



GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO PENAL

**Defensoría General
de la Nación**

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO PENAL

las garantías constitucionales en el proceso penal /
compilado por Stella Maris Martínez - 1a ed Buenos Aires
Defensoría General de la Nación, 2009.
296 p.; 21x 5 cm.

1981 973 937-22322-2 9

1. Derecho Penal. I Martínez, Stella Maris, comp.
COD 345

PRÓLOGO

Dra. Stella Maris Martínez

El presente volumen reúne las conferencias y ponencias dictadas en el Congreso sobre Garantías Constitucionales en el Proceso Penal, realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires los días 17, 18 y 19 de junio de 2009.

El evento, organizado por la Defensoría General de la Nación, contó con el especial apoyo de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID) que financió la participación de los Magistrados del Reino de España, Miguel Colmenero Menéndez De Luarca e Ignacio Sánchez Yllera, y del Catedrático de la Universidad de Cádiz, Juan María Terradillos Basoco.

También prestaron su invaluable auspicio al acontecimiento el Instituto Brasileiro de Ciencias Criminales (IBCCRIM), que garantizó la presencia del profesor brasileño Gustavo Henrique Righi Ivahi Badaró, y la Editorial La Ley.

El tema central se desarrolló, a través de conferencias magistrales y mesas de debate, en torno a tres grandes problemáticas: “Garantías procesales en la aplicación de la ley penal”, “El principio de culpabilidad como límite al poder punitivo” y “Los jueces y las garantías”.

Cabe destacar que, en el acto de clausura, el Ministerio Público de la Defensa brindó un homenaje al Profesor Emérito y ex Juez del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, Dr. Julio B. J. Maier, por su trayectoria en la defensa de las garantías constitucionales. En dicha ocasión, el Dr. Maier dictó una magnífica conferencia de cierre sobre las “Garantías Procesales”.

Asimismo, fue motivo de inmenso orgullo para la institución responsable de la organización contar con la especial participación del Magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Dr. Sergio García Ramírez.

En el transcurso de las tres jornadas expusieron, además de los conferencistas extranjeros y del catedrático y magistrado homenajeado, los Profesores Dres. Alejandro Alagia, Gabriel Ignacio Anitua, Diego Barroetaveña, Ángela Ledesma, Luis Fernando Niño, Daniel Pastor, Mario Portela, Benjamin Sal Llangués y Gustavo Vitale.

El alto nivel de las exposiciones conformó un material de excelencia que, entendimos, no podía quedar limitado a quienes participaron del Congreso. Por tal motivo, el Ministerio Público de la Defensa decidió realizar esta publicación, a fin de fortalecer la lucha por los Garantías Constitucionales para el efectivo ejercicio de los Derechos Fundamentales.

En épocas como la actual, en la que se enarbolan conceptos inquietantes como los de Derecho Penal de la emergencia y Derecho Penal del enemigo y en la que se ha instalado la discusión que opone “garantismo” y “eficientismo” penal, vale recordar la enseñanza de un moderno apóstol de los Derechos Humanos, Mahatma Gandhi, quien, entre tantos pensamientos plenos de sabiduría, legó a la posteridad uno que se ajusta al propósito de quienes hemos impulsado la realización del trascendente encuentro cultural patentizado en estas páginas: “El fin está contenido en los medios como el árbol en su semilla; de un medio injusto no puede resultar un fin justo”.

Buenos Aires, noviembre de 2009

ÍNDICE

Prólogo de la Dra. Stella Maris Martínez	7
 Conferencias	
Garantías procesales. Conferencia dictada en ocasión del Homenaje del Ministerio Público de la Defensa.	
Dr. Julio B. J. Maier	15
 Investigación penal: eficacia y restricción de derechos.	
Dr. Miguel Colmenero Menéndez De Luarca	27
 Razones para dudar: la presunción de inocencia como criterio de verdad.	
Dr. Ignacio Sánchez Yllera	47
 Los principios de lesividad y proporcionalidad como límites al poder punitivo.	
Dr. Juan María Terradillos Basoco	65
 Comentarios sobre las garantías penales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	
Dr. Sergio García Ramírez	99

I.Garantías procesales en la aplicación de la ley penal

Las garantías del ne bis in idem y de la prohibición de autoincriminación en el proceso penal tributario.

Dr. Diego G. Barroetaveña

123

La defensa pública como garantía de acceso a la justicia.

Dr. Gabriel Ignacio Anitua

157

El recurso de casación como garantía de la doble instancia.

Dra. Ángela Ledesma

175

Garantías relativas a la calidad y oportunidad de la respuesta penal.

Dr. Daniel Pastor

185

II.El principio de culpabilidad como límite al poder punitivo

La capacidad psíquica de culpabilidad como exigencia garantista.

Dr. Luis Fernando Niño

197

Reprochabilidad versus prevención.

Dr. Alejandro Alagia

217

Culpabilidad como límite a la pena (co-culpabilidad y esfuerzo por la vulnerabilidad).

Dr. Gustavo Vitale

227

III.Los jueces y las garantías

Independencia interna y externa del juez. Control difuso de constitucionalidad. Inconstitucionalidad de la jurisprudencia vinculante.

Dr. Gustavo Henrique Righi Ivahi Badaró

261

¿Imparcialidad del juzgador?

Dr. Benjamin Sal Llargués

271

El poder judicial y la sociedad.

Dr. Mario Portela

279

Curriculum Vitae de los autores

289

CONFERENCIAS

GARANTÍAS PROCESALES. CONFERENCIA DICTADA EN OCASIÓN DEL HOMENAJE DEL MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA.

Julio Maier

1. ¡No nos equivoquemos! No creo que represente un buen consejo el confundirnos nosotros mismos y así equivocar nuestro punto de partida. El Derecho penal actual, aquel que pergeña la ley positiva, más allá de nuestra simpatía o rechazo, no pretende centrarse en las garantías liberales sino todo lo contrario, pretende, incluso mediante sofismas, rechazar o, al menos, inocuir las garantías.

Resumidamente: un Derecho penal que ha abjurado del *principio de subsidiariedad*, que antes lo presidía, para dar lugar a una *expansión* sin límites de la pena estatal y de las conductas incriminadas, al punto de representar una verdadera *inflación* de su sistema, que ha rechazado su significado de *ultima ratio* de la política social para pasar a ser una *prima donna* de ella, que, como algún autor pregonó, *fascina* a ciudadanos y legisladores por su predicada virtud de *sanar todo de toda enfermedad social*, en especial, por su aporte a la *seguridad común* o *general*, poco menos que indiscutible para algunos —no confundir con *seguridad individual*, que es lo que aquí se trata—, al que se le incorporan cotidianamente objetos de protección, *nuevos bienes jurídicos* antes desconocidos como tales y hoy característicos por su inmaterialidad, *intangibilidad* (casi siempre bienes colectivos referidos al bien común: sustancias controladas, salud pública, ambiente, responsabilidad penal por la elaboración de productos, Derecho penal fiscal o tributario, seguridad común), que sólo son definidos por la misma Administración en su tarea de lograr el bien común y que han traído a la escena central del sistema a los *delitos de anticipación y de peligro abstracto*, antes una rare-

za, que tiene fe en la agravación sin límite de las penas, al punto de haber regresado inopinadamente entre nosotros al debate sobre la pena de muerte y hasta sobre las penas corporales; ese Derecho penal no representa a la protección del ciudadano frente a la iniquidad o el simple error del Estado y sus funcionarios —mucho menos a la *carta magna* del delincuente y al límite de la política criminal, según predicaba von Listz—.

Se trata, en cambio, de una magnificación de los fines preventivos y, en verdad, de los fines preventivo-generales, al punto que hasta se ha llegado a expresar, cualquiera que sea la intención del postulante, la existencia de dos estatutos penales diferenciados, uno para el ciudadano, otro para el enemigo. A este Derecho penal no le interesa reprimir o castigar, al menos en primer lugar, conductas que producen daños actuales intolerables en terceros ajenos a ellas, como lo predica el principio del art. 19 de nuestra Constitución; él sólo está interesado en el futuro, en evitar la mayor cantidad posible de riesgos y amenazas potenciales, peligros de la vida gregaria actual, acerca de los cuales nadie puede afirmar que se traducirán en daños; en ocasiones ese Derecho penal representa tan sólo la simple violación de normas, como sucede, por ejemplo, en los delitos de tenencia. Por eso yo lo he llamado *Derecho penal de la prevención*. La seguridad general ha desplazado a la seguridad individual.

2. ¡Tampoco nos engañemos! La defensa de un Derecho penal preventivo no es sólo patrimonio actual. Todavía recuerdo cómo lidiábamos contra Kant, Hegel y las teorías absolutas de un Derecho penal meramente “represivo”, expiatorio, retributivo. Para no volver tampoco sobre ello les pido a quienes ya peinan muchas canas, como yo, que ejerciten su memoria y recuerden sus comienzos en la materia y, algo más, que les cuenten a los más jóvenes aquella necesidad que tuvimos de poner los pies sobre la tierra y defender para el Derecho penal una finalidad preventiva. Una sola institución —que echó raíces en el Derecho penal—, las medidas de seguridad y corrección, de innegable sabor preventivo y peligrosista, retrata aquella época. El Derecho penal preventivo de hoy en día, que intenta a toda costa eliminar riesgos, es tributario final de aquella idea.

3. Sigamos con las confesiones de épocas antiguas. Me refiero a mi tesis sobre la unidad esencial entre el Derecho penal y el Derecho

procesal Penal, que no permite pensar en ambos por separado, al menos cuando se trata de elaborar una política criminal coherente. Nacieron juntos y ahora, a mi juicio, parecen languidecer juntos. En verdad, en todo el proceso de su desarrollo, pero, fundamentalmente, en el actual proceso de hipertrofia del sistema penal, es el Derecho penal (material) el que lleva la delantera respecto de la fijación de fines políticos a alcanzar y, a su zaga, él determina el Derecho procesal penal que le conviene aceptar, característica que alguien, con acierto, denominó *carácter sirviente* del Derecho procesal penal. Con ello quiero decir también que, si se considera este proceso desajustado desde algún punto de vista, por ejemplo, desde la atalaya constitucional, no existe forma de corrección posible que deje de incursionar en ambos segmentos normativos del sistema. Tanto el proceso de infección, como el proceso de curación, abarcan a ambos y me animaría a decir que debe comenzar por el Derecho penal. Ello, por otra parte, no puede resultar novedad alguna, pues el Derecho procesal penal ha sido definido siempre como *realizador* del Derecho penal.

El movimiento actual —que no carece de popularidad— pretende edificar tanto la pena como el procedimiento penal según la concepción de *combate o lucha contra la criminalidad*, o, mejor aún, de *guerra contra el agresor*, en todo caso sólo futuro, sin actualidad, esto es, según la idea de una justicia penal que no se ejerce básicamente *para castigar* comportamientos pasados, en su caso, cuando estamos convencidos de que ello es justo y necesario, sino que, antes bien, ella se lleva a cabo *para prevención de riesgos futuros*. El procedimiento judicial cada vez más, lejos de representar el enjuiciamiento de una persona por principio *inocente*, sólo pretende corroborar si, al castigar directa o inmediatamente a nuestro supuesto agresor, no nos hemos equivocado gravemente, para lo cual le proporciona una oportunidad al ya penado para redimirse. Como se observa, descripto en pocas palabras, en el primer caso, el Estado procede para poder castigar legítimamente; en el segundo, en cambio, opera únicamente para evitar riesgos futuros no verificados ni verificables en ese momento, sino tan sólo supuestos, eventuales y, para enmendar, en su caso, graves yerros, en todo caso, yerros futuros acerca de lo ya hecho. Ésta es, a mi juicio, la hipótesis actual más benigna, pues acontecimientos reales sucedidos en los últimos tiempos parecen conducir por inducción, al menos en este país, a la idea que traduce la *lógica del linchamiento*, aún sin pena de muerte hoy vigente. Este último

concepto supone, claramente, que la pena *debe ser* directa e inmediatamente posterior al hecho punible, recaer sin mayor debate sobre quien resulta sospechoso como autor en un primer momento, en ocasiones según el juicio público o de las supuestas víctimas, e, incluso, inocuir al autor mediante el mecanismo de *prevenir* el futuro, siempre eventual, cuando menos por encierro de por vida o prolongado.

4. A mí me parece desatinado ignorar que vivimos dentro de una sociedad que, por múltiples razones, ha sido denominada como *sociedad del riesgo*. No me propongo explicar esas razones; sólo enuncio que, a la par de factores psíquico-sociales (el temor inducido incluso por los medios de información), existen en el mundo posmoderno razones objetivas que han provocado el aumento geométrico de los peligros que engendra la vida gregaria. El consumo masivo de productos de todo tipo, incluso medicinales, la consecuente elaboración en serie de productos para responder a una demanda y un consumo masivos, la imposibilidad de controlar individualmente ese mercado, incluso por carencia de conocimientos para ello, el desarrollo geométrico de la ciencia y la técnica y la velocidad cada vez mayor de los cambios por ellas producidos, la manipulación genética, la modificación de la naturaleza y el medio ambiente son algunos de los factores de ese crecimiento espectacular de los riesgos. No me parece prudente recomendar ignorar estos fenómenos reales y sus consecuencias, ni la necesidad que ellos provocan de extender el control del Estado para intentar evitar la mayor cantidad de riesgos posibles y, consecuentemente, la necesidad de extender también su poder de policía.

De allí, precisamente, la aparición de los llamados *nuevos bienes jurídicos*, casi siempre colectivos o universales, referidos a la tarea del Estado-Administración en procura del bien común y, por esa misma razón, titulados como *bienes jurídicos institucionales*. Al mismo tiempo, estos nuevos bienes jurídicos (salud pública o general, sustancias o mercaderías en el comercio, medicamentos, elaboración y consumo masivo de mercaderías, recaudación y subvención públicas, medio ambiente, incluido el terrorismo y la asociación delictiva) son, en comparación con los bienes jurídicos tradicionales (por ej. vida, integridad física, patrimonio), intangibles, por ello, cuando menos, difíciles de definir y, por esa razón, necesitados de la definición por un acto administrativo de un funcionario estatal. Más aún, debemos reconocer que la existencia de

esos riesgos implica, en ocasiones, el ejercicio de pleno del poder coactivo del Estado, según sucede, por ejemplo, en el caso de los decomisos de ciertas sustancias y mercaderías, precisamente, para evitar la exposición a un riesgo, sin perjuicio de que, si del procedimiento de control de la medida ella no resulta justificada, el Estado esté obligado a reparar el daño causado.

5. Pero el hecho de reconocer la necesidad creciente del control estatal y del ejercicio de su poder coactivo no conduce necesariamente al abandono de los principios y garantías relativos al Estado de Derecho y a los llamados derechos humanos. Derivado de esta comprensión del problema que presenta la organización del poder coactivo del Estado en un Estado moderno, emerge un reclamo de soluciones orientado por las consecuencias. Y la principal consecuencia del sistema penal ha sido, es y será la sanción o la pena estatal. De su gravedad se deriva, por una razón de proporcionalidad, la mayor o menor relación con las normas aludidas, que establecen garantías para su aplicación: el mayor rigor genera una mayor atención e incumbencia —esto es mayor rigidez normativa— de las reglas que limitan, a manera de garantía ciudadana, el poder punitivo estatal. Por lo demás, resulta comprensible que se defina al hecho punible, prohibición o mandato, como intolerancia a ciertas clases de riesgos provocados por la conducta humana —el riesgo no permitido o la superación de la barrera del riesgo permitido—, pero ello todavía nada dice sobre la clase y gravedad de la consecuencia jurídica que puede ser establecida por el legislador y ser aplicada por los jueces en un Estado de Derecho, y, en general, para fundar la medida del uso de la fuerza pública estatal en esa organización social; en una palabra, para permitir el uso en ella de la coerción estatal grave, material o procesal.

6. Mi propuesta parte, esquemáticamente, de la creación de dos ámbitos de respuestas coactivas, según características propias de cada reacción. Si prescindimos de las penas corporales y de la pena de muerte, la respuesta coactiva más grave es la privación de la libertad de una persona, medida que rechaza de plano la posibilidad de su reparación ulterior en caso de error. Tal gravedad compromete el Estado de Derecho y los derechos humanos en grado sumo y demanda, precisamente por ello, que no renunciamos a la vigencia *estricta* de todas las garantías individuales que amparan a quien es objeto de persecución estatal. Desde el punto de vista del Estado de Derecho, no es absurda

ni mala la idea de un Derecho intermedio —entre el privado y el penal—, según la expuso Hassemer. Yo prefiero ser más simple, obedecer al prestigio actual del Derecho administrativo (público), para trasladar allí toda aquella infracción que no revista carácter penal y que, por lo tanto, no deba ser amenazada con la privación de libertad. Y ello es correcto precisamente en la *sociedad del riesgo*, pues la Administración del Estado, según su función más notoria, la de lograr el *bien común*, precisa del ejercicio del *poder de policía*, incluso de medios de coacción directos, que le permitan operar ese bienestar común y prevenir los riesgos de la vida moderna mediante el control de múltiples actividades.

Por ello, me parece que un Derecho administrativo sancionador, por supuesto de *intervención*, siempre moderado en sus injerencias sobre la persona, que no administre la coacción estatal consistente en privar de libertad y que sólo opere con sanciones que, de demostrar-se un error —para lo cual el Derecho procesal administrativo debe dar oportunidad judicial al perjudicado—, puedan ser fácilmente reparadas por el Estado de la mejor manera posible, representa, esquemáticamente, un principio de solución del problema: en esta zona “no se trata de compensar el injusto, sino de prevenir el daño; no se trata de punir, sino de controlar; no se trata de retribuir, sino de asegurar; no se trata del pasado, sino del futuro”. Ello concuerda, por lo demás, con aquella característica de los llamados “nuevos bienes jurídicos” que reside en el hecho de que ellos resultan definidos, precisados en su contenido, por la Administración, por el acto administrativo de algún funcionario.

Yo propongo, entonces, la disolución del Derecho penal en la regulación y administración de esa fuerza pública cuando ella alcance niveles de gravedad que tornen necesario el cumplimiento estricto de las garantías liberales, propias del Estado de Derecho, por una parte, y en un Derecho administrativo sancionador, por la otra. La discriminación de ámbitos, entonces, no se vincula al bien jurídico que la norma tiende a proteger, ni a alguna naturaleza específica de la norma protegida en su vigencia, sino que, por lo contrario, se vincula a la consecuencia jurídica, a la gravedad de la reacción —uso legítimo y racional de la fuerza— que el Estado utiliza para retribuir o prevenir. Ello implica la revisión del Derecho penal y procesal penal existente de conformidad estricta con el *principio de subsidiariedad*, es decir, tomar en serio la advertencia de que las infracciones reprimidas con pena privativa de li-

bertad son la *ultima ratio* de la política social. Para acercarse a este ideal cabe una revisión de toda la parte especial para suprimir prohibiciones o mandatos hoy amenazados con pena privativa de libertad, de modo de establecer un *Derecho penal mínimo*. En muchos casos, seguramente, la prohibición o el mandato suprimidos conservarán racionalidad, pero sólo a condición de que la respuesta a su infracción sea otra, menor en rigor, básicamente reparable.

7. Ventajas

a) Ello remite casi siempre a soluciones más racionales, posibles para el Derecho administrativo. Piénsese, por una parte, en los delitos de tenencia, en los delitos contra el medio ambiente, en la responsabilidad por el producto, delitos para los cuales es sencillo imaginar otras soluciones, parcialmente ya existentes en algunos órdenes jurídicos. Piénsese, por lo demás, en la gama de soluciones que ofrece el Derecho administrativo, incluidas allí el deber de observar ciertas conductas preventivas, aun cuando no pueda verificarse con certeza que una actividad, cumplida de determinada manera, sea factor de riesgo, esto es, su relación —en todo caso futura y eventual— con un daño.

b) A ese Derecho —hoy llamado contravencional o de faltas— deberían trasladarse la enorme cantidad de *delitos de peligro abstracto* o *de anticipación* existentes en el Derecho penal actual, llegados a él de la mano de la *seguridad*, comprendida como seguridad común o general y no como seguridad jurídica individual—, que un Derecho penal posmoderno, actual, ha convocado junto a una multitud de nuevos bienes jurídicos (la mayoría de ellos colectivos: sustancias controladas, salud pública, responsabilidad por el producto y su elaboración, terrorismo, hacienda pública y Derecho penal fiscal, etc.), difícilmente tangibles y definibles, cuyo núcleo central ya no reside en la afectación cierta y actual de un bien jurídico, sino, antes bien, en la eliminación de riesgos corridos por la generalidad —esto es, Derecho penal preventivo—. Una comprensión estricta del *principio de lesividad* así lo exige.

Regularmente, estos delitos —que yo prefiero mencionar como *delitos de sospecha*— afectan al *principio de lesividad*, al no vincularse inmediatamente con un daño u ofensa a terceros (*harm principle*), existente sólo en el pensamiento referencial del legislador. La incriminación de

estas acciones produce otras lesiones al Estado de Derecho: ellas implican por regla una forma encubierta de Derecho penal de autor, al representar, en verdad, o bien la punición de un “estado peligroso” o una sanción por la conducción de vida del autor, por una parte, y, por la otra, una forma de burlar la *presunción de inocencia*, propia del Derecho procesal penal, en tanto ese modo de incriminar simplifica la prueba de la verdad. Si se pretende amenazar para estas infracciones una pena privativa de libertad, ellas deben ser descalificadas. En cambio, resulta racional pensarlas como ejercicio del poder de policía del Estado, sobre todo, de la administración, en su tarea de evitar riesgos innecesarios con medidas anticipatorias. Por regla, entonces, se debe evitar este tipo de punición con pena privativa de libertad y, cuando existen en la ley, deben ser sometidas a un test estricto de validez constitucional, a semejanza de aquello que sucede con las *categorías sospechosas* en el Derecho constitucional.

La privación de libertad sería reemplazada así con medidas que no implicarían privación de libertad personal, medidas seguramente más próximas a la evitación de resultados indeseables.

c) Evitar un *Derecho penal de autor* y conformar un Derecho penal de *culpabilidad*, en sentido estricto, debe representar una de las proposiciones del Estado de Derecho. La institución de la *reincidencia* conduce a la agravación de la pena privativa de libertad que el autor sufrirá por el hecho punible cometido. Se padecerá, por una parte, un enfrentamiento con el Derecho penal de culpabilidad en favor de un Derecho penal por la conducción de vida y, por la otra, de una discriminación discutible, la existencia, en verdad, de dos estatutos penales, ambos relativos a la pena privativa de libertad, uno para autores no reincidentes y otro para reincidentes. No parece irracional, en cambio, un sistema de medidas —nunca privativas o restrictivas de la libertad locomotiva— que, en su base, signifiquen sanción o reacción por la conducción de vida en cierto ámbito de relaciones. Así, por ej., la organización de un sistema que, a ese título, permita retirar temporalmente el permiso para conducir vehículos, en el Derecho relativo al tránsito, acordando cierto valor a las infracciones verificadas para que, al llegar a un límite, suceda la consecuencia, resulta tolerable en el ámbito de las faltas. De la misma manera, la eliminación temporal de un proveedor del Estado del registro respectivo, cuando, en varias ocasiones anteriores, él no cumplió el contrato que lo ligaba con la Administración o lo cum-

plió deficientemente, según un sistema regulado por la ley, resulta una medida racional. Quien interrumpe sin derecho una audiencia judicial pública en varias ocasiones, debe ser expulsado de la sala de audiencias, en homenaje al buen orden del debate. Todo lo contrario parece tolerar el Derecho de la privación de libertad, para el cual la *reincidencia*, cualquiera que sea su valor, resulta discutible ya según el principio de culpabilidad.

La punibilidad de las personas jurídicas por el hecho de sus dependientes mediante sanciones administrativas (contravencionales o de faltas), tolera límites de objetividad (fundabilidad abstracta en la delegación del poder de control), conocidos por el Derecho privado y el Derecho público, pero sumamente discutibles en materia penal: ellas no pueden sufrir penas corporales, la muerte o la privación de la libertad locomotiva, sino, tan sólo sanciones de otro tipo, contravencionales. Quizás por ello el problema referido se haya resuelto, desde el punto de vista práctico, por sí mismo.

d) La rigurosa división de los ámbitos de conductas consideradas desviadas colabora a la hora de evitar el *etiquetamiento* criminal del autor, casi siempre el comienzo de una carrera criminal, contrario por ello a toda reinserción social exitosa.

e) Más importantes aún, para componer un sistema eficiente en ambos ámbitos, resultan las indicaciones relativas a la regulación procesal. Sólo me ocuparé de algunas, por la vía de los ejemplos. Derivar las sanciones fundadas en el poder de policía de la administración hacia el Derecho administrativo sancionador produce, como hemos dicho, un gran efecto descriminalizador, si, al mismo tiempo, se limita materialmente la reacción y son establecidos modos de solución del conflicto vecino-infractor, Estado-infractor, extraños en general al Derecho penal. Por lo demás, ello contribuye a la eficiencia del sistema penal y de la pena estatal, comprendida como privación de libertad, al descongestionar su realización de un enorme número de asuntos menores, que no reclaman un método operativo tan complejo como el sistema penal, ni justifican la inversión en recursos humanos y materiales que él supone. Esta transformación permitiría eliminar cierta rigidez, necesaria del sistema penal para justificar la grave reacción que él implica, pero prescindible en el sistema contravencional. En tanto el sistema contravencional —sin pena

privativa de libertad— no necesita atarse al principio de legalidad en la promoción y ejercicio de la acción penal, podría ser estructurado, en sede administrativa, antes bien, como un sistema preventivo que como uno represivo. Ello quiere decir, por ej., que mecanismos automáticos, como el *pago voluntario* de toda o una parte de la multa, permitiría al supuesto infractor no sólo evitar las molestias del procedimiento, sino, también, la eventual condena administrativa, cuando, sin necesidad de dar razones, prefiere el perjuicio de una sanción administrativa a las consecuencias, también perjudiciales, del procedimiento y de una eventual condena.

Más allá de ello, la conciliación y la mediación, sobre la base de un esfuerzo reparador o corrector del autor por regresar al *status quo ante*, natural o simbólicamente, o la *admonición con reserva de la sanción* (principio de oportunidad) permitirían evitar todavía la prosecución del procedimiento en etapas posteriores y, ciertamente, más complejas. Ello permitiría colocar, en el ámbito de la administración, todo lo relativo a la formación de la voluntad persecutoria de ella, organización que no debería despreciar los mecanismos de verificación de las infracciones, ni los recursos técnicos, materiales y humanos que tornen posible esta acción, incluso para convencer al autor sobre la realidad de la imputación, ni los métodos diferentes a la pena para solucionar los conflictos.

El supuesto autor tendría siempre la oportunidad del juicio ante órganos judiciales o, con la misma significación y parecido mecanismo, un recurso amplio que garantice el control judicial sobre la voluntad condenatoria de la administración, según resulta tradicional en el ámbito del Derecho administrativo. Dentro de estos mecanismos resulta también racional, políticamente, el someter a una cantidad apreciable de contravenciones, las vecinales, a una instancia de ese tipo, sin la cual el procedimiento no queda habilitado, inversión de la regla de *oficialidad* que rige genéricamente en el procedimiento penal para la persecución de los delitos de acción pública. Conforme a ello, sería imprescindible la queja de un vecino o de un grupo de vecinos, incluso retractable, para que el procedimiento sancionatorio que tiene por objeto estas contravenciones se ponga en movimiento o alcance etapas superiores. Con ello se evita el efecto de ampliación geométrica del poder que provoca toda ampliación material del ámbito de lo prohibido a través y como

consecuencia necesaria del principio de oficialidad, para los órganos del Estado encargados de perseguir el juzgamiento y la sanción: cualquier prohibición nueva no sólo provoca una disminución del ámbito de libertad jurídica del ciudadano o vecino, sino, además, supone una ampliación correlativa de las facultades de prevención e intervención de los órganos oficiales (policía) encargados de perseguir la realización de la sanción establecida en la norma, con la particularidad de exigencias de fundamento menores a la certeza sobre la infracción, necesarias judicialmente para aplicar la sanción, poderes que resultan difíciles de controlar en tiempos reducidos.

Todas estas posibilidades conducen a un descongestionamiento de la administración de justicia, que redunda en una expectativa de eficiencia para la persecución de aquellas infracciones necesitadas de la decisión judicial. Ya advertimos acerca del descongestionamiento de los tribunales penales. Pero, en el ámbito del Derecho no referido a la privación de libertad, este descongestionamiento es vital para aspirar a aquellos resultados. En efecto, estas desviaciones de la conducta exigible al ciudadano, por representar apartamientos de la cooperación exigida al ciudadano para con la administración pública, en su tarea de perseguir el bien común y el desarrollo de los ámbitos en los cuales los derechos individuales puedan tener vida práctica, sin colisiones entre sus portadores, representan un conjunto enorme de infracciones de la vida cotidiana, escasamente auxiliado por reglas éticas similares que provoquen un freno espontáneo para la conducta ilícita.

Tal conjunto no es abarcable por una organización judicial, por inmensa que ella sea pensada, razón por la cual, si se pretende cierta eficiencia en este ámbito, habrá que imaginar y tolerar métodos más sencillos de solución de la mayoría de los conflictos, que aquellos que con razón, por la naturaleza de la infracción y la gravedad de la sanción, representan al modelo de juzgamiento del sistema penal. Rige entonces aquí, sin limitaciones, la propuesta política, esbozada ya en el ámbito del Derecho penal: los recursos de la justicia penal deberían ser aprovechados para atender las causas penales de mayor envergadura. Vuelvo sobre algo que ya dije hace tiempo: quizás la solución no consista en renunciar por tramos a la idea de un Derecho penal y procesal penal conforme a un Estado democrático de Derecho, en busca de acuerdos ficticios para preservar los brocados básicos que imponen las

máximas de esa organización social. Por lo contrario, quizás esa solución consista en ofrecer mayor rigor en su aplicación a una consecuencia trágica, la privación de la libertad personal, y en "mostrar, conocer y discutir lealmente" los problemas reales, para hallar soluciones imaginativas y actuales que preserven la convivencia bajo el amparo de las reglas básicas relativas a un Estado democrático de Derecho.

LA INVESTIGACIÓN PENAL: EFICACIA Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

1. Introducción

1.1. Sea cual sea el punto de vista del observador, el Derecho Penal, sustantivo y procesal, constituye una buena muestra de la forma en la que es entendido y ejercido el poder político.

Los condicionamientos que el sistema democrático impone a su ejercicio no impiden que algunos elementos, que parecen ser característicos, sigan apareciendo. Sin duda, el poder debe ser ejercido en beneficio de los demás; y existen mecanismos que imponen la temporalidad, y que exigen una intervención de todos los ciudadanos en la elección de los gobernantes. Al mismo tiempo, la vigencia de principios rectores, como el de responsabilidad o el de igualdad ante la ley, y el reconocimiento de los derechos fundamentales y su protección a través del sistema de garantías, contribuyen a mantener el ejercicio del poder dentro de los límites marcados por las reglas del juego.

Sin embargo, la experiencia demuestra que el poder tiende a expandirse y que quienes lo ejercen tienden asimismo a mantenerse en él. Estas inclinaciones no siempre son contenidas por la prevalencia de los valores democráticos.

De forma que el Estado de Derecho requiere de la existencia de controles efectivos sobre la forma en que el poder es utilizado, precisamente para evitar la desaparición de aquél. En ese sentido, el Derecho Penal, sustantivo y procesal, constituye una parte importante de los li-

mites del ejercicio del poder en el Estado de Derecho, el cual se ve seriamente debilitado cuando son rebasados o ignorados. Puede decirse con Zaffaroni¹, que el derecho penal debe empujar siempre hacia el ideal del estado de derecho; en cuanto deja de hacerlo, avanza el estado policía.

1.2. La acción delictiva es una de las perturbaciones más importantes del sistema social. De un lado, en cuanto ataca bienes jurídicos elementales y básicos en la convivencia. De otro, porque desde otra perspectiva puede considerarse que el ciudadano respetuoso con la ley, siente la necesidad de percibir la efectividad de la norma que regula la convivencia. No porque la norma sea en sí misma un bien relevante y protegible como tal. Sino porque es lícito preguntarse si el bien jurídico que la norma protege sigue siendo acreedor de protección después que la norma ha sido infringida y, consecuentemente, el bien jurídico ha sido puesto en peligro o lesionado.

Además, en muchos casos, la comisión de determinados delitos alerta a los medios de comunicación, que presentan su carácter traumático con toda amplitud y crudeza, y transmiten la sensación de una imprescindible exigencia de resultados inmediatos que nos devuelvan la seguridad perturbada.

El delito, especialmente algunos, ataca la seguridad, crea alarma y puede transmitir la sensación de inacción o impotencia de los poderes públicos. Es razonable que quienes ejercen el poder reaccionen ante tal clase de conductas, con la finalidad de hacer efectiva la protección de los bienes jurídicos e, incluso, para hacer patente que las normas que regulan la convivencia en aspectos esenciales continúan vigentes y deben ser cumplidas, como garantía de aquella protección.

En la parte del mundo que podemos considerar más desarrollada, vivimos en sociedades con fuerte tendencia hedonista y escasa capacidad de frustración.



¹ ZAFFARONI, Eugenio R., *El enemigo en Derecho Penal*, pg. 168, Ed. Dykinson, Madrid, 2006.

Queremos vivir seguros y, aunque aceptemos que la libertad implica riesgos, no es extraño exigir a los poderes públicos que los supriman, devolviéndonos la tranquilidad, sin atender en muchas ocasiones a la forma en que lo hacen.

Podría cuestionarse si se aceptaría expresamente una propuesta explícita según la cual el fin (aumento de la seguridad) justificaría los medios (limitaciones a la libertad). Pero, en realidad, se percibe que, en gran medida, lo que importa, en definitiva, es el resultado positivo de la acción represora de conductas perturbadoras, y no tanto los medios empleados para alcanzarlo. Quizá porque se tienda a pensar, erróneamente, que nunca seremos alcanzados por la norma excepcional.

Dicho de otra forma, lo relevante no es la esencia del delito, sus causas y los medios para evitarlo, sino la sensibilización social y la conciencia de que determinadas conductas no deben ser realizadas. Lo que importa, pues, no son sus causas, sino la forma de reprimirlas y retribuir el mal causado.

1.3. La realidad actual, muestra un desarrollo muy complejo de actividades delictivas organizadas, capaces de mover cantidades ingentes de dinero y de socavar los valores considerados básicos en una sociedad como la nuestra. Terrorismo, tráfico de seres humanos, tráfico de drogas, la delincuencia violenta y, concretamente la llamada violencia doméstica, etc., son delitos muy graves, que alarman a los ciudadanos que desean vivir en paz. Otros delitos, aunque no sean violentos, como, por ejemplo, la protección del medio ambiente, son capaces de mover la conciencia social exigiendo alguna reacción a las autoridades.

Ante esta situación, la sociedad exige eficacia en la reacción contra esa clase de acciones que, en demasiadas ocasiones, se traduce en una exigencia de represión y retribución inmediata. Alguna clase de delitos, como la llamada criminalidad organizada especialmente, ponen de relieve la dificultad de la investigación criminal. El convencimiento policial acerca de la culpabilidad, como participación, encuentra obstáculos en las garantías procesales, para progresar en la investigación. No es extraño observar que, en ocasiones, algunos medios presentan una decisión del Tribunal Supremo anulando un proceso por vulneración de derechos fundamentales como un fracaso en la acción represora del Es-

tado frente a conductas delictivas ocasionado por lo que denominan un exceso de garantismo cuando, en realidad, y eso precisamente debería ser destacado, supone una afirmación de los derechos que la Constitución reconoce a todos².

Todo ello ha llevado a preguntarse de un lado si deben mantenerse los, hasta ahora, principios penales esenciales y, de otro, a cuestionar la forma y la intensidad de la utilización de determinados medios con la finalidad de asegurar el éxito de la acción investigadora, como una vía para hacer Justicia, aun restringiendo las garantías.

Ya en 1990 advertía Hassemer³, que "cada vez con mayor intensidad aparece la seguridad ciudadana como un bien jurídico" y, citando a Rebscher/Wahlenkamp, recordaba que "se dice que el derecho penal y el derecho procesal penal deben adaptarse a las exigencias de una lucha eficaz", e incluso que "se debe facilitar a las autoridades encargadas de la averiguación de los delitos el acceso a las informaciones de carácter personal que puedan ser relevantes para la investigación, en interés de una eficaz lucha contra la criminalidad organizada".

Cabe preguntarse, y cabe hacerlo con cierta alarma, si la amenaza de la inseguridad ante esas nuevas formas de criminalidad o ante el incremento y perfeccionamiento de las clásicas, así como el deseo de eliminarla a toda costa, no nos estará llevando a tratar de utilizar el Derecho Penal no ya como última ratio, sino como primera o única ratio, sacrificando incluso sus principios más sustanciales en aras de la eficacia.

Sin duda, la reacción más contundente contra las conductas antisociales es el empleo del Derecho Penal y Procesal Penal. La caída en la tentación de utilizarlos es evidente si se observan las reacciones legislativas de los últimos tiempos, que, con las diferencias

2 Seguramente sería interesante que los procesos penales dispusieran de un sistema de depuración temprana de las pruebas ilícitas, con la finalidad de entrar en el juicio oral habiendo establecido previamente cuáles son las pruebas que pueden ser utilizadas.

3 HASSEMER, W. *El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal eficaz*, pg. 81, en Persona, Mundo y Responsabilidad, Tirant lo Blanc, Valencia, 1999.

lógicas de cada país, muestran en general un aumento de los tipos delictivos y un incremento generalizado de la extensión temporal de las penas privativas de libertad, que constituyen probablemente la reacción más habitual frente al delito que supera una cierta gravedad.

La necesidad de utilizar esos Derechos de modo efectivo, ha conducido a una situación en la que han dejado de ser "un instrumento de reacción frente a las lesiones graves de la libertad de los ciudadanos y se han transformado en el instrumento de una política de seguridad⁴.

De esta forma, el Estado trata de ocultar su impotencia en el control de la delincuencia mediante actuaciones aparentemente eficaces, a través de las cuales busca transmitir al ciudadano, molesto e incómodo por el delito, que la autoridad reacciona, al menos, reprimiendo la conducta y suprimiendo el origen de la misma mediante el aislamiento y la separación social de su autor.

Así, desde esas perspectivas, el Derecho Penal y Procesal Penal, con sus principios y garantías clásicos, se convierten en obstáculos de lo que se presenta como una política de seguridad efectiva. Por eso, se sugiere la necesidad de adelgazar las garantías, al menos en relación con supuestos de delitos graves, como la única vía para reaccionar de forma eficaz.

1.4. El Derecho Penal constituye una especie de carta de Derechos en cuanto establece los límites del ius puniendi del Estado en relación al cuándo se puede ejercer, estableciendo en qué casos, y sólo en ellos, se puede sancionar penalmente. El Derecho Procesal Penal regula el cómo. La constitucionalización del derecho procesal penal, aunque no pueda extenderse a todos los aspectos del proceso, viene a señalar los límites infranqueables de la investigación criminal, impuestos por la vigencia de los derechos fundamentales individuales y por las reglas que la excepcionan admitiendo su restricción. Su inicio, como consecuencia de la comisión de un hecho que tiene apariencia delictiva, supone la puesta en marcha de una maquinaria muy compleja y



⁴ HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho Penal*, Valencia, 1995

de un enorme poder que, no olvidemos, se dirige contra un ciudadano todavía protegido por la presunción de inocencia. En el funcionamiento ordinario de un Estado democrático, implica la mayor invasión posible en los derechos fundamentales del individuo. Además, puede finalizar con la privación de alguno tan decisivo como la libertad.

En procesos penales como el español, la regla general es que las pruebas que el Tribunal sentenciador debe valorar, en orden a la posibilidad de considerar enervada la presunción de inocencia, son las practicadas en el juicio oral. Es regla compartida con otros ordenamientos desarrollados, aunque, como ocurre en todos ellos, admite excepciones.

Así pues, aun cuando entendamos que la investigación criminal no es otra cosa que la preparación del juicio oral, y que es en este último momento cuando se va a debatir definitivamente sobre la supervivencia de la presunción de inocencia, lo cierto es que resulta usual que al juicio se incorporen otras actuaciones que han tenido lugar con anterioridad y en cuya práctica no ha estado presente el Tribunal que va a juzgar, lo que provoca generalmente un debilitamiento en la posibilidad de contradicción, a pesar de lo cual tienen valor probatorio. Incluso puede que en algunos casos esas actuaciones no estén necesariamente en manos del Poder Judicial. Nadie duda que en el plenario deben estar presentes de forma efectiva todas las garantías exigibles en el enjuiciamiento penal. Juez ordinario; imparcialidad del Tribunal; principio acusatorio; derecho de defensa; presunción de inocencia; contradicción; publicidad; igualdad de armas; respeto a los derechos fundamentales, etc. Pero es preciso tener en cuenta que pueden resultar relevantes, incluso determinantes, las actuaciones procedentes de la fase de instrucción, de manera que el resultado del juicio puede venir pre-condicionado en una gran medida por el contenido de la investigación previa.

Las intervenciones telefónicas o la entrada y registro en el domicilio de un particular, claras restricciones de su derecho a la intimidad, son diligencias habituales. Las primeras son realizadas hoy en día con medios tecnológicos asombrosos y, en ocasiones, de difícil control. No siempre se respetan las exigencias legales y jurisprudenciales relativas a la necesidad de que consten previamente datos objetivos que sugieran la comisión del delito que se pretende investigar, de modo que quede justificada una restricción del derecho del individuo a su intimidad. La

tentación de acudir a escuchas telefónicas de tipo prospectivo es grande, dada su utilidad policial.

