del mismo, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*; traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, Ad Hoc, Buenos Aires, 2013, pág. 10 y sgtes.; del mismo, *Teoría de la intervención*; traducción de Nuria Pastor Muñoz, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2016, pág. 23 y sgtes.; PAWLIK, M., *Ciudadanía y derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*; Traducción de Ricardo Robles Planas, Nuria Pastor Muñoz, Ivó Coca Vila y Héctor García de la Torre, Atelier, Barcelona, 2016, pág. 40; del mismo, *El funcionario policial como garante de impedir de delitos*; en *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía jurídica y Derecho penal*; traducción de Marcelo Lerman y Marcelo A. Sancinetti, Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 199; ISENSEE, J., *El derecho constitucional a la seguridad. Sobre los deberes de protección del Estado Constitucional Liberal*; traducción de Juan Carlos Gemignani y Teresa Manso Porto, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, pág. 18; ZACZYK, R., *Sobre la fundamentación en el derecho*; en *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*; traducción de Jorge Fernando Perdomo Torres, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pág. 74 y sgtes.; del mismo, *Aspectos de la fundamentación liberal en el derecho*; Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pág. 20; HÖRNLE, T., *Teorías de la pena*; traducción de Nuria Pastor Muñoz, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2015, pág.18.

² BINDING, K., *Handbuch des Strafrechts*; Duncker & Humblot, Berlín, 1885, pág.162.

³ JAKOBS, G., *La pena estatal: Significado y finalidad*; op. Cit., pág. 142; del mismo, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*; op. Cit., pág. 48 y sgtes.

⁴ HOBBS, T., *Elementos filosóficos. Del ciudadano*; Hydra, Buenos Aires, 2010; del mismo, *Leviatan o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*; Fondo de Cultura Económica; Buenos Aires, 2014; ROUSSEAU, J., *El contrato social*; Taurus, Buenos Aires, 2013; LOCKE, J., *Segundo tratado sobre le gobierno civil*; Tecnos, Madrid, 2006.

⁵ RAWLS, J., *Teoría de la justicia*; Fondo de Cultura Económica, México, 1997; PASSERIN D'ENTREVES, A., *La noción de Estado*; Ariel, Barcelona, 2001; WALDRON, J., *Derecho y desacuerdos*; Marcial Pons, Madrid, 2005; FERNÁNDEZ GARCÍA, E., *La obediencia al Derecho*; en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Nro. 1, septiembre 2011-febrero 2012.

⁶ Ibidem.

vinculación moral de su destinatario. En efecto, el razonamiento sólo se encuentra completo afirmando que el Estado de Derecho es posible a condición de que los ciudadanos se sientan obligados a cumplir las normas. Como puede observarse, la argumentación es circular y sólo conduce a nuevos problemas, convirtiendo la fundamentación en aparente y la cuestión en una aporía.

3. El núcleo del asunto reposa en un camino de argumentación conocido: los seres humanos pactan la cesión de su libertad para garantizarla. En modelos refinados, se afirma que la renuncia recaería sólo sobre una porción de aquella, para garantizar la restante. En cualquier caso, ese acto supondría su aseguramiento en el marco de la estatalidad. Sin embargo, el coste de la porción de libertad garantizada sería la asunción del deber de obedecer. Sólo a partir de su observancia, la libertad se verá realizada en las instituciones⁷. Ellas cumplirán la función de cimentación cognitiva: la vinculación moral (convencimiento de la necesidad de obedecer) operaría como la condición para el ejercicio de los derechos. Esta supone el conocimiento de su titularidad y la garantía de que nadie los perturbará. Si esto se produjera intervendría el Estado a través de la violencia punitiva, para asegurar que la expectativa que se tenía era correcta y contradecir la conducta del infractor.

4. De este modo, aparecerían justificados delito y pena. El primero tendría fundamento en la infracción de un deber derivado del de obediencia: el deber ciudadano de cooperación al mantenimiento de un estado de libertades preexistente⁸, o el general de respetar a los demás como personas⁹. En cualquier caso, esto se expresaría en deberes positivos y negativos: de no lesión y de salvamento¹⁰, de respeto y de fomento¹¹, o sus equivalentes, con las diferencias modales otorgadas por las particularidades de cada discurso. En cualquiera de esas versiones, la infracción expresaría una infidelidad o deslealtad al derecho y, con ello, la necesidad de la pena como forma de contradicción o superación. Esto último sería la garantía del convencimiento de las bondades de la obediencia y las posibilidades de desarrollo. En última instancia, trasladado a nuestro margen, sería el sustituto de la idea sarmientina de que “la letra con sangre entra”: la sumisión se obtiene con “garrote”.

5. El problema (y la cuestión) radica, sin embargo, en la elucidación de qué supone la existencia de un deber de obediencia. Su determinación conlleva un potencial crítico que demuele la pretensión de fundar el discurso jurídico en una ilusión: que la vigencia de la

⁷ JAKOBS, G.: *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, op. Cit., pág. 48 y sgtes.

⁸ PAWLIK, M., *Ciudadanía y derecho penal*, op. Cit.

⁹ Idem nota 7.

¹⁰ Ibídem.

¹¹ Idem nota 8.

norma protege la libertad¹². La vigencia de la norma siempre expresa la permanencia de los intereses de alguien, en la medida que su producción tiene lugar en contextos en los que priman determinados valores culturales. La prevalencia de un valor por sobre otro ya implica algún grado de subordinación; más aún en contextos como el de *Nuestramerica*¹³, que presenta una envidiable diversidad cultural cuyo respeto aún es una cuenta sin saldar. En ese sentido, estas argumentaciones del delito y la pena, sólo sirven para legitimar formas de dominación y sumisión incompatibles con la libertad. Además, apelan a un acto de fe o devoción que desmerece sus pretensiones científicas, en la medida que no muestran diferencias cualitativas con cualquier doctrina religiosa bien sistematizada¹⁴.

6. El concepto de derecho en estas formas de pensamiento remite a las ideas de sistema normativo o estructura de la sociedad. Su objetivización, sin embargo, no lo exime de posibles críticas. Pensado de ese modo, el derecho siempre es de alguien, de modo que la demanda de obediencia siempre expresaría la subordinación a su titular. Si se trata de un sistema normativo, la sumisión es al Estado; si en cambio se trata de la estructura de la sociedad, el sometimiento es a los valores y percepciones dominantes que fundan su identidad. Siempre y en todo caso, lo implicado es una relación en la que uno de los participantes está degradado. No gozaría de mejor salud el abordaje de la cuestión a la luz de la idea de derecho subjetivo. En esas versiones también habría un vínculo de sumisión, ahora frente a otro ser humano. Cualquiera de estas visiones del derecho supone la negación de toda igualdad o, mejor, la jerarquización humana¹⁵, lo que expone descarnadamente su oposición a la libertad. Adicionalmente, se enfrenta a serios problemas en los casos de modificación forzada de valores o de la legislación. En estos escenarios se abre paso al conflicto que generan los regímenes autoritarios y la suspensión del orden jurídico *in toto*¹⁶, como a la imposición de nuevos parámetros identitarios para la sociedad. La intelección del fenómeno que propone la vigencia irrestricta del deber de obediencia, debe conceder que en esos escenarios se establece un nuevo orden que debería acatarse

¹² Se habla aquí de ilusión como sinónimo de ausencia de argumentos. En este sentido, la protección de la libertad a partir de una norma presenta dos problemas: desde el punto de vista de la incorporación de los datos de la realidad, esa afirmación aparece fuertemente contradicha por la dinámica de nuestro sistema institucional. Desde el punto de vista argumental, supone una falacia normativista y con ello una violación a la ley de Hume: pretende extraer del *plano del deber ser* o de la *dimensión valorativa*, consecuencias para el *plano del ser* o la *dimensión fáctica*. Pero aún si se afirmara que esa protección opera contrafácticamente, entonces no pasa de una especulación y, con ello, un punto de partida muy débil para teorizar, con lo que no podría tener pretensiones científicas.

¹³ FILIPPI, A., *Introducción: Las lecciones de Zaffaroni*; en ZAFFARONI, E. R., *Derecho penal humano. La doctrina de los juristas y el poder en el siglo XXI*; Hammurabi, Buenos Aires, 2017, pág. 33 y sgtes.

¹⁴ Por las mismas razones expuestas en la nota 12.

¹⁵ Porque el titular del derecho tendría una posición prevalente sobre el otro.

¹⁶ Sobre la problemática en general, con un exhaustivo estudio de las razones y consecuencias de la suspensión del orden jurídico, AGAMBEN, G., *Estado de excepción. Homo sacer, II, 1*; 5ta. Edición, traducción de Flavia Costa e Ivana Costa, Adriana Hidalgo editora, Buenos Aires, 2014.

férreamente¹⁷. Ha nacido un nuevo derecho al que obedecer y al que no cabe inobservar u objetar.

7. Se contrargumentará que en esos casos estaría en cuestión el carácter consensual del nuevo orden. Sin embargo, la respuesta viene dada por la propia filosofía política que al explorar en teorías no voluntaristas trata de argumentar la obligación irrestricta de obediencia¹⁸. En estos casos, el consentimiento no importa, razón por la cual la encerrona teorica permanece. En este escenario aparecerá el argumento por excelencia para exceptuar el cumplimiento de esta forma específica de obligación política: el carácter vinculante o no del denominado derecho injusto. El razonamiento es atractivo: es deber del Estado garantizar la condiciones de convivencia a través de la seguridad. Existe una carga de instrumentar acciones políticas positivas y en que, ante todo, un Estado sea Estado. No lo será frente al incumplimiento de sus objetivos, pues en esos escenarios se perderá la vinculación moral para el cumplimiento del derecho. Con razón y de modo extendido, este grupo de argumentos sostiene que las razones para obedecer el derecho no pueden provenir del derecho mismo, porque serían tautológicas. Aquí se presenta la particularidad de que su fuerza autoritativa reposaría en valores morales que justifiquen o no su observancia. Sin embargo, si el deber de obediencia reposara en la fuerza moral vinculante del derecho, se presentaría la paradoja de que quedaría sometida a consideración subjetiva: habría un derecho a la desobediencia frente al derecho que no convence. A diferencia de otros escenarios, aquí la excepción no confirma la regla sino que la destroza. Un deber de obediencia así fundado no es deber. Siempre que se incorpore la variable axiológica a esta clase de fenómenos, se entrará en el campo de la inestabilidad que casi siempre conlleva ineficacia e inexistencia. Esto nos enfrenta a un dilema serio: un deber de obediencia irrestricto es deónticamente consistente, pero moral y políticamente intolerable; un deber de obediencia condicionado, es moral y políticamente tolerable, pero deónticamente inconsistente¹⁹.

8. Este aspecto no pasó desapercibido para los penalistas normativistas posmodernos. Por ello no dejaron lugar a la posibilidad de desvinculación moral. El refuerzo externo (moral) es necesario para no caer en la tautología y para generar el compromiso subjetivo necesario para que nadie se aparte de la senda del mandato. Aquí aparecen los conceptos de fidelidad y lealtad. Sin embargo, también conspiran con la declamada idea de proteger la libertad en

¹⁷ Un estudio del asunto en NINO, C., *Introducción al análisis del derecho*; Ariel, Barcelona, 1983

¹⁸ Como contraposición a las teorías voluntaristas, véase por la teoría del "juego limpio": HART, H., *El concepto de derecho*; Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998; por la teoría del deber natural: WALDRON, J., *Special Ties and Natural Duties*; en *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 22, Nro. 1, Winter, 1993; también RAWLS, op. Cit., pág. 116.

¹⁹ Estaría formulando enunciados deónticos contradictorios: O p y P ~p.

las instituciones. La primera expresa la firmeza y constancia en los afectos, ideas y obligaciones, o en el cumplimiento de los compromisos. Tiene su origen en la *fides*, que no es otra cosa que la fe²⁰. La segunda es el sentimiento de respeto y fidelidad a los principios morales o hacia alguien. Una especie de devoción que expresamente remite a la fidelidad y sus problemas. Se trata de exigencias de un compromiso subjetivo inquebrantable, al que el discurso jurídico-penal *posmo* se abraza “férrea” y “fanáticamente”, y cuya mantención se logra con la sangre derramada por la violencia punitiva. Como puede observarse, la infidelidad o deslealtad normativa no se distingue cualitativamente del pecado; así como la amenaza de pena frente a ello, no se diferencia del augurio eclesiástico del infierno en caso de comisión.

9. Aquí aparece, en función de las finalidades de la pena en conexión con el deber de obediencia, la negación de la libertad moral y de conciencia. La exigencia de un compromiso subjetivo tan intenso con la obediencia al derecho, no deja espacio para las propias convicciones y creencias. Por el contrario, con la pena se impone y refuerza un sistema de valores que debe hacer mella en la conciencia humana, para no dejar resquicio a la sublevación. Esto excluye toda posibilidad de autodeterminación: la fidelidad al derecho exigida y punitivamente impuesta, no es otra cosa que el dictado externo de los contenidos de la consciencia²¹. La autonomía²² y con ello la autodeterminación en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, rechaza la fidelidad al derecho -y el deber de obediencia- y su autoafirmación con pena. Por el contrario, se deposita en el reconocimiento de la razón jurídica como defensa y límite de los Derechos Humanos²³. Siempre y en todo caso, rige la regla de la ingobernabilidad práctica de la consciencia.

10. Un problema análogo se presenta con el concepto de obediencia, que remite a la idea de acatamiento. Se trata de una forma de subordinación que desequilibra las relaciones: toda subordinación supone una diferencia de *status* entre quien expresa la voluntad que debe acatarse y quien debe acatarla. El peso de las palabras es inexpugnable: su etimología y su definición léxica no dejan lugar a dudas. Pero tampoco tenemos buenos parámetros para abandonar su sentido y significado natural. La literatura filosófico-política o la jurídico-penal no hicieron el debido proceso de apropiación de la locución para deconstruirla y darle

²⁰ AGAMBEN, G., *El sacramento del lenguaje. Arqueología del juramento. Homo sacer, II, 3; 2da. Edición*, traducción de Mercedes Ruvituso, Adriana Hidalgo Editora, Buenos Aires, 2008, pág.13.

²¹ Sobre el tema, PAWLIK, M., *Ciudadanía y derecho penal*; op. Cit., pág. 33.

²² ZURZOLO SUAREZ, S., *Estado: imputación y vulnerabilidad*; en MOREL QUIRNO, M. -DIRECTOR-, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires*, Número 11, abril de 2019; del mismo, *Libertad, derecho y norma. Reflexiones sobre la función de las normas jurídico-penales para la construcción de una doctrina de la imputación*, en MOREL QUIRNO, M. -DIRECTOR-, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires*, Número 9, octubre de 2018.

²³ MACHADO PELLONI, F., *Libertad y delito ¿Desobediencia en democracia?*; Palestra, Perú, 2016, págs. 114.

un giro que implique ponerla en una relación de congruencia con el principio de libertad, en función del cual se pretende que opera.

11. Una mirada dinámica y emancipatoria del derecho²⁴ no puede fundar un deber de obediencia. Sin este, lógicamente tampoco pueden pensarse los denominados *delitos de infracción de deber*: erradicado su presupuesto constructivo, la elaboración instrumental de dispositivos de realización del sometimiento punitivo caen por su propio peso. Estas discusiones no son nuevas: se trata de reformulaciones de viejas fundamentaciones del ilícito llevadas a cabo por los profesores de derecho penal de la Escuela de Kiel en tiempos del nazismo²⁵. En última instancia, la secuencia es la siguiente: todo delito infringe el deber de obediencia al derecho, lo que expresa una infidelidad. La pena contradice la desobediencia cimentando cognitivamente que el esquema de orientación de conductas es la correcta, sobre la base de un juicio de lealtad. Se trata de dogmas de fe apoyados en el convencimiento moral, que garantizan la sumisión. En algún punto de la historia, el progreso del conocimiento se detuvo: asistimos al “crepúsculo” de la razón y al nacimiento de la fe en la autoridad²⁶.

Bibliografía

Agamben, G. (2014). *Estado de excepción. Homo sacer, II, 1* (5ta ed.). (F. Costa, & I. Costa, Trads.) Buenos Aires: Adriana Hidalgo editora.

Agamben, G. (2008). *El sacramento del lenguaje. Arqueología del juramento. Homo sacer, II, 3* (2da. ed.). (M. Ruvituso, Trad.) Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora.

Alagia, A. (1996). De la crítica a la fe, a la fe en la autoridad: Una crítica a la teoría del ilícito fundada en el disvalor de la acción. *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*(2).

Arnedo, F. (2017). Roland Freisler: “El soldado político de Hitler”. En R. FREISLER, *Derecho penal de voluntad* (Eugenio Raúl Zaffaroni, Trad.). Buenos Aires: Ediar.

²⁴ Sólo puede ser aquella que entienda al derecho como un discurso que tenga a la libertad por fundamento. Esto conduce a definir que se entiende por libertad, aspecto invisibilizado en todas las obras que se basan en el deber de obediencia. Sería deseable fundar nuestra posición al respecto pero excede en mucho el objeto de esta aportación. Baste aquí sin embargo, remitir al trabajo más acabado sobre el tema: BERLIN, I., *Dos conceptos de libertad. El fin justifica los medios, Mi trayectoria intelectual*; traducción, introducción y notas de Ángel Rivero; Alianza Editorial, Madrid, 2005. El deber de obediencia es abiertamente contrario a las diversas formulaciones del concepto de libertad allí abordado.

²⁵ ARNEADO, F., *Roland Freisler: “El soldado político de Hitler”*; estudio introductorio en FREISLER, R., *Derecho penal de voluntad*; traducción de Eugenio Raúl Zaffaroni, Fernando Arnedo, Andrea Bartos y Graciela Otano, Ediar, Buenos Aires, 2017.

²⁶ ALAGIA, A., *De la crítica a la fe, a la fe en la autoridad: Una crítica a la teoría del ilícito fundada en el disvalor de la acción*; en *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, Número 2, Buenos Aires, 1996.

- Berlin, I. (2005). *Dos conceptos de libertad. El fin justifica los medios. Mi trayectoria intelectual.* (Á. Rivero, Trad.) Madrid: Alianza Editorial.
- Binding, K. (1885). *Handbuch des Strafrechts.* Berlín: Duncker & Humblot.
- Fernández García, E. (s.f.). La obediencia al Derecho . *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*(1).
- Filippi, A. (2017). Introducción: Las lecciones de Zaffaroni. En E. R. ZAFFARONI, *Derecho penal humano. La doctrina de los juristas y el poder en el siglo XXI.* Buenos Aires: Hammurabi.
- Hart, H. (1998). *El concepto de derecho.* Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Hobbes, T. (2010). *Elementos filosóficos. Del ciudadano .* Buenos Aires: Hydra.
- Hobbes, T. (2014). *Leviatan o la materia, forma y poder de una republica eclesiástica y civil.* Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Hörnle, T. (2015). *Teorías de la pena.* (N. Pastor Muñoz, Trad.) Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.
- Isensee, J. (2014). *El derecho constitucional a la seguridad. Sobre los deberes de protección del Estado Constitucional Liberal.* (J. Gemignani, & T. Manso Porto, Trads.) Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Jakobs, G. (2003). *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal.* (M. Cancio Melia, & B. Feijoo Sanchez, Trads.) Navarra, España: Thomson-civitas.
- Jakobs, G. (2016). *Teoría de la intervención.* (N. Pastor Muñoz, Trad.) Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.
- Jakobs, G. (2013). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional.* (M. Cancio Melia, & B. Feijoo Sanchez, Trads.) Buenos Aires: Ad Hoc.
- Jakobs, G. (2008). *El Derecho penal como disciplina científica.* (A. Van Weezel, Trad.) Navarra: Thomson-civitas.
- Jakobs, G. (2006). *La pena estatal: Significado y finalidad.* (M. Cancio Melia, & B. Feijoo Sanchez, Trads.) Navarra: Thomson-civitas.
- Jakobs, G. y. (2006). *Derecho penal del enemigo.* Navarra: Thomson-civitas.
- Locke, J. (2006). *Segundo tratado sobre le gobierno civil.* Madrid: Tecnos.

- Machado Pelloni, F. (2016). *Libertad y delito ¿Desobediencia en democracia?* Perú: Palestra.
- Nino, C. (1983). *Introducción al análisis del derecho*. Barcelona: Ariel.
- Passerin D'entreves, A. (2001). *La noción de Estado*. Barcelona: Ariel.
- Pawlik, M. (2016). *Ciudadanía y derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*. (R. Robles Planas, N. Pastor Muñoz, I. Coca Vila, & H. Garcia de la Torre, Trads.) Barcelona: Atelier.
- Pawlik, M. (2010). El funcionario policial como garante de impedir de delitos. En M. PAWLK, *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía jurídica y Derecho penal* (M. Lerman, & M. Sancinetti, Trads.). Madrid: Marcial Pons.
- Rawls, J. (1997). *Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Rousseau, J. J. (2013). *El contrato social*. Buenos Aires: Taurus.
- Waldron, J. (2005). *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons.
- Waldron, J. (1993). Special Ties and Natural Duties. *Philosophy and Public Affairs*, 22(1).
- Zaczyk, R. (2010). Sobre la fundamentación en el derecho. En R. ZACZYK, *Libertad, derecho y fundamentación de la pena* (J. Perdomo Torres, Trad.). Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.
- Zaczyk, R. (2005). *Aspectos de la fundamentación liberal en el derecho*. (J. Perdomo Torres, Trad.) Bogotá: Universidad del Externado de Colombia
- Zurzolo Suarez, S. (abril de 2019). Estado: imputación y vulnerabilidad. (I. Editores, Ed.) *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires*(11).
- Zurzolo Suarez, S. (octubre de 2018). Libertad, derecho y norma. Reflexiones sobre la función de las normas jurídico-penales para la construcción de una doctrina de la imputación. (I. Editores, Ed.) *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires*(9).

Medidas alternativas a la prisión a la luz del caso

Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho

*Giampani, Marcos **

**Especialista en Derecho Penal (UTDT), Auxiliar Docente (UBA) y Docente Adjunto (IUPFA)*

*Tuñez, Joaquín ***

***Abogado (UBA), Auxiliar Docente (UBA)*

Resumen: El presente artículo parte del análisis del precedente “Instituto Plácido de Sa Carvalho” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para pensar las oficinas de medidas alternativas y sustitutivas a la prisión como una de las posibilidades existentes, entre varias otras, a la hora de dar respuesta a la situación crítica de hacinamiento penitenciario que vive nuestra región. El estado general del sistema penitenciario en nuestro continente a la luz de los estándares del sistema interamericano, nos pone en el desafío de repensar mecanismos donde las oficinas de medidas alternativas pueden contribuir a dar respuesta a la situación estructural del sistema de administración de castigo penal. Si las condiciones de detención bajo situaciones de hacinamiento devienen en penas ilícitas, atento a los estándares del sistema interamericano volcados en el caso analizado, el establecimiento de estas oficinas puede ser una variable válida a los fines de evitar la imposición de medidas de coerción que atenten contra la integridad de las personas sobre las que recae. En ese sentido, una propuesta general de abordaje de medidas menos restrictivas de derechos deberá tener presente en todo momento la erogación requerida para su implementación, así como también el alcance de la política pública en términos cuantitativos y la necesidad de una evaluación constante de sus resultados.

Palabras claves: ejecución de la pena – medidas alternativas a la prisión – sistema interamericano de derechos humanos – condiciones de detención

Abstract: *This article is based on the analysis of the precedent “Instituto Plácido de Sa Carvalho” of the Inter-American Court of Human Rights as a starting point to think about the offices of alternative and substitute measures to prison as one of the possibilities, among several others, at the time to respond to the critical situation of prison overcrowding in our region. The general state of the penitentiary system in our continent in the light of the standards of the inter-American system, puts us in the challenge of rethinking mechanisms where the offices of alternative measures can contribute to*

respond to the structural situation of the criminal punishment administration system. If the conditions of detention under overcrowded situations become illicit penalties, attentive to the standards of the inter-American system overturned in the case analyzed, the establishment of these offices may be a valid variable in order to avoid the imposition of coercive measures that attempt against the integrity of the people on whom it falls. In that sense, a general proposal to address less restrictive rights measures must bear in mind at all times the expenditure required for its implementation, as well as the scope of public policy in quantitative terms and the need for a constant evaluation of its results.

Key Words: *execution of the penalty - alternative measures to prison - Inter-American human rights system - detention conditions*

Introducción

Luego de un largo proceso ante el sistema interamericano, que implicó una visita *in situ* de la Corte IDH y que actualmente continúa en litigio, el máximo tribunal del sistema interamericano dictó la Resolución del 22 de noviembre de 2018 de medidas provisionales respecto de Brasil, en el marco del caso Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (en adelante IPPSC)¹. Allí realizó un *racconto* de las medidas que se fueron llevando adelante en el marco de las negociaciones con la República Federativa del Brasil y ordenó, entre otras disposiciones, la implementación de un cómputo del doble de los días de encierro cumplidos en el Instituto referido, como consecuencia de la imposición de una pena ilícita por considerarla violatoria de los artículos 5.2 y 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En ese sentido, la Corte tuvo por acreditado que las personas detenidas en el IPPSC, se encontraban padeciendo las consecuencias de una sobrepoblación aproximada del 200% de la capacidad del establecimiento, lo que implicaba, acorde a criterios internacionales, una sobrepoblación crítica. Las consecuencias de esta situación, incluso reconocidas por el Estado, fueron:

a) Atención médica ínfima: un promedio de un/a profesional de la salud a cargo de más de tres mil presos².

b) Altas tasas de mortalidad, altamente superiores a la de la población libre. En relación con este punto, la Corte hizo hincapié en la ausencia de información acerca de

1 Ver Resolución en http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03.pdf

2 La OMS/OPS considera que, como mínimo, debe haber 2,5 médicos por cada 1.000 habitantes para prestar los más elementales servicios en materia de salud a la población libre.

las causas de las muertes de los internos y las deficiencias de las investigaciones administrativas labradas en consecuencia.

c) Ausencia de espacios para el descanso nocturno, faltantes de colchones y una densidad poblacional por celda que impedían un descanso digno.

d) Inseguridad de los internos y el personal penitenciario respecto de la prevención de incendios, colchones no ignífugos, ausencia de protocolos de evacuación y mecanismos de extinción de siniestros.

e) Desproporción de personal penitenciario en relación al número de presos. Se constató que en el IPPSC había un promedio de 9 guardias para más de 3800 internos. Con respecto a esta desproporción, la experiencia penitenciaria y los criterios internacionales, indican que se trata de un dato de fundamental importancia para caracterizar cualquier institución penal. Los estándares internacionales señalan que no debe haber más de 12 presos por agente, dado que el personal trabaja por turnos y el cálculo de la ratio *funcionario/preso* debe multiplicarse por el número de turnos.

En las condiciones antes señaladas, la Corte entendió que la ejecución de las penas privativas de la libertad en el IPPSC violaba los artículos 5.2 y 5.6 de la Convención Americana. Ello pues, los derechos de las personas privadas de su libertad se encontraban lesionados por tratarse de una pena, cuanto menos, degradante; y además esa condición impedía cumplir con los fines preventivo generales positivos de readaptación del sujeto, único fin convencionalmente válido de la pena. A su vez, la Corte consideró que esa violación al artículo 5.6 condicionaría futuras reincidencias, poniendo en riesgo los derechos de todos los habitantes. De tal suerte que, cuando las condiciones de detención se deterioran al punto de dar lugar a una pena degradante como consecuencia del hacinamiento, la medida deviene ilícita.

La Corte arribó a esa decisión, mediante un repaso de diferentes precedentes jurisprudenciales de tribunales supremos de países integrantes de la Organización de Estados Americanos, e incluso un precedente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Entre esos precedentes, cobra particular importancia la *Súmula Vinculante No. 56* del Supremo Tribunal Federal de Brasil³, que representa una jurisprudencia de carácter vinculante para todos los jueces, tribunales y órganos de la administración pública brasileña⁴. En esa línea, la Corte IDH sostuvo que la decisión del Supremo Tribunal Federal de Brasil en ese precedente “*es meridianamente clara y no deja margen a dudas que en casos de falta de plazas, es decir de hacinamiento y sobrepoblación, el*

3 Ver Supremo Tribunal Federal. Interpretación Vinculante (Súmula Vinculante) nº 56, de 8 de agosto de 2016.

4 Ver artículo 103-A de la Constitución Brasileña, agregado el 30 de diciembre de 2004, a través de la Enmienda Constitucional N° 45.

Juez de Ejecución Penal debe determinar la salida anticipada del preso, su libertad electrónicamente monitoreada o prisión domiciliaria. La lógica jurídica de esa decisión es garantizar que la pena del condenado no sea ilícita o viole los derechos fundamentales de la individualización de la pena y la integridad personal del preso”⁵.

Del análisis de esos precedentes, la Corte desprendió que en los casos en que el agravamiento de las condiciones de privación de libertad resulta violatorio de la Convención Americana, existen dos soluciones jurídicas posibles:

a) Proceder a la liberación directa de los presos alojados en esas condiciones sobre la base de entender que un Estado de derecho no puede tolerar la ejecución de penas en condiciones denigrantes; o

b) Disminuir la población penal con base en un cálculo de tiempo de padecimiento de esa pena ilícita, producto de la sobrepoblación penal.

Finalmente, la Corte consideró que la opción a), que se inclina por la inmediata libertad de los presos debido a la inadmisibilidad de penas ilícitas en un Estado de derecho, si bien posee una lógica jurídica palmaria, desconoce que los efectos en la opinión pública y el grado de alarma social que podría generar, podrían causar males aún mayores. Asimismo, presupone que las privaciones de libertad, tanto mediante sentencias como en forma cautelar, deben ser establecidas con arreglo a la normativa vigente, lo que les da una razón de ser fundada en la norma. En esa línea, el tribunal interamericano optó por reducir las penas “*en forma que se les compute como pena cumplida, el sobrante antijurídico de sufrimiento no dispuesto ni autorizado por los jueces del Estado*”⁶. Por lo que dispuso que la pena ilícita realmente sufrida se computase a razón de dos días de pena lícita por cada día de efectiva privación de libertad en condiciones degradantes.

Por último, la Corte resolvió requerir al Estado que adopte inmediatamente las medidas necesarias para proteger la vida e integridad de las personas privadas de su libertad en el IPPSC en forma eficaz, así como también las de los agentes penitenciarios y visitantes.

En esa línea, obligó al Estado a, en un plazo de seis meses, computar doblemente cada día efectivamente privado de la libertad en el IPPSC para todas aquellas personas que no sean condenadas o imputadas por delitos contra la vida, la integridad física o delitos sexuales. Respecto de estos, impuso un plazo de cuatro meses para la conformación de un equipo interdisciplinario, compuesto, aunque no exclusivamente, por psicólogos y asistentes sociales, para que evalúen la conducta de

5 Considerando 113 de la Resolución op. cit.

6 Ver Considerando 123 de la Resolución op. cit.

cada imputado con base en indicadores de agresividad. Con base en ese dictamen se establecerá la aplicación o no del cómputo doble de cada día efectivamente privado de la libertad en el IPPSC, o bien su reducción en menor medida. La totalidad de los presos imputados por estos delitos, deberán ser evaluados por este equipo en un plazo máximo de 8 meses.

Además, dispuso la ampliación de medidas alternativas a la prisión como el uso del monitoreo electrónico⁷.

En este sentido, el Estado manifestó la dificultad en la adopción de medidas como el monitoreo electrónico, e indicó como principal obstáculo las dificultades en la fiscalización de su cumplimiento. Por ejemplo, según datos oficiales, al momento de la Resolución analizada existían aproximadamente más de 50.000 personas privadas de su libertad en el Estado de Rio de Janeiro. Los magistrados a cargo del control de las condiciones de detención con competencia sobre ellas, sumaba un total de siete⁸. No obstante ello, la Corte recordó que, conforme a los principios del derecho internacional de los derechos humanos, el Estado no podrá alegar incumplimiento por obstáculos de derecho interno.

Propuesta de abordaje

Pensar una propuesta viable en materia de medidas alternativas a la prisión en nuestro continente requiere tener presente las erogaciones y restricciones presupuestarias que atraviesa nuestra región. En este sentido, cualquier propuesta desvinculada de un análisis riguroso respecto a los costos de su implementación, lejos de plantear alternativas, generaría más desconcierto y retrasaría una respuesta eficaz a la problemática de hacinamiento en las instituciones penitenciarias.

De esa manera, frente a los crecientes costos de encarcelamiento, es posible afirmar que, en nuestro país, en materia presupuestaria la inversión pública requerida para el encarcelamiento de personas, tanto preventivas como por penas de cumplimiento efectivo, asciende para el año 2019 a casi cincuenta mil pesos por mes por detenida/o. En este sentido, este monto implica prácticamente un incremento del 70% respecto del año 2017. Asimismo, cabe señalarse la dificultad para precisar números producto de la ausencia de la publicación de datos oficiales en materia penitenciaria⁹.

7 Ver Considerando 20 de la Resolución op. cit.

8 Ver Considerando 11 de la Resolución op. cit.

9 Estos guarismos son tomados de: Giampani, Marcos & Daniela Rezzonico, "El monitoreo a distancia una propuesta para el sistema argentino desde la experiencia chilena" en Revista Latinoamericana para la Integración Jurídica- Volumen 1; Ediciones Jurídicas de Santiago. Santiago de Chile, 2018.

Los números precedentes nos obligan a pensar nuevas propuestas de sujeción al proceso que no solo sean acordes a los lineamientos establecidos por la Corte IDH sino que den una respuesta eficiente a la asignación del presupuesto público. Una alternativa viable a estas situaciones puede ser aquella formulada por las Oficinas de Medidas Alternativas y Sustitutivas a la prisión¹⁰.

Por ejemplo, en la República de Chile existen aproximadamente cinco mil personas que se encuentran cumpliendo medidas alternativas a la prisión preventiva¹¹. En línea con esto, existen a lo largo de ese país un total de ochenta y dos oficinas destinadas al control, monitoreo y evaluación de estas medidas. Esta situación, nos permite concluir que cada oficina operativa -OMAS- posee un promedio de 61 personas asignadas¹². A su vez, es dable destacar que estas oficinas encargadas del acompañamiento de las medidas - "Centros de Reinserción social" - cumplen a su vez con diversas tareas vinculadas a las personas que ya han cumplido una condena y se encuentran reinsertas en el medio libre.

Ahora bien, tomar sin más esa experiencia y establecer una oficina cada sesenta y un personas sujetas al proceso penal, nos llevaría a formular que, solo para el caso que analizamos anteriormente, evitar la sobrepoblación carcelaria requeriría de por lo menos treinta y dos OMAS destinadas únicamente al IPPSC. Eso nos permite concluir que cada experiencia deberá ser tomada como un indicador y no como el molde a reproducir en cada país de la región, o incluso hacia dentro de la República Argentina.

En ese sentido, algunos de los aspectos que consideramos centrales a la hora de pensar la implementación de estas oficinas son: debatir cuál debe ser la ubicación institucional; cómo se realizará el monitoreo de los mecanismos de control y evaluación de los casos penales a ellas asignados; el impacto territorial y el alcance cuantitativo en función de los delitos, entre otros. Generar datos confiables nos permitirá, a su vez, analizar los aspectos más fuertes de su implementación, así como aquellos que habrán de ser ajustados, de cara a la evaluación de esta política pública. En este sentido, repensar la implementación de estas oficinas a nivel nacional requerirá formular una política que tenga en cuenta el abordaje cuantitativo y territorial de estos dispositivos, la cantidad de personal requerido y los recursos necesarios para ponerlas en práctica.

En síntesis, podemos sostener que, pese a no dar una respuesta extrapolable a los diversos países de la región, es necesario pensar, al igual que en el caso chileno, cuáles son los alcances y la capacidad operativa de las dependencias, a fin de llevar a

¹⁰ En este sentido, ver INECIP, "Oficinas de Medidas Alternativas y Sustitutivas (Omas). Prácticas y estrategias." - 1ª ed.- Buenos Aires 2016-2017.

¹¹ "Monitoreo telemático, estado actual" Comisión de Seguridad Ciudadana, Cámara de Diputados, Valparaíso, 31 de agosto de 2016.

¹² "Revista Jurídica del Ministerio Público" Nro. 51, de Junio de 2012, Ministerio Público de Chile (2012), ISBN: 0718-6479.

cabo un estudio pormenorizado de los requerimientos vinculados a la inversión pública en este tipo de medidas. No llevar a cabo esta planificación y evaluación del impacto de una política pública como la esbozada, podría generar un efecto contraproducente, donde lejos de mejorar las condiciones de detención y garantizar la realización del proceso, traiga aparejado mayores tasas de encarcelamiento preventivo y, con ello, el recrudecimiento del hacinamiento en los establecimientos penales.

Aproximaciones finales

A raíz de los miramientos precedentes podemos llevar a cabo algunas consideraciones respecto a la situación general del encarcelamiento preventivo y las medidas de sujeción al proceso. Si las condiciones de detención bajo situaciones de hacinamiento devienen en penas ilícitas, atento a los estándares del sistema interamericano volcados en el caso analizado, el establecimiento de medidas alternativas puede ser una variable válida a los fines de evitar la imposición de medidas de coerción que atenten contra la integridad de las personas sobre las que recae.

En ese sentido, cabe retomar la referencia que hizo la Corte IDH a la *Súmula Vinculante* n° 56: “*el Juez de Ejecución Penal debe determinar la salida anticipada del preso, su libertad electrónicamente monitoreada o prisión domiciliaria. La lógica jurídica de esa decisión es garantizar que la pena del condenado no sea ilícita o viole los derechos fundamentales de la individualización de la pena y la integridad personal del preso*”¹³.

En este sentido, la implementación de las OMAS es una posibilidad cierta y aplicada tanto a nivel local¹⁴ como regional, que nos permite poseer un instrumento de comparación viable tanto para el sistema procesal nacional como para los diversos países del continente. En línea con ello, una propuesta general de abordaje de medidas menos restrictivas de derechos deberá tener presente en todo momento la erogación requerida para su implementación, así como también el alcance de la política pública en términos cuantitativos y la necesidad de una evaluación constante de sus resultados. Evitar tener presente estas variables podrá conducirnos a poseer excelentes textos legales que al momento de su puesta en práctica fracasen, ya sea por la falta de recursos como por la sobrecarga de trabajo, lo que podría devenir en un recrudecimiento de las condiciones de detención.

13 Ver Considerando 113 de la Resolución op. cit.

14 En este sentido, ver Peñalver, Tamara & Gonzalez, Leonel, “Las oficinas de medidas alternativas y sustitutivas estado de situación en argentina” en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina39810.pdf>

Atender a la realidad concreta de cada territorio, los delitos que se cometen y las causas sociales a las que responden deberán moldear la implementación de estas oficinas. En conclusión, no existe un único modelo de OMAS, pero algo tenemos claro, la implementación de estas oficinas debe ser acompañada de un seguimiento que permita evaluar su labor y rediscutir sus funciones y modos de trabajo. De lo contrario, estarán destinadas al fracaso.

En síntesis, el estado general del sistema penitenciario en nuestro continente a la luz de los estándares del sistema interamericano, nos pone en el desafío de repensar mecanismos donde las oficinas de medidas alternativas y sustitutivas pueden contribuir a dar respuesta a la situación estructural del sistema de administración de castigo penal. Debemos hacer hincapié en el desarrollo de una política pública cuantificable que capaz de establecer una mejora de la calidad y las condiciones de los sujetos sometidos a proceso, así como también en la disminución de los vaivenes estatales en el mantenimiento de estas políticas.

Bibliografía

Giampani, Marcos & Daniela Rezzonico. (2018). El monitoreo a distancia una propuesta para el sistema argentino desde la experiencia chilena. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago.

INECIP. (2016-2017). Oficinas de Medidas Alternativas y Sustitutivas (Omas). Prácticas y estrategias. Buenos Aires: Inecip.

Ministerio Público de Chile. (2012). Revista Jurídica del Ministerio Público Nro. 51. Santiago de Chile: Ministerio Público de Chile.

Peñalver, Tamara & Gonzalez, Leonel. (2014). Las oficinas de medidas alternativas y sustitutivas estado de situación en argentina. En <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina39810.pdf>

El autor en el delito de violación

Guerrero, Ignacio N.*¹

*Universidad Torcuato Di Tella, E-mail: ignacioguerrero@live.com.ar

Resumen: *El presente trabajo retoma la discusión relativa a quién puede ser autor del tipo penal de violación. Por un lado, se analiza cuál es la conducta prohibida por la norma. Por otro, se evalúa este delito a la luz de la teoría de la intervención criminal. En relación con estas cuestiones, se argumenta que las soluciones tradicionales dejan de lado —o, al menos, no consideran de manera suficiente— aquello que hace incorrecto a este delito. Asimismo, se propone que debe ser este el punto de partida para la solución del problema bajo análisis.*

Palabras claves: autoría – participación – violación – abuso sexual

Abstract: *This paper discusses who can commit the crime of rape. On the one hand, it analyses what is the prohibited conduct according to the statutory offence. On the other hand, it appraises the offence through the lenses of the theory of criminal intervention. It is argued that traditional solutions disregard, or at least do not analyze its full implications, the reason why this offence is criminalized. The work proposes this motivation as the starting point for solving the problem.*

Key Words: *perpetration – participation – rape – sexual offences*

1. Introducción

En el año 2017, la ley 27.352 modificó el artículo 119 del Código Penal. Esta modificación, cuya redacción se mantiene en el último Anteproyecto de Código Penal, permite retomar la discusión relativa a quién puede ser autor del tipo penal de violación.

Si bien desde antaño se reconocía que este era un tema que podía dar lugar a dudas y discrepancias y a una diferencia de solución según los casos², lo cierto es que había consenso en que sólo el hombre podía ser autor directo de este delito³. Así, por

¹ *Abogado (UBA). Especialista en Derecho Penal y Procesal Penal (UTDT). Alumno de la Maestría en Derecho Penal y Procesal (UTDT). Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

² SOLER 1987, 308.

³ Por todos, D'ALESSIO 2009, 243.

ejemplo, SOLER expresaba que si bien la mujer podía cometer actos impúdicos, esos actos serían ultrajes al pudor, o serían corrupción, o no serían nada⁴.

La decisión acerca de quién puede ser autor de este delito depende de los criterios de interpretación que se adopten respecto de, al menos, dos cuestiones problemáticas que ofrece la figura penal bajo análisis⁵. En primer lugar, el problema está íntimamente relacionado con cuál es el contenido de la acción típica⁶. Más precisamente, con el modo en el que se defina el término “acceso carnal”. En segundo lugar, la cuestión también exige determinar si el delito de violación constituye —o no— un delito de propia mano. La importancia de incluirlo en esta categoría dogmática radica en que, dependiendo de cuál sea la postura que se elija, se ampliará o restringirá el círculo de autores posibles más allá de la sola autoría directa⁷.

En esta presentación, se abordará en primer lugar, la cuestión relativa a cuál es la acción típica prohibida por la norma y cómo esta determina quién puede ser el autor de este delito. En segundo lugar, se discutirá si la violación es o no es un delito propia mano. Por último, se efectuarán unas breves observaciones a modo de cierre.

2. La acción típica

Tradicionalmente, la doctrina nacional definió a la violación como el acceso carnal con persona de uno u otro sexo, ejecutado mediante violencia real o presunta⁸. Así, la nota distintiva de este delito respecto de otros delitos sexuales la constituía el *acceso carnal*⁹. Si bien la ley no contenía (ni contiene) una definición de este término, la doctrina mayoritaria lo definió como la penetración del órgano genital masculino, sea por vía normal (vaginal) o anormal (anal)¹⁰. De esta manera, la ley descartaba que otros actos de carácter sexual que no implicaran penetración pudieran subsumirse en este tipo penal¹¹.

Para fundamentar esta postura, se hacía referencia, en primer lugar, a la redacción del antiguo artículo 127, CP, que reprimía los abusos deshonestos sin acceso carnal. En segundo lugar, se argumentaba que se había utilizado esta expresión con el fin de sustituir otros términos de gran vaguedad, como “aproximación carnal” o “aproximación sexual”.

⁴ SOLER 1987, 309.

⁵ SOLER 1987, 172.

⁶ SOLER 1987, 308. En igual sentido, respecto de la discusión en Chile, ver BASCUR RETAMAL, 2016.

⁷ BASCUR RETAMAL, 2016, 62.

⁸ SOLER 1987, 306.

⁹ DE LUCA y LÓPEZ CASARIEGO 2010, p. 599.

¹⁰ SOLER 1987, 306.

¹¹ SOLER 1987, 306.

Por lo demás, los autores coincidían al afirmar que no resultaba necesario que el acto sexual alcance la perfección fisiológica, que se produjera la eyaculación o que la penetración fuera completa ¹². En cambio, la discusión se centró en las vías de acceso. En particular, en si la introducción del órgano masculino en la boca de la víctima podía subsumirse en este tipo penal¹³.

De acuerdo con lo desarrollado, según la doctrina mayoritaria, autor material del hecho sólo podría ser el hombre, puesto que era el único que podía penetrar ¹⁴.

Para SOLER, esta solución estaba impuesta por dos cuestiones. En primer lugar, por el sentido de la expresión “tener acceso carnal”, puesto que acceso quiere decir entrada o penetración y no “compenetración”. Es decir, quien tiene acceso es el que penetra y el que penetra sólo puede ser quien tiene el miembro que sirve para ello. El sujeto pasivo también tiene acceso carnal, pero en el sentido de que lo sufre.

En segundo lugar, por una razón histórica. En las leyes anteriores el sujeto pasivo de este delito era solamente la mujer y, además, se castigaba de manera autónoma la sodomía. Cuando se modificó la norma con el objetivo de comprender los diversos casos en una sola figura, se incluyó la frase “persona de uno u otro sexo” para ampliar el sujeto pasivo. Sin embargo, no se hizo una aclaración semejante con respecto al sujeto activo.

La consecuencia de esta concepción es evidente: una mujer estaría imposibilitada naturalmente de acceder carnalmente a otro y por lo tanto de ser el sujeto activo del delito de violación. De esta forma, la mujer que se hacía acceder por un hombre mediante algunas de las circunstancias concomitantes que debían acompañar al delito, no podía ser considerada como autora del delito en cuestión. Como se dijo, sus actos serían ultraje al pudor, serían corrupción o no serían nada. Interpretada de este modo, la acción típica en sí misma limitaba desde un comienzo el círculo de posibles ejecutores ¹⁵.

Sin embargo, una posición minoritaria sostenía que el término “acceso carnal” sólo podía tener el efecto de excluir el delito entre mujeres y que nada decía en relación con quién debía ser el sujeto activo. Así, lo prohibido estaría dado por la obtención del sujeto activo de una cópula sexual que involucre acceso carnal en alguno de los orificios típicos, con independencia de qué interviniente sea el que efectúa la penetración ¹⁶. En otras palabras, consideraban que acceso carnal significaba acceso en la carne y no

¹² Por todos, SOLER 1987, 306.

¹³ Para un desarrollo de la discusión ver DE LUCA y LÓPEZ CASARIEGO 2010.

¹⁴ Por todos, SOLER, 1987.

¹⁵ BASCUR RETAMAL, 2016, 72 y DE LUCA y LÓPEZ CASARIEGO 2010.

¹⁶ BASCUR RETAMAL, 2016, 68.

acceso con la carne. De esta manera, en tanto no se establecían distinciones de sexo en la letra de la ley, la mujer también podía ser sujeto activo de este delito ¹⁷.

Esta postura minoritaria obtuvo nuevos argumentos con la promulgación de la ley 25.087, que implicó una reforma integral de los delitos sexuales. En relación con el artículo que aquí se analiza, esta ley modificó la redacción del tipo penal y reemplazó la frase “...el que *tuviere acceso carnal...*” por “*cuando... hubiere acceso carnal por cualquier vía...*”. A partir de esto, se planteó que el cambio de verbo parecía indicar que ya no se requiere que el autor “tenga acceso carnal”, sino que en la situación de hecho “hubiere” acceso carnal, circunstancia de la cual puede inferirse que tanto un hombre como una mujer pueden ser sujetos activos del delito en cuestión ¹⁸.

Contra esto, se argumentaba que la expresión *acceso carnal* no permite una interpretación impersonal como la propuesta. Los tipos penales siempre se refieren a una persona que realiza una conducta, de modo que en este caso se describe una conducta positiva del autor que accede carnalmente a otro y, por lo tanto, se excluyen las situaciones en las que una persona se sirve de otra para que ésta la acceda. Al respecto, SOLER expresaba que el idioma juega aquí un papel importante, puesto que en el español, a diferencia de otros idiomas, el verbo (entrar, penetrar, acceder) no tiene acusativo, por lo que es neutro con respecto a lo que es objeto de penetración. Para graficar daba el siguiente ejemplo: yo puedo entrar un clavo en la pared, pero en ese caso lo entrado no es la pared, sino el clavo ¹⁹.

Por todo lo anterior, la doctrina mayoritaria parecía estar en lo correcto cuando afirmaba que el acceso carnal al que hacía referencia el Código Penal, tanto en su versión original 1921 como en la reformada por la ley 25.087, consistía en la introducción del órgano genital masculino en el cuerpo de la víctima.

Actualmente, a partir de la sanción de la ley 27.352, el nuevo párrafo tercero del artículo 119 CP establece “*cuando... hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías*”. La nueva ley mantiene así el término “acceso carnal” sin dar una definición precisa al respecto, por lo que la discusión desarrollada *supra* en principio se mantendría vigente en este punto.

Sin embargo, si se tiene en cuenta que la última parte del nuevo artículo equipara el acceso carnal con la realización de otros actos análogos mediante la introducción de objetos o partes del cuerpo, la nueva ley parece adherir a la interpretación mayoritaria: si el acceso carnal no fuera la introducción del miembro genital masculino, ¿por qué sería necesario agregar la última parte del artículo? Si el

¹⁷ FONTAN BALESTRA 2008, 240-241.

¹⁸ BUOMPADRE, Jorge E., 1999, 56.

¹⁹ SOLER 1987, 308-309. En especial, ver nota al pie n.º 14.

acceso carnal fuera un concepto más amplio, no habría ninguna razón para agregar estos nuevos supuestos.

A su vez, esta nueva redacción, que implica una ampliación del tipo penal, también parece apoyar la interpretación minoritaria, en tanto, a través de la frase “*realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo*” parecería no dejar duda alguna respecto de que la mujer también puede ser sujeto activo del delito pese a no poseer un órgano genital masculino.

3. La violación como delito de propia mano

Como se dijo, la teoría de la intervención criminal presenta un problema específico adicional que influye en la determinación de quién puede ser considerado autor del delito de violación. Se hace referencia aquí a la determinación de si este tipo penal constituye (o no) un delito de propia mano.

En primer lugar, la caracterización de la violación como un delito de propia mano es conceptualmente independiente de cuál haya de ser la respuesta a la pregunta de si una mujer pudiera ser autora (directa) del delito de violación.

Por un lado, que la violación sea un delito de propia mano no implica que la acción sometida a prohibición necesariamente tenga que ser identificada con una acción de penetración. Podría tomarse como correcta, por ejemplo, la interpretación de la doctrina minoritaria. Por otro lado, incluso si la caracterización de la violación como un delito de propia mano es combinada con la interpretación que sostiene la doctrina dominante que consideraba a la acción prohibida como la introducción del miembro genital masculino en alguna de las cavidades de la víctima, de ello no se sigue que sólo un hombre pueda ser autor directo. En efecto, en tanto se trata de una consideración anatómica, bastaría que al momento de la realización de la conducta el autor sea “faloportador”, lo que permitiría incluir a sujetos de sexo femenino cuyo organismo presente una variante de intersexualidad o hermafroditismo²⁰.

En segundo lugar, la importancia de optar (o no) por incluir esta categoría dogmática radica en que si se considera que estamos ante un delito de mano propia, deberá descartarse su comisión mediante autoría mediata y coautoría. Así, la relevancia práctica de este punto radicaría en, al menos, dos supuestos de casos: i) aquellos en los cuales una persona actúa como autora mediata —por ejemplo, obliga, mediante coacción, a otras dos personas a mantener una relación sexual que incluya penetración—; ii) aquellos en los cuales actúa como coautora, esto es, cuando la ejecución por parte del sujeto activo de alguna de las circunstancias concomitantes del

²⁰ MAÑALICH RAFFO 2014, 21-70.

primer párrafo se realiza en conjunto con la penetración ejecutada por otro —por ejemplo, golpea y maniatada a la víctima mientras otro individuo realiza la penetración—.

Si bien tanto la fundamentación teórica como así también su ámbito de aplicación son muy controvertidos²¹, la existencia de la categoría de “propia mano” es usualmente aceptada. En particular, la doctrina dominante define a los delitos de propia mano como aquellos cuyo disvalor de conducta se deriva recién de la ejecución personal del hecho, es decir, que requieren la realización personal de la acción típica²². De esta manera, se cierra el paso a la posibilidad de cometer el delito a través de otro y, por lo tanto, se excluye la imputación a título de autoría mediata y coautoría²³.

La posición tradicional de la doctrina argentina parecía considerar a la violación como un delito de propia de mano. Como se dijo, la postura mayoritaria sostiene que sólo puede ser autor quien puede llevar adelante la acción de acceder carnalmente a otro, esto es, de introducir el órgano genital masculino en el cuerpo de la víctima. De este modo, solo el hombre, a través de su pene, podría cometer el delito de violación y quienes lo ayudasen serían, a lo sumo, partícipes.

Por un lado, la concepción tradicional lleva así a consecuencias contraintuitivas. Si un grupo de hombres maniatada a una mujer, la golpea y uno de ellos la penetra, ¿realmente podría decirse que sólo este último es quien cometió la violación?

Por otro lado, esta postura identifica el contenido del injusto de la violación con el beneficio, deleite o provecho que para el autor se derive de la relación sexual de que se trate²⁴. En efecto, solo si se parte de que lo que se busca castigar es el disfrute de una relación sexual considerada *contra natura* y, con ello, el reproche que merece el comportamiento de quien personalmente la realiza, tendría sentido descartar su comisión en autoría mediata o en coautoría²⁵.

Así, la postura tradicional no solo lleva a consecuencias contraintuitivas, como la imposibilidad de imputar la comisión de este delito a título de autoría mediata o bien en coautoría, sino que, sobre todo, no identifica correctamente el fundamento de la prohibición del delito de violación²⁶.

Al respecto, GARDNER señala que aquello que reprochamos cuando castigamos una violación es el hecho de que el autor, al usar el cuerpo de la víctima sin su consentimiento, la trata como un objeto. Es decir, la cosifica. En particular, señala que la

²¹ Así, ROXIN 2016, 386, en cuanto expresa: “no existe en absoluto acuerdo sobre el alcance y la esencia de los delitos de propia mano”. En igual sentido, JAKOBS 1997, 731 es contundente al sostener: “[e]l fundamento y la delimitación del carácter de delitos de propia mano son extremadamente polémicos y dudosa la legitimación de que formen un grupo delictivo especial”.

²² Por todos, HILGENDORF y VALERIUS 2017, 18 y 181.

²³ STRATENWERTH 2008, 377.

²⁴ GÓMEZ RIVERO 2016, 109-110.

²⁵ GÓMEZ RIVERO 2016, 108.

²⁶ GARDNER 2012.

gravedad específica del delito de violación radica en el hecho de que constituye el caso central de instrumentalización de la víctima²⁷.

En efecto, al cometer una violación, el autor trata a la víctima como un mero medio para sus propios fines (ya sean sexuales o de otro tipo), sin su consentimiento. Así, al tratarla como un mero medio y no como un fin en sí mismo, viola su autonomía, niega su condición de persona²⁸.

De este modo, si consideramos que el fundamento del delito de violación es la cosificación de la víctima, esa cosificación se puede producir no solo de propia mano, sino también por medio de un instrumento o con división de tareas. Por lo tanto, desde esta perspectiva, no parece existir razón alguna para excluir la posibilidad de una violación se cometa en autoría mediata o en coautoría.

Esto coincide, además, con la nueva redacción de la ley. En efecto, el acceso carnal ha dejado de ser la única acción típica castigada como violación, por lo que la interpretación mayoritaria perdería su principal sustento. La violación, entonces, no sólo constituiría un delito común, sino que también habría perdido la única especificidad que se derivaba de la acción típica, en tanto requería que el autor tuviera una condición biológica específica.

4. Conclusión

A modo de cierre, quisiera efectuar algunas observaciones. De las consideraciones desarrolladas, se desprende que la doctrina argentina parecería centrarse puramente en interpretaciones gramaticales, asociadas a la letra específica de la ley, así como también en consideraciones naturalistas.

Sin embargo, de este modo se deja de lado —o al menos no se considera de manera suficiente— aquello que hace incorrecta a una violación. Quizá sea a partir de este punto y de una interpretación más bien teleológica o normativa que debiera comenzar la discusión para decidir si una mujer puede ser (o no) autora directa de este delito. Luego, la letra ley será el límite al que deberá adecuarse la interpretación²⁹.

En este sentido, si se considera, con GARDNER, que la incorrección moral de la violación se ubica en el de hecho de que se instrumentaliza a la víctima, no se encuentran razones para negar que esto también pueda suceder cuando el ataque a la autonomía sexual es producido por una mujer o mediante la introducción de objetos u otras partes del cuerpo diferentes al miembro genital masculino. A su vez, en relación

²⁷ GARDNER 2012

²⁸ GARDNER 2012

²⁹ HILGENDORF y VALERIUS 2017, 14.

con la letra de la ley, el nuevo artículo no parece imponer ningún límite para esta interpretación.

Bibliografía

Bascur Retamal, G. J. (2016). "La mujer como (eventual) autora de un delito de violación", *Ars Boni Et Aeuqui*, vol. 12, n.º 1.

Buompadre, J. E. (1999). "Delitos contra la integridad sexual (un paradigma de lo que no hay que hacer). Algunas observaciones a la ley 25.087 de reformas al Código Penal" en *Revista de Ciencias Penales*.

D'Alessio, A. (dir.) (2009). *Código Penal comentado y anotado*, 2.º ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires: La Ley.

De Luca, J. Y López Casariego, J. E., "Artículos 118/119" en BAIGÚN, D. y ZAFFARONI, E. R. (dir.) (2010). *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 2.º ed. Buenos Aires: Hammurabi.

Fontan Balestra, C. (2008). *Derecho Penal: parte especial*, 17.º ed. actualizada por Guillermo Ledesma. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Gardner, J. (2012). *Ofensas y defensas. Ensayos sobre filosofía del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons.

Gómez Rivero, María Carmen (2016). "¿Queda algo aún de los llamados delitos de propia mano?" en *Revista Penal*, n.º 18.

Hilgendorf, E. Y Valerius, B. (2017). *Derecho Penal - Parte general*, trad. de Leandro A. Dias y Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de la 2ª ed. Alemana de J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons.

Mañalich Raffo, J. P. (2014). "La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno. Una reconstrucción desde la teoría de las normas" en *Revista Ius et Praxis*, Año 20, n.º 2.

Roxin, C. (2016), *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, trad. de la 9.º ed. Alemana de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons.

Soler, Sebastián (1987), *Derecho Penal Argentino*, tomo III, 5.º ed., Buenos Aires: TEA.

Stratenwerth, Günter (2008), *Derecho Penal. Parte general I. El hecho punible*, trad. de la 4.º ed. alemana de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Buenos Aires: Hammurabi.

Prisión domiciliaria, reinserción social y reincidencia

Guirado, Martina * y Antegiovanni, Anabela **¹

*Universidad Nacional de Rosario. E-mail: martina_guirado@hotmail.com

** Universidad Nacional de Rosario. E-mail: anabela_antegiovanni@hotmail.com

Resumen: *La ejecución de la pena en prisión domiciliaria, el régimen resocializante que se aplica a quienes cumplen su pena privativa de libertad bajo esta modalidad y en la posibilidad de considerar el tránsito por la prisión domiciliaria total o parcialmente a los fines de la reincidencia, demandan una toma de posición respecto del régimen resocializante domiciliario y sus efectos. No puede formularse automáticamente una equivalencia jurídica entre la ejecución de la pena en la cárcel y la ejecución de la pena en el domicilio, ya que los efectos de la adopción de esta modalidad ejecutiva de la condena impactan directamente sobre el tratamiento que el estado le imprime al delincuente. Cuando se aplica la prisión domiciliaria, el sistema diseñado para resocializar al interno cede -al menos en su versión tradicional- y da lugar a una forma del cumplimiento de la condena en la que el estado está más bien –o quizás del todo- ausente. La ficción legal del régimen resocializante estatal, ¿opera también en los supuestos de prisión domiciliaria? En caso afirmativo, ¿debe utilizarse en favor o en contra del imputado? En caso negativo, ¿qué régimen existe en su lugar?*

Palabras clave: *prisión domiciliaria, reinserción social, reincidencia, progresividad, humanidad.*

Abstract: *The execution of the sentence in house prison, the resocializing regime that applies to serving his prison sentence under this modality and in the possibility of considering transit through the house prison totally or partially for the purpose of recidivism, demand a take of position with respect to the home resocializing regime and its effects. Legal equivalence cannot be automatically formulated between the execution of the sentence in the prison and*

* MARTINA GUIRADO, abogada, especialista en Derecho Penal y doctorando en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (UNR); adscripta de la Cátedra de Derecho Penal 1 de la Facultad de Derecho de la UNR por resolución 134/16 de fecha 28/3/2016, con participación activa en la Comisión 17 de Derecho Penal I y en el Departamento de Derecho Penal y Criminología de la nombrada Facultad desde 2012 hasta el presente.

** ANABELA ANTEGIOVANNI, abogada, especialista en derecho penal de la Facultad de Derecho de la UNR, y alumna regular del Profesorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina (PUCA) de Rosario; adscripta de la Cátedra de Derecho Penal 1 de la Facultad de Derechos de la UNR por resolución 604/17 y aspirante a adscripta de la Cátedra de Derecho Procesal Penal de la PUCA, con participación activa en la Comisiones de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal a las que pertenece.

the execution of the sentence at home, since the effects of the adoption of this executive modality of the sentence directly impact the treatment that the state prints on the offender. When the house arrest is applied, the system designed to re-socialize the inmate gives in - at least in its traditional version - and results in a form of compliance with the sentence in which the state is rather - or perhaps entirely - absent. Does the legal fiction of the state resocializing regime also operate in cases of house arrest? If so, should it be used for or against the accused? If not, what regime exists instead?

Key words: *house prison, social reintegration, recidivism, progressiveness, humanity.*

La privación de libertad de una persona condenada o sometida a un proceso penal puede llevarse a cabo en una unidad penitenciaria, en una comisaría, en un establecimiento hospitalario o en su domicilio². Este trabajo pone el foco en la prisión domiciliaria³ como forma de ejecución la pena de prisión, en el régimen resocializante vigente para los penados que se encuentran cumpliendo pena bajo esta modalidad y en la posibilidad de considerar el tránsito por la prisión domiciliaria total o parcialmente a los fines de la reincidencia, lo cual - anticipamos- dependerá en parte de la posición que se adopte respecto del régimen resocializante domiciliario.

En base al principio de humanidad de la pena⁴ y a la mayor vulnerabilidad de la persona condenada o de sus allegados y ante la necesidad de disminuir la coerción para la efectivización de otros derechos fundamentales, el artículo 10 del CP establece seis⁵ supuestos de prisión domiciliaria considerando la afectación de la salud, la discapacidad o el embarazo de la persona condenada, así como también el hecho de tener setenta años de edad o una

² La unidad penitenciaria es el lugar adecuado para llevar adelante la privación de libertad para persona condenada o en prisión preventiva. Sin embargo, es de público conocimiento que por motivos de capacidad de alojamiento -entre otros- las comisarías alojan personas privadas de su libertad generalmente con fines cautelares. Transitoriamente, la persona privada de la libertad puede encontrarse en un hospital y permanecer allí el tiempo necesario para atender su dolencia. Y, por último, la persona puede ser privada de su libertad excepcionalmente en el domicilio si se encuentra en alguna de las situaciones que hacen procedente la prisión domiciliaria (artículos 10 del CP y 32 de la ley 24.660).

³ Legislada en el artículo 10 del CP y en el artículo 32 y siguientes de la ley 24.660. La provincia de Santa Fe en su oportunidad adhirió a la ley 24.660 mediante la ley 11.661 con dos salvedades: una lo referido a régimen laboral penitenciario; otra en relación al personal penitenciario. La 27.375 (B.O. 28/07/2017) modificó sustancialmente la ley 24.660 y –en cuanto aquí interesa- reformó el artículo 229 de la ley 24.660, que ahora establece que la ley 24.660 es complementaria al CP en lo que hace a los cómputos de pena y regímenes de libertad condicional y asistida, así como también reformó el artículo 228, que en su actual redacción invita a adecuar la legislación y reglamentaciones en concordancia con la ley nacional. Por este motivo, y teniendo presente que los artículos 33 y 34 de ley nacional de ejecución penal- ambos vinculados a la prisión domiciliaria- se vieron afectados por la reforma, se hace necesario revisar la legislación actual santafesina.

⁴ Zaffaroni et al. 2006, 112.

⁵ Nos concentramos en los supuestos legalmente contemplados de la prisión domiciliaria. Sin perjuicio de ello, consideramos que los supuestos del artículo 10 del CP no son taxativos y que –por ende- la prisión domiciliaria sería viable en otras situaciones asimilables a las previstas en la norma.

persona menor de cinco años o discapacitada a cargo⁶. Estos supuestos fueron replicados por el legislador en el artículo 32 de la ley 24.660⁷.

La finalidad esencial de la pena de prisión es la reinserción social del condenado⁸ y se lleva a cabo a través de un régimen penitenciario que se basa en la progresividad⁹ y se divide en cuatro periodos: observación, tratamiento, prueba y libertad condicional¹⁰. El periodo tratamiento tiene por objeto el acrecentamiento de la confianza depositada en el interno y la atribución de responsabilidades, y se divide a su vez en tres fases: resocialización, consolidación y confianza¹¹. Un equipo técnico-criminológico o un equipo especializado para delitos relacionados con la pedofilia¹², en su caso, evalúa el tratamiento cada seis meses, sin perjuicio de la evolución y el seguimiento que realiza el equipo correspondiente para la promoción a los periodos de prueba y de libertad condicional¹³. Además, trimestralmente se realiza una evaluación de concepto del interno de la que se deduce su mayor o menor posibilidad de adecuada reinserción social¹⁴.

Para analizar la reinserción social vía prisión domiciliaria, cobran especial relevancia los supuestos donde la persona condenada se encuentra **desde el inicio de la condena en prisión domiciliaria**¹⁵. En estos casos, no puede formularse automáticamente una equivalencia jurídica entre la ejecución de la pena en la cárcel y la ejecución de la pena en el domicilio, ya que los efectos de la adopción de esta modalidad ejecutiva de la condena impactan directamente sobre el tratamiento que estado le imprime al delincuente. Cuando se aplica la prisión domiciliaria, el sistema diseñado para resocializar al interno cede -al menos en su versión tradicional- y da lugar a una forma del cumplimiento de la condena en la que el estado está más bien -o quizás del todo- ausente. En este sentido, nótese que la ley 24.660 solo se ocupa de regular el control de la ejecución de pena domiciliaria, exigiendo para su

⁶ **ARTICULO 10 del CP:** Podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria: a) el interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impide recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario; b) el interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal; c) el interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel; d) el interno mayor de setenta (70) años; e) la mujer embarazada; f) la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo.

⁷ El artículo 32 integra la Sección segunda denominada "alternativas para situaciones especiales" ubicada en el Capítulo segundo de la ley "modalidades básicas de ejecución".

⁸ Artículos 18 de la Constitución Nacional, 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 10.3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y 1 de la ley 24.660.

⁹ Artículo 6 de la ley 24.660. Téngase presente que la ley 27.375 reformó este artículo agregándole un párrafo donde señalan que la participación y el interés del interno son determinantes para para el progreso en el cumplimiento de la pena y el otorgamiento de los beneficios que la ley acuerda.

¹⁰ Artículo 12 de la ley 24.660.

¹¹ Artículo 14 de la ley 24.660 modificado por la ley 27.375.

¹² Los tipos penales revistos en los artículos 128 tercer párrafo, 129 segundo párrafo y 131 del CP.

¹³ Artículos 27, 28 y 17 IV en concordancia con el artículo 183 b) y l) de la ley 26.660.

¹⁴ Artículo 101 de la ley 24.660.

¹⁵ La cuestión se complejiza al considerar los supuestos en los que la persona condenada estuvo alojada en prisión al menos por un corto tiempo, ya que lo relevante en estos casos es determinar si el tiempo de permanencia en prisión puede considerarse cumplimiento parcial en los términos del artículo 50 del CP, lo cual excede el marco de esta ponencia.

concesión la implementación de un dispositivo electrónico de control¹⁶ y la supervisión del patronato de liberados o un servicio social calificado.

Ahora bien, ¿se puede considerar el tránsito por la prisión domiciliaria a los fines de la reincidencia? Aun cuando no es pacífica la opinión sobre el fundamento de este instituto¹⁷, está fuera de discusión que desde 1984 rige el sistema de reincidencia real y que la finalidad de la pena -o al menos una de ellas- es lograr la resocialización y reeducación del condenado. En consecuencia, podemos asumir que la reincidencia solo puede declararse si el nuevo delito ha sido cometido por una persona respecto de la cual el estado ha llegado realmente a desplegar su tratamiento por un lapso que presuponga algún avance más o menos serio respecto de la situación del detenido.

En la actualidad el tratamiento resocializador estatal es una ficción legal. Sin embargo, la jurisprudencia en algunas ocasiones toma la ficción del tratamiento a favor del condenado y en otras en su contra (por ejemplo, a la hora de declarar o no reincidente al sujeto)¹⁸. Entonces, ¿podemos decir realmente que el estado está desplegando tratamiento resocializador en un condenado que está cumpliendo pena en domiciliaria? ¿Es algo distinto al tratamiento o es un tipo de tratamiento alternativo?

Al analizar la jurisprudencia dentro de la provincia de Santa Fe sobre la materia, se destaca el fallo de la Cámara de Apelaciones de Rosario “**Serrani**”¹⁹ de mayo del 2016. En este caso, la Fiscalía y la Defensa Pública firmaron un acuerdo por procedimiento abreviado donde acordaron una pena unificada de cumplimiento efectivo pero no así la declaración de reincidencia, pues la pena anterior fue cumplida en prisión domiciliaria en razón de una enfermedad que sufría Serrani. El juez de Primera Instancia rechazó la declaración de reincidencia diciendo que las características que en la actualidad reviste esta modalidad de privación de libertad la aproximan más a una condena de ejecución condicional que al encierro efectivo en un establecimiento penitenciario y -por ende- aceptarla como un presupuesto para una declaración de reincidencia implicaría un claro apartamiento del sistema de reincidencia real vigente. La Fiscalía apeló y el Tribunal de Alzada decidió revocar el decisorio y base a tres motivos:

¹⁶ De acuerdo al artículo 33 de la ley 24.660 reformado por la ley 27.375, a la que -insistimos- la provincia de Santa Fe no adhirió hasta la fecha, para conceder la prisión domiciliaria se exige un dispositivo electrónico de control que solo puede ser dispensado por decisión judicial. La aplicación obligatoria del dispositivo de control no parece ser muy estricta en la práctica, sea por ausencia de dispositivos para todos los beneficiarios, sea porque no son necesarios en algunos casos, sea por otros motivos.

¹⁷ En líneas generales, hay cuatro grandes grupos de teorías: a) quienes afirman que la reincidencia revela un mayor grado de injusto por mayor alarma social porque hace crecer el temor de la sociedad; b) quienes sostienen que revela una mayor peligrosidad del sujeto porque observan una habitualidad delictiva; c) quienes consideran que es indicativa de una mayor culpabilidad porque el sujeto sufrió una condena anterior; y d) por último, quienes afirman que demuestra la insuficiencia del tratamiento desplegado por el estado en la pena anterior.

¹⁸ Aporte del Dr. Mariano Bufarini en clase de Posgrado -Especialización en Derecho Penal de la UNR – Disciplina: Teoría de las consecuencias jurídicas del delito. Año 2018.

¹⁹ “SERRANI, Pedro Matías”, Colegio de Cámara de Apelación en lo Penal de Rosario. Santa Fe; 12/05/16, Tribunal: Dres. Lurati – Carbone – Laudet.

1. según la ley 24.660 **la domiciliaria no es una alternativa, sino que es una modalidad de ejecución de la prisión por razones de humanidad;**
2. el condenado cumple prisión aunque no haya tratamiento penitenciario, solo que cumple la pena en el modo más favorable para su reinserción social;
3. no puede asimilarse la prisión domiciliaria con la condena de ejecución condicional porque en la condena condicional se suspende la ejecución de la pena, se deja en suspenso, es decir que la pena no se cumple; en cambio, en prisión domiciliaria la pena si se cumple²⁰.

Otro caso similar es “**Gasparri**”²¹ de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario de junio del 2017. Gasparri había sido condenado a la pena de tres años de prisión de cumplimiento efectivo en el marco de un procedimiento abreviado y declarado reincidente. La Defensa Pública apeló el fallo entendiendo que no procedería en el caso concreto la declaración de reincidencia, habida cuenta que el cumplimiento de la pena se había desarrollado bajo la modalidad de prisión domiciliaria hasta la obtención de la libertad condicional: al no haber cumplido la pena en unidad penitenciaria, no recibió tratamiento penitenciario y no tuvo posibilidades de resocializarse. La Defensa resaltó que la prisión domiciliaria no era un instituto ligado al régimen progresivo de ejecución. La mayoría de los jueces integrada por el Dr. Salvador y la Dra. Alosó confirmó la declaración de reincidencia ya que consideraron que la prisión domiciliaria era cumplimiento de pena. Dentro de sus fundamentos explicaron que:

1. no se trataba de penas alternativas, sino de modalidades alternativas para la ejecución de la pena privativa de libertad, cuyo fundamento radicaba en evitar el encierro carcelario por razones de humanidad;
2. el artículo 1 de la ley 24.660 establece que **el fin resocializador se persigue en todas las modalidades de ejecución de la pena;**
3. si bien el sistema de reincidencia real se funda en el fracaso del fin preventivo especial de la pena anterior²², es un aspecto del tratamiento carcelario, más no el único.

Por otra parte, en el fallo “**Gasparri**” se destaca especialmente por su originalidad el voto del Dr. Llaudet, quien disintió con las conclusiones de sus pares argumentando que en los casos “L’eveque”²³ y “Gómez Dávalos”²⁴ el procurador había expresado que *la razón de ser de la declaración de reincidencia era la mayor insensibilidad a la pena demostrada por quien la soportó efectivamente y hubo tomado conciencia de haberla sufrido*. Entonces, el judicante resaltó que el pretense reincidente debería haber internalizado este padecimiento y que ello excedía el análisis de las meras exigencias objetivas (por ejemplo, vinculadas a que se trate

²⁰ La decisión de la Cámara espera resolución de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe.

²¹ “GASPARRI, Ricardo Victorio”, Colegio de Cámara de Apelación en lo Penal de Rosario. Santa Fe; 5/6/17. Tribunal: Dres. Salvador – Alonso – Llaudet.

²² Tal cual indica la jurisprudencia histórica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

²³ “L’EVEQUE, Ramón Rafael”, CSJN, 16/8/1988, fallos: 311:1452.

²⁴ “GOMEZ DAVALOS, Sinfiorano s/ Recurso de Revisión”, CSJN; 16/10/1986, fallos: 308:1938.

efectivamente de una pena, a que sea una modalidad de cumplimiento o no, etc.) e involucraba un **componente subjetivo** trascendental que en este caso no se veía satisfecho. Es por ello que el Magistrado consideró que debía revocarse la declaración de reincidencia. Lo interesante de este voto radica en que se estimó fundamental la presencia de este componente subjetivo, en tanto es necesario que el sujeto haya podido internalizar que se encontraba encerrado padeciendo una pena. Sin toma de conciencia por parte de la persona condenada, no podría considerarse cumplido el requisito de cumplimiento parcial del artículo 50 del CP.

A modo de conclusión, retomamos algunas preguntas con la intención de abrir el debate:

✓ La ficción legal del régimen resocializante estatal, ¿opera también en los supuestos de prisión domiciliaria? En caso afirmativo, ¿debe utilizarse en favor o en contra del imputado? ¿En qué consiste el régimen resocializante domiciliario? ¿Tiene que haber un equipo controle e informe semestralmente sobre la evolución del tratamiento? ¿Cómo debiera realizarse la evaluación trimestral de concepto? ¿Qué ocurre con el derecho-deber de trabajar? ¿Y con la obligación de garantizar la educación? ¿O se puede prescindir de los equipos y sus evaluaciones e informes, así como también de las actividades laborales y educativas durante la prisión domiciliaria?

✓ Siguiendo con los interrogantes anteriores, ante la ausencia del estado en la modalidad de cumplimiento de la pena domiciliaria -salvo en lo referido al control de la medida- ¿qué acciones concretas podrían emprenderse para que el ideal de reinserción social esté más presente en esta modalidad de cumplimiento de la pena? ¿O es que la sola ausencia del estado en la ejecución de la condena sería la versión adecuada del régimen resocializante domiciliario?

✓ Si la ficción legal del régimen resocializante estatal no opera en modalidad domiciliaria de cumplimiento de la pena, ¿qué régimen existe en su lugar? ¿La progresividad de las personas que cumplen pena en prisión domiciliaria solo se materializa en el acceso a los derechos del periodo de prueba o a la libertad condicional, si ello fuera posible²⁵, por el mero paso del tiempo?

Bibliografía

Zaffaroni, R., et.al. (2006), Manual de Derecho Parte General, Buenos Aires, Ediar.

²⁵ Debe tenerse presente que la libertad condicional está prohibida para los reincidentes y para los autores de determinados delitos (artículo 14 modificado por la ley 27.375), y que los derechos del periodo de prueba (concretamente salidas transitorias y laborales) también le fueron vedados a los mismos autores que se les impide la libertad condicional (artículo 56 bis de la ley 24.660). Por lo tanto, para los reincidentes corresponden derechos del periodo de prueba y libertad asistida tres meses antes de la extinción de la pena (artículo 54), para los autores peligrosos de algunos delitos corresponde aplicar el régimen preparatorio para liberación un año antes de su externación definitiva por vencimiento del título ejecutivo.

Víctimas de violencias de género, acceso a la justicia y sistema de justicia penal

Haeffeli, María Rosario

Abogada. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional del Litoral
– Santa Fe, Argentina. mariarosarioh@live.com.ar

Resumen: En el contexto del derecho androcéntrico, las mujeres históricamente no han podido acceder en condiciones de igualdad a la justicia. A partir de los años 70 la segunda ola feminista impulsó el reconocimiento de los derechos de las mujeres en el derecho internacional a través de convenciones y tratados luego ratificados por los Estados. En Argentina, como producto de la visibilización de esta problemática y el reclamo social frente a la inacción y falta de respuestas del Estado a las mujeres que padecían violencias de género, fueron sancionadas diversas leyes. Todas ellas reafirman el deber del Estado de garantizar los derechos de las mujeres, así como también la necesidad de investigar y brindar respuestas adecuadas a cada caso. Este trabajo brinda un panorama descriptivo de esta normativa, y presenta reflexiones personales acerca de la situación actual del sistema de justicia penal santafesino.

Palabras claves: víctimas, violencias de género, acceso a la justicia, sistema de justicia penal.

Abstract: *In the context of androcentric law, women historically have not been able to access in equal conditions to justice. Since seventies, the second wave of feminism had encouraged the recongnition of women's rights in international law through conventions and treatys ratified by the States. In Argentina, as a consequence of the visibilization and social claims for the inaction and lack of answers to women that suffered gender violences, a range of laws were enacted. All of them ratified the State's duty of guaranteed women's rights, as well as the necesity of research on the answers to every case. This studie's purpose is to describe the legal spectrum and share personal reflections about the current Santa Fe's criminal justice system.*

Key words: *victims, gender violences, Access to justice, criminal justice system.*

Introducción

Este trabajo pretende compartir algunos avances de mi tesis en curso¹, en el marco de la Maestría en Criminología dictada en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Pretendo describir las normas más relevantes en cuanto a la protección de las víctimas de violencias de género, como así también las que reconocen el derecho de acceso a la justicia, y el impacto de las mismas en el sistema de justicia penal de la ciudad de Santa Fe.

Normativa en relación a las víctimas

A nivel constitucional, en virtud del Art. 75 inc. 22 encontramos numerosas convenciones que consagran la igualdad ante la ley y contemplan expresamente que el Estado debe proveer mecanismos para acceder en condiciones de igualdad a la justa aplicación de la ley. En este sentido, ostentan jerarquía constitucional la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre²; la Declaración Universal de Derechos Humanos³ y específicamente a los fines de este trabajo, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁴ (CEDAW). También es de significativa importancia para este trabajo la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer⁵ (Belem do Pará) que entró en vigor en el año 1996 por Ley 24.632, como así también la Ley de protección integral para prevenir,

¹ El objetivo de dicha investigación es dar cuenta de las percepciones de las mujeres víctimas de violencias de género acerca del sistema de justicia penal en la Ciudad de Santa Fe, con el fin de contribuir al estudio empírico del derecho de acceso a la justicia de las mujeres en el Sur Global (Carrington, Hogg y Sozzo: 2017).

² Artículo 18: Derecho de justicia. Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos.

³ Art 8: Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley. Art. 11. Protección de la Honra y de la Dignidad: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques en concordancia con el art. 24 de Igualdad ante la ley: Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

⁴ Art 15: inc.1 1. Los Estados Partes reconocerán a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley.

⁵ Artículo 4: Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: f. el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley; g. el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos.

sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales⁶.

A nivel nacional, la Ley 27.372 “Ley de derechos y garantías de víctimas de delitos” establece en su art. 2 que “...debe entenderse como víctima aquella persona ofendida directamente por el delito” y establece como objetivo de la misma en su art. 3 “...inc. a) reconocer y garantizar los derechos de las víctimas del delito y de violaciones a derechos humanos, en especial, al derecho al asesoramiento, asistencia, representación, protección, verdad, acceso a la justicia, tratamiento justo, reparación, celeridad y todos los demás derechos consagrados en la Constitución Nacional, en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos de los que el Estado nacional es parte, demás instrumentos legales internacionales ratificados por ley nacional, las constituciones provinciales y los ordenamientos locales.”

A nivel provincial, la Constitución de Santa Fe consagra la igualdad de sus ciudadanos ante la ley en el art. 10. No se encuentra en ella ninguna referencia explícita a las mujeres o el derecho de acceso a la justicia puesto que su sanción es del año 1962. Vale resaltar que absolutamente todos los Señores convencionales (palabras textuales) fueron varones.

Una normativa a nivel provincial de mayor actualidad, es el Código Procesal Penal de Santa Fe de corte acusatorio. El mismo inicia el Título IV que establece los sujetos del procedimiento, dedicando el primer capítulo a la víctima. Con esta técnica legislativa, considero que los autores del Código han reafirmado que el nuevo procedimiento tiene entre sus objetivos la participación y reconocimiento de la víctima como sujeto clave del conflicto y principal afectada por el delito.

Este nuevo posicionamiento de la víctima como parte implica no sólo una serie de derechos enumerados formalmente en el art. 80, sino que también le permite un rol activo en el proceso: presentarse ante el juez previo a las audiencias si así lo quisiera, solicitar informe acerca de la intervención de los fiscales, interponer recursos ante el archivo del legajo fiscal, la posibilidad de constituirse como querellante incluso con acción independiente a la del fiscal, la conversión de la acción, entre otros.

⁶ ARTICULO 3º — Derechos Protegidos. Esta ley garantiza todos los derechos reconocidos por la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos de los Niños y la Ley 26.061 de Protección Integral de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y, en especial, los referidos a: h) Gozar de medidas integrales de asistencia, protección y seguridad; i) Gozar de acceso gratuito a la justicia en casos comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente ley;

A su vez, entiendo que los criterios de oportunidad del Art. 19 al incorporar “la conciliación entre interesados y la persona imputada, en el caso de que sean reparados los daños y perjuicios ocasionados”, es otro ejemplo de que la víctima tiene injerencia en las vías por las cuales se canaliza la acción penal. Sin embargo, en la modificación del Código Procesal Penal del año 2018, se incorporó al inc. 6 la excepción de que en los hechos delictivos de lesiones leves, amenazas y/o violación de domicilio vinculados con la violencia de género no podrán aplicarse procesos conciliatorios.⁷

En mi opinión es implícito en estos artículos, que las víctimas a través del intercambio con los operadores, de la información y participación en el proceso tienen un interés específico a satisfacer por el sistema de justicia penal, un verdadero derecho de acceso a la justicia. Ello evidencia un cambio fundamental con respecto al paradigma del Código Procesal Penal inquisitivo, en el cual los principales sujetos del proceso eran el Estado y el imputado, destinándosele a la víctima un artículo al final del capítulo y nula participación efectiva en el proceso.

La cuestión de las mujeres y el acceso a la justicia

Que el derecho de las mujeres a una vida libre de violencias sea reconocido como derecho humano no fue un hecho casual ni repentino, sino fruto de décadas de lucha por parte de los movimientos feministas. El feminismo de la gobernanza ha avanzado rápidamente en el ámbito del derecho internacional, generando transformaciones normativas realmente importantes desde los años 70. (Iglesias Skujl, 2018; Halley, 2013; Pitch, 2010). El hito fundamental lo constituye la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (desde ahora CEDAW) del año 1979, suscrita por Argentina en el año 1980, que goza de jerarquía constitucional de acuerdo al art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

⁷En este punto en particular la ley presume una asimetría de poder, por la cual la norma considera que las partes no se encuentran en posición para componer el conflicto. De todas maneras, en el marco de mi trabajo diario, dialogué con mujeres que pese a haber padecido situaciones de violencias era de su interés acceder a un proceso conciliatorio. Esta problemática en sí, si bien excede el presente trabajo, permite plantear una hipótesis: quizá las víctimas de violencias de género no necesitan ser tuteladas por del Estado, sino que debería tenerse en cuenta la autodeterminación de las mujeres, como sujetos racionales de acceder o no según sus deseos a mecanismos de justicia restaurativa y no prohibir esta posibilidad, con quienes quizá son padres de sus hijxs, compañeros de vida o asocian su conducta a consumos problemáticos, entre otras posibilidades. En mi opinión, es desacertada esta última incorporación, que por supuesto ha sido realizada de buena fe, en pos del bien común y con urgencia para responder a la problemática de la violencia, pero no ha sido pensada desde una perspectiva de género empoderadora de las mujeres, perdiendo de vista situaciones particulares que escapan a las generalidades de la ley.

La CEDAW es el primer instrumento de derecho internacional en reconocer los derechos de las mujeres en el ámbito de los derechos humanos, con facultades vinculantes para los Estados, incluyendo el Acceso a la Justicia en los artículos 2 (c y e) 3, 5 y 15⁸. Este es un derecho esencial para la efectivización y realización de los demás derechos contenidos en la Convención (Bodelón, 2013). Este derecho abarca, como reconoce expresamente la Recomendación N° 33 de CEDAW: “*la justiciabilidad, la disponibilidad, el acceso, la buena calidad, el suministro de recursos jurídicos para las víctimas y la rendición de cuentas de los sistemas de justicia*”.

En este sentido, afirma Bodelón (2013, p. 27):

“...Calificar la violencia de género como una violación de derechos humanos tiene como consecuencia comprometer a las instituciones públicas, entre ellas las que conforman el sistema de justicia penal –policía, abogacía, jueces, fiscalía- a actuar con la debida diligencia en la investigación de las denuncias, y la protección justicia y reparación a las víctimas de este tipo de agresiones”.

Por otro lado, la Convención de Belem do Para regula en su art 7: los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en (...) llevar a cabo lo siguiente:

- actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;
- establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos.

⁸ Artículo 2: Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a: c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas; Artículo 3: Los Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre. Artículo 5: Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres; b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos. Artículo 15. 1. Los Estados Partes reconocerán a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley.

En el ámbito nacional, la Ley Nacional de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, en su art. 2, inc. F, establece como objeto de la misma “el promover y garantizar el acceso a la justicia de las mujeres que padecen violencia”, destacando así su importancia en la cuestión de género. También las Reglas de Básicas de Acceso a la Justicia de Brasilia, a las que adhirió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 2009 fijaron estándares internacionales de derechos humanos que deben ser respetados por los operadores de la justicia.

Encarna Bodelón (2013, p. 171) afirma que:

“...el Acceso a la Justicia es un derecho que debe ser garantizado por el Estado teniendo en cuenta que dicho acceso a la justicia, así como a los derechos y a la igualdad, sean “efectivos”. La efectividad del acceso a la justicia y, por lo tanto su pleno ejercicio, se vincula no sólo con el reconocimiento de un mayor o menor número de derechos sino con la forma en que se desarrolla en los tribunales dicho derecho. El contexto del ejercicio del derecho a la justicia está claramente marcado por las prácticas de los/as operadores jurídicos, y dichas prácticas traslucen la existencia o ausencia de formación especializada en los/as operadores/as jurídicos, su sensibilización y las creencias sexistas del propio funcionariado”.

Impacto de la normativa en el sistema de justicia penal de Santa Fe

Según encuesta realizada en el año 2011 por el Equipo Latinoamericano de Justicia y Género en la Ciudad de Buenos Aires y en el Gran Buenos Aires, en una muestra de 804 entrevistas, el 19% de las personas entrevistadas conocía a alguien que sufrió violencia de género en el año anterior, de las cuales el 80 % sucedía en el ámbito intrafamiliar. El 60% manifestó que sucedía entre la pareja, y el 75% afirmó que la víctima de esa violencia es la mujer y el perpetrador el varón, arrojando esta mayoría en el rango etareo de 18 a 44 años. Con respecto a la realización de denuncia, el 49% afirma que la denuncia fue realizada en alguna comisaría de la zona, de los cuales el 38% afirma que la situación no fue resuelta. A pesar de ello, el 74 % de las personas encuestadas afirmó que hay que hacer la denuncia ante cualquier situación de violencia. Otra de las preguntas era si hay suficientes canales de ayuda para las víctimas de violencia de género, a lo cual el 47% respondió por la negativa, 35% positivamente y el 18 % no sabe/no contesta. Ante la falta de estadísticas oficiales, estos números arrojan que la violencia de género, siendo las mujeres sus principales

víctimas, es un fenómeno extendido que solicita inmediata atención, no sólo por parte del Estado sino también del tejido social.

En la actualidad, y siguiendo la legislación existente en materia de género, distintas instituciones del Estado han tomado nota del reclamo social contra la violencia de género, por lo que recientemente se han establecido protocolos de actuación y mecanismos de respuesta institucional frente a ella. En este sentido, el Ministerio Público de la Acusación, Regional I (distrito Santa Fe), en fecha 12 de Octubre de 2017, resolvió debido a “la gran cantidad de casos de violencias de género, familiar o sexual que se han denunciado en la región durante los primeros años de funcionamiento del Ministerio Público de la Acusación, surge necesario y oportuno para la adecuada persecución penal [...], la puesta en funcionamiento de una Unidad Fiscal Especial que aborde los delitos cometidos con Violencias de Género, Familiar y Sexual en el ámbito territorial del Distrito Judicial N°1”, (Ministerio Público de la Acusación, 2017).

Considero que en los últimos años la política criminal del Ministerio Público ha avanzado en la persecución de los delitos relacionados a la violencia de género. La creación de una Unidad Especializada en Violencia de Género, conformada en la actualidad con ocho fiscales y sus respectivos empleados, en menos de dos años avanzó en la presentación a juicio oral de abusos sexuales logrando condenas, lo que habla de una preocupación institucional por dar respuesta a estos conflictos.

Pese a ello, se presentan ciertas dificultades en la práctica: los casos de violencia de género son complejos en cuanto a la cuestión probatoria. En las investigaciones penales preparatorias muchas veces se encuentran en tensión las declaraciones de las mujeres en cuanto no existen testigos ni exámenes médicos que acrediten la situación de violencia de género en la que se encuentra: “*Hay desafíos concretos en materia probatoria porque no alcanza con invocar la ya reconocida amplitud probatoria para perder toda la función de garantía que la prueba cumple...*” (Di Corleto, 2017: 276). Es difícil sostener estas investigaciones en el sentido en que los códigos de procedimientos y los medios de prueba han sido pensados: para los casos en general, de corte estandarizado, frente a una diversidad de conflictos de distinta índole. No son contempladas las características propias de los conflictos en que se enmarcan las violencias de género: generalmente se ejercen en el ámbito privado, en una relación desigual de poder, son sostenidas reiteradamente pero sin testigos, etc. Todo ello, constituye un desafío para la investigación de estos casos debido a “*la carencia de protocolos que describan la complejidad probatoria de estos casos así como el detalle de las pruebas mínimas que es preciso recopilar para proporcionar una fundamentación probatoria adecuada.*” (CIDH, 2007).

Si bien de acuerdo a los estándares probatorios actuales, con las falencias observadas, la jurisprudencia de la Ciudad de Santa Fe se encamina a reconocer situaciones antes obviadas. Así, podemos encontrar una sentencia de este año, en el marco de una investigación por abuso sexual, donde se reconoce que los delitos de violencia de género se enmarcan en un “...acto de poder, de dominación y una clara manifestación o reflejo de las relaciones asimétricas e históricamente desiguales entre hombres y mujeres que merece ser sancionado, no sólo por encuadrar su conducta en una figura legal prevista en el Código Penal como delito, sino porque existe una clara manda convencional que los operadores de justicia no podemos soslayar, por resultar un compromiso para el efectivo acceso a la justicia en orden a los derechos humanos de las mujeres de vivir una vida libre de violencia...”⁹. Estas valoraciones hablan del impacto de la visibilización de los derechos de las mujeres; el modo en que se persiguen y judicializan los abusos sexuales pone en consideración las desigualdades en las relaciones entre los sexos (Pitch, 2013).

El abordaje de esta problemática en el sistema de justicia penal es central en mi trabajo de Tesis, que se desarrolla en el marco de los delitos investigados por la Unidad Especializada en Violencia de Género del Ministerio Público, presentados ante jueces del fuero penal ordinario en audiencias, de las cuales resulta la aplicación de dos institutos receptados en el Código Procesal Penal de Santa Fe: la medida cautelar de prisión preventiva (Art. 219 del CPP) y las medidas alternativas a la prisión preventiva¹⁰ (Art. 221 del CPP). La selección de casos toma las denuncias en las que se ha resuelto la Prisión Preventiva, o Medidas Alternativas a la misma, para el imputado por el delito de lesiones en contexto de violencia de género, en el bimestre de Agosto y Septiembre de 2018, se entrevistará a las mujeres denunciadas a los efectos de analizar sus percepciones acerca de la actuación del sistema de justicia penal.

Es de mi interés en ese trabajo saber si las mujeres consideran que a través de estas respuestas fue efectivo el acceso a la justicia como derecho humano, y abordar sus experiencias con los operadores judiciales: policías, fiscales, empleados, defensores y jueces. Es una oportunidad para analizar si creen que la aplicación de estos dos institutos es efectiva como respuesta a la situación de violencia en la que se encuentran, si correspondía

⁹ “R.G.E s/ Abuso sexual con acceso carnal calificado por el vínculo (arts. 45, 119 tercer y cuarto párrafo inciso b) del Código Penal”. Fallo de Primer instancia de los Dres. Falkenberg, Pocovi y Candiotti, Abril 2019, Circ. N° 1.

¹⁰ La incorporación de las medidas alternativas a la prisión preventiva en el modelo acusatorio santafesino apunta a reducir la utilización de la medida excepcional de la prisión preventiva, que había alcanzado números alarmantes en todo América Latina según informe de la CIDH en 2013¹⁰, acercando al Estado a los debidos estándares de justicia, a los principios rectores de legalidad, necesidad y proporcionalidad, y fundamentalmente, respetando los derechos humanos de los imputados.

una respuesta penal, si esperaban este tipo de respuesta u otra, si constituye un punto de inflexión que interrumpe el contexto de violencia en que se encuentran. Por otro lado también es importante preguntar si identifican que sus derechos han sido vulnerados de alguna manera en el marco del proceso penal y cuáles son las limitaciones que encontraron en el sistema judicial para el ejercicio de los mismos.

Interesa su estudio debido a que son los casos en los que podemos encontrar una respuesta concreta del sistema de justicia penal, constituyendo una muestra abarcable en el período fijado. Teniendo en cuenta la excepcionalidad de la prisión preventiva, así como los principios del derecho penal que la rigen: proporcionalidad y racionalidad, es de interés el análisis de las resoluciones judiciales, cuáles son los fundamentos de las mismas y el rol que ocupa la víctima en ellas, atendiendo a las últimas reformas del código procesal.

Consideraciones finales

De lo trabajado hasta este momento, han surgido más preguntas que respuestas. Lógicamente, al encontrarme aún en el desarrollo teórico de la temática de estudio, encuentro diferentes problemáticas a abordar, tanto las que afrontan las víctimas denunciantes como los operadores judiciales, y las dificultades del derecho penal y procesal penal para dar respuestas satisfactorias a estos casos con una conflictividad particular. Hay que destacar que la cuestión radica en trabajar en pos de la superación de las dificultades y obstáculos para lograr una gestión e investigación de los casos de violencia de género, con el objetivo de dar respuestas eficientes y de calidad a la mayoría de las víctimas, y que esto no significa perseguir condenas en todos los casos, debido a que el feminismo no se identifica con el punitivismo¹¹.

La vieja discusión que gira en torno a “lo privado es público” no debe resultar en una intromisión estatal tutelar de la posición de las mujeres en el sistema de justicia penal. Como afirma Segato, es innegable el poder de propaganda y persuasión del Derecho tiene potencial transformador en las costumbres “...y en el sustrajo prejuicioso del que emanan las violencias...” (Segato, 2003:127), pero debemos tener cuidado: las políticas de los gobiernos contra la violencia de género no deben encontrar su cauce en el sistema de justicia penal, expandiendo los tipos penales. Los empresarios morales no deben cooptar el feminismo, ya que este correría el riesgo de ser minimizado y amordazado, contentándose con la sanción

¹¹ Como bien señala Ileana Arduino, justamente en este momento, el feminismo enarboló como bandera la despenalización del aborto, constituyéndose como grupo antipunitivista.

de leyes que no impactarán en la esencia del conflicto, no revertirán sus causas ni articularán las respuestas institucionales que deben ser anteriores al sistema de justicia penal, reservándolo como última ratio.

Podemos pensar que falta camino por recorrer, que el derecho no ha receptado aún muchas de las exigencias actuales para la gestión de los conflictos, pero no hemos de perder de vista que el sistema acusatorio en Santa Fe ha sido recientemente implementado, que las instituciones que lo sostienen también, reconociendo un largo pero joven camino tanto del derecho de las víctimas a un efectivo acceso a la justicia como al respeto de las garantías de los imputados.