En relación con la entrada y registro domiciliar se ha planteado, en relación con los atentados de Madrid del 11 de marzo de 2004 si en una situación de emergencia como la que suponían, teniendo en cuenta la gravedad de lo sucedido, las investigaciones iniciales podían realizarse con una exigencia menor en cuanto a la justificación de la restricción de los derechos individuales de un sospechoso. Tal posibilidad fue negada por el Tribunal Supremo, que anuló el registro en algún caso, afirmando que la gravedad del delito cometido e investigado no alteraba las exigencias previamente establecidas en cuanto a la necesidad de disponer de una razón suficiente respecto del carácter objetivo de la sospecha, referida individualizadamente al sujeto sospechoso.

La confesión del imputado, especialmente la forma en que puede ser obtenida, a lo que no es ajeno el uso exagerado de la prisión preventiva, y es luego utilizada, puede constituir otro punto de preocupación, especialmente si, a través de la práctica, se admite que es definitiva como prueba de cargo. La enorme utilidad que, desde muchos puntos de vista, representa la conformidad con la acusación, previo acuerdo negociado en una u otra medida, no autoriza a olvidar las garantías que necesariamente deben acompañar en la práctica a estas actuaciones para asegurar que la decisión del acusado se adopta libremente y previa la suficiente información y asesoramiento acerca de sus consecuencias. Es claro que todos estos aspectos pueden presentarse con otros matices si los referimos a delitos graves o muy graves, respecto de los cuales se incrementa la presión dirigida a obtener una respuesta rápida y eficaz.

1.5. Podría decirse que queda claro que en una sociedad poco entrenada en la frustración de sus expectativas, aunque éstas pudieran referirse a cuestiones superficiales, se desarrolla con facilidad la exigencia de eficacia en la reacción contra el delito, que se incrementa en la medida en que éste sea más grave o, incluso, más molesto. Los poderes públicos, se sienten en la necesidad de reaccionar de forma que resulte satisfactoria a la gran mayoría de los electores, lo cual supone la tentación de acudir a restricciones de aquellos derechos que aparezcan como obstáculos para obtener con rapidez el fin pretendido, es decir, la identificación, detención y condena de los culpables. La obtención de ele-

mentos probatorios utilizando métodos similares a los policiales y muy alejados de la forma de proceder que caracteriza al juicio oral, debilita el sentido de éste como el momento en el que, bajo los principios antes mencionados, se debate sobre la consistencia de la versión fáctica que sostiene la acusación y sobre su carácter delictivo, frente al punto de partida que no puede ser otro que la presunción de inocencia.

En la fase de investigación criminal o instrucción se ponen en marcha mecanismos poderosos que afectan de forma muy trascendente a los derechos del sospechoso y que luego pueden condicionar el resultado del juicio oral. Aunque éste se encomienda al Poder Judicial, como poder independiente e imparcial. El uso de esos mecanismos no puede justificarse partiendo de la base de que solamente se aplican a los culpables de graves delitos.

2. Derechos Humanos. Protección y persecución de crímenes contra la Humanidad. ¿Distintas velocidades?

2.1. El desarrollo y la positivización, de los Derechos Humanos a lo largo del siglo XX supuso la culminación de un proceso dificultoso, iniciado⁵ en algunas declaraciones americanas y en 1789 con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, seguida por algunas Constituciones que incorporaron parte a su texto⁶, y en cuanto a instrumentos internacionales con las primeras formulaciones a finales del siglo XIX (Convención de Ginebra de 1864; Convención de La Haya de 1899; Convención de La Haya de 1907).



⁵ Pueden encontrarse precedentes más remotos. En, por ejemplo, la Carta Magna de Juan Sin Tierra, 1215, en el artículo 20 se hace una referencia expresa al principio de proporcionalidad de las penas, y en el artículo 39 se dispone que "ningún hombre será detenido ni preso, ni desposeído de sus derechos ni posesiones, ni declarado fuera de la ley ni exiliado, ni perjudicada su posición de cualquier otra forma, ni Nos procederemos con fuerza con él, ni mandaremos a otros hacerlo, a no ser por un juicio legal de sus iguales y por la ley del país". PESES-BARBA MARTINEZ, Gregorio y otros autores, en *Textos básicos de Derechos Humanos*, pg. 35, Aranzadi, 2001, Madrid.

⁶ Entre ellas, las diez primeras enmiendas a la Constitución de Estados Unidos, de 1791; la Constitución francesa de 1793, aunque no llegara a entrar en vigor, y la Constitución Belga de 1831. BASOCO, J.M., "Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal": *Peña y Estado*, Barcelona, 1991 (1), p. 17.

La Declaración Universal de 1948; el Convenio Europeo de 1950; el Pacto Internacional de 1966; la Convención Americana de 1978, han supuesto la aparición de cuerpos jurídicos en los que los Derechos Humanos han encontrado una proclamación positiva, que obliga y exige respeto a los Estados, que en su mayoría han incorporado sus previsiones, de una u otra forma, a sus ordenamientos internos. Es cierto que, en algunos aspectos, aún hoy la dificultad del proceso de consolidación pervive entre nosotros, no tanto quizás en cuanto a su formulación, que suele ser generalmente aceptada, pero sí respecto de su eficacia real, deficitaria en muchos casos. En este sentido, la creación de la Corte Penal Internacional constituye un importante paso. Pero como demuestra la realidad, no resuelve todos los problemas.

2.2. No es posible desarrollar aquí la cuestión relativa a cuáles son los derechos que merecen la consideración de Derechos Humanos o Derechos Fundamentales. En definitiva si aceptamos la concepción formal, que los relaciona con el rango de la norma que los reconoce, o la material, que los contempla como reconocidos a las personas sólo por el hecho de serlo, por encima de cualquier precisión normativa, que puede ser diferente de unos a otros países⁷. De todos modos, si puede decirse que algunos tienen en el proceso, especialmente en el penal, su campo de vida. Otros, son ejercitables fuera del proceso. Entre todos ellos, se pueden distinguir los que son absolutos, en el sentido de que no admiten restricción alguna, y los que sí la admiten, aunque exijan para ello una justificación, individualizada y objetiva, que pueda considerarse suficiente en el caso, generalmente, en atención a un interés legítimo cuya prevalencia se determina tras la ponderación; a la imposibilidad de acudir a otro medio menos lesivo, y a la proporcionalidad entre la lesión causada y el fin que se pretende satisfacer. Generalmente, la decisión restrictiva queda en manos del Poder Judicial o, al menos, se le reconoce a éste una acción de control.

⁷ DIEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson Civitas, Madrid, 2003. DWORKIN, Ronald, *La democracia posible*, pg. 47 y ss., Piados, Barcelona 2006.

La prohibición de tratos inhumanos o degradantes es absoluta, por ejemplo. No es posible admitir excepciones. La dignidad humana no admite reducciones. El derecho de defensa también lo es en el sentido de que la eliminación de toda defensa es siempre inadmisible, de modo que anularía el proceso en todo caso; aunque no lo es en cuanto a las modalidades de la defensa, que pueden ser precisadas o concretadas fundadamente por el Tribunal (por ejemplo, el derecho a la prueba puede ser graduado). No lo son el derecho a la intimidad o el derecho a la libertad.

2.3. Curiosamente, en relación con delitos gravísimos contra los Derechos Humanos, aquellos que, como se dice en el preámbulo del Estatuto de la CPI, consisten en “atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad”, se ha producido una cierta paradoja. La dificultad de persecución, debido a que se trata casi siempre de crímenes de Estado, o consentidos por el aparato del Estado, se ha planteado al mismo tiempo que la necesidad de evitar la impunidad. Esta necesidad es comprensible, está justificada, y nadie puede seriamente manifestarse en contra. Pero no siempre se plantea, en sí misma y en sus consecuencias, de modo acertado. Dejaré a un lado que en ocasiones impunidad se ha identificado con “no castigo” y no con “no enjuiciamiento”, a pesar de la evidencia de que no todos los sospechosos son necesariamente culpables.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Almonacid, señaló que por impunidad se entiende la “falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de violaciones de derechos protegidos” por el Derecho internacional de los derechos humanos. Sin ánimo de simplificar ignorando la complejidad de las situaciones que le dieron origen, no puede ser olvidado el impulso que a aquellas pretensiones supuso el desarrollo de la llamada doctrina de lucha contra la impunidad o de impunidad cero, a veces unida a otra doctrina independiente, como es la doctrina del derecho de la víctima al castigo del autor, el cual, así formulado es de existencia dudosa⁸.



⁸ Me inclino por entender que la víctima tiene derecho al inicio del proceso y a su prosecución según la ley, con el objetivo de averiguar la verdad.

En ocasiones, algunas formulaciones de estas tesis, o de otras relacionadas con sus puntos de vista, han podido conducir a debilitar o relativizar la exigencia de efectividad de algunos Derechos Humanos, o de algunos de sus aspectos, o de principios penales relacionados con ellos, precisamente para poder perseguir de manera eficaz los crímenes más graves contra algunos de esos mismos derechos. Naucke, por ejemplo, sostenía que para los casos de criminalidad de Estado o apoyada por éste, no deberían regir los principios de irretroactividad ni la prohibición de analogía.

Algún otro autor, como Fletcher, por ejemplo, considera adecuado que el derecho de las víctimas al castigo de los autores haya adquirido prioridad en instrumentos internacionales sobre el derecho de los sospechosos al debido proceso⁹.

Para otros, el principio de legalidad de las penas no es aplicable en estos casos.

No puede dejar de relacionarse esta forma de ver las cosas con otras tesis que defienden la idea de un Derecho Penal, y Procesal Penal, de distintas velocidades. Hassemer, ha defendido¹⁰ el mantenimiento del Derecho Penal clásico, con sus principios, para los crímenes graves, dejando una especie de persecución administrativizada, lo que llama derecho de intervención, con penas no privativas de libertad, ("con un nivel de garantías y formalidades procesales inferior al del derecho penal, pero también con menos intensidad en las sanciones que pudieran imponerse a los individuos", dice¹¹), para otros delitos menores, en cuya persecución no serían de aplicación en su integridad aquellos principios.

⁹ Ambas citas están tomadas del trabajo de SILVA SANCHEZ, Jesús María, *¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la "lucha contra la impunidad" y del "derecho de la víctima al castigo del autor"*, en Derecho Penal del Siglo XXI, Cuadernos de Derecho Judicial, VIII 2007, CGPJ, Madrid .

¹⁰ HASSEMER, W., *Viejo y nuevo Derecho Penal*, pg. 67, en Persona, mundo y responsabilidad, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 1999.

¹¹ HASSEMER, W. *Viejo y nuevo Derecho Penal*, pg. 72.

Existiría así, un Derecho Penal clásico, garantista¹², para los delitos graves, y otro no tan garantista para otros delitos no tan graves, justificando la disminución de las garantías en la correlativa disminución de la gravedad de las penas.

Si se progresara en el desarrollo de un Derecho especial para perseguir los Crímenes contra la Humanidad, podríamos llegar a encontrarnos con un tercer Derecho penal, o una tercera velocidad, nuevamente menos garantista, en el que la degradación de las garantías se justificaría por la enorme gravedad de los delitos y por la necesidad de evitar la impunidad. Tres velocidades, pues, con una disminución de las garantías en una importante parte de los casos. Y, en definitiva, como resultado, un ejercicio del *ius puniendi*, del poder en realidad, mucho menos controlado.

Son cuestiones de largo alcance, cuyo inicio más representativo podríamos situar en Nüremberg y Tokio, tras la Segunda Guerra Mundial, pero que, todavía hoy, no encuentran una solución definitiva.

2.4. Ahora me interesa resaltar dos aspectos, que nos devuelven a la cuestión que ocupa estas reflexiones.

a) En primer lugar, que la formulación general de los Derechos Humanos, ya desde la Declaración Universal de 1948 o incluso desde sus precedentes, no se restringe a la protección de los derechos individuales en casos especiales. Los Derechos Humanos, como emanados de la dignidad humana, son para todo caso. El derecho a un Tribunal imparcial, la presunción de inocencia, el principio de legalidad, o la prohibición de la tortura o de los tratos inhumanos o degradantes, o el derecho de defensa, rigen siempre, aun cuando se trate del sospechoso



¹² Para ZAFFARONI, Eugenio R., en *El enemigo en Derecho Penal*, pg. 169, Ed. Dykinson, Madrid, 2006, “referirse a un derecho penal garantista en un estado de derecho es una *grosera redundancia*, porque en él no puede haber otro derecho penal que el *de garantías*, de modo que todo penalista, en ese marco, se supone que *es partidario de las garantías*, es decir, que *es garantista*”. En sentido similar, PASTOR, Daniel R., en *El poder penal internacional*, pg. 20, Atelier, Barcelona 2006, cuando dice que “...definir el derecho penal como garantismo (...) es una tautología”.

del mayor crimen imaginable. La pregunta relativa a la licitud de la tortura infligida a un sospechoso de terrorismo con la finalidad de obtener información que incluso pueda evitar un atentado, que incluso pueda ser muy grave, sólo admite una respuesta. La que impone el respeto a la dignidad humana, fundamento del reconocimiento de esos derechos en los instrumentos internacionales y en los ordenamientos internos de cada País. Y, como ya se ha dicho, la dignidad humana no admite reducciones.

b) En segundo lugar, que las excepciones que se admitan en la vigencia de esos derechos cuando se trate de la persecución de grandes crímenes contra los Derechos Humanos, de crímenes contra la Humanidad, se extenderán inevitablemente a otros casos, justificándose en la gravedad o trascendencia del delito de que se trate¹³. La gravedad del delito, es un criterio variable, muy manipulable, de difícil control, y, como tal, poco seguro. Establecida la excepción, y comprobada desde el poder su “eficacia”, no es siempre fácil volver a la norma general¹⁴. Terrorismo y delitos relacionados con él, criminalidad organizada (drogas, trata de personas, tráfico de armas, etc.). Caminaríamos, pues, hacia tres tipos de Derecho Penal, y sólo uno de ellos con plenitud de garantías individuales. Enemigos. Ciudadanos con graves infracciones. Y ciudadanos con infracciones menores. Cada grupo, un Derecho Penal. Y, es de temer, que la puesta en práctica de estas ideas degenerase en su peor formulación, no en aquellas otras que, aún con dificultades, tratan de mantenerse dentro de los límites que impone el Estado de Derecho, si es que tal cosa fuera posible.



¹³ PASTOR, Daniel R., en *El poder penal internacional*, pg. 178. Atelier, Barcelona 2006. “Este es el gran peligro de un derecho penal singular. Lo que se puede justificar y consentir para un ámbito del mundo del castigo pronto es justificado y consentido también para otros terrenos. Ello constituye una de las razones que hacen cuestionable este tipo de instrumentos excepcionales, aunque en sus fines persigan una justicia ética respecto de la cual difícilmente alguien pueda estar en desacuerdo”.

¹⁴ Aunque refiriéndose a los delitos económicos, TERRADILLOS BASOCO, Juan María, en *Sistema penal y empresa*, en Nuevas tendencias en Derecho penal económico, pg. 21, señala que “también frente a la peligrosa criminalidad transnacional económica organizada es exigible el respeto a los principales garantizadores” y que “una vez derribados los límites propios del Derecho penal democrático en un área, es imposible poner freno a su expansión”.

3. La exigencia de eficacia. Crímenes graves y delincuencia organizada. Repercusión mediática.

3.1. La sociedad actual exige eficacia frente a aquellas acciones que la perturban, bien por su gravedad o bien por su reiteración. Es razonable que lo haga, pues es necesario asegurar que generalmente tiene lugar el libre ejercicio de los derechos. Pero la exige de tal manera que a nadie le parece extraño, es más, se acepta con naturalidad, que un sospechoso sea presentado como culpable por los medios de comunicación, o por algunos de ellos, sea de forma explícita o encubierta, por más que empleen expresiones como "presunto autor" o "presunto culpable", que de poco sirven en la comprensión social de lo que se comunica. Se olvida, de hecho, que la presunción es la inocencia, y que la participación en el hecho sólo puede ser declarada por un Tribunal tras el debido proceso. Ésas son las reglas del juego, aunque parezcan pasar a un segundo plano.

Entre tanto llega el momento del enjuiciamiento, la presión que acompaña a esa presentación pública del suceso, en lo que se refiere a la adopción de medidas cautelares, concretamente la prisión preventiva, es fácilmente perceptible. Si a ello se le añade la tardanza, excesiva generalmente, en finalizar las fases previas, se evidencia la tentación de acudir a esa privación preventiva de libertad como un aseguramiento que se transforma en realidad en un indebido adelanto de la posible pena.

Los crímenes especialmente graves, sea cual sea su naturaleza, son presentados y tratados, en muchas ocasiones, de manera que la ausencia de una reacción inmediata por parte del poder crea una cierta sensación de fracaso con la correspondiente frustración. Y la falta de mecanismos para procesar ésta y aceptar que la sociedad libre genera riesgos y que no pueden ser conjurados de cualquier manera, genera insatisfacción y descontento. El deseo del poder público, de quienes lo ejercen, de evitar que esos sentimientos se vuelvan contra él, traduciéndose en un desapego de los electores, puede conducir a la tentación de proceder a la búsqueda de soluciones por vías inadecuadas, en las que lo que finalmente importa es la presentación pública de la reacción estatal y que ésta suponga una solución, al menos aparente, al problema. Reacción que suele contar con el beneplácito de una población que demanda seguridad, y que se encuentra en cierto modo anestesiada respecto de

los peligros que para la democracia, en la que desea vivir, supone la cesión en el control sobre el ejercicio del poder.

Por otra parte, el número de asuntos penales es altísimo, lo que determina dificultades de difícil superación. Tanto en el enjuiciamiento como en la ejecución. En el primer aspecto, se acude a sistemas que propician el acuerdo entre acusación y defensa, que pudieran, en ocasiones, debilitar las garantías propias del proceso. Como dice Hassemer¹⁵, más que opciones se trata a veces de claudicaciones resignadas ante las necesidades del moderno Derecho penal. En el segundo, la reacción basada casi exclusivamente en la pena privativa de libertad termina siendo ineficaz ante la imposibilidad de hacer efectivas todas las penas impuestas, o de hacerlo sin respeto de la dignidad humana. Y la organización de sistemas para el cumplimiento adecuado de penas alternativas requiere una alta inversión y no siempre existe voluntad política.

3.2. No puede ignorarse que la delincuencia organizada, y especialmente algunas de sus manifestaciones, suponen peligros serios, incluso para el propio sistema democrático.

El terrorismo, concretamente, se dirige directamente contra las bases del sistema, provocando el deseo de reaccionar con las mismas armas. Los ataques terroristas resultan tan inhumanos, tan graves, tan inexplicables, que la mayoría de las personas, a pesar de sus convicciones democráticas y respetuosas de los Derechos Humanos, podrían estar dispuestas a emplear métodos dudosos para obtener objetivos lícitos en la reacción contra aquél.

3.3. Pero, ello, precisamente, implicaría el abandono de los principios y postulados que caracterizan la democracia y el Estado de derecho. Michael Ignatieff¹⁶, recuerda que la República romana, en nombre de la seguridad del pueblo, estaba dispuesta a sacrificar el resto de las leyes, porque ¿qué leyes iban a sobrevivir si perecía la propia Roma?

¹⁵ HASSEMER, W, *Viejo y nuevo Derecho Penal*, pg. 65, en Persona , mundo y responsabilidad, Tirant lo Blanc, Valencia, 1999.

¹⁶ IGNATIEFF, Michael, *El mal menor*, ED. Taurus, 2004.

Sin embargo, se pregunta cómo puede reaccionar una democracia, de manera efectiva, contra esta clase de actos sin dejar de ser lo que es, políticamente hablando, y si no hay límites morales a lo que se puede hacer. No es posible justificar el abandono de los valores y las reglas del Estado social y democrático de Derecho apoyándose en la necesidad de garantizar la supervivencia de ese mismo Estado. Pues ese abandono significa precisamente su muerte, su desaparición, aunque ahora a manos de quien dice pretender defenderlo.

La historia del siglo XX, y de la misma forma la más reciente, ya en el XXI, demuestran que las tentaciones de acudir a métodos claramente inadecuados desde aquellas perspectivas, resulta tan fuerte, que quienes lo hacen encuentran incluso argumentaciones complejas para su defensa, que presentan públicamente sin rubor alguno¹⁷. El hecho de que sean mayoritariamente rechazadas por los sectores más informados, no impide el desarrollo del argumento desde el poder. Ni siquiera evita que puedan llevarse a cabo de forma real. Ni tampoco que lleguen a contar con un cierto apoyo silencioso, no muy dispuesto a comprometerse, pero que acepta mirar para otro lado. La publicidad podría llegar a ser la única diferencia entre democracia y dictadura. Es decir, un paso decisivo para la desaparición del Estado de Derecho.

3.4. La presión puede ser enorme. Y viene acompañada de argumentos sugestivos. Se dice:

a) El sistema democrático debe defenderse de aquello que trata de destruirlo, de manera que su defensa no puede ser limitada por sus propias reglas, si éstas la hacen ineficaz. Las reglas democráticas, valen para quienes cumplen la ley, e incluso para quienes de forma no muy grave la incumplen ocasionalmente. Los demás, deben ser tratados de forma diferente. Y eso incluye la aplicación de normas en las que las



¹⁷ DWORQUIN, Ronald, en la obra citada, pg. 57, recuerda que "Alberto Gonzales, que fue fiscal general en la Administración Bush, expuso en las audiencias de su confirmación que el interrogatorio coercitivo, que puede incluir diversos grados de tortura, constituye una herramienta particularmente efectiva para descubrir información que puede ser necesaria para salvar vidas norteamericanas".

garantías propias del debido proceso y los principios que caracterizan al Derecho Penal del Estado de Derecho, no están presentes en la misma medida, de la misma forma.

b) La renuncia a garantías y principios penales, es sólo excepcional, en atención a la necesidad de reaccionar frente a la emergencia. Una vez resuelto el problema se volverá a la normalidad¹⁸. Sólo tienen que preocuparse quienes actúen ilícitamente.

3.5. Cabe preguntarse, como hace Silva Sánchez¹⁹, si la restricción o incluso la eliminación de principios básicos del derecho penal es asumible. La respuesta no debería ir muy lejos de lo que señala Dworkin²⁰, cuando en relación a la elección de la cantidad de libertad y seguridad, en aras de un nuevo equilibrio, no acepta que tal cosa se pueda decidir de la misma manera en que se decide el trazado de una red de carreteras una vez que se conoce el importe y el impacto medio ambiental, y afirma textualmente: “*Las cuestiones en juego son muy distintas y la metáfora del equilibrio las oscurece. Lo que debemos decidir no es dónde residen nuestros intereses, sino la cuestión, muy distinta, de qué exige la moral, incluso al precio de nuestros intereses; no podemos responder a esa cuestión preguntando si creemos que los beneficios de nuestra política superan a los costes*”.

3.6. La moral democrática exige la tensión para mantener la vigencia efectiva de los derechos fundamentales. Nos engañamos si aceptamos la excepción. Porque pronto la valoraremos como sistema,



¹⁸ En la obra antes citada, pg. 21, TERRADILLOS BASOCO, Juan María, continuaba afirmando que “se debe tener presente la irrefrenable tendencia de lo “emergencial” a transformarse en permanente. En efecto, siempre resulta más fácil preconizar respuestas excepcionales, entendiendo por tales las que suponen un recorte sustancial del sistema de garantías penales, si se las disfraza de solución transitoria para hacer frente a fenómenos de enorme gravedad. Pero la experiencia prueba que la ideología de la emergencia provoca una ruptura cultural que hace inviables ulteriores intentos de regreso a la “normalidad democrática”.

¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la lucha contra la impunidad y del derecho de la víctima al castigo del autor*, en Derecho Penal del Siglo XXI, Cuadernos de derecho judicial, VIII, 2007

²⁰ DWORKIN, Ronald, *La democracia posible*, pg. 44, Piados, Barcelona, 2006.

y además un sistema útil para terminar con los que considremos en ese ese momento enemigos de la democracia. Podemos justificarlo en la gravedad de la situación creada; o en la del hecho cometido; o en la imposibilidad de recurrir a otros medios. En definitiva, en la presencia de una emergencia que exige una respuesta rápida y eficaz.

Resuelta la primera excepción, ésta será seguida por otra. Tan luego como se trate de un delito grave, generalmente cometido por grupos organizados, y se alegue de forma suficientemente convincente que no existe otro medio de reacción al alcance de las autoridades.

4. La vigencia de los Derechos Humanos

4.1. Ante esta situación, no cabe otra reacción que la afirmación incondicional de la vigencia de los Derechos Humanos, en todo proceso y respecto de todo acusado, como elemento imprescindible en la configuración y aplicación del Derecho Penal. Dicho con otras palabras, el ejercicio del ius puniendi no es legítimo si no respeta en todo caso los Derechos Humanos, o derechos fundamentales en terminología interna. Las posibles restricciones de algunos derechos, cuando por su naturaleza sea posible (libertad, intimidad) debe basarse en razones objetivas e individualizadas a cada caso, controlables por un órgano jurisdiccional, independiente e imparcial.

La reacción contra el delito no puede basarse en un debilitamiento de las garantías, en tanto que éstas suponen la efectividad de los derechos humanos. Ni siquiera en casos de graves delitos. Ello no impide la adopción de medidas aseguratorias del éxito de la investigación. Pero siempre de forma excepcional y bajo control de un órgano jurisdiccional independiente e imparcial.

4.2. La contraposición entre garantías y eficacia es falsa. Sólo tiende a debilitar las primeras, aunque se presente como medio inevitable para obtener la segunda. Pero no es así. Es posible la reacción del Estado de Derecho contra quienes infringen las normas básicas de convivencia sin necesidad de debilitar o adelgazar las garantías. Es posible mantener las garantías en el proceso, y llegar a la imposición y al cumplimiento de penas proporcionales a la gravedad del hecho y a las

circunstancias del autor, con un sistema de ejecución que contemple de forma proporcionada y realista la posibilidad de reinserción social del culpable. Las garantías sólo impiden la condena cuando la actuación del poder público ha sido tan irregular que ha desconocido o vulnerado derechos fundamentales. El éxito sólo es legítimo si se alcanza con respeto a las garantías.

4.3. Para ello es imprescindible un Poder Judicial independiente e imparcial. Consciente de que opera como control de los demás poderes y de la forma en que éstos aplican la ley. Los derechos individuales fundamentales suponen límites al ejercicio del poder y además autorizan a actuar de una forma determinada. En el primer sentido, su vigencia real garantiza la legitimidad del poder.

Y debidamente dotado de medios. El ciudadano está obligado a acudir a los Tribunales para resolver toda una serie de cuestiones. En el ámbito penal, aunque es apreciable el intento de desarrollo de la mediación, prácticamente todas las soluciones al delito imponen la intervención de los poderes públicos. Por lo tanto, tiene derecho a que esos poderes públicos le ofrezcan un sistema que, aunque no le asegure el acierto ni la satisfacción individual, le resuelva adecuada y razonadamente el problema. De manera efectiva y en tiempo razonable.

5. Conclusiones

En lo que se refiere a la vigencia de las garantías del Derecho Penal, es preciso ser consciente del peligro de transformar la conveniencia en necesidad, y la necesidad en emergencia, justificando de esta forma su reducción.

Es necesario que la reacción del Estado de Derecho contra la delincuencia grave sea eficaz. La convivencia pacífica exige que los derechos fundamentales y las libertades públicas puedan hacerse efectivos en la mayoría de las ocasiones. Pero la eficacia no debe alcanzarse a costa precisamente de los derechos y libertades que se trata de proteger. La contraposición garantías vs. eficacia es falsa. No puede aceptarse como premisa que la eficacia exige un recorte de las garantías. Por el contrario, debe afirmarse que la eficacia sólo es lícita si se alcanza con

garantías. Los Derechos Humanos, o derechos fundamentales, como límites al ejercicio del poder, no pueden ser debilitados acogiéndose a la necesidad general creada por la emergencia en caso de graves delitos. Las restricciones, cuando sean posibles en atención a la naturaleza del derecho comprometido, sólo se pueden acordar por razones bastantes, objetivas e individualizadas al caso, bajo el control del Poder Judicial, independiente e imparcial.

Las excepciones a la vigencia de los derechos tienden a extenderse a otros casos, basándose en la concurrencia de una gravedad o emergencia equivalente.

El requerimiento de seguridad debe venir siempre acompañado de la exigencia del respeto a las garantías. El ciudadano debe exigir al poder público una respuesta eficaz, pero siempre garantista. El ciudadano no debe permitir a los Poderes públicos acudir a vías cortas o atajos para obtener resultados exitosos en la reacción contra el crimen a costa de las garantías.

Es responsabilidad de los poderes públicos el establecimiento de un sistema de Justicia que respete las garantías constitucionales y que sea eficaz en la prevención, investigación, enjuiciamiento y ejecución.

Buenos Aires, 17 de junio de 2009



RAZONES PARA DUDAR: LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO CRITERIO DE VERDAD

Ignacio Sánchez Yllera

Señoras y señores, intervenir en este Congreso constituye para mí un honor, al menos, por tres razones: por cumplir un sueño personal: visitar la Argentina y conocer Buenos Aires; por rendir un merecido homenaje al Profesor Maier, cuya obra nos ha mostrado tantos caminos y nos ha dado tanta luz para poder transitar por ellos; y porque me permite participar en un Congreso sobre las garantías constitucionales del proceso penal, las cuales constituyen el último reducto de la libertad de un país.

Este triple honor debo agradecerlo a todos ustedes, pero muy especialmente a los promotores y coordinadores de este evento, singularmente a la Sra. Defensora General de la Nación, y a la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, cuyo esfuerzo hace posible hoy mi presencia.

1. Lenguaje común

Mi presencia aquí tiene para mí una facilidad añadida: basta repasar el programa de este encuentro, leer sus contenidos, para reparar en que hablamos un lenguaje común.

Y no me refiero a lo más obvio, al español, sino a los valores y principios que conforman nuestra idea de la Justicia penal en un Estado democrático de Derecho.

-Porque compartimos una misma concepción democrática del poder.

-Porque apostamos por el ejercicio racional del poder penal concebido no como mero uso de la fuerza contra el delito, como un acto de hostilidad, sino como un poder jurídico, es decir, un poder cuyo ejercicio está sometido a reglas cuyo cumplimiento puede ser controlado: Reglas y Control, dos ideas básicas de esta exposición.

-Porque tenemos plena conciencia y fundada desconfianza en la posibilidad de abusos en el ejercicio del *iustitia punitiendi* estatal, que queremos sometido a estricta tutela: eso y no otra cosa es el garantismo.

-Porque, por todo ello, apoyamos una concepción racionalista, no autoritaria, de la decisión judicial.

A partir de esta convicción común, mi intervención se apoya en dos pilares básicos:

-Según el primero, la presunción de inocencia es la clave de bóveda del proceso penal democrático;

-Según el segundo: de dicha afirmación han de extraerse conclusiones prácticas que, hoy por hoy, siguen sin formar parte de nuestro marco legal o la cultura jurisprudencial.

Al menos así es en España. Ustedes podrán decirme si esta segunda reflexión es trasladable a la realidad jurídica argentina. Mi intervención girará por tanto sobre lo que puede ser probado (los enunciados sobre hechos), sobre cómo puede ser probado (con pruebas legítimas), y sobre cuánto debe ser probado para justificar una condena (certeza exigible para desvirtuar la presunción de inocencia).

2. La presunción de inocencia es la regla básica del proceso penal.

Empiezo por el principio. Acabo de afirmar que la presunción de inocencia es la regla básica del sistema de garantías en materia penal. En nuestros modelos de cultura, su contenido básico es una regla de juicio, según la cual nadie puede ser condenado a un castigo a menos que su culpabilidad resulte probada, más allá de toda duda razonable, tras un proceso justo.

Culpabilidad, prueba más allá de toda duda razonable y juicio justo, son los tres elementos de esta regla.

Defiendo aquí, hoy, que la idea rectora del proceso justo es también, precisamente, esa regla de juicio.

Lo es porque para excluir toda duda razonable es necesario un proceso en el que el imputado sea tratado como sujeto, no como un simple objeto de la indagación estatal, materia inerte del ejercicio del poder público; y eso quiere decir: un proceso contradictorio en el que la dignidad y derechos del imputado se respeten en todo momento.

La exigencia de que la culpabilidad quede probada más allá de toda duda razonable es el escudo que protege a los ciudadanos frente a las imputaciones infundadas que se formulen contra ellos; el escudo que impide que se les castigue antes del juicio y garantiza que, tras él, sólo se les imponga la pena cuando exista la certeza racional de que han cometido el delito y de que son responsables de él.

Así, la presunción de inocencia se proyecta hacia adelante, hacia la legitimidad de la imposición del castigo, trasladando al Estado la obligación de probar la culpabilidad con dicha contundencia (más allá de toda duda razonable) para que la imposición del castigo sea legítima.

Pero, con una lógica inexorable, se proyecta también hacia atrás, pues es claro que ninguna culpabilidad por el hecho concreto precisaría ser probada si se diera por supuesta, en vez de la inocencia, una culpa humana originaria o inherente a cierto tipo de personas (Derecho penal de autor); o si el hecho por el que se impone la pena, con todas sus

circunstancias y condiciones, no se hallara delimitado previamente por una regla formulada con claridad y precisión (principio de taxatividad); o si, durante la tramitación del proceso, pudieran adoptarse contra el imputado medidas cautelares punitivas. Así, operando antes del proceso (Sentencia del Tribunal Constitucional español -en adelante STC- 109/1986), puede esgrimirse frente a la mera conminación penal abstracta -que ya representa de por sí, un límite de la libertad- prescribiendo los llamados delitos de sospecha (STC 105/1988) y fundamenta tanto la prohibición de investigaciones prospectivas, que se proyecten indiscriminadamente sobre la generalidad de los ciudadanos (T.E.D.H., caso Klass, relativa a las escuchas telefónicas), cuanto la pesquisa genérica sobre la actividad vital de un individuo concreto (inquisitio generalis).

Ya en el ámbito estrictamente procesal, la presunción de inocencia modula el derecho de acceso de las partes acusadoras al proceso penal, que está condicionado por la exigencia de una Aponderación provisional de la verosimilitud de la imputación (STC 186/1990, FJ. 5) que, al hallarse referida a la ocurrencia de un hecho delictivo concreto, ha de basarse en la sospecha fundada o, lo que es lo mismo, en la concurrencia de motivos o indicios respecto de la efectiva comisión del hecho.

Y congruentemente, cada medida limitativa de derechos, bien se trate de una diligencia de investigación o de una meramente cautelar, se halla sometida a diversos requisitos (presupuestos, forma, fines) que, en definitiva, se concretan en la necesidad de expresar las circunstancias que, desde la perspectiva constitucional, justifican la injerencia.

A través de todos esos momentos (y de otros que pudieran agregárseles) se pone de manifiesto que la presunción de inocencia informa todo el proceso penal, incluso desde antes de que se haya iniciado, como una exigencia de justificación que limita la potestad estatal de perseguir y castigar los delitos.

De ese modo, la exigencia de que la culpabilidad resulte probada más allá de toda duda razonable se expande no sólo, sobre todo el proceso imponiendo también una regla de tratamiento, e incluso, sobre el derecho penal material; sino más allá, se nos presenta como una concreción del respeto a la dignidad humana, que impregna o habría de impregnar, toda la cultura pública.

Estas no son sino las consecuencias de un determinado modo de entender el hombre y la sociedad de los hombres que constituye nuestro lenguaje común: el garantismo constitucional en una sociedad democrática de Derecho que proclama la dignidad del hombre como fundamento del orden político y social.

3. Verdad y poder.

De todos estos aspectos, el que centrará en adelante mi intervención tiene que ver con la necesidad de control de la decisión judicial de condena.

En este ámbito, esas consecuencias se han expresado por medio de una fórmula llena de misterio, en torno a la cual surge inmediatamente un enjambre de preguntas: la más difícil de contestar, aunque no la única, nos interroga sobre, cuándo un enunciado sobre hechos es jurídicamente verdadero, es decir, queda probado más allá de toda duda razonable?

Dicho de otro modo, ¿cuál es el nivel de prueba exigido a la acusación para convencer al Juez?

La respuesta a esta pregunta, si es que la pregunta admite respuesta concreta, exige esbozar, apenas insinuar, una reflexión que es al mismo tiempo una advertencia, sobre la relación entre poder y verdad.

La conformación del sistema político y, paradigmáticamente, del modelo de poder y convivencia está basada en principios arraigados históricamente que sólo comienzan a tener una eficacia operativa directa cuando se consagran en las Constituciones. El modelo de justicia forma parte de ese sistema de poder y resulta determinante en la conformación de uno u otro modelo de proceso.

Cada sistema de poder, y el de castigar lo es, establece un modelo de verdad. Como ha señalado Foucault, tras la verdad se oculta el poder. O, dicho de otro modo, a cada clase de verdad corresponde una clase de poder. Foucault ha puesto en claro tanto alguno de los peligros de jugar el juego de la verdad como la necesidad de jugarlo, la

necesidad de decir la verdad, indagar la verdad e interesarse por la verdad. Los peligros a que se refiere nacen de las oscuras relaciones entre verdad y poder, de los abusos que el poder gestiona en nombre de la verdad. Un buen ejemplo de ello es el proceso inquisitivo, que estimo inconstitucional.

Quienes justifican hoy en día la pervivencia de elementos inquisitivos en el proceso penal dicen realizar tal afirmación como la única vía compatible con el descubrimiento de la denominada verdad material. La defensa de tal modelo de verdad procesal, a cuya indagación o, mejor, obtención eficaz se deben supeditar necesariamente algunas garantías y derechos de los acusados, lleva aparejada, en definitiva, la propia conformación del proceso y de los poderes del Estado que en él intervienen en una determinada dirección.

En ese modelo inquisitivo el Juez y el Ministerio público están llamados en la práctica a un mismo objetivo: indagar sobre lo ocurrido (sobre toda infracción legal cometida) y, en consecuencia, una vez establecido en el proceso el resultado de tal indagación como autenticación de la verdad, si procede, se deben exigir responsabilidades al acusado.

Parecería que la verdad es la que determina el sistema de poder, pues con dicho objetivo no queda más remedio que dotar al Juez de funciones y facultades investigadoras, de ordenar de oficio la práctica de cuantas pruebas estime oportunas, de no quedar vinculado por lo pedido por las partes, de considerar que para destruir la garantía de la presunción de inocencia basta con la existencia de cierta actividad probatoria de cargo que genere en el Juez la íntima convicción de la culpabilidad.

Pero no podemos perder de vista que la indagación es sólo una forma de saber (no un contenido) y también una forma de poder por la que, si se toma partido, se llega a la construcción de un concreto modelo de proceso. Lo que no cabe es identificar indagación con verdad, porque la verdad que se obtiene con la indagación es sólo una determinada forma de verdad, pero no la única posible y, desde luego, no está exenta de graves problemas. Por algo se ha dicho, con toda razón, que la historia del proceso inquisitivo es una crónica de horrores (para conocer la verdad, todo valía, singularmente la tortura era especialmente eficaz) y una

crónica de errores (las decisiones de condena estaban impregnadas de subjetivismo y prejuicios).

En conclusión, a una sociedad escindida en gobernantes y súbditos, corresponde una verdad fijada por los jueces según su libre apreciación en conciencia, su íntima convicción. Y también es esa libre apreciación la que determina, en consecuencia, la verosimilitud de la imputación (necesaria para iniciar el procedimiento) o la razonabilidad de la pretensión acusatoria, que lleva a sentar a los acusados en el banquillo.

Con este modelo se corresponde una inadecuada concepción de la presunción de inocencia que se limita a entenderla como una simple presunción procesal *iuris tantum* que puede quedar desvirtuada por cualesquiera datos del proceso que lleven al juez o tribunal a la íntima convicción psicológica de que el acusado es culpable. Pero, justamente, la presunción de inocencia es una garantía frente a la íntima convicción del juez. Si esa íntima convicción, no sometida a exigencias objetivas, pudiera determinar la condena del acusado, éste quedaría sometido, no al Derecho, sino a los jueces. En efecto, la íntima convicción de éstos, sin pruebas legítimas y suficientes, podría declarar a los ciudadanos culpables y privarles de la libertad y del conjunto de derechos constitucionales.

Ese esquema ha regido, ciertamente, durante muchos años la relación del ciudadano con la justicia en el continente europeo y sus ecos siguen resonando en nuestra práctica judicial; pero es incompatible de manera inmediata con las exigencias de la presunción de inocencia y, de manera mediata, con la efectividad de los demás derechos fundamentales.

Por contra a una sociedad democrática, a una sociedad de ciudadanos libres e iguales, en que la división entre gobernantes y gobernados se difumina, corresponde una verdad racionalmente fundada, que todos, incluso el imputado o condenado, pudieran aceptar. Se trata de una verdad capaz de construir, en torno a ella, un consenso racional.

A una sociedad democrática corresponde un sistema de garantías mediante el cual el ciudadano puede oponer sus razones, en términos de igualdad, a las pretensiones de verdad y validez del aparato estatal y corresponde también la configuración de una estructura constitucional

dirigida a mantener a los jueces alejados de ese aparato, independientes de él, pudiendo, pues, decidir imparcialmente entre las pretensiones de verdad y validez del Estado y las del imputado.

En este último modelo, nuestro modelo garantista, constitucional y de Derecho, es el Estado, representado por el Ministerio Público, quien afirma la vulneración del Derecho y reclama su autotutela penal. Por ello, es al Estado a quien compete demostrar la verdad de su afirmación, y hacerlo dentro del marco del proceso con pruebas legítimas e inequívocas. Y de lo que al proceso aporte, y de lo que el acusado pueda refutar en pie de igualdad, se obtendrán los elementos de juicio sobre los que declarar la única verdad para la que está llamado el proceso: la que ha resultado mejor justificada. La presunción de inocencia representa, desde esta perspectiva, no un sustitutivo de la llamada verdad material, sino todo un conjunto de exigencias de justificación para aquellas verdades de las que pueda derivarse una habilitación para restringir o anular los derechos.