Bibliografía

Carrington, K., et al. (2018) "Criminología del Sur". Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales, 27, nº 45, 1º semestre 2018. Buenos Aires | Santa Fe, República Argentina. 9-33.

Comité para la Eliminación de la discriminación contra la mujer (2015) *Recomendación N° 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia*. ONU. Recuperado el 27 de Julio de 2019 de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10710.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2016/10710>

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2013) *Informe sobre uso de la prisión preventiva en las Américas*. Recuperado el 24 de Julio de 2019 de <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>

Di Corleto, J. (2017) *Género y justicia penal*. Ed. Didot. Buenos Aires. Argentina.

Gherardi, N. (2012). *Más allá de la denuncia: Los desafíos para el acceso a la justicia. Investigaciones sobre violencias contra las mujeres*. Equipo Latinoamericano de Justicia y Género. Buenos Aires. Argentina

Halley, J., et al. (2006). From the international to the local in feminist legal responses to rape, prostitution/sex work, and sex trafficking: four studies in contemporary governance feminism. *Harvard Journal of Law & Gender*, 29, 335-423.

- Heim, D. (2016) *Mujeres y acceso a la justicia*. Ed. Didot. Buenos Aires. Argentina.
- Iglesias Skulj, A. (2017) La Trata de personas en el contexto latinoamericano: La protección de los derechos humanos de las mujeres bajo un paradigma securitario. Especial referencia a México, Brasil y Argentina. *Sistemas Judiciales. CEJA e INECIP*. Año 18. N° 22. 8-22.
- Larrauri, E. (2018) *Criminología Crítica y Violencia de Género*. Ed. Trotta. Madrid. España.
- Pitch, T. Sexo y Género de y en el Derecho: el Feminismo Jurídico. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44 (2010), 435-459.
- “R.G.E s/ Abuso sexual con acceso carnal calificado por el vínculo (arts. 45, 119 tercer y cuarto párrafo inciso b) del Código Penal”. (2019) Fallo de Primer instancia de los Dres. Falkenberg, Pocovi y Candiotti. Circunscripción. Judicial N° 1. Santa Fe, Argentina.
- Segato, R. (2010). *Las estructuras elementales de la violencia*. Ed. Prometeo libros. Buenos Aires. Argentina.

Aproximaciones a la perspectiva sobre femicidios

Maggiori, María Jorgelina¹

Resumen: la importancia de conceptualizar al femicidio nos acerca a denominar las muertes violentas de mujeres como hechos con relevancia social. Bajo este paradigma, la perspectiva de género es clave porque rompe con un esquema de delito entendido como transgresión a la norma y su pena individual al exponer la muerte como resultado de una sanción misógina hacia la mujer que infringió un estereotipo social y procura evitar la impunidad del hecho a través de una adecuada intervención estatal.

Abstract: *the importance of conceptualizing femicide brings us closer to naming the violent deaths of women as facts with social relevance. Under this paradigm, the gender perspective is key because it breaks with a scheme of crime understood as a transgression of the norm and its individual punishment by exposing death as a result of a misogynist sanction towards the woman who infringed a social stereotype and seeks to avoid impunity of the fact through an adequate state intervention.*

1. Presentación

Existe un común denominador en los conceptos imperantes sobre femicidios: comprenden *todos los casos de muertes violentas de mujeres*². La importancia de esta premisa inicial radica en que detrás de cada muerte puede existir un femicidio aunque inicialmente no haya sospecha de criminalidad³.

Como punto de partida, aún sin perspectiva de género, cierto es que podemos atribuir responsabilidad individual en casos concretos (que se verá cristalizado en un proceso penal) y para ello basta recurrir a la legislación imperante⁴. Sin embargo, la importancia de incorporar la perspectiva de género implica reconocer que los femicidios reflejan un hecho social que se da en un contexto histórico y cultural determinado por relaciones violentas de subordinación⁵.

¹ Abogada especialista en Derecho Penal por la UNR con desempeño profesional en la Fiscalía General del Ministerio Público de la Acusación de la provincia de Santa Fe, adscripta en Derecho Penal I del Dr. Jorge Baclini en la cátedra del Dr. Daniel Erbetta, aspirante a adscripta en Derecho Penal II del Dr. Sebastian Narvaja en la cátedra del Dr. Jorge Ilharrescondo y colaboradora en el Taller de Práctica Profesional en el MPA con el Dr. Jorge Baclini, todas asignaturas dictadas por la Facultad de Derecho de la UNR

² Conf. Protocolo ONU pág. 6 apartado 21.

³ Protocolo ONU. Pág. 6 y ss.

⁴ En nuestro país, la ley nacional 26.485 otorga una definición al respecto en su art. 4, que luego tuvo adhesión en Santa Fe por ley 13.348. Posteriormente, a través de la ley 26.791 (14/12/12) se incorporó en el código penal en el artículo 80 inciso 11 y figuras agravadas en los incisos 1, 4 y 12 adaptándose a una tendencia regional de sancionar los delitos en contexto de género.

⁵ *La violencia se utiliza de manera rutinaria para callar, oprimir, sujetar y matar a las mujeres. Afecta la realización de los derechos de las mujeres –su salud, su potencial económico, su*

Bajo este paradigma de análisis, no basta con poner el foco en la responsabilidad individual y su respuesta punitiva, sino en profundizar la obligación estatal de establecer estrategias de persecución penal que, necesariamente, deben implementarse ante un fenómeno que se traduce socialmente en la respuesta letal que sanciona a aquella mujer que, según estereotipos sociales, transgrede un orden de dominación y que, sin perspectiva de género, reafirma el rol del estado como reproductor de esas prácticas.

En este orden de ideas y para llevar a cabo este trabajo, se analizaron diversos instrumentos y recomendaciones locales e internacionales que abordan las investigaciones sobre femicidios y que, lejos de agotar la temática propuesta por su complejidad, aspiran respetuosamente a acercar algunos aportes a la perspectiva de género sobre femicidios.

2. Aproximaciones conceptuales

En primer término, es necesario abordar los conceptos ya acuñados, dado que establecer una base mínima de supuestos en este complejo fenómeno nos permite distinguir investigaciones penales que parten de una mirada tradicional en el esquema de persecución, de aquellas que podríamos llamar estratégicas en materia de violencia de género.

El concepto de **femicidio** fue abordado como alternativa a la neutralidad del término “homicidio” con la finalidad de visibilizar la discriminación, entendido como el “asesinato misógino de mujeres por los hombres”, o bien “como el asesinato de mujeres por hombres porque son mujeres” excluyendo así a las muertes en accidentes de tránsito o donde el género es irrelevante, como podría ser en el curso de un robo y otorgándole al concepto un claro sentido político⁶. En esa evolución, se desarrolló el término **femicidio** como el acto de matar a un mujer por el sólo hecho de su pertenencia al sexo femenino aunque entendido como “crimen de estado”, dándole una connotación más radical al término al incorporar en la definición la fractura del estado favoreciendo la impunidad a causa de la falta de respuesta en el deber de investigar y sancionar como así también el incumplimiento de las obligaciones de garantía.

participación en la política y su contribución a la sociedad en general- y es un obstáculo al desarrollo humano, a la democracia y a la paz en los países de la región. MESECVI, Informe Hemisférico N° 2, año 2012, página 9

⁶ El término fue elaborado por Diana Russell dándole publicidad en 1976 a través de una presentación ante el Tribunal de Crímenes contra la Mujer en Bruselas. Allí sostuvo que “*Los hombres nos dicen que no nos tomemos un interés morboso en estas atrocidades. El epitome de la trivialidad es supuestamente una curiosidad sobre la última violación y el último asesinato. El asesinato y la mutilación de una mujer no se consideran un crimen político (evento). Los hombres nos dicen que no se les puede culpar por lo que hacen unos pocos maníacos. Sin embargo, el proceso mismo de negar el contenido político del terror ayuda a perpetuarlo, continúa Nosotros débiles, vulnerables y temerosos*”. Disponible en <http://www.dianarussell.com/defining-femicide-.html>

3. El estándar internacional

En el ámbito convencional, contamos con instrumentos internacionales que promueven estándares de actuación que le otorgan un valor fundamental a la vida de las mujeres, imponiendo a los estados la obligación de investigar, sancionar y reparar aquella violencia. A modo de síntesis, muy ajustada por cierto, se señalarán algunos conceptos fundamentales que se desprenden de ellos:

La Declaración sobre la Eliminación de Violencia contra la Mujer (1993) refiere que es violencia todo acto basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas a tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad (art. 1). La declaración, además exhorta a los estados a proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y castigar todo acto de violencia contra la mujer (art. 4). En igual sentido, se pronuncia la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing (ap. 113).

La Convención de Belém do Pará (1996) considera que debemos entender por violencia a cualquier acción o conducta *que cause muerte basada en su género* proclamando que toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como privado y derecho a que se respete su vida (arts. 1 a 4). Luego, afirmando que la violencia contra las mujeres constituye una violación a los derechos humanos, convienen que los estados tienen el deber de adoptar políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia (art. 7).

El Modelo de Protocolo de Investigación de Muertes Violentas (2014) define al femicidio como *“muerte violenta de mujeres por razones de género, ya sea que tenga lugar dentro de la familia, unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, en la comunidad, por parte de cualquier persona, o que sea perpetrada o tolerada por el Estado y sus agentes, por acción u omisión”*⁷. El deber de diligencia⁸ es el marco de referencia para analizar acciones u omisiones del estado y el acceso a la justicia es un pilar esencial garantizar su cumplimiento.

Hasta aquí podemos apreciar que existen características comunes en las aproximaciones conceptuales y convencionales aunque las interpretaciones mantienen algunas diferencias y esa interpretación nominativa ha tenido correlato en las decisiones jurisdiccionales⁹.

⁷ Protocolo ONU 2014, pág. 14

⁸ La CIDH en el caso “*Fernández Ortega*” señala que el deber de investigar es una obligación de medios y no de resultado asumido como deber jurídico propio de iniciar de oficio y sin dilación una investigación seria, imparcial y efectiva (ap. 191). En “*Campo algodonero*” refiere que los estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en caso de violencia contra las mujeres, contando con un marco jurídico de protección que permita actuar eficazmente ante las denuncias.

⁹ En el fallo de la CIDH “*Campo algodonero*” (16/11/09), la comisión no calificó los hechos como femicidio (consid. 137) aunque trató el homicidio de mujeres por razones de género considerando

4. La consolidación político- criminal

A partir de la premisa inicial, el contenido de violencia se vincula con la necesidad de enraizar patrones culturales asignados al rol femenino que afirman la preponderancia masculina, de discriminación y desprecio hacia la vida de la mujer. Aquí podemos observar, si tuviéramos una lupa, que el autor moviliza su conducta en la necesidad de reforzar su masculinidad y a través de ese lente se asienta la necesidad de preservar un orden social de inferioridad arraigado en ideas misóginas de superioridad. Es decir, que a través de la muerte violenta se pretende refundar y perpetuar patrones que culturalmente han sido asignados a lo que significa ser mujer¹⁰, de allí que los móviles que potencian la agresión contra la mujer suelen presentarse como un ejercicio de una violencia desmedida previa, concomitante o posterior a la acción delictiva, que evidencia una brutalidad particular en el cuerpo de la mujer.

Siguiendo este marco conceptual, el ámbito de aplicación debe ampliarse a los *suicidios*¹¹ partiendo de la noción del hecho como constitutivo de delito en contraposición a una mirada fragmentaria de las circunstancias fatales que podrían poner el eje en un recorte de la motivación personal de la mujer garantizando la impunidad y sorteando la respuesta punitiva. Además se incorporan las *muertes de mujeres aparentemente accidentales* que deberán verificarse ante cualquier indicio que nos permita asociarlo como un evento violento en contexto femicida; como así también, toda *muerte dudosa*, entendida como aquella de sospechosa criminalidad donde se desconoce la causa de muerte y no puede descartarse la intervención de un tercero. Merecen idéntico análisis¹² los homicidios motivados por razones de género¹³, aunque la víctima no sea mujer (personas con orientación sexual, identidad de género o expresión de género diversas), femicidios vinculados de varones, tentativas de femicidios y se identifican diversas modalidades delictivas de muertes violentas que se clasifican en activos/directos y pasivos/indirectos¹⁴.

responsabilidad estatal por la defectuosa investigación de los hechos y por la ausencia de perspectiva de género (consid. 231).

¹⁰ Protocolo de ONU pág. 35 y ss.

¹¹ Los suicidios pueden ocurrir como consecuencia de la violencia sufrida en forma previa o bien, como modalidad de ocultamiento de homicidio por parte del autor que presenta el hecho como suicidio o muerte accidental. Así lo ejemplifica el protocolo ONU (pág. 6. Ap. 22), lo incorporan protocolos de actuación del MPF de Buenos Aires y la Pampa y lo adopta el documento base para los Ministerios Públicos de la República.

¹² Conf. Protocolo para la investigación y litigio de casos de muertes violentas de mujeres UFEM. Pág. 16 y ss.

¹³ "La investigación sobre un supuesto homicidio por razón de género no debe limitarse a la muerte de la víctima, sino que debe abarcar otras afectaciones específicas contra la integridad personal, tales como torturas y actos de violencia sexual" Corte IDH, Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, 19 de mayo de 2014, párr. 188.

¹⁴ El protocolo ONU identifica como modalidades delictivas: femicidios íntimos, no íntimos, infantil, familiar, por conexión, sexual sistémico, por prostitución u ocupaciones estigmatizadas, por trata, tráfico, transfóbico, lesbofóbico, racista o por mutilación genital femenina.

Es importante tener en cuenta que los supuestos aquí traídos no deben tomarse como casos con modalidad estática, ya que pueden tener características diferentes según el contexto. Desde esta perspectiva, se observa que los supuestos contemplados no se circunscriben estrictamente al femicidio contemplado en el artículo 80 inciso 11 del Código Penal sino que el ámbito de aplicación resulta más amplio.

4.1. Los estereotipos de género

Un aspecto negativo para la investigación es la perpetuación de estereotipos que se presentan como causas y consecuencias de la violencia contra la mujer¹⁵ y se reproducen por agentes estatales de la administración de justicia cuando no se adoptan medidas para dar respuesta a los actos de violencia contra la mujer.

Los estereotipos no pueden escindir-se del orden social sino que se relacionan con la construcción y expectativa de rol de las mujeres en una sociedad: así se establecen roles y funciones para hombres y mujeres que tienen que ver con pautas que establecen lo que es “normal” en ese orden. Cuando una mujer realiza conductas que producen una desviación de esas expectativas, defrauda el rol y es necesario “corregirla” o bien, “sancionarla” incluyendo la violencia para mantener ese orden de dominación. Por ello, afianzar este orden de ideas preconcebidas¹⁶, como por ejemplo la presunción de responsabilidad por lo que sucedió, la forma de actuar de la víctima, su vestimenta o estilo de vida, etcétera, pueden descontextualizar y alejarnos del contexto real del suceso. De este modo, aún cuando el hecho haya sido cometido por particulares y no por funcionarios estatales, la reproducción de estereotipos implica una distancia del esclarecimiento¹⁷.

La actuación del estado frente a la violencia de género desprovista de prejuicios de discriminación, además de responder a estándares de debida diligencia, tiene en miras afianzar una sociedad más justa y equitativa que previene la continuidad de la violencia individual y la reafirmación como violencia institucional¹⁸.

¹⁵ CIDH “Gonzalez y o/s. (campo algodnero) vs. Mexico” 2009 párr. 401

¹⁶ Las actitudes tradicionales, según las cuales se considera a la mujer como subordinada o se le atribuyen funciones estereotipadas perpetúan la difusión de prácticas que entrañan violencia o coacción, como la violencia y los malos tratos en la familia, los matrimonios forzados, el asesinato por presentar dotes insuficientes, los ataques con ácido y la circuncisión femenina. Esos prejuicios y prácticas pueden llegar a justificar la violencia contra la mujer como una forma de protección o dominación. El efecto de dicha violencia sobre su integridad física y mental es privarla del goce efectivo, el ejercicio y aun el conocimiento de sus derechos humanos y libertades fundamentales. CEDAW, La violencia contra la mujer, RG N° 19, párrafos 11 y 12

¹⁷ CEDAW art. 5 inc. a) y 10 inc. c). Convención de Belem do Pará (arts. 3 a 6). Plataforma de acción de Beijing, párr 125 ap. B)

¹⁸ Protocolo ONU. Pág. 45.

4.2. La importancia del contexto

El momento apropiado para definir una hipótesis¹⁹ con perspectiva de género es desde el inicio: es decir, desde la noticia criminal hasta su finalización, bien sea para casos de muertes recientes como así también para los casos más remotos. El impulso tardío puede afectar la realización eficiente de actos esenciales como la preservación de evidencia, recolección de testimonios esenciales.

Ello implica que en las primeras actuaciones pueda indagarse sobre toda información, vinculada integralmente con el suceso como emergente de violencia letal, dentro del marco de libertad probatoria. En líneas generales de acuerdo al tipo de femicidio²⁰ que se trate, esa indagación podrá versar en las relaciones entre víctima y agresor (si son pareja o si lo fueron, si tienen relación cercana, si son extraños, ambiente circundante, escuela, trabajo, etc.), hechos previos (denuncias administrativas, civiles o penales de la víctima que acrediten el contexto), concomitantes (antecedentes del agresor en hechos similares, afectación a la intimidad o libertad de la víctima por manipulación a través de telefonía fija o celular, redes sociales, etc.) y posteriores al crimen (violencia ejercida luego de la muerte, ocultamiento del cadáver, actitud del agresor para justificar su conducta o culpar a la víctima, etc.). Todo ello, para verificar la presencia o ausencia de razones de género.

Esa hipótesis preliminar, además, deberá considerar el caso con un enfoque intersectorial que es más complejo de abordar porque debe considerar que la víctima, además de estar determinada por su condición de mujer, también lo está por las diferencias económicas, etarias, culturales, raciales, de religión, idiomáticas que experimenta a lo largo de su vida.

De este modo, puede observarse que el contexto no es sencillo de definir porque no puede enmarcarse en una concepción universal de violencia sino que debe investigarse: tanto el perfil (intersectorial) de la víctima como la repercusión del resultado para el agresor imposibilita homogeneizar patrones sociales que incidieron y determinen un estándar de investigación único, sin perjuicio que las pautas culturales son un marco de referencia común en todo femicidio.

5. Reflexiones finales

A modo de conclusión, existen numerosos interrogantes a profundizar ya que el fenómeno abarca un universo de hechos con un alto componente social que no es heterogéneo.

¹⁹ “Ciertas líneas de investigación, cuando eluden el análisis de los patrones sistemáticos en los que se enmarcan cierto tipo de violaciones a los derechos humanos, pueden generar ineficacia en las investigaciones”. CIDH “Campo algodonero” párr. 366. 11/05/07

²⁰ Para un análisis más detallado puede acudir a los capítulos III y IV del protocolo ONU.

Entendido como arquetipo de relaciones de subordinación, el concepto de *muertes violentas de mujeres* está atravesado por paradigmas sociales que no pueden soslayar que el hecho es cometido por un sujeto con patrones misóginos, ya sea como agente femicida o a través de sus actos, que pretende refundar o perpetuar ese orden de superioridad o de dominación culturalmente asignado a lo que significa ser mujer²¹ (sanción como infracción al orden social).

El estudio, sin dudas, es complejo: cuando el estado no responsabiliza estos actos de violencia con perspectiva de género se propicia un espacio de impunidad que la sociedad tiende a naturalizar. Como resultado concreto, hay una denegación de justicia pero, de modo subyacente, se transmite el mensaje de que la violencia contra la mujer es aceptable o “normal” reafirmando tales relaciones de subordinación.

La ponderación conceptual nos aproxima a una política criminal como paradigma analítico, no sólo de delito y sanción, sino que propone con la mirada de género una estrategia para valorar la política estatal del sistema de justicia penal en relación a los femicidios como un hecho social y a través de una perspectiva integral de delito como conflicto, éste paradigma analítico podría pensarse extensible a otras modalidades delictivas.

Bibliografía

Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (convención de Belém do Pará) aprobada mediante ley 24.632 el 01/04/96

Convención sobre la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer aprobada en 1979 y ratificada por Argentina en 15/07/1985

Corte IDH. Caso “*Fernandez Ortega y ots. Vs. México*”. 30/08/2010

Corte IDH Caso “*Gonzalez y ots. Vs. México*” 16/11/09

Corte IDH, Caso “*Veliz Franco y ots. Vs. Guatemala*”. 19/05/2014

Declaración sobre la eliminación de violencia contra la mujer, aprobada por Asamblea General de Naciones Unidas el 20/12/93

Declaración y Plataforma de Acción de Beijing adoptada en septiembre 1995 en Beijing, China por ONU Mujeres.

Estandarización de registros y protocolos de investigación de femicidios. Documento base para los Ministerios Públicos de la República Argentina. Elaborado por el Consejo

²¹ Protocolo ONU. Ap. 98 Pàg. 35 y ss.

de Procuradores, Fiscales, Defensores y Asesores Generales y el Consejo Federal de Política Criminal. Abril 2019

Informe Hemisférico Nro. 2 del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belem do Pará (MESECVI). Año 2012.

Ley nacional 26.485 de protección integral a las mujeres. B.O. 01/04/09

Ley nacional 26.791 reforma Código Penal. B.O. 11/12/12

Ley provincial 13.348 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres. B.O. 30/05/13

Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio) Elaborado por la oficina regional para América Central del alto comisionado de ONU. 2014.

Protocolo de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio) MPF La Pampa. Año 2017.

Protocolo para la investigación y litigio de casos de muertes violentas de mujeres (femicidios) UFEM. MPF. Septiembre 2018

Página web <http://www.dianarussell.com/defining-femicide-.html>

Abuso sexual infantil y Sistema de Protección de Derechos de niñas, niños y adolescentes en la República Argentina

Maldonado, María Julia¹

Resumen: en la actualidad el abordaje de los casos de abuso sexual donde las víctimas son niñas, niños y adolescentes, se realiza desde diferentes enfoques, como el propio del derecho penal y el que corresponde al sistema de protección de derechos de estos sujetos vulnerables. Pero los mismos no logran congeniar para una intervención integral en pos de la protección de los derechos de los mencionados, por lo que es necesario conocer las dificultades al respecto para un abordaje más acorde a la legislación nacional e internacional.

Palabras claves: abuso sexual infantil - Derecho Penal - niñez - interacciones - dificultades

Abstract: currently, the approach to cases of sexual abuse where the victims are girls, boys and adolescents, is carried out from different approaches, such as that of criminal law and that corresponding to the system of protection of rights of these vulnerable subjects. But they do not manage to agree for a comprehensive intervention in pursuit of the protection of the rights of those mentioned, so it is necessary to know the difficulties in this regard for an approach more in line with national and international legislation.

Key words: child sexual abuse - criminal law - children - interactions – difficulties

Introducción

Por medio del presente trabajo se planteará la situación actual del abordaje del abuso sexual infantil en el marco de la normativa penal y protectoria de los niños, niñas y adolescentes como sujetos vulnerables en razón de su edad; yendo más allá del tipo y visibilizando algunas de las dificultades que acontecen en la realidad en la interacción con el sistema de protección de derechos de los mencionado y los operadores del sistema y ajenos a él.

¹ Aspirante a adscripta de las asignaturas Derecho Penal I, Derecho Penal II y Derecho Procesal II (Penal) - Plan 2012 y Derecho Procesal III - Plan 2016 de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario

1. Aspectos relevantes de la figura del abuso sexual cuyas víctimas son niñas, niños y adolescentes: abuso sexual infantil

En primer lugar, debemos tener en cuenta que en el Código Penal de la Nación Argentina se encuentran legislados como Delitos contra la Integridad Sexual (Libro Segundo, Título III) múltiples tipos cuyos sujetos pasivos son o pueden ser niñas, niños y/o adolescentes - en adelante NNA-, siendo los mismos: abuso sexual, estupro, corrupción de menores, pornografía infantil, exhibiciones obscenas, raptó y grooming.

En segundo lugar, se debe considerar, con especial atención, que al referirse la presente ponencia al abuso sexual infantil, en adelante ASI, se pone el foco en un sujeto pasivo específico, es decir a una niña o niño, en el sentido de la Convención sobre los Derechos del Niño, donde se considera como tal a la persona humana desde los 0 a los 18 años de edad, sin hacer la diferenciación que desde el Código Civil y Comercial de la Nación se realiza en cuanto a niño (0-12 años) y adolescente (13-18 años).

Tal como ya se mencionara, el abuso sexual, se encuentra normado en el Código Penal, específicamente en el art. 119, siendo incluidas las agravantes en el mismo.

Y es en ese artículo, en el párrafo 1° donde se regula el abuso sexual simple; dicho delito plantea como sujetos pasivos a aquellas personas que fueran menores de trece años, o que siendo mayores de esa edad, mediara en la comisión del hecho violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima no haya podido consentir libremente la acción. Es decir, que el sujeto pasivo es la niña o niño que siendo menor de trece años sufriera el abuso, o el mayor de esa edad, pero que lo sufriera cuando mediara coacción de cualquiera de los modos mencionados u otra causa por la que no haya podido consentir libremente la acción. Siendo la presunción legal de falta de consentimiento, en los menores de trece años, basada en la inmadurez de la víctima que le impide comprender la naturaleza del acto, o que comprendiéndola, no se pudo oponer y en los mayores de esa edad, la situación de coacción a la que se la/o somete.

En el mismo artículo pero en el segundo párrafo, se tipifica el abuso sexual gravemente ultrajante, teniendo en cuenta la mayor afectación a la integridad sexual, la humillación de la víctima y el daño a su propia dignidad, pero todo esto sin hacer diferencia respecto la edad del sujeto pasivo.

Mientras que en el tercer párrafo, se regula el abuso sexual con acceso carnal, figura que ha sufrido la última modificación en el año 2017, por medio de la ley 27.352,

permitiendo la inclusión, desde ese momento, de la fellatio in ore como un tercer modo de comisión del delito mencionado. Tampoco en este párrafo se realiza distinción respecto la edad del sujeto pasivo, pero en el mismo se referencia que deberán mediar las circunstancias expuestas en el primer párrafo del artículo.

Ya en el cuarto párrafo se enumeran las agravantes de las figuras básicas, siendo las mismas:

- a) cuando resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima;
- b) cuando el hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o guarda. Agravante que tiene su fundamento en la calidad del sujeto activo en referencia al cuidado de la víctima que debía llevar adelante;
- c) cuando el autor tuviera conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiera existido peligro de contagio.
- d) cuando el hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas.
- e) cuando el hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones.
- f) cuando el hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo. Agravante que requiere la concurrencia de ambos elementos: la edad del sujeto pasivo y la existencia de la situación de convivencia de la cual se aprovecha el autor del hecho, implicando así el cumplimiento o cuidado de una función de guarda o cuidado de la víctima. Diferenciándose, de este modo, con el inciso b), ya que en el b se agrava por el adecuado cumplimiento del deber de cuidado, mientras que en el f se basa en la relación de convivencia, aún sin vínculo jurídico o de hecho que implique esa función.²

Seguidamente, en el art. 120 se regula el estupro, que no sólo se relaciona por identidad de actos con el abuso sexual³ sino que además cuentan ambos artículos con una agravante común, referida a la muerte de la persona ofendida..

Finalmente, no puede dejarse de lado que han existido avances y modificaciones de importancia respecto los delitos contra la integridad sexual donde las víctimas son NNA, siendo los mismos los introducidos por las leyes 27.206 de noviembre de 2015 que

² TAZZA, Alejandro, (2018) "Código Penal de la Nación Argentina comentado. Parte Especial. Tomo I Arts. 79 a 161. (2da Edición actualizada. Santa Fe Rubinzal - Culzoni Editores), pág. 415.

³ *Ibidem*, pág 420.

dispuso que “en los delitos previstos en los artículos 119, 120, 125, 125 bis, 128, 129 - in fine -, 130 - párrafo segundo y tercero -, 145 bis y 145 ter del Código Penal, se suspende la prescripción mientras la víctima sea menor de edad y hasta que habiendo cumplido la mayoría de edad formule por sí la denuncia o ratifique la formulada por sus representantes legales durante su minoría de edad.

Si como consecuencia de cualquiera de los delitos indicados hubiera ocurrido la muerte del menor de edad, comenzará a correr desde la medianoche del día en que aquel hubiera alcanzado la mayoría de edad”, y la ley 27.455 de octubre del 2018, que dispuso que se modificara la redacción del art. 72 del Código Penal, posibilitando, en la actualidad, la investigación de oficio - es decir, sin remoción de instancia previamente - de los delitos de los artículos 119, 120 y 130 cuando la víctima fuere menor de 18 años o haya sido declarada incapaz.

Es en base a lo ya mencionado respecto la legislación vigente, y en cuanto a los delitos contra la integridad sexual cuyas víctimas son NNA, y a su consideración como sujeto vulnerable que el Estado debe intervenir de manera especial durante la investigación del hecho, la sanción y la reparación de las consecuencias del mismo, encontrando referencia a esta protección también fuera del derecho penal, pero no excluyéndolo, en las leyes de protección y promoción de los derechos de estos.

2. Sistema de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes

Como primer hito en la protección de los derechos de NNA de nuestro país, debemos tomar en cuenta la firma de la específica Convención sobre los Derechos del Niño, los que ya reconocían otros tratados a todas las personas por el sólo hecho de ser humanos, pero que suman un plus de ellos por consideración de su situación especial. Así como, la inclusión de la misma como un tratado internacional con jerarquía constitucional, asegurando de este modo, la prelación sobre las leyes nacionales.

Posteriormente - y como un segundo hito -, en septiembre del año 2005 se sancionó la Ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de las niñas, niños y adolescentes, siendo promulgada de hecho en el mes de octubre de ese mismo año. Dicha ley estipula los derechos y garantías de estos sujetos, así como el sistema de protección integral a nivel nacional, la creación de órganos administrativos a tal fin, y fija las bases para garantizar el ejercicio del disfrute pleno, efectivo y permanente de los derechos reconocidos a nivel constitucional y convencional, base que podía ser

superada por las legislaciones provinciales, pero nunca podría resultar inferior.

La ley provincial nro. 12.967 de Promoción y protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, fue sancionada en marzo del 2009, promulgada en abril de ese año, reglamentada en abril del 2010 y modificada en enero del 2012 por la ley 13237; es por esta ley que nuestra provincia adhirió a la ley nacional e instauró su propio Sistema de Protección Integral.

Este último se conformó con la creación de distintos organismos: Subsecretaría de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia, Comisión interministerial de la Niñez y Adolescencia, Dirección Provincial de Promoción de Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia 1ra. y 2da circunscripciones además de delegaciones, Consejo Provincial de Niñas, Niños y Adolescentes, Defensoría Provincial de Niñas, Niños y Adolescentes. Dichos organismos tienen en la ley 12.967 la regulación de sus funciones, así como la organización de aquellos que tienen intervención directa o indirecta en una situación de aparente vulneración de derechos de NNA, en un primer y segundo nivel, tal como se señala a continuación:

- Primer nivel de intervención: reparticiones comunales/municipales y provinciales, ONG's.

- Segundo nivel de intervención: Subsecretaría de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia, Dirección Provincial de Promoción de Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia de la 1ra. y 2da. Circunscripción, y las Delegaciones Regionales.

En el primer nivel, podemos encontrar a las instituciones y organismos "de territorio", más cercanas a la problemática del NNA y su familia, pudiendo mencionar las escuelas y jardines, los centros de salud, dispensarios, SAMCO's, Centros de Acción Familiar, Servicios Locales de Promoción y Protección de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en el ámbito de las comunas/municipios - el que cuenta con un Equipo Interdisciplinario para el abordaje de las situaciones de posible vulneración de derechos y siendo el que se encarga de la organización de la estrategia necesaria para la protección y/o reparación del daño sufrido por la vulneración de derechos-.

Mientras que en el segundo nivel, la Dirección Provincial es el organismo encargado de la toma de las medidas de protección excepcional (MPE) por las cuales se separa a los NNA de su centro de vida por encontrarse sometido a situaciones de vulneración de derechos por aquellas personas que estaban a cargo de su cuidado: progenitores, familia en general, tutores o curadores, así como la consecuente intervención para el aseguramiento de la protección de los derechos de los NNA.

Siendo la Defensoría de Niñas, Niños y Adolescentes el organismo que asume la defensa de los derechos de NNA ante instituciones públicas y privadas y tiene a su cargo la supervisión y auditoría de la aplicación de este sistema en la provincia.

3. Interacciones entre el Derecho Penal y el Sistema de Protección de Derechos de NNA en situaciones de ASI

El Sistema de Protección de Derechos de NNA a nivel provincial, y a nivel nacional, tiene en ciertas situaciones contacto con el derecho penal, siendo el ASI una de ellas y la de mayor incidencia en las estadísticas, pero no la única, pudiéndose mencionar aquellas donde el niño es víctima de maltrato físico por parte de adultos que los tengan a su cargo o de pares, cuando son testigos de hechos delictivos, entre otros y corresponde en cada uno de ellos la intervención del primer nivel, lo que ocurre, pero no sin dificultades.

En lo que refiere al ASI, la intervención de los diferentes operadores dentro y fuera del sistema de protección integral - donde podría incluirse a los pertenecientes al Poder Judicial, Ministerio Público Fiscal, Defensa Pública y privada - visibilizan en la realidad cierta complejidad para conjugar el interés que persigue cada organismo y sus funciones específicas con el del resto de los intervinientes, por ejemplo:

- * existencia de dificultades en cuanto a la concepción que desde la ciudadanía en general, y ciertos profesionales en particular, tienen del abuso sexual, lo que imposibilita en ocasiones las denuncias o retrasan las mismas;

- * la burocratización de los organismos al momento de realizar el anoticiamiento ante la autoridad competente de un hecho que ha sido develado delante de un profesional de la salud o de un establecimiento educativo, lo que genera situaciones que dejan a la deriva a los niños que sufren este tipo de delitos;

- * falta de intervención interdisciplinaria y de corresponsabilidad en la intervención y contención de las víctimas y su núcleo familiar de apoyo;

- * revictimización de NNA en los procesos penales;

- * profesionales que no se encuentran capacitados para abordar situaciones de ASI, realizando de este modo asesoramientos desacertados y provocando mayor desinformación de parte de otros operadores y de la ciudadanía; por nombrar sólo

algunos de los conflictos que se evidencian en la práctica.⁴

Es así como al encontrarse la persecución penal por un lado y la reparación del daño ocasionado a la víctima del hecho, tan alejados en la realidad, las situaciones de vulneración de derechos continúan sucediendo pero por otros adultos y en otras circunstancias, siendo nuestro deber actuar en consecuencia acercando a lo que parecen extremos para una correcta intervención donde los intereses y funciones se conjuguen en pos de los NNA.

4. Valoración final

A lo largo de la presente ponencia ha quedado en claro que en la legislación penal se ha avanzado en la regulación del abuso sexual, la suspensión de la prescripción, la acción penal ejercida de oficio en situaciones de ASI, así como se han sancionado también leyes de protección de derechos de NNA a nivel nacional y provincial, creandose sistemas y organismos que intervienen en consecuencia, pero la distancia entre ambos ámbitos continúa siendo amplia.

El derecho penal, como rama específica del derecho interviniente en situaciones de ASI, y los operadores que actúan investigando, y eventualmente sancionando el hecho delictivo, no deben de perder de vista que quienes se encuentran frente a ellos son personas que en la mayoría de los casos desconocen de los mecanismos del estado, y particularmente, que las víctimas de esos delitos son sujetos de derechos que se encuentran en una situación de vulnerabilidad especial por su edad. Pero resulta una realidad que la educación universitaria no nos prepara para esas situaciones específicas y que inclusive en la actualidad existen dificultades para la adecuada visibilización, concientización, educación y tratamiento de las situaciones de ASI que acontecen en lo diario.

En la medida que los operadores del derecho penal tengan una mirada y una actuación más profunda y respetuosa del sistema de protección de derechos de NNA, y este sistema cuente con profesionales más idóneos en la materia, la brecha entre ambos ámbitos podrá acortarse por el bien de quienes son el futuro.

⁴ BAITA Sandra y MORENO Paula, (2015) "Abuso Sexual Infantil. Cuestiones relevantes para su tratamiento en la justicia" Libro digital en PDF. Montevideo, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF Uruguay, pág. 261. En https://www.unicef.org/uruguay/spanish/Abuso_sexual_infantil_digital.pdf

Bibliografía:

BAITA Sandra Y MORENO Paula. "Abuso Sexual Infantil. Cuestiones relevantes para su tratamiento en la justicia" (Montevideo, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF Uruguay, 2015), pág. 261. En https://www.unicef.org/uruguay/spanish/Abuso_sexual_infantil_digital.pdf

Baratta Alessandro. "Infancia y democracia". Artículo en PDF. En http://www.surargentina.org.ar/material-interes/material/09_material_complementario/02_infancia_y_democracia_baratta.pdf.

Bringioni, María Inés (comp) (2015). "Abuso y maltrato en la infancia y adolescencia. Investigaciones y debates interdisciplinarios". Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Lugar Editorial.

Cillero Bruñol Miguel. "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño". Artículo en PDF. En http://www.iin.oea.org/IIN/cad/Participacion/pdf/el_interes_superior.pdf.

Tazza, Alejandro. "Código Penal de la Nación Argentina comentado. Parte Especial. Tomo I Arts. 79 a 161. (2da Edición actualizada. Santa Fe Rubinzal - Culzoni Editores, 2018), pág. 415.

El delito de negociaciones incompatibles: un abordaje desde los principios constitucionales

Gaggino, Marcos¹ y Quiroga Barros, Gabriel²

Resumen: conocida es la problemática que presentan algunos tipos penales en relación con ciertos principios constitucionales y convencionales. En el presente trabajo, se analizan aquellos conflictos que se desprenden del delito de negociaciones incompatibles, regulado en el artículo 265 de nuestro Código Penal. Partiendo desde una interpretación respetuosa de los derechos humanos y una perspectiva limitadora del poder punitivo, el delito mencionado colisiona claramente ante el principio de lesividad. No obstante, pese a que lo mencionado sea motivo suficiente para declarar inválida la norma, analizamos otros problemas interpretativos como la vaguedad y ambigüedad del tipo que nos permiten concluir que será necesario reformular su enunciado para no caer en una clara violación de nuestra Constitución Nacional y los instrumentos internacionales.

Palabras Claves: negociaciones incompatibles – lesividad – Poder Punitivo – vaguedad

Abstract: in this paper, we analyze the conflicts that arise, regarding certain constitutional and conventional principles, from the criminal offence of incompatible negotiations, regulated in article 265 of our Criminal Code. From a respectful interpretation of human rights and a limiting perspective of the state punitive power, the aforementioned crime clearly clashes with the principle of *nullum crimen sine iniuria*. However, although what it was previously mentioned is sufficient reason to declare the norm invalid, we analyze other interpretive problems such as vagueness and ambiguity of the type that allow us to conclude that it will be necessary to reformulate its statement, to avoid incurring into a clear violation of our constitution and the international human rights conventions.

Key Words: *incompatible negotiations - nullum crimen sine iniuria - State Punitive Power - vagueness*

¹ Abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ayudante alumno del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la misma Universidad.

² Abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ayudante alumno del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la misma Universidad.

I. Introducción

La discusión vinculada a los criterios interpretativos del tipo penal establecido en el artículo 265 del código penal referido a las negociaciones incompatibles es de vieja data y se remonta a los antecedentes históricos de dicha figura.

En el presente trabajo se realizará un análisis del tipo desde una perspectiva de contención del ejercicio de poder punitivo, guiada por el respeto de las garantías constitucionales y los derechos humanos, que intentará aportar nitidez a los contornos prohibitivos que se desprenden de la figura en cuestión. Así, nuestra posición parte de una exégesis restrictiva de la norma, por ser la que aporta mayor claridad en relación al ámbito de lo prohibido y por ajustarse a las exigencias del principio de legalidad en una de sus derivaciones, en este caso, a la de máxima taxatividad legal e interpretativa. Lo contrario, importaría ceder frente a las exigencias materiales de justicia en desmedro del texto constitucional.

II. El bien jurídico: el problema constitucional por ausencia de lesividad

En el delito de negociaciones incompatibles, el bien jurídico ofendido es la administración pública, entendido como el fiel y debido desempeño de las funciones de la administración³, para proteger la transparencia de los actos administrativos⁴. Pero la figura no tipifica un fraude patrimonial consumado o tentado, sino el mero peligro que para el patrimonio de la administración o de terceros importa la actitud desleal o parcial de los agentes que intervienen en un contrato u operación. Se trata de un delito de peligro abstracto, entendido tal, como aquel donde el peligro se presume *juris et de jure*. Sin embargo, debemos recordar que: “En el derecho penal no se admiten presunciones *juris et de jure* que, por definición, sirven para dar por cierto lo que es falso, o sea, para considerar que hay ofensa cuando no la hay”⁵. En ese sentido, E. Raúl Zaffaroni, en la causa “O.S. v. F.F”, señaló que: “cabe principiar el estudio del caso relevando el contenido del límite impuesto al ejercicio del poder punitivo por el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional, en cuanto cristaliza el conocido principio de lesividad o de necesaria afectación del bien jurídico (*nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis sine iniuria*), según el cual las leyes penales se encuentran condicionadas por la lesividad para terceros de los hechos prohibidos. Por lo tanto, a partir de esta opción constitucional, no puede haber delito que no reconozca como soporte fáctico un conflicto

³ Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, tomo V, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1967, p.188

⁴ Sancinetti, Marcelo, "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. XXXIX, p. 878.

⁵ Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro, Slokar, Alejandro, *Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2002.

caracterizado esencialmente por la significativa afectación -- ya sea por lesión o por peligro concreto -- de un bien jurídico. Aparece aquí, entonces, el primero de los principios que deben guiar el desarrollo de la temática cuyo finalidad determina la limitación al poder punitivo de imponer una sanción en supuestos en los que el bien jurídico no fue dañado o no se lo puso en jaque. Esto es, una vez que hemos determinado que efectivamente existió peligro, aquel poder se encuentra autorizado para actuar”.⁶

Lo mencionado hasta aquí bastaría para tildar de inconstitucional el delito tratado, toda vez que se ve afectado el principio de lesividad u ofensividad receptado por el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional, y el 11.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Desconocer este principio, comprendería racionalizar en gran medida la expansión del *ius puniendi*.

III. Núcleos conflictivos del tipo

Para continuar con el análisis, conviene expresar la tipicidad básica del tipo. Así, el profesor Edgardo Donna indica que: “la conducta rectora es la de interesarse en miras de un beneficio propio o de un tercero en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo. Ello significa que el interés que demuestra el agente en la contratación u operación debe ser particular, sin perjuicio de la concurrencia, o no, del interés de la administración pública a la cual el funcionario público debe dar preeminencia en función del cargo que ocupa. De allí que se debe recordar que la norma en cuestión reprime la existencia de parcialidad en el sujeto activo, el cual puede, o no, confluir con el interés público”.⁷

La nota característica del tipo se presenta en lo que la doctrina ha denominado como el “desdoblamiento de la personalidad” del funcionario público, entendiéndose como el momento en el que el sujeto activo actúa como representante de la administración y como particular interesado de manera simultánea. Cabe precisar que el autor del tipo penal solo puede ser el funcionario público, ya sea que actúe por sí o por persona interpuesta, y el aspecto subjetivo requerido por la norma es el dolo directo, es decir, que el funcionario debe obrar con conocimiento y voluntad. Asimismo, debe tratarse de un negocio u operación en la que intervenga con competencia en razón de su cargo. Por ello, el delito de negociaciones incompatibles con la función pública exige de modo exclusivo que el sujeto activo sea un funcionario público y que exista coetaneidad entre el ejercicio de su cargo y la negociación, ya que si hubiera una real y efectiva desconexión no podría dudarse de la pureza de la intervención⁸.

⁶ C.S.J.N., “O.S., F.F”, sentencia del 8/5/2012.

⁷ Donna, Edgardo A.; Derecho Penal, Parte Especial, t. III, editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2000, p. 317.

⁸ Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional. Federal, sala II, “L., S. y otros”, de 13/7/1982.

De este modo, se puede observar que la norma establecida en el artículo 265 del código penal presenta los principales problemas que implica la utilización del lenguaje natural para legislar - ambigüedad, vaguedad -, dejando un gran espacio para la tarea interpretativa, situación que en la práctica puede traducirse en una desmesurada ampliación del espacio prohibitivo estipulado por el tipo penal, todo esto, en notoria contradicción con la estricta legalidad constitucional.

Problematizar acerca de la ambigüedad o vaguedad de una norma, nos adentra en un amplio campo jurisprudencial, y en este sentido, uno de los casos más paradigmáticos para la República Argentina es el conocido fallo “Kimel vs. Argentina” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con fecha del 2/5/2008 donde el tribunal regional señaló que: “En la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad.”⁹ En igual sentido se expresó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así, en el caso “C.R. v. Reino Unido”: “Un delito debe estar claramente definido, ese requisito se encuentra satisfecho cuando el individuo puede conocer por los términos de la disposición pertinente y, si fuese necesario, con el auxilio de la interpretación efectuada de aquélla por los tribunales, que actos u omisiones lo harán penalmente responsable.”¹⁰ Por lo expuesto, decimos que, normas como la seleccionada para este trabajo, que no delimitan de manera estricta el ámbito prohibitivo, son violatorias del artículo 18 de nuestra Carta Magna y del artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, receptando ambos, el principio de legalidad.

La legalidad estricta se viola cuando la ley penal exige que el juez agote la voluntad punitiva y termine la obra del legislador. Ante situaciones de tal magnitud, las dudas deben ser resueltas de la forma más limitadora de la criminalización.

Contenido económico del interés

Uno de los puntos controversiales que presenta el tipo penal es el referido a la *naturaleza del interés*. Así, un sector de la doctrina interpreta que el mismo debe ser de contenido económico, posición que se sustenta en los antecedentes legislativos de la norma que reconocían como pena a la de multa que conmina el código penal, la que fue reincorporada en el CP en el año 2017, a través del artículo 32 de la ley N° 27.401.

⁹ Corte I.D.H., Caso Kimel vs. Argentina, sentencia de 2 de mayo de 2008.

¹⁰ TEDH, Caso “C.R. v. Reino Unido”, sentencia del 25 de noviembre de 1995.

Por el contrario, un sector minoritario de la doctrina, apoyada en los antecedentes italianos, dota de mayor amplitud a la naturaleza del "interés", pudiendo el mismo, ser de naturaleza económica, política o familiar. Lo relevante para este sector es que exista un interés distinto al de la administración pública.¹¹

Frente a estas dos interpretaciones, entendemos que la posición doctrinaria que requiere contenido económico en el interés es la que más se ajusta a la reconstrucción genealógica del tipo.

Es de suma importancia remarcar que todo proceso interpretativo debe estar guiado por los principios de buena fe y pro homine. Ambos principios toman relevancia cuando a una norma se le asigna distinto alcance en relación a su espacio prohibitivo. De tal manera, lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Acosta": "para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos 304: 1820; 314:1849; 327:769). Este propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional (Fallos 306:940; 312:802), cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho (Fallos: 310:937; 312:1484). Pero la observancia de estas reglas generales no agota la tarea de interpretación de las normas penales, puesto que el principio de legalidad, (art. 18 de la C.N.) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como última ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio **pro homine** que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal"¹².

Desproporcionalidad del monto de la pena

Pese a lo tratado, y habiendo mencionado ya, los conflictos interpretativos que presenta el tipo de negociaciones incompatibles, no debemos dejar de comentar, algunas otras inquietudes que surgen del mismo. En este sentido, la pena establecida para el delito del artículo 265, pareciera ser desproporcionada si reflexionamos acerca de lo ya desarrollado en tanto delito de peligro abstracto.

En concreto, las negociaciones incompatibles se ubican dentro de nuestro Código Penal, en el Título XI acerca de Delitos contra la Administración Pública. Y es, de este conjunto de delitos, el que mayor pena máxima de prisión posee, junto con el cohecho (Art.256) y el enriquecimiento ilícito de funcionario público (Art.268).

¹¹ En este sentido Sancinetti, Marcelo, "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. XXXIX, p. 888.

¹² C.S.J.N., "Acosta Alejandro Esteban s/ Infracción al art 14, 1º párrafo ley 23.737 - Causa N° 28/05.-", fallos 331:858.

Los demás delitos del título: 'Malversación de caudales públicos', 'Violación de sellos y documentos llevado a cabo por funcionario', 'Abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionario público' y las 'Exacciones ilegales' tienen una pena inferior; Es por ello que parece desproporcionado que un delito que genera un efectivo daño al bien jurídico, se reprochado con menor intensidad que aquellos que quedan comprendidos en la categoría de peligro abstracto. Sobre esta aparente desproporción de aplicación de poder punitivo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha entendido que : "las penas no pueden ser crueles, en el sentido de que no deben ser desproporcionadas con relación al contenido de injusto del hecho. Toda medida penal que se traduzca en una privación de derechos debe guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido ilícito del hecho, o sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado por el hecho, porque las previsiones legales expresan tales magnitudes a través de las escalas penales"¹³. Siguiendo la misma línea de pensamiento, nuestro máximo tribunal señaló: "El estado no busca solo castigar resultados sino también acciones u omisiones que si bien no causan daño, generan una situación de alta probabilidad en la producción de ese resultado (riesgo). Esta primera separación, entre delitos consumados que producen resultados (daños) y delitos tentados que producen riesgos, es importante dado que la acción que será castigada debe ser valorada exclusivamente en el marco del hecho seleccionado, no será lo mismo un riesgo que un resultado y por tal razón el castigo de la tentativa deberá ser siempre menor"¹⁴. Las transcripciones realizadas, exigen adecuar - o al menos tener en cuenta - la proporcionalidad entre la pena y la afectación al bien jurídico. Es por ello, que creemos que al igualar la pena del delito de negociaciones incompatibles, con otros que generan un perjuicio real para el bien jurídico, no se logra superar ciertos estándares constitucionales, afectando los principios de lesividad y proporcionalidad - culpabilidad -.