Ese desplazamiento del principio de verdad material por la presunción de inocencia no comporta, en modo alguno, una suerte de menosprecio de la verdad (algo así como si los derechos de la verdad cotizasen a la baja), sino el sometimiento a reglas de la pretensión de conocer la verdad, exigiendo una justificación específica para tener por verdaderos los presupuestos de la injerencia en la libertad de los ciudadanos.

La presunción de inocencia no limita, pues, la verdad, sino sólo lo que puede ser tomado por verdad a la hora de ejercer el poder. O, dicho en positivo, la presunción de inocencia limita, desde luego, el poder: el poder del Estado que investiga el delito, el poder del Estado que acusa y el poder del Estado que juzga.

En definitiva: la presunción de inocencia es la cautela que, en el Estado Constitucional, protege a los individuos frente a los castigos que el poder político pretende imponer a los ciudadanos abusando de la verdad. Por ello, todo el sistema penal gira y se construye a partir de ella.

Sin embargo, pese a su carácter nuclear, la presunción de inocencia aparece en nuestras Constituciones, en nuestras leyes procesales y en nuestra práctica judicial, apenas como un principio rector, como

una expresión de deseo. La Constitución Argentina ni tan siquiera la recogió expresamente entre sus enunciados, sino indirectamente, y sólo como regla de tratamiento, a través de la exigencia de *juicio previo a la condena*, por más que, más expresamente, haya sido incorporada al ordenamiento constitucional a través del art. 75.22 CAr, que otorga tal jerarquía a los Convenios internacionales sobre Derechos Humanos asumidos por el Estado.

Resulta muy expresivo de hasta qué punto la reflexión sobre la presunción de inocencia está aún incipiente en los países que venimos de un modelo procesal penal inquisitivo, el hecho de que existan tan pocas reglas procesales dirigidas a su garantía y efectividad, ya sea en el momento de la valoración de la prueba o en el de impugnación de la decisión de condena. Trataré de explicarme.

4. Razones para dudar

Si volvemos a la pregunta inicial es cierto que es muy difícil establecer en abstracto, sin referencia a un caso concreto, si a la vista de las pruebas practicadas la culpabilidad ha quedado probada más allá de toda duda razonable. Como es igualmente difícil establecer, en abstracto, si una duda judicial es o no razonable.

Ese quantum de convencimiento es difícilmente expresable en abstracto, pero no hay duda de que nos habla de una convicción vigorosamente justificada, que analiza y excluye argumentadamente las dudas que se le opongan. La presunción de inocencia no es una simple proclamación o exhortación, ni un mero principio, sino una regla jurídica cuyo cumplimiento ha de quedar sometido a control jurídico. Al esfuerzo doctrinal por elucidar su contenido hemos de añadir otro complementario: fijar las herramientas procesales que garanticen su efectividad o encontrar en ellas sentidos que la doten de contenido.

En esa búsqueda de sentido partimos de una comprensión compartida: el proceso penal está sometido a reglas que rigen la adquisición, práctica y valoración de la prueba y que se dirigen a garantizar su fiabilidad, es decir, su capacidad de ser sustento de una decisión razonablemente justificada.

a) En relación con la adquisición de pruebas, excluimos por razones constitucionales aquellas pruebas que han sido obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, no sólo como mecanismo de tutela de dichos derechos vulnerados, sino porque las garantías que protegen dichos derechos se dirigen a limitar el margen de arbitrariedad del Estado, por lo que su obtención sin dichas garantías las convierte en pruebas poco fiables.

b) No es el único caso. En relación con la práctica de las pruebas, las reglas del juicio justo proponen que las mismas se adquieran y practiquen con igualdad y contradicción. Cuando no es así, las pruebas son poco fiables. La igualdad de armas es trasunto de la misma idea de dignidad humana. Al Estado, que afirma un enunciado de hecho para justificar la coacción, pueden oponer los ciudadanos sus razones en pie de igualdad, ante un Tribunal imparcial.

La contradicción es una regla constitucionalmente exigible para la formación de las pruebas en el proceso y un método de control de aquellas pruebas que, formadas fuera del proceso, pretenden utilizarse para conformar la convicción judicial. Los principios de contradicción e igualdad son controles procedimentales preventivos de la decisión judicial, de forma que, en línea de principio sólo pueden valorarse pruebas obtenidas y practicadas con contradicción, cuando ésta es posible. La contradicción, núcleo básico del derecho de defensa, exige:

- Conocer y contestar la admisibilidad de las pruebas que la acusación pretende utilizar en juicio para evaluar su relevancia y legitimidad.
- El poder jurídico de proponer pruebas contrarias, destinadas a refutar la acusación o conformar una versión distinta del hecho enjuiciado.
- Tener un papel activo en el procedimiento de formación de la prueba
- Actuar el poder jurídico de intervenir y defenderse preventivamente sobre todos los aspectos de la controversia relevantes para la decisión, y, muy singularmente, sobre los

medios de prueba formados fuera del proceso (antes de él), para así poder justificar ante el tribunal sus propias hipótesis sobre los hechos.

Hay que advertir que la posibilidad de contradicción es graduable, no siempre es posible una contradicción plena en la adquisición, formación y valoración de la prueba. Por ello, como veremos, surgen dudas razonables sobre la suficiencia de la prueba cuando ésta tiene un status de contradicción limitada.

c) Sin embargo, en cuanto a la eficacia de las pruebas, es decir, en el momento de su valoración, no existen usualmente reglas legales que fijen el peso de las pruebas, que orienten o sujeten la labor judicial más allá del debido respeto a los cánones de racionalidad.

Nuestro sistema procesal sustituyó otro, el de prueba legal, sometido a reglas que predeterminaban de forma abstracta el valor exacto que debía atribuirse a cada tipo de prueba, instaurando la libertad de apreciación probatoria. Libertad que, en su perfil negativo, significa no sujeción a parámetros de evaluación obligatorios (Voltaire) sino que la eficacia de cada prueba para la evaluación de los hechos ha de establecerse caso a caso siguiendo criterios no predeterminados, discrecionales y flexibles, basados esencialmente en los presupuestos de la razón. Pero en este sentido positivo, libertad de apreciación no es libre arbitrio y subjetividad, sino apreciación racional y motivada.

Como ha puesto de manifiesto Taruffo, cuando cae el sistema de prueba legal o tasada, éste no se sustituye por una nueva racionalidad, sino por el vacío. Un vacío que, a falta de reglas, puede convertirse en discrecionalidad incontrolada, en subjetivismo e intuición irracional como instrumento para la formulación del juicio de hecho.

Por ello son precisos criterios racionales para la determinación judicial del hecho:

- Métodos aceptados por la cultura común del contexto social donde se aplica.
- Utilización adecuada de todos los datos empíricos disponibles.

- Utilización de esquemas adecuados de argumentación.
- Máximas de experiencia generalmente aceptadas.
- Uso de la probabilidad estadística como método de resolución de inferencias contradictorias.
- Racionalidad de la valoración conjunta de todas las pruebas.

Y todo ello expresado en la motivación de la decisión judicial, a fin de que la decisión pueda ser controlada en vía de recurso.

5. Algunos ejemplos que nos deberían hacer dudar.

Creo firmemente que, además, es posible identificar supuestos en los que objetivamente, en el momento de la valoración, no es razonable no dudar.

Es decir, supuestos en los que las pruebas, ya sea por su origen, por las condiciones en que se incorporaron al proceso o por su insuficiencia intrínseca, no permitirían por sí solas afirmar fundadamente la culpabilidad más allá de toda duda razonable.

A ello voy a dedicar los siguientes minutos, dándoles cuenta de algunos de los caminos emprendidos en esta dirección por el Tribunal Constitucional español.

a) Me referiré en primer lugar, por ser un supuesto relevante ya consolidado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la limitada eficacia probatoria de las declaraciones de los coimputados cuando son la prueba única que fundamenta la acusación.

Se trata de la primera regla probatoria que, derivada de la Constitución, fija un estándar de valoración que declara su insuficiente consistencia para desvirtuar la presunción de inocencia cuando es la única prueba sobre la que se pretende sustentar una decisión penal de condena. Inicialmente —hasta 1986— el Tribunal Constitucional aceptó la posibilidad de su valoración probatoria por los órganos judiciales

al constatar la inexistencia de norma procesal expresa que lo impidiera. Ya en una sentencia de 1988 insistió en los problemas de credibilidad propios de tales declaraciones, pero siguió remitiendo a la jurisdicción ordinaria para su evaluación. Fue en 1997 cuando se produce un giro relevante... se añadió como argumento de la estimación del recurso de amparo la falta de consistencia plena de la declaración incriminatoria del coimputado cuando, siendo única, no aparece corroborada.

En la STC 115/1998 se dice: A la vista de los condicionantes que afectan al coimputado de sometimiento a un proceso penal y de ausencia de un deber de veracidad, el umbral mínimo que da paso al campo de libre valoración judicial de la prueba practicada está conformado en este tipo de supuestos por la adición a las declaraciones del coimputado de algún dato que corrobore mínimamente su contenido. Antes de ese mínimo no puede hablarse de base probatoria suficiente o de inferencia suficientemente sólida o consistente desde la perspectiva constitucional que demarca la presunción de inocencia.

Quiero llamar la atención sobre esta nueva perspectiva pues, conforme a ella, esta debilidad es intrínseca a toda declaración de coimputado y no deriva del contenido concreto de lo que, en cada caso, el coimputado exprese. La perspectiva no es, por tanto, de credibilidad en el caso concreto a tenor de la verosimilitud de la versión de los hechos expresada con su testimonio, sino de carencia objetiva de fuerza de convicción derivada de las circunstancias que concurren en este tipo de testimonios (existencia de interés en la causa, posibilidad de faltar a la verdad o de no contestar a las preguntas que se le hagan, imposibilidad de ser perseguido por falso testimonio, derecho a no declarar, etc). Haciendo un cierto juego de palabras podría decirse que no es razonable no tener duda razonable acerca de la culpabilidad cuando la única prueba es la manifestación incriminatoria de un coimputado. (La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español al respecto aparece resumida en la STC 34/2006).

Corroborar no consiste en razonar acerca de la credibilidad de la versión de los hechos manifestada, sino que es preciso acreditar su contenido, al menos parcialmente, de otra manera. Tal acreditación se produce con una actividad probatoria independiente “*which implicates the defendant in the offence charged in a material particular*”, es decir que

implique al acusado en el hecho, pues no basta con acreditar que el hecho acaeció, sino que es preciso que pueda inferirse la participación en él del acusado. No parece preciso, sin embargo, exigir la prueba íntegra de la ejecución del hecho. Bastará con que el acusado quede lógicamente relacionado, conectado o implicado en algún aspecto relevante del hecho que se le imputa. En nuestra opinión se precisa algo menos que la prueba del hecho y de la participación en él del acusado y algo más que una simple conjetura o argumentación. No basta por tanto con nuevos argumentos acerca de la credibilidad de la versión del coimputado, pues como dijimos al principio, dicho testimonio ha de ser objetivamente creíble y, a partir de ahí, lo que tratamos de despejar con la corroboración son las razonables dudas acerca de su versión de los hechos.

b) Creo que el mismo razonamiento —la insuficiencia derivada del déficit de contradicción de la prueba— es aplicable al testimonio de referencia y a las pruebas obtenidas con contradicción limitada, entre ellas destacan por su frecuencia las declaraciones incriminatorias prestadas por testigos anónimos y las prestadas fuera del juicio oral que no pueden ser sometidas en éste a la debida contradicción por razones no imputables a la defensa (menores, fallecimiento, desaparición). Lo relevante es que no estamos ante reglas que excluyen la admisibilidad de la prueba o cuestionan su validez, sino ante reglas que excluyen su suficiencia.

Estos datos empíricos, que forman parte de la realidad, pueden pasar al debate procesal, pero no son, por sí mismos, sustento suficiente de una condena racionalmente fundada. Precisan de corroboración para poder fundar una condena.

c) Hay que insistir en que es posible, desde la presunción de inocencia, controlar el cumplimiento de estos estándares de prueba. En mi país, ha sido al valorar la suficiencia de la motivación fáctica de las decisiones penales condenatorias, cuando el Tribunal Constitucional español, que se resiste a admitir entre sus competencias el análisis de si las pruebas practicadas permiten dar por probada la culpabilidad más allá de toda duda razonable, ha establecido ya algunos *standards* relativos a los criterios racionales de valoración de la prueba. En la práctica, éste es el examen que se reclama en esta exposición. Así, se ha admitido que puede controlarse la utilización de criterios racionales de valoración a partir de la motivación de la Sentencia. El Tribunal Constitucional ha

establecido que la convicción del juez acerca de cómo sucedieron los hechos que incriminan al acusado no resultará constitucionalmente aceptable, en primer lugar, si el propio juez transmite sus dudas razonables en torno a dicho relato, pues la regla presuntiva que está en el núcleo del derecho y que le da denominación le impone en tales casos el abandono de tales hechos como punto de partida para la calificación jurídica. (Éste es el único ámbito en el que la jurisdicción ordinaria traduce la regla *in dubio pro reo*).

En segundo lugar, tampoco podrá aceptarse como válida, en cuanto objetivamente expresiva de una convicción judicial suficiente acerca de la acreditación de los hechos, la inferencia falta de lógica o de coherencia... en el sentido de que los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o no conduzcan naturalmente a él (STC 189/1998, de 13 de julio, FJ 3; también, entre otras, STC 135/2003, de 30 de junio, FJ 2).

Además de los supuestos de inferencias ilógicas o inconsecuentes, el Tribunal Constitucional, en tercer lugar, ha considerado asimismo insuficientes las inferencias no concluyentes, incapaces también de convencer objetivamente de la razonabilidad de la plena convicción judicial. Como tales inferencias hemos catalogado las que son excesivamente abiertas, débiles o indeterminadas porque no conducen naturalmente al hecho que se declara probado; son aquéllas en las que caben tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada (STC 189/1998, de 13 de julio, FJ 3; además, entre otras, SSTC 120/1999, de 28 de junio, FJ 2; 123/2002, de 20 de mayo, FJ 9; 135/2003, de 30 de junio, FJ 2).

“Un mayor riesgo de una debilidad de este tipo en el razonamiento judicial se produce en el ámbito de la denominada prueba de indicios, que es la caracterizada por el hecho de que su objeto no es directamente el objeto final de la prueba, sino otro intermedio que permite llegar a éste a través de una regla de experiencia fundada en que usualmente la realización del hecho base comporta la de la consecuencia (STC 189/1998, de 13 de julio, FJ 3). En el análisis de razonabilidad de esa regla que relaciona los indicios y el hecho probado hemos de precisar ahora que sólo podemos considerarla insuficiente desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la moti-

vación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitable desde una perspectiva objetiva y externa que la versión judicial de los hechos era más improbable que probable. En tales casos, aún partiendo de las limitaciones ya señaladas del canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente (más allá de toda duda razonable), bien la convicción en sí.”

Es precisamente este criterio el que ha llevado al Tribunal Constitucional a considerar como no concluyente la inferencia que une la sola tenencia de instrumentos idóneos para ejecutar un delito de robo con su especial destino a tal ejecución (STC 105/1988, de 8 de junio); la que concluye la intervención de una persona en un hecho punible a partir únicamente de la apreciación de que tuvo la ocasión de cometerlo o de que estaba en posesión de medios aptos para su comisión o por simples sospechas o conjeturas (STC 283/1994, de 24 de octubre); la que une la sola posesión de unos pájaros con el robo con escalamiento de los mismos (STC 24/1997, de 11 de febrero) o la sola titularidad de una embarcación utilizada para una conducta ilegal de pesca con la autoría de dicha conducta (STC 45/1997, de 11 de marzo); la que concluye la participación del acusado en una operación de tráfico de drogas a partir del único dato del acompañamiento al aeropuerto de quien iba allí a recoger la droga (STC 157/1998, de 13 de julio); o la que infiere la participación en el robo de un vehículo de su mera presencia en el mismo (STC 17/2002, de 28 de enero).

De forma similar, en la STC 5/2000, se analizó un supuesto en el que sin motivación específica adicional, se sustituyó un criterio de duda razonable —sobre la existencia de perjuicio en una operación mercantil— que llevó a la absolución en primera instancia por otro que —sin fundamentación fáctica alguna— no la mantenía y concluía en condena.

6. La presunción de inocencia como motivo de recurso.

Yes que sin duda el recurso de apelación y también el de casación (cuando no hay un recurso previo) han de ser momentos procesales

útiles para controlar el respeto a la presunción de inocencia. Lo exige la garantía de este derecho. Conozco, a través de la obra del Profesor Maier, la doctrina de la Corte Suprema Argentina —coincidente con la del Tribunal Supremo español— sobre la imposibilidad legal de valorar la prueba en casación y de entrar a conocer de los hechos, pero me siento en condiciones de rebatir dicha tesis (algunas de las razones ya han sido expuestas) y afirmar que sobre la supuesta imposibilidad legal hay una obligación constitucional de examinar cuando la sentencia impugnada no expresa una convicción fundada más allá de toda duda razonable.

El derecho a la presunción de inocencia no requiere del órgano jurisdiccional encargado de verificar su observancia que revise y actúe la valoración de la prueba llevada a cabo por el Juez que dictó la sentencia condenatoria. Antes bien, lo que exige es que verifique que esa valoración (tan íntima y libre como se quiera) se ha hecho más allá de toda duda razonable, es decir, con arreglo a un determinado estándar de certeza mediante el cual es posible constatar objetivamente que quien acusa no miente, esto es, que la prueba, siendo válida, es además suficiente para acreditar la culpabilidad del imputado. No se trata de sustituir la íntima convicción del juez o Tribunal que condenó, sino de garantizar que esa condena no obedezca a una consideración enteramente subjetiva, articulando un canon que permita verificar el grado mínimo de objetivización de la certeza (FrCaa).

Cualquier sistema jurídico garantista debe admitir como motivo de recurso la vulneración del derecho a la presunción de inocencia; ha de incluir por tanto, el control sobre la racionalidad de las inferencias que justificaron la condena (en mi opinión, eso y no otra cosa es el contenido mínimo del derecho a someter la decisión de condena a un Tribunal Superior -art. 14.5 PIDDCyPP), sin que razones históricas o de arquitectura de la casación puedan evitar tal ineludible cuestión

7. Conclusión.

Termino ya. La contraposición entre presunción de inocencia y verdad es una falacia. Cuando se propone (y, desgraciadamente abierta o solapadamente, eso sucede bastante más a menudo de lo que debiera) rebajar las exigencias de la presunción de inocencia (esto es, prescindir

de ella, pues no cabe hablar de una presunción de inocencia rebajada, ni en el lenguaje constitucional ni en el ordinario) se propone, sencillamente, renunciar a la razón, imponer la pena cuando no podemos estar seguros de que se haya cometido el delito y asumir, por tanto, que se castigue a inocentes.

Con ello se reforzaría, sin duda, el poder del Estado; pero se debilitaría, en consecuencia, la dignidad de los ciudadanos (no sólo la de los condenados o perseguidos, sino la de todos).

De forma retórica me pregunto: ¿Es eso lo que queremos? Queremos un poder sin razón y un Estado sin justicia, con menos justicia aún de la que tenemos ahora?

Pienso que quienes hacen tales propuestas, en aras del incremento de la seguridad, tiene que responder esas preguntas (y responder ante esas preguntas), pues en el proceso penal se expresa de manera paradigmática el conflicto entre el Derecho y el Poder, de manera que sólo un proceso penal justo, el proceso de la presunción de inocencia, asegura la preeminencia del Derecho y el disfrute pacífico de los derechos humanos.

LOS PRINCIPIOS DE LESIVIDAD Y PROPORCIONALIDAD COMO LÍMITES AL PODER PUNITIVO

Juan María Terradillos Basoco

Introducción

El análisis de la tensión garantías constitucionales-sistema penal no se reduce a la contraposición entre las magnas declaraciones constitucionales con la legislación penal ordinaria. Refleja, mucho más allá, la solidez y coherencia democrática de un sistema jurídico. Si, como se ha dicho en la jurisprudencia española, el Estado de Derecho “*no se define por los valores que proclama, sino por los que puede sacrificar*” (STS, 2ª, de 26-02-07, voto particular de GIMÉNEZ GARCÍA), está claro que cuando los poderes estatales sacrifican los principios que definen y limitan el ejercicio del *ius puniendi*, están renunciando a una buena parte de su legitimación. La cuestión es, entonces, dónde colocar el listón por debajo del cual la intervención penal queda deslegitimada.

I.Principio de lesividad

I.1.Banalización del principio

I.1.1.Los hechos. Las estrategias de banalización

La realidad de nuestros sistemas jurídico-penales viene caracterizada hoy por una irrefrenable tendencia expansiva, que parece abocada al panpenalismo, vadémécum milagroso al que se atribuiría la condición de instrumento idóneo para solventar todos los problemas que suscita la cuestión penal.

Así, al menos, viene adverado por la deriva reciente del Derecho penal español. Constituye una buena prueba de ello la serie de reformas penales aprobadas por el parlamento español a lo largo de 2003. Las Leyes Orgánicas 7/2003, *de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas; 11/2003, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros; 14/2003, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; 15/2003, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal, y la 20/2003, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del Código Penal*, integran un conjunto normativo que impulsa una política criminal paladinamente expansionista.

El Ministro de Justicia, en sus declaraciones a la prensa, calificó al conjunto de las reformas presentadas como las necesarias para convertir el Código penal de 1995 en el *Código penal de la seguridad*. Pero no seguridad en el sentido de mejor garantía de bienes jurídicos, sino seguridad como sensación subjetiva de la ciudadanía, a la que sirve un Derecho penal meramente simbólico, que no busca eficacia preventiva y que, en una suerte de narcisismo autocomplaciente, se conforma con reflejar su imagen sobre sí mismo¹.

El Proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la LO 10/1995 del Código Penal, publicado por el Boletín Oficial de las Cortes Generales en 15-ene-2007 —que no pasó de la fase de Proyecto—, es reflejo de la misma tendencia. A pesar de que respondía a la iniciativa de una mayoría parlamentaria política —socialista— bien distinta a la conservadora que impuso las reformas de 2003. Y el Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995 del Código Penal (ARCP08), hecho público el 14-nov-2008, sigue, en su Parte Especial, una orientación exclusivamente punitivista. Todo ello puede tener sus razones. De hecho, como se argumenta en su Exposición de Motivos, la mejor adecuación a la Constitución, la necesidad de respuesta a los cambios operados en la realidad, o los requerimientos de armonización de



¹Ver TERRADILLOS BASOCO, J.M., "Las reformas penales españolas de 2003: valoración político-criminal": Nuevo Foro Penal, 2005 (67), pp. 128-129.

los ordenamientos que conviven en la Unión Europea, pueden exigir nuevas tipificaciones. Pero lo que llama poderosamente la atención es que ni una sola de las reformas proyectadas tenga naturaleza descriminalizadora.

I.1.2.Las propuestas doctrinales

En este contexto, proliferan manifestaciones doctrinales coincidentes en la crítica a la orientación expansiva de la actual política criminal que, en una intolerable huida al Derecho penal, estaría traicionando las exigencias derivadas de su condición de *ultima ratio*, con la consiguiente postergación de los clásicos criterios limitadores del *ius puniendi*.

El fenómeno expansivo, sin embargo, ni es nuevo ni se limita a ese reducido ámbito de lo que se ha dado en llamar “Derecho penal moderno”. Antes bien, se ha podido mantener que la historia del concepto de delito, desde la Ilustración hasta nuestros días, “se caracteriza por una ininterrumpida expansión de su significado, simultánea al progresivo desvanecimiento tanto de sus referentes empíricos, como de su función garante de los límites o condiciones que pueden justificar la prohibición penal”².

Desvanecimiento de referentes externos y debilitamiento de la función limitadora son las dos caras de la misma moneda y ambas reflejan un progresivo, aunque no lineal, empobrecimiento del principio de lesividad.

Para el pensamiento ilustrado, en efecto, el objeto jurídico del delito tenía que ser necesariamente un derecho subjetivo natural de la persona. E incluso en el pensamiento de la Escuela clásica, el bien jurídico conserva una innegable base empírica. Pero, con HEGEL, se inicia un proceso de abstracción e idealización ético-estatal, que desplaza el referente del objeto jurídico de tutela desde los intereses individuales afectados al interés del Estado, y, más tarde, simplemente, al interés en la obediencia o en la fidelidad.



² FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, traducción Andrés-Ruiz-Bayón-Terradillos-Cantareiro, ed. Trotta, Madrid, 1995, p. 468.

Tras la huella de HEGEL los intereses materiales de los individuos dejarán su puesto a la simple idea del Derecho y del Estado. De modo que, en ROCCO, el concepto de bien jurídico termina por alejarse bajo el de norma jurídica, pasando a designar el fin o la *ratio* de la ley penal, o, incluso, el derecho subjetivo público a la obediencia a los preceptos penales³.

La drástica renuncia por parte de la escuela de Kiel al bien jurídico —desahuciado como producto exangüe de la abstracción dogmática, pero también de la tradición política liberal del iluminismo— cierra el proceso⁴.

Al menos con las características propias de la doctrina nacionalsocialista; porque lo cierto es que el neokantismo acarreó una importante espiritualización del concepto de bien jurídico que deja de ser una realidad fáctica, social o institucional para convertirse en valor; con lo que el delito, que no es sino lesión de bien jurídico, termina —expresamente en JESCHECK— por ser definido “*a la vez como lesión de un bien jurídico y como lesión de un deber*”⁵.

Y si es cierto que la doctrina de post-guerra se alineó en la compartida reivindicación del principio de intervención mínima, parece hoy que asistíramos a otro movimiento pendular, en cuya virtud el legislador, en lugar de encontrar en el bien jurídico un criterio limitador, se hubiera lanzado a la identificación de derechos, intereses, funciones y valores en el ordenamiento jurídico —fundamentalmente en la Constitución— para asumir su tutela penal, con lo que el originario principio limitador, dejando de lado la idea de lesividad material, se habría transformado en *alibi de la expansión*⁶.



³ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., pp. 468-469.

⁴ Ver FERNÁNDEZ, G.D., “Bien jurídico y sistema del delito”, en AA.VV., *Teorías actuales en el Derecho penal*, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 419.

⁵ JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General. I.* (trad. Mir Puig, S., y Muñoz Conde, E.), ed. Bosch, Barcelona, 1981, p. 11.

⁶ MUÑOZ LORENTE, J., “Obligaciones constitucionales de incriminación y Derecho Penal simbólico”: *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Pamplona, 2001 (6), p. 105; TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal”: *Pena y Estado*, Barcelona, 1991 (1), p. 17.

El sistema penal se estaría escorando, así, hacia modelos de intervención que identifican el bien jurídico a tutelar con mecanismos y funciones —sobre todo económicas—, condicionando gravemente la eficacia crítico-garantista del principio de lesividad, al crear nuevos— pretendidos— bienes que, por su carácter multiforme y por sus difusos contornos, no pueden fungir como criterio fundamentalizador ni limitador del poder punitivo⁷.

De este modo, el moderno Derecho penal habría dado al principio de protección de bienes jurídicos un significado radicalmente distinto al que tuvo en el contexto en que surgió: si nació como prohibición condicionada de penalización, hoy funcionaría como “*mandato para penalizar*”⁸.

Ante la degradación del principio de lesividad impuesta por los hechos, la doctrina viene ofreciendo reacciones diversas, que van de la interpretación del —aceptado o criticado— *status quo*, a la reivindicación de la tradicional función garantizadora derivada del respeto a los límites impuestos por la tutela de bienes jurídicos.

I.1.2.1. De sustitución del principio

Las elaboraciones doctrinales que se oponen al imperio del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, responden a presupuestos científicos y político-criminales diversos.

Así, desde el abolicionismo, se denuncia cómo la apelación a la tutela de bienes jurídicos es, esencialmente, un alegato para legitimar la expropiación del conflicto a sus auténticos protagonistas: autor y víctima. Frente al conflicto real entre sujetos reales, el Estado proclama el carácter social de los intereses afectados por ese conflicto —que se transforma así en abstracción— y recaba para sí el monopolio a la hora de resolverlo.

⁷ MUÑOZ CONDE, F., “Il moderno Diritto penale nel nuovo Codice Penale spagnolo: principii e tendenze”: *L'indice penale*, Milán, 1996 (3), p. 655.

⁸ HASSEMER, W., y MUÑOZ CONDE, F., *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 23.

Como es obvio, esta solución no puede satisfacer las pretensiones de los sujetos implicados, supeditadas a la primacía de un abstracto "bien jurídico", que dejaría de ser referencia limitadora del *ius puniendi* para convertirse en factor explicativo —y legitimador— de la relación desigual entre el Estado y sus súbditos⁹.

Pero quizá el más significativo intento de construcción dogmática prescindiendo del bien jurídico como criterio limitador puede identificarse en la obra de autores como KÖHLER o JAKOBS: "niegan un concepto previo de bien jurídico y pretenden atribuirle únicamente importancia sistemática inmanente en la interpretación del Derecho positivo"¹⁰. Y ello, en coherencia con un marco ideológico más general, el del funcionalismo concebido al modo de JAKOBS, que supone una importante contribución al "desarrollo de un proceso conservador de legitimación... puesto que en la teoría sistémica apenas importa la naturaleza del objeto y sí, y por el contrario, la estructura de dependencias existente entre el sistema social y sus subsistemas"¹¹.

En estas interpretaciones funcionalistas, el bien jurídico termina por identificarse con la norma jurídica y ya no interesa tanto la vida en el delito de homicidio ni la propiedad en el de hurto, sino el interés del Estado en la protección de estos valores¹². La causación de una muerte no es más que lesión de un bien; lo que lesiona un bien jurídico-penal es la contradicción de la norma que comporta el homicidio evitable¹³. Esta concepción resalta la naturaleza específicamente social de la lesividad inherente a todo delito: lo relevante no es el daño que



⁹ Ver MAIER, J.B.J., "Dogmática penal y víctima del hecho punible", en AA.VV., *Teorías actuales en el Derecho Penal*, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 344.

¹⁰ HIRSCH, H.J., "Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico", (trad. Pastor, D.R.), en AA.VV., *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, ed. U.N.E.D., Madrid, 2001, p. 371.

¹¹ PORTILLA CONTRERAS, G., "Tema I. El Derecho penal como sistema de control social", en ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (dir.), *Derecho Penal. Parte General*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 50.

¹² PORTILLA CONTRERAS, G., "Tema I. El Derecho penal como sistema de control social", cit., p. 49.

¹³ JAKOBS, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen der Zurechnungslehre*, 2^a edic., ed. De Gruyter, Berlin-New York, 1991, 2/5.

sufre un determinado individuo, sino la perturbación de las normas que mantienen la estructura social¹⁴.

Es obvio que esa dimensión colectiva y normativizada del delito, ésa su significación respecto a la vigencia de la norma, no es desdenable. Sin embargo, admitirla no debe suponer desconocer otra realidad: la afectación fáctica a la vida o al patrimonio no es el único elemento a considerar, pero no puede ser negada su virtualidad como condición. Se sigue, no obstante, cuestionando la virtualidad funcional del principio de lesividad, pues lo esencial en el Derecho penal no sería la protección de bienes jurídicos, sino la protección de la vigencia de las normas, y el quebrantamiento de la vigencia de la norma constituiría la esencia de la noción de delito, en la herencia de las aportaciones dogmáticas que, en la década de los treinta del siglo XX postularon, sobre todo en Alemania, un concepto de delito como lesión de deber¹⁵.

Las reservas de JAKOBS frente a la presunta eficacia garantista del principio de protección de bienes jurídicos son explícitas: “*Lo que con razón se pueda calificar como un ataque peligroso a un bien jurídico tiene que ser, según parece, socialmente nocivo, si se intenta definir el estado de integridad de la sociedad por la intangibilidad de los bienes jurídicos... En un consecuente desarrollo de este criterio de tomar como punto de partida la protección de bienes jurídicos, habría que combatir penalmente incluso los pensamientos peligrosos de autores potenciales, o más aún, las fuentes de las que surgen estos pensamientos peligrosos... Desde luego, cabe guardarse, por sus evidentes efectos secundarios indeseados, de un Derecho penal que combata los pensamientos, pero se trata entonces —desde la perspectiva de la protección de bienes jurídicos— de límites externos que se marcan al criterio, incapaz de autolimitarse en ese sentido, de la protección de tales bienes*”¹⁶.

¹⁴ ALCÁZER GUIRAO, F., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?. Apuntes sobre el concepto material de delito*, ed. Atelier, Barcelona, 2003, p. 62.

¹⁵ ALCÁZER GUIRAO, F., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?. Apuntes sobre el concepto material de delito*, cit., p. 21.

¹⁶ JAKOBS, G., *Fundamentos del Derecho penal*, traducción, Cancio Meliá-PeñaRanda Ramos, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, págs. 184-185.

Tiene razón el profesor de Bonn al afirmar que el objetivo de protección de bienes jurídicos, perseguido a ultranza, es decir, sin límite, es incapaz de poner, a su vez, límites a la intervención penal; hasta el punto de que puede llevar a la persecución del pensamiento peligroso, o incluso de sus fuentes. Pero quizás la argumentación no sea totalmente concluyente, ya que toda política criminal que buscara, también a ultranza, cualquier otro objetivo preventivo —incluida la vigencia de la norma— estaría abocada al mismo resultado: persecución ilimitada de las fuentes más remotas del delito.

Olvida, además, JAKOBS que la protección de bienes jurídicos ha de ser contemplada en su complejidad. El Estado de Derecho está obligado a minimizar la presencia y alcances del delito porque éste ataca los derechos y libertades que dan contenido a ese modelo de Estado. Pero no lo hace unilateralmente: en la lucha contra el delito —no sólo legítima sino también imperativamente impuesta por los modelos constitucionales— la tutela de unos bienes jurídicos no puede hacerse sacrificando arbitraria o desmesuradamente otros, por ejemplo, los derechos del delincuente. Por tanto, del juego recíproco de bienes a tutelar surgen criterios de autolimitación del sistema que JAKOBS no llega a valorar. Y que, desde luego, no se pueden detectar en ámbitos ideológicos como los del Derecho penal del enemigo, en los que, *a priori*, ya se ha prescindido de los límites. En ese contexto, es obvio que el principio de tutela de bienes jurídicos no es capaz de autolimitarse; lo que, sin embargo, en el marco de esas propuestas, tampoco resulta preocupante.

Con todo, debe reseñarse que concebir el injusto como lesión de la vigencia de la norma supone, en comparación con las posibilidades de adelantamiento de la punición que brindaban las tesis que ven en el delito la lesión de un deber ético-jurídico, un acotamiento superior de las fuentes de exigencia de responsabilidad penal¹⁷. Para JAKOBS el límite al *ius puniendi* debe provenir de la consideración del sujeto como ciudadano, titular de un ámbito de autonomía que el Estado no puede invadir: sólo concibiendo al sujeto como persona de Derecho puede ga-



¹⁷ ALCÁZER GUIRAO, F., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material de delito*, cit., p. 55.

rantizarse su autonomía. Una intervención penal que desconozca estos límites, está tratando al sujeto como enemigo, lo que puede ser, ciertamente, útil para la protección de bienes jurídicos, pero a costa de privar al ciudadano de una parte de su esfera interna: “el Derecho penal de enemigos optimiza la protección de bienes jurídicos, el Derecho penal de ciudadanos optimiza las esferas de libertad”¹⁸.

En sentido contrario, se puede pensar, y quizá más razonablemente, que si el principio de protección de bienes jurídicos puede existir pacífica y rentablemente en el marco del Derecho penal del enemigo, sin ponerle límites, es porque éstos ya han desaparecido en ese marco, y con carácter previo a las consideraciones sobre lesividad. No pueden, en efecto, ser silenciadas las concomitancias de la doctrina del Derecho penal del enemigo con el Derecho penal de autor: el concepto de enemigo que se maneja lleva a sus más altas cotas “*las dosis de subjetivismo y sustancialismo que, como denunciara FERRAJOLI, están presentes en el diseño de todas las modalidades de tipos de autor: la ley no prohíbe ni regula conductas; asumiendo funciones constitutivas de los presupuestos de la pena, construye estatus personales directamente criminalizados*”¹⁹.

Por otra parte, quizá no resulta factible definir la intangible esfera privada del ciudadano si no es en referencia a la lesividad. De acuerdo con el punto de partida, se mantiene que no puede ser objeto de intromisión punitiva “*cualquier conducta que se mantenga en la esfera privada, en la medida en que no concurre con la de otra persona y deje entonces de ser privada*”²⁰. Lo que supone reconocimiento de que la intervención penal queda justificada (sólo) cuando la conducta a examen trasciende lo privado y concurre con la esfera privada de otro: es decir, se proyecta al exterior con determinados efectos, que, en materia penal, no pueden sino ser negativos, es decir, lesivos.

¹⁸ JAKOBS, G., *Fundamentos del Derecho penal*, cit., págs. 187 a 190.

¹⁹ TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Una connivencia cómplice. En torno a la construcción teórica del denominado Derecho penal del enemigo”, en CANCIO MELLÁ, M., y GÓMEZ JARA, D., *El Derecho penal del enemigo*, 2, ed. Edisofer-B de F, Madrid-Montevideo, 2006, p. 1017.

²⁰ JAKOBS, G., *Fundamentos del Derecho penal*, cit., p. 190.

I.1.2.2. De reducción del ámbito de vigencia del principio

Otras corrientes doctrinales prefieren, una vez constatada en la práctica la pérdida de eficacia garantizadora del principio de lesividad, optar por asegurarle un menor ámbito de vigencia, el del Derecho penal “clásico”; en las parcelas que exceden ese ámbito, se acepta lo que parece una derrota irreversible del principio.

En esta línea se mueve la propuesta de HASSEMER. Celoso guardián de un concepto de bien jurídico, lo limita al ámbito de protección de intereses personales²¹, aunque deba admitir la presencia junto a ellos, como bienes jurídicos indiscutidos, de ciertos intereses de la comunidad, tales como la correcta administración de justicia²².

Pero lo cierto es que el Derecho penal “moderno” trasciende ese reducido ámbito de intervención y va más allá, planteando una disyuntiva de difícil solución: no resulta deseable ceder ante el empuje pan-penalista de la modernización, pero tampoco se puede mantener *in totum* la pureza del sistema, porque significaría, simplemente, desconocer las exigencias que la realidad le impone.

Ante la disyuntiva, la propuesta es “*buscar una forma de responder a los problemas modernos con una modernización del Derecho: no ya recargando el tradicional Derecho penal con adiciones modernizadoras, sino desarrollando respuestas jurídicas adaptadas a los retos de la modernización social...* Quizás sería recomendable regular en un ‘Derecho de intervención’ los problemas que las modernas sociedades han llevado al moderno Derecho penal”²³.



²¹ HASSEMER, W., *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 39 y siguientes.

²² HIRSCH, H.J., “*Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico*”, cit., p. 375.

²³ HASSEMER, W., y MUÑOZ CONDE, F., *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, cit., págs. 44 a 46.

De este modo se reservaría el clásico acervo de criterios de imputación penal para los delitos contra la vida, la libertad, la dignidad, el patrimonio, etc., es decir, para los delitos tradicionales; y se confiarían las conductas propias del Derecho penal moderno o nuevo, en coherencia con su naturaleza de infracciones menores, a un sistema del que se excluyera la pena carcelaria, “dentro” del Derecho penal, pero con reglas de imputación y principios garantizadores de menor nivel²⁴. Lo que no debe provocar escándalo, ya que, se nos dice, “*la perfección sistemática y la limpieza conceptual no son valores jurídicos en sí mismos, sino valores al servicio de respuestas adecuadas a su tiempo*”²⁵.

Esta aminoración del nivel de garantías afectaría, en primer lugar, al principio de lesividad: cuando no se trata de castigar, sino de controlar, ni de retribuir, sino de asegurar²⁶, el propio concepto de bien jurídico se ha sustituido por funciones de diversa naturaleza, cuyo control y aseguramiento no pueden confiarse al núcleo duro del Derecho penal —que debe ser mantenido en su pureza— sino al “Derecho de intervención”.

Se trata, en definitiva, de que aquél delegue en éste “*la protección de intereses que no pertenecían a su ámbito clásico de aplicación. A su vez, es más que probable que tal expansión flexibilice reglas de imputación y principios de garantía; pues, dada la naturaleza de los intereses objeto de protección, dicha tutela sería prácticamente imposible en el marco de reglas y principios básicos*”²⁷. Preterición, pues, del principio de exclusiva tutela de bienes jurídicos, en una sistema penal ampliado, para, así, dar una “*ordenada respuesta a la demanda punitiva*”²⁷. No resulta, sin embargo,

²⁴ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 121. Se olvida, quizás, que “el Derecho penal es todo él en su conjunto Derecho penal”, como advierte MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 185.

²⁵ HASSEMER, W., y MUÑOZ CONDE, F., *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, cit., p.45.

²⁶ HASSEMER, W., y MUÑOZ CONDE, F., *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, cit., p. 46.

²⁷ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, cit., p. 123.

totalmente coherente una propuesta que, nacida de la preocupación por la degradación de las garantías, concluye reivindicando un modelo garantista de “menor nivel”. Y que, por otra parte, no explica cómo el desarme garantista, que no ha podido ser detenido por el Derecho penal clásico, va a ser frenado por el Derecho penal de intervención. Con el riesgo añadido de que si se acepta esta “segunda velocidad”, y la consiguiente trivialización de las garantías —riesgo nada desdeñable si se conoce que “*el orden autoritario crea adicción al verdugo, oficial o clandestino*”²⁸— se nos propondrá, con los mismos argumentos, una “tercera velocidad”, en la que, ante la gravedad de ciertos delitos, coexistirían penas carcelarias y flexibilización de los principios político-criminales y de las reglas de imputación²⁹. Tal como ya viene ocurriendo en los delitos de terrorismo, de pornografía infantil o de blanqueo de dinero, en muchos de los cuales la protección penal se ha adelantado tanto que resulta imposible relacionar la conducta típica con el bien jurídico que se dice proteger. O, simplemente, se ha perdido la referencia a éste.

I.2. Reivindicación del principio

Las anteriores propuestas no brindan una base sólida para la preterición del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.

I.2.1. La afectación a un bien jurídico como *conditio sine qua non* de punición

La referencia al bien jurídico es insustituible como criterio de fundamentación y limitación del *ius puniendi*. Máxime cuando doctrinalmente se ha restaurado su vinculación con situaciones objetivas y con intereses previos a la norma jurídica, y cuando se le han devuelto su relevancia crítica y su función axiológica³⁰.



²⁸ OUVIÑA, G., “Estado constitucional de Derecho y Derecho Penal”, en AA.VV., *Teorías actuales en el Derecho Penal*, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 57.

²⁹ Tal como denuncia CANCIO MELIÁ, M., “Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000”: *Jueces para la democracia*, Madrid, 2002 (44), p. 21.

³⁰ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., p. 470.

Incluso la creciente preocupación político-criminal actual por la víctima, desde la que se cuestiona la relevancia del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, debe comenzar por “*la consideración de un determinado bien jurídico que proteger y, por tanto, la consideración de su titular*”³¹.

Es cierto que el bien jurídico no suministra un criterio de identificación de los marcos que requieren de tutela penal ni, por tanto, legítima apriorísticamente las sanciones penales. Más adelante se insistirá sobre este punto. Pero puede ofrecer criterios negativos de deslegitimación para afirmar que una determinada prohibición penal o la punición de un concreto comportamiento prohibido carecen de justificación³². La lesión de un bien jurídico se constituye así en condición necesaria, aunque no suficiente, de la punición³³.

Sólo el principio de lesividad puede cumplir esta función garantizadora, de acuerdo con la propuesta kantiana, válida sobre todo en el campo penal, según la cual la (única) tarea del Derecho es la de hacer compatibles entre sí las libertades de cada uno. Que es lo que viene a reconocer el art. 4 de la Declaración de Derechos de 1889. No se trata, pues, de la sola afirmación de un ámbito de autonomía personal —vinculada a la idea de dignidad personal, a la separación Derecho-moral, tan contundentemente negada por las doctrinas nacionalsocialistas³⁴ y al modelo pluralista e igualitario que caracteriza a los Estados democráticos, y es, en cuanto tal, rico en consecuencias garantistas— sino de la constatación de que la intervención penal sólo puede estar justificada si, como mínimo, la proyección externa del sujeto se realiza obstaculizando o impidiendo el ejercicio de derechos de otro. Y eso es lo que refleja esencialmente el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.

³¹ MORENO HERNÁNDEZ, M., “Política criminal y dogmática de las víctimas”, en AA.VV., *Teorías actuales en el Derecho Penal*, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 358.

³² PORTILLA CONTRERAS, G., “Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos”: *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, 1989 (39), p. 735.

³³ BUTELEN, (H.) J.A., “Garantías y bien jurídico”, en AA.VV., *Teorías actuales en el Derecho Penal*, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 411.

³⁴ ALCÁZER GUIRAO, F., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material de delito*, cit., p. 40.

I.2.2. Afectación a un bien jurídico como principio limitador del *ius puniendi* estatal

Así considerado, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos se revela como fundamento insustituible de criterios criminalizadores, a los que, por otra parte, impone límites de modo inmediato: el principio del hecho es incompatible con el Derecho penal de autor; la externalidad, con la punición de los meros pensamientos; la lesividad, con la exigencia de obediencia o fidelidad; la proporcionalidad, con el Derecho penal de bagatela, etc.

Históricamente, por lo demás, este principio ha jugado un papel esencial en la definición del moderno Estado de Derecho y en la elaboración, cuando menos teórica, de un Derecho penal mínimo, al que facilita una fundamentación no teológica o ética, sino laica y jurídica, orientándolo hacia la función de defensa de los sujetos más débiles por medio de la tutela de sus derechos e intereses fundamentales³⁵.

No es preciso recordar cómo el movimiento despenalizador que se inicia en la segunda mitad del siglo XX logró sacar del ámbito penal conductas como el incesto, el consumo de drogas, las prácticas homosexuales, etc., no sobre la base meramente formal de la vigencia de la norma, sino desde la teoría del bien jurídico³⁶.

I.3. Criterios de selección de bienes jurídicos acreedores de tutela jurídico-penal

La actual controversia doctrinal sobre la eficacia garantista del principio del bien jurídico ha hecho evidente, al menos, que la mera apelación al mismo nada predetermina sobre su contenido³⁷. De ahí que sea necesario plantearse, con carácter previo a la ley penal, la decisión

³⁵ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., p. 467.

³⁶ ALCÁZER GUIRAO, F., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*, cit., p. 13.

³⁷ TERRADILLOS BASOCO, J.M., "Peligro abstracto y garantías penales", en QUINTERO OLIVARES, G., y MORALES PRATS, F. (coord.), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 788.

político-criminal sobre lo que debe ser punible y lo que no. Naturalmente, situarse en ese momento previo al Derecho supone buscar un concepto de bien jurídico que no puede depender de la norma.

Para lo que procede tener bien presente la advertencia de ZAFFARONI: “*la idea de bien jurídico tutelado tiende a espiritualizar el bien jurídico hasta desembocar en un único bien tutelado, que es la voluntad del estado (de policía), dado que éste termina siendo el único juez de la necesidad e intensidad de la ilusionada tutela. Por ello cabe rechazar la idea de bien jurídico tutelado, que es una inversión extensiva racionalizante del concepto limitativo de bien jurídico afectado (proveniente del racionalismo) y sólo corresponde sostener este último como expresión dogmática del principio de lesividad*”³⁸.

Para la delimitación de lo que, por su lesividad, hace ineludible la intervención punitiva, es imprescindible la inmersión en el universo político, en la medida en que esa tarea ha de reflejar, en negativo, el conjunto de derechos, valores, intereses o principios que una sociedad considera intangibles. Un buen punto de partida lo han venido brindando las teorías del contrato social, tradicional anclaje de propuestas del concepto de bien jurídico como conjunto de atributos de los hombres, objetos e instituciones que sirven al desarrollo personal³⁹. En otro momento, y para dotar de contenido más preciso a esta línea de conceptualización, propusimos, de la mano de A. HELLER, la incorporación de criterios materiales: partir de los “*axiomas axiológicos fundamentales*” igualdad y libertad —de los que se nutren los modelos constitucionales democráticos— dirigiendo la conminación penal “*sólo frente a las conductas (todas) que dificulten gravemente o imposibiliten la participación no discriminante en los procesos de producción y distribución igualitaria de la riqueza producida*”⁴⁰.

³⁸ ZAFFARONI, E.R., *Derecho Penal. Parte General*, ed. Porrúa, México D.F., 2001, p. 122. En sentido semejante, ver ZAFFARONI, R.E., ALAGIA, A., Y SLOKAR, A., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, ed. ADIAR, Buenos Aires, 2006, págs. 111-112.

³⁹ ALCÁZER GUIRAO, F., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material de delito*, cit., p. 95.

⁴⁰ TERRADILLOS BASOCO, J.M., “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal”: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, 1981, (63), págs. 139-140.

Una vez establecido ese umbral máximo, todavía habrá que identificar criterios que aseguren la vigencia del principio de intervención mínima; o, lo que es lo mismo, que decidan, una vez en el plano de los bienes jurídicamente relevantes, los casos en que las necesidades preventivas imponen el recurso a la pena.

Naturalmente, el principio de ofensividad no puede determinar con precisión la naturaleza y la cuantía del daño que hace necesaria, en cada caso, la intervención penal. Pero impone a la ciencia y a la práctica jurídica precisamente la carga de tal demostración⁴¹. Lo que no es poco.

Desde esta perspectiva, pueden ofrecerse ciertos criterios para una minimización de prohibiciones y castigos compatible con la vocación de tutela de bienes imprescindibles.

I.3.1. Bien jurídico legalmente definido

El primero de estos criterios impone al legislador la obligación de identificar —mediante leyes que materialmente sinteticen la voluntad general— el bien jurídico afectado. Reivindicar la identificación legal de un bien jurídico afectado no se confunde con reivindicar la creación de ese bien jurídico por parte de la ley penal, sino del acotamiento legal de un sector de la realidad previo a la norma que se estima acreedor de especial tutela.

Dicho de otro modo, el proceso de identificación normativa presupone la existencia de un sector de la realidad valorado. Ese objeto valorado pasa a ser bien jurídico. Al contrario de lo que ocurre en algunas lecturas del funcionalismo sistémico, en las que lo importante es la valoración. Y, coherentemente, lo delictivo no es lo que afecta al objeto sino lo que se opone a esa valoración efectuada por la norma.

Lo que no significa mantener, como tantas veces se ha criticado desde la misma atalaya doctrinal, una concepción naturalista del bien jurídico anclada en las viejas concepciones causalistas. No se reduce el



⁴¹ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., p. 471.

bien jurídico a la categoría de objeto físico que sufre deterioro o menoscabo, ni se pretende la contemplación del delincuente al margen de la condición normativa del concepto de persona. Los criterios de definición que, tomados de A. HELLER y de sus teorías sobre las necesidades humanas, se han ofrecido con anterioridad, no se mueven en ese nivel estrictamente empírico: obligan a tomar el dato naturalístico para contemplarlo desde su significación. Por eso permiten la inclusión en el catálogo de bienes jurídicos de aquellos que, a pesar de su naturaleza transpersonalista, son indispensables para la autonomía y desarrollo personales.

En este punto es palpable un acercamiento a tesis “espiritualizadoras” del bien jurídico que, en lo metodológico pero no en lo ideológico, van desde WELZEL a JAKOBS. Pero lo que aquí se defiende, y resulta tan olvidado, es la idoneidad limitadora del principio de lesividad: no ha lugar a analizar la significación —jurídica— del dato fáctico si éste no existe; no ha lugar a identificar el delito con la oposición a la valoración (la vigencia de la norma) si no afecta previamente al objeto de la valoración.

En el plano aplicativo, la exigencia de identificación de un bien jurídico legalmente definido tiene una enorme trascendencia: la negación de tipicidad de las conductas formalmente subsumibles en la fórmula legal, pero que ni lesionan ni ponen en peligro el interés tutelado. Lo que obliga a una relectura de los delitos meramente formales, de los que suponen simple violación moral o de los de peligro presunto.

Así, cuando la materia de prohibición se vincula en la ley penal a la concurrencia de infracciones reglamentarias o, incluso, a la inexistencia de autorizaciones administrativas concretas, lo que se impone es una lectura de la norma, que, respetuosa con el principio de lesividad, deseche la posibilidad de castigar allí donde la conducta, considerada en concreto, carezca de idoneidad para afectar de manera relevante al bien jurídico definido en términos penales.

Claro es que esta posibilidad de reconducir lo (aparentemente) infraccional al ámbito de lo penalmente relevante, desaparece cuando es el propio legislador el que veta la apelación al bien jurídico afectado. Tal es el caso del art. 379 del Código Penal español, que castiga a quien conduce un vehículo de motor con velocidad o con tasas de alcohol supe-

riores a las administrativamente permitidas, haciendo dejación expresa del peligro que tales circunstancias pudieran haber desencadenado. El bien jurídico ha desaparecido como referencia.

I.3.2. Intervención mínima

El principio de intervención mínima, proyectado, conjuntamente con el de lesividad, sobre el proceso de criminalización de conductas, impone dos exigencias iniciales: debe tratarse de comportamientos “*consistentes en las modalidades más graves de ataques a bienes sociales imprescindibles*”⁴², y que superen, por tanto, el nivel de los conflictos interpersonales; y sus consecuencias deben poder ser constatadas y valoradas por las ciencias empírico-sociales⁴³.

El carácter esencial, imprescindible, de los bienes jurídicos afectados resulta evidente cuando se trata de los denominados “derechos fundamentales”, es decir, los clásicos derechos individuales y liberales, pero también los colectivos y/o sociales, como el derecho al medio ambiente o a la salud. Igualmente, como exige FERRAJOLI, han de incluirse aquí bienes que no son derechos, como el interés colectivo, y ciertamente fundamental, a una administración no corrupta de los asuntos generales.

Aemás, debe tratarse de un daño o de un peligro verificable y evaluable empíricamente, partiendo de las características de cada concreto comportamiento prohibido y no considerando en abstracto sólo el contenido de la prohibición⁴⁴.

La aceptación y desarrollo de esta propuesta comporta un sustancioso recorte de los ámbitos criminalizados; ámbitos hoy ocupados en demasia, a impulsos de la “dialéctica de lo moderno”, por la tutela de



⁴² TERRADILLOS BASOCO, J.M., “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal”, cit., p. 125.

⁴³ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “La contextualización del bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista”, en AA.VV., *Teorías actuales en el Derecho Penal*, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 437.

⁴⁴ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., p. 472.

bienes jurídicos colectivos mediante el generoso recurso a los denominados tipos de peligro abstracto⁴⁵.

En este punto se produce la inevitable tensión entre el recelo que suscita esta técnica y las necesidades planteadas por la realidad de ciertos bienes jurídicos cuya tutela no permite otras opciones. Así ocurre en el ámbito de los delitos económicos. Pero no sólo vida y salud de los trabajadores, vida y salud de los consumidores, derecho al medio ambiente, derecho al patrimonio histórico, artístico y cultural, etc., son bienes jurídicos de presencia añeja en nuestros ordenamientos. Como lo son los intereses patrimoniales tutelados por los delitos contra la propiedad industrial, o contra derechos de los socios en la corporación mercantil.

Son precisamente las peculiaridades de los bienes jurídicos afectados las que imponen el recurso a tipos de peligro. Que, a pesar de concitar el grueso de las críticas, lo cierto es que no tienen porqué comportar un debilitamiento de los criterios de imputación ni un desarme garantista, ya que incluso cuando ese recurso sea inevitable, se puede minimizar su virtualidad expansiva.

Es técnica conocida, sobre todo en los delitos socio-económicos, que la tutela de un bien jurídico aparezca ligada a situaciones determinadas que condicionan su seguridad; el legislador pueda entonces optar —entre otras alternativas no exentas de problemas⁴⁶— por proteger el bien jurídico a través de la tutela de la situación instrumental y conjuntamente con ella, en el entendimiento de que el interés supraindividual quedará afectado al ponerse en peligro los bienes jurídicos individuales últimos⁴⁷. La inclusión como elemento típico de la afectación real a la situación instrumental tiene efectos limitadores evidentes. Sin embargo, la limitada eficacia de estas técnicas no exonera de la obligación de reformular teóricamente los delitos de peligro.

⁴⁵ HASSEMER, W., "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico": *Doctrina Penal*, Buenos Aires, 1989 (46/47), págs. 279-280.

⁴⁶ Ver MATA Y MARTÍN, R.M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, ed. Comares, Granada, 1997, págs. 21 a 46.

⁴⁷ Ver TERRADILLOS BASOCO, J.M., "Peligro abstracto y garantías penales", cit. P. 810.

Proceso que arranca de la inicial y radical negativa al retorno al peligro presunto o al deducido de la mera probabilidad estadística. Se trataría de una opción, incluso si limitada al "Derecho penal de intervención", constitucional. El planteamiento ha de ser, tanto en lo político-criminal como en lo dogmático, otro: se pueden reivindicar los tipos de peligro sólo si se tienen presentes dos datos esenciales: que peligro supone probabilidad de un mal (típico) y que todos los presupuestos de exigencia de responsabilidad criminal han de ser probados.

La probabilidad lo ha de ser, pues, de un mal que, en Derecho penal, ha de afectar de manera tangible a un bien jurídico. Lo que lleva a negar la admisibilidad de los delitos de desobediencia o de inmoralidad, a los que se asigna, ante la ausencia de bien jurídico susceptible de lesión, la etiqueta de peligro para ocultar que no peligra nada. No se puede, por ejemplo, regresar a la justificación del incesto con el argumento de que ofende a la moral pública, porque encierra la falacia de esconder que lo que se protege no es un bien jurídico sino solamente la vigencia de la propia norma.

No es, por tanto, adecuado fundamentar la crítica al concepto de bien jurídico en su inidoneidad para explicar una serie de delitos como el incesto, el exhibicionismo o los ultrajes a la religión, considerados como delitos de peligro abstracto⁴⁸. La consecuencia que ha de extraerse de tan evidente dato no es la incapacidad comprensiva del concepto de bien jurídico, sino la inexistencia de bien jurídico afectado en estos casos: no se debe cuestionar la vigencia del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, sino la admisibilidad de esos denominados tipos de peligro, en los que el peligro está ausente. Además, el peligro como probabilidad, exige una prueba de afectación negativa a la seguridad de un bien jurídico en el caso concreto que se está juzgando: no hay delito de peligro cuando se constata la sola probabilidad estadística, pero no la idoneidad lesiva del hecho concreto⁴⁹.



⁴⁸ JAKOBS, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen der Zurechnungslehre*, cit., 2/19.

⁴⁹ TERRADILLOS BASOCO, J.M., "Sistema penal y empresa", en TERRADILLOS BASOCO, J.M., y ACALE SÁNCHEZ (coords.), *Nuevas tendencias en Derecho penal económico*, ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2008, págs. 27-28.

De aceptarse estas premisas, que son, por lo demás, obvias, la exigencia de peligro —relevante— puede acotar el ámbito típico con más claridad que la de resultado lesivo en ciertos delitos que, por construirse sobre bienes jurídicos vagos, no descritos sino aludidos, abstractos por indeterminables, terminan por criminalizar conductas ayunas de ofensividad, porque lesionan lo que no es determinable o no es penalmente relevante. Así, la decantación legislativa por los delitos de peligro, siempre tan denostada, ha de valorarse, evitando juicios globalizadores, y teniendo presentes las características específicas de los diferentes bienes jurídicos, en ocasiones no susceptibles de protección mediante otras técnicas. Y las críticas que, por su alejamiento de los principios de legalidad, lesividad y culpabilidad, se vienen tradicionalmente oponiendo a los delitos de peligro, deben quedar relativizadas si se exige que éste sea real, grave y probado⁵⁰.

I.3.3. Subsidiariedad

Una política penal de tutela de bienes tiene justificación y credibilidad sólo cuando es subsidiaria de una política extra-penal de protección de los mismos bienes. Reforzar la intervención de los mecanismos pre-penales, tendría un claro efecto limitador, ya que, aun en el caso de bienes jurídicos de relevancia indiscutida, obligaría a reservar la criminalización a determinadas formas de ataque, confiando las demás al Derecho civil o al administrativo. Frente a las propuestas de confinar en un sistema sancionador de “segunda vía” determinados preceptos penales que hoy dispensan su tutela a intereses no acreedores de la consideración de auténticos bienes jurídicos —y que vienen a coincidir en la práctica con los delitos contra el orden socioeconómico⁵¹— hay que situar el debate en el momento previo: el de la detección de la criminalidad grave, que exigirá respuestas preventivamente adecuadas, que no pueden ser construidas prescindiendo *ab initio* de la pena privativa de libertad, al menos si se quiere mantener cierta coherencia valorativa.



⁵⁰ Ver TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Peligro abstracto y garantías penales”, cit., págs. 812-813.

⁵¹ A pesar de que, al menos en el ordenamiento español, la “expansión” sigue derroteros bien distintos: ver TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Sistema penal y criminalidad internacional”, en ARROYO ZAPATERO, L.A., y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.

Si se detecta en algún sector infraccional una fuerte expansión punitiva, a expensas de las garantías propias del modelo penal democrático, lo coherente en doctrina no es la adhesión a la "segunda vía", sino un rearme teórico y político, en torno a la reivindicación de principios que dotaran al sistema penal de un ámbito propio, acotado y fundamentado.

Con el consiguiente recorte de pretensiones criminalizadoras y confiando al sistema sancionador administrativo lo que no puede alcanzar relevancia penal. Una radical descriminalización de la delincuencia de bagatela, de injustos meramente formales, de puras desobediencias, de irregularidades a las que puede poner eficaz coto el Derecho privado o el administrativo-sancionador⁵², debe ser aplaudida.

La administrativización del sistema sancionador —bien distinta a la administrativización del Derecho penal⁵³— no comporta necesariamente desarme preventivo⁵⁴. Antes bien, no se debe renunciar a los importantes efectos que pueden esperarse de las sanciones administrativas, que pueden llegar incluso a ámbitos vetados a las penales, como es el caso —hoy, en España— de las personas jurídicas; ni puede el Derecho



(dir.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, I, ed. Universidad de Castilla-La Mancha-Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, págs. 759-760. Los trabajos más recientes dedicados al tema, se centran en otros delitos; ver CANCIO MELIÁ, M., "Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000", cit.; DÍAZ PITA, M.M., y FARALDO CABANA, P., "La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código Penal de 1995": *Revista de Derecho y proceso penal*, Pamplona, 2002 (7); LUZÓN PEÑA, D.M., "Función simbólica del Derecho penal y delitos relativos a la manipulación genética", en AA.VV., *Modernas tendencias del Derecho Penal y de la Criminología*, Madrid, 2001; PÉREZ CEPEDA, A.I., "Un ejemplo más del derecho penal simbólico": *Actualidad Penal*, Madrid, 2001, (21).

⁵² Qué es lo que, en el fondo, propone MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. Parte general*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, págs. 27-28.

⁵³ Criticada en MIR PUIG, S., "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendo*", en AA.VV., *Estudios penales y Criminológicos*, ed. Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1991, p. 213.

⁵⁴ Aunque tampoco es garantía de mejor tutela de los intereses a proteger: ver TERRADILLOS BASOCO, J.M., "Fraude de subvenciones comunitarias. Los medios de control", en TERRADILLOS BASOCO, J.M. (coord.), *Protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea*, ed. Trotta, Madrid, 2001, págs. 31 a 35.

penal asumir la ordenación de estrategias económicas, que deben confiarse al Derecho administrativo, con sus medios preventivos, coercitivos y coactivos propios⁵⁵. Pero esta razonable opción requiere el debate previo sobre la lesividad de las conductas a examen. Constatada ésta, la criminalización basada en los clásicos principios de merecimiento, necesidad y oportunidad de pena, ni se precisa “otra” teoría del delito⁵⁶ ni sería admisible degradación alguna de garantías⁵⁷. El camino a seguir es justamente el contrario al elegido por el legislador cuando este recurre al instrumental sancionador jurídico-penal para reforzar políticas coyunturales, objetivo al que sólo pueden servir, legítimamente, instrumentos sancionadores de naturaleza administrativa. Cuando el ARCP08 español confiesa expresamente, en su Exposición de Motivos, que el objetivo de la criminalización del favorecimiento de la inmigración clandestina es “*la defensa de los intereses del Estado a controlar los flujos migratorios*”, está cayendo, paladinamente, en la perversión denunciada. Aunque, en descargo del legislador español hay que advertir que no ha ido tan lejos como la Italia de Berlusconi, que, en 2009, criminaliza la propia inmigración clandestina.

I.3.4. Idoneidad

Parece además obvio que el sistema penal ha de conformarse con la criminalización de conductas que “puede” prohibir. Cuando la cantidad de hechos considerados delictivos por la ley que se castigan es notoriamente inferior a los que quedan sin pena, está claro que la función de la norma penal no es la de tutela de bienes jurídicos, sino la mera afirmación simbólica de “valores”⁵⁸.



⁵⁵ FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J., *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*, ed. Civitas, Madrid, 2002, p. 203.

⁵⁶ Ver GIMBERNAT ORDEIG, E., “*¿Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de una Parte General son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y del sistema de sanciones?*”, en AA.VV., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, ed. UNED, Madrid, 2001, págs. 355 a 370.

⁵⁷ Ver, al respecto, CANCIO MELIÁ, M., “Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000”, cit., págs. 21 a 26.

⁵⁸ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., p. 473.

Función simbólica que puede ser la que despliega toda norma penal al resaltar sintéticamente y didácticamente el universo de valores y principios subyacentes al sistema penal⁵⁹; pero que puede suponer también utilización de esa norma, como mero refuerzo de valores o expectativas, en desmedro de la función instrumental preventiva que le es propia⁶⁰. Pero también la expresión “función simbólica” puede aludir al enmascaramiento de la realidad del sistema penal, con la creación de apariencia de resolución de conflictos que permanecen intocados⁶¹, haciendo creer en el imposible cumplimiento de objetivos inaccesibles porque, en el fondo, no son los realmente perseguidos y, en consecuencia, no se articulan medios para alcanzarlos. En estos casos lo simbólico ha cedido al enmascaramiento ideológico⁶².

Así concebida, la función simbólica oculta una realidad de indiferencia o complicidad con el delito al que sólo retóricamente se dice perseguir. No supone, pues, expansión penal alguna, sino inhibición; eso sí, no proclamada y plasmada en las leyes penales, sino negada; pero, objetiva y materialmente, aceptada⁶³.



⁵⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en AA.VV., *Modernas tendencias del Derecho Penal y de la Criminología*, ed. UNED, Madrid, 2001, págs. 111-112; LUZÓN PEÑA, D.M., “Función simbólica del Derecho penal y delitos relativos a la manipulación genética”, cit., p. 132; MUÑOZ LORENTE, J., “Obligaciones constitucionales de incriminación y Derecho Penal simbólico”, cit., p. 118.

⁶⁰ Como prefiere DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, cit., p. 112.

⁶¹ “Una demostración de fuerza huera por parte del Estado”: DÍAZ PITA, M.M., y FARALDO CABANA, P. “La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código penal de 1995”, cit., págs. 119 a 124.

⁶² En este sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, cit., p. 122.

⁶³ Gráficamente se ha dicho que “con estas normas el legislador deslumbra al ciudadano, lo entretiene y poco más. No es que sean efectos ilegítimos, es que no producen ninguno... Esto es lo criticable, y lo es por constituir un engaño”: DÍAZ PITA, M.M., y FARALDO CABANA, P. “La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código penal de 1995”, cit., p. 127. En idénticos términos (“El ciudadano tiene la sensación de que hay una preocupación y que se le ofrece una solución a un conflicto que es esencialmente político en circunstancias en que lo que hay realmente es una incapacidad para dar esa solución”) se pronuncia HORMAZABAL MALAREE, H., “Delito ecológico y función simbólica del Derecho penal”, en TERRADILLOS BASOCO, J.M., *El delito ecológico*, ed. Trotta, Madrid, 1992, p. 53.

En suma, desprotección programada⁶⁴, en la medida en que, a una tipificación inadecuada suele acompañar la ausencia de otras políticas sociales o de prevención más costosas⁶⁵. Lo que constituye un importante factor de ilegitimidad tanto política como jurídica⁶⁶.

II. Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad ha sido objeto de apelación constante cuando se ha tratado de valorar la admisibilidad de las sanciones o de su dimensión cuantitativa.

En primer lugar, para poner veto a castigos desproporcionados, desde una consideración comparativa. En este plano, la proporcionalidad garantiza, sobre todo, coherencia interna. Pero poco más, ya que, comparando la contundencia sancionatoria de las diversas normas, sólo se pueden corregir las respuestas punitivas abiertamente lejanas entre sí. Sin embargo, no cabe objetar al sistema en sus principios y estructuras.

Un nivel superior lo representa el entendimiento de la proporcionalidad —proporcionalidad en sentido estricto— como juicio interno que coteja costes y beneficios globales. Así concebida, la proporcionalidad alcanza relevancia superior, pues el juicio global interno de proporcionalidad garantiza la correlación entre pena y lesividad del comportamiento. Pero sigue siendo un juicio interno al sistema⁶⁷.

El siguiente nivel, propuesto por LASCURAIN, lleva a la idea de necesidad. No se trata sólo del balance costes-beneficios que cada norma comporta: “Para calibrar la medida en términos de utilidad para la libertad, y para apreciar su razonabilidad en ese sentido, habrá de procederse

⁶⁴ TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal”, cit., p. 9.

⁶⁵ SILVA SANCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, cit., p. 123.

⁶⁶ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., p. 475.

⁶⁷ LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A., “La proporcionalidad de la norma penal”: *Cuadernos de Derecho Público*, 1998 (5), págs. 169 y 174.

*a su comparación con otras medidas alternativas y sopesar si con una medida de menor intensidad coactiva, con menos gasto de libertad, podemos alcanzar metas similares a las que la norma cuestionada se propone*⁶⁸.

Ésa es la perspectiva adoptada por el Tribunal Constitucional español, que ha vinculado el principio de proporcionalidad al de necesidad de pena. Con criterios restrictivos-coincidentes, por otra parte, con los manejados por el Tribunal Constitucional alemán⁶⁹, el Tribunal, en dos importantes sentencias (161/1997 y 136/1999) vino a afirmar su recortada competencia —para no interferir en esferas propias del poder legislativo— limitándose a señalar que procede considerar innecesaria a la sanción penal sólo cuando el razonamiento lógico o datos empíricos no controvertidos acrediten que el ordenamiento cuenta con medios alternativos y menos afflictivos para lograr los objetivos deseados.

Este es el nivel de reflexión que nos propone HIRSCH, que, en la búsqueda de criterios garantistas, prescinde del principio de lesividad, acudiendo, en su lugar, al de proporcionalidad.

Si, como afirma, no existe un bien jurídico previo al Derecho⁷⁰, “la búsqueda de una limitación a priori del derecho penal se debe hacer con la vista puesta en un criterio distinto ... si bien se debe mantener la atención, en efecto, en la dañosidad social, la mirada debe ser dirigida decisivamente a la escala de los medios estatales de regulación e intervención. La legitimación de la pena no proviene de objetos preexistentes, sino que de la legitimación de la pena provienen los objetos por ella protegidos... Por consiguiente, la legitimación de la pena presupone el principio de proporcionalidad y, como partes de él, a los principios de subsidiariedad y ultima ratio”⁷¹.

⁶⁸ LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A., “La proporcionalidad de la norma penal”, cit., p. 162.

⁶⁹ HIRSCH, H.J., “Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico”, cit., p. 379.

⁷⁰ HIRSCH, H.J., “Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico”, p. 379.

⁷¹ HIRSCH, H.J., “Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico”, cit., págs. 377-378.

En la propuesta de HIRSCH se buscan criterios y principios garantistas a partir de la idea de proporcionalidad. Pero se trata de una propuesta limitada: proporción, subsidiariedad, *ultima ratio*, no son sino conceptos de alcance técnico (conservador) cuando son considerados desde el interior del sistema. Pueden empezar a suponer una garantía sólo cuando se les pone en relación con elementos trascendentales al sistema; cuando se pretende responder a la pregunta de "¿proporcionado a qué?", "¿necesario para qué?". Si se parte del axioma de que la pena es legítima, se está evitando responder precisamente a la cuestión básica: pena legítima ¿por qué?. Sólo cabe una respuesta: porque protege, en la escasa medida que se quiera, bienes cuya valoración social positiva es previa a la norma penalizadora. En contra de la opinión de HIRSCH, el valor de los objetos no nace del hecho de que la norma los proteja; sino que es el valor de los objetos protegidos el que legitima a la norma penal. Por tanto, parecen procedentes las tesis conciliadoras de los principios de lesividad y proporcionalidad, en las que proporcionalidad significa adecuación valorativa entre la entidad del bien jurídico afectado y la entidad del ataque, por un lado, y respuesta penal, por otro.

Pero la determinación del bien jurídico afectado requiere un desplazamiento previo al exterior del sistema. Un programa de Derecho penal mínimo debe partir, de la selección de lo penalmente tutelable —lo que requiere merecimiento, necesidad e idoneidad de pena afirmados desde fuera del sistema penal—. Sólo con ese arranque puede ser exitosa la construcción de un sistema proporcionado. Que excluye en primer lugar la intervención allí donde el principio de intervención mínima o de subsidiariedad así lo aconsejen, y que sólo después afronta la implementación de lo requerido por la proporcionalidad en sentido estricto. En esa fase, se ha de partir de que ningún bien justifica una protección penal —en lugar de una civil o administrativa— si su valor no es mayor que el de los bienes de que priva la pena. Y si bien es cierto que esta comparación no es posible en términos estrictos, sino sólo a través de juicios de valor, no lo es menos que ello no le impide actuar eficazmente frente a la crisis inflacionaria que hoy aflige al sistema penal⁷².



⁷² FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., págs. 472-472.

La reelaboración posterior de la jerarquía de los bienes estimados merecedores de tutela y, en relación a ella, de las penas proporcionadas a tal fin, apunta a una masiva deflacción de los "bienes" penales y de las prohibiciones legales, como condición de su legitimidad política y jurídica.

Es posible, también, que en esta reelaboración quede de manifiesto la oportunidad, en aras de la tutela de bienes fundamentales, de una mayor penalización de comportamientos hoy no adecuadamente prohibidos ni castigados; sin embargo, el principio de lesividad, tal como resulta de los criterios ya comentados, actuará, en muchos más casos, como instrumento idóneo para excluir, por injustificados, muchos tipos penales consolidados o para restringir su extensión mediante cambios estructurales profundos.

III.Epílogo

Lo que se propone no es, ni mucho menos, nuevo. Está cimentado en la tradición ilustrada. Las concepciones utilitaristas y la reivindicación de separación entre Derecho y moral, brindan andamiaje suficiente como para dar contenido al axioma *nulla poena sine necessitate*, que sintetiza, a su vez, las propuestas *nullum crimen, nulla poena sine iniuria y nulla necessitas sine iniuria*⁷³.

Evidentemente, es difícil establecer la concurrencia de *iniuria*, y mucho más la de *necessitas*, cuando la referencia al bien jurídico afectado o a las formas de ataque al mismo quedan en la indefinición. Un significativo ejemplo lo brinda el ARCP08 al pretender introducir, en el nuevo eventual art. 348 del Código Penal español, la siguiente cláusula: "*Las mismas penas* (prisión de seis meses a tres años, multa e inhabilitación especial) *se impondrán a quien, de forma ilegal, produzca, importe, exporte, comercialice o utilice sustancias destructoras del ozono*". Si se tiene en cuenta que en el mismo precepto se castiga, con las mismas penas, la



⁷³ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., p. 465.

elaboración o transporte de explosivos “o cualesquiera otras materias... que puedan causar estragos... poniendo en concreto peligro la vida, la integridad física o la salud de las personas”, la proporcionalidad deviene, *in nuce*, imposible. La criminalización del peligro presunto, su equiparación a formas de peligro concreto, la absoluta indefinición de los medios, etc., hacen de la pretensión del ARCP08, un clarificador ejemplo de alejamiento de los principios de lesividad y de proporcionalidad.

El principio de exclusiva tutela de bienes jurídicos, entendido como criterio limitador —y no promotor— de una intervención penal que requiere, como *conditio sine qua non*, lesividad constatable, real o potencial, de las conductas incriminadas, no es sustituible, ni total ni parcialmente. Y así debe ser exigido al legislador. Pero también al aplicador del Derecho y al estudiioso dogmático⁷⁴; de modo que, en los casos en que la letra de la ley sugiera la preterición del principio de lesividad, la interpretación, impuesta por otra parte por cualquier modelo constitucional democrático, se dirija, precisamente, a las lecturas más respetuosas con la vigencia de tal principio⁷⁵.

83

~

⁷⁴ GARCÍA RIVAS, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996, págs. 49-50; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal”: *Poder Judicial*, Madrid, 1992 (28), p. 9.

⁷⁵ Por ejemplo, en el marco de los delitos de peligro abstracto: TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Peligro abstracto y garantías penales”, cit., págs. 814-815.

Bibliografía

- ALCÁZER GUIRAO, F., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?. Apuntes sobre el concepto material de delito*, ed. Atelier, Barcelona, 2003.
- BUTELER, (H.) J.A., "Garantías y bien jurídico", en AA.VV., *Teorías actuales en el Derecho Penal*, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.
- CANCIO MELIÁ, M., "Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000": *Jueces para la democracia*, Madrid, 2002 (44).
- DÍAZ PITA, M.M., y FARALDO CABANA, P., "La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código Penal de 1995": *Revista de Derecho y proceso penal*, Pamplona, 2002 (7).
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., "La contextualización del bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista", en AA.VV., *Teorías actuales en el Derecho Penal*, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., "El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena", en AA.VV., *Modernas tendencias del Derecho Penal y de la Criminología*, ed. UNED, Madrid, 2001.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J., *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*, ed. Civitas, Madrid, 2002.
- FERNÁNDEZ, G.D., "Bien jurídico y sistema del delito", en AA.VV., *Teorías actuales en el Derecho penal*, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.
- FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, traducción Andrés-Ruiz-Bayón-Terradillos-Cantarero, ed. Trotta, Madrid, 1995.
- GARCÍA RIVAS, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., "¿Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de una Parte General son idóneas para satisfacer la

actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y del sistema de sanciones?", en AA.VV., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, ed. UNED, Madrid, 2001.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., "Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal": *Poder Judicial*, Madrid, 1992 (28).

*HASSEMER, W., "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico": *Doctrina Penal*, Buenos Aires, 1989 (46/47).

HASSEMER, W., *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

HASSEMER, W., y MUÑOZ CONDE, F., *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

HIRSCH, H.J., "Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico", (trad. Pastor, D.R.), en AA.VV., *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, ed. U.N.E.D., Madrid, 2001.

HORMAZÁBAL MALARÉE, H., "Delito ecológico y función simbólica del Derecho penal", en TERRADILLOS BASOCO, J.M., *El delito ecológico*, ed. Trotta, Madrid, 1992.

JAKOBS, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen der Zurechnungslehre*, 2^a edic., ed. De Gruyter, Berlin-New York, 1991.

JAKOBS, G., *Fundamentos del Derecho penal*, traducción, Cancio Meliá-PeñaRanda Ramos, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996.

JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General. I*, (trad. Mir Puig, S., y Muñoz Conde, F.), ed. Bosch, Barcelona, 1981.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., "La proporcionalidad de la norma penal": *Cuadernos de Derecho Público*, 1998 (5).

LUZÓN PEÑA, D.M., "Función simbólica del Derecho penal y delitos relativos a la manipulación genética", en AA.VV., *Modernas tendencias*

del Derecho Penal y de la Criminología, Madrid, 2001.

MAIER, J.B.J., "Dogmática penal y víctima del hecho punible", en AA.VV., *Teorías actuales en el Derecho Penal*, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. Parte general*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

MATA Y MARTÍN, R.M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, ed. Comares, Granada, 1997.

*MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, ed. Civitas, Madrid, 2001.

MIR PUIG, S., "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*", en AA.VV., *Estudios penales y Criminológicos*, ed. Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1991.

MORENO HERNÁNDEZ, M., "Política criminal y dogmática de las víctimas", en AA.VV., *Teorías actuales en el Derecho Penal*, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998

MUÑOZ CONDE, F., "Il moderno Diritto penale nel nuovo Codice Penale spagnolo: principii e tendenze": *L'indice penale*, Milán, 1996 (3).

MUÑOZ LORENTE, J., "Obligaciones constitucionales de incriminación y Derecho Penal simbólico": *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Pamplona, 2001 (6).

OUVIÑA, G., "Estado constitucional de Derecho y Derecho Penal", en AA.VV., *Teorías actuales en el Derecho Penal*, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.

PÉREZ CEPEDA, A.I., "Un ejemplo más del derecho penal simbólico": *Actualidad Penal*, Madrid, 2001, (21).

PORRILLAS CONTRERAS, G., "Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos": *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, 1989 (39).

PORRILLA CONTRERAS, G., "Tema I. El Derecho penal como sistema de control social", en ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (dir.), *Derecho Penal. Parte General*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, ed. Civitas, Madrid, 1999.

TERRADILLOS BASOCO, J.M., "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal": *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, 1981, (63).

TERRADILLOS BASOCO, J.M., "Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal": *Pena y Estado*, Barcelona, 1991 (1).

TERRADILLOS BASOCO, J.M., "Fraude de subvenciones comunitarias. Los medios de control", en TERRADILLOS BASOCO, J.M. (coord.), *Protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea*, ed. Trotta, Madrid, 2001.

TERRADILLOS BASOCO, J.M., "Peligro abstracto y garantías penales", en QUINTERO OLIVARES, G., y MORALES PRATS, F., (coord.), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2001.

TERRADILLOS BASOCO, J.M., "Sistema penal y criminalidad internacional", en ARROYO ZAPATERO, L.A., y BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I. (dir.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, I, ed. Universidad de Castilla-La Mancha-Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001.

TERRADILLOS BASOCO, J.M., "Las reformas penales españolas de 2003: valoración político-criminal": *Nuevo Foro Penal*, 2005 (67).

TERRADILLOS BASOCO, J.M., "Una connivencia cómplice. En torno a la construcción teórica del denominado Derecho penal del enemigo", en CANCIO MELIÁ, M., y GÓMEZ JARA, D., *El Derecho penal del enemigo.2*, ed. Edisofer-B de F, Madrid-Montevideo, 2006.

TERRADILLOS BASOCO, J.M., "Sistema penal y empresa", en TERRA-

DILLOS BASOCO, J.M., y ACALE SÁNCHEZ (coords.), *Nuevas tendencias en Derecho penal económico*, ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2008.

ZAFFARONI, R.E., *Derecho Penal. Parte General*, ed. Porrúa, México D.F., 2001.

ZAFFARONI, R.E., ALAGIA, A., Y SLOKAR, A., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, ed. ADIAR, Buenos Aires, 2006.

COMENTARIO SOBRE LAS GARANTÍAS PENALES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*

Sergio García Ramírez

Muchas gracias. Primero algunas precisiones, quizás rectificaciones. Se ha dicho que la próxima conferencia será magistral. Me temo que no, pero voy a hacer mi mejor esfuerzo para corresponder a la invitación que se me hizo, eso sí magistral, que me beneficia y me tiene con ustedes.