Breve conclusión

Como se ha intentado desarrollar a lo largo del trabajo, una interpretación restrictiva del delito receptado por el artículo 265 del Código Penal de la Nación es en efecto, la más respetuosa del bloque constitucional que integra nuestra Constitución Nacional junto con los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. El principio de legalidad y lesividad deben presidir todo el funcionamiento de los órganos del Estado, y más aún cuando de ellos deviene la imposición de una pena. Por lo tanto, el poder judicial debe ser quien lleve adelante tal interpretación, siendo éste quien se encuentra facultado. Tal atribución, la ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación al

¹³ C.S.J.N., "Recurso de hecho Branchessi, L.; Susana y otra s/ causa N° 6979." (B. 984. XLIII, rta. el 23/3/2010). Véase el voto del juez Zaffaroni, considerando 21.

¹⁴ Fallo "O.S., F.F" (Sentencia del 18.5.2012, publicada en Thomson Reuters Online)

decir: “es elemental en nuestra organización constitucional la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ella; constituyendo esta atribución moderada uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial.”¹⁵ En definitiva, la aplicación restrictiva del tipo penal elegido para este trabajo, tiene como base la delimitación de la expansión del poder punitivo.

Admitir una interpretación amplia del tipo, implicaría desconocer los estándares constitucionales que el legislador debe seguir al momento de llevar a cabo la sanción de una ley penal, obteniendo como resultado, normas que presentan serias ambigüedades que se traducen en una grave inseguridad jurídica. Es menester aclarar, que el tipo penal en cuestión fue sometido a diferentes cambios a lo largo del tiempo y por este motivo, entendemos que el juez a la hora de llevar a cabo la interpretación normativa, se incline por la opción más contentora del tipo, buscando eliminar las deficiencias que los legisladores han mantenido en las sucesivas reformas, pero nunca desconociendo los conflictos aquí presentados.

Bibliografía

Zaffaroni, Eugenio Raúl. Alagia, Alejandro. Slokar, Alejandro, *Derecho Penal Parte General*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ediar.

Jorge A. Bacqué y Carlos S. Nino: “*El tema de la interpretación de la ley en Alf Ross ejemplificado en dos fallos argentinos*”, Lecciones y Ensayos, Nro. Extraordinario - 60 años de Lecciones y Ensayos, 2016

Fallo Acosta Alejandro Esteban S/ infracción artículo 14, 1° párrafo ley 23.737 - Causa Nro 28/05 - Sentencia 23 de Abril de 2008 Corte Suprema de Justicia de la Nación. Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Caso “Kimel v. Argentina”, Corte Interamericana de Derechos Humanos (sentencia del 2/5/2008), párrs.63 y ss

Caso “Baena v. Panamá”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 2.2.2001.

Sancinetti, Marcelo, “Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas”, Dialnet, 1986.

¹⁵ C.S.J.N., “Municipalidad de la Capital v/ I. A. de Elortondo”, Fallos 33-194, (1888)

Caso C.R. v. Reino Unido. Caso “C.R. v. Reino Unido”, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia del 25.11.1995, transcripto por Hendler/Gullco, “Casos de Derecho Penal Comparado”, 2ª. Edición, págs. 20 a 34

Fallo “O.S., F.F.” Sentencia de la Cámara de Casación Nacional del 18.5.2012, publicada en Thomson Reuters Online

Fallo “Branchessi” ’ [sentencia del 23.3.2010]

Fallo “Municipalidad de la Capital v. I. A. de Elortondo”, Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 33-194).

Sgro, Marcelo, “*El delito de negociaciones incompatibles del artículo 265 del Código penal*”, en Problemas Actuales de la Parte Especial del Derecho Penal, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2017.

Extinción de dominio: ¿Pena de sospecha? (Verdachtsstrafe)

Massari, Leandro E. R.
Universidad Nacional de Mar del Plata

I. Presentación

Esta ponencia presenta los argumentos centrales de los proyectos objetos de debate en el Congreso Nacional durante el año 2018, referentes a la incorporación de la acción de *extinción de dominio* al derecho argentino. Posteriormente, el análisis se centra en la identificación de las tensiones que genera el instituto en estudio con el bloque constitucional y las normas que regulan el Derecho Penal y Procesal Penal. Para finalizar, haremos referencia al tratamiento otorgado por el Tribunal Supremo alemán (BGH) a figuras con idéntica finalidad. Por razones de extensión, se seleccionará únicamente los artículos que, a nuestro modo de ver, requieren consideraciones específicas.

II. Proyecto de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación

El 23 de junio del año 2016 la Cámara de Diputados de la Nación dio media sanción al proyecto de ley denominado “*Extinción de dominio y repatriación de bienes*”¹. La normativa propuesta por los diputados, se encuentra dividida en siete capítulos, de la siguiente manera: I. Extinción de dominio (art. 1/8), II. Acción de Extinción de dominio (art. 9/10), III. Debido Proceso y garantías (art. 11), IV. Competencia y procedimiento (art. 12/42), V. Administración de los bienes y recursos (art. 43/56), VI. De la cooperación jurídica internacional (art. 57/58), VII. Modificaciones al Código Civil y Comercial. Disposiciones finales. Transitorias. Supletoriedad (art. 59/65)². Así, en un primer nivel de análisis, podemos identificar como normas *observables* de este proyecto:

- Art. 4: “(...) “*Temporalidad*”. *La extinción de dominio regula situaciones ocurridas **aún antes de su vigencia**, precisamente por el hecho de no haberse consolidado el derecho de dominio por provenir de algunas de las actividades ilícitas previstas en la ley (...)*”

* La presente ponencia fue presentada en el Congreso de Derecho Penal y Criminología organizado por la Universidad de Buenos Aires, los días 5 y 6 de noviembre de 2018.

¹ Proyecto completo disponible: <http://www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp/31.16/CD/PL>.

² Un agudo análisis de cada capítulo del proyecto emitido en Diputados, a contrario del presente, ver: REBEQUI, Julio M. *La acción de extinción de dominio en el derecho argentino: un abordaje desde las enseñanzas del derecho español*. Revista de Derecho Penal, Autoría: las posiciones actuales sobre la teoría del dominio del hecho – I, Rubinzal Culzoni, 2018 -1, pp. 479-510.

- Art. 15: “(...) *Investigación preliminar. Corresponde al agente fiscal competente, promover y ejercer la acción de extinción de dominio, para cuyos efectos realizará, **por el tiempo que sea necesario**, la investigación de oficio o por información que le haya sido suministrada por cualquier vía fehaciente, con el fin de reunir la prueba necesaria que fundamente la petición de extinción de dominio, o repatriar los bienes sobre los cuales podría iniciarse la acción (...)*” (Primer párrafo). (...) *Con la finalidad de demostrar los hechos y circunstancias que correspondan al ejercicio de la acción de extinción de dominio, el agente fiscal competente, **podrá recurrir a cualquier medio o método de investigación útil y pertinente**, que no afecten los derechos y garantías previstos en la CN (...)* (Segundo párrafo). (...) *Para las tareas de conformación del plexo probatorio, el agente fiscal competente podrá solicitar al Juez lo autorice al empleo de **agentes encubiertos o de identidad reservada y desarrollar estrategias de tránsito y entrega vigilada** a los efectos de identificar la totalidad de los bienes (...)*. (Quinto párrafo).
- Art. 24: “(...) *será condición para la admisibilidad de la acción de extinción de dominio, la verificación por parte del juez, del llamado a prestar **declaración indagatoria** del afectado (...)*”.
- Art. 36: “(...) *Prueba. Admitido el escrito de resolución de mérito por parte del fiscal, quien figure como titular de los bienes que sean producto del delito o quien alegue tener algún derecho sobre los mismos **deberá justificar su procedencia lícita**. (...) Las partes tienen la carga de demostrar sus respectivas proporciones de hecho y derecho (...)*”.

Estos cuatro artículos reúnen, a nuestro modo de ver, pautas pasibles de objeción de tipo constitucional, penal y procesal penal, las cuales pueden agruparse del siguiente modo: *i)* aplicación retroactiva de la ley [penal]; *ii)* actuación fiscal sin límites temporales de instrucción. *iii)* operatividad de AED³ con audiencia del art. 294 del C.P.P.N.; *iv)* inversión de la carga de la prueba.

III. Proyecto de la Honorable Cámara de Senadores de la Nación

La Cámara de Senadores mediante reenvío fechado el 23 de agosto de 2018, no acompañó la propuesta proveniente de Diputados, y elaboró un proyecto completamente alternativo. En este marco, la Cámara alta optó por trabajar modificando el ya existente

³ Acción de Extinción de Dominio.

artículo 23 de C.P. e incorporando el artículo 23 *bis* al C.P.⁴ Por cuestiones extensión, solo haremos referencia a este último, el cual quedó redactado de la siguiente manera:

- *Artículo 23 bis:*

1. *La acción de extinción de dominio es una acción civil que se ejerce en el marco del proceso penal y tiene por objeto extinguir el dominio ejercido sobre los bienes enunciados en el apartado 1 del artículo 23 de este Código, para transmitirlo a favor del Estado nacional o local según sea la competencia del órgano judicial que intervenga en el proceso penal correspondiente, y tramita de conformidad con las normas de procedimiento que regulan el ejercicio de la acción civil en el proceso penal en cada jurisdicción.*

2. *Los delitos cuya comisión hace procedente la acción civil de extinción de dominio son los siguientes:*

a) *Delitos previstos en los artículos 5°, 6°, 7°, 8°, 10, 23, 24 y 29 bis de la ley 23.737;*

b) *Delitos previstos en los artículo 866 y 867 del Código Aduanero;*

c) *Delitos cometidos con la finalidad prevista en el artículo 41 quinquies de este Código, y el delito previsto en el artículo 306 de este Código.*

d) *Delitos previstos en los artículos 125, 125 bis, 126, 127, 140, 142 bis, 145 ter, y 170 de este Código:*

e) *Delitos previstos en los artículos 256, 256 bis, 257, 258, 258 bis, 259, 265, 266, 267, 268, 268 (1) y 268 (2) de este Código;*

f) *Delito previsto en el artículo 174, inciso 5°, de este Código, en función del artículo 173, inciso 7°, de este Código, cometido por un funcionario público como administrador de bienes o intereses de la administración pública;*

g) *Delitos previstos en el Título XIII de este Código, y;*

h) *Delito previsto en el artículo 210 de este Código, cuando la asociación esté destinada a cometer alguno de los delitos previstos en los incisos anteriores.*

3. *La acción civil de extinción de dominio podrá ejercerse mientras se encuentre vigente la acción penal. Si con posterioridad a la sentencia dictada en la acción de extinción de dominio, la sentencia firme dictada en el proceso principal declarase la inexistencia de los hechos materiales a los que fueron vinculados los bienes, su atipicidad penal, o la ausencia de responsabilidad penal de la persona vinculada a los bienes objeto de esa acción, el perjudicado por la extinción de dominio tendrá derecho a reclamar la indemnización que corresponda en sede civil.*

En caso de muerte de la persona humana o liquidación de la persona jurídica, la acción de extinción de dominio procederá contra sus sucesores. Si el demandado fuera declara en quiebra, la acción de extinción de dominio se aplicará una vez satisfechos todos los créditos que, contra el quebrado, hubiesen sido adquiridos a título oneroso por acreedores que hayan actuado de buena fe.

4. *Cuando los bienes enunciados en el apartado 1 del artículo 23 de este Código no pudieran ser hallados, o se encontraran fuera del territorio nacional y no se hubieran obtenido la cooperación de las autoridades extranjeras para su cautela, la acción de extinción de dominio procederá sobre otro bienes propiedad del accionado, por una valor equivalente al de los bienes de origen ilícito enunciados precedentemente.*

5. *Se podrá proceder de forma anticipada a la extinción del dominio del dinero, cosas, bienes o cualquier clase de activo señalados en el apartado 1 del artículo anterior,*

⁴ Además de las modificaciones al art. 23 del C.P. e incorporación del art. 23 *bis* al C.P., se propone derogar el art. 305 del C.P., e incorporar el art. 1097 *bis* al C.C.C.N., el art. 17 *bis*, 17 *ter*, 354 *bis*, 403 *bis*, 479 *bis* al C.P.P.N. Todos ellos, quedan expresamente excluidos del presente análisis por cuestiones de límites.

cuando fueran detectados en oportunidad de flagrante delito. En estos supuestos, podrá dictarse sentencia de extinción de dominio aún en la etapa de investigación y sin necesidad de esperar el dictado de la sentencia en el juicio principal, una vez que se haya promovido la correspondiente acción civil de extinción de dominio y se hubiera garantizado el ejercicio del derecho de defensa por parte del titular del bien objeto de esta acción, conforme el procedimiento que para este supuesto establezca cada jurisdicción.

Esta sentencia no producirá ningún efecto en el proceso principal referido al delito que motivó la acción de extinción de dominio.

6. Se podrá proceder también al dictado de sentencia de extinción de dominio de forma anticipada, respecto del dinero, cosas, bienes o cualquier clase de activo señalados en el apartado 1 del artículo anterior, sin necesidad del dictado de sentencia en el juicio seguido por el proceso principal, cuando se hubiere comprobado que los bienes fueron instrumentos o medio para la comisión de delito, o resulten producto, provecho o ganancia, directos o indirectos, de este último, y el imputado no pudiere ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga, prescripción o cualquier otra causal de suspensión o extinción de la acción penal, o cuando el imputado hubiere reconocido la procedencia o uso ilícito de los bienes.

La creación del art. 23 bis al C.P. representa el espíritu de los senadores al establecer serias diferencias con el proyecto de la Cámara de Diputados, por cuanto, podemos señalar: *i)* regula la AED dentro del proceso penal; *ii)* limita la promoción de la AED a la vigencia de la acción penal; *iii)* liga los efectos de la sentencia de extinción de dominio a las resultas de la sentencia penal; *iv)* limita a supuesto de “sentencia anticipada” solo casos de flagrancia; *v)* establece supuestos de sentencia de extinción de dominio sin necesidad de sentencia penal.

IV. Conclusiones preliminares⁵

Ambos proyectos generan serias tensiones con el bloque constitucional y las normas establecidas para el procedimiento penal, las cuales entendemos como las garantías del *hombre libre*. Sin embargo, observamos que el producto final llevado a cabo por los senadores resulta sensiblemente superior al proyectado por la cámara baja, empero, advertimos que *prima facie* la figura no supera, tal como está planteada -en general PD⁶ y parcial PS⁷-, el *test* de constitucionalidad necesario y compatible con las garantías penales fundamentales de un Estado de Derecho, pudiendo reagrupar -de manera central- las siguientes observaciones:

I) La posibilidad de incautar los bienes con el simple llamado a prestar declaración indagatoria (PD), violenta frontalmente las garantías establecidas para el proceso penal (principios de legalidad, de culpabilidad y de inocencia). II) La aplicación

⁵ Las conclusiones planteadas se realizan en orden a ambos proyectos, ya que ninguno ha obtenido el consenso de ambas Cámaras para su aprobación, pudiendo aprobarse -en un futuro- cualquiera de las dos iniciativas.

⁶ Proyecto Diputados.

⁷ Proyecto Senado.

retroactiva de la ley (PD), se encuentra expresamente prohibida por el art. 18 de la C.N. **III)** La facultad de imponer pena otorgada a un juez federal civil, viola el principio de juez natural, art. 18 de la C.N. y 1 C.P.P.N. **IV)** La inversión de la carga de la prueba (art. 36 de PD) impone una múltiple violación de garantías penales fundamentales: *i)* principio de legalidad, *ii)* principio de inocencia: ya que se construye una presunción de culpabilidad que el imputado debe destruir, y *iii)* *nemo tenetur se ipsum prodere*⁸: pérdida absoluta de permanecer en silencio ante la imputación de la comisión de delitos.

En efecto, la colisión frontal de la AED con la C.N. y las garantías fundamentales del proceso penal, desnaturalizan el escudo protector otorgado al ciudadano frente a la imputación estatal. Así, puede afirmarse que el art. 23 del C.P. representa, en principio, un saludable equilibrio entre la *imperiosa* necesidad de recuperar activos y los *fundamentales* derechos de la persona sometida a proceso penal, en cuanto otorga al juez la posibilidad de decretar cualquier medida cautelar con fines de decomiso⁹. Efectivamente el decomiso, por su ubicación sistémica¹⁰ en el C.P. es una pena y la figura de extinción de dominio –más gravosa que aquella por cuanto *flexibiliza* derechos y estándares probatorios– no puede ser considerada de otra manera.

Si la fuente es un delito y la consecuencia: una supresión patrimonial ejercida como una acción directa que se ejerce sobre la persona (física o jurídica) por acciones penalmente típicas, constitutivas de injustos penales que no han sido juzgados y sobre cuya culpabilidad nadie se ha pronunciado, habremos suprimido el debido proceso legal y erigido un procedimiento identificado con aspectos de lo que históricamente se denominó como *pena de sospecha* (*Verdachtsstrafe*), esto es, la versión germana de la llamada *pena extra ordinem*¹¹. Si bien esta última poseía características distintas ya que, tenía por finalidad sancionar al autor cuando no se probaba su *completa* culpabilidad con una pena *menor* a la que habría recibido en caso de que el hecho le hubiera sido probado¹², la *extinción de*

⁸ Nadie está obligado a traicionarse; o *nemo tenetur se ipsum accusare* (nadie está obligado a acusarse); o *nemo tenetur armare adversarium contra se* (nadie está obligado a darle armas a su adversario).

⁹ Una posición más estricta sobre la interpretación y facultades otorgadas al juez mediante el art. 23 del C.P. fue realizada por la *Cámara de Crimen*, quien estableció una restricción respecto de la oportunidad en la cual un juez penal podía fijar una medida cautelar, siendo la existencia de un auto de procesamiento confirmado por cámara. Para más, ver exposición del Dr. Hugo WORTMAN JOFRÉ ante la reunión plenaria de las comisiones de Justicia y Asuntos Penales y de Seguridad Interior y Narcotráfico, Honorable Senado de la Nación, 03/08/2016.

¹⁰ El art. 23 se encuentra ubicado en el Título 2 del C.P., el cual se titula: De las Penas (¡!).

¹¹ SANCINETTI, Marcelo A. *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público. Un tipo penal violatorio del Estado de derecho*. 3ra. Edición actualizada y ampliada, Ad-Hoc, 2014. p.77.

¹² SANCINETTI, *supra* nota 11, p. 77 y ss. con cita de: ROXIN, Claus: *Strafverfahrensrecht [Derecho Procesal penal]*, 22ª ed. Beck, Múnich, 1991, § 69. B, p. 440: “Si no se lograba la prueba formal completa de la culpabilidad, pero quedaban también dudas sobre la inculpabilidad del inquirido, entonces, se le imponían o bien una llamada pena de sospecha –atenuada–, o bien era absuelto

dominio avanza más allá al habilitar de plano la sanción extintiva con la mera sospecha sin pronunciamiento de culpabilidad. Como bien señala el Prof. Dr. Dr. Marcelo SANCINETTI importante doctrina no duda de que la *pena de sospecha* sea ilegítima y justamente ese es el sentido del *in dubio pro reo*¹³. Así, al momento de expedirse sobre el *comiso ampliado*¹⁴ -figura claramente más *dosificada* que la extinción de dominio- el Tribunal Supremo alemán (BGH) exigió una interpretación restrictiva del instituto en conjunto con un requisito fundamental: la completa convicción judicial del origen delictivo de los elementos patrimoniales¹⁵, circunstancia que la norma en análisis elimina de plano.

provisionalmente bajo reserva de renovar en cualquier momento el proceso penal (*absolutio ab instantia*)”.

¹³ SANCINETTI, *supra* nota 11, p. 78.

¹⁴ En esta posición: ESER, A.: “*Neue Wege der Gewinnabschöpfung im Kampf gegen die organisierte Kriminalität?*”, en DENCKER, F. (Coord.): *Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1993, págs. 844 y ss. ESER se pronunciaba en este sentido al comentar la Ley Contra la Criminalidad Organizada de 1992 (*OrgKG*), que preveía el decomiso ampliado cuando las circunstancias “*justifiquen la presunción de que estos objetos fueron adquiridos para hechos antijurídicos o que provienen de ellos*”. A juicio de este autor, esta previsión vulneraba los principios de presunción de inocencia y de culpabilidad. Un desarrollo profundo en: ROIG TORRES, Margarita, *La regulación del comiso. El modelo alemán y la reciente reforma española*, Estudios Penales y Criminológicos, Vol. XXXVI, 2016, 199-279.

¹⁵ BGH 40, 371, [373]. JESCHECK, H.H.: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., pág. 857; y, SCHÖNKE/SCHRÖDER, H.: *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., pág. 576. *Ibidem*.

Ejecución Penal: Principio de Progresividad Vs. Reformas Legislativas

Tolosa, Nahuel Nardoni¹

Resumen: *la ley de ejecución penal recepta el principio de progresividad. Este principio se encuentra permanentemente en pugna con las diversas reformas legislativas, ya que las mismas siempre tienden a limitar derechos de los internos, en contraposición con la Constitución Nacional y los estándares internacionales fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ello ha significado en la práctica un sinnúmero de pedidos en aras a la declaración de inconstitucionalidad de aquellos artículos que son incompatibles con la progresividad. El único camino posible que se vislumbra, es la aplicación de la Constitución Nacional, dejando de lado todo cuerpo normativo incompatible con sus principios y garantías.*

Palabras claves: progresividad - Constitución Nacional - Corte Interamericana de Derechos Humanos - Ejecución Penal - penitenciario

Abstract: *The law of criminal execution accepts the principle of progressivity. This principle is permanently in conflict with the various legislative reforms, since they always tend to limit the rights of inmates, in contrast to the National Constitution and the international standards set by the Inter-American Court of Human Rights. This has meant in practice countless requests for the declaration of unconstitutionality of those items that are incompatible with progressivity. The only possible way that is glimpsed, is the application of the National Constitution, leaving aside any normative body incompatible with its principles and guarantees.*

Key words: progressiveness - National Constitution - Inter-American Court of Human Rights - Criminal Execution - penitentiary

Introducción

En el presente trabajo se desarrollarán, tanto el marco legal en el cual se encuentra receptado el principio de progresividad que rige la forma de Ejecución de la Pena, como asimismo las distintas reformas que se han realizado en la llamada Ley de Ejecución Penal (Ley Nacional Nro. 24.660), y su repercusión en la aplicación directa de este principio en la práctica carcelaria y tribunalicia.

¹ Abogado en el ejercicio liberal de la profesión. Aspirante a Adscripto en la Materia "Derecho Procesal Penal" UNR (Derecho Procesal II Plan 2012 – Derecho Procesal III Plan 2016).



En este sentido, abordaremos las distintas etapas de “tratamiento” por las cuales los internos atraviesan en virtud de este principio, y cómo las sucesivas reformas legislativas han limitado cada vez más el acceso de los mismos a distintos derechos (terminología que la ley reemplazó por “beneficios”). Asimismo haremos algunos aportes con respecto a la Jurisprudencia vernácula de nuestra Provincia, en lo atinente a la incorporación de un interno al Régimen de Salidas Transitorias, y su rechazo por la Mayoría, destacando asimismo el voto en disidencia del Dr. Erbetta, que respalda la posición que sostenemos.

1.- Marco legal

1.1.- Ordenamiento Jurídico Interno

La ley 24.660 en sus primeros artículos enuncia una serie de principios, los cuales *deberán* ser respetados al momento de aplicarse el tratamiento penitenciario sobre los internos.

En este sentido, art. 6 de dicho cuerpo normativo² recepta el principio de progresividad, en el cual deberá basarse el sistema penitenciario.

Este principio, según se entiende, es el que rige la forma de tratamiento - programa constitucional - que deberá recibir el interno durante el cumplimiento de la pena.

Esto significa que el interno deberá transitar por distintas etapas - progresivas - hasta poder acceder a distintos “beneficios” que la ley de Ejecución otorga a quienes se encuentran en condiciones de gozar de los mismos, habiendo transitado por la progresividad hasta ese punto. Así, la ley dispone tres etapas que transcurren dentro de la penitenciaría: Observación; Tratamiento; Periodo de Prueba. Durante este último se desarrollan las denominadas “Salidas Transitorias”, por medio de las cuales los internos acceden por pequeños intervalos de tiempo a su primer contacto con el exterior, sometidos a diversas reglas que condicionan su accionar durante estos periodos, siempre y cuando - claro está - reúnan todos los requisitos: conducta y concepto ejemplar (o el mayor grado susceptible de ser alcanzado por el tiempo transcurrido dentro del establecimiento), no poseer faltas graves (observar “regularmente” los reglamentos carcelarios), encontrarse en el periodo de prueba y no tener causas abiertas en las que interese su detención.

Luego, el cuarto periodo constituye un avance más en la progresividad, ya que los internos acceden a la llamada “libertad condicional”, que como su nombre lo indica, consiste en obtener la libertad el resto de la pena bajo una serie de condiciones que el tribunal les impone, y que se encuentran reguladas en el art. 13 del Código Penal.

² Art. 6 de Ley 24.660: “*El régimen penitenciario se basará en la progresividad, procurando limitar la permanencia del condenado en establecimientos cerrados y promoviendo en lo posible y conforme su evolución favorable su incorporación a instituciones abiertas, semiabiertas, o a secciones separadas regidas por el principio de autodisciplina.*”, recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/37872/texact.htm>

Además también existe la posibilidad de acceder a la libertad asistida, la cual prevé el reintegro anticipado al medio libre unos meses antes del cumplimiento de la condena previa confección de informes y según la conducta del interno.

1.2.- Estándares establecidos a partir de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y su Incorporación a la Constitución Nacional

A las disposiciones legales desarrolladas en el punto anterior, se suman los estándares internacionales, a través de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados a nuestra constitución a partir de su reforma en el año '94 (Art. 75 Inc. 22). En este sentido, debemos destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que:

*“[...] como responsable de los establecimientos de detención, el Estado se encuentra en una posición especial de garante de los derechos de toda persona que se halle bajo su custodia. En ese mismo sentido, ante esta relación e interacción especial de sujeción, el Estado debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para **garantizar a las personas detenidas o retenidas las condiciones necesarias para contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse** o de aquéllos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible, incluyendo el derecho a la vida, a la integridad personal y el debido proceso. Su falta de cumplimiento puede resultar en una violación de la prohibición absoluta de aplicar tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.”³*

Se destaca así también, por Ejemplo, el Art. 5.2 del Pacto de San José de Costa Rica⁴ (CADH) que se complementa con el Art. 1.1⁵ del mismo tratado. Es decir, se entiende que cualquier persona sin distinción - incluso los “reclusos” - pueden gozar de los derechos allí reconocidos, V. Gr. el trato digno inherente al ser humano. De ello se derivan una serie de garantías que corresponden a los internos, de las cuales el Estado no puede privarlas y tiene el deber - internacional - de garantizarles. Y si lo complementamos con el informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos

³ Caso Fleury y otros Vs. Haití (2011) y muchos otros. Recuperado de: <http://juristadelfuturo.org/wp-content/uploads/2019/04/No-9-PERSONAS-PRIVADAS-DE-LIBERTAD.pdf>

⁴ “Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.”

⁵ “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna 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.”

Humanos - Capítulo V⁶, que establece que: “*El fundamento del principio de la realización progresiva de los derechos es que los gobiernos tienen la obligación de asegurar condiciones que, de acuerdo con los recursos materiales del Estado, permitan avanzar gradual y constantemente hacia la más plena realización de tales derechos.*” Y que el principio de progresividad “[...] *es inherente a todos los instrumentos de derechos humanos a medida que se elaboran y amplían. Los tratados sobre derechos humanos con frecuencia incluyen disposiciones que implícita o explícitamente prevén la expansión de los derechos en ellos contenidos*”, obtendremos que el principio de progresividad al que aludimos es perfectamente operativo por medio de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

2.- Reformas a la Ley 24.660

Hasta aquí hemos realizado un muy breve resumen de lo que en líneas generales, y en principio, significa el tránsito por la progresividad. Esta sistemática funcionaba - aunque en forma deficiente ya que nunca se llegaba con los plazos y los informes tardaban más de la cuenta - en el ámbito penitenciario en un principio para todos los delitos, sin distinción.

Luego, con el “endurecimiento” de las penas, fenómeno al que Zaffaroni llama “Derecho Penal Cool”⁷, “Autoritarismo Cool”⁸ o “Autoritarismo Fashion”, estos derechos que se otorgaban sin distinción y en forma objetiva, comenzaron a ser cada vez más selectivos.

Así, con la sanción de una serie de leyes tendientes a modificar penas y modos de ejecución (Ley 25.886, 25.886, 25.890, 25.891, 25.892, 25.893)⁹, mal llamada “Ley Blumberg”, se vedó la posibilidad de acceder a ciertos beneficios a los penados por delitos considerados “graves”, cuyas penas se aumentaron y se denegó la posibilidad de que a los condenados por estos delitos pudieran acceder al tercer periodo de la progresividad, el Periodo de Prueba. Aquellos se encuentran enumerados en el polémico Art. 56 Bis de la ley de Ejecución Penal. También se les denegó Conf. Art. 14 del Código Penal la posibilidad de acceder a la Libertad Condicional.

No conforme con ello, la ley sufrió una nueva reforma, la Ley N° 27.375, en la cual se agregaron nuevos delitos al art. 56 Bis mencionado, se modificó el 56 ter y se agregaron nuevos artículos, como los Art. 56 quater, y quinquies.

Con este escenario, nos preguntamos si realmente el principio de progresividad sigue siendo un principio rector del sistema de Ejecución de penas, o simplemente un resabio

⁶ Recuperado de: http://www.cidh.oas.org/annualrep/93span/cap.v.htm#_ftn7

⁷ Recuperado de: <http://cedpal.uni-goettingen.de/data/eventos/Conferencias/2014/EntrevistaZaffaroniCedpal.pdf>

⁸ Recuperado de: <https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-40339-2004-08-29.html>

⁹ Recuperado de: <http://www.legislaw.com.ar/legis/ley%2025882%20y%20otras%20reforma%20blumberg.htm>

del viejo sistema progresivo transformado o “mixado” con otra ideología más retributiva. En este sentido, nos resulta interesante destacar los enunciados de García Basalo sobre el régimen penitenciario progresivo, en los cuales el autor manifiesta que:

“Tal denominación se deriva de las notas características que posee, esto es: a) La división de tiempo de duración de la pena en fases o grados con modalidades de ejecución diferentes [...] b) un sistema de avance y retroceso de los internos por las distintas fases [...] c) un periodo de cumplimiento de la pena en libertad, antes del agotamiento de la pena bajo algún tipo de condiciones. Si falta alguna de estas notas no habrá régimen progresivo.”¹⁰

Nos parece categórica la definición del citado autor a la hora de definir la progresividad, atento a que si falta alguna de estas características, el régimen progresivo no existe. Resulta interesante a la luz de lo que manifestamos algunas líneas más arriba, pues no puede existir progresividad sin egresos anticipados, justamente aquellos que las diversas reformas están vedando a los internos que cometieron ciertos delitos, y dejándolos en situación de desigualdad con otros que hayan cometido otro delito que incluso puede llegar a tener la misma o mayor pena, y al no estar enumerados entre estos considerados “delitos graves” pueden gozar de los egresos anticipados sin inconvenientes. Es decir, el “programa constitucional” pensado y basado en la progresividad de la originaria ley 24.660 se ve totalmente desnaturalizado y neutralizado con las diversas reformas que dicha ley ha sufrido a lo largo de estos años, impulsadas por el “*derecho penal cool*”.

Otro tinte de selectividad lo vemos con respecto a los reincidentes. La norma regulatoria es el propio Código Penal, desde 1921. En este caso se le veda de llano la posibilidad de acceder a la libertad condicional, sin distinción de delitos y sólo por el hecho de su declaración como tal. Aquí vemos otro criterio peligrosista, que no se corresponde con el derecho penal de acto, y apunta a una supuesta tendencia del sujeto a cometer delitos cada vez que se lo deja en libertad. Decimos criterio peligrosista, pues apunta a dejar de lado un inequívoco derecho penal de acto como el que fue receptado por la Ley de Ejecución Penal en sus inicios, para dar lugar a un derecho penal más relacionado con las condiciones personales del autor (Derecho Penal de Autor), trayendo a la escena al viejo fantasma de las escuelas positivistas de Ferri, Garófalo y Cía.

No es de extrañarse que tanto las reformas que comentamos, como la declaración de reincidencia misma sean pasibles de constantes declaraciones de inconstitucionalidad por distintos jueces de ejecución a lo largo y a lo ancho del territorio nacional. Ni hablar de la postura de Zaffaroni¹¹, quien directamente considera a la reincidencia inconstitucional en forma ex ante, sin distinción del caso concreto. El remedio es

¹⁰ GARCÍA BASALO, Juan C., (1975) “El régimen penitenciario Argentino”, Bs. As., Ediciones Librería del Jurista, p. 32.

¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, (2006) “Manual de derecho penal : Parte General”, 2° ed., Buenos Aires, Ediar, p. 773.

excepcional, pero necesario, pues la ley no permite otro camino que su fulminación por medio de la agencia judicial.

3.- Constitucionalidad - o no - de las reformas a la “Ley de Ejecución Penal”

Ahora bien, si entendemos a la progresividad como el “programa constitucional” que tiene la Ley 24.660 para todos los internos, cuya única condición se encuentra sujeta a las respuestas del interno al tratamiento penitenciario - conf. art. 8 Ley 24.660¹² - y ello además, debiendo compatibilizarse con el “bloque de constitucionalidad” que impera nuestro ordenamiento jurídico desde 1994, no podemos entender que cualquier restricción al tránsito del interno por el régimen progresivo resista control alguno de constitucionalidad (y convencionalidad). Es lógico pensar que cualquier planteo de inconstitucionalidad debería ser procedente, pues resulta inevitable a la luz de lo expresado precedentemente. Sin embargo, esto no es así en todos los casos. Así por ej., la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe en el fallo BELIZAN, MANUEL LUÍS - RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD (EXPTE 774/13), en el cual se discutía la posibilidad de Belizan de acceder al Beneficio de Salidas Transitorias que por ley le estaba vedado conf. art. 56 Bis, resolvió por mayoría que *“la defensa de Belizán no ha logrado demostrar - ni se advierte - que la restricción establecida por el artículo 56 bis de la ley 24.660 merezca en el caso reparos constitucionales.”*¹³

Sin embargo, es interesante destacar de este fallo la disidencia de los Dres. Erbetta y Gastaldi, quienes esgrimieron argumentos a favor de la inconstitucionalidad del Art. 56 Bis. Principalmente el primero de ellos, el Dr. Erbetta, quien comienza su voto adelantando su posición, propiciando la procedencia del recurso de queja impetrado, *“en el entendimiento de que tal disposición legal resulta inconstitucional por resultar violatoria, fundamentalmente, de los principios de resocialización, culpabilidad, proporcionalidad de la pena e igualdad ante la ley.”*¹⁴ y continúa en el considerando nro. 3 advirtiendo que:

“Un entendimiento contrario resulta insostenible en un Estado “Constitucional” de Derecho, en tanto si la función jurisdiccional se limitara a legitimar cualquier decisión del legislador, recobraría vigencia la advertencia del maestro Carrara cuando, hace casi doscientos años, denunciaba al saber penal que se limitaba a racionalizar cualquier decisión del poder punitivo para justificarlo, llamándolo la “Schifoza scienza”, porque su función no es legitimarlo sino limitarlo o contenerlo

¹² Las normas de ejecución serán aplicadas sin establecer discriminación o distingo alguno en razón de raza, sexo, idioma, religión, ideología, condición social o cualquier otra circunstancia. Las únicas diferencias obedecerán al tratamiento individualizado, a la evolución del régimen progresivo y a las disposiciones de la ley.

¹³ Del voto del Dr. Gutiérrez, en el fallo Belizán citado. CUIJ Nro. 21-00509230-9.

¹⁴ Del voto del Dr. Erbetta, en el fallo Belizán citado. CUIJ Nro. 21-00509230-9.

(Carrara, Francisco: "Vicisitudes del fundamento del derecho de castigar", en "Opúsculos de Derecho Criminal", Vol. I, Bogotá, 2000, pág. 143)."

Entendemos de vital importancia los argumentos esgrimidos por el Ministro Erbetta, posición que compartimos, pues encontramos repugnante al sistema Constitucional de Derecho la selectividad segregatoria con la que se encuentra impregnada nuestra Ley Nacional de Ejecución actual.

4. Conclusión

Como podemos ver, el camino es dificultoso para quienes propiciamos la ejecución penal dentro de un "programa constitucional" de progresividad en el cual no existan diferencias en la aplicación del "tratamiento" por motivos discriminatorios y segregatorios, aquellos en que se advierten los más espurios fines de eliminación de aquel considerado "peligroso", lejos de toda empresa resocializadora y de prevención especial positiva.

El camino andado se hace cuesta arriba, y las reformas legislativas sólo operan como elemento social estabilizador, como captador de electorado, y como soluciones mágicas a la sensación de inseguridad, la cual es creada por los mismos que luego proponen el endurecimiento de penas, y que repiten hasta el cansancio la existencia de una "puerta giratoria", pero a la vez, se habla de sobrepoblación carcelaria, y de hacinamiento en los pabellones de todas las penitenciarías del país. Los mismos que proponen linchamientos sociales, que llenan los diarios y noticieros con caras de supuestos culpables, que luego nadie se acuerda de averiguar si finalmente ya fue condenado o salió absuelto. Si pasó 3 años en prisión preventiva, o salió al otro día por la "puerta giratoria".

El Estado constitucional de derecho, a estas alturas, parece más un ideal que una realidad. El único camino posible, es el de la lucha, la lucha por la aplicación de nuestro más alto cuerpo legislativo. Y asimismo que se vea reflejado en las resoluciones judiciales. Así, y sólo así, el Estado Constitucional de Derecho se verá en el horizonte.

5. Bibliografía

García Basalo, Juan C., (1975) "El régimen penitenciario Argentino", Bs. As., Ediciones Librería del Jurista.

Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, (2006) "Manual de derecho penal : Parte General", 2° ed., Buenos Aires, Ediar.

Sitios Web:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/>

<http://juristadelfuturo.org/>

<http://www.cidh.oas.org/>

<http://cedpal.uni-goettingen.de/>

<https://www.pagina12.com.ar/>

<http://www.legislaw.com.ar/>

Participación de la víctima en la etapa de ejecución penal. Posibilidad de que se viole el non bis in ídem

Oliva, Marina Belén*

*Universidad Nacional de Rosario ¹

Resumen: El presente artículo comenta la importancia que tienen la ley de “Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos” y la reforma de la Ley de Ejecución Penal mediante la sanción de la ley 27375 en el mes de julio de 2017. En el análisis de estas leyes, pretendo desarrollar la relevancia del nuevo rol que ocupa la víctima en la etapa de ejecución penal y la posible violación a determinados derechos reconocidos constitucionalmente e internacionalmente al sujeto ya condenado.

Palabras claves: víctima – resocialización – condenado – ejecución - “non bis in ídem”

Abstract: *This article comments on the importance of the Law on “Rights and Guarantees of Victims of Crime” and the reform of the Law on Criminal Enforcement through the enactment of Law 27375 in the month of July 2017. In the analysis of These laws, I intend to develop the relevance of the new role that the victim occupies in the stage of criminal execution and the possible violation of certain rights constitutionally and internationally recognized to the subject already convicted.*

Key Words: *victim – resocialization – condemned – execution - “non bis in ídem”*

1. Presentación del tema

Lo que me propongo en la presente exposición es hacer un análisis de la ley 27372 denominada “Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos”, publicada en el Boletín Oficial el 13/07/17 y de la reforma de la Ley de Ejecución Penal mediante la sanción de la ley 27375 en el mes de julio de 2017. Realizaré un estudio desde el punto de vista constitucional en referencia a cómo impacta esta normativa en la etapa de ejecución de las penas en nuestro país, y la posibilidad de que se pueda dar un retroceso en la “resocialización” del condenado, la posibilidad de que se viole el “non bis

¹ * Abogada. Aspirante a Adscripta de las materias Derecho Penal I y Litigación Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

in idem”, y este choque de garantías y derechos reconocidos tanto a la víctima como a la persona condenada.

Haré una breve mención de cómo fue el trato que la víctima o afectados de un delito fueron recibiendo en las diferentes etapas del proceso penal argentino; cuáles fueron los derechos que fueron consolidando estos “sujetos del proceso” a raíz de la reforma de la Constitución Nacional, la incorporación de los Tratados Internacionales, los avances en el tema de la jurisprudencia (cambio de paradigma), para llegar a la sanción de las leyes 27.372 y 27.375 y la consecuente reforma tanto al Código Procesal Penal de la Nación.

2. Introducción

Podríamos decir que tanto el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal tradicionalmente le han dado a la víctima una atención secundaria, un rol dentro del proceso penal secundario y accidental; incluso se ha llegado a decir que la víctima de un delito también era víctima del proceso penal.

En los últimos años se ha producido lo que se denomina el “redescubrimiento” de la víctima por parte de las ciencias penales. (1)

Este “redescubrimiento” se puede ver plasmado en distintos sectores; lo considero así porque podemos decir que en el marco del proceso penal, luego de siglos de exclusión, donde se concebía a la víctima como “mero testigo o mero espectador”, donde solamente se la tenía en cuenta para que realice la denuncia, inste en su caso la acción penal y brinde su declaración testimonial, retirándose luego en aquellos tiempos de los “juzgados de instrucción”, quedando en manos de los fiscales el cómo continuar la investigación, la persecución penal pública; hoy en día la víctima reaparece como una preocupación central en nuestra legislación y en la política criminal. Prueba de esto, resultan los distintos movimientos que luchan por los derechos de las víctimas de violaciones de Derechos Humanos y de delitos, los avances legislativos que se han dado en el derecho positivo tanto nacional como internacional que giran en torno a la víctima, sus intereses y su protección, así como el avance jurisprudencial nacional e internacional (2), en los cuales la víctima comenzó a ocupar un rol protagónico, siendo de gran relevancia su aporte a nivel probatorio a lo largo de la investigación penal y en el desarrollo de un juicio oral o a la hora de optar por otra forma de resolución del conflicto penal.

La opinión de organismos internacionales, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha revitalizado el rol de la víctima en el proceso penal; tal es así que se llegó a considerar que la razón principal por la que el Estado debe perseguir un

delito es la necesidad de cumplimentar su obligación de “garantizar el derecho a la justicia de las víctimas”. (3)

3. Ley 27372, Derechos y Garantías de las personas víctimas de delitos

La ley 27372 sancionada el 21 de junio de 2017 promueve una mayor participación de la víctima a lo largo de todo el proceso penal, desde su comienzo hasta la etapa de ejecución penal; le asigna a este sujeto procesal un nuevo rol donde se busca garantizar una interacción entre la promoción de la acción penal y quienes sufren las distintas consecuencias de un delito.

La ley introdujo diversas modificaciones en el Código Procesal Penal de la Nación que impactan en el modo de vinculación de las víctimas en las etapas del proceso penal; se la ubica como un sujeto procesal que tiene que ser escuchado antes de una resolución judicial, buscándose de cierta forma garantizar una tutela judicial efectiva y su no revictimización. Dentro de esta garantía de tutela judicial efectiva, es que la ley adopta un concepto de víctima en consonancia con lo que disponen las Guías de Santiago sobre Protección de Víctimas y Testigos. (4)

Se le reconoce a la víctima (tanto directa como indirecta) (5) una serie de derechos que deben ser garantizados a lo largo de todo el proceso penal; es importante señalar que la mención que realiza el art. 5 de la ley no es de manera taxativa, sino que es un catálogo meramente indicativo.

La ley le reconoce a la víctima el derecho “a ser escuchada antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción, penal y aquellas que dispongan medidas de coerción o la libertad del imputado durante el proceso, siempre que lo solicite expresamente” (art.5 inc k). La Guía Práctica Sobre la ley de derechos y garantías de las personas víctimas de delitos ubica a este derechos dentro de la categoría de “carácter procesal”, sosteniendo que a partir de este reconocimiento se busca canalizar las necesidades y opiniones y se busca una participación de forma activa en el proceso.

Dentro de lo que es la etapa de ejecución penal, el art. 12 de la ley dispone el derecho a expresar su opinión frente a la posibilidad de conceder: a) salidas transitorias; b) régimen de semilibertad; c) libertad condicional; d) prisión domiciliaria; e) prisión discontinua o semidetención; f) libertad asistida; g) régimen preparatorio para su liberación.

Asimismo, se establece como obligación del tribunal, que al momento de dictar la sentencia condenatoria, debe consultar a la víctima si desea recibir información sobre los planteos que se puedan ir formulando a raíz de las decisiones mencionadas, y que en caso de que la respuesta sea afirmativa, debe fijar un domicilio, otorgándosele la posibilidad de designar un representante legal, proponer peritos y establecer el modo en que recibirá las comunicaciones. Respecto a cómo debe ser la comunicación, el decreto reglamentario de la ley establece que el Juzgado interviniente deberá notificarla formalmente. (6)

4. Ley 27375. Su modificación a la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad. Choque de garantías entre los sujetos procesales

La ley 27.375 fue publicada en el B.O el 28 de julio de 2017, con esta normativa se introdujo la reforma más importante a la LEP 24660 desde que fue sancionada en 1996. La decisión legislativa que refleja la normativa en análisis, desde mi punto de vista, es producto, una vez más del reclamo social de “penas más duras”, “prisión perpetua real”, y otro sin números de reclamos que ya son moneda corriente en los diferentes medios de comunicación; reclamos que fueron tomados por el legislador para intentar calmar la postura social, llevando, no esta vez a una inflación legislativa en lo que respecta a las penas, sino que esta vez fue el turno de la última etapa del proceso penal, la etapa de ejecución penal.

Lo cierto, es que no sólo se planteaba el “cierre de la puerta giratoria”, o el fin de los beneficios para los autores de determinados delitos, (como así lo planteara el autor de la norma Luis Alfonso Petri (7)) sino que con esta nueva reforma legislativa, se abrió paso, como lo mencioné anteriormente, a un cambio de paradigma en lo que respecta al rol de la víctima del proceso penal.

La ley 27.735 y su regulación sobre la intervención de la víctima durante la ejecución debe complementarse con la ley 27.372; con esta nueva normativa queda garantizada la representación legal de la víctima y la posibilidad que tiene de reclamar medidas concretas de protección.

Con la sanción de estas dos leyes y fundamentalmente la que modifica la Ley de Ejecución Penal subsiste una crítica relacionada con la omisión de definir con algo más de precisión el carácter de su intervención. Esta posibilidad que tiene la víctima de expresar su opinión y todo cuanto estime conveniente parece, según sostienen algunos una “carta inconveniente” que puede presentar algunas incompatibilidades con los fines de la ejecución penal que sostiene nuestra CN, los Tratados Internacionales y la

jurisprudencia. Para mitigar esta posibilidad, el legislador tendría que haber fijado cuál es el alcance específico que se le otorga a la víctima, para así demostrar que con esta reforma se buscaba garantizar la representación de este sujeto procesal en miras a su efectiva protección (tutela judicial efectiva).

Este cambio paradigmático de otorgarle a la víctima un rol protagónico en la toma de decisiones sobre la libertad del sujeto ya condenado, puede presentarse como un cambio de eje en la “resocialización”; esto lo sostengo así, porque ahora la posibilidad de que el condenado pueda obtener algunos de los beneficios que integran el régimen de progresividad de la pena, podrían verse condicionados de cuál es el recuerdo que la víctima tiene sobre lo sucedido, sobre cómo atravesó todo el proceso; dependiendo ahora el egreso del condenado no sólo de su comportamiento dentro del sistema penitenciario (buena o mala conducta), de los estudios que realice o de los trabajos. A pesar de este comentario, es dable destacar que la opinión subjetiva que tenga la víctima sólo será uno de los elementos que deba tener en cuenta el juez de Ejecución al momento de resolver un incidente de libertad.

Sabemos que de las disposiciones que contiene nuestra Constitución Nacional (arts. 1 y 18) surge un marco mínimo que limita la reacción penal en la etapa ejecutiva y que deriva de los principios de legalidad, racionalidad y humanidad en la sanción penal; desde la reforma constitucional de 1994 este marco se encuentra ampliado con la incorporación de los tratados internacionales que prohíben las penas crueles y degradantes, al establecer que el objetivo de la pena privativa de la libertad debe procurar la readaptación social del condenado.

Imaginemos por un momento una situación donde la persona condenada está efectivamente cumpliendo pena privativa de la libertad, que su abogado defensor solicita alguna forma de liberación anticipada, y la víctima al ser informada sobre esta solicitud opina que no está de acuerdo con que el beneficio le sea otorgado al condenado; que el juez de ejecución al momento de resolver opta por denegar la solicitud efectuada fundando, entre otros elementos en la postura de la víctima y el relato acerca del sufrimiento que atravesó a raíz del hecho delictivo. Es en un supuesto así, que planteo una observación respecto a la garantía constitucional y procesal del “non bis in idem”, ya que estaríamos ante una situación en que el condenado se enfrentaría a un doble juzgamiento, primero durante la etapa de juicio (donde se le atribuyó un hecho, y se lo consideró responsable penalmente) y en un segundo momento en la etapa de ejecución (ya que se estaría planteando un incidente de libertad respecto al mismo hecho por el cual fue condenado).

En aquellos delitos que podrían considerarse como graves (como el caso de un homicidio simple, donde la posibilidad de ejercer el derecho que le confiere la ley lo

tienen las “víctimas indirectas”), la víctima se podría oponer a que la persona condenada sea incorporada a alguno de los beneficios que se regulan en el art. 11 bis de la LEP bajo los comunes lemas de: “prisión efectiva real”, “que se pueda en la cárcel”, “que no salga más”. Ante estos comunes lemas, es que sostengo que la opinión de la víctima respecto a la negativa debe ser fundada, con un motivo razonable y oportunamente valorada por el juez, y no fundada en un motivo meramente retribucionista, que no sea con un móvil de lograr que la persona condenada obtenga un sufrimiento extremo y con el fin de impedir el acceso a una reducción del encierro que fue previsto en la sentencia.

Sería en estos casos con móviles “retribucionistas”, donde desde mi punto de vista se estaría violando el principio del “non bis in idem”, como así también se estaría dando un gran retroceso en la función de resocialización de la pena que sostiene nuestro derecho nacional a la hora de analizar cuál es el fin de la pena.

5. Conclusión

La sanción de las leyes 27.732 y 27.375 constituyen un giro importante en la historia del derecho penal y del derecho procesal penal en nuestro país, ya que estaríamos dejando atrás aquel paradigma en que el eje central del proceso y al cual se le buscaba resguardar y garantizar los derechos era al imputado/condenado, para ahora consagrar y asegurar una amplia participación de la víctima a lo largo de todo el proceso a través de los derechos y garantías que reconocen estas leyes.

Si bien este cambio de paradigma es algo positivo para nuestro país, requiere de un esfuerzo por parte de los diferentes operadores jurídicos y judiciales, quienes debemos estar preparados para este nuevo desafío donde vamos a ver diferentes planteos sobre la constitucionalidad de la ley de ejecución penal, sobre cómo influye la opinión de la víctima y cuáles son los fundamentos de los jueces de ejecución al resolver los incidentes de libertad.

Asimismo, este cambio de paradigma implica un desafío para aquellos profesionales que se dedican al derecho penal y más que nada a la defensa de las víctimas (ya sea en el ámbito privado, o por ejemplo en el Centro de Asistencia Judicial de Santa Fe), ya que hoy en día cuentan con más herramientas que permiten un efectivo ejercicio de la función.

Notas

(1) Cancio Meliá, Manuel. “Conducta de la víctima e imputación objetiva”. www.upcomillas.es/webcorporativo/servicios

(2) Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre derechos de las víctimas. Pag. VIII. Publicado por la fundación para el debido proceso. Washington DC EEUU 2014.

(3) Conf. Comisión IDH, informe nro. 34/96, caso 11.228.

(4) Documento aprobado en la XVI Asamblea General Ordinaria de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, incorporado como reglas prácticas mediante la Resolución PGN N° 174/08.

(5) Conf. Art 2 ley 27.372 y la Guía Práctica sobre la ley de derechos y garantías de las personas víctimas de delitos. Pg.13/14

(6) Decreto 421/2018. Reglamentación. Ley N° 27.372.

(7) Conf. Cámara de Diputados de la Nación, Reunión No. 21 - 20a. Sesión, Sesión Ordinaria (Especial) celebrada el 23/11/2016. Libertad condicional y ejecución penal, 3805-D-2016 - 4829-D-2016 - 7420-D- 2016.

Bibliografía

Carta Iberoamericana de Derechos de las Víctimas;

Comisión IDH, informe nro. 34/96, caso 11.228

Guías de Santiago sobre Protección de Víctimas y Testigos;

Gorra Daniel Gustavo. Reflexiones sobre la víctima en el proceso penal y frente a la teoría del delito;

Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos, 27.372;

Ley 27375, Ejecución de las penas privativas de la libertad;

Nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe comentado. Autores: Daniel Erbetta; Tomás Orso; Gustavo Franceschetti; Carlos Chiara Díaz;

Reforma de la ley 24660. El fin del derecho de ejecución penal en Argentina. Estudios sobre jurisprudencia, Ministerio Público de la defensa, Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia;

Tiempo Intermedio y Delitos Permanentes: la Solución Final

Como aplicar la ley penal tras la reciente jurisprudencia de la CSJN

Orso, Juan Sebastián¹

"El principio de irretroactividad de la ley penal en realidad no es sino un corolario del principio de legalidad penal, constitutivo de la seguridad jurídica que debe proveer todo Estado de Derecho que merezca ser llamado de ese modo"- Andrés Rosler²

Resumen: *Existen grandes controversias en asuntos de Derecho Penal. La aplicación de la ley penal durante los lapsos temporales de los delitos permanentes es uno de esos asuntos. Por ello, docentes y operadores transmiten la polémica ofreciendo posturas divididas, las cuales se muestran aparentemente irreconciliables por las falencias de una y otra. ¿Cuáles son los efectos prácticos de esta situación dogmática? Cada uno opta a su piacere entre las dos clásicas posturas volcadas en "Jofré", conforme a su interpretación del artículo 2 del Código Penal. En este comentario pretendo superar dicha brecha, contando con el aval indirecto que ha demostrado la CSJN en los fallos "Muiña" y "Batalla". Con sus disquisiciones, la Corte ha solucionado el dilema respetando la voluntad del legislador, los principios y garantías de la CN y Tratados Internacionales y, sobre todo, replicando los argumentos de la jurisprudencia antecedente. Así, el remedio consiste en aplicar la ley penal más benigna sin perjuicio del tiempo comisivo del delito.*

Palabras claves: *ley penal en el tiempo – tiempo intermedio – benignidad – valoración*

Abstract: *There are great controversies in criminal law matters. The application of criminal law during the temporary periods of permanent crimes is one of them. Therefore, professors and operators of the judicial system teach this polemic policy by offering opposing positions, which appear seemingly irreconcilable by the flaws of both sides of the answer. What are the practical effects of this dogmatic situation? Each of us chooses at our own pleasure between these two classical positions offered in the precedent*

¹Estudiante de Derecho. Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho. Argentina. Para "VI Encuentro de Jóvenes Penalistas de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal", llevado a cabo en la Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho, los días 23 y 24 de mayo, 2019. Tema optado en este escrito: Principios General del Derecho Penal – Ley Penal en el Tiempo. Contacto: orsojuanse@gmail.com y juanseorso.blogspot.com.ar. Los subrayados en este escrito me pertenecen.

²Andrés Rosler, "Si ud. Quiere una garantía, compre una tostadora": acerca del punitivismo de lesa humanidad. En Letra: Derecho Penal, año III, número 5. 2017. Pág. 91.

"Jofré", in accordance with their interpretation of Art. 2 of the Penal Code. In this brief article, I intend to overcome this gap, backed by the indirect support that the Supreme Court of Argentina has recently shown in the "Muiña" and "Batalla" rulings. In spite of the disquisitions, the Supreme Court has solved the dilemma complying with the legislator's will, the principles and guarantees of the National Constitution and the International Treaties of Human Rights and, above all, replicating the arguments of previous jurisprudence. Thus, the remedy consists of applying the most benign criminal law without prejudice to the moment in which the crime was committed.

Key words: criminal law in time - intermediate time - benignity – valuation

1- Definiciones previas

1.1- Delitos permanentes

En los delitos permanentes, existe un ininterrumpido estado consumativo que atraviesa de principio a fin una continua realización del verbo típico comisivo. Como señala Soler, el carácter permanente *"no está dado por los efectos que él causa, sino por la naturaleza de la acción a la que la ley acuerda el atributo consumativo"*³ del resultado.

Por eso un ejemplo clásico de delito permanente es el secuestro, penando a quien realice el verbo típico de *"sustraer, ocultar o retener"* a una persona y mantenga el estado típico y antijurídico tras perfeccionarse el delito. Encontrar o conocer el paradero de la víctima depende de la voluntad del autor y cada instante que pase se estará cometiendo el delito. El inicio consistirá en realizar la acción típica, mientras que la consumación se agotará cuando la acción deje de cometerse, es decir, con su cese

1.2- El tiempo intermedio

El inicio y fin de una actividad voluntaria ininterrumpida que se prolonga en el tiempo resulta de fundamental importancia. El artículo 2 de nuestro Código Penal expresa que *"Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna"*.

Hay, por ende, un marco temporal bien delimitado para decidir desde que momento y hasta qué punto la ley penal más benigna debe aplicarse: a) el tiempo de comisión del delito como inicio, b) el pronunciamiento del fallo como fin, c) y todo lo que ocurra en medio de ese inicio y fin, llamado tiempo intermedio. Ahora bien, si el delito de secuestro se comete durante cada día de su duración durante días, meses o años, ¿qué sucede

³ Sebastián Soler, "Derecho Penal Argentino". TEA, Tomo II. 1992. Pág. 191.

cuando una serie de leyes son sancionadas durante los tramos iniciales, intermedios o finales de la conducta?, ¿cuál es el inicio?, ¿y por cuál ley debemos optar?

2- El viejo caso Jofré⁴ y los nuevos casos Muiña⁵ y Batalla⁶

2.1- La coexistencia de leyes

En el fallo Jofré, el voto mayoritario -que en realidad adhirió al dictamen del Procurador General- sostuvo: *“si durante la consumación de un delito permanente rigieron dos leyes, ambas plenamente vigentes, no se trata de un caso de sucesión de leyes penales [art. 2º del Código Penal, donde se debe aplicar la más benigna], sino de un supuesto de coexistencia teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de los delitos permanentes, donde uno debe desplazar al otro y debe primar la ley vigente en el último tramo de la conducta punible”*⁷. Esta posición -que podríamos llamar restrictiva- parece haber sido ratificada en el voto minoritario del fallo Muiña⁸.

Al mismo tiempo, quienes sostienen esta postura exigen igual tratamiento y pena para aquellos que se encuentren cometiendo el mismo delito y cesen de cometerlo bajo la misma ley. Bajo este criterio, *“no puede equipararse la situación de quien cesó de cometer el delito, una vez que la conminación penal se tornó más severa, con la de quien lo continuó cometiendo a pesar de ello”*⁹. Hacerlo atentaría contra el principio de igualdad.

2.2- La sucesión de leyes

En la vereda del frente, el voto minoritario del fallo Jofré y el voto mayoritario del fallo Muiña adoptaron –con algunas diferencias- la postura que denominaré amplia. Ésta sostiene que la característica de permanente del delito bajo examen *“no inhibe la posibilidad de que durante el transcurso de la acción -pero antes de pronunciarse el fallo- se dicte una ley más benigna”*¹⁰. Esta es una decisión aplicable por la modalidad típica permanente de la acción, como el secuestro o la servidumbre, sea que su comisión pueda encuadrarse en una categoría de lesa humanidad o no. La solución de esta postura a partir del artículo 2 siempre se aplica.

⁴ Jofré, Teodora s/ denuncia. CSJN. 31/08/1989.

⁵ Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro s/recurso extraordinario”. CSJN, 03/05/2017

⁶ Recurso de hecho deducido por Batalla, Rufino en la causa Hidalgo Garzón, Carlos del Señor y otros. CSJN 04/12/2018

⁷ Op. cit. 4) Considerando 3.

⁸ En ambos votos se sostiene que en los delitos permanentes existe un concurso aparente de tipos penales durante el tiempo de comisión del delito y en consecuencia la ley posterior deroga a la anterior. En cierta forma, adoptar esta postura significa renunciar a la pregunta de la benignidad de la ley penal durante el espacio de tiempo comisivo de estos tipos de delitos porque siempre se aplicará la vigente en el agotamiento.

⁹ Op. cit. 4) Considerando 3.

¹⁰ Op. cit. 5) Considerando 9.

Particularmente en Muiña, la CSJN determinó que correspondía aplicar el beneficio previsto en el artículo 7 de la ley 24.390 consistente en el cómputo de 2x1, aplicándose ultractivamente ya que la ley 25.430 establecía el cómputo de 1x1 y ello atentaba contra las garantías constitucionales y convencionales que prohíben la aplicación irretroactiva de la ley penal más gravosa¹¹.

2.2.1- Las implicancias superadoras

Quienes sostienen la postura restrictiva renuncian a la averiguación de la benignidad de la ley penal porque debe aplicarse la ley vigente al momento de agotarse el delito. Pero como bien señala De La Rúa, el principio de ley penal benigna *“cubre todos los momentos del delito, desde que el comienzo de la acción hasta el de consumación y aún los de la prolongación o de ejecución permanente”*¹², pues como se demostrará a continuación, los límites temporales del art. 2 CP surgen con el inicio de la comisión.

2.2.1.1- La motivación normativa y los falsos méritos de conducta

Tanto en el voto mayoritario de Jofré como en el voto minoritario de Muiña, la CSJN impuso el criterio de la *“buena conducta”* para justificar el respeto al principio de igualdad. Este criterio consiste en que *“el autor no puede ampararse para mejor su situación en la circunstancia de que en un tramo de la acción delictiva desarrollada la ejecutó bajo una ley más benigna, ya que, a pesar de la sanción más grave dispuesta por la última norma legal, siguió adelante con su conducta criminal sin adecuarla a las nuevas exigencias normativas”*¹³.

Sin embargo, es peligroso fundamentar la igualdad en la motivación de la norma. Como bien precisa García Pérez, *“sólo se puede justificar la predeterminación normativa, pero no la reserva de ley inherente al principio de legalidad, pues aquella se consigue tanto si los delitos y las penas aparecen en una norma con rango de ley como si lo hacen en otras de carácter reglamentario”*¹⁴. En otras palabras, los principios penales no deben aplicarse por merecimientos de la persona, sino por los presupuestos de legalidad del acto.

Y por otro lado, quien ceso de cometer el delito bajo una ley determinada podrá recibir una pena mucho más severa respecto de quien continuó cometiéndolo y luego resultó beneficiado por el reemplazo de una nueva ley más benigna que la anterior. En estos

¹¹ Art. 9 de la CADH. Art. 15 del PIDCP. Art. 24 Convenio de Roma.

¹² De La Rúa, 72, citado por Eugenio Raúl Zaffaroni, “Tratado de Derecho Penal. Parte General”. EDIAR, Tomo I. 2004. Pág. 478.

¹³ Trossero Neri S. y Martínez Sergio O, “El principio de la ley penal más benigna en los delitos permanentes: Análisis de la nueva doctrina de la C.S.J.N. y sus consecuencias en relación con lavado de activos de origen delictivo”. Publicado en Revista Pensamiento Penal. 07/01/2019. Pág. 6.

¹⁴ Octavio García Pérez, “El principio de legalidad y el valor de la jurisprudencia”. Publicado en InDret, revista para el análisis del derecho. 10/09/2018. Pág. 5.

casos, tomar la ley penal del último tramo de conducta resultaría más beneficioso para quién continuó delinquiendo y tornaría nulo el criterio de la buena conducta igualitaria.

2.2.1.2- La indivisibilidad legislativa penal

La postura restringida sostiene que existe una unidad de delito en donde las leyes penales coexisten y no se suceden. En realidad, las distintas leyes penales rigen en unidad lineal e indivisible de tiempo para que puedan producirse sus propios efectos normativos tal como la unidad de tiempo comisiva de un delito permanente. Durante el tiempo que rijan, y más allá de su derogación posterior, surtirán efecto sobre el imputado pero la consideración global de la benignidad abarcará todo el espectro de normas que hayan estado vigente sucesivamente. Es por esto que Jakobs sostiene que *“en caso de comportamiento indivisible, cuando sólo una parte de la realización del tipo cae bajo la vigencia de la punibilidad, el autor queda totalmente impune”*¹⁵.

Frente a esto último podría decirse que aplicar siempre la ley penal más benigna *“podría llevar a absurdas resoluciones en casos en que la conducta que no estaba prohibida (vgr. el autolavado) y, no obstante introducida la reforma, el autor continuase con su acción ahora sí desvalorada”*¹⁶. Pero en este último supuesto se comete un grave error, puesto que no puede valorarse como *“desestimiento de plan”* lo que comenzó siendo una trama conductual no prohibida. En ese caso concreto, el plan comienza con la ley prohibitiva.

2.2.1.3- El criterio de Jofré superado en Muiña

En uno de los puntos de su voto minoritario, Zaffaroni sostuvo que *“cuando una ley más gravosa entra en vigencia con posterioridad al comienzo pero antes del cese de la acción —tal como sucede en este caso— existe un tramo de la conducta que no se encuentra abarcado por la nueva ley”*¹⁷. Si bien este punto busca enfatizar que no puede aplicarse a una conducta una futura ley penal gravosa, según el momento en que se inicia la comisión del delito respectivo podrá alegarse trato igualitario con respecto a aquellos obraron bajo una ley benigna y ahora no están siendo juzgados.

¿Cuál es la salida? Tal como lo resolvió el voto mayoritario en Muiña, la ley penal más benigna deberá aplicarse siempre y durante todo momento *“porque los términos utilizados en la redacción de la norma no son superfluos sino que han sido incluidos en ella con algún propósito, sea de ampliar, limitar o corregir los conceptos y que cuando esta no exige esfuerzo de comprensión debe ser aplicada directamente, con*

15 Citado por Trossero Neri S. y Martínez Sergio O, op. cit. 12). Desde mi modo de verlo, aun el comportamiento típico, divisible, e incompleto (por ej. la comisión de una agravante del tipo base durante un solo momento del tiempo comisivo permanente) deberá beneficiarse siempre de la ley penal más beneficiosa, pues repetimos que la unidad de tiempo delictual es idéntica a la legislativa.

16 Op. cit. 12)

17 Op. cit. 4)

*prescendencia de consideraciones ajenas al caso que aquella contempla (Fallos: 313:1007)*¹⁸.

2.3- Precisiones sobre el caso Batalla

No escapará a quien lea estas líneas que el fallo Batalla no ha sido citado. Y es que justamente, entre Muiña y Batalla mediaron extraordinarias circunstancias circunscriptas a la discusión de beneficios otorgados a condenados por lesa humanidad. La sanción unánime por parte del Congreso de una ley de interpretación auténtica¹⁹ para dejar de lado ciertos beneficios a condenados por lesa humanidad es un ejemplo de ello.

Sin embargo, el voto mayoritario en Batalla nunca se pronunció contra la característica de “*permanencia*” común de los delitos o contra la lógica argumentativa de aplicarla a los delitos comunes en base a la postura amplia. Por el contrario, el fallo Batalla se dictó por la mentada ley citada, por obligaciones internacionales de castigo y justicia y por, en definitiva, el estatus especial de los delitos de lesa humanidad y sus efectos que de ningún modo se extienden a la base dogmática superadora común que hemos planteado aquí.

3- Conclusión

Hemos transitado una compleja vía jurisprudencial y doctrinaria sobre los delitos permanentes y la ley penal aplicable durante dicha permanencia. Pero por encima de todo, hemos demostrado que las posturas tradicionales -sea restringida o amplia- presentaban problemas irreconciliables y arbitrarios. Afortunadamente, tras contrastar a toda luz tales antecedentes con las nuevas bases formuladas por la Corte Suprema, arribamos finalmente a la aplicación clara y superadora de la ley durante los distintos tiempos: siempre y en todo momento será aplicable la ley penal más benigna, tal como lo demanda el principio de legalidad que lo germina.

Bibliografía

Normativa

Art. 18 CN.

Art. 9 CADH.

Art. 15 PIDCP.

¹⁸ Op. cit. 5) Considerando 7.

¹⁹ Ley 27362:
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/270000-274999/274607/norma.htm>

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/270000-274999/274607/norma.htm>

Art. 24 Convenio de Roma.

Art. 2 CP

Ley Nacional 24.390; 25.430; 27.362.

Jurisprudencia

Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro s/recurso extraordinario. CSJN. 03/05/2017.

Jofré, Teodora s/ denuncia. CSJN. 31/08/1989.

Recurso de hecho deducido por Batalla, Rufino en la causa Hidalgo Garzón, Carlos del Señor y otros. CSJN. 04/12/2018.

Doctrina

Andrés Rosler. (2017). Si ud. Quiere una garantía, compre una tostadora: acerca del punitivismo de lesa humanidad. En Letra: Derecho Penal, año III, número 5.

Eugenio Raúl Zaffaroni. (2004). Tratado de Derecho Penal. Parte General. EDIAR: Tomo I.

Octavio García Pérez. (2018). El principio de legalidad y el valor de la jurisprudencia. InDret: revista para el análisis del derecho.

Trossero Neri S. y Martínez Sergio O. (2019). El principio de la ley penal más benigna en los delitos permanentes: Análisis de la nueva doctrina de la C.S.J.N. y sus consecuencias en relación con lavado de activos de origen delictivo. Revista Pensamiento Penal.

De víctima a victimaria: Perpetua vs Absolución

Pecorini, Carla y Araya, Daiana

Resumen: Entramos en contacto con el tema de este trabajo por un acercamiento a un caso de homicidio. Una mujer había matado a su marido en la ciudad de Rosario en el mes de diciembre de 2018. Empezamos investigando la historia de esta relación y encontramos que esta mujer había realizado múltiples denuncias de violencia de género por parte de su pareja en los últimos años. Ahora, esta mujer podría ser sentenciada a prisión perpetua por el homicidio porque nuestro derecho penal no contempla la existencia de legítima defensa en casos como este donde no está probada la existencia de una agresión previa por parte de la víctima.

La ley penal Argentina en su concepción actual es insuficiente para resolver este tipo de casos, no da respuestas a los problemas donde existe una relación desigual entre opresor y oprimida, porque fue escrita en el contexto de una sociedad patriarcal.

Por eso desarrollaremos en este trabajo el concepto de legítima defensa, no desde la interpretación tradicional que los trabajadores del derecho le han dado, sino desde un punto de vista feminista, ajustado a los estándares de derechos humanos. Hasta que la ley cambie e incluya una perspectiva feminista, debemos interpretarla teniendo en cuenta tratados de derechos humanos como *La Convención Interamericana para Erradicar la Violencia Contra la Mujer*, firmada y ratificada por Argentina bajo ley número 24.485. Esta ley, en su artículo 7 insta a los estados parte a adaptar cada ley y cada práctica para ayudar a erradicar y reprimir los casos de violencia contra la mujer, incluyendo la manera de capacitar empleados y trabajadores de la ley con en perspectiva feminista, insistiendo en que el estado que no cumpla con estos estándares internacionales violaría derechos humanos básicos de las mujeres.

Palabras claves: *mujeres; delito; investigación; feminismo; justicia*

Abstract: *The theme of this paper came up to us after a close contact with a case homicide. A woman had murder her husband in the city of Rosario in the month of December 2018. We started investigating the background of this relationship finding out she had made numerous complaints about gender violence from her husband in the last years. Now this woman could be sentenced to life in prison for this crime.*

The Argentinian criminal law as its conceived today is insufficient to solve this kind of cases, it does not give any answers to problems where there is a unequal relationship between an oppresor and it's victim, because it was written in a patriarchal society.

That is why we will devolpe in this paper the concept of self defense, not from the traditional interpretation law workers have given it but from a feminist, human rights adjusted point of view. Until the law changes and includes feminist perspective, we have to interpret it having a mind human rights conventions like the Interamerican Convencion to prevent, punish, and erradicate violence against woman, wich was signed by Argentina and ratified by law number 24.485. This convention in it's articule numer 7 talkes about the obligations the states take to adapt every law and every practice to help erradicate and punish violence against woman, including to form and educate state and law workers on feminist perspective and any state that does not fulfill those standars will violate woman basic human rights.

Key words: *women; crimes; research; feminism; justice*

La cultura patriarcal resiste su lugar de preeminencia a través de su herramienta más eficaz: la justicia. Es la misma justicia patriarcal, deficiente en garantizar los derechos humanos de las mujeres en el interior del hogar, la que luego, interviene para reprocharle a la mujer que decide defenderse de una situación de violencia, el haber actuado como lo hizo. En el presente trabajo analizaremos desde una perspectiva jurídica feminista, la posibilidad de ejercer el derecho de defensa dentro de un contexto de violencia de género, ante la amenaza de una agresión inminente. Lo haremos interpretando el art. 34 de nuestro Código Penal acorde a los estándares internacionales que consideran a la violencia de género como una forma de tortura, entendiendo de esta manera que los Estados que fallen a contrario sensu de los mismos, cometen una falta grave contra los derechos humanos fundamentales de las mujeres.

Creemos necesaria una justicia que contribuya a crear la igualdad entre géneros, ya que la mera sanción de leyes destinadas a garantizar la restitución de derechos vulnerados de las mujeres no resulta suficiente, necesitamos actores formados en perspectiva de género, que entiendan la importancia de impartir una justicia no discriminatoria.

Tal como lo manifiesta la antropóloga Rita Segato “El crimen de género se cree un crimen menor por no considerar a la mujer como sujeto universal de derechos” “Es todo un ejercicio que tiene que ver con la sospecha moral que nos condena antes de conocernos, de manera automática”

1. Violencia doméstica como tortura

En 2008, el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes señaló en su informe ante la Asamblea General de la ONU que la violencia doméstica es una forma de tortura:

[...] En la violencia doméstica, como en la tortura, se suele dar una escalada que a veces resulta en la muerte o en la mutilación de las mujeres o en su desfiguración permanente. Las mujeres con las que se emplea esa violencia [...] padecen de depresión, ansiedad o pérdida de la autoestima y se sienten aisladas. En realidad, la mujer maltratada puede padecer los mismos síntomas intensos propios del estrés postraumático, según se observa en las víctimas de tortura o cial y en las víctimas de violación. Otro paralelo entre el maltrato en privado de la mujer y la tortura, que remite al elemento de impotencia, es la intención de mantener a la víctima en un estado permanente de temor a una violencia imprevisible, con lo que se trata de someter a la persona y de despojarla de su capacidad de resistencia y autonomía, con el objetivo último de dominarla totalmente.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, también conocida como la Convención de Belem do Para, entró en vigor en 1995. La Convención afirma que la violencia contra las mujeres constituye una violación de los derechos humanos y que limita de forma parcial o total, el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos para las mujeres. La Convención además define la violencia como cualquier acción o conducta basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

La Convención, en su artículo 4 menciona el derecho de las mujeres a que se respete su vida, su integridad física, psíquica y moral, así como su derecho a la "igualdad de protección ante de la ley y de la ley". Asimismo, en su artículo 7 menciona la obligación de los Estados Parte de tomar todas las medidas necesarias para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o tolerancia de la violencia contra la mujer, así como la obligación de debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contras las mujeres. Asimismo, en repetidas ocasiones, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha delineado la obligación de análisis de pruebas con perspectiva de género.

2. La legítima defensa desde el paradigma de violencia de género como tortura

Analizaremos los elementos del instituto de la Legítima defensa desde una perspectiva de género:

Art. 34. No son punibles:

6º. El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla; c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor.

Igualmente respecto de aquél que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia.

3. Agresión ilegítima

Este primer requisito debe contener los siguientes elementos, debe ser conducta humana, actual, agresiva y antijurídica. En palabras del Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni “la defensa propia o de sus derechos, abarca la posibilidad de defender legítimamente cualquier bien jurídico. El requisito de la racionalidad de la defensa no excluye la posibilidad de defender ningún bien jurídico, sino que exige una cierta proporcionalidad entre la acción defensiva y la agresiva, cuando ella sea posible, es decir, que el defensor debe utilizar el medio menos lesivo que tiene en sus manos. Además, agrega en cuanto a la inmediatez de la agresión “La agresión ilegítima no es necesaria que se haya iniciado. La ley dice que la defensa puede ser “para impedirla o repelerla” se la repele cuando ya se ha iniciado, pero se la impide cuando aún no ha tenido comienzo. Nuestra doctrina y jurisprudencia exige que el agresor puede llevarla a cabo cuando quiera, porque es inequívoca su voluntad de a hacerlo y ya tiene alistados los medios para ello, pero no debe ser entendida en el mero sentido de inmediatez temporal..”¹

El precedente del S.T.J. de San Luis in re “Gómez, María Laura s/ Homicidio simple”, sentencia n° 10/12 del 28 de febrero de 2.012 sostiene que:

¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl., 1986. Manual de Derecho Penal parte General, pag. 491

Véase Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro. Manual de derecho penal. Parte General, Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 483 y 474-475 respectivamente. De acuerdo a los autores, “la ley no exige equiparación ni proporcionalidad de instrumento, sino la ausencia de desproporción aberrante entre las conductas lesiva y defensiva, precisamente en sus respectivas lesividades Así, no será irracional la defensa...de quien emplea un arma blanca o de fuego frente a quien le arremete a golpes de puño, si la superioridad física del agresor le impide detenerle con igual medio”.

...en un contexto de violencia doméstica, la mujer se encuentra atrapada en un círculo, donde la agresión es siempre inminente, precisamente porque es un círculo vicioso del que no puede salir, porque tiene miedo a represalias, sabe que en cualquier momento la agresión va a suceder, los celos siempre existen, con lo cual la inminencia está siempre latente, generalmente no se formulan denuncias por miedo, la víctima de violencia se va aislando y muy pocas veces cuenta todo lo sucedido, ya sea por miedo o vergüenza...

Rioseco precisa que en los casos de violencia doméstica

...estamos en presencia de una agresión permanente, por acción y omisión, de carácter físico y/o psicológico, que mantiene a la víctima en un constante y aterrador estado de peligro, tanto para su vida como para la de sus hijos/as, frente a la cual podría ejercer la legítima defensa en cualquier momento...²

La frecuencia del maltrato puede ser considerado como continuidad. Sigue Rioseco Ortega:

[L]a mujer no está obligada a esperar que ya no quede otra salida para reaccionar [...] no debe esperar ser herida de muerte o golpeada brutalmente para reaccionar en su defensa [...] La mujer que ha vivido por muchos años la violencia, está permanentemente amenazada en el bien jurídico vida e integridad física, tanto antes como durante y después de la agresión misma [...] en estos casos el peligro es un estado durable...³

² Rioseco Ortega, 1999. Explicitamos que no son exigibles los estándares de delito continuado para evaluar la frecuencia de la violencia. Coincidimos con Rioseco en que Soler soslaya de manera inequívoca este tema cuando "señala que lo que debe ser actual es la situación de peligro en el momento de la reacción [...] que 'la agresión ilegítima puede consistir o no en un acto súbito e instantáneo y crear, en cambio, un estado durable de peligro, en cuyo caso, si bien el acto agresivo inicial puede haber pasado, no podría negarse que la agresión es presente y que subsiste el peligro'", Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Tomo I, Tipográfica Editora, Buenos Aires, 1973, p. 349.

³ Rioseco Ortega, Luz, 1999. En el mismo sentido, Di Corleto apunta que exigir a la víctima de violencia doméstica "...esperar a que la agresión se manifestara en forma más enérgica hubiera significado sacrificar cualquier posibilidad de defensa", 2006, p. 10. Comisión IDH, "Estándares Jurídicos...", 2011, p. 28. La jurisprudencia también ha reparado que: "Todos los elementos antes descritos, con guran antecedentes su cientes y claros para señalar que la denunciante ha sido víctima de episodios de violencia intrafamiliar psicológicos a lo largo de gran parte de su vida conyugal, lo que demuestra otra característica propia de la violencia intrafamiliar, cuál es su cronicidad, habitualidad y permanencia a lo largo de tiempo. Se debe tener presente además, el concepto de 'escalada de la violencia', que se refiere al proceso de ascenso paulatino de intensidad y duración de la agresión en cada ciclo consecutivo, esto quiere decir que cada vez se va acortando la distancia entre cada etapa, las que por el hecho de ser un ciclo se repetirán una y otra vez siguiendo el mismo orden", RIT F- No 192-2008, RUC- 20 de octubre de 2008, Tribunal de Familia, Chile.

El Tribunal Oral en lo Criminal nro. 3 de la ciudad de Mar del Plata en la causa “Bulacio Gladys Lery s/ Homicidio calificado” y el Superior Tribunal de Justicia de San Luis en la causa “Gomez Maria Laura s/homicidio simple” del 28 de febrero del 2012, absolvieron a mujeres víctimas de violencia de género que habían matado a sus esposos, tomando en cuenta el contexto de violencia permanente previo en el que vivían. En ambos pronunciamientos se consideró que, en los casos de mujeres golpeadas no es tan fácil definir cuándo se está frente al fin de la agresión; para ello se evaluó el pasado de abuso para redefinir el concepto de inminencia o la racionalidad de la percepción de la agresión como inminente.

4. Necesidad racional del medio empleado

Se entiende por racionalidad en el caso en concreto, como la ausencia de una desproporción insólita y grosera, casi indignante, entre el mal que se evita y el que se causa. Para poder determinar la racionalidad en el medio debemos evaluar el contexto en el cual se encontraba la víctima que repele la agresión, ya que es importante destacar que en la mayoría de los casos, las mujeres víctimas de violencia doméstica se encuentran en una posición desigual de poder con respecto al hombre.

En el ámbito local, en el decreto reglamentario 4028-13, define qué se entiende por desigualdad de poder conforme lo establece en su definición de violencia el art. 4 de la ley 13348 “la que se configura por prácticas socioculturales históricas, basadas en la idea de la inferioridad de las mujeres o la superioridad de los varones, o en conductas estereotipadas de varones y mujeres, que limitan total o parcialmente el reconocimiento o goce de los derechos de estas en cualquier ámbito en que se desarrollen sus relaciones interpersonales” Como resulta del precedente de A., P. D., Trib. Nac. Oral Crim., n. 9, San Juan, sentencia del 07/12/2006 “No se trata aquí de una mera medición cuantitativa de la intensidad o dañosidad de los actos defensivos, porque los medios no son racionales ni irracionales, sino que lo “racional” califica al juicio sobre la necesidad de defenderse con ese medio. Son las posibilidades concretas de impedir o repeler la agresión las que resultan dirimentes. El estándar adecuado sobre la necesidad racional del medio empleado implica el conocimiento específico de la imputada para evaluar la concurrencia efectiva del peligro y las posibilidades concretas de repeler o impedir la agresión, el riesgo.

Claus Roxin reconoce que ninguna esposa tiene porqué soportar malos tratos continuos (incluso leves) que denigran su dignidad y la convierten en objeto de la arbitrariedad del marido. Y sostiene que, una mujer que es apaleada casi a diario por su

marido, ya no le debe la solidaridad de la que él mismo hace tiempo se ha desligado; y no está obligada a abandonar la casa en lugar de defenderse.⁴

Es repetitivo sostener que para que las mujeres puedan salirse de los lugares o posiciones en las que son víctimas de violencia, el Estado debe generar posibilidades reales del derecho de “salirse” de las relaciones violentas, pero para hacer efectiva las posibilidades de “irse” deben examinarse varios factores. ¿Cuáles son las alternativas reales “para una mujer socializada en la dependencia y la sumisión, sin medios económicos de subsistencia propios, muchas veces analfabeta o con escasa educación, casada a edad muy temprana, con varios hijos (...)?”.

4.1. Ausencia de provocación suficiente

El adjetivo "suficiente" denota una "cierta gravedad" en la provocación. Así, no excluye la legítima defensa una pequeña falta de uno frente a una reacción desmedida del otro.

Los recientes estudios sobre violencia doméstica dan cuenta de que para el torturador “el umbral de provocación es muy bajo, y es cada vez más bajo y arbitrario, además de reconocer que no hay ningún deber especial de tolerancia por parte de la víctima”.

4.2. Amplitud probatoria

Nuestra legislación en el art. 16 de la ley 26485 contempla la amplitud probatoria dentro de los distintos derechos y garantías mínimas que el estado debe garantizar a las mujeres víctima de violencia en cualquier tipo de proceso penal.

Cuando se trata de mujeres, además, el derecho penal debe ser integrativo con aquellas normas que brinden protección integral a las víctimas de violencia de género, alegando de esta manera que cualquier análisis de los casos donde se encuentre involucrada como víctima o victimaria una mujer, debe estar atravesado por la perspectiva de género y la garantía de no discriminación permitiendo detectar y erradicar los estereotipos de género que aún imperan en nuestro sistema de justicia.

En el caso Y.C.B. del año 2002 de CABA la misma fiscalía fue quien solicitó la absolución por considerar que la imputada obró en legítima defensa. En este caso se valora a favor de la imputada el contexto del historial de violencia sufrido y se analiza su acción

⁴ Roxin, Claus, Derecho Penal Parte General, p. 630

defensiva en el marco de la violencia que rodea específicamente los hechos del caso, ejercida por la víctima contra ella.

...Concretamente, adoptar una perspectiva de género en la investigación y juzgamiento de delitos motivados en el género de la víctima implica, entre otras cosas:

- 1) Iniciar, ex officio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva cuando las autoridades tomen conocimiento de actos que constituyan violencia contra la mujer.
- 2) Entender que no resulta exigible que las víctimas manifiesten todos los presuntos maltratos sufridos. Asimismo, que las agresiones sexuales constituyen un episodio traumático para las víctimas, y que, por esto mismo, puede haber imprecisiones al recordarlas. En este sentido, la presencia de algunas imprecisiones no significa que las denuncias sean falsas o que los hechos carezcan de veracidad.
- 3) Entender que la declaración de la víctima es crucial, y que no se puede esperar la existencia de medios probatorios gráficos o documentales de la agresión alegada. Específicamente, la ausencia de evidencia médica no disminuye la veracidad de los hechos denunciados. Sin embargo, se debe hacer todo lo posible para colectarla, puesto que la misma puede tener un papel importante en las investigaciones.
- 4) Entender que la ausencia de señales físicas no implica que no se ha producido la violencia.

5. Conclusión

Ambas ponentes trabajamos en la Fiscalía de la ciudad de Rosario, una en la Oficina de Violencia contra la Mujer y la otra en la Unidad de Homicidios. En este marco nos encontramos con un homicidio, una mujer había matado a su pareja.

De las entrevistas surge que la víctima había ejercido violencia sobre la autora del homicidio durante años. Esto no solo se acreditaba por las declaraciones de los testigos sino también por las ocho denuncias previas que tenía en su contra de parte de esta mujer.

En el marco del contexto de una pelea entre ambos, es como se da lugar a la muerte de la víctima. Este caso aún no está resuelto y por ello buscamos fallos con la misma problemática, encontrándonos que para la defensa, en la mayoría de estos supuestos, la mejor salida fue utilizar el instituto de la legítima defensa.

Nuestro estudio confirma que las mujeres que mataron a sus conyugues o parejas en muchos casos fue la respuesta a un historial de violencia padecidas por las mismas.

La figura de legítima defensa contemplada en el art. 34 del CP, ha sido legislada e interpretada desde un punto de vista absolutamente machista; fue forjada para una agresión, pelea, ataque entre varones. Claramente no fue prevista para cuando las mujeres pretenden repeler una agresión, menos aún pensada para situaciones de violencia contra las mujeres en el ámbito familiar o de las relaciones interpersonales, dichas víctimas se encuentran fuera de la lógica penal.

La exigencia del requisito de una agresión actual o inminente no contempla el historial de violencia sufrido por la mujer, como afecta y crea sus percepciones del peligro, de su inminencia y de que es necesaria para defenderse. Los Tribunales entienden que el requisito de inminente es equivalente a la inmediatez, lo que no se adecua a las experiencias de las mujeres víctimas de violencia de género.

Así también fue interpretada la necesidad racional del medio empleado para defenderse, con un total desconocimiento de las realidades de estas mujeres. Afirmaciones tales como que la mujer tenía posibilidades de irse o de utilizar otros medios menos lesivos para repeler el ataque, son expresiones realizadas desde el punto de vista patriarcal que no contempla el contexto concreto y las experiencias previas al hecho. Es decir, se espera que la mujer SE SACRIFIQUE, AGUANTE, SOPORTE, PADEZCA O INTENTE IRSE, cuando se desconoce que en la mayoría de los casos el peligro se incrementa cuando la misma quiere intentar poner fin a la violencia separándose o yéndose de su casa.

Se analiza con liviandad, las posibilidades de las víctimas de abandonar el escenario de los hechos, de buscar protección por otras vías, cuando estas mujeres padecen un ciclo de violencia, en el cual existe una escala de agresiones, cada vez más severas, las que pueden interrumpirse con un momento de calma. Las mujeres que sufren esta violencia reconocen este ciclo y pueden percibir cuando el supuesto momento de calma no es otra cosa que el precedente a un episodio de mayor violencia, es decir, aumentan su nivel de vigilancia. Por lo tanto, es razonable suponer que presumen que su integridad y vida está en riesgo ante un nuevo ataque. Y para algunas, el acto homicida es en la mayoría de los casos, una estrategia de protección, una reacción de supervivencia.

Es conveniente recordar que la agresión suele ser proporcional a la frustración del agresor, por lo que el propio hecho de traerla a la luz pone en riesgo la vida de la víctima:

“Si la búsqueda de ayuda externa es una grave provocación, el irse de la casa es el acto máximo de rebeldía contra la tiranía, que va a generar unos altos niveles de ira y frustración en el agresor. Esta ira y esta frustración van a desencadenar una reacción agresiva en contra de la mujer, que puede desembocar en su muerte.”

La justicia es patriarcal porque se siguen esperando de nosotras y de ellos comportamientos estereotipados y se sanciona a quienes los rompen y excusa a quienes los siguen. Para un juez sin perspectiva de género, la acusada pudo retirarse, debió hacerlo y no lo hizo; pudo no efectuar reproche alguno contra su pareja, debió hacerlo y no lo hizo; pudo

comprender que ante la nueva agresión su vida no estaba en riesgo, debió hacerlo y no lo hizo; pudo defenderse de otra manera, debió hacerlo y no lo hizo.

En este sentido, entendemos al derecho como una institución reproductora del patriarcado. Resaltamos su carácter androcéntrico, en tanto considera que el hombre es modelo de lo humano, le otorga a ese grupo el carácter de universal humano. Excluye de ese modo a todos los otros colectivos humanos, entre ellos y en especial a las mujeres.

El derecho, visto desde la figura sujeto universal- hombre, heterosexual, blanco, de clase media, propietario, padre de familia, debe ser demostrado, pues el universal no es la víctima de la agresión en los crímenes de género, sino las sujetas NO UNIVERSALES, así como nos hicieron ver.

Invitamos a todos los operadores del derecho a que hagan una autocrítica en cuanto a si están investigando, juzgando, interpretando con perspectiva de género, sino sepan que están violando DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES DE LAS MUJERES.

El debate en torno a la prescripción de los delitos sexuales en la ley argentina en casos de víctimas que eran Niñas, Niños y Adolescentes y denuncia de adultxs

Antonelli, Julieta Rodeles¹

Resumen: A la luz de las recientes reformas a la ley penal en materia de la prescripción de delitos cometidos contra la integridad sexual contra personas que en su momento eran Niños, Niñas o Adolescentes y denuncia siendo adultxs, como así también de los compromisos internacionales asumidos por el Estado Argentino de actuar con debida diligencia teniendo como eje la tutela judicial efectiva y el derecho de acceso a la jurisdicción de todas las personas como así también el derecho de NNA y de las mujeres a vivir una vida libre de violencia -entre ellas, la violencia sexual-, el presente artículo se propone analizar desde una perspectiva de género las razones por las cuales en casos donde una persona hoy adulta, agredida cuando aún era niño, debe el Estado considerar subsistente la acción penal y habilitar la investigación y eventual sanción de este tipo de hechos. Como se puede advertir, no se trata de una discusión estéril y meramente teórica, sino con implicancias de extrema gravedad en la práctica. Sin pretender agotar la temática, el presente artículo espera contribuir a dicho debate.

Nota aclaratoria: Considerando a la violencia sexual como una de las manifestaciones más extremas de la violencia de género, se utiliza lenguaje inclusivo (x).

Palabras claves: *abuso sexual infantil - prescripción penal - denuncia - Justicia penal - víctimas*

Abstract: *In the light of the recent reforms to the criminal law in the matter of prescribing crimes committed against sexual integrity against persons who at the time were Children and Adolescents and denounce being adults, as well as the international commitments assumed by the The Argentine State to act with due diligence with the axis of effective judicial protection and the right of access to the jurisdiction of all persons as well as the right of children and women to live a life free of violence -among them, sexual violence-, the present article intends to analyze from a gender perspective the reasons why in cases where a person who is now an adult, attacked while still a child, the State must consider the criminal action to continue and enable the investigation and eventual*

¹ Abogada, adscripta en la cátedra de Derecho Penal I de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (FCJS) de la Universidad Nacional del Litoral (UNL), estudiante de la Maestría en Criminología y de la Especialización en Derecho Procesal Penal, ambas de la FCJS, UNL. Prosecretaria de la Unidad Especializada en Violencia de Género, Familiar y Sexual del Ministerio Público de la Acusación, Unidad Regional I, Provincia de Santa Fe. Contacto: julirodeles.89@gmail.com

sanction of this kind of facts. As you can see, it is not a merely theoretical discussion, but with implications of extreme gravity in practice. Without trying to exhaust the theme, this article hopes to contribute to this debate.

Explanatory note: Considering sexual violence as one of the most extreme manifestations of gender violence, inclusive language is used (x).

Key Words: *child sexual abuse – criminal prescription - Criminal Justice – victims*

Introducción

La prescripción de los Delitos que atentan la Integridad Sexual ha sido, en nuestro país, objeto de una regulación penal diferente con el transcurrir de los años. En principio, previo a la sanción de la ley nac. N° 26.705 -popularmente conocida como ley “Piazza”-, para este tipo de casos regía la regla general que la persecución penal de una persona procedía siempre y cuando no haya transcurrido el máximo de duración de la pena señalada para el delito, en hechos reprimidos con reclusión o prisión. Sin embargo, en ningún caso dicho tiempo podía exceder de doce años ni ser menor a dos, conforme el art. 62 nc. 2 del Código Penal Argentino (CPA).

Es entonces que a partir de la ley Piazza, se prevé que en los casos en que se cometieron Delitos contra la Integridad Sexual de Niñas, Niños y Adolescentes (en adelante NNA), se aplica un régimen especial por el cual el tiempo de la prescripción comienza a contar desde que la víctima -en el momento de los hechos NNA-, cumple la mayoría de edad (18 años).

Dicha ley rigió hasta el año 2015 -precisamente hasta el 10/11/15-, cuando se sancionó la ley nacional 27206, la cual modificó nuevamente el régimen de prescripción para este tipo de casos. La nueva ley establece la suspensión del plazo de la prescripción mientras que la víctima sea menor de edad, hasta que, ya cumplida la mayoría de edad, no importando exactamente qué edad tenga, la misma formule la denuncia por sí o ratifique la formulada por sus representantes legales durante su minoría de edad

Ahora bien, ¿cuál es el problema? La cuestión es que, como sabemos, por aplicación de los principios tradicionales del derecho penal, la ley penal aplicable a casos penales es la ley penal vigente al momento de la comisión del hecho delictivo. Este principio reconoce unas pocas excepciones, siendo la principal de éstas el principio que se conoce de “ley penal más benigna”, es decir si la nueva ley es más beneficiosa al imputado.

En consecuencia, en casos donde se haya agredido la integridad sexual de NNA y que denuncian siendo ya mayores, por aplicación de estos principios debemos establecer primero cuál era la ley vigente al tiempo de ocurrencia de los hechos.

No obstante, aunque sin dudas estos son los principios que se deben aplicar en cualquier otro tipo de reforma que involucre normas de derecho penal y procesal penal, la particularidad que revisten este tipo de casos -particularidades que desarrollaré luego-, es que se encuentran en juego otra serie de derechos -esta vez de las víctimas-, como el derecho de toda persona al efectivo acceso a la justicia, el deber de los estados de debida diligencia y juicio oportuno, el deber de tutela judicial efectiva, el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia -entre ellas, la violencia sexual-, entre otros, los cuales exigen un abordaje jurídico específico y constituyen una razón de peso suficiente para excepcionar la regla explicada ut-supra que deviene del derecho penal liberal clásico.

En tal sentido, se debe considerar que esta discusión no refiere meramente a un debate teórico-académico, sino que las implicancias de la posición que cada unx asuma es clave en la lucha para erradicar la violencia en todas sus formas, compromiso internacional que fuera asumido por el Estado Argentino en un sinnúmero de oportunidades. Se trata además de un debate aún incipiente en los tribunales a lo largo de todo el país, y del cual aún no hay jurisprudencia uniforme al respecto por la complejidad de la decisión aludida.

Particularidades del Abuso Sexual Infantil (ASI):

Bajo este apartado la intención es desarrollar brevemente las especiales circunstancias que deben tenerse en cuenta de este tipo de delitos en que NNA son víctimas. Innumerables son las investigaciones empíricas que sustentan el hecho de que, en su mayoría, se trata de casos que suceden “intra-muros”, en el ámbito privado, doméstico, aprovechándose del poder real que el agresor tiene sobre el niño -ya sea por un vínculo familiar, relaciones de convivencia, de autoridad, etc-, sin la presencia de testigos directos de los hechos y fundamentalmente haciendo uso de diversos mecanismos de silenciamiento que les permiten hacer prevalecer el sometimiento en el tiempo (Di Corleto, Julieta; 2017; Tamarit Sumalla et al; 2015)

Además, de todas las violencias ejercidas por razones de género, la violencia sexual es considerada una de las más invisibles y toleradas socialmente, construida en base a los modelos tradicionales que someten los cuerpos de NNA y mujeres a cumplir con dichos mandatos. Así, este tipo de delitos se enmarca en relaciones socio-culturales basadas en el género, constituyéndose en manifestaciones de poder, agresión, degradación, opresión y sumisión.