Debo rendir homenaje, de justicia estricta, a Stella Maris Martínez, no solamente por haber promovido este encuentro que va siendo muy exitoso, con el paréntesis que yo abro, sino por la labor que ha desarrollado en la Defensoría de la Nación y en la Asociación Interamericana de Defensoría Pública. Me consta, desde la perspectiva que por ahora tengo en la Corte Interamericana. Es una batalla cotidiana, bien librada, a menudo ganada, y una inserción muy provechosa y útil en el sistema interamericano de derechos humanos, no exclusivamente en Argentina, que sería mucho. Ahora se proyecta hacia el sistema interamericano, cosa que se necesita y que saludamos y celebramos con gran alegría, doña Stella Maris.

Me privilegia encontrarme en la Universidad de Buenos Aires, la famosa y respetada UBA, compartiendo con un grupo de distinguidos

• Versión reelaborada a partir de la grabación, y revisada y sintetizada por el autor.

profesores españoles, mis amigos y maestros, reflexiones sobre temas comunes para nosotros. Me temo que voy a caer en repeticiones. Habrá variantes, sin embargo. Ellos lo han dicho muy bien. Me acojo a la buena memoria de ustedes, para que lo que yo omita sea recordado a través de las palabras que ya se han dicho. Además, me satisface hallarme de nueva cuenta entre amigas y amigos como Ángela Ledesma, Daniel Pastor, Luis Niño, con quienes hemos coincidido en múltiples ocasiones. Espero que sean muchas más, que se den en Argentina, de preferencia, o si no también en México y en otros muchos lugares donde nos vamos encontrando con alguna asiduidad.

Finalmente, y con esto concluyo la primera parte de lo que yo necesitaba y quería decir, me satisface que todo esto ocurra en el marco de un merecidísimo homenaje, expresión de reconocimiento y respeto, a un gran jurista latinoamericano, don Julio Maier, de quien seguramente mucho se ha aprendido en la Argentina, pero también en todos los países hispanoparlantes, y en otros a los que ha llegado su ciencia. Qué bueno que se haga este reconocimiento público y afectuoso, además de respetuoso, a don Julio Maier.

Todos estos son motivos de gratitud que no podría omitir en esta entrada a la exposición que paso a hacer sobre las garantías penales, procesales penales y ejecutivas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este es el tema que se me ha asignado y al que me voy a referir.

Quiero anticipar que, como ustedes bien saben o imaginan, la jurisprudencia de esa Corte, como de cualquier otra, es una criatura orteguiana, si me permiten llamarla así. Es ella, lo que dice, lo que establece, pero es también su circunstancia. Es ella y su circunstancia. Juntos componen o constituyen esta manifestación jurídica del continente americano que corre a través de los pronunciamientos de una Corte construida por el sistema interamericano.

Cuando me refiero a jurisprudencia estoy aludiendo a los criterios formulados por la Corte Interamericana desde la hora, ya no tan cercana, de su establecimiento: 1979. Nos encontramos ante lo que he llamado otras veces, porque la imagen es eficaz, una larga navegación por aguas que no siempre han sido apacibles. Cada tribunal internacio-

nal tiene su propia navegación, como la tiene el sistema universal en su conjunto. Todos vamos hacia un mismo objetivo, provenimos de unas mismas ideas, poco más o menos, aunque en tiempos distintos, pero cada quien hace la navegación a su manera, con sus propias vicisitudes y avatares. Una ha sido la universal, en la que estamos inmersos todos; otra la europea, a través de la Comisión, ya no activa, y de la Corte Europea de Derechos Humanos; otra es la americana de estos treinta años, y otra comienza a ser la navegación africana. Probablemente vendrán algunas más.

Bien, hoy me refiero a la americana. ¿Qué implica esto para nuestros países? Para México, para Argentina y para los otros países donde quinientos millones de personas, que son menos que los ochocientos cubiertos por la Corte Europea, pero que no son pocos, aguardan los beneficios tutelares de sus derechos fundamentales.

¿Qué implica esto? ¿Qué ha implicado durante estos años? Primero y ante todo, que no es poca cosa, la implantación y el reconocimiento de unos valores y unos principios que nos son comunes y que ponen o pretenden poner al ser humano en su sitio y al Estado en el suyo. Tradicionalmente el Estado latinoamericano o los Estados latinoamericanos, porque tampoco son idénticos entre sí, ocuparon una posición dominante de la que comienzan a retraerse, y el ser humano tuvo otra, de la que empieza a emerger para instalarse en la que verdaderamente le corresponde, que es la posición central en los Estados nacionales y en el conjunto comunitario al que llamamos sistema interamericano.

En segundo término, esto implica el afianzamiento de los derechos humanos desde una perspectiva regional, además de la nacional y de la universal. Nos hemos preguntado, y otros se preguntaron antes y muchos lo harán después, por qué es necesario un sistema regional con sus propias convenciones, sus pactos, sus tribunales, y si no valdría más acogernos a un sistema universal y navegar todos juntos bajo las banderas de esa universalidad. La tendencia ha sido que sin declinar el sistema universal, cada sector del mundo tenga, habida cuenta de una serie de características que le son propias, sus medios para desarrollar la travesía. Con esto no pretendo relativizar nada ni suponer que los derechos de acá son distintos de los de allá. Pero sucede que hay muchas singularidades de nuestros países, de nuestros Estados, de nuestros gru-

pos humanos, que hacen conveniente afinar derechos y eventualmente agregar algunos para que en aras de la juridicidad general y de la especificidad local, resulten mejor librados los seres humanos que pueblan nuestro continente.

Se reflexionó sobre esto cuando se generó la Convención Americana, el Pacto de San José, y se llegó a la conclusión que ha prosperado: debemos tener nuestro propio sistema regional. En éste ha surgido un corpus juris cada vez más abundante y específico. Esto mismo implica el compromiso de los Estados, cada vez más firme, vigoroso. En un primer momento pareció retórico, discursivo. Lo sigue siendo en buena medida, pero a esto se ha agregado un plus que es el cumplimiento necesario, la observancia real, el compromiso de los Estados, hacia adentro y hacia fuera, en un régimen de garantía de los derechos humanos. Hacia adentro, al amparo de las Constituciones, en lo que no voy a abundar, y hacia afuera, al amparo del concepto de garantía colectiva que se lee con toda claridad en el Convenio Europeo y un poco menos, pero con suficiencia, en el preámbulo de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre.

La jurisprudencia a la que me estoy refiriendo constituye también un elemento cada vez más amplio, nutrido, detallado, de lo que llamé un corpus juris creciente. Miremos sesenta años atrás. No es demasiado tiempo, aunque para algunos ha sido abrumador. Pero quizás no sea demasiado en la historia de los Estados y el continente. Miremos hacia la Segunda Guerra Mundial, cuando no había nada de esto. Sólo existía la esperanza, la expectativa cifrada en algunas mentes de avanzada y en algunos esfuerzos notables, pero no había una declaración, una convención, ni protocolos, pactos, tratados, reglamentos, estatutos, opiniones consultivas, sentencias y otros muchos actos que vienen a componer el corpus juris de los derechos humanos.

Obviamente, este tránsito, en que se ha hecho tanto, no ha llegado al destino apetecido. Hay muchos pendientes. Uno de ellos podría ser una convención americana sobre el debido proceso, como otras sobre temas de los grupos indígenas; temas del niño americano, no para sustituir a la convención de Naciones Unidas; de la mujer americana, no para relevar a CEDAW, sino para complementarla con el tono y el matiz de la mujer americana.

Todo esto falta, pero lo que se ha logrado construir no es poca cosa. Por supuesto, estoy refiriéndome al derecho internacional de los derechos humanos. Justamente en el sentido en que lo entiende el profesor Maier, no sólo como convenciones y tratados, sino también como todo lo que proviene de éstos: un torrente, en cascada, de actos particulares: opiniones consultivas, sentencias, resoluciones sobre cumplimiento y otras muchas expresiones de este gran árbol frondoso que es el derecho interamericano de los derechos humanos. Implica también la jurisprudencia, una fuente para la recepción interna, que es quizás el fenómeno que más puede interesarnos ahora.

Se ha comenzado a recibir, animándose en este sentido la voluntad americana, el régimen protector de los derechos. Llega a los Estados desde la perspectiva internacional y en los distintos planos en que debe darse: constitucional, legal, jurisdiccional, político, cultural. No había nada de esto, sino un gran recelo, hace apenas algunos años.

Hay distintas fórmulas de recepción constitucional, todas ellas ejemplares para quienes todavía no han emprendido alguna. Mencionemos la fórmula argentina, modificando su Constitución y elevando al rango de ley suprema los tratados internacionales. Es una manera de hacerlo. Creo que ha sido benéfica, por lo que he escuchado de los analistas argentinos sobre la forma en que ha permeado el ordenamiento jurídico y la realidad. También hay otras fórmulas: la guatemalteca, la venezolana, la colombiana, que se limitan a decir de una forma muy concisa que en este antiguo dilema entre derecho internacional y derecho nacional, que yo no quisiera leer en esos términos, prevalecerán las soluciones que beneficien más al ser humano, las que resulten más consecuentes con su dignidad, derechos, libertades e intereses. Es otra manera de hacer las cosas. Y también hay fórmulas menos evolucionadas o más antiguas, y me permito usar el calificativo porque me estoy refiriendo a la norma mexicana, que se encuentra todavía a la zaga. Subsiste la expectativa de algún cambio importante que brinde al continente, en su conjunto, un rumbo compartido. Bueno, ésta es una manera de recepción del derecho interamericano de los derechos humanos, que es producto de la animación constitucional, con no más de treinta años.

Agreguemos la recepción legal, es decir, los ordenamientos específicos que digan cómo proceder una vez que hemos firmado un

tratado, recibido una sentencia, emitido una condena; qué hacer para "aterrizar" todo esto, disculpen la expresión, en la vida cotidiana. Sigue la recepción jurisprudencial, un dato del presente, de enorme calibre. Varias altas cortes, como se les suele llamar, entre ellas, por cierto, la Suprema Corte de Argentina (que me merece gran respeto y simpatía) han hecho su propia parte para acoger el torrente del sistema interamericano, transfundirlo en sus propias sentencias y lograr de esta manera que se instale en los criterios de los otros tribunales. Cada país tiene su manera de ejercer el control de constitucionalidad o el control de convencionalidad, pero finalmente la batalla importante, que se va ganando, conduce a que todo esto llegue a las muy cautelosas y a veces conservadoras instancias jurisdiccionales, y que por esta vía también se cuente con un sistema de recepción interna del derecho internacional de los derechos humanos.

Sobra decir que para que todo esto opere se necesita una recepción cultural del derecho internacional de los derechos humanos, que facilite las cosas y que no se oponga a ellas, como a veces ocurre. Un ilustre compatriota de ustedes, Abregú, y otros tratadistas distinguidos como Hitters, han sostenido que hay que repensar el derecho interno a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos y probablemente no sólo repensarlo, reinterpretarlo sino reconstruirlo. Esto que se puede decir de muchas vertientes jurídicas, se dice seguramente del régimen penal. Repensar y reconstruir el sistema penal sustantivo y procesal bajo el amparo del derecho internacional de los derechos humanos, y específicamente del derecho interamericano de los derechos humanos.

Con esto he dicho algo acerca de la jurisprudencia y lo que implica. Quisiera referirme también, brevemente, a la circunstancia. ¿En qué circunstancia ocurre la represión y se produce la jurisprudencia? ¿En qué circunstancia acuden los Estados americanos al foro internacional, revisando sus resistencias tradicionales, la resistencia que apareja la soberanía, y aceptando claramente que el hombre sea destinatario de ciertos beneficios y tutelas, que ya no son los que provienen de las Constituciones nacionales, sino los que proceden de los estatutos internacionales? Es decir, aceptando que existe un estatuto del ser humano contemporáneo y que este estatuto no está integrado solamente por las Constituciones nacionales, sino por ellas y por los ordenamientos inter-

nacionales, en un rango de paridad y de plenitud. Esto es complicado, sobre todo en el ámbito en que se despliega con mayor intensidad y exclusividad la autoridad natural e histórica del Estado, que es el ámbito penal. Sería, digamos, el espacio al que más difícilmente renuncia el Estado o que más difícilmente está dispuesto a compartir con las normas, las enseñanzas, las instancias, las sugerencias y las tensiones y presiones que provienen de otros lugares. Es más fácil organizarse internacionalmente para efectos comerciales, que tienen que ver con el patrimonio, que para efectos punitivos, que tienen que ver con el ejercicio y el control directo y desnudo del poder que el Estado procura retener con la mayor exclusividad. Hay que entender, pues, la jurisprudencia con perspectiva múltiple, una perspectiva histórica, ideológica, en su pasado, en su presente, en su futuro, ponderando todas las circunstancias en que se produce.

La circunstancia americana es, de alguna manera, la crónica de las violaciones de los derechos humanos. Tenemos costumbre de referirnos a las violaciones de los últimos días, los últimos lustros, las últimas décadas. Pero la historia del continente no comienza o se agota en unos cuantos lustros o en unas cuantas décadas. Viene de muy atrás. Las violaciones que hemos contemplado también se han perpetrado en otros continentes, en forma masiva, indiscriminada, así que no somos únicos en estos dolores, pero tampoco son dolores del último parto, sino de muchos partos sucesivos del continente americano. Violaciones sistemáticas y masivas, hasta llegar a expresiones que muchos clasifican como etnocidio. Sistemáticas y masivas lo fueron también en nuestro siglo XIX americano, bajo el imperio de los patrones liberales. Los patrones liberales de nuestro siglo XIX, más o menos común a toda América, entusiasmaron a muchos espíritus, enhorabuena, pero a muchos otros los ensombrecieron. Esos patrones liberales se volcaron sobre los viejos pobladores de América, las comunidades indígenas. Al amparo del derecho liberal, estás fueron arrolladas, avasalladas y despojadas. Estos temas se han recuperado en el pasado reciente y se encuentran presentes ante la Corte Interamericana. Por eso los menciono, no sólo por hacer un poco de historia natural de América.

Tenemos también, en el haber de nuestra circunstancia, un múltiple rostro que todavía aporta a los temas del tribunal interamericano: el antiguo autoritarismo americano. Hay un viejo estilo autorita-

rio, característico de las dictaduras americanas, de signo "muy político". Se trataba de controlar el poder a ultranza, y ese autoritarismo se valía de todos los medios, sin alegar otra cosa que la necesidad de mantener la unidad de la Nación, la paz y el desarrollo. Ese viejo autoritarismo aparecía en todos nuestros países, desde México hasta la Patagonia.

Este autoritarismo prosperó y ahí se encuentran todavía sus huellas y muchas de sus expresiones. Agreguemos ahora su relevo más natural, de las últimas horas, el nuevo autoritarismo americano cuyos frutos conocen la Comisión Interamericana y la Corte. Generalmente aduce el incremento, el crecimiento desmesurado, que lo hay, de la criminalidad. La inseguridad urbana, los grandes problemas de la delincuencia contemporánea, no eran los temas que desvelaban a nuestros abuelos, o al menos no estaban en el discurso favorito de aquellas viejas generaciones. Lo están en el discurso de ahora. Es esta delincuencia rampante de muchos signos, particularmente la organizada, el fenómeno que prohíja ciertos desbordamientos que son expresión del autoritarismo latinoamericano contemporáneo, que ha ido aparecido en distintos medios.

De esta circunstancia forma parte la mundialización. La hay de los derechos humanos, dato irrefutable de nuestro tiempo, y también de la persecución penal. Una mundialización de la persecución penal que debiera tomar cuenta y razón, pero no siempre lo hace, de los derechos humanos y de las bases saludables en que debiera fincarse. Me permití tomar nota de una reflexión del doctor Terradillos, en un trabajo de homenaje a nuestro recordado maestro Marino Barbero Santos, en que dice que la progresiva consolidación de instrumentos de actuación penal internacional no puede venir acompañada de la postergación de garantías básicas, pues precisamente las estrategias internacionales encuentran su legitimación en la tutela de esas garantías.

Este lúcido pensamiento, que desde luego comparto, debiera ser el espejo ante el que se miren las acciones punitivas internacionales, no solamente aquellas que emprenden los tribunales internacionales propiamente, sino las que realizan las naciones en el esfuerzo de persecución colectiva del crimen. La realidad es que no siempre ocurre así, por desgracia. Paso a otro punto de la exposición. Veamos algunas observaciones que se deducen de esa circunstancia. ¿Cuál es nuestro

inquietante panorama a la sazón, que está determinando violaciones en los países y consecuentemente tareas para un tribunal internacional? Hay un auge indudable de la criminalidad, violenta y astuta, tradicional y moderna. Observemos también la declinación de los medios no punitivos del control social, aquellos viejos instrumentos que ahora parecerían aldeanos, medios sociales, no punitivos, y ni siquiera jurídicos, que tienen una escasa fuerza en nuestro tiempo. Existe un envejecimiento de las instituciones de prevención, persecución y punición, que manifiestamente no acaban de enfrentar con racionalidad y eficacia el fenómeno criminal. Hay exasperación y desesperación social, que sugiere a los oídos del legislador, siempre ávido de consejos de este tipo, ciertos patrones de comportamiento, cierta normativa y ciertas acciones para enfrentar el drama criminal, pronto bien, y con energía.

Su compatriota Elías Carranza, al frente del ILANUD, ha caminado mucho, ha estudiado estos temas, y en alguna visión panorámica que el ILANUD proporciona, merced al trabajo de un grupo de especialistas, nos recuerda que se están planteando, cada vez más, nuevas exigencias derivadas del incremento de la criminalidad, que ha crecido el sentimiento de inseguridad en nuestras sociedades y que este incremento de la delincuencia, este exacerbamiento de la inseguridad, percibida por los ciudadanos, se traduce en una petición energética de que el sistema penal aporte respuestas drásticas; las que sean necesarias para cortar de tajo la delincuencia. Esto es pedirle a un sistema, el penal, muchísimo más de lo que puede y debe dar, es sugerir que se gobierne, y conduzca a la sociedad con el Código Penal en la mano.

Esto es indeseable e impráctico. Pero se está pidiendo. Por eso se hablaba aquí de la incorporación constante de tipos penales, la creación de calificativas, el incremento de punibilidades, es decir, de la respuesta del legislador a esa desesperación. Con ello se alimenta esta otra versión del autoritarismo, de nuevo cuño. Hemos oído decir al profesor Zaffaroni (que no se encuentra aquí, porque está en Europa recibiendo un gran premio, muy merecido), que tras el Estado de Derecho vela sus armas el Estado de policía: que cualquier parpadeo, cualquier momento de olvido, irreflexión o descuido del Estado de Derecho sería aprovechado y lo está siendo por el Estado autoritario, que adelanta el brazo con el puño cerrado y vuelve por sus fueros. Esta vez lo hace enarbolando la bandera de la eficacia, que generalmente resulta muy halagadora

para muchos sectores sociales. También se ha citado a Ferrajoli. Recordemos entonces que el distinguido maestro italiano hace ver que los Estados democráticos, a partir de los siglos XVII y XVIII, deben mucho a la reflexión en torno al sistema penal, y la forma en que éste se traduce en derechos, garantías y libertades. Todo ello está en el cimiento de los Estados democráticos. Si bien es indispensable tener cuidado con los daños y males que provienen de la inseguridad, también hay que tenerlo con los que provienen de la justicia penal exacerbada, desmesurada y fuera de control.

Creo que para todos nosotros es interesante lo que ha ocurrido en estos mismos días o años en lugares que alguna vez se distinguieron por su fervor democrático y por su cercanía con los derechos fundamentales. Me refiero a los Estados Unidos de América, a los padres fundadores, a la Constitución de Filadelfia y a la doctrina y la jurisprudencia norteamericana a propósito del debido proceso y otros conceptos que me resultan muy caros. Bueno, este país, con esa jurisprudencia y esa legislación, evidentemente experimentó un cambio costoso, peligroso, que trascendió a otros países y que ahora parece ser objeto de algunas rectificaciones. Ojalá que desaparezca la "guantanamización" de la justicia penal. Es la negación de la justicia penal. Ojalá que los esfuerzos que parece estar haciendo el actual presidente de los Estados Unidos para dar marcha atrás, que sería marcha adelante, al sistema de la justicia penal, pudieran florecer, pero observemos cómo se puede llegar a esos extremos no en naciones o Estados de signo totalitario, tradicional, sino en Estados de signo democrático. También éstos pueden incurrir en giros o desviaciones de esa magnitud. Es una lección la batalla que allá se libra, y que ciertamente influye en muchos otros sistemas.

En síntesis, el régimen autoritario, con todo lo que significa, impacta gravemente sobre el sistema general de los derechos humanos. Reduce sus pretensiones y sus expresiones a una fórmula: el fin justifica los medios. Y el fin es seguridad, paz pública, tranquilidad, prosperidad, desarrollo. El fin es plausible; los medios, no. Lo que a muchos interesaría es invertir aquellos términos. En el Estado democrático, en la sociedad democrática, la legitimidad de los medios es lo que finalmente permite acceder a fines legítimos. Por supuesto los fines acariciados son libertad, prosperidad, garantía, derecho, justicia, no obtenidos de cualquier manera, sino por medios admisibles que entronicen o reen-

troncen la mínima intervención del Estado, el garantismo, el auge del proceso acusatorio, la reinserción social, en fin, aquello que estábamos construyendo como sistema penal propio de una sociedad democrática y que parecía haber prevalecido hasta el último tercio del siglo veinte, y que después se cimbró y comenzó a padecer achaques de los que no se ha curado totalmente.

Permitanme pasar ahora a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, más específicamente. A través de ella pueden observar y ponderar las grandes decisiones políticas penales, naturales en cualquier tiempo y particularmente en el nuestro: decisiones sobre qué es delito, no a través de la lectura del Código Penal, sino de la comprensión sobre el sustrato del delito, qué conductas debieran ser aceptadas como delictuosas y cuáles debieran ser desechadas por excesivas, por abusivas, por erróneas. Una decisión penal fundamental concierne a las consecuencias jurídicas del delito, es decir, las grandes determinaciones acerca del designio de la pena. Otra decisión fundamental versa sobre el delincuente. Aquí entran en colisión, como se ha visto en nuestra jurisprudencia, el derecho penal de conducta y el derecho penal de autor, la “guerra entre los buenos y los malos”, el “enemigo y el amigo”, el “ciudadano y el malhechor contumaz e irredento”. Igualmente destacan el método para la adjudicación de las consecuencias jurídicas al sujeto en función del hecho cometido, o sea el proceso, y finalmente la ejecución de la pena.

La jurisprudencia de la Corte se ha pronunciado, sobre todo esto. No lo ha hecho de la manera que acabo de enunciar, pero ha examinado prácticamente todos los extremos que se deducen de estas formulaciones generales.

Veamos primero el delito, qué debe ser delito, cómo reconocerlo, hasta dónde aceptar que cierta conducta pueda ser vista como delictuosa. Sabemos que la Constitución de una república democrática provee los lineamientos para la construcción del sistema penal, y dentro de él, para la tipificación penal. Aporta o consagra los bienes, valores y principios con base en los cuales se construye todo este aparato. En el sistema internacional debemos proceder de manera similar. No tenemos una Constitución que aplicar, pero tenemos tratados, de los que deducimos, lo mismo que un juez de su propia Constitución, la validez

de ciertas conductas desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos, para legitimar o no la actuación de un Estado. Esto se ha reflejado, en múltiples ocasiones, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los últimos veinte o veinticinco años. La legislación antiterrorista, por ejemplo, que proliferó en algunos Estados americanos, dio oportunidad al Tribunal Interamericano para una serie de pronunciamientos a propósito de la tipificación penal, lo que se puede y lo que no se puede, lo que se vale y lo que no se vale, el rigor de la tipificación, si queremos mantenerla como un marco de garantías del individuo, y honrar el principio de legalidad en sentido material y formal, que está alojado en el artículo 9 del Pacto de San José.

También se abrió la puerta para una mayor exigencia en la tipificación de las conductas sancionables a título de faltas administrativas. No queremos asimilar las contravenciones a los delitos, pero tampoco ignorar que muchas veces, a través del castigo a las faltas contravencionales, se filtran sanciones que son expresión del poder punitivo del Estado, tienen la misma naturaleza que las penas y lastiman, lo mismo que éstas, la dignidad y los derechos de las personas. Muchas garantías, particularmente las atadas al principio de legalidad, que fueron concebidas inicialmente para los delitos, han sido trasladadas también al régimen de las contravenciones.

Igualmente se ha manifestado la Corte sobre la imposibilidad de considerar delictuosa una conducta independientemente de qué bienes ataque o de que lo haga con tal o cual gravedad. Esto no es debido, se trata de un medio frecuentemente transitado para burlar las contenciones de los derechos humanos y exacerbar el poder arbitrario del Estado. La legalidad material representa un límite al poder legislativo del Estado, que no permite acciones arbitrarias ni del legislador constituyente ni del ordinario. No podría un Estado incriminar conductas que son, de suyo, justificadas; incriminar el acto médico, por ejemplo, porque lo está ejerciendo un facultativo en relación con un criminal; contaminar al facultativo de criminalidad porque está atendiendo o porque no está denunciando a su paciente, sería una forma abusiva de tipificar un comportamiento. Ha habido casos de estas características, y por eso me permito mencionar el tema. La Corte tampoco ha aceptado la inclusión de criterios explícitos de peligrosidad en la legislación penal. Los estudiosos del derecho penal comparado latinoamericano podrán acreditar

que el tema de la peligrosidad o temibilidad ha ido desapareciendo de la legislación de nuestros países, en aras de otros conceptos y principios a la altura de los tiempos. No se ha logrado todavía podar la legislación penal de cualesquiera referencias a la pura y simple peligrosidad, referencias que modifican un tipo penal porque quedan incorporadas a éste y modifican la pena aplicable, que puede transitar de la prisión ordinaria o de la cadena perpetua a la pena de muerte. No es una cuestión menor, ni conceptualmente ni por sus consecuencias. También ha salido la Corte al paso de estos criterios, con sus traducciones punitivas, descalificándolos desde el punto de vista del principio de legalidad propio de una sociedad democrática, que riñe con el derecho penal de autor, interesado en el régimen de la peligrosidad acogida por algunos códigos penales.

Las sanciones también han sido tema de abundante tratamiento por parte del Tribunal Interamericano. Son el encuentro específico, finalmente, entre el Leviatán y el desvalido, entre el monopolizador de la fuerza y el portador de un diploma que dice "enemigo de la sociedad". En ese encuentro que significan las sanciones ha habido mucho que ver y hacer, y no poco que rectificar. Esto atañe a la identidad de las sanciones. ¿Qué pena es lícita, válida, admisible desde el punto de vista de la sociedad democrática, proyectada en los pactos y tratados sobre derechos humanos? ¿Cuánta pena, qué intensidad es aceptable, razonable, si se quiere usar la expresión? ¿Con qué profusión se pueden utilizar las penas, con qué frecuencia? ¿Cuál es la finalidad de las sanciones? Todos estos son temas también abordados por las convenciones, los tratados, de distintas maneras y con diversas palabras. Son materia de la Corte Interamericana.

La historia de estos temas comienza donde suelen iniciar las historias siniestras de las penas brutales: la pena de muerte. Fue tema de la Convención Americana en 1969, como lo fue del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Europea, que no dieron el paso necesario para la abolición de la pena de muerte. No deja de ser extraño que se sancione la tortura, pero no existan las mismas prohibiciones en relación con la pena de muerte. En aquel momento, 1969, San José, un continente poblado de dictaduras militares, incierto todavía el destino del conjunto y no muy asegurado el desarrollo de la democracia, catorce países, que eran la mayoría de los

que estaban presentes, que podían haber generado una votación mayoritaria, pero no lo hicieron, proclamaron la necesidad de abolir la pena de muerte en América, dejando, sin embargo, la abolición en concreto para el futuro. Empero, la Convención Americana recogió un criterio abolitionista, restrictivo, compresor de la pena de muerte, y sobre esa base ha trabajado la Corte Interamericana en múltiples actos, reafirmando el carácter fuertemente restrictivo de la pena de muerte.

En sentencias jurisdiccionales y otros actos jurídicos, figuran las tres limitantes clásicas, reforzadas por la Corte Interamericana: limitantes materiales, es decir, pena de muerte solamente para los delitos más graves y, por supuesto, desconectados de la delincuencia política, lo cual ha obligado a la Corte a precisar cuáles son los delitos más graves. El tema no es académico, se ha presentado en países caribeños, donde existe un fuerte arraigo de la pena de muerte y se discute todavía sobre cuál es el espacio de esta operación, habida cuenta de que debe contraerse a los delitos más graves.

Otras limitaciones son las barreras procesales, los obstáculos en el enjuiciamiento. Obviamente, en una sociedad democrática el debido proceso supone una serie de reglas que a la postre son barreras frente al autoritarismo, pero en el caso de la pena de muerte son más numerosas y más energicas, como lo ha enfatizado la Corte. También existen límites de carácter personal, que impiden la aplicación de la pena de muerte cuando se trate de menores de edad, mujeres encinta o ancianos. No hay pena de muerte para esos personajes. Lo dice la Convención de San José y la Corte ha insistido mucho en estas restricciones.

También hemos tenido que enfrentar el tema de las penas corporales, jurídicamente reglamentadas, no sólo aplicadas de hecho. Han ido desapareciendo de la legislación de nuestros países, pero hay normativa heredera del *common law*, que todavía acoge penas corporales, como la flagelación, que es un castigo brutal al que la Corte ha opuesto su autoridad, calificándolo como un castigo cruel, inhumano o degradante, por su intrínseca naturaleza y por la forma en que afecta al ejecutado. El tribunal condena la aplicación de estas penas, que tampoco son sólo materia de disquisición académica, porque se aplican en algunos países y hay que salir al paso acerca de la compatibilidad de semejantes tormentos, que lo son, con la Convención Americana.

Para nosotros ha sido una cuestión cotidiana, como era de suponerse, el magnífico tema de la cárcel y los derechos humanos, la privación de la libertad y los derechos humanos. Aquella se utiliza profusamente, como privación cautelar o punitiva, quizás no tanto como en los Estados Unidos de América, pero se usa profusamente. Es constante la presencia de casos que entrañan temas de privación de libertad analizados con respecto a los derechos humanos.

La jurisprudencia de la Corte se ha construido en este espacio sobre cuatro conceptos que mencionaré muy rápidamente: Primero, las condiciones de vida digna, como una obligación a satisfacer cuando hay privación punitiva o precautoria de la libertad. No me estoy refiriendo, por lo pronto, a los casos de detención, esto lo dejo aparte por el momento, sino a la vida en prisión, la vida carcelaria. Vale decir que en la generalidad de los países las condiciones de la vida carcelaria son indignas, por decirlo piadosamente, y en ocasiones absolutamente inhumanas. Aquí surge el esfuerzo del tribunal por recordar cuáles son los estándares internacionales y lo que esto representa para la dignidad de la vida, y la violación que entraña el olvido de aquéllas, el hacinamiento, la incomunicación, la insalubridad, la brutalidad, etcétera.

Segundo, la restricción de las medidas de coerción que supone la cárcel, a aquellas que sean estrictamente necesarias. No desbordar la cárcel, no hacer que la cárcel rebase sus propias fronteras, a través de la aplicación de una serie de innecesarias e improcedentes medidas de coerción.

Tercero, considerar la vulnerabilidad del detenido. El detenido es un sujeto esencialmente vulnerable, sobre todo en casos de detención irregular, como es obvio. Es el pobre entre los pobres, que dijo Carneletti. Esta vulnerabilidad específica trae sus propias exigencias y obliga al Estado a acciones particulares, como en el caso de los niños, de las mujeres, de los enfermos, de los indígenas, de los migrantes, de muchos otros integrantes de grupos humanos que son particularmente vulnerables. No sé si el más vulnerable de todos sea el enfermo mental interno o el hipotético delincuente recluido que está totalmente a merced del Estado en una institución total en la que no tiene ninguna opción y cualquier gesto de libertad se llama motín o resistencia al mandato legítimo de autoridad, y se transforma en delito.

Hemos visto aparecer (y es un fenómeno interesante de las últimas décadas), una creciente jurisdiccionalización o procesalización en la tutela de los derechos. Esto ha sucedido a través de los jueces de ejecución, que no existen en todos los países americanos. Tampoco ha ordenado la Corte que los haya. Empero, no cabe duda de que significan un sistema de garantías; de las cortes constitucionales, que finalmente se han animado a entender que los reclusos tienen derechos de ese rango, que deben ser reconocidos en sus sentencias; y por último, de la jurisdicción internacional, que ha comenzado a ocuparse de ellos. Son círculos concéntricos o eslabones de protección de los presos.

En forma verdaderamente excepcional, porque la Corte no suele hacer recomendaciones a los órganos políticos de la Organización de los Estados Americanos, más allá del contenido de sus sentencias, por supuesto, pero no recomendaciones políticas, la Corte ha planteado una vez y otra vez, con un éxito muy modesto, debo decirlo, su preocupación por la situación que guardan las prisiones y por la forma en que ahí se violan los derechos en forma sistemática y masiva. Y esto ha contribuido a que el tribunal modifique sus criterios sobre las medidas provisionales, de una manera que no a todos gusta, pero que parece la única razonable: hemos superado la idea de que las medidas provisionales solamente benefician a sujetos individualizados con nombre y apellido, que sería lo más ortodoxo desde luego, y consideramos que pueden alcanzar a todos los sujetos que se encuentren en la misma situación de riesgo. Algunos estiman que esto es un principio de *class action* aplicado, por lo pronto, a las medidas provisionales, pero el hecho es que no se pueden tomar éstas para cuatro presos si los otros cuatro mil están en las mismas condiciones, o para diez integrantes de una comunidad de paz en un país de América del Sur, si no las tomamos también para los otros quinientos o seiscientos que están exactamente en la misma situación. El análisis de esos temas va imponiendo giros interesantes a los destinatarios de las resoluciones de la Corte.

En los ejes de esta jurisprudencia se encuentra la idea del Estado garante, perfectamente conocida. El Estado es garante de los derechos y las libertades de las personas sujetas a su jurisdicción. Eso está en el Pacto Americano. Pero la condición de garante adquiere matices especiales cuando se trata de instituciones totales y vienen al caso presos, niños recluidos o enfermos mentales. Entonces hay una condición

especial de garante, noción manejada de manera semejante a la que se invoca en derecho penal.

Veamos ahora, rápidamente, la jurisprudencia sobre el procedimiento, en amplio sentido. Quiero recordar una frase de Tocqueville: el hombre que juzga al criminal, decía refiriéndose al jurado, es el amo de la sociedad. La forma en que se juzga al criminal recibe el sello de la forma como se gobierna la sociedad. Este es el método al que me referiré. ¿De qué método se vale el Estado para aplicar a un sujeto la sanción que pudiera corresponderle con motivo de la comisión de un delito? Ese es el gran tema del debido proceso legal, la tutela judicial efectiva, la defensa adecuada, el acceso a la justicia. Estos conceptos no se confunden, pero todos se dirigen, en esencia, a procurar que se haga justicia, que se procese con justicia para que resplandezca la verdad, no apenas como visión forzada de los hechos, y para que sea juicioso y pertinente lo que de ahí resulte. Esto es, en fin, lo que se pretende con el debido proceso, tema constante.

De las múltiples violaciones que ha conocido la Corte en sus treinta años de historia jurisdiccional, las más abundantes tienen que ver con el debido proceso, la tutela judicial efectiva o la protección judicial relacionada con el habeas corpus o con el juicio de amparo, es decir, tienen que con cualquiera de las muchas vías por las que corre el debido proceso. Los temas de éste van asociados a otras violaciones: de la vida, la libertad o la integridad, por ejemplo. Es infrecuente que haya hechos violatorios desvinculados del debido proceso.

Dentro de estas cuestiones hay una que ha sido motivo de gran reflexión por parte del Tribunal Europeo, como también lo ha sido, por supuesto, para nosotros: el tribunal independiente, imparcial y competente, es decir, el juez natural. Los procesalistas pueden discutir, si se trata de un presupuesto o de un elemento del debido proceso. Tengo para mí que es un presupuesto general del debido proceso. A la cabeza del artículo 8 de la Convención Americana figura el derecho a un tribunal o a un órgano con funciones jurisdiccionales que sea independiente, imparcial y competente. La batalla por la imparcialidad y la independencia de los tribunales es un empeño permanente. No se agota nunca. Es cotidiana en todos los países y en muchos casos contenciosos. Por ello es natural que frecuentemente lleguen a la Corte asuntos relaciona-

dos con imparcialidad, independencia y competencia, tanto cuando se trata de jueces penales como cuando se trata de jueces de otras competencias o especialidades, inclusive tribunales parlamentarios que juzgan sobre responsabilidades de funcionarios a los que se desea someter a juicio político y remover de sus cargos. Así, el tema de la independencia e imparcialidad judicial no sólo se plantea cuando se persigue a un homicida, sino también cuando se actúa contra una voz disidente en un órgano parlamentario que entonces opera como tribunal y no como cuerpo político de opinión; es órgano de juzgamiento y sentencia. Éste tiene que someterse también a la regla de competencia, independencia e imparcialidad y actuar como un verdadero tribunal. Estos problemas han llegado a la Corte Interamericana.

Últimamente examinamos la función de un personaje de la justicia, el Ministerio Público, sujeto a muchos cambios en la gran reforma procesal que cunde en varios países americanos. También he leído un artículo de la profesora Ledesma sobre el Ministerio Público y la forma en que éste asume su condición de parte en un proceso adversarial. Entonces tiene que ser parte frente a parte, y no autoridad frente a parte. Alguna vez tuvo poder sobre el acusado, pero no lo tiene más, en la medida en que ambos son partes, alegan ante a un juez y es éste quien asume el poder frente al acusado. Lo reconoce la Corte Interamericana, pero no olvida que el Ministerio Público es una parte *sui generis*, dotada de ciertas singularidades.

Una de esas singularidades es la subordinación estricta a la ley del M.P. Lo que podría ser aceptable en el acusado o en el defensor, el silencio por ejemplo, no podría serlo en el caso de quien es una magistratura de la legalidad, como lo es el Ministerio Público. Éste abdicaría de su misión si actuara a través de consignas, directrices, órdenes o acuerdos superiores que pudieran desviarle de su condición de actor sometido a la ley y no al capricho o al desmán de quien eventualmente puede girarle instrucciones. No me estoy refiriendo a criterios de interpretación general de normas, que pueden vincular a una institución en su conjunto, sino a desbordamientos, que los hay, del Ministerio Público, en aras de obtener ciertos resultados que no son los propios del debido proceso legal. Desde hace tiempo ha interesado a la Corte un tema que frecuentemente se plantea en ciertas circunstancias de nuestra América: la justicia militar, ligado al autoritarismo que dice garantizar la

seguridad nacional o enfrentar la delincuencia más grave, como ocurre al amparo de la legislación antiterrorista. Ésta ha contemplado la institución de tribunales militares, para el juzgamiento de hechos terroristas y de individuos que no pertenecen al cuerpo castrense. Sobre ello la Corte ha sido muy enfática. Afortunadamente, habiéndolo sido y conociendo además las asperezas de la cuestión, ya no ha encontrado resistencias mayores. Inclusive algún país que solía remitir todos los casos a la justicia militar ha variado últimamente e iniciado al envío de estos asuntos a la jurisdicción común.

La Corte ha sostenido que la jurisdicción militar, que persiste, debiera reducirse a la expresión estricta que justifica su existencia y su actuación, es decir, cuestiones que tengan que ver, rigurosamente con la función militar. No es fácil definir qué es, objetivamente, la función militar, pero se puede hacer un ejercicio de concentración, de reducción, y no de ampliación. Además, esa jurisdicción se despliega solamente sobre militares en ejercicio, no antiguos militares o miembros de las reservas, que eventualmente lo somos todos, sino militares en ejercicio. Esto contrae, reduce de manera muy pronunciada, el espacio de atribuciones de la justicia militar. Por supuesto, se ha cuestionado el tema de los jueces fiscales sin rostro, que regularmente pertenecían a la jurisdicción militar en aquellos países que los mantuvieron hasta una época reciente.

Aquí se hizo una espléndida exposición sobre el principio de inocencia. No tengo mucho que agregar, sino decir que es un tema que la Corte Interamericana ha explorado constantemente, porque en efecto esta presunción o principio de inocencia, como algunos prefieren llamarle, ya que no presunción, es un cimiento sobre el que se construyen muchos derechos y garantías del enjuiciamiento.

Sigue siendo un misterio, pero no lo voy a zanjar, que se utilicen medidas cautelares restrictivas de la libertad en relación con presuntos inocentes; que la primera reacción del Estado frente a un presunto inocente, que se proclama tal y se ampara en el texto de la Constitución o de un pacto internacional, sea imponerle la prisión preventiva. Entiendo la utilidad de la prisión preventiva, dije utilidad; entiendo su sentido práctico, y señalo que la Corte ha procurado revisar y trabajar las limitaciones a esa prisión, deduciéndolas de las limitaciones a cualquier compre-

sión de derechos. Los principios de necesidad, oportunidad, proporcionalidad, transitoriedad, cursan el espacio de la muy abundante prisión preventiva que practicamos. Aun así persiste una contradicción notoria: prisión preventiva y otras medidas restrictivas de derechos aplicadas a presuntos inocentes. Reducirlas ya es un paso en la dirección debida. El futuro podría traer otros pasos que la Corte no ha explorado todavía.

Tenemos también el tema frecuentísimo de los requisitos para las detenciones, tanto los materiales como los formales. Cumplimiento de los procedimientos estudiados en las Constituciones, en la inteligencia de que deben ser compatibles con la Convención Americana, es decir, procedimientos serios y suficientes, sustentados por lo menos en una base razonable, suficiente, persuasiva, que permita suponer que efectivamente se ha cometido un delito y que determinada persona pudiera ser responsable de éste; datos que funden, justifiquen materialmente una detención o una medida de estas características, no simplemente la vaga sospecha, la conjetura o el buen "olfato" de un funcionario de la policía.

También son temas frecuentemente llevados a la Corte: la información al detenido sobre los cargos; el control judicial inmediato de la detención; la asistencia consular. Me detengo un momento en ella porque fue materia de una opinión consultiva y permitió ciertas precisiones muy importantes en la jurisprudencia de la Corte. Se consultó si el derecho que tiene el detenido extranjero de saber que puede invocar la protección consular y de recibirla efectivamente es un derecho humano conectado al debido proceso.