Por otra parte, cabe señalar que unx niñx víctima de un delito de índole sexual, por regla general, con el transcurrir del tiempo puede tender a reprimir, olvidar, distorsionar, los hechos acontecidos. Esto último, lejos de tratarse de una afirmación meramente dogmática, cuenta con el respaldo de los importantes desarrollos teóricos provenientes del ámbito de la psicología, que abordan específicamente la temática del abuso sexual y las implicancias que el paso del tiempo puede acarrear en la psiquis de unx niñx víctima de estos delitos.

Se debe también destacar que en el origen de las agresiones sexuales generalmente está ausente la violencia directa y son precedidas por un proceso de seducción por parte del agresor, que algunas veces puede prolongarse por años. El hecho que el autor sea un familiar y/o una persona con el que se tenga una relación afectiva intensa genera situaciones ineludibles de confusión y culpa, no solo por los intentos de naturalización que el abusador hace, sino porque logra realizar una transferencia de responsabilidad. De esta manera, visualizándose lxs niñxs como responsables de lo ocurrido, se constituyen fácilmente en objeto de amenazas para callar, por miedo o vergüenza, las agresiones de las que ha sido víctima (Giberti, Eva; 2016)

En resumen, el punto que interesa destacar es que son múltiples y variadas las razones por las que muchas veces la persona que ha sido víctima de agresiones sexuales cuando era niñx no logra hablar nunca, o si lo hace puede que sea transcurrido un enorme período de tiempo. Es decir, que la víctima “decida” hablar no tiene plazos y responde a las características del estrés post-traumático.

Argumentos jurídicos

En este punto en primer lugar lo que cabe resaltar son los compromisos internacionales que ha asumido el Estado Argentino a través de la suscripción de una serie de tratados internacionales con jerarquía constitucional hace ya muchos años, seguramente, normativa que ya se encontraba vigente al momento de la comisión de los hechos delictivos -situación que debe especialmente tener en cuenta el tribunal a la hora de evaluar la prescripción o no de este tipo de delitos en un caso concreto-.

Recordemos someramente que durante el siglo XX, y principalmente en sus últimas décadas, en América Latina se dio un proceso por el cual los derechos humanos se convirtieron en pilares fundamentales del sistema político-social, cuyo eje es la promoción y garantía del desarrollo de las personas sin discriminación. De ello se desprende un principio básico de la teoría de los derechos humanos: tanto los instrumentos internacionales como los nacionales son aplicables a todas las personas, con independencia de cualquier particularidad.

En este sentido, en relación al tema que nos ocupa, el artículo 14.1 del “Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos” y el artículo 8.1 de la “Convención Americana de Derechos Humanos” (CADH) consagran el derecho de acceso a la justicia y de las garantías judiciales, como un derecho humano fundamental para todas las personas.

Sin embargo, ello no obsta a que se reconozca que existen circunstancias estructurales en las sociedades actuales que colocan en situación de vulnerabilidad a determinados grupos sociales a los que se le ha impedido u obstaculizado el efectivo goce de sus derechos. Uno de estos grupos es el de NNA, los cuales se tornaron foco de especial interés de parte de la comunidad internacional y que motivó la aprobación en 1989 de la “Convención sobre los Derechos del Niño” (en adelante CDN), que además de entrar rápidamente en vigencia, resultó el tratado de derechos humanos más ratificado de la historia (Beloff, Mary; 2004). A ello hay que sumarle la situación de las mujeres, reconocida a su vez en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (popularmente conocida como Convención de Belém do Pará), suscripta por el Estado argentino el 06/10/1994 y que entró en vigencia el 03/05/1995 al ser aprobada por la ley nac. 24632 -veremos lo consagrado por ella en los párrafos siguientes-.

Por su parte, la CDN fue el primer instrumento que consagró el interés superior del niño y el derecho a ser oído. Además el Comité de los Derechos del Niño, organismo de contralor de la CDN, al analizar los informes periódicos 3° y 4° de Argentina recomendó ya en el año 2010 a nuestro Estado que adoptara disposiciones para garantizar que los que cometen actos de violencia contra niños -incluyendo la violencia sexual-, rindan cuentas ante la justicia y sean responsabilizados por sus actos mediante procedimientos y sanciones penales.

Esto último se cristalizó respecto al asunto que nos ocupa, en la reforma antes aludida al CPA por la ley 27206 que modificó el modo de contar la prescripción en los casos de agresiones sexuales en que víctimas adultas denuncian hechos que sufrieron cuando eran NNA. En el debate parlamentario al tratarse el proyecto, se puso de relevancia la necesidad imperiosa de que nuestra legislación interna debía ajustarse a los compromisos internacionales asumidos. En este sentido, en el recinto parlamentario se sostuvo: *“Si bien la tutela judicial se puede dar echando mano de los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, como legisladores es nuestra responsabilidad modificar nuestro derecho interno a fin de estar en armonía con la legislación internacional adoptada”*.

De lo expuesto, surge la necesidad de que el sistema de justicia reformule sus discursos y prácticas, incorporando los mandatos de este nuevo paradigma de protección efectiva de NNA, quienes, como hemos dicho, se encuentran en “situaciones de vulnerabilidad”. Hay que tener presente que en este marco, todo daño que sufren las

personas víctimas -directas o indirectas- por las acciones u omisiones del proceso investigativo y el contacto con el sistema de justicia, es entendido como victimización secundaria o revictimización, lo que puede generar responsabilidad internacional estatal, en cuanto se obstaculiza el acceso a la justicia, configurando, por tanto, un supuesto de violencia institucional (Piqué, María Luisa; 2017).

Por otro lado, teniendo en cuenta que además de NNA, las víctimas de este tipo de delitos suelen ser también mujeres, pasan a ser objeto de una doble protección -por ser niñas al momento de la comisión de los hechos, y por el hecho de ser mujeres-. La Convención de Belem do Pará, que como dijéramos, rige desde 1995, también las ampara. En ella el Estado argentino se ha comprometido a actuar con la debida diligencia y adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones políticas, medidas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, e incluir en su legislación interna la normativa y los procedimientos legales eficaces en relación a ese fin; que incluyan entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos (cfr. el art. 7 inc. b, c y f de la citada Convención).

Jurisprudencia en la materia

En relación al derecho de acceso a la justicia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) interpretando el art. 8 de la CADH ha sostenido el derecho de acceso a la justicia de toda persona: *“Los estados no deben interponer trabas a las personas que acuden a los tribunales en busca de que sus derechos sean determinados y protegidos. Cualquier norma o medida de orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera (...) y no esté justificada por razones de necesidad de la administración de justicia”* (Caso Cantos c/ Argentina, 28/11/2002).

Así las cosas, la cuestión del acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual ha sido objeto in extenso por los tribunales internacionales. La misma CIDH ha expresado al respecto: *“Ante un acto de violencia contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y la obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección”*. Además ha dicho: *“La impunidad de los delitos cometidos envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad, así como una persistente desconfianza en la administración de justicia”* (Caso González y otras vs. Méjico; 16/11/2009; párr. 258).

Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer - creado por la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer -CEDAW son sus siglas en inglés-, en relación al acceso a la justicia en el ámbito del derecho penal, recomendó a los Estados que garanticen que la prescripción se ajuste a los intereses de las víctimas.

De igual modo el Comité de los Derechos del Niño (comité de contralor de la aplicación de la CDN), al analizar los informes periódicos 3° y 4° de Argentina recomendó ya en el año 2010 a nuestro Estado que adoptara disposiciones para garantizar que los que cometen actos de violencia contra niños -incluyendo la violencia sexual-, rindan cuentas ante la justicia y sean responsabilizados por sus actos mediante procedimientos y sanciones penales.

Esto último se cristalizó respecto al asunto que nos ocupa, en la reforma a nuestro Código Penal por la ley 27206 que modificó el modo de contar la prescripción en los casos de agresiones sexuales en que víctimas adultas denuncian hechos que sufrieron cuando eran NNA por lo que la redacción actual del art. 67 cuarto párrafo del CP suspende el plazo de la prescripción mientras que la víctima sea menor de edad y hasta que, cumplida la mayoría de edad, no importando exactamente qué edad tenga, la misma formule la denuncia por sí o ratifique la formulada por sus representantes legales durante su minoría de edad. En el debate parlamentario al tratarse el proyecto de ley, se puso de relevancia la necesidad imperiosa de que nuestra legislación interna debía ajustarse a los compromisos internacionales asumidos. En este sentido, en el recinto parlamentario se sostuvo: *“Si bien la tutela judicial se puede dar echando mano de los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, como legisladores es nuestra responsabilidad modificar nuestro derecho interno a fin de estar en armonía con la legislación internacional adoptada”* (Cámara de Senadores de la Nación, Período N° 133, 10a reunión, 9na sesión ordinaria del día 28/10/2015).

También es la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) quien ha dicho que el Estado debe *“asegurar el cumplimiento de esas obligaciones [internacionales] es una exigencia autónoma y no alternativa”* (Góngora, Gabriel Arnaldo s/ causa N° B14092, 23/04/13).

A todo lo dicho, cabe también agregar un antecedente de importancia en nuestro país, el conocido caso “Ilarraz”, en el marco del cual se trató específicamente el tema que aquí nos ocupa ya que plantear que los hechos por los que se pretendía juzgar a Ilarraz se encontraban prescriptos constituyó uno de los ejes de su defensa. Fueron muchos los tribunales que se expidieron por tal motivo en todas las instancias, pero en definitiva, el Superior Tribunal de Justicia (STJ) de la provincia de Entre Ríos resolvió no hacer lugar al planteo de prescripción. En la resolución la magistratura valoró las especiales características de este tipo de delitos, el grave daño generado en las

víctimas, la especial posición de poder que ostentaba el agresor al momento de los hechos, las estrategias de silenciamiento y coacción desplegadas, la vulnerabilidad de las víctimas -se trataban de niños de zona rural que se encontraban alojados en dicha institución y alejados de sus familias-, obstáculos que el tribunal consideró impidieron que las víctimas pudieran acceder a la justicia oportunamente.

Es así que el tribunal por considerar los hechos denunciados como “gravísimos y excepcionales”, invocando la protección de la CDN, resuelve tener por no extinguida la acción penal y justifica que se mantenga subsistente la potestad investigativa del Estado. También resalta la existencia de un bloque de convencionalidad conformado por los tratados internacionales protectores de los derechos humanos de NNA y sus familias suscriptos por el Estado Argentino -los cuales hemos referido anteriormente-. En la referida resolución el tribunal afirma que estas convenciones “(...) *tienen jerarquía constitucional y obligan a los estados signatarios a brindar protección integral en todos los ámbitos, incluyendo el derecho a obtener un castigo justo por hechos aberrantes perpetrados a niños, adoptando las medidas concretas tendientes a asegurar la real vigencia del debido proceso según Constitución y en su caso, la ejecución tempestiva de lo resuelto*”. (Pto. IV. 4). Además se hace eco en el caso, de la vulneración del acceso a la justicia en plenitud y a la tutela judicial efectiva consagrada en el art. 25 de la CADH, agregando a todo ello la obligación del Estado de evitar que crímenes relacionados con el poder -en este caso de la cúpula eclesiástica-, se mantengan impunes.

Además, elevado el caso mediante recurso extraordinario federal a la CSJN, si bien la misma no habilitó la instancia extraordinaria recursiva por considerar que no se interpuso contra una sentencia definitiva o asimilable a definitiva, el procurador fiscal, Eduardo Ezequiel Casal, a la hora de dictaminar postuló que en determinados supuestos -que pueden calificarse como aberrantes -como claramente son los hechos que atentan contra la integridad sexual de NNA-, pero que no integran el elenco de graves ni gravísimas violaciones a los derechos humanos- es deber del Estado avanzar en el esclarecimiento de la verdad. Incluso citó a la Corte IDH al expresar que “...*el deber de investigar es una obligación de medios y no de resultado, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares. La investigación debe ser seria, imparcial efectiva y estar orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de los autores de los hechos*”. Además afirma Casal que si los hechos no son investigados con seriedad resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado.

Reflexión final

Dicho todo lo anterior existen suficientes motivos de peso para que se pueda investigar -y eventualmente sancionar-, por hechos anteriores a la ley 27206 y que las víctimas que eran niñas o adolescentes en ese momento, denuncian siendo adultxs, principalmente a la luz de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado Argentino con anterioridad presuntamente a los hechos.

Se trata de un debate que, como se anunciara en la introducción, recién comienza, y tiene grandes implicancias prácticas en la labor diaria en los tribunales, pero mucho más, en la vida de las personas a las que una posición exegética y lineal, con falta de perspectiva de género, puede privar de la protección que se merecen y el derecho del acceso a la justicia. En definitiva, también cabe resaltar que no serán muchos los casos que puedan arribar a una sentencia condenatoria ya que, sorteado el primer escollo -la discusión acerca de si se encuentra el delito prescripto o no-, luego nos encontraremos con la dificultad probatoria, la usual para este tipo de hechos incrementada también por el transcurrir de los años. Por tal motivo es que no se tratarían de un sinnúmero de casos, sino de aquellos que sin duda aberrantes y graves, además posean un caudal probatorio con entidad suficiente de arribar a una condena.

También en esta conclusión hay que tener en cuenta las razones aportadas desde la Psicología en cuanto a las características que rodean las agresiones sexuales a NNA que meritúan un tratamiento diferente desde lxs operadorxs de justicia. Es así que cabe reiterar una vez más que nadie -ni siquiera los tribunales-, debieran juzgar el momento ni las razones por las cuales lxs niñas víctimas de este tipo de delitos no revelan el hecho en el momento que éste se comete y denuncian por sí mismx siendo adultxs, habiendo ya pasado una gran cantidad de años. El desafío es asumir una mirada comprensiva sobre las víctimas, sin atreverse a realizar valoraciones de las razones por las cuales la misma ha dilatado el momento de enfrentarse una vez más, y en lo más profundo de su subjetividad, con la agresión que ha padecido, no debiendo de tal manera cargar por ello con la “culpa” -agregada- del transcurso de los años. Hay que tener también en cuenta que el abuso sexual infantil no deja sencillamente secuelas sino que produce una devastación en la psiquis de quien lo padeció para cuya resolución, además de la necesaria protección afectiva y los ineludibles procesos terapéuticos, requiere la reparación social simbólica, que en la mayoría de los casos resulta ser la condena judicial del abusador.

Bibliografía

Beloff, Mary, “Un modelo para armar ¡y otro para desarmar! Protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular”, en Los derechos del niño en el sistema interamericano, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 2004.

Del Rio Ayala, Alejandra C. y Biaggini, Daniela: “El uso de Cámara Gesell en la declaración de niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual en la investigación penal en Santa Fe”. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. N° 10; año 2016 pp. 162-178.

Guía de Buenas Prácticas para el abordaje de niños/as, adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos. Protección de sus derechos, acceso a la justicia y obtención de pruebas válidas para el proceso – JUFEJUS, ADC y UNICEF, Primera Edición, septiembre de 2013.

Cillero Bruñol, Miguel, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño” en Justicia y Derechos del Niño, 1999. http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos1.pdf, UNICEF.

Di Corleto, Julieta: “Igualdad y diferencia en la valoración de la prueba: estándares probatorios en casos de violencia de género”. En Género y Justicia penal. Comp. Julieta Di Corleto. Cap. 10. Pp. 285-308. Ediciones Didot, abril 2017.

Giberti, Eva: “Abuso sexual contra niñas, niños y adolescentes. Un daño horroroso que persiste al interior de las familias”, Ed. Noveduc libros, 2016, Bs. As.

Freedman, Diego y Terragnil, Martiniano, “Los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos y su recepción en el derecho argentino”, en Acceso a la justicia de niños/as víctimas. Protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de delitos o violencia - JUFEJUS, ADC y UNICEF.

Intebi, Irene V.: "Proteger, reparar, penalizar. Evaluación de las sospechas de abuso sexual infantil. Ediciones Granica S.A., Buenos Aires, 2018.

La violencia contra niños, niñas y adolescentes – Informe de América Latina en el marco del Estudio Mundial de las Naciones Unidas, 2006.

Naciones Unidas. Oficina contra la Droga y el Delito, "Recopilación de reglas y normas de las Naciones Unidas en la esfera de la prevención del delito y la justicia penal", Nueva York, 2007.

Tamarit Sumalla, Josep M; Abad Gil Lleida Judit; Hernandez, Patricia: Las víctimas de abuso sexual infantil ante el sistema de justicia penal: estudio sobre sus actitudes, necesidades y experiencia. En Revista de Victimología, Vol. 2 N° 2, España, 2015.

Disponible en: <http://www.huylgens.es/journals/index.php/revista-de-victimologia/article/view/22/12> (enlace web consultado por última vez en fecha 18.03.19).

Rozanski, Carlos Alberto - "Abuso Sexual infantil: ¿denunciar o silenciar?", Editorial Vergara, Buenos Aires, 2007.

Reflexiones en torno a la imputación subjetiva ¿Habrá luz al final del túnel?

Rodríguez Ovide, Federico M. **
Universidad de Salamanca

Resumen: El presente artículo tratará de abordar de manera sistemática un tema que desde antaño ha generado inconvenientes para la dogmática penal, que es el del contenido de la llamada imputación subjetiva.

Merced a la indeterminación propiciada por el derecho positivo contemporáneo en punto a no contener una cláusula general que deliñe una definición de la conducta dolosa o, de adverso, identifique los elementos que la componen, comenzaremos el análisis con un breve repaso acerca del estado de situación actual de la doctrina dogmático penal contemporánea con relación a dicha conducta, habida cuenta su potencial para definir el contenido de las estructuras de imputación jurídico penal.

Al cabo de ello, se intentará brindar una respuesta al problema con el objetivo de delinear la noción del comportamiento doloso a partir de las finalidades pretendidas para el Derecho penal, puntualmente vinculado con los postulados de la prevención general positiva.

Ello permitirá develar la necesidad de estructurar un sistema objetivo en el que el supuesto de hecho sea enjuiciado *in toto*, es decir, en el cual sean conjugadas las circunstancias de la concreta conducta y modalidad vinculadas a la acción, el medio comisivo empleado, los estados psíquicos del autor del hecho, particularmente la incumbencia de conocimiento que le era exigible al autor del hecho, la concreta entidad y calidad del peligro creado, la posibilidad y, fundamentalmente, probabilidad de la concreción del daño, entre otros, circunstancia que coadyuvará a establecer una graduación del peligro que se vincule necesariamente con el grado de imputación subjetiva que se imponga realizar en cada caso concreto.

Palabras claves: imputación-subjetiva-ceguera-incumbencia-exigibilidad

Abstract: *This article will try to address on a systematically basis the content of the so-called subjective imputation, an issue that has long since caused inconvenience to criminal dogmatics. Given the prevailing uncertainty caused by contemporary positive law by not providing a general rule containing the definition of willful misconduct or, on the contrary, identifying its fundamental elements and due to dogmatics' potential to define the content of criminal legal imputation structures, we will begin our analysis by making a brief review of the current situation of contemporary dogmatic criminal doctrine regarding the concept of willful misconduct.*

Then, we will try to provide an answer to the problem in order to approach the definition of willful misconduct using as starting point the intended purposes of criminal law, in particular those related to the principles of positive general prevention.

The aforementioned definition will reveal the need to structure an objective system in which the fact is prosecuted in toto, that is, which conjugates the circumstances related to the specific conduct and its different ways of execution, the means used to commit the act, the author's state of mind, in particular its underlying obligation, the actual magnitude and quality of the created risk, the possibility and, fundamentally, probability of the realization of the damage, among others, which will help establishing the measure of danger necessarily related to the degree of subjective imputation required in each specific case.

Key words: *mens rea-blindness-underlying obligation-enforceability*

1. Palabras preliminares

El contenido del juicio de reproche que se impone realizar al tiempo de imputar¹ una conducta que ha generado un peligro que rebasa el riesgo tolerado por la sociedad constituye un problema que repercute en el objeto de la denominada imputación subjetiva y, puntualmente, en la esfera ubicada en sus márgenes, es decir en la frontera entre lo que tradicionalmente se conoce como dolo e imprudencia. Dependiendo de los elementos que se

* Abogado (UBA). Especialista en Derecho Penal (Universidad de Salamanca). Participante de la IV Escuela de Verano en Ciencias criminales y Dogmática Penal alemana (Georg-August-Universität Göttingen). Profesor Adjunto interino de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales – UBA. Contacto: fedmaro@hotmail.com. Agradezco a Santiago Zurzolo Suarez, Leandro E. R. Massari, Julio Rebequi y a Santiago Wortman Jofre por sus comentarios, aportes y críticas a una versión preliminar del presente trabajo que, gracias a sus sugerencias, se transformó en una obra colectiva más que individual. Sin perjuicio de ello, la responsabilidad por el contenido y por cualquier error en el que se ha incurrido es sólo de su autor.

** Las referencias que se formulan en el marco del presente artículo respecto de la obra del Prof. Dr. Michael Pawlik se vinculan con la investigación realizada por el autor en el Proyecto UBACyT [20020170200100BA](https://doi.org/10.24304/20020170200100BA), “Derecho penal y teoría de la libertad. Una investigación sobre la obra de Michael Pawlik y sus consecuencias dogmáticas”, dirigido por el Prof. Dr. Marcelo LERMAN.

¹ Aquí corresponde aclarar que la voz *imputación* se inscribe en la tradición kantiana del término, en cuanto implica atribución de un hecho al hombre y no a causas externas a su persona; en definitiva imputación a la libertad y no simplemente a la mera casualidad. La profundización del estudio relativo a las diversas posturas enunciadas sobre el tópico de la imputación excede claramente el marco de la presente ponencia, por lo que para un mayor abordaje del tema se recomienda: ROBLES PLANAS, en FRISCH/ROBLES PLANAS, *Desvalorar e imputar*, 2ª edición, 2006, p. 97 y ss.; ROBLES PLANAS, en FRISCH, Wolfgang, *La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas*, estudio preliminar a cargo de Ricardo Robles Planas, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2015, p. 37/38; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo, *La libertad del Derecho penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2014, p. 106/112 y VILLAR, Mario, *Suerte penal. Un estudio acerca de la interferencia de la suerte en los sistemas de imputación*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2016.

identifiquen como constitutivos del objeto del dolo advertiremos que el límite entre ambas categorías variará fundamentalmente en torno a si éste tracciona o no elementos usualmente considerados dentro del ámbito de la imprudencia.

Sin embargo, considero que acierta STRUENSEE cuando afirma que plantear el proceso valorativo en torno a la diferencia categorial dolo/imprudencia constituye una problemática cuya formulación resulta imprecisa, puesto que la discusión debe versar, en realidad, sobre la delimitación entre el actuar doloso respecto de uno no doloso, habida cuenta que la presencia de este último no conduce *necesariamente* a la imputación imprudente. En efecto, si el comportamiento no doloso cumple, de todos modos, con los elementos de la tipicidad imprudente ello resulta una cuestión absolutamente diversa e independiente².

Para resolver tal dilema no es posible acudir al derecho positivo, debido a que no contiene una definición de las diversas categorías que componen la imputación subjetiva. La ausencia de referencia alguna en la parte general de nuestra norma sustantiva sobre la definición del actuar doloso o, de adverso, la identificación de los elementos que lo componen no hace más que profundizar el grado de indeterminación del problema³.

² STRUENSEE, Eberhard, *Consideraciones sobre el dolo eventual*, publicado en la Revista para el análisis del Derecho (InDret) –www.indret.com–, Barcelona, 2009, p. 3. En un sentido similar, PUPPE, Ingeborg, *El Derecho penal como ciencia: Método, teoría del delito, tipicidad y justificación*, Euros editores, Buenos Aires, 2016, p. 200 y ss. Corresponde aclarar, sin embargo, que ello no significa que entre una conducta dolosa y otra imprudente exista una suerte de *aliud*, sino que, como se verá, ambos conceptos se hallan vinculados por una *relación cuantitativa*. Por consiguiente, devendrá necesario establecer la cantidad de *condiciones* que determinan la graduación de los peligros. La conducta dolosa será, entonces, un *plus* respecto de aquella conducta no dolosa que, todavía, puede ser imputada por su forma imprudente a partir de que reúne más cantidad de las condiciones mencionadas.

³ Esta problemática se repite en innumerables codificaciones de las gamas más variopintas. Sólo por poner un ejemplo el Código Penal alemán -StGB- tampoco posee una cláusula general por medio de la cual se defina el contenido del dolo y/o de la imprudencia, aunque tal ordenamiento sí posee una cláusula sobre el error de tipo que permitiría extraer como conclusión, quizá apresurada, que el límite entre el actuar doloso y otro no doloso se halla en el conocimiento o desconocimiento de las circunstancias del hecho. En efecto, el §16, primer párrafo, primera frase establece que “*No actúa dolosamente quien, al cometer el hecho, no conoce una circunstancia que integra el tipo penal*” (el resaltado no pertenece al texto), quedando intacta la imputación por imprudencia, en caso de que ello fuese posible, tal como completa la norma la segunda frase de ese primer párrafo. En un sentido similar, nuestro Código Penal establece en el art. 34 inciso 1° que no será punible la persona que por “*error o ignorancia de hecho no imputables*” no hubiera podido comprender la criminalidad de sus actos o dirigir sus acciones. Sin embargo, no resulta posible extraer de ella una conclusión determinante en punto al contenido de la imputación subjetiva y, por consiguiente, su objeto, habida cuenta que el error o ignorancia al que hace alusión la norma puede configurarse tanto por un defecto puramente cognitivo como por uno volitivo que se proyecte en la representación del autor del hecho. Asimismo, tampoco el art. 42 de la legislación sustantiva delinea un determinado concepto de dolo, puesto que tan sólo indica que para que proceda el juicio de reproche de los tipos tentados el autor debió haber actuado “*con el fin de cometer un delito determinado*”, mas no indica cuál es el contenido de ese disvalor. Tal indeterminación, sin embargo, no ha sido corregida en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal que fue presentado al Congreso de la Nación, el 25 de marzo próximo pasado, puesto que no se ha incluido cláusula alguna que deliñe los

A partir de esa indeterminación, la dogmática fue la encargada de intentar dotar de contenido a la imputación subjetiva.

Como resulta ya conocido por todos, la doctrina causalista consideraba que el objeto del actuar doloso se integraba por el conocimiento del cual disponía el agente y su voluntad, a los que se adicionaba la conciencia sobre la antijuridicidad de la conducta, circunstancia que, claro está, resultaba absolutamente congruente con la estructura metodológica sobre la que edificaba su modelo de imputación, en donde la subjetiva; mejor dicho, la constatación de la presencia de elementos subjetivos en el agente, debía ser analizada recién en el estadio de la culpabilidad, debido a su eminente función adscriptiva de responsabilidad por un determinado suceso objetivo⁴.

Por el contrario, el finalismo ortodoxo, con motivo de la modificación sistemática que procuró respecto del sistema de imputación, entendía que el contenido de la conducta dolosa debía ser restringido principalmente al denominado *dolo natural* que requería la concurrencia tanto del elemento cognitivo como del volitivo⁵, es decir, básicamente, que el agente conociera y quisiera la realización proposicional de la norma prohibitiva o la no realización proposicional de la norma de mandato.

Es por ello que resultaba absolutamente lógico, en cuanto a la ubicación sistémica de la denominada imputación subjetiva —ubicada como un reflejo especular de la objetiva—, que el finalismo ya no requiriese la presencia de la llamada conciencia de la antijuridicidad, la cual quedaría exclusivamente reservada a la reprochabilidad⁶.

Sin embargo, la premisa de la que partía el finalismo fue puesta en crisis, aunque sin éxito, por la llamada teoría de los elementos negativos del tipo, que requería para la configuración de una conducta dolosa, además, la concurrencia del conocimiento de la ausencia de los presupuestos típicos de una causa de justificación, por cuanto consideraba que

elementos que componen la conducta dolosa, ni ha introducido grandes reformas a las normas antes reseñadas.

⁴ LISZT, Franz von, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 22^a ed., 1919, pp. 151 y ss., 163 y ss. En la misma línea, BELING, Ernst von, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, pp. 178 y ss., citado por KINDHÄUSER, Urs, *El tipo subjetivo en la construcción del delito. Una crítica a la teoría de la imputación subjetiva*, publicado en Revista para el Análisis del Derecho (InDret), Barcelona, octubre de 2008, p. 6 y 7.

⁵ WELZEL, Hans, *Derecho Penal. Parte General*, Roque Depalma editor, Buenos Aires, 1956, p. 73 y ss. y ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Manual de Derecho Penal: Parte General*, 1^o edición, Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 399 y ss. En un sentido similar, aunque desde un punto de partida metodológico distinto HRUSCHKA, Joachim, Sobre la difícil prueba del dolo, en *Imputación y Estudios de Derecho penal*, segunda edición, Buenos Aires, 2009, p. 182/197.

⁶ WELZEL, Hans, op. cit., p. 82 y 173/175.

los elementos del tipo, así como los presupuestos de las causas de justificación, influían de manera decisiva sobre la existencia de la situación fáctica que constituía el objeto de la prohibición, es decir si la conducta objetivamente riesgosa se encontraba justificada no podía afirmarse que nos halláramos en presencia de un comportamiento desvalorado normativamente⁷.

A partir de allí, la disputa doctrinal sobre el contenido del actuar doloso transitó por otros senderos, no ya en la idea de incluir como elemento distintivo la conciencia sobre la antijuridicidad como lo suponía el causalismo, o la ausencia de una causa de justificación como lo exigía la teoría de los elementos negativos del tipo, sino más bien acotó su ámbito de aplicación al concepto de *dolo natural* y a la necesidad —o no— de que se conjugaran sus dos elementos distintivos: conocimiento y voluntad.

En consecuencia, comenzó a discutirse si el contenido del dolo se caracterizaba por los postulados de la teoría de la voluntad o de la representación en cualquiera de sus versiones, discusión que, a medida que se iba refinando, importaba una modificación sustancial de la frontera entre la conducta dolosa y la no dolosa y, fundamentalmente, sobre su límite mínimo: el *dolus eventualis*.

El punto central, a mi criterio, radica en el contenido de voluntad exigido para el comportamiento doloso, es decir, si basta la voluntariedad general de la acción y, por consiguiente, el verdadero contenido reposa en la cognoscibilidad del injusto o, por el contrario, si debe necesariamente verificarse en el *ilícito*.

2. Plantamiento del problema y propuesta de resolución

Como se hizo referencia al comienzo de la exposición, la doctrina clásica ponía su énfasis en el aspecto volitivo; ante un idéntico elemento cognitivo, basado en la representación del sujeto, el actuar doloso sólo podía emerger de la estructura del elemento volitivo, es decir delineaba los contornos del actuar doloso a partir de una determinada *actitud interna* del agente hacia el bien jurídicamente protegido⁸.

⁷ MERKEL, Adolf, *Derecho Penal: Parte General*, Euros editores, Buenos Aires, 2013, p. 68 y ss. En idéntico sentido, WEBER, Hellmuth von, *Lineamientos del Derecho Penal alemán*, 1° edición, Ediar, Buenos Aires, 2008, p. 94

⁸ Escapa al objeto de la presente exposición el abordaje exhaustivamente analítico de los postulados de las diversas vertientes que ha tomado la teoría de la voluntad, tanto en lo que se refiere a la teoría del consentimiento como a la de la motivación, razón por la cual se sugiere para un abordaje íntegro:

Sin embargo, los postulados de la vertiente volitiva comenzaron rápidamente a ser desvalorados de la mano de considerar que en tanto también atributo de la acción no dolosa, por su eminente realización voluntaria, dicho elemento no podía erigirse en un criterio diferenciador válido⁹.

La crítica se centraba en que, amén de la voluntariedad general del comportamiento, el acto de aprobación o consentimiento implicaba un proceso normativo y, por ende, valorativo, que determinaba la presencia en el sujeto de la conciencia sobre la antijuridicidad de sus actos, circunstancia que sistemáticamente resultaba incompatible con los postulados metodológicos de la tradicional estructura de teoría del delito, a menos que se sostuviera, como se dejó traslucir, una diversa estructura de imputación que partir de una concepción imperativa de la norma, puesto que “(...) *para que la norma jurídico-penal pueda desarrollar su eficacia motivadora es preciso que sea advertida como tal por el sujeto, que éste sepa cuáles son las directrices de conducta que de ella dimanar y que estas se hallan respaldadas por la amenaza de pena*”¹⁰.

Por el contrario, existe un amplio consenso en la literatura moderna en delinear la noción del comportamiento doloso a partir de las finalidades pretendidas para el Derecho penal, alejados de criterios ontológicamente aprehensibles¹¹.

SANCINETTI, Marcelo, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 162/181.

⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, 2º edición ampliada y actualizada, Euros editores, Buenos Aires, 2012, p. 649, donde expone con claridad: “(...) *La voluntariedad no es elemento del dolo, sino un elemento de la acción, común, por tanto, a los delitos dolosos e imprudentes. Lo específico del dolo frente a la imprudencia, es, pues, que el sujeto que actúa dolosamente conoce el significado típico de la conducta que realiza voluntariamente y el sujeto imprudente desconoce en toda su dimensión ese significado*”. En la misma línea, RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1999, p. 31; FRISCH, Wolfgang, *Vorsatz und Risiko: Grundfragen des tatbestandsmässigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung aussertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, 1983, p. 268 y ss.; JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, 2º edición corregida, Madrid, España, 1997, p. 315/316 y, fundamentalmente, 319, en cuanto afirma: “*Una voluntad, o una determinación, etc., es decir la dirección subjetiva hacia una meta, no es esencial para el dolo*” y STRUENSSE, Eberhard, *Consideraciones sobre el dolo eventual*, p. 6. Incluso SANCINETTI, Marcelo, op. cit., cuestiona la capacidad de rendimiento del elemento volitivo para erigirse como condición válida de delimitación de las fronteras de la imputación subjetiva, ya que afirma: “*Si la pregunta acerca del dolo eventual no puede resolverse mediante la búsqueda de un elemento voluntario (consentimiento o motivación) distinto de la decisión de acción en sí misma —la cual, naturalmente, ya lleva consigo la cuota de voluntad que hay en toda acción—, entonces, la cuestión tiene que ser resuelta por la vía del elemento intelectual, o cognoscitivo (...)*”, p. 193.

¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, op. cit., p. 651.

¹¹ En contra de lo sostenido, KAUFMANN, Armin, *ZStW, Der Dolus eventualis im Deliktsaufbau*, 1958, p. 64/7, traducción al castellano de Suárez Montes, *El dolo eventual en la estructura del delito*, en ADPCP, tomo XIII, fascículo II, 1960, p. 185 y ss., publicado en https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/anuario.php?id=P_1960_ANUARIO_DE_DERECHO_

En efecto, la conducta dolosa no resulta ser una propiedad meramente empírica, sino, más bien, eminentemente normativa, habida cuenta que es en función de ésta que una conducta relevante en términos jurídico penales se enjuicia como más o menos disvaliosa¹², circunstancia que impone que el ciudadano resulte compelido a actuar conforme a determinados estándares objetivos¹³, los cuales no son otros que aquellos que emergen de la constitución social delineada por la norma a la que toda persona debe anudar su comportamiento, erigiéndose el castigo, entonces, como condición contrafáctica de la vigencia de un determinado estado de juridicidad¹⁴.

En efecto, el punto de inflexión se halla en el diverso *contenido expresivo quebrantador* presente en las conductas dolosas respecto de las no dolosas, debido a que ellas expresan una constitución social contraria a la delineada por la norma que no se encuentra presente, o cuanto menos, en menor intensidad, en las conductas no dolosas que pueden, de todas maneras, ser imputadas como imprudentes, debido a que éstas reflejan "(...) *la incompetencia del autor para el manejo de sus propios asuntos*"¹⁵.

Este planteamiento, como podrá advertirse con sencillez, coadyuva a edificar un *sistema cuantitativo* de imputación que derramará sus efectos sobre la determinación del castigo concreto a imponer, en punto a la menor necesidad de pena forense presente en las

PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES&fasc=2 y en ÉL MISMO, *Estudios de Derecho Penal*, Colección Maestros de Derecho Penal n° 40, BdeF, Buenos Aires, 2013, p. 101/134.

¹² De acuerdo con este postulado, KÖHLER, Michael, La imputación subjetiva: estado de la cuestión, en *Aa.Vv., Sobre el estado de la teoría del delito*, Thomson Reuters Civitas, España, 2000, p. 86.

¹³ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, p. 817. En un sentido similar, en cuanto a la necesidad de objetivación del concepto de dolo, con sus propuestas metodológicas particulares, HERZBERG, Rolf, *Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten*, *JZ*, 1998, p. 573 ss (1.ª parte), p. 635 ss (2.ª parte) y PUPPE, Ingeborg, § 15 StGB en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFGGEN (eds.), *NK*, 4ª ed., 2013, Nm. 61.

¹⁴ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, p. 13 y ss.; *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Thomson Reuters, Ed. Aranzadi, 1ª edición, 2003, España, p. 50 y, particularmente, "Imputación Jurídico Penal" en *Problemas Capitales del derecho penal moderno*, Hammurabi, Buenos Aires 1998, p. 49/50; MÜSSIG, Bernd, *Desmaterialización del Bien Jurídico y de la Política Criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema*, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, núm. 9 (2002), p. 169/208 y LESCH, Heiko H., *Intervención delictiva e imputación objetiva*, 1995, publicado en https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1995-30091100972.

¹⁵ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, p. 312. En igual sentido, PAWLIK, Michael, *Ciudadanía y Derecho Penal. Fundamentos de la teoría de la pena del delito en un Estado de Libertades*, Barcelona, 2016, p. 140/141 con cita de GROLMAN, *Über die Begriffe von Dolus und Culpa*, 1798, p. 28 y de STÜBEL, *NACrim*, (8), 1825, p. 294: "Aquel es malo; éste simplemente vago".

segundas respecto de las primeras¹⁶, circunstancia que engarza sistemáticamente con un criterio cuantitativo de desarrollo del injusto, así como de intervención criminal¹⁷.

Así lo ha expuesto con gran lucidez SILVA SÁNCHEZ, para quien tiene un rol preponderante en la teoría de la determinación de la pena la dimensión cuantitativa de un sistema de la teoría del delito, y con cita de FRISCH que “*la búsqueda de la pena ajustada a la culpabilidad (...) no es sino una prosecución de la cualificación del hecho como delito. Depende pues, básicamente, de las categorías del injusto objetivo (de la acción y del resultado), del injusto subjetivo y de la culpabilidad*”¹⁸.

El acto de determinación judicial de la pena se configura esencialmente como aquél en virtud del cual se constata, en concreto, el contenido de injusto, culpabilidad y punibilidad de un hecho, traduciéndolo en un determinado *quantum* de pena¹⁹.

Sobre esta base, la *intensidad comunicativa* de la conducta será el elemento determinante para graduar la imputación subjetiva que corresponda efectuar en el caso concreto²⁰.

Para mensurar el concreto contenido comunicativo de la conducta, resulta necesario, entonces, establecer un *baremo objetivo* que se relacione con una prognosis sobre la *entidad y calidad* del peligro creado por la conducta, así como, entre otros, por la *posibilidad y probabilidad* de la concreción del daño, circunstancias dables de ser graduadas.

¹⁶ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, p. 313; *Estudios de Derecho Penal. Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos*, España, 1997, p. 135/137 y 140/141 y *Sociedad, norma y persona en un teoría de un Derecho penal funcional*, Civitas ediciones, Madrid, 2000, p. 27/28.

¹⁷ LESCH, Heiko, op. cit., p. 31.

¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo*, publicado en *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 2/2007.

¹⁹ En tal sentido, como lo expone la teoría del espacio de juego, doctrina dominante en la jurisprudencia alemana, existe un cierto *marco o espacio de juego* para determinar la pena que está limitado por un mínimo *ya adecuado* y un máximo *todavía adecuado* y en dicho marco es donde influyen los diversos parámetros a ser mensurados en el concreto procedimiento de determinación. Como bien indica Patricia ZIFFER en *Lineamientos de la determinación de la pena*, Buenos Aires, 2005, p. 49-50: “*El marco de culpabilidad estaría limitado por barreras, cuya parte superior está limitada de la siguiente manera: existe un punto en la escala penal con la característica de que todas las penas que se encuentran por encima de ese punto no son adecuadas a la culpabilidad. Esto no quiere decir ya que el punto que está por debajo de esta barrera sea por eso el adecuado a la culpabilidad –en ese caso sí sería un límite- sino que algún punto en la escala penal tiene esa característica*”. En idéntico sentido, HÖRNLE, Tatjana, *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la Teoría de la Determinación de la Pena en Alemania*, Buenos Aires, 2003, p. 26.

²⁰ PAWLIK, Michael, op. cit., p. 138/142; PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, op. cit., p. 127/130 y SANCINETTI, Marcelo, op. cit., p. 207/210.

Sin embargo, tal proceso no puede ser enjuiciado desde la representación del autor del hecho, es decir desde el llamado elemento cognitivo del dolo, ya que como bien afirma PAWLIK: “(...) una teoría de la representación concebida psicológicamente no puede combatir las incorrecciones de la teoría de voluntad que resultan de la ausencia de un correctivo normativo, sino que simplemente las extiende del componente volitivo al componente intelectual. La teoría de la representación psicologizante choca con sus propios límites allí donde el autor ciertamente adquiere consciencia de las circunstancias que fundamentan el peligro, pero las valora incorrectamente por su culpa y por ello únicamente aprecia un peligro abstracto allí donde en realidad se da una situación de elevado peligro concreto (...) la cuestión no puede depender de la valoración del riesgo efectuada por el propio agente. Una representación de posibilidades suficientemente substanciada no puede operar en descargo del autor por el hecho de que éste, o bien no reflexione en absoluto sobre la magnitud del riesgo, o bien considere irreflexivamente su realización como improbable. Lo decisivo es solo si su conducta, interpretada como conducta de un ser racional, expresa la máxima de que la lesión del otro debe ser o incluso puede ser”²¹.

Desandar un camino diametralmente opuesto implicará, en el plano fáctico, que casos usualmente denominados de “ceguera ante los hechos”, que importen un alto *quantum* de peligro, deban ser enjuiciados como conductas no dolosas.

Por consiguiente, resulta inaceptable que esta clase de *defectos cognitivos provocados* obtengan un tratamiento tan benigno —en algunos casos adecuándose a la tipicidad imprudente y en otros obteniendo directamente la impunidad de su comportamiento—, pues ello constituye un beneficio que no se puede justificar axiológicamente; resulta un contrasentido que el desconocimiento atribuible a la indiferencia exonere y los conocimientos atribuibles a un exceso de escrúpulos permitan fundamentar una condena por un delito doloso²².

²¹ PAWLIK, Michael, op. cit., p. 143/144. En idéntica línea argumental, JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, p. 662/663.

²² JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, p. 313/314 y *Estudios de Derecho Penal*, p. 139. Sin embargo, posteriormente Jakobs matizó su planteamiento —relativo a que la falta de previsión legislativa sobre la equiparación se debía a la intención de brindar seguridad jurídica al tratamiento de los conflictos— en su artículo: *Indiferencia como dolo indirecto*, publicado en *Dogmática y Ley Penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Marcial Pons, Madrid, 2004, t. I, p. 345/358, donde expuso que esta constelación de casos podrían ser incluidos como supuestos dolosos en el texto de la ley, en referencia al § 16 StGB, puesto que sostiene: “(...) la culpabilidad no existe porque concurren el conocimiento del tipo o el conocimiento de la ilicitud, sino porque falta lealtad al Derecho; este déficit puede ser inducido a través del conocimiento, pero también otros modos o formas que lo pongan de manifiesto”, p. 347. En contra de esta posición, SANCINETTI, Marcelo, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. Una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs*, 1° edición, Hammurabi, Buenos Aires, p. 324, donde afirma que el *quiebre axiológico* se produce de forma inversa, es decir cuando se quiere equiparar a una conducta dolosa a quien “conoce de menos”, por su marcada incongruencia respecto de la ceguera de hecho a revés —tentativa por burda insensatez— que determinaría la imposibilidad de revocación de lo realizado cuando su ilícito estaría fundamentado en el mismo desconocimiento por el que

Es que valorar el dato psíquico de la falta de conocimiento sin tener en cuenta las *razones de ese déficit* supone desde el punto de vista axiológico un privilegio injustificado de aquel autor cuyo desconocimiento se basa en razones que le gravan²³.

El fundamento que habilita el reproche dentro de la categoría de conducta dolosa se halla en la idea de que el agente que ha actuado en esas condiciones efectúa un *aprovechamiento indebido de la libertad* que se proyecta, en virtud de sus defectos, en el arrogamiento de ámbitos de organización ajenos con la misma intensidad, cuanto menos, que aquel sujeto que desde un comienzo actuó de manera consciente, es decir se trata, en definitiva, de un criterio de *fairness*. Por consiguiente, cualquier previsión normativa que intentara sostener un tratamiento más benigno a esta constelación de casos padecería de un serio defecto de fundamentación axiológica que dilapidaría su fuerza autoritativa.

Sólo entendido de esta manera, se garantiza un respeto irrestricto a la libertad que el Estado le asegura a la persona, asignando —consecuentemente— su responsabilidad por el *hecho disvalioso*, ya que el *agente* es elevado al *status* de persona en Derecho. Fijadas, entonces, las esferas de libertades a los ciudadanos por parte del Estado, le compete al Derecho penal el mantenimiento de la vigencia de las normas, lo cual se consolida y se restablece, como se dijo, mediante la aplicación de la pena y su consecuente deber de tolerancia por quien la ha infringido²⁴. Sólo a través del castigo se *comunica* a la sociedad que la norma se mantiene vigente, por ende, delito es: voluntad particular esbozando una determinada configuración (subjativa) del mundo.

A esta particular concepción, subyace una idea ya clásica de que el deber del Estado se relaciona con la necesidad de asegurar la permanencia de la *sociedad civil*, es decir la de

se le denegó dicha posibilidad (p. 325/327 y 345/346). Sin embargo, el autor sí acepta la posibilidad de tal equiparación, aunque sin alegar el mentado quiebre axiológico, cuando el autor del hecho emitió un juicio absolutamente irracional —tentativa irreal o supersticiosa—, por la imposibilidad *natural* de revocar su conducta (p. 326 *in fine* y 327). Sin perjuicio de ello, concluye que los casos de “*ceguera de hechos*” — como el autor define esta constelación de casos— deben ser clasificados como comportamientos imprudentes, “(...) *en tanto no exista un delito doloso de peligro bajo el cual se subsuma el síndrome de riesgo representado por el autor*” (p. 349).

²³ LESCH, Heiko H., *Dolus directus, indirectus und eventuales*, JA, 1997, p.802.

²⁴ PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal*, 2016, p. 33 y ss. y 57 ss. En un mismo sentido, JAKOBS, Günther, *Die strafrechtliche Zurrechnung von Tun und Unterlassen*, 1996, p. 31 y ss.; *Estudios de Derecho Penal*, 1997, p. 347 y ss.; LESCH, Heiko H., *ADPCP*, t. XLVIII, 1995, p. 930; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, 1999, p. 51 y ss. y *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, 2002, p. 65 y ss.; CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, Ara editores, 2014, p. 89.

proveer de concreta *justicia exterior* en procura de consolidar ámbitos de libertad que posibilitan la auto-vinculación social del ciudadano²⁵.

En este sentido, tal como afirma PAWLIK, con cita de HEGEL: "(...) *el delito aparece como lesión no solamente de un infinito subjetivo, sino también de una existencia objetiva en la que radica la libertad de todos. Precisamente porque la sociedad civil tiene como base la seguridad de la vida y de la propiedad de los individuos y erige su existencia sobre éstas, la lesión del individuo es, para ella, su propia lesión universal. En esa medida, un delito contra ésta base es también un delito contra la generalidad*"²⁶.

Y es justamente este *contra modelo de sociedad* lo que debe ser eliminado a través de la pena, ya que de no acaecer ésta, aquél seguiría vigente. Mediante la pena se niega la vigencia del esbozo del mundo propuesto por la persona *libre* y se restablece la vigencia del derecho²⁷. La libertad para organizar, la fijación de las esferas de competencia, y la normativización de conductas preestablecidas, implica tomar al *agente* como una persona en Derecho y no como un animal irracional creador de peligros. Aquella libertad, entonces, eliminará de plano cualquier atisbo de arbitrariedad.

En este marco, si intuitivamente concluimos que resulta dudoso si esa constelación de casos no merecería un mayor reproche es porque se valora como correcto el principio limitativo que implica que nadie puede beneficiarse de aquellas causas de exclusión que él mismo provoca, es decir se le impide al autor descargarse de responsabilidad apelando a su desconocimiento para evitar, de esa manera, el mencionado aprovechamiento indebido de libertad.

Así, mediante el abuso de ámbitos de libertad ajenos el *agente* informa a la sociedad que para él la norma no rige, que no está dispuesto a cumplirla y, por ende, comunica su enemistad frontal con el Derecho. En este ejercicio de autonomía se le debe respetar al interviniente su voluntad de *integrar* dolosamente el acto criminal.