Ese derecho no está en la Convención Americana, sino en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que no es un tratado dedicado íntegramente a los derechos humanos. Ahí se plantearon muchas cuestiones. Primero: ¿puede la Corte opinar sobre un tratado que no versa sobre derechos humanos, pero que abarca un derecho del ser humano? ¿Ese derecho es inherente al debido proceso? Si no se satisface o cumple ¿cuál es la consecuencia sobre el debido proceso? ¿Se tiene en pie el proceso? Más todavía: ¿se tiene en pie la sentencia? ¿Subsiste la condena a muerte pronunciada sin la observancia de ese derecho humano? Son temas familiares en algunos de nuestros países y han suscitado cuestiones en otros tribunales, como ocurrió en el caso La Grand, venti-

lado entre Alemania y Estados Unidos, y en el caso Avena, entre México y los Estados Unidos, ambos planteados y resueltos ante el Tribunal Internacional de Justicia.

Sobre el tratamiento de la tortura se ha dicho mucho. Es obvio que ha habido numerosos casos de tortura, como de desaparición forzada, y que en todos la Corte se ha pronunciado insistiendo en lo que ya parece innecesario insistir: en ningún caso, bajo ninguna circunstancia, es admisible la tortura. Eso se olvidó recientemente, en el mismo país al que me referí hace unos minutos, cuando se aceptaron ciertas expresiones de maltrato que yo llamaría francamente torturas: inmersiones y otras técnicas de maltrato, métodos de interrogatorio que se pretendió legitimar. La obligación de los Estados es llevar adelante investigaciones prontas, serias, rápidas, inmediatas y suficientes en materia de tortura.

Otro tema muy discutido es el examen integral del fallo en doble instancia. En algún momento ese tema ocupó a los tribunales de muchos países y provocó encontrados puntos de vista. Curiosamente, la Corte se pronunció al respecto en un caso sobre libertad de expresión, y ésta pasó a segundo plano al presentarse el tema de la casación, la apelación y la revisión integral de la sentencia. Finalmente la Corte Interamericana sostuvo de principio de revisión integral de sentencia por un tribunal superior.

La Corte también ha hecho algunas contribuciones en materia de plazo razonables. Pero ahora mismo me están recordando el mío para el desarrollo de esta charla, que no debo extender más. Otras conferencias aguardan. Entonces, en aras del respeto al plazo razonable, voy a concluir. Quedo a su disposición. Por supuesto, lo que más agradezco a mi buena suerte es la presencia de todos ustedes, tan paciente y atenta, para estas palabras deshilvanadas de su amigo.

I.GARANTÍAS PROCESALES EN LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL

LAS GARANTÍAS DEL NE BIS IN IDEM Y DE LA PROHIBICIÓN DE AUTOINCRIMINACIÓN EN EL PROCESO PENAL TRIBUTARIO

Diego G. Barroetaveña

1. Introducción

En la legislación nacional, con antelación a marzo de 1990, tanto los incumplimientos a los deberes formales demandados al contribuyente y otros sujetos con la finalidad de facilitar la determinación, verificación y fiscalización de los impuestos, como la omisión —deliberada o no— del pago de dichos tributos nacionales, estaban tipificados —principalmente— como infracciones en la ley 11.683 de procedimientos tributarios. También —en ocasiones— las propias leyes que establecen impuestos nacionales prescriben tipos infraccionales combinados primordialmente con pena de multa o excepcionalmente de prisión para la evasión de dichos tributos¹.

A la mentada ley, aunque contiene normas sobre procedimiento, no puede calificársela como “ley procesal” en sentido estricto, toda vez que incluye disposiciones sobre aspectos de índole sustancial, pudiéndose citar, v. gr.: lo relacionado a la interpretación de las normas tributarias, domicilio fiscal, sujetos de los deberes tributarios, prescripción, e infracciones y sanciones. Precisamente en orden a las infracciones, el aludido digesto las divide en: 1) formales; 2) omisión de impuestos y 3) defraudación. La doctrina especializada prefiere clasificarlas —simplemente— en faltas formales y materiales.



¹ Por ejemplo: la ley 23.966 de combustibles líquidos y gas natural.

Las primeras son todas aquellas derivadas del incumplimiento de las obligaciones puestas a cargo del contribuyente, responsable o agentes de información que —como ya se señalara— tienen por finalidad facilitar la determinación, verificación y fiscalización del gravamen. Dable es destacar —a esta altura— atento a la propuesta que al final de este trabajo se hará, que la doctrina tributaria —aún hoy en día— persiste erróneamente en considerarlas infracciones de tipo “objetivo”, es decir que —en principio— no requerirían la investigación previa del elemento intencional.

En este sentido, y solicito al lector que retenga en su memoria la norma que seguidamente mencionaré, la ley de procedimiento tributario establece en el art. 39 que: “Serán sancionados con multas de pesos... las violaciones a las disposiciones de esta ley, de las respectivas leyes tributarias, de los decretos reglamentarios y de toda otra norma de cumplimiento obligatorio, que requieran el cumplimiento de deberes formales [.....]” tendentes a cumplir con las finalidades apuntadas supra. Las segundas —materiales— le siguen en orden de gravedad, puesto que en éstas —además— se omite el pago del impuesto, sea por omisión o por acción.

El 7 de febrero de 1990 se sancionó la ley 23.771 que instauró un régimen penal tributario. Mediante aquélla se tipificaron como delitos determinadas conductas que —esencialmente— atentan contra la Hacienda Pública² entendida ésta en sentido dinámico, es decir la actividad financiera del Estado como proceso dirigido a obtener recursos y realizar el gasto público social; en palabras si se desea más precisas “sistema de recaudación normal de ingresos para solventar el gasto público

² Durante la vigencia de la ley 23.771 la doctrina tuvo opiniones discrepantes en orden a cuál era el bien jurídico de la ley de marras. Algunos autores entendían que el bien jurídico era —exclusivamente— la Hacienda Pública nacional—. Nosotros —de adverso— considerábamos que la aludida ley protegía —además— la hacienda pública provincial y municipal. Lamentablemente, el legislador que sancionó la ley 24.769 dejó afuera de la tutela a las haciendas públicas locales por entender —erróneamente— que ello implicaba una inadmisible intromisión en el poder tributario de las provincias. En rigor, de lo que se trata es de la atribución que le otorga al Congreso de la Nación el art. 75 inc. 12 de la CN de dictar el código penal y las leyes penales especiales de aplicación en todo el territorio de la República. Ello, sin perjuicio de la potestad de las provincias y municipios de establecer contravenciones y faltas alcanzadas por el poder de policía.

demandado por la atención de los cometidos del Estado”³. También por la aludida normativa se tutela el sistema de Seguridad Social.

Por tanto, a partir de aquella fecha, la Hacienda Pública nacional se tuteló por dos vías, la infraccional contenida en las leyes 11.683 —para los tributos— (arts. 38 a 48 Cap. VI, del Tit. I de la referida ley) y 17.250 —para los aportes y contribuciones de la seguridad social— y la delictual contenida en la ley penal tributaria —ley 23.771—, ello amén de los tipos regulados en el Código Aduanero.

Ha menester señalar que la última ley de cita —y pido una vez más al lector retenga la norma a la que seguidamente haré mención— establecía en el art. 15 que: “La pena de prisión establecida por esta ley y las accesorias en su caso, serán impuestas sin perjuicio de las sanciones fiscales o previsionales.” (Debiéndose entender por tales las contenidas en la ley de procedimiento fiscal, en la ley 17.250 respecto de los recursos de la seguridad social, y en las propias de los impuestos).

La referida ley fue derogada y reemplazada a partir del 23 de enero de 1997 por la ley 24.769. Este digesto derogó algunos tipos que la anterior prescribía, habida cuenta de las críticas que desde la doctrina y la jurisprudencia se habían realizado, principalmente por tratarse de figuras de peligro abstracto o de anticipación. Además, la presente ley tiene una más depurada sistematización, de la cual su antecesora adolecía.

Sin embargo, el nuevo precepto, pese a la censura que desde las cátedras y la doctrina se había hecho del citado art. 15 de la derogada ley, mantuvo una norma similar a la anterior, dado que el art. 17 prescribe que: “La penas establecidas por esta ley serán impuestas sin perjuicio de las sanciones administrativas fiscales”; añadiendo en el art. 20 que: “La formulación de la denuncia penal no impedirá la sustanciación de los procedimientos administrativos y judiciales tendientes a la determinación y ejecución de la deuda tributaria o previsional, pero

³ Cfr. Arístides Horacio M. Corti, “Acerca de la política punitiva y de la llamada condición objetiva de punibilidad en los delitos tributarios y previsionales de la ley 24.769”, en “Derecho Económico”, suplemento especial de La Ley, febrero de 2004.

la autoridad administrativa se abstendrá de aplicar sanciones hasta que sea dictada la sentencia definitiva en sede penal [...]”, agregando en el tercer párrafo que: “Una vez firma la sentencia penal, la autoridad administrativa aplicará las sanciones que correspondan sin alterar las declaraciones de hechos contenidas en la sentencia judicial.”.

Terminada esta breve introducción, realizada a los efectos de que se tome conocimiento de la situación actual en materia penal tributaria, corresponde ahora dilucidar si la mencionada norma infringe o no la garantía que prohíbe la doble o múltiple persecución penal.

Existe —hoy en día— bastante consenso —cuanto menos de una parte importante de la doctrina y jurisprudencia— en orden a que cuanto menos las infracciones fiscales materiales y sus respectivas sanciones tienen naturaleza penal⁴.

De tal modo, y luego de determinarse que existe identidad de hecho entre alguno de los tipos infraccionales y las figuras penales vigentes, cabe preguntarse si se compadece con el bloque de constitucionalidad federal imponer sucesivamente, por una misma conducta, ambas sanciones —las previstas en la ley administrativa y en la ley penal tributaria—. Quien esto escribe —desde ya— contesta con un rotundo ¡no! La mentada norma menoscaba el principio descrito con el aforismo latino *ne bis in idem*.



⁴ CSJN, “Fallos 303:1548, sentencia del 15/10/81, autos “Usandizaga, Perrone y Juliarena c/DGI”. El 23/06/09, en autos “Fiszman y Cía. SCA c/DGI”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó sin efecto una multa fiscal (art. 46, ley 11.683) en una causa que se prolongó por más de 20 años. Sostuvo el aludido tribunal que: “(l)a prosecución de un pleito inusualmente prolongado –máxime si tiene naturaleza penal- conculcaría el derecho de defensa del recurrente en tanto ‘debe reputarse incluido en la garantía de defensa en juicio consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional el derecho de todo imputado a obtener –después de un juicio tramitado en legal forma- un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre de innegable restricción que comporta el enjuiciamiento penal’.....”.

2. El Principio Ne Bis In Idem

2.1. Doctrina

Esta garantía impide que una persona sea sometida a doble o múltiple persecución penal por la realización de una misma conducta. Explica el profesor Julio B. J. Maier que: "La importancia moderna del principio y toda su elaboración jurídica reside en su significado como garantía de seguridad individual, propio de un derecho penal liberal, de un Estado de derecho..."⁵.

Para dicho autor, "(n)uestra constitución Nacional no previó originariamente en forma expresa esta garantía. Sin embargo, con arreglo a su art. 33, según el cual la enunciación no es limitativa, se la ha reconocido como una de las garantías no enumeradas, pero que surgen del sistema republicano y del Estado de derecho"⁶.

Cuadra reparar en que desde la sanción de la Constitución Nacional de 1994, en virtud de lo que establece el art. 75 inc. 22 se incorporaron —entre otros— el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, ostentando ambos jerarquía constitucional.

El primero de los referidos pactos establece en el art. 14.7 que: "(n)adie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país"; en tanto el de segunda mención, con mayor precisión alude a hecho en lugar que a delito, toda vez que en el art. 8vo., inc. 4º prevé que: "El culpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos." La antedicha regla, incluso antes de que se reformara la Carta Magna, fue incorporada en el art. 1 del Código Procesal Penal de la Nación, donde se establece: "Nadie podrá ser juzgado por otros jueces que los designados de acuerdo con la constitución y competentes según sus



⁵ Julio B. J. Maier, "Derecho Procesal Penal. Fundamentos", Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999, pág. 595

⁶ Op. cit., pág. 596

leyes reglamentarias, ni penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, y sustanciado conforme a las disposiciones de esta ley, ni considerado culpable mientras una sentencia firme no desvirtúe la presunción de inocencia de que todo imputado goza, ni perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho".

Añade Maier que el *ne bis in idem* viene a "[....] impedir la múltiple persecución penal, simultánea o sucesiva por un mismo hecho...."⁷.

La garantía que prohíbe la múltiple persecución penal impide no sólo la aplicación de dos penas por el mismo hecho (garantía material), sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra a través de un nuevo sometimiento a juicio de quien ya lo ha sido por el mismo acto (garantía procesal), posición —esta última— que predica actualmente la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Es decir, el más alto Tribunal Federal participa de la denominada interpretación amplia del principio, ya que el mero padecer un nuevo proceso es una situación sumamente perjudicial para el ser humano⁸.

Existe cierto grado de coincidencia en que para que pueda afirmarse que existe una doble persecución penal deben constatarse tres requisitos: 1) identidad de la persona perseguida (*eadem persona*), 2) identidad del objeto de la persecución (*eadem res*), y 3) identidad de la causa de persecución (*eadem causa petendi*).

⁷ Op. cit., pág. 602.

⁸ CSJN, H. 521. XL - 'Heredia, Ramón Claudio s/ tenencia de arma de guerra (causa N° 26.458/04)', de fecha 20/03/2007). En el precedente "Recurso de hecho deducido por la defensa de Yong Soo Kang en la causa Kang, Yong Soo s/ causa N° 5742", del 15 de mayo de 2007 el mentado tribunal sostuvo "Esta regla constitucional, no sólo veda la aplicación de una segunda pena por un mismo hecho sino también "la exposición al riesgo de que ello ocurra" (Fallos, 314:377; 319:43; 320:374; 321:1173, disidencia de los jueces Petracchi y Bosert, 321:2826, entre otros) por lo que la decisión recurrida resulta equiparable a definitiva, pues en ese aspecto la garantía en cuestión está destinada a gobernar decisiones previas al fallo final. En efecto, llegado el momento de la sentencia definitiva, aun siendo absolutoria, resultaría inoficioso examinar el agravio invocado por la defensa, pues para aquél entonces "el riesgo" de ser sometido a un nuevo juicio ya se habrá concretado".

Sintéticamente, la identidad de persona significa que es un mismo individuo el que está siendo perseguido por dos procesos penales diferentes, o que habiendo concluido uno —sea por absolución o por condena—, se abre un segundo proceso.

Por identidad de objeto se entiende que la imputación tiene que ser idéntica, y que lo es cuando tiene por objeto el mismo comportamiento atribuido a la misma persona, prescindiendo de toda valoración jurídica del hecho, esto es, como comportamiento determinado históricamente. O sea, será irrelevante que se le atribuya una valoración penal diferente en cuanto al encuadre jurídico penal, si se trata del mismo hecho histórico existirá identidad de objeto.

El último de los requisitos es -sin hesitación alguna-, el que presenta más dificultades para la interpretación del art. 17 de la ley penal tributaria. Respecto de esta condición, Maier se pronuncia “(l)a tercera identidad es discutible como tal, y parece sintetizarse mejor su concepto explicando que aquí sólo se trata de exponer ciertas excepciones racionales al funcionamiento del principio, a pesar de la existencia conjunta de las dos identidades anteriores”⁹.

2.2. Evolución de sus alcances en la jurisprudencia de la corte suprema de justicia de la nación

La Corte Suprema de Justicia de la Nación desde sus primeros precedentes ha reconocido esta garantía. Sin embargo —como ya se anunciara—, dable es subrayar que en los últimos años le dio alcances más amplios.

No sólo ampara al inculpado absuelto o condenado por sentencia firme a un nuevo juicio o una nueva pena por los mismos hechos, sino que protege al individuo de una nueva persecución penal, sea que el acusado haya sufrido pena o no la haya sufrido y sea que en el primer proceso haya recaído pronunciamiento remisorio o condenatorio¹⁰.

⁹ Op. cit., pág. 603.

¹⁰ CSJN, Fallos: 310:2845.

Dicho tribunal, añade a los fundamentos brindados en los primeros precedentes, que el principio de progresividad como el de preclusión reconocen su fundamento en motivos de seguridad jurídica y en la necesidad de lograr una administración de justicia rápida dentro de lo razonable, evitándose de ese modo que los procesos se prolonguen indefinidamente; pero, además, y esto es esencial atento los valores que entran en juego en el juicio penal, obedecen al imperativo de satisfacer una exigencia consustancial con el respeto debido a la dignidad del hombre, cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca de una vez para siempre, su situación ante la ley penal¹¹.

Finalmente, en otro precedente el más Alto Tribunal de la Nación sustentó que: “La prohibición del múltiple juzgamiento no veda únicamente la aplicación de una nueva sanción por el hecho anteriormente penado, sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra mediante el sometimiento a juicio de quien ya lo ha sufrido por el mismo hecho.

A partir de una interpretación amplia del principio de prohibición del múltiple juzgamiento se desprende la inadmisibilidad de imponer una nueva pena por un mismo delito, sea que el acusado haya sufrido o no la haya cumplido, y sea que en el primer proceso haya sido absuelto o condenado. Resulta evidente la violación de la garantía constitucional de non bis in idem si se pretende mantener la vigencia por el mismo hecho [...] so pretexto de un diverso encuadramiento legal”¹².



¹¹ CSJN, Fallos: 272:188; 305:913, entre otros.

¹² Del dictamen del Procurador General al que remitió la Corte Suprema, in re “Alcaráz, Oscar Antonio s/p.s.a. de robo calificado” del 21/03/07.

3. La Ley Penal Tributaria y la afectación del principio Ne Bis In Idem - La acumulación de sanciones penales previstas por el art. 17 de la ley penal tributaria

3.1. Posición De La Doctrina

Estamos en condiciones de decir que en la doctrina nacional hay tres posiciones diferentes:

3.1.1 Quienes pretenden conciliar los postulados del art. 17 de la Ley Penal Tributaria y la garantía constitucional que veda la doble o múltiple persecución penal, echando manos a las reglas del concurso ideal. Así, autores como Carlos Edwards predicen que la manera de conciliar los postulados del art. 17 de la ley penal tributaria con la garantía constitucional de mentas, será a través de las reglas del concurso ideal. El mencionado autor considera que se está frente a una misma unidad delictiva, por lo que concluye que debe aplicarse la sanción penal mayor que es la de la pena de prisión. Esto, conforme prescribe el art. 54 del Código Penal.

Por su parte, autores como Lilian Gurfinkel de Wendy y Eduardo Russo sustentan que en el supuesto de concurrencia de infracciones materiales de la ley 11.683 y delitos de la ley 24.769, toda vez que la totalidad de los ilícitos previstos en la ley penal tributaria son de naturaleza dolosa, no existe colisión con las figuras culposas de la ley 11.683. En cuanto a la concurrencia de infracciones formales dolosas de la ley de última referencia y los delitos de la ley penal tributaria, entienden que se trata de un conflicto aparente de normas donde se aplicarían las reglas de la consunción, esto es que la figura penal absorbería a la infracción formal.

El problema principal —según estos autores— radica en torno a los ilícitos dolosos de ambos textos. Y no obstante tomar posición en cuanto a que los tipificados en la ley 11.683 no pueden ser considerados puramente penales, puesto que en tal caso lo inconstitucional no sería solamente el art. 17 de la LPT, sino la propia ley de procedimientos fiscales, por establecer la jurisdicción administrativa, bien que sujeta al control jurisdiccional del Poder Judicial sobre tales ilícitos, concluyen que en ciertos supuestos los arts. 17 y 20 del régimen penal tributario

no podrán ser aplicados sin lesionar principios generales del derecho¹³. Parece ser ésta también la posición adoptada, para evitar vulnerar el principio de *ne bis in idem*, por autores como Roberto Falcone¹⁴, con la salvedad de que para el recientemente mencionado las defraudaciones tributarias contempladas por la ley de procedimientos fiscales son verdaderos delitos y no meras infracciones.

3.1.2.Quienes consideramos que el art. 17 de la ley penal tributaria es inconstitucional.

Militan en esta posición el profesor Arístides Corti, quien sostiene que en el caso de que el tribunal en lo penal tributario o tribunal federal aplique una sanción en el marco de la ley 24.769, luego la AFIP se encuentra imposibilitada de imponer una nueva sanción, adunando que la solución adoptada por el legislador se exhibe como inconstitucional en cuanto puede infringir el principio *ne bis in idem*¹⁵.

Por sus partes, Carlos M. Giuliani Fonrouge y Susana Navarrine sustentan análoga posición, manifestando. “[...] no dudamos que esta disposición del art. 17 es inconstitucional y los jueces deberán acatar aquel principio penal haciendo caso omiso de esta norma, declarándosela violatoria de las garantías constitucionales de los contribuyentes”¹⁶.

En el mismo sentido se pronuncia Ricardo Thomas, para quien si un individuo fuera absuelto en sede judicial, no podría ser sometido a proceso administrativo por el mismo hecho o por uno que esté comprendido en aquel otro que ya ha sido juzgado¹⁷.



¹³ Lilian Gurfinkel de Wendy y Eduardo Ángel Russo, “Ilícitos tributarios en la leyes 11.683 y 23.771”, 3º edición actualizada, Edit. Depalma, 276 y 277.

¹⁴ Cfr. Horacio D’Angelo y Roberto Falcone, “Comentario de la ley penal tributaria y previsional nº 23.771”, Del Plata, Mar del Plata, 1992, pág. 59.

¹⁵ Cfr. Conferencia brindada por el autor en el “Seminario intensivo de régimen penal tributario y previsional de la AAEF”, PET Nº 74, 1994.

¹⁶ Carlos M Giuliani Fonrouge y Susana Navarrine, “Procedimiento Tributario”, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1999, pág. 812.

¹⁷ Ricardo Thomas, “Regimen Penal tributario ley 24.769. Análisis de los tipos penales. Ley más benigna”, edit. Ad hoc, Buenos Aires, 1997, págs. 155/117.

A igual conclusión arriba Villegas, expresando que la disposición puede significar una ilegal imputación duplicada por un solo hecho que constituye un solo acto típico, con lo cual la pretensión de doble juzgamiento y doble condena es inconstitucional por violar el principio de non bis in idem¹⁸.

Silvina Bacigalupo y Manuel Bajo Fernández se enrolan, también, en esa teoría, señalando que “[...] obsérvese que la legislación argentina no responde a estos principios garantistas cuando en el art. 17 de la ley 24.769 se establece que las penas establecidas en esta ley serán impuestas sin perjuicio de las sanciones administrativas fiscales”. Agregando luego que “Si bien queda claro que los hechos probados en sede penal son vinculantes para la sede administrativa, la doble sanción, penal y administrativa, que permite la ley argentina vulnera, a nuestro juicio, claramente el principio non bis in idem y, con ello, el principio de culpabilidad como presupuesto de la legitimidad de la pena”¹⁹.

El profesor Vicente Oscar Díaz adscribe al criterio de los autores que consideran que el art. 17 del régimen penal tributaria es inconstitucional, cuando afirma: “Es imposible desoir la vigencia del principio “non bis in idem” con construcciones ajenas a la problemática específica como un esfuerzo en privilegiar un segundo juzgamiento, quedando en claro que la sentencia de la causa penal tiene efectos paralizadores de postrer procedimiento administrativo, es decir, se puede afirmar que la cosa juzgada, constitutiva de un amplio óbice procesal, protege al contribuyente contra un segundo proceso”²⁰.

Se encuentra afiliado a esta posición Alejandro Catania. Dicho autor aprueba como se legisló en materia de derecho penal aduanero, dado que por sus previsiones no sólo se establecen las penas de prisión y de multa (entre muchas otras), sino que específicamente se dispone por

¹⁸ Héctor Belisario Villegas, “Curso de finanzas, derecho financiero y tributario”, edit. Astrea, 9na. Edición actualizada y ampliada, pág. 583.

¹⁹ Miguel Bajo Fernández y Silvina Bacigalupo, “Delitos tributarios y previsionales”, edit. Hammurabi, 2001, pág. 21.

²⁰ Vicente Oscar Díaz, “Límites al accionar de la inspección tributaria y derechos del administrado”, edit. Depalma, segunda edición actualizada, pág. 207.

el art. 913 “[...] cuando un mismo hecho configurare simultáneamente una infracción aduanera y un delito, se impondrán las penas previstas para el delito”²¹.

Finalmente, para mencionar tan sólo a algunos de los autores que han abordado este tema, Juan M. Álvarez Echagüe sostiene que: “... entiendo valedero reiterar la adhesión a la postura que sostiene la naturaleza penal del ilícito tributario, pues ello implica entender que aplicar en forma conjunta, por un mismo hecho, una sanción administrativa y otra judicial, es atentatorio del principio constitucional que prohíbe la multiplicidad de sanciones cuando medie identidad de sujeto, hecho y fundamento”²².

3.1.3. Por último, en posición que cuenta con menos adeptos, están quienes sostienen que es posible aplicar ambas sanciones. En la actualidad, milita casi solitario Carlos Alberto Chiara Díaz, quien sustenta que “[...] si bien puede existir identidad de persona juzgada y de comportamiento reprochado, lo diferente radica en la causa petendi, esto es, cuando la acusación y condena tuvieron en cuenta en un proceso penal el carácter de delito de aquél, mientras en sede administrativa fiscal tal accionar será revelado en el plano disciplinario contravencional, con alcances y principios distintos respecto de la culpabilidad y de las características típicas de las faltas [...] se trata de órbitas distintas de ejercicio de poder represivo estatal: una de naturaleza penal....y otra contravencional [...]”²³.

3.2. Precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El más alto Tribunal Nacional, en el precedente “Pousa”, sostuvo que no viola el principio de ne bis in idem someter a un sumario administrativo y a un proceso penal a un sujeto en base a un mismo



²¹ Alejandro Catania, “Régimen Penal Tributario. Estudio sobre la ley 24.769”, Editores del Puerto s.r.l., pag. 244.

²² Juan M. Álvarez Echagüe, “Las sanciones tributarias frente a sus límites constitucionales”, edit. Ad-hoc, Buenos Aires, 1ra. edic., 2004, pág. 249.

²³ Carlos Alberto Chiara Díaz, “Ley penal tributaria y previsional N° 24.769”, edit. Rubin-zal Culzoni, Santa Fe, 1997, págs. 316/317.

hecho por éste llevado a cabo, ya que en ambos procesos se persiguen responsabilidades de distinta naturaleza²⁴.

Sin embargo, lo resuelto en esa oportunidad por el tribunal de marras ha sido matizado en una causa en materia aduanera, ya que en ella se afirmó la improcedencia de la sanción de multa por tentativa de contrabando (conf. art. 196, inc. 1, b) del Código Aduanero), cuando el sujeto había sido sobreseído en la causa por contrabando contra él seguida, pues la multa es una accesoria de la pena de prisión. Sostuvo el tribunal que: "Habiéndose sobreseído definitivamente en la causa penal seguida al procesado por considerar que el hecho no constituía delito, aquél se encuentra amparado por la garantía constitucional de la cosa juzgada, y respecto de ese delito no puede ser nuevamente juzgado, ni pueden serle aplicadas las sanciones accesorias del art. 191"²⁵.

Ha menester destacar un precedente más reciente, en el que la Corte, haciendo suyo el dictamen de la Procuradora Fiscal, declaró improcedente el recurso extraordinario federal interpuesto por el Ministerio Público Fiscal.

El caso era el siguiente: la Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba confirmó la decisión del juez federal de Río Cuarto, en cuanto había declarado que es inconstitucional el inc. f) del art. 35 de la ley 11.683, a la vez que había dejado sin efecto el procedimiento de control de ventas practicado al contribuyente por la AFIP. Adujo el juzgado que en la especie también se verificaba una violación a la garantía del *ne bis in idem*, ya que luego de incoar un sumario por la presunta comisión de la infracción del art. 40 de la ley de rito fiscal, mediante nuevas actuaciones, con una hora de diferencia y por los mismos hechos, se decide el cierre preventivo del establecimiento mercantil, alegándose un irreparable perjuicio fiscal²⁶.

²⁴ CSJN, Fallos, 273:66

²⁵ CSJN, Fallos, 305:246.

²⁶ CSJN, Expediente B 1167, XLII, causa "Barolo, Guillermo por El Lomo y Cía. SRL c/AFIP s/amparo ley 16.986", del 2 de diciembre de 2.008.

4. Algunos ejemplos en los que se viola la garantía

a) Una persona comete una infracción tipificada en la ley 11.683 y, con motivo de ello, se inicia el procedimiento sancionador establecido en dicha normativa y recibe sentencia condenatoria aplicando sanciones. Posteriormente, la AFIP advierte que esa conducta puede constituir un delito, por lo que procede a elevar la denuncia respectiva. En estos casos de llevarse adelante el proceso se estaría vulnerando el principio constitucional que prohíbe la múltiple persecución penal, ya que es evidente que habrá identidad de sujeto, hecho y causa.

En cuanto a estos supuestos, el Tribunal Constitucional de España, que anula una resolución penal por haberse aplicado anteriormente una sanción administrativa con motivo de una misma conducta, textualmente ha sostenido que “[.....] irrogada una sanción, sea ésta de índole penal o administrativa, no cabe, sin vulnerar el mencionado derecho fundamental, superponer o adicionar otra distinta, siempre que concurran las tan repetidas identidades de sujeto, hechos y fundamentos”²⁷.

Por tanto, si los hechos han sido sancionados por la Administración Tributaria, no pueden volver a serlo en la vía penal.

b) Si en sede penal se arribó a un pronunciamiento condenatorio, no se puede aplicar una sanción por infracción a alguno de los tipos previstos en la ley de rito fiscal, puesto que de adverso se infringiría la garantía constitucional que prohíbe la doble o múltiple persecución penal.

Ahora bien, qué sucede cuando en el fuero penal se absuelve al imputado. Como hemos señalado la garantía protege al ciudadano de la doble o múltiple persecución penal, por ende, de aplicar sanciones la Administración Fiscal, violaría dicha garantía. Es que si hay una decisión judicial que absuelve al imputado, ello impide que se lo juzgue nuevamente por la infracción contenida en la ley de rito fiscal. Es que la integridad que debe tener el pronunciamiento del juez penal



²⁷ (sent. del 11/11/1999).

no puede ser parcelado, dividido o seccionado. La cosa juzgada en sede penal no tiene distintas consecuencias cuando la sentencia ha sido condenatoria o absolutoria, sino que la interdicción de un nuevo procesamiento tiene cabida en ambos supuestos. La absolución en sede judicial debe necesariamente producir la absolución de la ilicitud tributaria, por aplicación de la cosa juzgada sobre toda ilicitud conexa, sin que tal aplicación deba ceñirse, solamente, y como lo dispone la ley penal tributaria, a la ‘materialidad de los hechos’.

Sin embargo, de momento, no parece ser el expuesto el criterio de la jurisprudencia mayoritaria.

Así, la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal se ha expedido en sentido contrario, en una causa en donde al dictarse sentencia sobreseyendo al imputado se ordenaba remitir copia de ciertas partes del expediente de la DGI a fin de que determine las eventuales responsabilidades conforme la ley 11.683, lo cual fue impugnado por el incaudo por violatorio del *ne bis in idem*. El tribunal señaló al respecto: “Los alcances del sobreseimiento no pueden proyectarse hasta el punto de impedir la investigación de una presunta infracción administrativa, pues resulta claro que, por el proceso concluido por aquella decisión remisoria, no se podía examinar el suceso que constituía su objeto de investigación desde todos los ángulos legales posibles o desde todos los puntos de vista jurídicos, en sentido amplio”²⁸.

5. Concurrencia de sanciones administrativas.

a) Puede suceder que una misma conducta sea sancionada por dos normas que tipifican infracciones diferentes, de las previstas en la ley de procedimientos fiscales. En estos casos también operará el principio *ne bis in idem*. Por ejemplo, antes de su reforma por la ley 24.765, el art. 43 de la ley 11.683 preveía una sanción de multa por la realización de ciertas conductas que podían acumularse con la clausura, lo que —a mi modo de ver—, constituía una clara violación a la garantía constitucional

²⁸ CNCP, causa “Rojo, Teodoro Mario s/rec. de queja”, sent. del 23/02/1999.

del ne bis in idem. Sin perjuicio de la patente inconstitucionalidad, la Corte Suprema de Justicia en el precedente “Moño Azul S.A.” interpretó que el principio no impedía la aplicación concurrente de las sanciones de multa y clausura²⁹.

b) Asimismo, pueden presentarse otras situaciones, también violatorias del principio que veda la doble o múltiple persecución penal. Así, el art. 39 de la Ley de Procedimiento Tributario, como el agregado a continuación, establecen que las multas que disponen para ciertos incumplimientos a los deberes formales son acumulables con las del 38 y la norma añadida seguidamente, lo cual constituye una clara violación al principio que prohíbe la doble o múltiple persecución penal, pues por una conducta llevada adelante por un sujeto se lo sanciona dos veces, aunque bajo los términos de artículos diferentes. Hace ya bastante tiempo atrás la Corte Suprema de Justicia se ha expedido al respecto, en la causa “Omar Merlos y Cía.”. Dijo puntualmente el aludido tribunal que: “Los reiterados incumplimientos en que incurrió la imputada, consistentes en la no presentación de los resúmenes bancarios que le fueran requeridos por la DGI constituye, a la luz de lo preceptuado por el art. 43 [.....] la inobservancia del deber de suministrar los elementos solicitados, y no la desobediencia de las sucesivas intimaciones con las que se demandó su ejecución, por lo que configuran un solo hecho punible en la medida en que obstaron el ejercicio de las facultades del organismo fiscal, tendentes a determinar la obligación tributaria y a verificar y fiscalizar su incumplimiento”³⁰.

Como ya lo anticipáramos, entiendo que el art. 17 de la ley penal tributaria y previsional 24.769, de cara a los postulados de la Ley Fundamental deviene absolutamente inconstitucional por violatoria del principio ne bis in idem, dado que de su propio texto surge la posibilidad



²⁹ CSJN, Fallos, 316:687, in re “Moño Azul S.A. s/ ley 11.683” del 15/04/93 en el que se señala: “El art. 43 de la ley 11.683 (t.o.1978) tiene en miras aquellos deberes formales que tiendan a determinar la obligación tributaria o a verificar su cumplimiento, en cambio en el art. 44 de dicha normativa, el cumplimiento de los deberes formales constituye el instrumento que ha considerado el legislador para aproximarse al marco adecuado en el que desenvolverse las relaciones económicas y de mercado y ejercer el debido control del circuito económico en que circulan los bienes.”.

³⁰ CSJN, Fallos, 303:1880, sent. del 26/11/1981.

—al menos legal— de aplicar una sanción penal y acumular a ésta otra sanción de la misma naturaleza, aunque inapropiadamente establecida en una ley administrativa como lo es la 11.683 o en la ley 17.250 para el caso de las infracciones al sistema de seguridad social.

6. Garantía contra la autoincriminación y el régimen penal tributario

6.1. Antecedentes históricos de la garantía.

La garantía a no declarar contra sí mismo encuentra antecedentes remotos; sin embargo parece existir consenso en que la aludida garantía, como parte integrante del constitucionalismo moderno comienza a desarrollarse en la historia constitucional inglesa como reacción frente a ciertos métodos de instrucción de las causas que permitían la utilización de los más crueles castigos sobre las personas sospechadas de la comisión de algún delito, con la finalidad de obligarlos a admitir su culpabilidad. Como reacción a tales prácticas, el derecho a no suministrar prueba contra sí mismo quedó establecido en el sistema del common law.

Posteriormente, el derecho contra la autoincriminación se incorporó al Derecho angloamericano con la colonización de América del Norte, y obtuvo reconocimiento expreso en los textos constitucionales de algunos Estados. Así, la Declaración de Derechos de Virginia, proclamada el 12 de junio de 1774.

En el sistema continental europeo se reconoce la influencia que la *Bill of Rights* de las constituciones norteamericanas tuvieron en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, adoptada por la Asamblea Francesa el 26 de agosto de 1789. Los distintos ordenamientos procuraron limitar los poderes del Estado en el ejercicio de la persecución penal, reconociéndosele al imputado el derecho de negarse a declarar sin que ello derivara consecuencia alguna, a la vez que se proscribió el juramento de decir verdad para el caso en que decidiera prestar declaración. En el derecho patrio, los procesos constitucionales de América del Norte y el ideario de la Revolución Francesa ejercieron notable influencia en el Río de la Plata, hasta que finalmente alcanzaron

reconocimiento constitucional cuando la Asamblea General Constituyente de 1853 estableció en el art. 18 de la Constitución Nacional que “nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo....”

Tal principio también se estatuye en las convenciones internacionales que fueron incorporadas a la C.N. (art. 75 inc. 22)³¹.

Sobre la base del sintético repaso histórico efectuado estamos en condiciones de aseverar que la garantía contra la autoincriminación encuentra su origen invariablemente ligado a los métodos de instrucción que contemplaban el juramento y la tortura como forma de obtener la confesión del imputado.

Al respecto el profesor Maier señala “(p)ara que las manifestaciones del imputado representen la realización práctica del derecho a ser oído como parte integrante del derecho de defensa, la Constitución Nacional prohíbe expresamente toda forma de coerción que elimine la voluntad del imputado o restrinja la libertad de decidir acerca de lo que le conviene o quiere expresar”, adiconando luego que ésta es la verdadera ubicación sistemática de la regla del art. 18 de la C.N.³².

En el ámbito del proceso penal la garantía determina una serie de consecuencias para el imputado: 1) facultad de negarse a declarar, y 2) voluntariedad de la declaración del imputado, que no puede ser eliminada por medio alguna que la excluya.

Ahora bien, cuadra preguntarse a esta altura si se agota en ello el contenido de la referida garantía o si comprende también la prohibición de exigir la colaboración del acusado en la producción de pruebas de cargo no testimoniales. En tal sentido, se entendió que el derecho

³¹ En tal sentido, el art. 8.2.G de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho [...] a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable...”. En tanto, el art. 14.3.G del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe que “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.”

³² Julio B. Maier, “Derecho Procesal Penal argentino”, t 1-B, Fundamentos, edit. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, pág. 330.

a no autoinculparse se extiende más allá del silencio, e importa que el imputado no pueda ser compelido a una activa contribución a las pruebas de cargo; por ello no puede exigírsela la realización de un cuerpo de escritura y tampoco puede obligárselo a entregar objetos de relevancia probatoria.

7. El procedimiento administrativo de verificación y fiscalización tributaria y la garantía de la prohibición de autoincriminarse

Ha menester analizar si de acuerdo al alcance de la cláusula y al sistema de determinación de la obligación tributaria, el obligado tributario tiene el derecho a negarse a aportar la documentación e información que requiere la administración en el curso del procedimiento de verificación y fiscalización, y si las disposiciones legales que imponen sanción, en caso de incumplimiento a los deberes de colaboración, constituyen normas cuya creación se encuentra prohibida por ser contrarias a la cláusula constitucional.

Inicialmente, a fin de dar respuesta al precedente interrogante, dable es determinar cuál es la finalidad que persigue el procedimiento tributario y cuáles son los principios que lo inspiran.

El sistema tributario y el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos del Estado encuentra sustento constitucional —arts. 4 y 75 inc. 2º—, y se construye a partir del principio de igualdad que exige que todos contribuyan al sostenimiento de las cargas públicas, sin discriminaciones arbitrarias y de acuerdo con una medida determinada, acorde a la capacidad económica individual —principio de capacidad contributiva—.

El Estado a través del Congreso Nacional establece los tributos, y está a cargo del Poder Ejecutivo el percibirlos por medio de sus dependencias específicas, lo que lleva ínsito la atribución y el deber de comprobar y verificar el correcto cumplimiento de las obligaciones tributarias, con miras a la exacta liquidación del tributo. La Administración cuenta con una serie de atribuciones que le permitirán conocer, corroborar o comprobar los elementos fácticos que la ley ha fijado como presupuesto para el nacimiento del hecho imponible.

En opinión de Sainz de Bujanda "(l)a colaboración de los administrados en el procedimiento de gestión fiscal, constituye una necesidad insoslayable; en todas las épocas y en todos los países la norma ha tenido que regular de algún modo la participación del contribuyente en la aplicación del tributo..."³³.

Según nuestro sistema normativo, la obligación tributaria corresponde materializarla al contribuyente o responsable mediante la denuncia de los hechos concretos que se identifican con la hipótesis contemplada en la norma regulatoria del gravamen. Ante la falta total o parcial de tal declaración, la administración asume la función de liquidación, para lo cual debe tomar contacto con aquella situación fáctica que genera la obligación tributaria. Si logra tener conocimiento cierto de la materia imponible, practica la determinación de la obligación en forma directa.

Por tanto, uno de los primeros deberes del contribuyente u obligado para con la administración lo constituye la presentación de declaración jurada. Empero, esa declaración se encuentra sujeta a verificación administrativa. Para el cumplimiento de ello la Administración está facultada a exigir una serie de prestaciones, a saber: 1) llevar libros o registros especiales de las negociaciones y operaciones propias y de terceros que se vinculan con la materia imponible; 2) poseer comprobantes que respalden las registraciones contables; 3) requerir informes verbales o escritos al firmante de la declaración jurada o terceros, entre otras. Coetáneamente, se tipifican como infracciones una serie de conductas, v. gr. la omisión de presentar declaraciones juradas, la resistencia a la fiscalización, que en caso de verificarse darán lugar a la aplicación de las sanciones respectivas.

8. Opinión de la Doctrina Nacional

Ahora bien, puede la AFIP utilizar los datos obtenidos de manos del contribuyente durante el transcurso de un proceso de determinación en una posteror imputación penal.



³³ Fernando Sainz de Bujanda, "Hacienda y Derecho", 1967, t. IV, pág. 252.

El profesor Vicente Oscar Díaz explica que en todo Estado democrático de Derecho, el contribuyente cuenta con la facultad que le otorga el art. 1º de la ley 19.549 de procedimientos administrativos de requerir al organismo recaudador que informe si la recolección y verificación de datos lo es para la vía administrativa o para la vía penal. En tal caso, el Fisco estará obligado a responder por escrito, y en función de ello el administrado podrá evaluar la forma de proceder ante los requerimientos que efectúen los inspectores. Subraya que es imperativo que la administración tributaria informe al inspeccionado sobre los planes de verificación, y sobre la naturaleza y alcance de las actuaciones de los inspectores, habida cuenta de que ello será esencial para impedir "(r)eciclar actuaciones administrativas al campo penal tributario, dado que si el inspeccionado no es advertido previamente por la inspección de que puede existir en su contra conducta penal tributaria, se podría autoincriminar mediante el aporte de datos a la inspección por la vía de la coacción administrativa".

Añade que todo testimonio obtenido por la inspección tributaria bajo compulsión en una actuación no criminal no puede ser utilizado como soporte de una persecución penal tributaria, situación que "no se modifica por el mero hecho de que las declaraciones obtenidas en sede administrativas han sido previas al inicio de la causa penal, dado que lo contrario significa infringir el precepto de presunción de inocencia"³⁴.

Luego, distingue según la denuncia penal se haya efectuado antes o después de haberse llevado a cabo la determinación de oficio de la deuda tributaria, en estos términos: "Va de suyo que la quiebra del principio de no autoinculparse se produce justamente cuando un sujeto es inspeccionado bajo las facultades de la ley administrativa 11.683 con posterioridad a la interposición de una denuncia penal y se pretende de él una colaboración activa para colectar datos para la causa penal [...]", añadiendo finalmente que "[...] al plano de nuestra legislación positiva, aparece incuestionable que el proceder administrativo de la imposición colectando datos luego de formalizar el Fisco una denuncia penal tributaria,



³⁴ Vicente Oscar Díaz, "Garantías mínimas que resguardan los derechos de los administrados ante los permanentes excesos en que incurre la inspección tributaria", en D.T.E., t. XX, pág. 783.

importa una objetiva y manifiesta violación de los preceptos constitucionales existentes en la materia, donde surge que no es posible utilizar en procesos penales tributarios material reciclado de actuaciones administrativas”³⁵.

El siempre recordado constitucionalista Miguel Angel Ekmejdjian consideraba que las disposiciones legales de la ley 11.683 que imponen a los contribuyentes obligaciones de suministrar información e incluso documentación a los organismos recaudadores son violatorias del art. 18 de la Constitución Nacional en la medida en que sean utilizados en perjuicio de quien las ha aportado³⁶.

Por su parte, el profesor Rodolfo Spisso entiende que el principio de inmunidad de declaración carece de operatividad en el ámbito del procedimiento de fiscalización llevado a cabo por los organismos recaudadores, ya que el interés público comprometido en el cumplimiento de las obligaciones tributarias justifica el establecimiento de ciertos deberes de colaboración con la administración tributaria en sus funciones de comprobación.

Destaca el aludido autor que el derecho constitucional a no autoincriminarse se transgrede cuando tales aportes son utilizados como elementos de prueba en el proceso judicial tendente a la aplicación de las sanciones penales previstas en la ley 24.769, puesto que ambos procedimientos, el administrativo y el penal, se rigen por reglas y principios propios; en el primero prevalece la obligación de colaborar con la administración y en el segundo rige la prohibición de obligar a declarar contra uno mismo, cuya aplicación encuentra sustento constitucional y hace a la dignificación de la persona humana³⁷.

³⁵ Vicente Oscar Díaz, “Derechos de los administrado ante procedimientos de inspección violatorios de garantías constitucionales”, en D.T.E., t XXIV, pág. 775.

³⁶ Miguel Ángel Ekmejdjian, “Tratado de Derecho Constitucional”, edit. Depalma, Buenos Aires, 1994, t. II, pág. 323.

³⁷ Rodolfo R. Spisso, “La imposibilidad de utilizar en el proceso penal pruebas aportadas por el contribuyente durante la fiscalización tributaria, en Impuestos LVII-B-2378.

En sentido diferente, Susana Navarrine circunscribe la eficacia de la prohibición de declarar contra sí mismo al ámbito de las declaraciones verbales que en la condición de imputado se expresan ante el juez o fiscal³⁸.

Por último, por mencionar tan sólo a parte de la doctrina que predica cada una de las posturas, María Verónica Straccia en un meduloso trabajo sobre este tópico, sostiene que: “(f)rente a los requerimientos que pueda efectuar la administración en el curso de un procedimiento de fiscalización y verificación tributaria, [no corresponde] invocar la garantía constitucional, puesto que constituye un deber legal cumplir en tiempo y forma los requerimientos cursados por la administración, en el ejercicio regular de sus atribuciones legales, y ello no implica obligar a una persona a que efectúe manifestaciones o que aporte elementos de prueba que importen su propia incriminación, pues al contribuyente únicamente se le requieren aquellos elementos e información necesarios y legalmente exigibles para posibilitar la exacta percepción de los tributos.” Sin perjuicio de lo anterior, la mentada fiscal del fuero penal tributario añade: “En el momento en el que surjan circunstancias objetivas acerca de la comisión de un hecho ilícito, cualquier requerimiento de información, bajo apercibimiento de sanción, a quien pueda resultar imputado podrá resultar contrario a la garantía contra la autoincriminación, en la medida que importe compelerlo a que colabore en la adquisición de la prueba de cargo”³⁹.

9. Doctrina Comparada

Explica Enrique Bacigalupo que el principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, que implica el derecho a no contribuir a la propia persecución y fundamentalmente a no declarar contra sí mismo consagrado en el art. 24.2 CE, determina que, en la medida que las informaciones exigidas pueden ser la base de una condena, el sospechoso no está obligado a proporcionar ningún medio de prueba que pueda ser de cargo. El citado

³⁸ Susana Navarrine, “El derecho constitucional a no declarar contra sí mismo en el Derecho Penal Tributario”, en P.E.T., La Ley, 2001, pág. 226.

³⁹ María Verónica Straccia, “Derecho Penal Tributario-temas críticos”; Juan P. Galván Greenway coordinador, edit. Rubinzal Culzoni, págs.. 75/76.

doctrinario —agrega— que lo verdaderamente conflictivo consiste en determinar a partir de qué momento los inspectores están obligados a informar al inspeccionado de la existencia de una imputación al presunto infractor, ya que no toda actuación de la Inspección de Hacienda debe ser considerada ya una actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito fiscal. Consecuentemente con ello, no sería razonable sostener que la apertura de un procedimiento de inspección fiscal implique por sí mismo una de aquellas medidas que “conocidamente tiende a proceder contra alguien por un hecho punible”. Concluye en que esta situación se habrá de verificar en el momento en que existan razones que —objetivamente— lleven a pensar que el sujeto pasivo ha eludido el pago del mínimo establecido por la ley⁴⁰.

Miguel Bajo Fernández y Silvina Bacigalupo sostienen que “[...]ha tenerse en cuenta que dichos elementos probatorios son remitidos al proceso penal con la propia denuncia y constituyen, habitualmente, la única prueba documental que compone la causa, aparte del informe de la propia Inspección. En consecuencia, el fallo condenatorio pudiera fundamentarse en prueba ilícitamente obtenida en cuanto al acusado ha sido coaccionado a la entrega de la documentación sin que nadie le indicara, sino más bien al contrario, sus derechos a no declarar, a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable”⁴¹.

María Teresa Soler Roch señala que le asiste razón al Tribunal Constitucional Español cuando sostiene en sus resoluciones que la aportación de datos por parte del contribuyente no es una declaración en la que se admite la culpabilidad, agregando luego, “(p)ero no es menos cierto que el poner de manifiesto —aunque sea mediante una simple declaración de conocimiento— la realización de hechos imponibles no declarados en su día o declarados o valorados insuficientemente, aportando además la documentación justificativa de estos hechos, constituye, indefectiblemente, una declaración de conocimiento con aportación de pruebas sobre la comisión de conductas de infracción tributaria”.



⁴⁰ Enrique Bacigalupo, “El delito fiscal. Curso de Derecho Penal Económico”, edit. Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 230.

⁴¹ Op. cit. en la nota 16, pág. 48.

Agrega, en referencia al Derecho español, que esta materia “se caracteriza porque unos mismos hechos inevitablemente conectados y, por tanto, ambivalentes en cuanto a su alcance probatorio (la realización del hecho imponible y la conducta infractora que consiste precisamente en su ocultación total o parcial), constituyen la base de un mismo y único procedimiento.” Para la catedrática de la Universidad de Alicante, la ambivalencia de los efectos de la información suministrada por el sujeto pasivo constituye el nudo gordiano de la cuestión, el que sólo podría deshacerse de dos formas: “o prohibiendo expresamente la intercomunicabilidad de efectos probatorios entre el procedimiento de gestión tributaria, estrictamente destinado a determinar la existencia y cuantía de la deuda tributaria y los procedimientos o procesos penales, o bien revisando el actual carácter punitivo del procedimiento de regularización tributaria”⁴².

10. Antecedentes del tribunal europeo de derechos humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha ocupado del derecho a no autoinculparse en distintos antecedentes.

Así, en el caso “Saunders vs. United Kingdom”⁴³ el citado tribunal sentenció que el derecho a no declarar contra sí mismo constituye una derivación del derecho a un juicio justo e impide que la prueba de cargo sea obtenida a través de métodos coercitivos o de opresión sobre la voluntad del acusado. De allí que se encuentre estrechamente ligado a la presunción de inocencia previsto por el art. 6.2 del Convenio. Asimismo, identificó el derecho a no declarar contra sí mismo con el derecho a guardar silencio, y precisó que éste no se extiende al empleo —en un procedimiento penal— del material que puede obtenerse del acusado mediante poderes coactivos, y que tiene una existencia independiente de la voluntad del acusado, tal como acontece con los documentos obtenidos de acuerdo a un mandato judicial o muestras de sangre u orina.

⁴² M.T. Soler Roch, “Deberes tributarios y derechos humanos”, RRTT, Nº 30, 1995, págs.. 112/113.

⁴³ El texto completo de la sentencia puede consultarse en internet en el sitio del tribunal Europeo de Derecho Humanos.

Ulteriormente precisó que para establecer si una declaración era o no autoincriminante debía juzgarse en el contexto en el cual es utilizada, pues si bien en abstracto una declaración puede ser —incluso— desincriminante, empleada en un juicio penal para valorar el grado de credibilidad del imputado puede resultar claramente perjudicial al resolver su situación procesal⁴⁴.

En el caso “Bendenoun c/Francia”, si bien se rechaza lo solicitado por el actor, se reconoce que el derecho a no declarar contra sí mismo juega no sólo en presencia de un procedimiento penal, sino que también de un procedimiento administrativo sancionador. Como puede colegirse el tribunal dejó sentado qué en la medida en que las sanciones tributarias impuestas presenten una connotación penal, el derecho a no declarar contra uno mismo podría ser alegado por el sujeto afectado en un procedimiento sancionador tributario⁴⁵.



⁴⁴ Cuadra destacar las particularidades fácticas del hecho para poder apreciar apropiadamente los alcances del criterio del tribunal europeo respecto de la garantía de marras. Resulta que un grupo de inspectores del departamento británico de comercio e industria (DTI) inició una investigación acerca de las posibles irregularidades cometidas por la empresa británica Guinness. Posteriormente, los inspectores informaron a la DTI la existencia de pruebas concretas sobre actuaciones delictivas por parte de los responsables de la aludida firma, situación que —a su vez— fue anoticiada a la Fiscalía. Sin perjuicio de aquella noticia, la inspección continuó con la investigación e interrogó a Saunders en distintas oportunidades, quien se vio obligado a responder los requerimientos, pues la legislación inglesa castiga la resistencia con pena de multa y privación de la libertad hasta dos años. Saunders fue interrogado —entre otras cosas— sobre el pago de cierta suma de dinero a la vez que se le exhibió el recibo mediante el cual se había documentado la operación. De tal modo, Saunders reconoció que había acordado el pago en concepto de honorarios. Luego la DTI solicitó formalmente a la policía el inicio de una investigación penal, a la vez que se continuó con el interrogatorio a Saunders a quien —luego— incluso se le requirió información. Durante el juicio Saunders negó tener conocimiento del dinero pagado, negativa que fue contrastada con las transcripciones de las declaraciones prestadas ante la instrucción. Saunders fue condenado. Como puede advertirse, lo más destacado del caso es que el departamento británico ya habiendo anoticiado a la fiscalía prosiguió no obstante con la investigación, interrogando —incluso— a Saunders.

⁴⁵ CEDH, Causa 3/1993, Sent. 24/2/1994.

Probablemente el caso “Funke c/Francia” sea uno de los principales pleitos que se han presentado ante el tribunal Europeo en relación con este derecho fundamental. La casuística del caso era la siguiente: El señor Funke recibe la visita de tres oficiales de aduanas que, actuando de acuerdo con la información recibida de las autoridades fiscales, le exigen la aportación de determinados documentos relativos a sus bienes en el extranjero, pero Funke, que era de ciudadanía francesa se niega a la presentación de los mismos. Como consecuencia de ello fue procesado por su falta de cooperación y se le impuso una multa que se incrementaba diariamente hasta el día en que el sujeto afectado cumplió con su deber de colaborar. Es decir, las autoridades aduaneras procedieron a la condena del señor Funke con la finalidad de que aportase las correspondientes informaciones. Ante esta situación, el aludido presentó una demanda ante los órganos de Estrasburgo, denunciando que el Estado Francés había violado su derecho a un juicio equitativo en cuanto le imponía el deber de declarar contra sí mismo. La demanda fue declarada admisible por la Comisión Europea y, a pesar de que este órgano entiende que no se ha producido una violación del art. 6.1 atendiendo a las características especiales del derecho de aduanas que exigen una singular labor de colaboración, el tribunal europeo considera —en sentido contrario— que las especialidades de dicho Derecho no pueden justificar la medida adoptada por el Estado Francés, declarando la existencia de una violación del derecho del ciudadano a no autoincriminarse.

En el caso “Abas Maximilian c/Holanda” el demandante había solicitado la exoneración del pago del impuesto sobre salarios en Holanda, puesto que, como residía en el extranjero (Reino Unido e Irlanda) abonaba en dichos países sus impuestos en calidad de no residente. Estando así las cosas, cierto día recibe una carta de la inspección tributaria, requiriéndole para que conteste sobre su lugar de residencia durante el periodo de tiempo determinado en la misma, el demandante contesta la carta recibida declarando que normalmente reside en Irlanda. Posteriormente, se inició una investigación judicial contra el demandante, quien fue acusado de evasión fiscal y de fraude, toda vez que las autoridades públicas consideraron que su residencia habitual estaba fijada en Holanda. El sujeto afectado se dirigió a la comisión Europea argumentando que su derecho a no autoincriminarse fue violado por el Estado Holandés, puesto que éste ha utilizado la contestación a la carta realizada por el demandante para acusarle, sin haberle avisado de su derecho

a no contestar ante la posible incriminación. La Comisión declaró inadmisible la demanda entendiendo que la labor realizada, en aquel momento, por la inspección era exclusivamente de comprobación, y que, por consiguiente, en el instante en el que se produjo la contestación el demandante todavía no había sido acusado ni se había iniciado ningún procedimiento judicial contra él. Adujo que el señor Abas estaba obligado a colaborar con la inspección Tributaria en su labor investigadora, y no podía elevar el derecho a la no autoincriminación como motivo para negarse a facilitar la información requerida.

Por último, en el caso “J.B. c/ Suiza”, del 3/5/01 el tribunal europeo ha dictado sentencia en la que se ha pronunciado sobre la existencia de una violación del derecho a no declararse culpable en el desarrollo de un procedimiento equivalente a una acusación penal (análogo al caso Funke). El tribunal europeo consideró que el procedimiento de evasión fiscal iniciado contra el demandante tiene un claro significado penal y, en consecuencia, le son aplicables los principios del orden penal, entre ellos, el derecho a no declarar contra sí mismo, por ello, la exigencia de aportar determinados documentos impuesta a una persona acusada de haber eludido el pago de ciertos impuestos bajo la amenaza de una sanción constituye una violación manifiesta del art. 6.1 del convenio.

11. Jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica

Un primer precedente que es importante destacar es el caso “Boyd vs. United States” del año 1886. La Corte entendió que el gobierno no puede requerir a un acusado que se autoincrimine y afirmó que “(l)a información que, aunque técnicamente dentro de un proceso civil, es en sustancia criminal y por lo tanto [...] la Corte piensa que el proceso es criminal a los efectos de la cuarta y quinta enmienda [...] y que la Corte es de opinión de que la producción compulsiva de libros y papeles privados del dueño de bienes muebles que son buscados para ser incautados constituye obligarlo a ser testigo contra sí mismo”⁴⁶.



⁴⁶ 116 US 616 (1886).

Otro antecedente que cuadra resaltar es “Shapiro vs. United States” del año 1948. La Corte sentó el criterio de que con respecto a una determinada actividad el gobierno exige que se obtengan licencias para funcionar y que se lleven determinados registros de las mismas, los cuales deben estar a disposición del gobierno, por tanto no puede alegarse el privilegio contra la autoincriminación⁴⁷. Por último, dable es mencionar el antecedente “Fischer vs. United States”. En el mencionado precedente la Corte estadounidense modificó el criterio sentado en “Boyd”. La Corte decidió que la garantía constitucional protege contra la producción compulsiva dirigida a un obligado a tributar solamente si el acto puede involucrar testimonio autoincriminante, dado que la garantía es contra la autoincriminación y no contra el descubrimiento de papeles privados⁴⁸.

12. Jurisprudencia Nacional

En el caso “Lheritier Miguel Angel s/ recurso de Casación”, la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal sostuvo que: “Las declaraciones juradas y demás constancias de los aportes efectuados por el contribuyente, poseen el carácter de medios para determinar el impuesto y no de su omisión o evasión, por lo que su valoración no constituye una violación a la garantía de no autoincriminación (art. 18 C.N.)”⁴⁹.



⁴⁷ 335 US 1 (1948).

⁴⁸ 25 US 391 (1997).

⁴⁹ CNCP, Sala I, Reg. 6833. Entre los fundamentos vertidos para rechazar los planteos de la defensa mediante los cuales se criticaba la sentencia del Tribunal Oral en lo Federal de Santa Fe, la Casación sostuvo —además— “(e)n punto al supuesto ‘carácter confesorio’ de la declaración jurada y de otras informaciones proporcionadas por el contribuyente ante la A.F.I.P. planteado por la defensa, Giuliani Fonrouge y Navarrine (pág. 126) dicen: ‘La prohibición clásica de obligar a declarar contra sí mismo ha cedido en materia fiscal por la institución de las declaraciones juradas, equivalentes a una confesión del responsable de la que pueden nacer hasta sanciones en caso de falsoedad, ocultación o simples errores’. Bajo el subtítulo ‘Trascendencia del juramento’, siguen diciendo los autores que ‘en principio, la violación de lo afirmado bajo juramento sólo debería tener consecuencias morales y no jurídicas, de modo que el fisco tendría que calificar las infracciones según las verificaciones que realice, como si no existiese la declaración jurada. Por otra parte, llamar declaración jurada a la presentación de un formulario impreso que el contribuyente completa conforme su leal saber y entender, es desnaturalizar la solemnidad del juramento y debilitar los fundamentos éticos de su institución. De cualquier manera, la obligación

En otro precedente de la misma Sala se sostuvo que: “En esa inteligencia resulta evidente, tal cual lo viene sosteniendo la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico en numerosos precedentes, que el resguardo de no verse obligado a declarar contra sí mismo no puede ser invocado cuando las manifestaciones o exhibiciones de libros o documentos son requeridas en ejercicio de atribuciones conferidas por la ley —cfr. Causa N° 1.569/02 “Seven Seas s/inf. Ley 24.769”, rta. El 14/12/03—. Máxime cuando el cumplimiento de los extremos formales establecidos en las normas tributarias constituyen ‘el instrumento que ha considerado el legislador para aproximarse al marco adecuado en el que deben desenvolverse las relaciones económicas y de mercado’ —Fallos 320:1221—”⁵⁰. En tanto, la Sala I del mismo tribunal sustentó que “(s)i el organismo recaudador puede poner en práctica las facultades a que se refieren los aludidos artículos 35 y 36 del procedimiento tributario con carácter previo a la actuación de la justicia represiva, podría entenderse que con posterioridad, cursar intimaciones o requerimientos al imputado para que presente comprobantes constituiría [...] una forma de avasallar la garantía contra la autoincriminación, de restar validez a la prueba que de tal modo fuese incorporada, o de frustrar su incorporación si es que el contribuyente omitiere su presentación o tuviese tiempo y oportunidad de alterar sus registros y comprobantes dificultando la investigación del presente delito...”⁵¹.