Es que la incumbencia de mantenerse dentro del estado de juridicidad no puede sancionarse *per se*, sino sólo cuando se produzca una conducta objetivamente contraria a la

²⁵ HOBBS, Thomas; *Elementos filosóficos. Del ciudadano*; Hydra, Buenos Aires, 2010, págs. 185 y ss.; EL MISMO en *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*; Fondo de Cultura Económica; Buenos Aires, 2014, pág. 137 y ss.; ROUSSEAU, Jean-Jacques; *El contrato social*; Taurus, Buenos Aires, 2013, p. 19.; STUART MILL, John; *Sobre la libertad*; Biblioteca EDAF, Madrid, 2012, p. 52; KANT, Immanuel, *La Metafísica de las Costumbres*, Cuarta Edición, Tecnos, p. 168 y JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel; *Derecho penal del enemigo*; Segunda edición, Thomson Civitas, Navarra, 2006, p. 33, donde afirma que «*la finalidad de la obediencia es la protección*».

²⁶ PAWLIK, Michael, op. cit., p. 47.

²⁷ SCHROEDER/ECKSTEIN/FALCONE, *Delitos de posesión o tenencia*, Ad-hoc, 2016, p. 287 y ss.

competencia, circunstancia que impedirá al autor, en ese caso, descargar su responsabilidad alegando algún grado de desconocimiento²⁸. Tal formulación no constituye sino la más paradigmática concreción del sinalagma libertad de organización y responsabilidad por las consecuencias.

De una precipitada lectura, podría advertirse que la propuesta aquí defendida se correspondería con una estructura de *imputación extraordinaria*²⁹, que se construiría a partir de que al momento de la conducta -*actio subsequens*- no se halla presente el presupuesto subjetivo *ordinario* de imputación que habilitaría la infracción de un determinado deber jurídico o norma primaria —conocimiento—, sino que tan sólo concurre un error o, particularmente, un *desconocimiento* que posibilita una infracción indirecta del deber. Estaríamos en presencia de acciones *libera in sua causa*, que sería el antecedente directo del defecto cognitivo desde el cual el sujeto guiaría su conducta, que puede configurarse a partir de la infracción de una incumbencia de informarse o, por el contrario, de mantenerse dentro de un estado de capacidad de imputación -*actio praecedens*-.

Sin embargo, y más allá de las críticas que se ciernen sobre el modelo de imputación extraordinaria, en punto a su afrenta al principio de legalidad, culpabilidad o su escasa capacidad de rendimiento, cierto es que son otras las razones por las que el presente aporte se disocia de tal imputación.

En tal sentido, corresponde, muy brevemente, indicar que aquí se considera a la incumbencia de conocer o informarse como una *condición* que determina la imputación por una conducta dolosa, razón por la cual, al advertirse el grave defecto cognitivo presente en el agente, no será necesario, entonces, reestablecer extraordinariamente la imputación para, recién en ese momento, atribuirle (subjetivamente) el suceso, sino que, simplemente, se priva al sujeto de beneficiarse con un reproche más leve apelando a ese desconocimiento, por cuanto ya que se halla implicado dentro del campo que abarca el elemento cognoscitivo de la conducta dolosa, la incumbencia de conocer, previo a realizar conducta alguna, la concreta

²⁸ Escapa al acotado marco de la presente ponencia el análisis exhaustivo de la naturaleza jurídica del concepto de incumbencia [*Obliegenheit*] y su —eventual— utilización inflacionaria, por lo que se recomienda, más allá de la posición crítica del autor, MONTIEL, Juan Pablo, *¿Existen las Obliegenheiten en el Derecho penal?*, publicado en InDret, Revista para el Análisis del Derecho, 4/2014.

²⁹ No resulta posible aquí abordar circunstanciadamente los diversos modelos de imputación extraordinaria que la doctrina ha elaborado. Sin embargo, no se debería soslayar que dentro de dicho sistema de imputación se incluyen tanto al modelo de la tipicidad, tradicionalmente considerado un reflejo del sistema de imputación ordinaria, como el modelo de la excepción, habida cuenta que, más allá de como abordan metodológicamente la resolución de esta constelación de casos, lo cierto es que, en definitiva, ambos modelos requieren para construir una afectación de la norma primaria que el autor del hecho haya, previamente, incumplido una determinada incumbencia, en este caso, de conocer o cerciorarse. En este sentido, la nota de extraordinariedad vendría dada porque la infracción de la norma primaria se realiza sólo en forma indirecta.

entidad y calidad del peligro de ese probable curso lesivo, si no es que se quiera cargar con las consecuencias de los actos.

Por consiguiente, procurarse información antes de emprender alguna actividad que conllevaría cierto riesgo —no permitido— coadyuva, junto con otras condiciones, a delinear de una manera más clara aquellos contornos de libertad que debe respetar el ciudadano.

En definitiva, el límite de aquello que resulta imputable coincide con el límite de lo exigible al ciudadano, es decir funcional a la libertad del resto de la sociedad³⁰.

El concreto contenido de esta incumbencia no implica exigirle a la sociedad que haga acopio de conocimiento para recién cuando deba ser usado el sujeto tenga el acceso epistemológico inherente a su competencia, pues ello configuraría un estado de agobio normativo que impediría cualquier clase de relación intersubjetiva por más inocua que ésta pudiera presentarse en su forma externa, sino que lo que se pretende es que cuando un sujeto se disponga a realizar una determinada conducta que importe un *concreto peligro* para el estado de libertades jurídicamente constituido deba, o mejor dicho, le incumba informarse respecto de los peligros que entraña esa conducta en procura de realizar otra de aseguramiento —en caso de que ello se imponga— o directamente abstenerse de realizarla si no quiere cargar con las consecuencias de sus actos³¹.

Es que, en principio, sólo se podría incluir dentro de la constelación de conductas dolosas aquellos desconocimientos de los cuáles el sujeto *no tenía derecho a tener*, es decir los que rebasan el principio de autonomía de la persona por su característica de influir de manera decisiva en la injerencia de ámbitos de organización ajenos. Si no se tuviera en cuenta que esta clase de *desconocimientos* permite gravar el reproche que se debe dirigir al sujeto, entonces se estaría degradando el principio de responsabilidad por las consecuencias, circunstancia inaceptable, a mi criterio, desde un punto de vista ético - normativo.

La concreta intensidad de la incumbencia de conocimiento, como se ha dicho, coincide con el límite de lo exigible al sujeto³², circunstancia que demuestra la marcada influencia del

³⁰ Este principio, clásicamente vinculado con el grado de reproche concreto que debe realizarse al sujeto, derrama sus efectos no sólo sobre la imputación subjetiva, sino, fundamentalmente, respecto de la objetiva. Sólo por citar un ejemplo, los institutos liberadores de la imputación objetiva operan como compuertas que contienen la imputación de determinados cursos lesivos desencadenados causalmente por una conducta que, sin embargo, se ajustó normativamente a lo exigible a cualquier ciudadano. Por consiguiente, aquellos comportamientos no podrán ser desvalorados en el plano objetivo —en principio— como fuentes de riesgos no permitidos.

³¹ PAWLIK, Michael, op. cit. p. 152 y ss.

³² Esta circunstancia también proyecta sus efectos sobre la determinación del castigo, debido a que la defraudación de una intensa incumbencia de conocimiento producto de una mayor exigibilidad individual,

principio normativo de culpabilidad para el proceso adscriptivo de sentido. Sin embargo, el contenido de lo que resulta exigible al ciudadano no reposa en conceptos ontológicos, sino más bien normativos³³. La barrera epistemológica no se construye sobre la vulnerabilidad fáctica del ciudadano, puesto que la normal socialización impedirá que el sujeto se disocie de las más elementales expectativas normativas, razón por la cual es, en definitiva, una cuestión netamente valorativa si en el caso concreto el sujeto no poseía el derecho a *no conocer* como reflejo del principio de autonomía de la persona.

Por consiguiente, como afirma PAWLIK el proceso *artesanal* de delinear la intensidad de lo que resulta exigible al ciudadano nos enfrenta a un *conflicto de espacios de libertad*, que no podrá ser resuelto sino por la vía de la *ponderación*. Cuanto mayor sea la vara de lo exigible, mayor será también el espacio de libertad cercenado al ciudadano y, consecuentemente, ganado por el resto de la sociedad, razón por la cual la asociación de la idea de la auto-vinculación social del individuo a una mayor exigibilidad posibilita justamente que las conductas que el sujeto realiza de forma *inevitable* para el desarrollo de su autonomía deberían contener un menor grado de exigibilidad que aquellas que resultan, cuanto menos, no indispensables³⁴, así como el menor grado de exigibilidad derivaría, también, de la incapacidad del propio ordenamiento normativo para imponer una pauta de comportamiento general válidamente aceptada por todos para resolver tal conflicto³⁵.

Sobre la base de lo indicado, considero que resulta necesario, entonces, establecer un sistema de determinación objetivo en el que el supuesto de hecho sea enjuiciado *in toto*, es decir donde sean conjugadas las circunstancias de la concreta conducta vinculadas a la acción y los estados psíquicos del autor del hecho, particularmente la incumbencia de conocimiento que le era exigible al autor del hecho, la concreta entidad y calidad del peligro creado, la posibilidad y, fundamentalmente, probabilidad de la concreción del daño, la modalidad de la acción, el medio comisivo empleado, entre otros.

Ceñido a dichas condiciones, resultará dable establecer una graduación del peligro que se vincule necesariamente con el grado de imputación subjetiva que se imponga realizar en el caso concreto, circunstancia que permitirá, a mi criterio, unir los postulados de imputación del plano objetivo con el subjetivo.

que deriva en un defecto cognitivo con el que el autor guía su conducta e importa, a partir de ello, la configuración de un elevado peligro desvalorado normativamente, será directamente proporcional a la fijación de una determinada cantidad de pena.

³³ En contra de lo aquí sostenido, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *Tratado de derecho penal. Parte general*. Tomo IV, Ediar, Buenos Aires, 1982, págs. 65-74 y ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, op. cit., p. 510 y ss.

³⁴ PAWLIK, Michael, op. cit. p. 153.

³⁵ ROBLES PLANAS, Ricardo, *Caso del Leinenfänger* en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ, Pablo -coord.-, *Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal*, La Ley, Madrid, 2011, pág. 117/118.

Desde ya que la postura aquí presentada no escapa a la paradoja de Sorites, o no al menos en su absoluta extensión, sino de lo que se trata, en definitiva, es de intentar dotar de criterios objetivos, epistémicamente asequibles a cualquier persona, que le permitan discriminar entre un reproche más grave de otro menos grave, es decir de establecer parámetros que intenten contener las conclusiones a las que arriba la lógica de la paradoja mencionada; la distinción dolo/imprudencia no deja de ser, en rigor formal, una mera discriminación semántica de un meta-concepto, el cual impone la necesidad de instrumentalización de reglas objetivamente aprehensibles para todos.

3. Palabras finales

Resulta necesario que el penalista evite anteponer la disputa de etiquetas a la discusión sobre los problemas normativos subyacentes como es el de la identificación de las condiciones que tornan dolosa a una conducta.

La clásica disputa dolo/culpa como las dos caras de una misma moneda no resulta ser otra cosa que una discusión semántica sobre etiquetas que no permiten desentrañar el verdadero sentido de la necesidad sistemática de discriminar entre reproches graves de aquellos que no lo son tanto, y que indudablemente tienen su reflejo sinalagmático en la determinación del *quantum* del castigo a imponer en un caso concreto.

En procura de comenzar a transitar dicho camino esbocé, en este muy acotado margen, unas breves reflexiones de lo que considero una buena aproximación para la resolución del problema planteado.

Quizá el esquema normativo propuesto pueda ser criticado por insuficiente. Sin embargo, la realidad de la necesidad de discriminar entre reproches graves de aquellos que no lo son tanto resulta una imposición sistemática del derecho positivo contemporáneo a quien escribe.

Cabría esbozar un simple interrogante que constituye una aspiración quizá desmedida, en cuanto a que se convierta en un mensaje que cale hondo en un futuro proceso de reforma, ¿no será momento de intentar encontrar la solución al problema por fuera del tradicional esquema de imputación subjetiva –dolo/culpa- para confluir en un *sistema unidimensional* de reproche, que tenga su correlato en la mensuración de la pena concreta, a partir de determinadas condiciones objetivas?

Aquí se plantearan nuevos/viejos problemas respecto del contenido del mencionado *modelo unidimensional*, relacionados, fundamentalmente, a si dicho campo debe ser abarcado por el sendero que transita entre dolo directo y la culpa inconsciente o, por el contrario, si dichos contornos deben ceder y limitar su ámbito de aplicación, como mínimo, a la imprudencia consciente, por cuanto la inconsciente atentaría contra el principio de culpabilidad³⁶.

Solo la historia determinará si tal aserto resulta correcto o no, pero indudablemente debemos ir “*cerrando aquellos caminos que no llevan a ninguna parte y señalizando aquellas otras rutas que en el futuro valdrá la pena continuar explorando*”³⁷.

Bibliografía

Beling, E. (1906). *Die Lehre vom Verbrechen*.

Caro John, J. A. (2014). *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*. Ara editores.

Frisch, W. (1983). *Vorsatz und Risiko: Grundfragen des tatbestandsmässigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung aussertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*.

Frisch, W., & Robles Planas, R. (2006). Desvalorar e imputar.

Frisch, W., & Robles Planas, R. (2015). La imputacion objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas.

Frister, H. (2016). *Derecho Penal - Parte general*. (J. Depalma, Ed., & M. Sancinetti, Trad.) Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.

Herzberg, R. (1998). Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten. *JZ*.

Hobbes, T. (2010). *Elementos filosóficos del ciudadano*. Buenos Aires: Hydra.

Hobbes, T. (2014). *Leviatan o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Buenos Aires: Fonde de Cultura Económica.

Hörnle, T. (2003). *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la Determinación de la Pena en Alemania*. Buenos Aires: Fabian J. Di Placido Editor.

Hruschka, J. (2009). *Estudios de Derecho penal*. Buenos Aires.

³⁶ KÖHLER, Michael, op. cit., p. 85

³⁷ RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, *De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico*, publicado en el mes de julio de 2012 en la Revista para el análisis del Derecho (InDret).

- Jakobs, G. (1996). *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal - Parte General - Fundamentos y teoría de la imputación*. (J. Cuello Contreras, & J. Serrano González de Murillo, Trans.) Madrid, España: Marcial Pons Ediciones Jurídicas.
- Jakobs, G. (1997). *Estudios de Derecho Penal*. Madrid, España: Civitas.
- Jakobs, G. (1998). *Problemas Capitales del derecho penal moderno*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Jakobs, G. (2000). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Madrid: Civitas ediciones.
- Jakobs, G. (2003). *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. (M. Cancio Meliá, & B. Feijóo Sánchez, Trans.) Navarra, España: Thomson Reuters.
- Jakobs, G. (2004). Indiferencia como dolo indirecto. En e. al, *Dogmática y Ley Penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo* (pág. 345/358). Madrid: Marcial Pons.
- Jakobs, G. (2006). *Derecho penal del enemigo*. Navarra: Thomson Civitas.
- Kant, I. (2005). *La metafísica de las costumbres*. Tecnos.
- Kaufmann, A. (1960). El dolo eventual en la estructura del delito. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*.
- Kaufmann, A. (2013). *Estudios de Derecho Penal*. Buenos Aires: BdeF.
- Kindhäuser, U. (Octubre de 2008). El tipo subjetivo en la construcción del delito. Una crítica a la teoría de la imputación subjetiva. *Revista para el Análisis del Derecho (InDret)*.
- Lesch, H. (1995). *Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado*. Obtenido de <http://www.boe.es>
- Lesch, H. (1997). Dolus directus, indirectus und eventuales. *JA*.
- Lesch, H. (2016). *El concepto de delito - Las ideas fundamentales de una revisión funcional*. (J. Gemignani, Trad.) Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Marcial Pons Argentina.
- Liszt, F. (1919). *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*.
- Merkel, A. (2013). *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Euros editores.
- Mir Puig, S. (2009). *Derecho Penal - Parte General*. Buenos Aires, Argentina: Euros Editores.
- Montealegre Lynett, E. (2003). *El funcionalismo en Derecho penal*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Montealegre Lynett, E. (2007). *Derecho Penal y Sociedad - Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Montiel, J. (Abril de 2014). ¿Existen las *Obliegenheiten* en el Derecho Penal? *Revista para el Análisis del Derecho (InDret)*.

Müssig, B. (2002). Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema. *Revista de Derecho penal y Criminalología*, 169/208.

Pawlik, M. (2010). *La libertad institucionalizada - Estudios de Filosofía jurídica y Derecho penal*. (E. Bacigalupo, P. Dropulich, P. González Rivero, M. Lerman, J. López Barja de Quiroga, T. Manso Porto, . . . M. Sancinetti, Trads.) Madrid, España: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.

Pawlik, M. (2016). *Ciudadanía y Derecho Penal - Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*. (R. Robles Planas, N. Pastor Muñoz, I. Coca Vila, & H. García de la Torre, Trads.) Barcelona, España: Atelier Libros Jurídicos.

Pérez Barberá, G. (2011). *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Buenos Aires: Hammurabi.

Puppe, I. (2013). § 15 StGB. *NK*.

Puppe, I. (2016). *El Derecho penal como ciencia*. (J. Faira, Ed.) Buenos Aires, Argentina: Euros Editores.

Ragués I Vallés, R. (1999). *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: José María Bosch editor.

Ragués I Vallés, R. (Julio de 2012). De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico. *Revista para el Análisis del Derechos (InDret)*.

Robles Planas, R. (2011). Caso del Leinenfänger. En e. al, *Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal*. Madrid: La Ley.

Rousseau, J. J. (2013). *El control social*. Buenos Aires: Taurus.

Roxin, C. (2007). *Derecho Penal - Parte General - Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. (D. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo, & J. Remesal, Trads.) Navarra, España: Civitas Ediciones.

Roxin, C. (2007). *La teoría del delito en la discusión actual*. (M. Abanto Vázquez, Trad.) Lima, Perú: Editora Jurídica Grijley.

Roxin, C. (2013). *Sistema del hecho punible*. (J. Depalma, Ed.) Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.

Roxin, C., Jakobs, G., Schünemann, B., Frisch, W., & Köhler, M. (2016). *Sobre el estado de la teoría del delito*. (J. Silva Sánchez, M. Castiñeira Palou, P. Sánchez-Ostiz Gutiérrez, D. Felip I

Saborit, R. Ragués I Vallés, R. Robles Planas, & J. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Trads.) Navarra, España: Thomson Reuters.

Sánchez Ostiz Gutiérrez, P. (2014). *La libertad del Derecho penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos.

Sancinetti, M. (2004). *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. Una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs*. Buenos Aires: Hammurabi.

Sancinetti, M. (2004). *Teoría del delito y disvalor de acción*. Buenos Aires: Hammurabi.

Silva Sánchez, J. (Febrero de 2007). La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. *Revista para el Análisis del Derecho (Indret)*.

Silva Sánchez, J. (2012). *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Buenos Aires, Argentina: Euros Editores.

Silva Sánchez, J. (2015). *En busca del Derecho penal - Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*. Buenos Aires, Argentina: Euros Editores.

Stratenwerth, G. (2005). *Derecho penal - Parte general I - El hecho punible*. (J. Depalma, Ed., M. Cancio Meliá, & M. Sancinetti, Trads.) Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.

Struensee, E. (2009). Consideraciones sobre el dolo eventual. *Revista para el análisis del Derecho (Indret)*.

Stuart Mill, J. (2012). *Sobre la libertad*. Madrid: Biblioteca Edaf.

Villar, M. (2016). *Suerte penal. Un estudio acerca de la interferencia de la suerte en los sistemas de imputación*. Buenos Aires: Ediciones Didot.

Weber, H. (2008). *Lineamientos del Derecho Penal alemán*. Buenos Aires: Ediar.

Welzel, H. (1956). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Roque Depalma editor.

Zaffaroni, R. E. (1982). *Tratado de derecho penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

Zaffaroni, R., Alagia, A., & Slokar, A. (2005). *Manual de Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

Ziffer, P. (2005). *Lineamientos de la determinación de la pena*. Buenos Aires: Ad Hoc.

Aportes desde una teoría criminológica feminista para analizar la penalización del aborto

Rodríguez, María Ángeles y Santinelli, María Gabriela¹

Resumen: *La presente ponencia tiene como objetivo analizar desde la teoría criminológica feminista de Tamar Pitch el delito de aborto tipificado en el Código Penal Argentino y la implicancia de la penalización del mismo, como posible solución al conflicto construido en términos de delito. Esta decisión de política criminal afecta en forma discriminatoria a las mujeres en razón de su género y clase social vulnerando derechos humanos fundamentales. En virtud de esto se puede vislumbrar cómo se ejerce un control social disciplinador de los proyectos de vida de las mujeres, que se alejan de la expectativa social delineada por la moral dominante, bajo el velo de las funciones tradicionalmente asignadas a la justicia penal, prevención general y especial.*

Palabras claves: *aborto – criminología feminista – Mujeres – género – Derecho Penal*

Abstract: *The aim of this paper is to analyze abortion, typified as a crime in the Argentinian Penal Code, and the implications of its punish men as a possible solution to the conflict understood only as crime from Tamar Pitch's criminological and feminist theory. This criminal policy decision affects and discriminates women based on their gender and social class, violating their human rights. Consequently, it is noticed that a social and disciplinary control is exercised over the women's projects of life, which are different from those expected and imposed by the dominant moral, under the veil of the traditional functions assigned to the penal justice, general and special prevention.*

Key Words: *abortion –feminist criminology - gender – criminal justice – women*

“Construir un problema en término de delito implica considerar que la respuesta penal es la más adecuada. Pero, ¿Adecuada con respecto a que objetivo? Existen tres objetivos posibles mutuamente interconectados: 1) La disminución de la extensión del problema, por medio de la amenaza del castigo, y/o la eliminación (encarcelación) de los responsables; 2) La asunción simbólica del problema como un “mal” universalmente reconocido y la consecuente legitimación de los imperativos e intereses del grupo reclamante como imperativos e intereses universales; 3) el cambio de las actitudes y modelos culturales dominantes relacionados con el problema.

¹ Abogadas integrantes del Programa Género y Sexualidades de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

Estos tres “objetivos” hacen referencia a tres de las funciones más comúnmente atribuidas a la justicia penal: la de la prevención general y especial; la del ordenamiento simbólico de los valores protegidos en una cierta colectividad y la de un instrumento pedagógico. (Pitch 2003, 135)

Tomando la teoría criminológica feminista antes citada es que, en el presente trabajo, pretendemos analizar el delito de aborto tipificado en el Código Penal de la Nación desde el año 1921.

El Código Penal ha tipificado en los artículos 85, 86 1ra parte, 87 y 88 el delito de aborto en el capítulo I titulado “Delitos contra la vida”. De este modo se entiende que el bien jurídico protegido o tutelado, dependiendo la teoría jurídica que se adopte, es la vida del feto o del embrión. Partiendo siempre del supuesto de la existencia de una mujer embarazada.

Juristas de renombre como Buompadre, en el análisis de este delito, entiende que el bien jurídico protegido por las distintas figuras de aborto es la vida del feto o embrión. Explicando que la cuestión decisiva del alcance del delito de aborto no es en realidad determinar el momento en el que se inicia la vida, sino cuándo puede y debe comenzar la protección jurídico-penal de la vida, por lo que decide adoptar la teoría de que la vida comienza desde la anidación; tomando de esta manera un criterio de política criminal que a su vez permite sostener la tesis de la atipicidad en los casos de embriones fecundados in vitro, como en aquellos supuestos de óvulos aún no implantados (por ej. la mola) (Figari, Villada, Buompadre). Lo que deja vislumbrar que en realidad no es lo que le preocupa al Derecho Penal, la vida en sentido biológico del embrión, sino el control sobre los cuerpos de las mujeres.

“Los redactores del Código Penal exigieron, para constituir la figura del aborto, la existencia de la mujer embarazada antes del embrión” (Klein, 2018,34), dejando ver a todas luces que es el embarazo lo que determina la importancia de esa vida; la que será “protegida” según su relación con la mujer gestante. De este modo se ponen en juego dos categorías morales y jurídicas para la mujer: incumplir una norma penal: abortando e incumplir una norma moral: decidiendo no ser madre.

Históricamente, se les ha atribuido a las mujeres el rol social de la maternidad, determinando esa identidad, a partir de su condición biológica natural de la posibilidad de portar un embarazo en su cuerpo. En base a esa construcción social, las mujeres se han visto afectadas en su dignidad humana, así como en su libertad sexual y reproductiva, siendo utilizadas, según Ferrajoli como “medio para fines que no son suyos”. Obligándolas a cumplir con el código moral femenino que se basa en el cuidado de los otros y en el mantenimiento de las relaciones personales y las redes sociales para cumplir los fines de la familia y la sociedad.

Hay una estrecha interrelación entre la familia como aparato disciplinario y otras instancias del control social como el derecho penal, que durante siglos ha convertido la frustración de esas expectativas morales en delitos (Maqueda Abreu 2014, 12)

“La punición del aborto es el único caso en que se penaliza una opción de vida: la que consiste en no querer convertirse en madre. Esta circunstancia es generalmente ignorada. Habitualmente se olvida que, a diferencia de lo que sucede con las restantes prohibiciones penales la prohibición del aborto equivale también a una obligación, la obligación de convertirse en madre, de llevar a término un embarazo, de parir, de educar a un hijo”. (Ferrajoli 2006, 265) En este sentido expresa Simone de Bouvier: “Tal obligación no tiene nada de natural: la Naturaleza jamás podría dictar una elección moral; ésta implica un compromiso” que sólo da como resultado una maternidad forzada. (De Bouvier 2018,509)

Asimismo el art. 88 que penaliza a la mujer por la acción de realizar su propio aborto, es el único delito en todo el Código Penal que criminaliza a un solo género. Es decir en los más de 300 artículos que tiene el Código Penal, no hay ninguno que criminalice sólo a los varones, pero sí a las mujeres, en el ejercicio de su derecho reproductivo. Lo que afecta gravemente el principio de igualdad y no discriminación.

Pero a su vez y debido a los mecanismos de selectividad con los que opera, en todos los casos el derecho penal, porque es una realidad palpable que el derecho penal no persigue a todos/as los/as autores de un mismo delito por igual. No persigue penalmente a las mujeres que acceden a un aborto clandestino en una clínica privada. Al menos no hay registro de mujeres procesadas o encarceladas en estas circunstancias. Lo que deriva en que se genera una doble discriminación, la discriminación en base al género antes mencionada, y una segunda discriminación por la situación de vulnerabilidad social específica en la que se ha colocado a determinadas mujeres en razón de clase social, etnia, edad.

Por lo tanto, castigar a las mujeres con penas privativas de libertad porque no han optado asumir el rol materno, asignado socialmente y en consecuencia atravesar una maternidad forzosa no resiste la perspectiva de género y de derechos humanos, incluso constituye tortura. Es quitarle a la mujer la autonomía sobre su propio cuerpo, y con ella su misma identidad de persona, reduciéndola a cosa o instrumento de procreación sometida a fines que le son ajenos.

La Corte Suprema de Justicia en el Fallo FAL sostiene que el Estado tiene la obligación de considerar a las mujeres como sujetos de derecho y no tratarlas con fin utilitario: “de la dignidad de las personas, se desprende el principio que las consagra como un fin en sí mismas y proscribire que sean tratadas utilitariamente. La pretensión de exigir a las mujeres, llevar a término un embarazo que no desean es un ataque contra

sus derechos humanos más fundamentales y resulta, a todas luces, desproporcionada y contraria a su dignidad. El principio de inviolabilidad de las personas impide exigirle a las personas que realicen, en beneficio de otras o de un bien colectivo, sacrificios de envergadura imposible de conmensurar". (CSJN. Fallo FAL, 2012)

La ley penal cumple una función social represiva, es la expresión de una violencia cometida por el Estado. Esta naturaleza violenta del propio sistema punitivo obliga a que sea utilizado como última opción y solo si puede tener alguna incidencia preventiva, pero que en el caso de la interrupción del embarazo, como la realidad demuestra, carece en absoluto de relevancia. Ninguna mujer que toma la decisión de interrumpir su embarazo es disuadida de hacerlo porque es un delito.

Lo que sí es claro que el Código Penal contribuye en reproducir y sostener las mismas estructuras culturales patriarcales, ejerciendo control social sobre el ejercicio de la sexualidad, vida reproductiva y no reproductiva de las mujeres.

La despenalización y legalización de la interrupción voluntaria del embarazo daría un paso más en el camino hacia la democratización de nuestra sociedad y la resolución de injusticias reproductivas. El Estado debe garantizar un acceso real y equitativo al derecho a la salud para todas las mujeres sin permitir que se generen diferencias según el nivel socioeconómico, de etnia, valores culturales y religiosos, ni edad.

Por todo esto y teniendo en cuenta que el Derecho Penal no salva ninguna vida, porque como todos/as sabemos entra en juego una vez que el delito se configura, si la finalidad del Estado es reducir los abortos, deberá generar políticas públicas integrales para evitar los embarazos no deseados. De otra forma, manteniendo la prohibición del aborto, no sólo que se acrecienta y fomenta el negocio del aborto clandestino, sino que se empuja a las mujeres en situación de vulnerabilidad, a prácticas inseguras que pueden llevarlas a perder su libertad o la vida.

En consecuencia, podemos afirmar que las políticas que regulan el aborto y lo postulan como un problema moral, tienen como finalidad encubierta la de formar, sostener y apoyar un modelo patriarcal de mujer-madre y controlar las sexualidades femeninas. La regulación del aborto, en tales términos, no es una política criminal que pretenda prevenir daños o defender la sociedad sino una medida de control social que atribuye a las mujeres una subjetividad, modelando sus aspiraciones, posibilidades de vida, conductas y sexualidades a través del control de sus cuerpos.

Siguiendo a la Dra. Hopp "Desde el punto de vista de la política criminal, podemos afirmar también que la penalización es claramente inadecuada para conseguir los fines que se propone: evitar abortos y proteger vidas. Si el aborto es un problema, el

derecho penal difícilmente pueda darle alguna solución, muy por el contrario, el derecho penal tiende a profundizar los conflictos que pretende tratar y crea otros adicionales.” (Hopp 2014, 155)

A modo de conclusión planteamos el siguiente interrogante: ¿Por qué se cree a las mujeres que abortan necesitadas de reeducación punitiva?

Bibliografía

Código Penal Argentino comentado en:
<http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado>

Baratta, A. (1987). Principios de derecho penal mínimo para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal, en *Doctrina Penal*, año 10, Nº 37 a 40, Bs. As, Depalma.

De Beauvoir, S. (2018) *El segundo sexo*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Debolsillo.

Ferrajoli, L. (2006) “La cuestión del embrión entre derecho y moral” en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Vol 56, Nº 245.

Hopp, C. (2014) *Política criminal sobre el aborto: la sexualidad femenina en debate*. Libro digital PDF. Buenos Aires: Pensamiento Penal.

Klein, L. (2018) *Una inesperada afinidad entre los discursos anti y pro legalización del aborto en Fenimismo(s): Tradiciones luchas y debates*. Rosario: Nueva revista socialista.

Maqueda Abreu, M. (2014) “El peso del género y otras identidades culturales en la criminalización de las mujeres” working paper 4/2014 en *Transjus Institut de Recerca*. Facultat de Dret. Universitat de Barcelona.

Pitch, T. (2003) *¿Mejor los jinetes que los caballos? El uso del potencial simbólico de la justicia penal por parte de los actores en conflicto en Responsabilidades limitadas. Actores, conflictos y justicia penal*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ad-Hoc.

Smart, C. (2016) *La búsqueda de una teoría feminista del derecho* en *Revista Delito y Sociedad de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 1(11/12). Santa Fe: UNL.

Jurisprudencia:

CSJN, Fallo FAL s/medida autosatisfactiva (2012)

Pena Natural y Criterios de Oportunidad*

*Salamone, Andrés ***

***Universidad Torcuato Di Tella*

Resumen: Desde una perspectiva constitucional, este breve trabajo se propone dar cuenta de la aplicación práctica de la denominada “pena natural” que ocasionan los nuevos ordenamientos procesales de carácter acusatorio en Argentina. Luego, y ante la detección de que éstos tienden a dejar únicamente en manos del fiscal la utilización de aquella figura como eximente, se argumentará la inconstitucionalidad de una interpretación de las normas de rito que despoje al juez de la posibilidad de suplir la omisión del acusador público que no renunció a la aplicación de la pena estatal.

Palabras claves: Constitución Nacional – Corte Suprema de Justicia de la Nación – Corte Interamericana de Derechos Humanos – Código Penal – Código Penal Alemán

Abstract: *From a constitutional point of view, this brief paper aims to render account of the practical application of the so called “natural punishment” that causes the new procedural codes with accusatory character in Argentina. Then, having detected that they tend to leave solely in the prosecutor’s hands the implementation of the figure as an exempt, it is going to be argued the unconstitutionality of an interpretation of the procedural laws that strip away the judge from the possibility to supersede the omission of the state attorney that did not renounce to the application of the public punishment.*

Key Words: *National Constitution – National Supreme Court of Justice – Inter-American Court of Human Rights – Criminal Code – Germany’s Criminal Code*

1. Marco dogmático y constitucional

Los Principios de Culpabilidad y Proporcionalidad de las Penas no sólo son conocidos Rectores del Derecho Penal en su estudio académico –independientemente de las previsiones de cada derecho interno– sino que además en nuestro país la CSJN les ha reconocido jerarquía constitucional: “...son incompatibles con la Constitución las penas crueles o que consistan en mortificaciones mayores que aquellas que su

* Agradezco a Santiago Zurzolo Suárez por sus comentarios y aportes en respuesta a mi ponencia sobre este trabajo en el VI Encuentro de Jóvenes Penalistas.

** Abogado (UCA) especialista en Derecho Penal (UTDT). Maestrando en Derecho Penal (UTDT).

naturaleza impone (art. 18 de la Constitución Nacional), y las que expresan una falta de correspondencia tan inconciliable entre el bien jurídico lesionado por el delito y la intensidad o extensión de la privación de bienes jurídicos del delincuente como consecuencia de la comisión de aquél, que resulta repugnante a la protección de la dignidad de la persona humana...” (Fallos: 314:424 “Pupelis”).

En el mismo norte, la CIDH específicamente sostuvo que la “punición debe ser racional, ajustada a la jerarquía de los bienes tutelados, a la lesión que se les causa o al peligro en el que se les coloca y a la culpabilidad del agente” (“Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica” rta. 2/7/2004).

En consecuencia, a nivel nacional diversos precedentes han obstado a la aplicación de la sanción prevista en el Código Penal para el hecho que se imputaba cuando el autor del delito padeció graves sufrimientos como consecuencias de la ejecución de aquel (*Poena Naturalis*).

Así, por ejemplo, se ha resuelto: “...los daños sufridos por la esposa y el hijo de J. S. B. —especialmente por la primera, en razón de su mayor gravedad—, como consecuencia de su conducta imprudente, le han significado una pena natural que excede con creces el disvalor de su actuación. Por lo tanto, se presenta como evidentemente desproporcionado imponerle aun la pena mínima prevista en la escala establecida por las respectivas normas punitivas aplicables...” (Caso “B., J. S.”, Sala II del Tribunal de Casación Penal de la Pcia. de Buenos Aires. Rta. 16/08/07. Voto Dr. Mahiques).

En esa misma línea, se ha explicado: “...la cuestión de la pena natural previamente sufrida en el momento de la imposición y ejecución de la pena estatal no es una cuestión de humanidad ni de compasión. La pena natural se entiende como un daño relacionado con el delito (*propter malum actionis*) [...] Por eso, en realidad es una cuestión de proporcionalidad en sentido amplio de la reacción, esto es, de que el Estado no incurra en un exceso contra el sujeto del delito” (Silva Sánchez 2018, 161).

Es que “[n]o a toda norma (promulgada) le sigue pena [...] hay otras posibilidades de reacción: la pena puede sustituirse por equivalentes funcionales” (Jakobs 1997, 14). En efecto, es posible que se sucedan reacciones punitivas que redunden en un aseguramiento tanto de las expectativas cognoscitivas como fácticas. Luego, ese autor alemán enseña —en cita al Profesor de Königsberg— que la *poena naturalis* es aquella “mediante la que en el pecado se lleva la penitencia” y “que no se ha de aceptar de que el legislador no lo tiene en cuenta en absoluto” (Jakobs 1997, 17).

En consecuencia, y con independencia de las disquisiciones en torno a la naturaleza jurídica y viabilidad de la figura de la pena natural —cuestiones que exceden el objetivo de este breve trabajo—, se advierte que tanto desde la dogmática penal como a

partir de las garantías sustantivas impresas en la CN se puede hallar amparo para este equivalente funcional. Pues, “[e]l valor justicia determina que la pena debe ser proporcionada a la gravedad del hecho y que esta a su vez dependa de la reprochabilidad del autor” (Bacigalupo 1997, 131).

2. Planteamiento de la cuestión bajo examen

Sin embargo, con el avance de los modelos procesales adversariales se ha comenzado a dar una situación que merece su estricto análisis a través de los Principios Rectores del Derecho Penal de mención: diversos ordenamientos jurídicos han resuelto dejar únicamente en manos del fiscal la eximición del castigo estatal ante la verificación en el caso concreto de una pena natural.

El caso más significativo se da en el nuevo Código Procesal Penal Federal que, en su art. 31 inc. b, expone: “Los representantes del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL podrán prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal pública o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho [...] Si el imputado hubiera sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que tornara innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena” –la mayúscula corresponde al original–.

Asimismo, el Proyecto de Código Penal (Comisión Borinsky), empeñando una redacción que reviste quizás un carácter más formal que sustantivo, prevé: “...el MINISTERIO PÚBLICO FISCAL podrá fundadamente no instar la promoción de la acción o desistir de la promovida ante el tribunal, hasta antes de la fijación de fecha de la audiencia de debate [...] Si las consecuencias del hecho sufridas por el imputado fuesen de tal gravedad que tornen innecesaria o desproporcionada la aplicación de una pena, salvo que mediasen razones de seguridad o interés públicos” (art. 71 inc. 2).

Nace entonces el interrogante: ¿Puede el tribunal absolver o eximir de pena en un caso en que “las consecuencias del hecho sufridas por el imputado fuesen de tal gravedad que tornen innecesaria o desproporcionada la aplicación de una pena” si el acusador decidió no desistir de la acción?

En un reciente fallo, que da una posible respuesta a la cuestión aquí en examen, el Superior Tribunal de Justicia la provincia de La Pampa, ante la previsión de una norma análoga a las transcritas por parte del Código Procesal Penal de esa provincia –“...el Fiscal de oficio o a pedido de parte, podrá abstenerse de ejercer la acción penal [...] Cuando el autor o partícipe de un delito culposo haya sufrido a consecuencia del hecho un daño físico, psíquico o moral grave que torne innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena...” (art. 15 inc. 2)–, resolvió que los Magistrados que habían

eximido de pena al acusado, ya que del hecho había resultado la muerte de su concubina y madre de su hijo, invadieron una exclusiva competencia del Ministerio Público Fiscal y se arrogaron esa facultad, sin ninguna normativa que los ampare (Fallo “Godoy”, rta. 12/04/2019).

Más aún, destacó: “...la selectividad con la intención de otorgar una solución a este tipo de conflicto penal, le pertenece exclusivamente al Ministerio Público Fiscal porque así lo ha establecido el legislador; debemos recordar que esa atribución se alinea con el cambio de sistema procesal penal en el que se insertó nuestra provincia, a partir de la reforma legal introducida en el año 2011. La incorporación al sistema procesal adversarial trajo la separación del ejercicio de la acción asumida por el Ministerio Público Fiscal y, en consecuencia, también su promoción, quedando reservada la actividad jurisdiccional a los magistrados, debiendo mantenerse ajenos al conflicto en cumplimiento del principio de imparcialidad” (*Ibídem*).

3. Vía alternativa

En mi opinión, y de conformidad con la doctrina que sostiene la CSJN desde el año 57’, ante la violación a un derecho constitucional, los tribunales no pueden escudarse en las previsiones –o imprevisiones– de las normas inferiores. Por el contrario, deben adoptar un remedio eficaz para el caso concreto que garantice el respeto al derecho que se encuentra transgredido.

En ese sentido, ese Máximo Tribunal decidió “[q]ue basta esta comprobación inmediata [que existió una indebida restricción a un derecho constitucional] para que la garantía constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias” (Fallos: 239:459 “Siri”).

Así las cosas, una vez detectado por el juzgador que la imposición de la pena prevista en el código sustantivo redundaría en una afectación al principio de culpabilidad y de proporcionalidad de las penas, éste debe adoptar un remedio que en el caso concreto permita subsanar la lesión existente, aunque sea al fiscal a quien la ley faculta para disponer del impulso de la acción ante la ocurrencia de la *poena naturalis*.

Asimismo, una hermenéutica que entienda que las normas reglamentarias de la CN legítimamente regularon los derechos aquí en juego dejando únicamente en manos del acusador la potestad de esgrimir la existencia de una pena natural no resulta una

alternativa posible, ya que se estaría haciendo una interpretación contraria a las normas de la Ley Suprema.

Es que el ejercicio de la CN ciertamente puede ser regulado por normas inferiores, pero siempre que no se incumpla con su espíritu mediante esa reglamentación (cfr. art. 28). Consecuentemente, si la manda inferior establece que el juez puede prescindir sin más del análisis de la eximición de castigo estatal por la presencia de una pena de carácter natural cuando el fiscal no se haya pronunciado al respecto, la garantía queda virtualmente derogada. De nada vale aquello que regla la Constitución Nacional si no se puede hacerlo valer en el caso concreto.

Así, debe advertirse que el sistema acusatorio no es un as de espadas que, de ser esgrimido, vence en cada partida. Por el contrario, existen principios que el constituyente derivó del valor de la justicia y que al ser propugnados por el inculpado redundan en la necesidad de que el juzgador intervenga en su análisis, con independencia de las previsiones del ordenamiento infraconstitucional.

Recuérdese que ya se explicaba, a propósito de los 10 años de la reforma del Código Procesal Penal de la Nación, que “la reforma del ‘92 estuvo hecha al amparo del estribillo ‘hacia la oralidad’, sin importar cuál oralidad, qué calidad de oralidad [...] Aparentemente, así como populistamente se afirmó que con democracia se come, se cura y se educa, demagógicamente se creyó también que con la oralidad se juzga penalmente de un modo eficaz, se protege al inocente y al culpable se lo castiga sin menoscabo de su dignidad y sus derechos” (Pastor 2002, 28).

Pues bien, en mi opinión, lo mismo sucede en la actualidad con el “modelo acusatorio”. El eslogan termina por impedir el análisis de la conveniencia y los alcances de la aplicación de un sistema adversarial en cada caso concreto. Sin embargo, el problema que señalo dista de ser algo novedoso. Ello ya se avizoraba con la aplicación del Código Levene (h): “Una de las muletillas de la reforma, amén de la oralidad, ha sido la defensa del principio acusatorio [...] Esto repercute en una desmedida sobrevalorización de la tarea de la Fiscalía, de su titularidad de la acusación...” (Pastor 2002, 41).

En contraposición con la tendencia aquí reseñada, entiendo relevante mencionar la redacción que contiene el StGB en esta materia: “**El tribunal** puede prescindir de pena cuando las consecuencias del hecho que el autor ha sufrido son de tal gravedad que la imposición de una pena sería manifiestamente equivocada” (§ 60) –el énfasis me corresponde–.

Surge, a todas luces, que esta última resulta más adecuada desde la perspectiva que aquí propongo. Además de lo evidente –que se faculta al juez a excluir el castigo estatal–, el ordenamiento sustantivo no se inmiscuye en cuestiones relativas a la

disposición de la acción penal y, a su vez, lo que se prevé es una habilitación para prescindir de la sanción –logrando así diferenciar correctamente la aplicación de castigo estatal de la determinación de responsabilidad por el hecho–.

Luego, deviene preciso traer a colación las lecciones de Eleonora Devoto quien explicaba que “la previsión de los mínimos legales debe ser interpretada como meramente indicativa, en tanto, si así no fuera, en muchos casos se suprimiría la actuación de los jueces en el relevante proceso de selección de la respuesta punitiva. Porque, más allá de la disponibilidad de una escala penal, el mínimo rígido, en numerosos casos, conduce a lesionar los principios superiores de culpabilidad, proporcionalidad y humanidad de las penas. Y el corsé impuesto a los jueces –de adverso a la apariencia– conlleva a la neutralización de su función esencial: la adecuación de la ley al caso concreto y el aseguramiento de la vigencia de los derechos constitucionales” (Devoto 2007, 5).

En ese sentido, se expresa asimismo Silva Sánchez: “En casos de pena natural especialmente grave, sí puede considerarse que esta constituye un equivalente funcional completo de la dimensión fáctica de la pena. Por eso, la formulación del juicio de culpabilidad (incluso de la condena) sin ejecución de la pena estatal mostraría, junto con la *poena naturalis*, la requerida equivalencia funcional con la *poena forensis*. En aquellos casos, en cambio, en los que la pena natural no sea tan grave, lo correcto será apreciar una atenuación de responsabilidad...” (Silva Sánchez 2018, 158/159). De ello se sigue que, ya sea como eximente o como atenuante, la consideración de la figura en cuestión debe ser siempre atendida por el órgano decisor.

En consecuencia, debe ponerse de relieve que ni el *quantum* punitivo que prevé el derecho común ni las previsiones procesales contenidas por los diversos ordenamientos pueden implicar una limitación a la actuación jurisdiccional cuando esta repara que, de imponer la sanción prevista en el tipo, provocaría, en efecto, una injusticia.

Es a resultas de lo expuesto que será preciso –al menos– interpretar los ordenamientos que dejan en manos del acusador la verificación en el caso concreto de la presencia de una pena natural, entendiendo que esa tarea no le resulta exclusiva, pudiendo, ante su defecto, ser cotejada por el juzgador. Luego, es dable reputar que las disposiciones procesales relativas al ejercicio de la acción penal sí resultan exclusivas del Ministerio Público Fiscal pero, en relación a la eximición de la pena luego del veredicto condenatorio, el juez se halla también facultado a esgrimir este equivalente funcional.

Dicha solución, estimo, es la adecuada en tanto: “...la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal, o de alguna de sus partes, es un acto de

suma gravedad institucional que debe ser considerada 'ultima ratio' del orden jurídico" (Fallos: 300:1087, entre muchos otros), debiendo priorizarse, en consecuencia, la utilización de interpretaciones conformes a la CN como método de salvaguarda de la vigencia de la ley.

Es que, quitando de manos del fiscal la exclusividad de la posibilidad de evitar la aplicación de pena estatal al imputado en casos donde se advierte una pena natural equivalente, podemos armonizar la redacción escogida por el legislador con el respeto a las garantías constitucionales en aquellos casos donde el Ministerio Público mantiene la acusación aun cuando de las constancias de la causa surge que la imposición de una pena estatal afectaría de forma palmaria los Principios de Proporcionalidad y Culpabilidad.

Bibliografía

Bacigalupo, E. (1998). Principio de culpabilidad, carácter del autor y *poena naturalis* en el derecho penal actual. En "Teorías Actuales en el Derecho Penal". Buenos Aires: Ad Hoc.

Devoto, E. (2007). De los mínimos de las escalas penales y la irracionalidad de las respuestas punitivas. Un camino con un retorno posible. Buenos Aires: Lexis Nexis.

Jakobs, G. (1997). Derecho penal parte general: fundamentos y teoría de la imputación. Madrid: Marcial Pons.

Pastor, D. (2002). El derecho procesal penal nacional de los '90: balance y memoria de un fracaso rotundo. En "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal Nro. 14". Buenos Aires: Ad Hoc.

Silva Sánchez, J-M. (2018). *Malum Passionis*. Mitigar el dolor del Derecho Penal. Barcelona: Atalier.

El decomiso como pena. Análisis del impacto del decreto del régimen procesal de extinción de dominio (*)

Salvoni Collado, Roque Martín (**)

Resumen: *existe en nuestro ordenamiento legal un proceso de adaptación regulatoria sobre la confiscación de activos derivados de un delito en cumplimiento de las obligaciones convencionales que ha sido asumida por la República Argentina. En este contexto, mediante un Decreto de Necesidad y Urgencia, ha sido sancionado un régimen procesal de extinción de dominio sobre bienes que presuntamente estarían vinculados directa o indirectamente a una serie de determinados delitos. Dicho régimen de calidad sui generis, de pretendida naturaleza civil, independiente y autónomo de la acción penal, en su aplicación puede suscitar serios reparos constitucionales. Concretamente, el cuestionamiento es si aquél afecta las garantías jurídicas del principio de legalidad, derecho de propiedad, principio de proporcionalidad y estado jurídico de inocencia. Además, el principal desafío es si este régimen está legitimado materialmente para conciliar las necesidades de prevención con los derechos y garantías constitucionales y convencionales que protegen a los ciudadanos en un Estado de Derecho.*

Palabras claves: decomiso - extinción de dominio - régimen procesal - legalidad - prevención y garantías individuales

Abstract: *there exists a regulatory adaptation process in our legal system on the confiscation of assets derived from a crime in compliance with the conventional obligations that Argentina has assumed. In this context, and through a Decree of Necessity and Urgency, has been sanctioned a procedural regime of extinction of domain over assets that allegedly would be directly or indirectly linked to a series of specific crimes. Such sui generis quality system, of alleged civil, independent and autonomous nature of the criminal action, may give rise to serious constitutional reservations in its application. Specifically, the question is whether it affects the legal guarantees of the principle of legality, the principle of property rights, the principle of proportionality and the principle of legal status of innocence. In addition, the main challenge is whether this procedure is materially legitimized to reconcile prevention needs with the constitutional and conventional rights and guarantees that protect citizens in a State of Law.*

Key words: *confiscation - domain extinction - procedural system - legality - prevention and individual guarantees*

I. Régimen de extinción de dominio: ¿fricción normativa?

En materia de *decomiso de bienes* provenientes de la comisión de un delito, la realidad normativa de la República Argentina en la última década ha mostrado un avance sin pausa en la adecuación requerida por los tratados internacionales que ha suscripto el Estado¹. Por citar algunos ejemplos, se incorporó el instituto del decomiso sin condena en los artículos 23 y 305 del Código Penal, según ley 26.683, para hechos comprendidos en el Título XIII del Libro Segundo (Delitos contra el orden económico y financiero), principalmente orientado al delito de lavado de activos; o los variados proyectos de ley sobre la pretendida “ley de extinción de dominio”, cuya postergación ha provocado que el Poder Ejecutivo Nacional con el Decreto de Necesidad y Urgencia (en adelante DNU) Nro. 62/2019 sancione el Régimen Procesal de la acción civil de Extinción de Dominio.

El referido DNU instaura una acción procesal *cuasi* civil, de carácter *in rem*, independiente de la acción penal, para extinguir directamente el dominio que provenga de cualquiera de los delitos que enumera, la cual puede suscitar serios reparos constitucionales en su aplicación en cuanto a qué garantías pudiere afectar (principio de legalidad, derecho de propiedad², principio de proporcionalidad y estado jurídico de inocencia³).

Ahora bien, planteando como hipótesis que, en lugar de un DNU, hubiere sido dispuesto por una ley, aún cabría interrogarnos: ¿se puede dar cabida sin desnaturalizar la regulación existente? En su caso, ¿qué ámbito de aplicación le quedaría al decomiso regulado en el Código Penal o en las leyes especiales N° 22.415 y N° 23.737?

(*) El contenido del presente artículo fue presentado en el VI Encuentro de Jóvenes Penalistas de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal (AAPDP), celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, los días 23 y 24 de mayo de 2019. Contacto: martinsalvonicollado@hotmail.com.ar.

(**) Abogado por la Universidad Nacional de Cuyo, maestrando en Derecho Penal y Ciencias Penales por la Universidad Nacional de Cuyo y Docente Adscripto en la Cátedra de Derecho Penal Parte General I y II en la misma casa de estudios.

¹ La Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (1988) incorporada por Ley 24.072, la Convención Interamericana contra la Corrupción (1996) aprobada por Ley 24.759, la Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000) aprobada por Ley 25.632, la Convención Interamericana contra el Terrorismo (2002) aprobada por Ley 26.023 y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003) aprobada por Ley 26.097, que tienen jerarquía superior a las leyes (conforme artículo 75 inciso 22° de la Constitución Nacional).

² La gran mayoría de los autores entiende que la propiedad sólo resulta objeto de tutela en la medida que sea adquirida al amparo de los medios que el Derecho permite, y aquella adquirida por la comisión de hechos ilícitos está viciada en su origen, por lo que el decomiso no debe aplicarse bajo el mismo estándar de protección que una pena privativa de libertad. Al respecto, véase Minatta 2011, p. 241; Roldán 2016, pp. 49-79 (p. 71, con remisiones ulteriores).

³ Artículo 18 de la Constitución Nacional, artículo 8.2. de la Convención Americana de Derechos Humanos y artículo 14.2. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Adelantando la respuesta, estimo que un régimen procesal *sui generis* de extinción de dominio como el previsto por el DNU deviene inconstitucional pues vulnera el principio de legalidad. Según entiendo, el decomiso en función penal se activa como consecuencia accesoria a la comisión de un delito y, de este modo, sólo el Congreso de la Nación puede legislar en materia penal. Además, en su articulado, el DNU vulnera el mandato de determinación de los supuestos de procedencia, pues tan sólo prevé una limitación temporal para su aplicación y explicita una enumeración de delitos base que habilitarían el ejercicio de la acción procesal. Falta la concreción taxativa de los requisitos sustanciales de procedencia. Con ello se afectaría adicionalmente el principio de proporcionalidad. Como corolario, dado que se puede aplicar sin condena penal, parecería enmascarar una confiscación estatal, infringiendo así el derecho constitucional de propiedad para la persona afectada.

II. Definición de decomiso. Especificación de su función penal

El decomiso se distingue de la *confiscación*, que está prohibida por la Constitución Nacional (artículo 17), la cual puede definirse como la apropiación violenta por parte de la autoridad, sin título legítimo ni contraprestación alguna, de la totalidad o parte significativa de los bienes de una persona. En cambio, el *decomiso* es aquel que se impone a título de sanción. Los tratados internacionales en la materia lo han definido al término, *estricto sensu*, como “*la pérdida definitiva de la propiedad en favor del Estado de bienes relacionados con la comisión de un delito por decisión de un Tribunal competente*” (la Convención de Viena (1988), artículo 1, y la Convención de Palermo (2000), artículo 2 literal g). Esta definición implica la pérdida de los bienes que fueron empleados como instrumento o constituyen efectos de un delito. En consecuencia, representa *per sé* la extinción de bienes del patrimonio de la persona sancionada.

Se distinguen tres funciones del decomiso: civil, administrativa y penal. La *función penal del comiso* se define negativamente como “*aquella que no repara ni restituye ningún daño (civil) y no detiene lesiones en curso, ni neutraliza un peligro inminente (administrativa)*”. Además se señala que cuando cesa el peligro dicha sanción administrativa se convierte en *punitiva*, salvo que impida la reanudación del peligro. No obstante, en el caso del decomiso sobre bienes que sirvieron de instrumento para la comisión del ilícito, se entiende que opera en función penal sólo para aquellos que tienen libre circulación en el mercado, pues en caso de bienes prohibidos se tratará de función administrativa y, aún más, en el caso de una asociación ilícita en actividad su aplicación podría ser considerada también función administrativa (preventiva)⁴.

⁴ Roldán 2016, p. 61 y 71.

Ahora bien, el decomiso se aplica en función penal cuando le precede la comisión de un injusto penal. En efecto, existen dos visiones sobre qué alcance tiene esa funcional penal: "...nos enfrentamos a un cambio en los presupuestos: el comiso deja de ser una consecuencia accesoria de la pena para pasar a ser la consecuencia accesoria de una acción típica. (...) para poder decretar el mismo es necesario que se haya cometido un delito y que se demuestre la situación patrimonial ilícita derivada de la comisión de aquél. Se trata de una *consecuencia accesoria del delito y no de la pena...*"⁵.

Sin embargo, es atendible otra parte de la doctrina que sostiene que se ha mutado hacia la asimilación del decomiso con las medidas de carácter civil o administrativo o un tercer género entre medidas de seguridad y pena, afirmando por ejemplo que el *decomiso de las ganancias del delito* cumpliría una "función disuasoria" -preventiva- al reducir los beneficios esperados de la actividad delictiva. Es decir, la pena aumenta los costes esperados del delito y el decomiso disminuye sus beneficios, transmitiendo a los potenciales infractores que con su comisión no van a enriquecerse. Asimismo, le añaden una "función inocuidadora", pues evita el peligro que esos bienes ilícitos representan para la libre competencia y asegura que no se incremente el poder económico de las organizaciones. También, este sector doctrinal admite que el decomiso cumple una "función de estabilización de la norma", puesto que las ventajas patrimoniales ilícitas erosionan su vigencia ante ciudadanos originalmente fieles al Derecho que esperan que la infracción sea perjudicial para el autor, y sin aplicación de la sanción comenzarán a preguntarse si deben seguir cumpliendo con las normas y ceder las ventajas de su incumplimiento a otros⁶.

Ante estas concepciones opuestas, considero que el decomiso se aplica como *sanción penal* toda vez que excede en su objeto y finalidad el carácter reparatorio, restitutivo o de resarcimiento del daño patrimonial cometido por el hecho. Más bien, específicamente encierra un *aspecto simbólico* característico de la represión criminal. En efecto, bajo esta perspectiva, podría argumentarse que el decomiso derivado de la comisión de un delito contiene un sentido material de pena, puesto que permite compensar un daño simbólico en relación con los otros integrantes de la sociedad que se abstuvieron de quebrantar la ley y obtener ventajas patrimoniales por fuera de ella (retribución comunicativa) y, a la vez, se obtienen prestaciones preventivas, dado que simultáneamente confirmaría la vigencia de la propiedad privada lícita como modelo imperante y mostraría a los integrantes de organizaciones criminales los costes económicos que acarrear hechos de la misma especie, ello sin perjuicio que no pueda soslayarse que de hecho termina privando a los autores de medios que podrían servirles

⁵ Aguado Correa 2003, pp. 7 y 8. El subrayado me pertenece.

⁶ Bermejo 2015, pp. 214, 219 y ss.; el mismo 2019, pp. 21-40.

de sustento en la operativa criminal⁷. Dicho de otra manera, la función que cumple el decomiso de bienes cuando se sanciona un delito es excluir la posibilidad de que resulte un remanente de lucro (abarcando aquí dentro de “lucro” a los efectos provenientes del delito y a los instrumentos empleados para cometerlo). Su principal sentido es impedir que el autor del ilícito penal pueda disfrutar de lo que obtuvo o seguir empleando lo que tenía, ya que carecería de sentido imponer una pena privativa de la libertad y, no obstante, permitir que el delito le reporte beneficios al responsable. Pensemos el ejemplo obscuro de Pablo Escobar en su cárcel denominada ‘La Catedral’, desde donde mantenía el dominio del tráfico de cocaína de su organización criminal.

De esta manera, podría conceptuarse el decomiso en función penal como “aquel que es impuesto a título de sanción de naturaleza penal por la realización de actos bajo prohibición penal y recae sobre el patrimonio de una persona, afectando a los bienes que guarden relación con la conducta ilícita, por haber sido utilizados como instrumento para su comisión y por haber resultado fruto de tales infracciones”. Esta definición excluye de plano la identificada función civil. A favor de esta postura debemos tener en consideración que la Convención de Viena (1988) y la Convención de Palermo (2000) tienen en miras el decomiso como herramienta represiva o preventiva ante la delincuencia económica organizada vinculada al narcotráfico y otros graves delitos⁸, finalidad que excede, entiendo, la vía civil del DNU criticado.

III. ¿De qué se trata la acción procesal de extinción de dominio?

Usualmente se le asigna una calidad *sui generis*, independiente de la acción penal y próxima a la acción civil (“cuasi civil”). Es una acción procesal *in rem* que flexibiliza

⁷ Identifica en el decomiso un carácter retributivo y, asimismo, preventivo, el precedente de la Cámara Federal de Casación Penal, sala IV, 29/04/2016, causa CFP 2160/2009 caratulada ‘V. M. s/ recurso de casación’, voto del Dr. Hornos con adhesión de los Dres. Gemignani y Borinsky (online: AR/JUR/17638/2016), al resaltar que está destinado a recuperar para la comunidad los activos obtenidos o utilizados en la comisión de delitos socialmente dañosos para producir un sentido de restauración de la justicia y restablecimiento del equilibrio perdido; Sancinetti 2016, p. 24, §38 y 39. Dejo aquí de lado el debate que puede acarrear la atribución de una función inocuidadora del decomiso. Sin embargo, destaco que vinculado con el peligro para la libre competencia, Roldán señala la opinión del anglosajón Anthony Duff 1990, p. 4: “...la ventaja injusta que el castigo quita consiste, debemos notar, no en algún contingente beneficio que el criminal pueda obtener de su crimen, sino simplemente en la liberación del autocontrol que implica el quebrar la ley; y tal ventaja es una que el autor no toma preliminarmente de la víctima directa de su hecho (si es que la hay), sino sobre todos aquellos que se contienen de quebrantar la ley. Es del autocontrol del resto que el autor se beneficia, y es a ellos a quien les debe autocontrol, cosa que se niega a hacer. Podríamos también confiscar cualquier beneficio material que haya obtenido de su crimen, y requerirle que compense a su víctima, pero esas medidas son distintas a la pena, que está enfocada exclusivamente en la ventaja injusta sobre quienes respetan la ley que es intrínseca a la ofensa de quien comete un crimen...” (cita 31 pie p. 63).

⁸ Sobre esto existe consenso creciente en la doctrina. Véase Bermejo, cit. 6º, pp. 223-235. Bajo esta decisión de política criminal, advierto, encontraría legitimidad la medida del decomiso sin condena siempre que sea adoptada con imperio de las garantías del debido proceso penal.

garantías judiciales porque permite, principalmente, establecer presunciones e invertir la carga de la prueba que no sería posible, en modo alguno, en la acción procesal penal. Los estándares establecidos en los tratados internacionales imperantes en la materia se reflejan en la ley modelo de extinción de dominio de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC)⁹.

El DNU adoptó ese modelo, pues establece la posibilidad de extinguir directamente el dominio de cualquier derecho proveniente, por ejemplo, del narcotráfico o la corrupción, que haya sido incorporado al patrimonio con posterioridad a la fecha de la presunta comisión, mediante un procedimiento autónomo e independiente de cualquier otro proceso judicial, que excluye la posibilidad de acumularse a otra pretensión (artículos 1º y 5º).

IV. Riesgos identificables

a) Afectación del derecho de propiedad

La exposición brindada hasta aquí se alinea a la opinión de Marcelo A. Sancinetti, en el dictamen emitido el 16/8/2016 ante el H. Senado de la Nación, dado que sostuvo: “...*Cualquier consecuencia negativa que se derive de la comisión de un hecho punible es una pena*, aunque se la quiera revestir de cualquier otra cosa. En particular, no existen ‘acciones autónomas’, que ‘vayan contra las cosas’... Si un sujeto tiene una cosa como producto de un delito, esta circunstancia tiene que ser establecida como consecuencia del ejercicio de la *acción penal*, como efecto del *decomiso*, y no puede desvincularse de esta naturaleza *punitiva* accesoria. Por consiguiente, tiene que regir el art. 23, CP, tal como existe hasta hoy. El decomiso en sí es una ‘extinción de dominio’, pero como derivado de la demostración de que las cosas “bajo el dominio” han sido adquiridas delictivamente o han sido utilizadas como instrumentos del delito...”¹⁰. Además, Sancinetti enfatiza “...Se trataría de una *confiscación sin proceso*, que atentaría contra el derecho de propiedad y el debido proceso...”¹¹.

⁹ Online: <https://www.unodc.org/documents/legal-tools/LeyModeloSobreExtinciondeDominio.pdf>, verificado en fecha 29/04/2019.

¹⁰ Sancinetti (2016), p. 24, §38 y §39

¹¹ En sustento de su opinión señala que el §43a, StGB (Código Penal alemán), introducido por ley 17/5/1992, preveía la “imposición de una pena patrimonial”, cuyo objetivo era constituir una “tercera clase de pena” -junto a la privativa de libertad y de multa-, con una idea ‘preventiva’ limitada por la extensión del patrimonio del penado, aun cuando no estuviera clara la relación entre el hecho punible y el patrimonio detraído, en tanto se pudiera presumir que los bienes se habían originado en hechos punibles y los titulares estuvieran involucrados en el campo de la criminalidad organizada. La extensión de la pena podía llegar a sustraer el patrimonio como totalidad para privar de medios de financiación a la actividad delictiva. Esta disposición legal fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG, sentencia del 20/3/2002 (2 BvR 794/95), catalogada como una “pena indeterminada”, incompatible el principio de legalidad (artículo 103, párrafo 2º, de la Ley Fundamental alemana), puesto que no establecía

Es cierto que la propiedad ilícita no puede recibir amparo de la garantía del derecho propiedad, pero eso ocurre una vez establecida esa cualidad de ilicitud. Piénsese en el caso del delito de lavado de activos, donde cualquiera de las acciones típicas que realiza el autor tiene por consecuencia posible darle apariencia de origen lícito a bienes originarios provenientes de un ilícito penal o los subrogantes. Mientras no se determine el origen ilícito del bien, la apariencia de licitud tutela al poseedor o titular.

b) Principio de legalidad

El decomiso en función penal entiendo, en principio, presenta las siguientes características: a) *accesoriedad*, pues solo puede imponerse ante una infracción penal; b) *efectos definitivos*, ya que transfiere la propiedad del bien a favor del Estado; y c) *legalidad*, puesto que sólo puede aplicarse mediante una ley que lo determine con los supuestos expresamente contemplados para satisfacer el principio establecido en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

Sobre la legalidad, resulta interesante el planteo que efectúa Pérez Barberá en un análisis comparativo del principio de legalidad penal y del principio general de reserva de ley (distinción propia del derecho alemán), advirtiendo que, bajo un modelo de fundamentación constitucional, cualquier injerencia estatal en la libertad o en la propiedad de los ciudadanos debe estar expresamente autorizada por ley, entendiendo esta última en sentido formal ('reserva de Parlamento') cuando la injerencia es sobre un derecho fundamental o constitucional. De este modo, las derivaciones de la legalidad (ley escrita, previa, cierta, estricta y determinada), las entiende aplicables por igual con una intensidad casi similar en ambos principios. Específicamente, en lo que atañe al mandato de determinación, tradicionalmente implica que una autorización legal al poder ejecutivo sea lo suficientemente delimitada en su contenido, finalidad y extensión para la realización de actos administrativos. Asimismo, para que una ley cumpla sustantivamente con el principio general de reserva de ley entiende que debe satisfacer el principio de proporcionalidad, que dirigido al legislador implica que la ley que autoriza la restricción de un derecho fundamental sea proporcional respecto de esa restricción, y al juez que debe ceñirse en su interpretación al programa legislativo que fijó el legislador¹².

límites máximos y mínimos claros, a la vez que infringía la protección de la propiedad y sometía a un tratamiento desigualitario a autores con y sin propiedades (artículo 14, párrafo 3º, y 3 de la Ley Fundamental alemana). La cuestión es si este DNU no resultaría achacable por estos mismos motivos.

¹² Pérez Barberá 2015, pp. 42-92. También véase Jakobs 1997, pp. 88 y ss.; Roxin 1997, pp. 169 y ss.; Bacigalupo 2016, p. 127, nm. 243.

En efecto, entiendo que el DNU vulnera palmariamente el principio de legalidad, pues lo regulado en él se trata de un decomiso en función penal, por lo cual debería ser una ley en sentido formal que lo dispusiera, facultad excluyente del Congreso de la Nación, vedada al Poder Ejecutivo Nacional según los artículos 75, inciso 12º, y 99, inciso 3º, de la Constitución Nacional. Ello así, pues, teniendo en cuenta la exigencia de que el '*bien*' debe haber sido incorporado al patrimonio del afectado con posterioridad a la fecha posible de comisión del delito (artículo 5º), advierto que el régimen procesal sancionado está orientado a efectivizar el denominado '*decomiso de ganancias*'.

Ahora bien, el DNU en su artículo 5º condiciona el alcance de la acción procesal de extinción de dominio a los "bienes incorporados al patrimonio del demandado con posterioridad a la fecha de presunta comisión del delito investigado". Esta condición es constitutiva de la ilicitud del bien pues la presunción de procedencia del mismo debe vincularse directa o indirectamente con la comisión de uno de los delitos enunciados en el artículo 6º. Para ello, la norma establece dos parámetros objetivos para poder presumir el origen espurio del bien. Por un lado, que el bien, es decir su valor de adquisición, no se corresponda razonablemente con los ingresos de su tenedor, poseedor o titular y, por otro lado, que la adquisición del bien represente un incremento patrimonial injustificado¹³. En efecto, en sentido material, solamente con el artículo 5º no basta. Suponiendo que dicha regulación fuese impuesta por ley, entiendo infringiría el mandato de determinación exigido por el artículo 18 de la Constitución Nacional, el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 14.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ya que no contiene expresamente los supuestos de procedencia para decretar la extinción de dominio, que por el contrario sí detallan, por ejemplo, los artículos 23 y 305 del Código Penal para el caso de decomiso sin condena¹⁴.

A ello debe agregarse que, por otra parte, en su artículo 8º el DNU solamente se limita a establecer como supuesto de procedibilidad el dictado de una medida cautelar previa en el proceso penal, lo cual demuestra que el régimen procesal instaurado lejos está de ser independiente de la acción penal.

¹³ Frente a estos dos parámetros establecidos por la regulación, cabe interrogarnos si la persona realiza actividad económica lícita no declarada ante el fisco, ¿influiría en el alcance e interpretación de la razonabilidad de los ingresos y el incremento patrimonial?

¹⁴ Estos supuestos son: (a) el imputado no pudiere ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga, prescripción, suspensión o extinción de la acción penal, o (b) que hubiere reconocido la procedencia o uso ilícito de los bienes.

c) Otras garantías relevantes afectadas

Teniendo en cuenta que el DNU abre una vía procesal independiente (artículo 1), la persona responsable del delito se vería sometida a una doble persecución, vulnerando el principio *ne bis in idem* (art. 14.7. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). En el mejor de los casos, si ha sido condenada en sede penal, bajo este régimen procesal excepcional volverá a ser enjuiciada en sede civil para justificar la vinculación del incremento patrimonial con el ilícito penal. En este punto, no debe pasar inadvertido que el artículo 16 del DNU dispone que la acción procesal prescribe a los 20 años, lo cual demarca una extensión excesiva que supera a los plazos de prescripción previstos en el artículo 62 del Código Penal, infringiendo a mi criterio el principio de proporcionalidad.

Por otro lado, en el supuesto de que aún no haya recaído sentencia penal condenatoria, el juez civil deberá presumir la participación del titular del bien en el delito para la procedencia de la acción, vulnerando de esta forma su estado jurídico de inocencia.

V. Superposición normativa. Críticas y solución interpretativa

El artículo 6º del DNU abarca una serie de delitos base que únicamente habilitan el ejercicio de la acción procesal de extinción de dominio. Estos delitos son:

- Artículos 5º, 6º, 7º, 8º, 10º, 23, 24 y 29 bis de la ley 23.737 (y sus modificatorias);
- Artículos 866 y 867 del Código Aduanero (ley 22.415 y sus modificatorias);
- Delitos agravados por el artículo 41 *quinquies* del Código Penal;
- Artículos 125, 125 bis, 126, 127, 128 primer párrafo, 142 bis, 145 bis, 145 ter, 146 y 170 del Código Penal;
- Artículo 174, inciso 5º, del Código Penal (siempre y cuando la investigación impute a un funcionario público que tenía a su cargo el cuidado y/o manejo de bienes públicos);
- Artículos 256 a 261, 263, 264 a 268 (2), 269, y 277 a 279 del Código Penal (sólo en el caso del art. 263 condiciona a que los bienes no pertenezcan a particulares);
- Artículos 300 bis, 303, 304 y 306 del Código Penal (siempre que el ilícito penal precedente fuera alguno de los enumerados en el artículo 6º del DNU);
- Artículos 210 y 210 bis del Código Penal (siempre y cuando los delitos que se le atribuyan a la asociación ilícita sea alguno o varios de los detallados en el artículo 6º del DNU).

En este punto, si nos basáramos en el condicionamiento presuntivo establecido en su artículo 5°, esto es que el '*bien*' debe *presumirse* proveniente *directa* o *indirectamente* de uno de los delitos enunciados en este artículo 6°, entiendo que los mismos deben ser interpretados como un *numerus clausus*.

Ahora bien, a mi criterio, no era necesaria esta regulación excepcional. En efecto, se cuenta en todos los casos con normas penales que prevén la posibilidad del comiso de los bienes (incluido el medio de transporte en el delito de contrabando) e instrumentos empleados para la comisión del delito (salvo que pertenecieran a una persona ajena al hecho y que las circunstancias del caso determinaren que no podía conocer tal empleo ilícito). También el comiso de las mercaderías objeto del delito en caso de contrabando, salvo que el titular o quien tuviere la disponibilidad jurídica de la mercadería no debiere responder por la sanción por ser ajeno al hecho o la mercadería no pudiere aprehenderse, en cuyo caso el comiso se sustituirá por una multa igual a su valor en plaza, impuesta en forma solidaria. En todos los casos, está previsto *el decomiso del beneficio económico* obtenido con la comisión del delito. A su vez, diversas leyes especiales en el ámbito penal, a los fines del decomiso, remiten a las disposiciones generales del Código Penal. Por ejemplo, los artículos 10 y 14 -último párrafo- de la ley 27.401 de responsabilidad penal de las personas jurídicas¹⁵. Otras leyes prevén ellas mismas las consecuencias patrimoniales de la comisión del correspondiente delito, entre otras, las leyes 22.415 (artículos 861 y 876 -incisos 'a' y 'b'-) y 23.737 (artículo 30, último párrafo, modificado por ley 27.302)¹⁶.

Asimismo, en última instancia, si en el ejercicio de la acción penal no fueran abarcados esos bienes dentro del decomiso dispuesto por correspondiente el Tribunal de enjuiciamiento, pueden ser objeto de una imputación por el delito de lavado de activos (artículo 303 del Código Penal -incluido dentro de los tipos penales enumerados en el artículo 6 del DNU-) o el delito de encubrimiento (artículo 277, inciso 1º, apartados 'c' y 'e', del Código Penal), y operar el comiso -cual fuera el caso- por aplicación de los artículos 305 o 23 del Código Penal.

Es decir, la regulación normativa del DNU termina desnaturalizando el régimen jurídico penal de las consecuencias patrimoniales previamente existentes, dado que

¹⁵ Los delitos enumerados en el inciso 'f' del artículo 6º del DNU se encuentran comprendidos en los supuestos de procedencia del artículo 1 de la ley 27.401 para la aplicación de consecuencias penales a las personas jurídicas privadas. El DNU no refiere sobre las consecuencias penales reguladas por aquella. ¿Acaso le aplicamos a la persona jurídica la extinción de dominio sin más?

¹⁶ Estos delitos resultan abarcados en los incisos 'a' y 'b' del artículo 6º del DNU, pero que en el caso del inciso 'b' resulta aplicable sólo a aquellos casos de contrabando de estupefacientes, armas, elementos nucleares, explosivos o materiales afines, habiéndose omitido los supuestos típicos de contrabando de mercadería, generando de esta forma una falta de sistematización en la regulación de las consecuencias patrimoniales en delitos de criminalidad económica organizada.

genera una multiplicidad de normas de naturaleza civil y penal para aplicar a un mismo objeto. Vale decir, con las limitaciones procesales que establece en el artículo 1, este DNU interpreto que termina generando un conflicto normativo entre el ámbito penal y civil, y dado que son todas delictivas las infracciones enumeradas en el artículo 6, lo razonable debería ser la aplicación del decomiso en oportunidad del ejercicio de la acción penal y no bajo esta acción procesal *sui generis*. En definitiva, por su especialidad, entiendo que debe aplicarse el decomiso reglado en los artículos 305 o 23 del Código Penal o en las leyes 22.415 y 23.737.

VI. Proyecto de reforma del Código Penal

El proyecto presentado en el Congreso de la Nación, el día 25/03/2019, no contempla este instituto¹⁷. Por el contrario, en su artículo 23 inciso 1º introduce el 'decomiso por valor equivalente' (de corte represivo y retributivo), y en el inciso 5º mantiene el 'decomiso sin condena' con los supuestos actualmente previstos en los artículos 305 o 23 del Código Penal¹⁸, a los que agrega "*cualquier motivo de suspensión o extinción de la acción penal*" o que "*no se hubiese condenado por mediar causal de inimputabilidad, inculpabilidad o excusa absolutoria*". Sólo para el decomiso de cosas peligrosas para la seguridad común (el cual podría operar en función administrativa), el inciso 7º habilita a que una "normativa" especial lo reglamente.

VII. Conclusión

Si bien la normativa internacional es contraria al carácter de pena del decomiso de ganancias provenientes del delito, estimo que el legislador no podrá eludir las exigencias de legalidad imperantes al momento de adecuar a aquellas exigencias normativas foráneas las consecuencias patrimoniales aplicables para la comisión de delitos de criminalidad económica. Lejos estamos de poder aplicar en nuestro sistema penal un régimen de extinción de dominio, inconstitucional como se ha expuesto, pues este sistema normativo que no ha sido estatuido por ley representa una grave injerencia en el patrimonio de los ciudadanos y un desconocimiento de las garantías judiciales que los amparan. Pérez Barberá resalta lo que él denomina "principio de la asimetría de la protección individual", por medio del cual la mejor manera de garantizar judicialmente una protección eficaz al ciudadano contra el poder público es ralentizar los procedimientos cuando el Estado, en el conflicto, aparece como persecutor, y agilizarlos cuando aparece como infractor. Quizás la oportunidad de debate del proyecto de reforma del Código Penal sea el ámbito propicio para conciliar necesidades de prevención con

¹⁷ Online: <https://www.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2019/03/Proyecto-de-Ley-Codigo-Penal.pdf>, verificado en fecha 29/04/2019.

¹⁸ Véase *supra* nota nº 14.

los derechos y garantías constitucionales y convencionales que amparan a los ciudadanos en nuestro actual Estado de Derecho.

Bibliografía

Aguado Correa, T. (2003), La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 05-04, pp. 1-24, <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc05-04.pdf>.

Bacigalupo, E. E. (2016), *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Hammurabi.

Bermejo, M. G. (2015), *Prevención y Castigo del Blanqueo de Capitales: Un Análisis Jurídico-Económico*, Madrid, Marcial Pons.

Bermejo, M. G. (2019), Decomiso de las Ganancias ilícitas en el Código Penal español. Análisis histórico y conceptual, *Revista electrónica Latin American Legal Studies*, 4, pp. 21-40, <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:QPytJesnzNoJ:lals.uai.cl/index.php/rld/article/view/45/38+&cd=3&hl=es-419&ct=clnk&gl=ar>.

Jakobs, G. (1997), *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons.

Minatta, M. J. (2011), "El decomiso de bienes la ley de lavado de activos", Buenos Aires, *Revista de Derecho Penal. Derecho Penal Tributario - VII*.

Roldán, S. (2016), Las diversas funciones del decomiso. Entre lo civil, lo administrativo y lo penal, *Revista electrónica "En Letra". Derecho Penal*, Año II Número 3, pp. 49-83, <https://www.enletrapenal.com/single-post/2016/11/30/Las-diversas-funciones-del-decomiso-Entre-lo-civil-lo-administrativo-y-lo-penal>.

Roxin, C. (1997), *Derecho Penal. Parte General: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, Civitas.

Pérez Barberá, G. (2015), Reserva de ley, principio de legalidad y proceso penal, *Revista electrónica "En Letra". Derecho Penal*, Año I. Número 1, pp. 42-92, <https://www.enletrapenal.com/single-post/2015/11/30/Untitled>

Sancinetti, M. (2016), *Dictamen sobre proyectos de leyes, así llamados, de "Arrepentido" y de "Extinción de Dominio"*, Buenos Aires, <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/47338-dictamen-sobre-proyectos-leyes-asi-llamados-arrepentido-y-extincion-dominio>.

Jurisprudencia citada

CFCasación Penal, sala IV, 29/04/2016, causa CFP 2160/2009 caratulada 'V. M. s/ recurso de casación', La Ley, Año LXXX N° 94, Buenos Aires, 18/05/2016.

Sobre la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima

*Soto, Micaela Jazmín Elizabeth**

*Ayudante alumna de la cátedra “A” de Derecho Penal I a cargo del Prof. Daniel Horacio Domínguez Henain en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste y ex becaria del programa MACA (Movilidad Académica Colombia-Argentina). Correo electrónico: soto.micaelajazmin@gmail.com.¹

Resumen: En el presente trabajo, partiremos del concepto de tutela judicial efectiva de la víctima como parámetro obligado a la hora de decidir cuál de los recursos provistos por el sistema penal frente al delito, es el más efectivo. Este examen de efectividad, supone considerar la aptitud de la respuesta estatal para proveer a la armonía entre los protagonistas del conflicto y a la paz social, como fines trazados por el nuevo Código Procesal Penal federal. En función de estos criterios de preferencia, analizaremos la idoneidad de la reparación como herramienta de gestión del conflicto que supone todo delito.

Palabras claves: *Tutela judicial efectiva, víctima, reparación, paz social.*

Abstract: *In the following text, we will take account of the victim's right to effective judicial protection as a key selection criterion for assessing the effectiveness of the criminal justice system responses. This effectiveness check presupposes considering the suitability of the State's response in terms of promoting both harmony among the protagonists of the conflict and the social peace –as aims established by the new federal Criminal Procedural Code-. Given these selection criteria, we will analyse the adequacy of redress as a tool to address the social conflict underlying the criminal offense.*

Key words: *Effective judicial protection, victim, redress, social peace.*

¹ Agradezco la colaboración de los profesores: Daniel Horacio Domínguez Henain, Andrea M. Quincose Vilalta y Gabriela M. A. Aromí.

1. Introducción

Entre los derechos reconocidos a la víctima en la gestión de su conflicto por parte del sistema penal, se encuentra la “tutela judicial efectiva” del derecho conculcado por el delito. Así, tanto los tribunales supranacionales y nacionales como resoluciones de las Naciones Unidas reconocieron su derecho a ser oída, a que el órgano competente resuelva sobre los méritos de su reclamo en un tiempo oportuno y se garantice su cumplimiento. Ahora bien, una interpretación integradora de la función del derecho penal como mecanismo restablecedor del orden social y jurídico lesionado a la vez que protector de bienes jurídicos, nos permite -y exige- recurrir a las soluciones que mejor se adecúen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social (conforme al art. 22 del Código Procesal Penal de la Nación). Este escenario, nos exhorta a considerar que la tutela judicial efectiva no deba realizarse ineludiblemente a través de un proceso penal formal, sino que comprende además a la reparación como tercera vía idónea para salvaguardar los intereses afectados en el conflicto, conforme a los principios de la justicia restaurativa.

2. Un nuevo paradigma

Según la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados Partes están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos (art. 25), que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), como derivación de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (art. 1.1)².

Ello debe ser interpretado a través del prisma de un nuevo paradigma de procuración y administración de justicia penal (Cafferata Nores 2011, 153) -resultado de la incorporación a la Constitución Nacional de los principales pactos y declaraciones internacionales sobre derechos humanos (art. 75, inc. 22) y de los principios que los informan- que también reconoce a la víctima como titular del derecho a la “tutela judicial” del interés (o derecho) que ha sido lesionado por el hecho criminal y por lo tanto con derecho a demandar su reparación (incluso penal) ante los tribunales (Cafferata Nores 2011, 14-15). En este sentido, tanto la jurisprudencia de la Corte IDH³ como la CSJN⁴ han reconocido el derecho al debido proceso legal de la víctima y sus familiares.

² Cfr. Corte IDH, en Caso Masacre de Mapiripan vs. Colombia, 15/09/2005, párr. 195.

³ Corte IDH, Caso Bulacio vs. Argentina, del 18-9-03, párr. 121 (Alonso Regueira, 2013, 137)

3. El abanico de respuestas al conflicto

Según la Comisión IDH, la razón principal por la que el Estado debe perseguir el delito es la necesidad de dar cumplimiento a su obligación de “garantizar el derecho a la justicia de las víctimas”⁵ Ahora bien, en cuanto al medio, entendemos que un proceso penal formal⁶ que tenga por resultado la eventual aplicación de una pena o una medida de seguridad, no siempre es el recurso más efectivo para tutelar el derecho vulnerado de la víctima. Según la Comisión IDH, la efectividad exige que la vía judicial⁷ sea adecuada y eficaz.⁸ El requisito de adecuación refiere a su idoneidad para proteger la situación jurídica infringida y el de eficacia significa su capacidad de producir el resultado para el que ha sido concebido (Cafferata Nores 2011, 58), que no puede ser otro que el de restablecer la paz, tanto jurídica como social (Galain Palermo 2009, 81).

Este objetivo presupone entender al delito como un acto que no sólo quebranta el orden jurídico con repercusión social -dimensión jurídica- sino que también genera un menoscabo al titular del bien jurídico (Carnevali Rodríguez 2005, 30) -dimensión social-. Implica ampliar el concepto. No sólo se trata de una infracción a la norma -concepción del sistema tradicional de justicia- sino que también constituye un problema social -concepción de la justicia restaurativa- (Eiras Nordenstahl 2004, 36). En razón de esta última dimensión es que nos encontramos ante un proceso de revalorización de la víctima en el derecho penal, que le otorga mayor participación en la gestión del conflicto.

En este contexto, se ha presentado a la reparación del daño como una tercera respuesta al delito, que halla sólida legitimación político-jurídica en el principio de subsidiariedad (Roxin 1997, 109), en aquellos casos en los cuales sea capaz de satisfacer tan bien o mejor las necesidades de la víctima y los fines asignados a la pena (Galain Palermo 2005, 202) como respuesta estatal predominante.

Además, el principio de mínima trascendencia de la pena refuerza esta conclusión, pues una pena privativa de libertad o de multa a menudo frustran una reparación del daño por el autor.

⁴ CSJN, Santillán, 1998, Fallos, 321: 2021; CSJN, Sabio, 2007, Fallos, 330: 3092.

⁵ Cf. Comisión IDH, Informe n° 34/96, causa 11.228.

⁶ Tanto la jurisprudencia supranacional como nacional parecen identificar la tutela judicial efectiva con el proceso penal formal: “No se agota en el libre acceso a ese recurso ni a su desarrollo, sino que requiere que el órgano interviniente produzca una conclusión razonada sobre los méritos del reclamo, en la que establezca la procedencia o improcedencia de la pretensión jurídica que le da origen” (Cf. Comisión IDH, Informe n° 2/97) y comprende además que se garantice “el cumplimiento, por las autoridades competentes de toda decisión en que se lo haya estimado procedente” (Cf. Comisión IDH, Informe n° 35/96, caso 10.832).

⁷ Según Bidart Campos, por “recurso” debe entenderse “acceder al tribunal”: es sinónimo de vía judicial o proceso (Bidart Campos, 1986).

⁸ Cf. Comisión IDH, Informe n° 35/96, caso 10.832.

4. La reparación y la paz social

El Proyecto Alternativo sobre Reparación Penal alemán la definió como “la compensación de las consecuencias del hecho delictivo a través de una prestación voluntaria del autor” (Ortiz Samayoa 2014, 25).

Puede consistir tanto en una reparación material -restitución o el resarcimiento de los daños causados- como simbólica -la realización o abstención de determinada conducta, prestación de servicios a la comunidad, pedido de disculpas o perdón, etc.- y es fruto del acuerdo entre víctima y ofensor a través de los llamados “Medios Alternativos de Resolución de Conflictos” (MASC) -por oposición al proceso penal tradicional- como la mediación y la conciliación.⁹ Estos mecanismos constituyen espacios de diálogo y consenso para la concreción de acuerdos voluntarios de reparación, facilitadores de la pacificación entre ofensor y víctima como presupuesto del restablecimiento de la paz social.

En este sentido, el art. 22 del Código Procesal Penal de la Nación (ley 27.063) dispone como norte de la actuación de los jueces y representantes del Ministerio Público la búsqueda de la solución del conflicto surgido a consecuencia del hecho punible, dando preferencia a las soluciones que mejor se adecúen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social. Asimismo, el art. 59 del Código Penal le asigna efectos de extinción de la acción penal a la “*conciliación o reparación integral del perjuicio.*” Estas normas son expresión local de un escenario internacional que propugna el renacimiento de la víctima en el derecho penal:

-La Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34 de 1985) que tras enumerar una serie de pautas a seguir por los Estados en el trato a la víctima, en el punto 7 dispone que “*se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas.*”

-Las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en el 2008), en la Secc. 5°, regla 43 dispone: “*se impulsarán las formas alternativas de resolución de conflictos en aquellos supuestos en los que resulte apropiado, tanto antes del inicio del*

⁹ La mayor parte de las provincias han receptado en sus ordenamientos jurídicos la mediación penal con distintos alcances respecto a los delitos a los que resulta aplicable: Chaco, Misiones, Corrientes, Salta, Jujuy, Tucumán, Catamarca, San Juan, Mendoza, Santa Fe, Córdoba, Entre Ríos, Buenos Aires, La Pampa, Río Negro, Neuquén, Chubut, Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur; al igual que CABA y el Código Procesal Penal Federal que recepta la conciliación.

proceso como durante la tramitación del mismo. La mediación, la conciliación, el arbitraje y otros medios que no impliquen la resolución del conflicto por un tribunal, pueden contribuir a mejorar las condiciones de acceso a la justicia de determinados grupos de personas en condición de vulnerabilidad [...]”

-El Manual de Políticas Públicas para el Acceso a la Justicia del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2005) que conceptualiza al acceso a la justicia como referente a las “*posibilidades de las personas de obtener una respuesta satisfactoria a sus necesidades jurídicas*”, que no se identifica necesariamente con la protección formal del sistema de justicia.

-También, podemos mencionar la “Declaración de Santiago sobre el Derecho Humano a la Paz” que establece como derecho humano el de ser educado y socializado para la paz y el Objetivo de Desarrollo Sostenible n° 16: “Paz, Justicia e Instituciones Sólidas”¹⁰ que realiza un llamamiento a las sociedades pacíficas e inclusivas para que faciliten el acceso de todas las personas a la justicia y creen instituciones efectivas, responsables e inclusivas a todos los niveles. De estas guías de acción, se deriva la necesidad de facilitar la resolución no violenta de los conflictos.

-Por último, el Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa¹¹ ofrece consideraciones clave para la implementación de respuestas participativas al delito basadas en una metodología de *justicia restaurativa*. Entre sus premisas subyacentes, nos encontramos con que la respuesta al delito debe reparar en lo posible el daño sufrido por la víctima y entre sus caracteres: brinda una respuesta flexible a las circunstancias del delito que incorpora la solución de los problemas, respeta la dignidad e igualdad de cada una de las personas, desarrolla el entendimiento y promueve la armonía social a través de la reparación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades.

5. El consenso como tutela judicial efectiva

Implica para las víctimas una menor victimización secundaria que la que conlleva enfrentarse a un proceso penal común¹² Al contrario, a través del diálogo con el ofensor,

¹⁰ En 2015, más de 150 jefes de Estado y de Gobierno aprobaron la Agenda 2030, que contiene 17 objetivos de aplicación universal que rigen los esfuerzos de los países para lograr un mundo sostenible en el año 2030.

¹¹ A tales efectos, el manual define al “proceso restaurativo” como *cualquier proceso en que la víctima y el ofensor, y cuando sea adecuado, cualquier otro individuo o miembro de la comunidad afectado por un delito participan en conjunto y activamente en la resolución de los asuntos derivados del delito, generalmente con la ayuda de un facilitador* (Oficina de las Naciones Unidas contra La Droga y el Delito 2006, 7).

¹² La victimización institucional se da, generalmente, en dos ámbitos: el policial y el judicial. La víctima se siente maltratada, y en ocasiones humillada, por un sistema legal que ignora sus

coadyuva a lo que Cerezo Domínguez ha llamado “proceso de desvictimización”, un proceso de reconstrucción personal, familiar y social, mediante el cual pueda recuperarse de los efectos del delito. En este sentido, la victimología ha realizado un aporte al enfatizar que las necesidades de las víctimas no son sólo las económicas, sino también y de manera más importante, éstas necesitan superar el impacto psicológico y moral, (Ortiz Samayoa 2014, 194-229) a lo cual contribuye poder expresar directamente al infractor sus sentimientos de dolor, miedo y angustia.

En relación con ello, cuando el norte es servir al restablecimiento de la paz social, es claro que la justicia no es posible sin oír a la víctima. Su participación activa le posibilita obtener un acuerdo de reparación que satisfaga sus necesidades tras el delito de manera más efectiva. En cambio, en el proceso penal formal, en la mayor parte de casos la respuesta judicial es poco cercana a las demandas de las víctimas, a la vez que tardía y lenta. De hecho, el modelo restaurativo se caracteriza por la inmediatez resolutoria, que no se vincula a una solución rápida y maquinal, sino que permite que el conflicto se aborde en su base crítica, cuando es más viable reconducir las emociones y orientarse a una meta constructiva (González Ramírez 2012, 27).

Igualmente, una solución negociada de los conflictos, abre la puerta a la verdad de los hechos al darle la oportunidad a la víctima de conocer del propio infractor las razones y la historia detrás del hecho que la perjudicó. Incluso se ha señalado que los procesos restaurativos abren mejores posibilidades para descubrir la verdad que los juicios penales, pues el ofensor podría ser más propenso a confesar si el resultado de su confesión es una solución restaurativa y no la prisión (Braithwaite 2006, 7).

En suma, estos procesos sitúan a la víctima en una posición de dignidad y empoderamiento, por la fuerza del diálogo y la conciencia de que se es partícipe protagonista en la resolución del hecho, frente a la sensación de lejanía, desposesión y relegamiento del proceso penal, en el que un tercero ajeno va a tomar e imponer una decisión que tendrá efectos en su vida (Ortiz Samayoa 2014, 222).

Por otro lado, al asignarle carácter de “sanción”¹³ a la reparación, entendemos que se cumple suficientemente la obligación estatal de “sancionar a los eventuales responsables”¹⁴ de violaciones de derechos humanos. Además, el derecho de la víctima

expectativas, sentimientos y necesidades. [...] La víctima no entiende de plazos ni de etapas procesales, ni de vías recursivas, es decir no tiene el asesoramiento jurídico adecuado que le permita tener información básica del proceso a los fines de poder comprender la tramitación del mismo (Gorra 2012, 19-20).

¹³ El concepto formal de sanción es el de consecuencia jurídica de un determinado supuesto fáctico o hecho culpable, concepto es más amplio que el de pena (Ortiz Samayoa 2014, 111).

¹⁴ “El derecho de acceso a la justicia no se agota en que se tramiten procesos internos, sino que debe además asegurar en tiempo razonable, el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y a que se sancione a los eventuales responsables” (Corte IDH, Caso 19 Comerciantes vs. Colombia, 5/07/2004).

a que se garantice el cumplimiento por las autoridades competentes de toda decisión en que se haya estimado procedente su reclamo, se ve salvaguardado por la homologación judicial de todo acuerdo alcanzado por las partes, que le da carácter de título de ejecución.

6. Conclusión

En otras palabras, si la norma penal tiene por función proteger las condiciones elementales mínimas para la convivencia -léase: bienes jurídicos- motivando al mismo tiempo a las personas para que se abstengan de dañar esas condiciones (Muñoz Conde & García Arán 2010, 33); no hay razón para no reconocer a la reparación en el abanico de posibles respuestas. En muchos casos, constituye el medio más idóneo del que dispone el Estado para cumplir con su obligación de proteger y reparar los derechos vulnerados por el delito. No sólo resulta menos lesivo de los derechos de la víctima y ofensor que la aplicación de una pena -que a su vez presupone un proceso penal tradicional- sino que es capaz de cumplir más suficientemente con los fines de prevención general positiva y especial positiva. Asimismo, es más adecuado para contribuir a restablecer la armonía entre las partes y la paz social, a diferencia de la aplicación de la pena que importa reproducción de violencia.

Precisamente, el derecho penal sirve para evitar reacciones excesivas por parte del propio Estado (Larrauri 1997, 149), de manera que los principios de subsidiariedad y de mínima trascendencia de la pena tornan imperiosa la elección de mecanismos alternativos a la pena, imbuidos del espíritu de la justicia restaurativa, que concedan un mayor protagonismo a la víctima para juzgar y determinar una respuesta que, al tiempo de orientarse a la resolución del conflicto, permita denunciar el daño social realizado y atribuir responsabilidades (Larrauri 1997, 150), en definitiva, las dimensiones de la justicia.

Bibliografía

- Alonso Regueira, E. (2013). *Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino* (Primera ed.). Buenos Aires: La Ley.
- Bidart Campos, G. (1986). *Tratado elemental de derecho constitucional* (Vol. III). Buenos Aires: Ediar.

- Braithwaite, J. (Marzo de 2006). Confrontación, Verdad, Prevención. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*.
- Cafferata Nores, J. (2011). *Proceso penal y derechos humanos: la influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino* (Segunda ed.). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto.
- Carnevali Rodríguez, R. (2005). Las políticas de orientación a la víctima examinadas a la luz del derecho penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*(XXVI), 27-39.
- Eiras Nordenstahl, U. (2004). *Mediación Penal, de la Práctica a la Teoría*. Buenos Aires: Editorial Histórica.
- Galain Palermo, P. (2005). ¿La reparación del daño como «tercera vía» punitiva? Especial consideración a la posición de Claus Roxin. *Redur*(3).
- Galain Palermo, P. (Julio de 2009). Mediación penal como forma alternativa de resolución de conflictos: la construcción de un sistema penal sin jueces. *Revista Penal*(24), 71-89.
- González Ramírez, I. (Marzo de 2012). ¿Es la justicia restaurativa un aporte a los valores del sistema jurídico? *Revista de Justicia Restaurativa*(2), 5-36.
- Gorra, D. G. (1 de Septiembre de 2012). *Revista pensamiento penal*. Obtenido de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2012/09/doctrina34602.pdf>
- Larrauri, E. (1997). Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo. *ADPCP*(L), 133-168.
- Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2010). *Derecho Penal, Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Oficina de las Naciones Unidas contra La Droga y el Delito. (2006). *Manual sobre programas de justicia restaurativa*. Nueva York. Obtenido de https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf
- Ortiz Samayoa, M. (2014). La reparación como tercera vía. (tesis doctoral). Universidad de Salamanca, Salamanca, España. Recuperado el 1 de abril de 2019, de <https://gedos.usal.es/jspui/handle/10366/124195>
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal, Parte General* (Vol. I). Madrid: Civitas.