Por su parte, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico sentenció que: “[...]en cuanto al resguardo de no verse obligado a declarar contra sí mismo ya se ha señalado en precedentes del Tribunal que no puede ser invocado cuando se trata de manifestaciones o exhibiciones de libros o documentos que son requeridos en ejercicio de atribuciones conferidas por la ley y que corresponden a un ente de existencia ideal y no a una persona física, que es quien podría ejercer el derecho resguardado en el art. 18 de la C.N.”⁵².

~~~

tributaria nace de la realización del hecho generador y no del juramento. Y la policía del impuesto se hace verificando la existencia de esos hechos estén declarados o no”.

<sup>50</sup> CNCP, Sala I, causa “Florido, Raúl s/ rec. de casación”, sent. del 2 de octubre de 2006.

<sup>51</sup> CNCP, Sala I, causa “Boggiano Rudi s/rec. de casación”, del 24/09/2004.

<sup>52</sup> CNAPE, Sala A, en causa N° 51759, Reg. 546/04, del 16/7/04.

La Sala “B” de aquella cámara también se pronunció a favor de la validez de la incorporación al proceso penal de los elementos reunidos en el curso de un procedimiento de fiscalización y verificación tributaria<sup>53</sup>.

### 13. Conclusiones y Propuestas

Sabido es (¿Es sabido?) que el derecho penal es última ratio del ordenamiento jurídico.

Asimismo, es conocido por todos que el art. 75 inc. 12 de la Carta Magna establece que es atribución del Congreso de la Nación el dictar el Código Penal.

También existe consenso en que las infracciones tributarias —y como consecuencia sus sanciones— tienen naturaleza penal e integran el derecho penal especial al que se refiere el art. 4 del Código Penal.

Paralelamente, la CSJN tiene dicho que no existen diferencias cualitativas entre infracciones y delitos. Entre las unas y los otros existe una mera diferencia cuantitativa: las primeras tienen menor contenido de injusto que los segundos.

No obstante lo anterior, aun hoy en día se sigue hablando de infracciones objetivas e inaplicabilidad del principio de culpabilidad<sup>54</sup>.

La Ley Penal Tributaria contiene 12 tipos penales principales, de los cuales los 3 que integran el tercer título son delitos de peligro concreto, no obstante lo cual se encuentran conminados con penas de dos a seis

<sup>53</sup> CNAPE, Sala B, reg. 061/97.

<sup>54</sup> Predican Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar que: “[....] el principio de culpabilidad es el más importante de los que se derivan en forma directa del estado de derecho, porque su violación importa el desconocimiento de esencia del concepto de persona. Imputar un daño o un peligro para un bien jurídico, sin la previa constatación del vínculo subjetivo con el autor (o imponer una pena sólo fundada en la causación) equivale a degradar al autor a una cosa causante.” (“Derecho Penal, Parte General”, edit. Ediar, Buenos Aires, pág. 132).

años de prisión. A más de ello, el cuarto título “Disposiciones Generales” comprende tres normas que incrementan las escalas penales de los ilícitos principales cuando, por ejemplo, tomase parte un funcionario o empleado público en ejercicio o en ocasión de sus funciones<sup>55</sup>; concurrieren dos o más personas para la comisión de alguno de los delitos tipificados en ella<sup>56</sup>; o se formare parte de una organización o asociación compuesta por tres o más personas que habitualmente esté destinada a cometer cualquiera de los delitos tipificados en la citada ley<sup>57</sup>.

Por su parte, la ley 11.683 de procedimientos tributarios tipifica infracciones formales y materiales con sus respectivas sanciones.

Si el derecho penal es última ratio, al momento de diseñar la política criminal debemos ser coherentes y seguir aquel postulado. En esa línea, es prudente tipificar pocos delitos tributarios en el Código Penal. Por ejemplo, las evasiones simples y agravadas de los actuales artículos 1º, 2º<sup>58</sup>, 7º y 8º, relativos a tributos y a aportes y contribuciones de la Seguridad Social, y el 3º referido al aprovechamiento indebido de subsidios, para proteger las haciendas públicas y los sistemas de seguridad nacional, provincial y municipal<sup>59</sup>. Estos delitos estarán conminados con pena de prisión, sin perjuicio de que a ella se pueda añadir —si el caso lo amerita— sea como principal o accesoria, alguna otra especie de sanción: llámese multa, inhabilitación, pérdida de la personería, etc.. Por ende, los imputados de la comisión de aquellos hechos estarán al amparo de todas las garantías individuales propias del enjuiciamiento penal y del Estado de derecho.

En cuanto a las infracciones materiales dolosas consagradas en la ley 11.683 deberían ser tipificadas en una ley penal especial dictada por el Congreso de la Nación que tutelen tanto la hacienda pública nacional como la provincial y municipal —incluida la Ciudad Autónoma de Buenos Aires—.



<sup>55</sup> Art. 13 de la Ley 24.769.

<sup>56</sup> Art. 15, literal b) de la Ley 24.769.

<sup>57</sup> Art. 15, literal c) de la Ley Penal Tributaria y Previsional.

<sup>58</sup> Este artículo tipifica en el párrafo c) la utilización fraudulenta de beneficios fiscales indirectos.

<sup>59</sup> Así lo diseñaba el Proyecto de Código Penal presentado en el año 2.007.

Las penas que en aquellas se determinen deberán ser proporcionales al contenido de injusto que contengan, sin exceder el límite cuantitativo que las convierte en delitos. También en éstas operaran las garantías individuales del enjuiciamiento penal, dado que su investigación y juicio deberá ser estrictamente judicial.

Por último, deberá mantenerse la potestad de las provincias y municipios —incluida la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— de establecer infracciones a los deberes formales (análogas a las denominadas infracciones formales de la ley 11.683), tendentes a proteger el derecho tributario formal o administrativo, es decir aquellas que sostienen la función administrativa de los distintos entes recaudadores. En estos casos, nunca la pena podrá ser la privación de la libertad, sino que la reacción estatal deberá ser acorde al contenido de injusto de la falta.

A fin de evitar la violación de la garantía constitucional que vedá la autoincriminación, la ley de procedimiento tributario deberá contener un norma en la que se establezca que los inspectores de la Administración tributaria, cuando se encuentren en el contexto de un procedimiento de verificación y adviertan la posibilidad de imputar una conducta delictual al contribuyente, tengan el deber, al formular al obligado los requerimientos del art. 39 de ordenamiento procesal fiscal, de hacerle saber aquella circunstancia al contribuyente, y de que pueden legítimamente abstenerse de cumplir con tales solicitudes.

## LA DEFENSA PÚBLICA COMO GARANTÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA<sup>1</sup>

*Gabriel Ignacio Anitua*

Muchas gracias, Mariana, gracias a todos ustedes y gracias a la Defensoría por haberme hecho esta invitación. Me la han hecho a pesar de ser parte de la Defensoría, y en todo caso esto hace que aquí juegue un doble rol: como organizador y como invitado; hablaré, entonces, desde dentro y desde fuera. Y esto del doble rol voy a relacionarlo con algo de lo que diré.

Mariana Grasso habló, en su presentación, de un privilegio que le cabía por hacerlo. Sin duda, que es al revés en mi caso, y también volveré sobre ello. Pero, mejor, yo diría que es un honor para mí que me haya presentado ella e integrar esta mesa con tan importantes profesores, y hablar después de Barroetaveña, quien dio una excelente exposición de todas las garantías, menos de aquella que intentaré diseccionar en esta modesta intervención. Entiendo que la garantía de la defensa es singularmente importante porque puede hacer que todas esas garantías dejen de estar en un papel (y a veces sólo allí, y hasta tener menos valor que el papel en el que están escritas), y que tengan una real efectividad.

Parece fácil, pero en verdad es muy difícil hablar de la garantía de la defensa, de la defensa en juicio, entre otras cosas porque de esto, ustedes, los defensores, saben mucho, y saben más que yo. No tendría nada que decirles acerca de cómo ejercer esta defensa, en lo práctico.

<sup>1</sup> La presente conferencia ha sido desgrabada, y revisada por su autor.

Por otro lado, el tema “La defensa pública como garantía de acceso a la justicia”, en realidad, no es un tema que elegí yo.

Quizás por el miedo o por el respeto que me dio esta invitación acepté el tema que me habían impuesto, pero luego la consideré como una aceptación parcial, y por tanto limitaré ese extenso tema a una forma de “garantía”. Por ello, no voy a hacer mención aquí a esa idea tan fundamental para el eficaz desarrollo del Estado de derecho, y sobre todo para la posible evolución de la propia institución a la que pertenecemos, cual es la del acceso amplio a la justicia. Por un lado, porque el tema desborda a este formato de charla y a este expositor, y, por otro porque tengo en consideración que integro un panel que discutirá de garantías penales y procesales penales.

El acceso a la justicia parece especialmente importante para garantizar otro tipo de derechos, muchas veces tanto o más importantes que los derechos civiles y políticos, entre los cuales están las garantías penales y procesales penales. En todo caso, en lo que hace a este último tema y oca jugando el rol de defensor penal, esta mención al acceso a la justicia parece una burla, si se considera a quienes defiendo normalmente que son personas que están privadas de su libertad, están detenidas, y su único contacto con la justicia es principalmente el de la institución penitenciaria, donde es muy fácil acceder y donde precisamente lo que quieren es salir, lo contrario de acceder. Y la defensa penal, de la que me encargo, exactamente tiene que lograr esto, tiene que brindar asistencia jurídica al acusado para ayudarlo a luchar por su libertad, en todo caso.

Como ya dije, este tema así acotado, parece fácil, pero es muy difícil. Sobre todo es difícil en la pretensión de ser medianamente original. En todo lo demás, lo fácil y lo difícil son expresiones del mismo fenómeno: son dos caras de la misma moneda.

Ustedes, como público, están predisuestos a escuchar algo que está muy bien y que ya se ha dicho y se ha dicho mucho mejor de lo que pueda decir yo. Precisamente por eso tengo que decir alguna otra cosa, intentando que no sea tan diferente, pues en ese caso no estaría tan bien. De hacer lo correcto estaría incurriendo en un plagio, pero en realidad un plagio imposible. Sería imposible, por ejemplo plagiar a Luigi Fe-

rrajoli quien con precisión se refirió a esta defensa pública, a la defensa oficial como garantía esencial en el proceso penal<sup>2</sup>; o a Fernanda López Puleio<sup>3</sup>, o a Stella Maris Martínez<sup>4</sup>. Si pudiese decir aquí lo que ellos ya han escrito, mucho mejor de lo que podría haberlo hecho yo, estaría cumplido este papel. Pero no puedo hacerlo. Por lo tanto, voy a intentar no plagiar aunque sí basarme en lo que han dicho tales importantes autores para reflexionar, para intentar encontrar alguna pauta para la discusión: en realidad, no una propuesta ni nada por el estilo, sino simplemente un intento de compartir complejidades, dudas, acerca de la idea de la “defensa” y en torno a dos cuestiones centrales que hacen al título de la ponencia: la idea de “garantía”, por un lado, y, por otro lado, la idea de “público”, este adjetivo de la defensa, que la convierte en la defensa pública, y con ello en la defensa oficial, y concretamente lo que hace a nuestra institución.

El tema de las garantías nos remite a la cuestión central del Derecho e incluso a la del Estado de Derecho. La aporía que cruza todo el problema que aquí plantearé ya está presente en un tipo de Estado que tiene que buscar eficiencia, posibilitar una actividad funcional, y legitimar esas intervenciones, pero que a la vez se autolimita para obtener esas posibilidades de acción y de acción política. Esto, en realidad, es una complejidad, no de una forma en particular sino del propio Estado: es la complejidad de las formas políticas occidentales. Lo propio de la civilización occidental es esto que hace a la conformación de un Estado de Derecho, un Estado de garantías. Ello es también lo que luego se ha universalizado, se ha globalizado, diríamos con términos más modernos, con sus ventajas e inconvenientes.

<sup>2</sup> En “Garantismo y defensa penal —o sobre la defensa pública—” en el número 1 de nuestra Revista del Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2006, o las menciones en la monumental “Derecho y Razón”, Madrid, Trotta, 1997, esp. p. 614.

<sup>3</sup> Ver su “Justicia Penal y Defensa Pública. La deuda pendiente” en Revista Pena y Estado nro. 5, Buenos Aires, Inecip, 2002, Buenos Aires, y “El acceso a un defensor penal y sus ámbitos especialmente críticos” en la Revista del Ministerio Público de la Defensa nro. 4, Buenos Aires, 2008, entre otras.

<sup>4</sup> Recomiendo su “Defensa Pública, derecho del pueblo” en Revista Pena y Estado nro. 5, ya citada, además de sus múltiples intervenciones públicas orales y escritas, y sus comunicaciones personales a todos los defensores argentinos.

Creo que lo esencial de la complejidad occidental es la complejidad del Derecho, la complejidad jurídica. Se discute sobre qué es lo determinante de nuestra civilización occidental (y, hoy, mundial o globalizada): si es la tradición griega, la filosofía griega y demás, o la tradición judía, hebrea, o el cristianismo como una suerte de síntesis de ambas tradiciones culturales. A mí (y de acuerdo con Foucault<sup>5</sup>, Le-gendre<sup>6</sup> y tantos otros) me parece que lo que es esencial es la tradición romana, y sobremanera la herencia jurídica de esa cultura. La tradición romana del derecho es retomada en algunos lugares de Europa occidental a partir del siglo XII (y en este caso sí el cristianismo tuvo un rol principal porque es retomada por algunos papas, no muy santos, pero especialmente versados en razonamientos de tipo jurídico). Y con ella se permitirá lograr una mayor eficiencia, para hacer por un lado la forma Estado, y por otro las empresas mercantiles. La jurídica será la clave de bóveda en la que se asentará el edificio de la racionalidad occidental. Siempre tomando lo racional en el sentido weberiano, en el sentido de eficiencia que posibilitaría la efectiva globalización de la propia cultura de los derechos (y que “salvaría” a otras formas más coyunturales como al propio cristianismo).

Vivimos desde ese momento, en que se reciben las reglas del derecho romano para instrumentar los valores, (entonces, cristianos, y luego otros cualquiera) y en que se combate en su nombre contra la magia y las ordalías (que se criminalizan), en la “civilización del derecho”.

Esto va más allá de lo estrictamente jurídico (y de lo procesal penal y penal), y nos marca en lo político, en lo cultural, en todos los ámbitos de nuestra vida. A poco que nos pongamos a pensar vemos cómo la idea de lo jurídico cruza la ciencia, al menos la ciencia occidental que hoy es la ciencia global. La ciencia habla, y no casualmente desde el Renacimiento, Galileo, Newton, etc, habla de leyes, esta idea de algo que necesariamente se tiene que cumplir, que hay causas con efectos necesarios (esto no es tal en ningún otro universo cultural, en la China, en la India



<sup>5</sup> En especial, en “La verdad y las formas jurídicas”, Barcelona, Gedisa, 1980.

<sup>6</sup> En muchas partes de su obra, en forma clara y breve en “El tajo”, Buenos Aires, Amorrortu, 2008.

tenían saberes, descubrían cosas, lograban técnicas sobre la base de esos saberes, pero no se les ocurría esta idea de la ciencia occidental de la “ley”). Y así con la idea de verdad, con la de su prueba, con la demostración y motivación para que otros reconstruyan, con un método, ese camino o proceso. La ciencia toma un ropaje jurídico-procedimental que ya no abandonará. Pero sobre todo pasa esto en el terreno cultural y político.

Esta razón instrumentalizada por lo jurídico, va a provocar algo que es también particular de esta civilización occidental. Me refiero a la escisión, a la partición entre lo privado y lo público, entre las leyes generales del derecho y las particulares de la moral. Ciento es que esta escisión es complicada, es compleja, porque no es tajante, no queda claro qué es lo público, qué es lo privado. Recientemente, en un libro excelente<sup>7</sup>, Paolo Prodi se plantea, tras un posible recorrido histórico, ese problema actual del avance de lo público sobre todas las áreas que tradicionalmente eran de la esfera o del fuero interno, cuestión de la conciencia. Es interesante esta visión, que considero bastante conservadora, pero entiendo que hay que considerar también los “avances” del fuero del derecho como verdaderas conquistas (y ello es sobre todo así en los llamados derechos sociales). Y ver ése u otros posibles recorridos históricos, como el del desarrollo de luchas, que, siendo exitosas, adoptan el lenguaje exitoso, pero ambivalente, del derecho. Digo esto porque los derechos, con el plural, siempre reclaman un adjetivo como el de “humanos” o “civiles” o “subjetivos”, que remite justamente al sujeto que los detenta: un individuo, y que los opone al Estado, pero también son todos los individuos que tienen igual condición quienes los poseen. El discurso de los derechos es a la vez el organizador del Estado moderno y el que lo limita, otorgando garantías a uno y a todos los individuos en el acto de constitución del Estado de derecho.

En ese sentido, las necesidades, los reclamos y finalmente los logros se transforman cuando se traducen en el lenguaje del derecho. El lenguaje del derecho, incluso el del imperio romano rescatado por la Iglesia y los Estados en sus pretensiones jerarquizantes y verticalizantes, me parece que tiene algo esencial que significa conceder al otro lo que para



<sup>7</sup> Prodi, Paolo, “Una historia de la justicia”, Buenos Aires, Katz, 2008.

sí se reclama. En ello está la idea de igualdad, la idea de que todos podemos acceder a eso que nos constituye como ciudadanos, y, antes, como humanos. Y que todos accedemos de tal forma que ni siquiera voluntariamente podemos renunciar a eso. Sé que esto último es muy discutible.

Volviendo a nuestro tema, me concentraré en la idea de “garantía”, y en cómo se expresa en los primeros documentos, que en realidad eran pactos, acuerdos, contratos entre unos individuos y esa embrionaria organización estatal que en el siglo XIII se fundaba en el derecho y por ello se limitaba. En esos primeros momentos esta compleja noción de autoridad que viene del derecho romano, todavía se está gestando. Queda más de la tradición medieval, de la tradición germánica, en cuanto a remitir a formas jurídicas, pero a formas más bien composicionales e interindividuales.

En la Carta Magna de 1215, la primera expresión de “garantías”, si se quiere llamarla así, aparece como una conquista, pero para pocos, como un contrato que hacen los miembros de un grupo, en este caso los nobles ingleses, que dicen “señor rey, señor Estado, a mí no me puede usted allanar el domicilio sin un permiso especial, a mí no puede darme la muerte o afectar un miembro si no es con la autorización de un jurado de doce iguales, doce nobles también, con un juicio que tenga todos los requisitos del debido proceso, la posibilidad de defensa, la no obligación para declarar en contra propia, etcétera”. Y firman los obligados, esto es, el rey Juan por el Estado. Todo ello aparece expresado en ese documento, que está en latín de esta forma, y que luego también se mantendrá en la cultura jurídica anglosajona con el nombre de “privilegio”.

La acepción de privilegio que mencionaba Mariana es aquella que denota excepcionalidad, beneficio personal y excluyente. Es ello lo que era también entonces. No obstante, se sigue hablando en el derecho anglosajón, por ejemplo del “privilegio contra la autoincriminación”, del que gozan todos los ciudadanos en un Estado de derecho. Estamos en esta ocasión discutiendo sobre garantías y, con mucha lógica, homenajeando a Julio Maier, a quien, por cierto, debemos mucho acerca del alcance de la garantía de la defensa en juicio, como sinónimo incluso de debido proceso. Como una forma de acercar ese homenaje a la concreta actividad de aquel profesor, recordaré una discusión habida en un seminario de los que él convocabía, en un aula de acá arriba, acerca de

la traducción de la voz “privilegio”. Discutíamos cómo traducirla desde un texto en inglés, si era correcta la traducción literal de “privilegio” o en realidad había que hablar con mayor corrección de “garantía”, y por tanto de “derecho”.

Seguro que actualmente es más razonable esto último. Pero en aquel entonces, cuando se firma la Carta Magna, eran realmente “privilegios” los que conseguían ciertos sectores (asimismo como el privilegio de no pagar tributos u otros): la etimología de la palabra es la de *privis legis*, se trataba de una “ley privada” para que este sector o esta persona pudiese exigir el cumplimiento de ese contrato. El privilegio venía acompañado con una garantía, se trataba de garantizar el cumplimiento de ese contrato excepcional y no universal, protegía, sólo, al contratante.

Esta noción privatista es la que va a ir cambiando con la introducción de la noción universal de derecho, de “ley pública” como contraria al privilegio. Esta evolución será más notable en la tradición continental que en la anglosajona, pero en todo caso hace a esta cultura de los derechos de la tradición occidental en general. De esta manera, esa idea de privilegio transformada en garantía, transformada en derecho, en una ley o derecho público, en un derecho que, decía antes, llega hasta alcanzar el carácter de irrenunciable. Esto es discutible, como ya dije antes, y está mucho más influido por el derecho romano republicano que por el tardío del Imperio que es el efectivamente retomado en el fin de la Edad Media. Pero está en la misma noción de derecho. Un derecho público, un derecho para todos los humanos, no se puede negociar, es inalienable, no se puede quitar, no puedo cambiarlo por algo que me parezca más útil, se me impone en contra de mi voluntad, diría casi rousseauianamente, es efecto de la voluntad general que se impone contra una voluntad individual que, de ser contraria a aquélla, en realidad no es la verdadera voluntad<sup>8</sup>. No solamente en este ilustrado republicano, en casi todos los reformadores aparece la noción de derecho público como una cualidad que no puede entregarse sin perder la dignidad, la noción de ciudadano. Especialmente a partir de Locke<sup>9</sup>,



<sup>8</sup> Especialmente en “El contrato social”, Alianza, Madrid, 1986.

<sup>9</sup> Desde su “Segundo tratado sobre el gobierno civil”, Madrid, tecnos, 2006.

quien deja aclarado esto sobre la base del derecho romano republicano, en el que nadie podía venderse a sí mismo como esclavo (con ello se puede responder a algunos teóricos neoliberales como Nozick quien plantea esos hipotéticos, y legítimos según él, contratos<sup>10</sup>, en verdad imposibles en un verdadero Estado de derecho respetuoso de la dignidad humana).

Todo ello parece muy alejado de nuestra realidad, pero es, por ejemplo, lo que funda mi idea de que el juicio penal, con sus características esenciales (publicidad, jurado, etc.) no puede renunciarse. Y del mismo modo, no pueden renunciarse las garantías y límites en favor del individuo y contra la acción, posiblemente abusiva, estatal. Esto se aplica directamente a la idea de defensa, como derecho público y por tanto irrenunciable. A la idea de defensa que también consta de dos caras difícilmente escindibles: de obligación del Estado, por un lado, para lograr la realización del juicio, y como un derecho natural para el individuo, que incluso Hobbes reconocía, equiparándolo a la legítima defensa<sup>11</sup>, por el otro.

La cuestión tiene, entonces, dos aspectos y que pueden teóricamente pensarse como la defensa en juicio y el debido proceso (que en verdad son una y la misma cosa). La garantía de la defensa y, sobre todo la de la defensa pública, es a la vez una posibilidad de ejercer efectivamente ese debido proceso, pero también es la garantía para impedir la eficiencia de ese debido proceso encaminado a la represión.

Esto durante siglos fue algo menos que una expresión de deseos. Pero luego se va a plantear como una necesidad, sin reconocer expresamente la aporía. Sobre todo va a ser importante tras las luchas del siglo XVIII (en las cuales la burguesía reclamaba para sí ciertas prerrogativas, pero a las que les da el discurso constituyente de "ciudadanos", del derecho). Será ya en el siglo XIX cuando se permitirá que ese acceso a la defensa, acceso a la justicia, pero en carácter de defensa judicial de las garantías, o de límites que el Estado se impuso en la tarea represiva, sea algo más que deseable y se constituya en una obligación.



<sup>10</sup> Nozick, Robert, "Anarchy, State and Utopia", Nueva York, Basic Books, 1974, p.331.

<sup>11</sup> en "Leviatán", Madrid, Editora nacional, 1979, p. 113.

La defensa particular individual, la que ejerce como puede la propia persona acusada, siempre, incluso en el sistema inquisitivo, fue aceptada de alguna manera. Luego, esa defensa era técnica para el que se la podía pagar, y en todo caso se pensaba como algo caritativo, que se hacía de buena voluntad por alguien que tuviera conocimientos jurídicos para aquellos que no tenían la posibilidad de hacerse oír por sí mismos ni pagar por esos servicios.

En el siglo XIX, con un Estado cada vez más fuerte y también más “de derecho”, se entiende a la defensa como una obligación, pero como una obligación, en el caso europeo, para los abogados. Los abogados, como parte de sus facultades que les permiten ganar dinero, ejercer esa como su profesión, tienen la obligación, impuesta por el Estado, de defender a aquel que no puede pagarles por sus oficios<sup>12</sup>.

Pero en el ámbito latinoamericano, y con especificidades que trató Ana Zapata de Barry<sup>13</sup>, y en relación con las instituciones tutelares, patriarcales, de defensa del indio, de defensa del esclavo, en fin, de protección de aquéllos a quienes no se consideraba iguales, sino inferiores y, por ello, merecedores de tutela, surgen instituciones que irán mutando con la recepción de la noción de universalidad en el derecho y en su ejercicio. En todo caso, y más allá de esa excepcionalidad a aquella lógica de los “derechos” en su origen, existían aquí instituciones de funcionarios encargados de defender, que luego se van a extender y ampliar a lo que son nuestras instituciones, casi únicas en el mundo. La existencia de cuerpos de funcionarios del Estado encargados de velar por los intereses de los acusados y de evitar la imposición de medidas lesivas contra ellos (y por tanto de ir en contra de los intereses estatales) en una característica de Latinoamérica. Y envidiada en el mundo. En otros ámbitos jurídicos se ve algo de envidia al tipo de instituciones como la que ustedes integran, o nosotros integramos.



<sup>12</sup> Ver este desarrollo en Alves, Cleber Francisco “Acceso a la justicia, Estado de derecho y consolidación democrática en América latina” en el número 2 de la Revista del Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2007.

<sup>13</sup> “El Protector de los Naturales y el Defensor General de Pobres en la estructura jurídica de la América hispana”, en el número 3 de la Revista del Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2007.

A partir del siglo XX, sobre todo con la forma Estado de Bienestar, en la cual el Estado asume expresamente más obligaciones para con los ciudadanos, aquella obligación para abogados pasa a ser del Estado. En Europa, el Estado les paga a los abogados para que ejerzan "turnos de oficio", asumiendo así una defensa que es pública, que es oficial, pero que no tiene el mismo carácter que este modelo más avanzado que es el nuestro, que es el modelo argentino y también diríamos latinoamericano. De hecho, entiendo que nuestro modelo es la coronación de esta evolución y que sería lógicamente más compatible con aquella forma Estado.

Es así que en Europa, en España, en Italia y singularmente allí por Luigi Ferrajoli, se piensa en adoptar instituciones como las nuestras. Ferrajoli plantea la extensión de este modelo para poder cumplir con las dos caras del Estado. Plantea este autor, específicamente, la importancia de la defensa y de la defensa pública como una garantía procesal y penal<sup>14</sup>.

La garantía de la defensa es presentada, por Ferrajoli, como una garantía epistémica, como una garantía que posibilita el juicio garantista. Es de hecho la base angular, la clave de bóveda, de todo su edificio garantista. Sería por un lado una metagarantía que posibilita que se realicen las otras garantías, pero es además una garantía central del contradictorio y la defensa de lo que hace al contradictorio para la correcta comprobación o refutación empírica, o falsación, de la verdad procesal. Las garantías para el Estado de derecho y para las libertades individuales se basan, en lo que hace a la represión penal y sus límites, en un criterio de verdad, que está en esta idea de verdad procesal. Esto es lo que hace que un juicio no sea discrecional, lo que inmuniza a los ciudadanos contra los abusos del poder, y a la vez legitima al poder como eficiente y justo.

En los criterios que Ferrajoli toma de la epistemología, surgen las garantías. Entre ellas es de principal importancia, dado el influjo de las ideas popperianas, el derecho de defensa y contradictorio como traslación de la necesidad de confrontación y sometimiento a contrapruéba de las hipótesis previamente "probadas". La tarea fundamental de la defensa

---

<sup>14</sup> De aquí en adelante, lo sigo en sus trabajos arriba citados.

es la de falsear hipótesis, en este caso, de la hipótesis acusatoria. Esto parece central en ese enorme andamiaje que es la construcción ferrajoliana. También aquí se juega algo que es central para este autor pues “es sobre el terreno de la defensa que se mide, más que sobre cualquier otro, la desigualdad de los ciudadanos frente a la ley penal”<sup>15</sup>, y hay que recordar siempre el ideal igualitarista y socialista de nuestro autor, para comprenderlo acabadamente.

La garantía de la defensa, no es una mera creación ideal para Ferrajoli, quien recuerda su teorización por los clásicos: cita a Bentham, a Filangieri, a Carrara, a Lucchini, como propulsores de una defensa eficaz, y para que ella sea tal, de la creación de cuerpos de funcionarios defensores. De alguna manera Ferrajoli se asombra de que muchos años antes que Popper, estos juristas ya habían descubierto la necesidad del principio de refutabilidad, y con ella la epistemología falsacionista. De que ya habían descubierto que para tener un criterio de verdad razonable y convincente es importante que alguien enuncie una hipótesis, en este caso el fiscal, y que haya alguien encargado de refutar esa hipótesis, de falsearla. Si no se logra, después de haber puesto todo su empeño en ello, recién allí tenemos una verdad provisional, en este caso una verdad procesal. A mí me parece que no debería asombrarse tanto, teniendo en cuenta esta injerencia, que había mencionado en un principio, del derecho, de las formas jurídicas, sobre todos nuestros ámbitos de vida. Es así como impone esta forma jurídica la idea de leyes, de prueba y demás formas de razonamiento científico importantes en el siglo XV, XVI. Lo mismo seguirá ocurriendo en el XIX y XX. También sobre las formas filosóficas y epistemológicas. Me parece que Popper, como filósofo occidental, piensa a la verdad de esta forma, que es una forma jurídica. Es la forma jurídica del acusatorio. La epistemología verificacionista sería la expresión filosófica, de la forma jurídica del inquisitivo. La epistemología falsacionista, en filosofía, respondería a la forma jurídica del acusatorio, que es evidentemente previa a la enunciación de sus ideas por Karl Popper. En todo caso me parece que más que una traducción en reglas jurídicas de elementales criterios epistémicos, lo que tenemos es una asunción, en complejos criterios epistémicos, de las formas del



<sup>15</sup> Artículo citado, p. 51.

derecho para imponer una verdad y hacerla asumible por algunos o por todos. Más allá de esta cuestión, lo importante es estar a lo que propone Ferrajoli, que es una verdadera conquista para la noción igualitarista del derecho. No me extenderé en ella porque la doy por conocida, y porque no lo voy a decir igual de bien que lo escribe Ferrajoli. Pero, en definitiva, el sometimiento a contrapruebas de la hipótesis acusatoria es algo central del modelo garantista de enjuiciamiento, del modelo acusatorio: no hay acusatorio sin defensa; no hay debido proceso sin defensa; no hay sistema de garantías sin defensa.

Lo dice la Constitución argentina, al resumir todas las garantías (las expresamente mencionadas en el artículo 18 y las que no) cuando dice “Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos”. Igualmente el artículo 8.2.d. de la CADH, y toda la doctrina (empezando por el homenajeado Julio Maier<sup>16</sup>) reconocen el derecho irrenunciable de todo habitante a hacerse defender por un abogado que proteja su interés e integre o complemente su personalidad jurídica en el juicio penal que se le siga en su contra.

El Estado tiene la obligación de que esa defensa sea eficaz. Para que se cumpla con la “igualdad” (con la acusación, pero también con todos los posibles acusados) la defensa técnica tiene que ser proporcionada por el Estado si es que el acusado no propone (porque no puede, o no quiere) abogado. Esto impone una obligación especial al Estado, que es la de posibilitar la existencia de ese abogado, que luego debe ganarse la confianza del defendido, y de que este, en su actuación, sea eficaz. En tanto no se puede confiar en el servicio “ad honorem”, se entiende que el Estado debe pagar la defensa. Así estamos ante la defensa “pública” como garantía de cumplimiento de ese derecho universal o “público”.

Para Ferrajoli dicha finalidad se logra con una persona dotada del mismo prestigio y autoridad que el acusador (y debería indicarse también igual capacidad jurídica y poderes). De esa manera puede dar efectivo y eficaz cumplimiento a la garantía de la defensa pública. La que



<sup>16</sup> En su “Derecho Procesal penal”, Tomo I, del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 551 habla de “servicio público imprescindible”.

cumple, siempre según Ferrajoli, con seis instancias. En primer lugar garantiza la lógica judicial, la lógica de la epistemología falsacionista, garantizando la confrontabilidad jurídica y fáctica de la hipótesis acusatoria. En segundo lugar, garantiza la libertad, la búsqueda siempre de libertad, pensando en el otro aspecto, el de la defensa del imputado y no en la del sistema lógico o legitimador. Es, en este sentido, un contrapeso frente al poder del Estado representado por la policía, el fiscal o el juez. En tercer lugar, dice Ferrajoli, garantiza la confianza de la población que ve razonable ese enjuiciamiento, y a la vez impide la condena del inocente. En cuarto lugar garantiza la paridad de armas, la igualdad de la defensa con la acusación, la igualdad del imputado con aquel que lo está acusando que normalmente suele ser un fiscal y por lo tanto es alguien versado en derecho. Y garantiza, en quinto lugar, otro tipo de igualdad muy importante que es la igualdad ante la ley de todas las personas. Y para esto es especialmente importante la defensa pública, la defensa oficial, la existencia de un sistema eficiente que se ocupe de garantizar la defensa para aquellos que no pueden pagar a un abogado de su confianza, su conocimiento previo.

Garantiza que todas las personas van a ser defendidas y van a ser defendidas eficazmente (debe reconocerse que en nuestro caso no sólo los pobres acceden a este servicio, sino también aquellos que no quieren elegir una abogado particular o a muchos de aquellos imputados que eligen a la defensa oficial, entendiendo que es un servicio eficaz, un servicio eficiente: esto es en sí mismo un reconocimiento del respeto a esta igualdad). Esto garantiza, según Ferrajoli, la igualdad de todo el universo poblacional. Y en relación con esto también y en sexto lugar, garantiza la inocencia, esa inocencia que es un estado, se presume, y que frente a una intervención estatal no tiene por qué llevar a irrogar gastos, sino que el Estado debe, al mismo tiempo en que lo incomoda, asegurarle la defensa eficaz y solventar los gastos de tal iniciativa, que puede ser infundada. Y esto hace a la idea de gratuidad, para el acusado, que está vinculada a esa defensa pública y que con buenos motivos defiende especialmente Ferrajoli. Y no sólo él.

Pero la defensa pública impone que para el Estado sea costoso realizar esta función, que va en contra de sus otras funciones específicas. En tal sentido, se advierte en esta institución de la defensa pública el doble papel del carácter subjetivo, por un lado, el de la defensa del im-

putado, pero también, por el otro lado, el carácter objetivo, lo que hace posible un proceso. Ambos aspectos están, desde ya, en la Constitución Nacional, en los tratados incorporados en la Constitución y son los que hacen que sea una garantía irrenunciable, inalienable. Pero en ellos, como sancionadores de límites al Estado debe presumirse la sanción del primer aspecto. Y ello debería también primar en nuestras actuaciones (y así el segundo se daría, por añadidura).

La defensa pública oficial es un organismo del Estado, forma parte del Estado, pero en realidad está siempre combatiendo contra el Estado. Contra el Estado en su pretensión punitiva, representado en este caso por el Ministerio Público, pero antes por la policía y luego incluso por los jueces. Para poder cumplir con eficacia con el rol estatal que se encarga a los defensores, evidentemente tienen que hacer como si no hubiera una tal obligación para perfeccionar el proceso y tienen que hacer prevalecer el interés del individuo.

Desde la descripción de los diccionarios de la voz “defender” (amparar, librar, proteger, mantener, conservar, sostener algo contra el dictamen ajeno, impedir, estorbar, etc.) hasta su función de servicio a quien lo necesita y la función jurídica y también la cognitiva en el descubrimiento de una verdad, parécesme que, además de aceptar y reconocer la importancia de la defensa pública como garantía, debe insistirse en que debe prevalecer este aspecto del interés individual, que siempre se plantea en oposición al Estado.

En estructuras como la nuestra esto es fundamental para guiar el actuar, para que se introduzca en la mente, en el aspecto subjetivo, del individuo que actúa como defensor, de aquel que defiende, que ejerce el verbo defender también en primera persona al haber sido designado para complementar las posibilidades defensistas de un acusado penalmente.

Más allá de que su accionar (el nuestro) luego forme parte, y posibilite, el debido proceso; el defensor no debe estar pensando en esa función, ni en que es un funcionario. El defensor no es un engranaje, no es un elemento indispensable para el debido proceso, sino que por el contrario es un obstáculo para la imposición de condenas y de cualquier otra medida restrictiva de la libertad del individuo que defiende.

---

El defensor debe pensar siempre, como lo hacen ustedes, en las mejores estrategias para conseguir lo mejor para su cliente. En los casos penales: su libertad, su no condena.

La defensa pública es irrenunciable, es inalienable y es gratuita. Es gratuita para el que es acusado, porque en verdad, y como ya dije, no es gratuita. La paga efectivamente el Estado y cuesta bastante cara. Pero es un costo que se ha asumido como parte del desarrollo de la civilidad jurídica, al decir de Ferrajoli. Y que lo que hace es distribuir igualitaria, justamente, esos costos que de todas maneras existen, y son altísimos, cuando se decide crear delitos y con eficiencia perseguirlos. Es falso que en algún momento, o en alguna política, haya un costo cero. Es un sistema costoso el de la defensa oficial, pero también es costoso que no la haya y donde corra con el gasto el individuo, y con él el debido proceso. Es un sistema costoso el del debido proceso. Y un procedimiento que no siga al debido proceso también es costoso. Un mecanismo policial de represión, otro jurisdiccional, son costosísimos, y si son inefficientes son más costosos aún. No era precisamente más económico el actuar de la inquisición que las ordalías.

Con ello quiero dar cuenta de otro tipo de mitos vinculados a la eficiencia y a las garantías, pero también al acceso a la justicia. Nada es gratis y más bien todo es caro. Ello nos obliga a pensar en las bondades de lo que se realiza costosamente.

Alejándome otra vez de tema, pero sí con respecto al “acceso a la justicia”<sup>17</sup> recordaré que entre aquellos mitos con los cuales se quiere minusvalorar a los derechos sociales<sup>18</sup>, en relación a los derechos civiles y políticos, se señala, que son más caros, que son de cumplimiento más costoso para el Estado. Esto creo que también es falso. También es muy

---

<sup>17</sup> Para una visión amplia, de la que no me he podido ocupar aquí, ver Birgin, Haydée y Kohen, Beatriz, “Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas”, Buenos Aires, Biblos, 2005.

<sup>18</sup> Ver la brillante argumentación de Gerardo Pisarello en su “Los derechos sociales y sus garantías”, Madrid, Trotta, 2007.

caro para el Estado cumplir con los derechos civiles y políticos: garantizar el derecho al voto, es caro; garantizar la libertad de expresión, es caro; garantizar la propiedad, tener registros, tener jueces y policías, es costosísimo. También es caro asegurar las libertades individuales. De hecho, nadie dice que esto sea especialmente caro, aunque debería decirse que está justificado. Por el contrario, desde algunos intereses se señala que lo que es necesario, y por ello también está justificado, para cumplir el derecho a la salud, el derecho a la vivienda, el derecho al trabajo, que todo ello es muy caro. No es ésa una buena objeción para su efectividad, y creo que en verdad es una excusa para decir que no son tan importantes (lo que ya he dicho que es falso). Es necesario hacer reales, y universales, a estos derechos y para ello debe hacerlos integrar, en calidad de derechos de todos los habitantes, un sistema eficiente para su reclamo jurisdiccional, que creo yo también puede ser el de la defensa pública, la defensa pública oficial.

Un sistema que, para terminar, debe estar al servicio del defendido y ser autónomo. Autónomo de los poderes del Estado, autónomo del sistema judicial y también del propio sistema de defensa. Cada defensor debe tener esta relación de dependencia sólo con su defendido (y en todo caso, tener el apoyo de la organización, y lograr alianzas con otras organizaciones de la sociedad civil). La defensa eficaz tendrá como principio lo contrario a la jerarquía. Stella Maris Martínez siempre habla de jerarquizar la defensa y en verdad no estoy en desacuerdo con eso, aunque yo defiendo el principio antijerárquico, porque ella está refiriéndose a otra cosa cuando dice eso de “jerarquizar”.

La Defensora General de la Nación argentina se refiere a darle la debida importancia a la defensa, lo que es una auténtica necesidad. Lo que yo quiero señalar es que, así como no se puede educar desde el principio jerárquico, porque siempre estamos imponiendo que hay uno que manda o que sabe más (lugar que, en el mejor de los casos, ocupará el educando y dejará de aprender en ese momento), tampoco se puede defender desde el principio jerárquico, ya que de esta manera se le pone en el lugar de la diferencia subordinada o inferiorizante al defendido. Creo que esto se vincula con la idea de una defensa pública eficaz, que será la que se ponga al lado (y no arriba) del que tiene una necesidad, del que tiene una necesidad de defenderse. Y esto es importante porque al defender a éste, nos defendemos a todos. Terminaré con una cita de

Juan Méndez, que tenía por aquí y que me vino a cuenta de tanto hablar del privilegio, y de lo contrario que es el derecho. Dice Juan Méndez que “A no ser que alcancemos un acceso general universal, el derecho a la justicia continuará siendo un privilegio y no un derecho”<sup>19</sup>. Término, entonces, defendiendo, alegando, abogando por la extensión de un verdadero derecho a la defensa, que garantice el acceso efectivo a la justicia de todas las personas, por todos sus derechos.

Muchas gracias por la atención.

88



<sup>19</sup> En “Democracia, violencia e injusticia”, citado por Cleber Alves en el artículo citado, p. 41.

## **EL RECURSO DE CASACIÓN COMO GARANTÍA DE LA DOBLE INSTANCIA<sup>1</sup>**

*Ángela Ester Ledesma*

Buen día a todos. En primer lugar quiero agradecer esta generosa invitación a la Dra. Stella Maris Martínez y aprovechar también la oportunidad, además de felicitarla por la organización de este importante congreso, para felicitarla públicamente por la tarea que está realizando como cabeza de la defensa pública en la República Argentina.

El tema que se me propuso para exponer esta mañana en el congreso sobre Garantías en el Proceso Penal, es “el recurso de casación como garantía de la doble instancia”. Todos nosotros sabemos que el derecho al recurso constituye una garantía mínima de juzgamiento en la República Argentina, que integra el acceso a la justicia y la tutela jurisdiccional efectiva toda vez que no se puede concebir la realización de ella, si no lo es también garantizando íntegramente la revisión de una sentencia condenatoria.

Hoy la Constitución Nacional en el artículo 75 inciso 22, con la incorporación de la Convención Americana de Derechos Humanos 8.2 h), y del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, expresamente prevé el derecho al recurso, el derecho a recurrir el fallo, y también, no sólo el fallo condenatorio, sino la pena. Esto me parece importante porque hasta hace muy pocos años el tribunal que



<sup>1</sup> La presente conferencia ha sido desgrabada, y revisada por su autora.

integro no reconocía la posibilidad de deducir el recurso de casación con relación a la pena impuesta en el proceso. Es uno de los grandes problemas que tenemos, seguramente por la falta de debate en materia de pena, al imponerse en procesos sin cesura de juicio. Como es sabido el único recurso en el orden nacional y federal contra las sentencias definitivas, es el de casación. Esto se ya ha modificado en algunos estados provinciales y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, toda vez que por ejemplo, en la Ciudad Autónoma y en la provincia de Santa Fe los nuevos códigos procesales prevén un recurso denominado "de apelación" y esto tiene que ver con la posibilidad de revisión íntegra, de la sentencia definitiva. Las provincias de Chubut y La Pampa, por ejemplo, contienen un recurso amplio que se denomina solamente "recurso" y no está dentro de ninguna de las categorías tradicionales, esto se vincula con la evolución esencial se ha producido en esta materia a partir del precedente "Casal" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

No podemos desconocer y así lo hemos aprendido en la facultad, que el recurso de casación instituido en nuestras leyes procesales es signatario de la codificación francesa y esencialmente del modelo continental europeo, que tiende en especial a tutelar o custodiar la ley, preservar su cumplimiento, inclusive en una etapa inicial ni siquiera el tribunal de casación cumplía la función de juzgar, sino que la cumplió en un momento posterior, posibilitándole además la unificación de la jurisprudencia, el cumplimiento esencial de la denominada función nomofiláctica. El fundamento del recurso de casación tradicional lo ha sido la desconfianza en los jueces e inicialmente, como dije, se les prohibía la función de juzgar. Calamandrei, el más grande tratadista sobre esta institución ha señalado que el instituto ha sido concebido como un órgano de control institucional puesto al lado del poder legislativo para vigilar la actividad de los jueces. Es decir, una concepción totalmente alejada de la que hoy nos imponen tanto el artículo 8.2 h) de la Convención Americana, como el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Acerca de si la casación era o no el recurso compatible con este derecho establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el primer país que consultó, en el año 1992, fue Costa Rica, y allí la Comisión Interamericana en el informe número 24 del año '92, le responde que sí es posible que esta vía garantice el derecho al recurso,

pero lo condiciona. Y esto es importante, porque sus palabras luego se van a repetir en el precedente Herrera Ulloa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La condición es, siempre y cuando “permite la revisión legal por un tribunal superior del fallo y de todos los autos procesales importantes, incluso de la legalidad de la producción de la prueba, que no se regule, interprete o aplique con rigor formalista y siempre que permita examinar la validez de la sentencia recurrida, en general, y el respeto de los derechos fundamentales en especial, el derecho de defensa en juicio y el debido proceso”. En este sentido nuestro país ha recibido varios tirones de orejas, en la medida que no teníamos antes de la reforma del Código Procesal, un recurso contra las sentencias definitivas, que no fuera el recurso extraordinario federal, y así, el informe número 17 del año '94, en el caso Maqueda, expresamente establece que el recurso extraordinario federal no habilita interponer un recurso amplio ante un tribunal de alzada. Esta misma decisión fue ratificada en los informes Albeda y La Tablada, 22 y 55 del año 1997. Esto es la necesidad de garantizar un recurso relativamente sencillo para que la garantía sea eficaz.

Con relación al artículo 14.5, el Comité de la ONU en reiteradas oportunidades sancionó a España, país que tenía regulada una vía de impugnación contra la sentencia definitiva, igual nosotros, recurso de casación con las características tradicionales, en aquellas oportunidades, se destacó que “la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende la propia sentencia de casación, limitándose dicha revisión a aspectos formales o legales de la sentencia”, que es lo que nos ha sucedido en Argentina, no alcanza, no garantiza el derecho al recurso establecido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Tomando expresamente esta jurisprudencia en el año 2004, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Herrera Ulloa, se extiende sobre la cuestión y nos dice inicialmente que el recurso que garante este derecho instituido por el artículo 8.2 h) se debe entender como “un recurso ordinario eficaz”, es decir, que rompe con los dogmatismos en orden a la existencia de recursos ordinarios y extraordinarios y con la concepción que siempre interpreta al recurso de casación como extraordinario. Si nosotros pretendemos con esta herramienta en el orden nacional y federal, y en la mayoría de las provincias, —recurso de casación— garantizar el derecho al recurso, debemos superar la concepción

tradicional, reitero, dejar de concebirlo como extraordinario, porque de lo contrario no cumpliremos con las exigencias del pacto.

En aquella oportunidad también la Corte Interamericana señaló que más allá del margen de apreciación que tienen los distintos Estados, para regular el derecho al recurso, tal se reseñó hay reformas en nuestro país que lo regulan sin nombre o como “apelación”, fuera de este margen lo que está claro es que “no se pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir el fallo”. Es decir, que a la Corte Interamericana no le basta con la existencia formal de los recursos, porque esto no garantiza el derecho en cuestión, sino que éstos deben dar resultados o respuestas al fin para el que han sido concebidos.

De tal manera nos encontramos en un momento en que se produce una verdadera redefinición de los tribunales de casación. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso Di Nunzio, expresó que el tribunal o los tribunales de casación deben reparar con prioridad los agravios de los derechos fundamentales que se hayan ocasionado en las instancias anteriores para asegurar principalmente la supremacía de la Constitución; pero además, en “Casal” señaló expresamente que el recurso de casación debe ser el instrumento por excelencia para la vigencia del derecho a recurrir el fallo condenatorio, como garantía fundamental de juzgamiento. También con base en todo lo que venimos señalando y en las líneas que nos vienen marcando tanto la Comisión como la Corte Interamericana esta vía debe permitir el examen sencillo, sin rigorismos formales, de la validez de la sentencia condenatoria recurrida en general. Lamentablemente, todavía en el tribunal que integro existen denegatorias y declaraciones de inadmisibilidad por deserción de recursos cuando los defensores se olvidan, y no lo he visto de un defensor oficial sino en casos de particulares, cuando se omiten mantener el recurso; fíjense, la Corte en un caso que se llama Laskiewicz, especialmente ha sostenido el criterio contrario, como detalle cabe recordar que se trata de la imposición de una regla de conducta —prohibición provisoria para conducir automotores— al conceder la suspensión del juicio a prueba; esto significa, que conforme Casal no es posible seguir privando al imputado del derecho al recurso como consecuencia de un error o un olvido de su defensor porque se lo priva de preservar su voluntad para decidir sobre la impugnación del fallo que lo agravia. También en

lo que hace a la superación de rigorismos, nuestro Máximo Tribunal, en el precedente Catrilaf y algunos posteriores, ha señalado que se pueden introducir nuevos agravios en la audiencia de informes en casación. Todo esto es muy importante para asegurar, la posibilidad del examen sencillo y sin rigorismos; insistimos, y posibilitar la revisión amplia de las reglas de la prueba en el caso concreto, como vamos a ver ahora, de tal manera garantizar el examen integral. Para ello la Corte Nacional insiste en la superación de la antigua clasificación o separación entre cuestiones de hecho y de derecho.

¿Cuáles son los puntos de partida esenciales que surgen del dictamen del procurador en el caso Casal? Que como ustedes saben, es aquél en el cual nuestra Corte recepta un año después, la jurisprudencia de Herrera Ulloa y nos manda a hacer, a instrumentar y poner en funcionamiento un recurso de casación amplio. Allí se destaca que las resoluciones judiciales son susceptibles de equivocaciones, pero se advierte que el error judicial que conduce a una condena penal, cualquiera sea la naturaleza de ese error, es de mínima tolerancia en razón de las graves consecuencias que conlleva y además que el imputado sólo puede ser condenado en todo caso, después de que la decisión haya superado unos "rigurosos controles de calidad". Rigurosos controles de calidad, a partir de la facultad del condenado a impugnar ampliamente la sentencia, como parte de su derecho de defensa en juicio. A continuación glosamos algunos considerandos del "caso Casal" y vamos a insistir en algunas líneas o ejes argumentales básicos a fin de comprender cómo debe funcionar hoy el recurso de casación, lo que de alguna manera venimos o estamos comenzando a hacer.

Primero la Corte se afana al destacar que el Código Procesal vigente, en el inciso 2 del artículo 456, habilita a revisar la inobservancia de las normas de derecho procesal y que entre ellas están todas las normas que rigen respecto de las sentencias definitivas. No existe razón ni hay un obstáculo, dice, dentro del texto legal, para excluir el análisis y la aplicación de las reglas de la sana crítica en el caso concreto (considerando 32); y para analizar si éstas por un lado se aplicaron, y por el otro, si esta aplicación fue correcta. También en el mismo considerando señala y esto lo va a reiterar en varias oportunidades que hay que superar la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho porque esta distinción tradicional no solamente es contraria a la propia Constitución

sino también a la ley procesal. En él este precedente se insiste mucho en el control de las reglas de la prueba, porque cada vez que aparecía alguna referencia que tenía que ver con la crítica a la forma, cómo se había valorado ó cómo se habían aplicado las regla de valoración de la prueba, automáticamente aparecía una plancha que decía "tratándose de cuestiones de hecho y prueba resulta inadmisible la vía intentada".

La Corte insiste bastante en esta cuestión y establece que en materia de prueba, la casación debe entender en los casos, valorando, como dijimos hace antes, "si se han aplicado las reglas de la sana crítica y cómo éstas se han aplicado", luego hace una distinción esencial, entre lo que debe ser materia de conocimiento de la casación y su competencia, porque en los tribunales de casación se creía, al menos en el que integro, que regían con relación a ellos las mismas reglas que con relación al recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Entonces el Supremo Tribunal delimita funciones y aclara, el derecho al recurso es un derecho que tiene que ser garantizado por el tribunal de casación o por los tribunales de casación. Al recurso extraordinario no lo tenemos porque lo establezca la Convención, aquí no existe una garantía respecto a la cual debamos responder a nivel internacional, sino que el recurso extraordinario federal está establecido en nuestra Constitución Nacional y se lo reservas. De ahí que solamente deberá entender en los casos especiales en que directamente no se haya aplicado la sana crítica. En otros considerandos aclara mucho más esta cuestión.

A esta altura nos preguntamos ¿qué abarcan estas reglas de la sana crítica? Comprenden algo mucho mayor que aquello admitido por algunos tribunales que tenían una posición flexible o aperturista en materia de casación y posibilitaban la vía en supuestos de arbitrariedad o absurdo en el razonamiento. Las reglas de la lógica, de las ciencias y de la experiencia común abarcan un universo de posibilidades que exceden con holgura los supuestos extremos referidos, a los que ciertamente incluyen, pero no pueden reducirse sólo a ellos (Conf. Cafferta Nores). El análisis de las reglas de la sana crítica en la valoración de la prueba en el caso concreto, no solamente debe realizarse sobre la base de un razonamiento general seguido para arribar a las conclusiones fácticas, sino que también debe hacerse en la asignación de eficacia convictiva de cada una de las pruebas luego de sus consideraciones en sustento de tales

conclusiones. Incluye, el ejercicio abusivo en las facultades de selección de la prueba que tienen los tribunales de juicio, la omisión de considerar prueba dirimente favorable al o a los condenados, y la vulneración de los especiales requisitos derivados del principio de razón suficiente cuando de la sentencia de condena se trata, en razón a la certeza apodíctica que se exige en todo proceso penal, en orden al principio de inocencia (Conf. Cafferata Nores). La necesidad de acreditar que los jueces llegaron a esa conclusión porque no pudieron arribar a otra distinta y no hay ningún resquicio de duda.

Además la Corte en el caso "Casal" insiste en una doctrina, la del máximo rendimiento. Y entonces evoca la doctrina alemana y dice que es necesario que el tribunal agote su capacidad de revisión (Considerando 23). Agotamiento de la capacidad de revisión, revisar todo lo que se pueda revisar y todo lo que sea revisable. Un estudio que ha hecho el profesor Pérez Barberá en Alemania, nos demuestra que el fallo Casal es mucho más rico y va más allá que la propia doctrina del tribunal alemán en lo que hace a esta posibilidad de revisión íntegra de las sentencias condenatorias. Insiste nuestro Máximo Tribunal, en reiteradas oportunidades, y creo que éste es un eje esencial en la ruptura de los antiguos dogmas, no solamente en la superación de la distinción entre recursos ordinarios y extraordinarios, sino también, en lo que hace en el *nomen iuris* de las cuestiones expresadas en los agravios, nos convoca a contemplar y analizar los motivos establecidos por el código procesal de manera complementaria (Considerando 27). Se distingue en qué casos debe intervenir la casación y cuándo debe hacerlo la Corte. Y afirma, que resulta claro, que no puede aplicarse al recurso de casación los criterios que esta Corte establece en materia de arbitrariedad, que solo habrá de intervenir cuando esa arbitrariedad resulte intolerable al principio republicano de gobierno (Considerando 28). Es decir, que la casación debe ir mucho más allá del catálogo de supuestos que había elaborado la Corte por vía jurisprudencial para ingresar por vía del recurso extraordinario e insiste en la necesidad de una interpretación amplia de la casación.

Cuando se reitera la necesidad de máxima revisión, diría yo, de introducir la tijera a fondo a través de la vía casatoria, la máxima inspección, en la que se profundiza en el considerando 32, al decir que el tribunal competente en materia de casación debe agotar su capacidad revisora conforme las posibilidades particulares de cada caso. Otra vez,

se insiste en torno a las cuestiones de hecho y derecho, y es muy fuerte la expresión al afirmar, “archivando la impracticable distinción entre cuestiones de hecho y de derecho” y convocar al tribunal de casación a constituirse “en custodio de la correcta aplicación racional del método de reconstrucción histórica en el caso concreto”. En este aspecto se marca otro eje, con el caso Casal también terminamos, con aquel dogma de que los hechos, por resultar intangible la definición del tribunal de juicio que los tuvo por probados, no son materia del recurso. Recuérdese que para afirmar esta intangibilidad se decía que una interpretación contraria violaba la garantía constitucional de la oralidad por falta de inmediación. En el punto la Corte se preocupa mucho por destacar las raíces de nuestro proceso penal, el método acusatorio y esencialmente el juicio público desde 1853, nos va a decir, cuidado, no hay que magnificar la inmediación, la revisión se debe hacer “sin magnificar las cuestiones reservadas a la inmediación” (Considerando 34), sólo inevitables por imperio de la oralidad conforme la naturaleza de las cosas. Así termina con lo que de alguna manera hacia a la soberanía de las expresiones del tribunal de juicio e impedía la revisión amplia.

Al desmagnificar la inmediación, se rompe el mito y lo único que queda limitada esta inmediación es a la imposibilidad de revisar la impresión personal porque aquí no habría *par conditio* entre el tribunal que interviene en la primera oportunidad y el de casación que lo hace en la segunda oportunidad. Ello no implica que el tribunal de casación dicte una nueva sentencia sobre los hechos. Aquí hay que tener mucho cuidado y no re decidir con base en la valoración de la prueba, lo ya resuelto en un sentido total o parcialmente diferente u opuesto. En realidad se trata de hacer un nuevo juicio sobre el juicio, esto es revisar esencialmente las condiciones en que se ha producido una sentencia condenatoria.

Finalmente el Máximo Tribunal, vuelve a señalar que entre una interpretación amplia y una interpretación restringida, en realidad lo que nos manda la Constitución es una interpretación amplia (Considerando 34). Seguidamente se destacan algunos aspectos que se desprenden de los considerandos del caso “Casal”, cuando la casación colocada en su quicio debe ser el órgano, por excelencia, defensor de la supremacía constitucional y esencialmente de la vigencia de las garantías fundamentales del imputado, al hablar de las garantías fundamentales del

imputado se advierte que la observancia del principio de *in dubio pro reo* es una cuestión de derecho fundamental. Y ésta tampoco era una cuestión que ingresara al juicio de revisión casatoria.

La superación de los criterios anteriores nos permite, ingresar ahora en un análisis de la prueba de tal magnitud que podamos garantizar el principio constitucional de *in dubio pro reo*, que puede ser violado frente a la confesión textual del tribunal de la duda y a pesar de esta duda haber producido condena frente a la declaración de una certeza incompatible con la prueba que ha valorado; la tergiversación de la prueba, oculta o no detrás de inmediación, para poder declarar una certeza inaceptable; son cuestiones que no pueden ser desatendidas ni por la Corte ni por la casación, dice Fernando Díaz Cantón, porque en realidad son todas cuestiones federales de trascendencia. Aunque no se pudiera dictar una nueva sentencia por respeto al principio de inmediación, sí debe disponerse la anulación al advertir alguno de los supuestos que hemos mencionado. La garantía, entonces, para ser tal, exige que el tribunal de casación pueda controlar si el fallo condenatorio se basó en un cuadro probatorio idóneo para sustentar la convicción judicial.

De estas cuestiones ya hemos hablado bastante, y simplemente para cerrar, porque aquí se nos plantean diversas dudas; qué haremos frente a una cantidad de problemas no resueltos, por ejemplo el reenvío, que tampoco ha sido claramente resuelto en algunas de las reformas procesales y me permito aquí respetuosamente criticar el código de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por ejemplo, lo resuelven con mucha más claridad, Santa Fe o Chubut, nos quedan muchas dudas, dudas en orden a poder producir pruebas en casación. El tema de si podemos o no prueba en casación y sobre qué versaría esa prueba en casación. Quiero hacer solamente referencia a dos artículos del Anteproyecto de Código Nacional y Federal que hemos elaborado en el año 2007, que lamentablemente no pasó de ser un anteproyecto, que además ni siquiera llegó al Congreso de la Nación, pero nos muestra de alguna manera un estado medio de opinión en este sentido y allí se ha previsto por ejemplo como motivo especial de casación, la errónea valoración de la prueba o determinación de los hechos que sustentan la sentencia condenatoria y la pena, o la decisión que impone una medida de seguridad; y, como ya lo establecen otros códigos como el de la provincia de Buenos Aires, introducir los motivos del recurso de revisión (artículo 358).

En definitiva hay mucho aún por hacer para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, a través del derecho al recurso, en este sentido el rol de los abogados defensores y en este caso de los Defensores Oficiales, es esencial ya que precedentes más importantes, tuvieron siempre un inteligente, agudo y concienzudo planteo de un defensor.

Muchas gracias.

## **GARANTÍAS RELATIVAS A LA CALIDAD Y OPORTUNIDAD DE LA RESPUESTA PENAL<sup>1</sup>**

*Daniel Pastor*

Buenos días. Es también para mí un honor y un privilegio poder estar aquí en este Congreso. Agradezco mucho la invitación a la Defensoría General de la Nación, en la persona de la Defensora General, la profesora Dra. Stella Maris Martínez y también a la AECID, quien con su apoyo financiero permite que destacados expertos internacionales puedan venir a ilustrar a nuestro auditorio. Y felicito la iniciativa de la Defensoría General de la Nación en la elección del tema, porque me parece que es un tema importantísimo de nuestra realidad jurídica y social y un tema que hoy en día resulta complicado tratar pues existe una enorme presión de todos los sectores por condenar a los imputados de cualquier manera y a cualquier precio. Tenemos que reconocer entonces que no son buenos tiempos para las garantías constitucionales del acusado, así que la Defensoría ha abordado también con mucho valor la realización de este congreso, imprescindible a mi juicio, para que podamos debatir abiertamente las ideas en torno de estos problemas, algo que en gran medida no es siempre posible por la censura que intenta ejercer el intolerante neopunitivismo que hoy rige en el país.

Mi tema se refiere a las garantías relativas a la calidad y oportunidad de la respuesta penal, es decir, me referiré a dos problemas que pueden ser reconducidos en definitiva a la cuestión de la motivación de la sentencia. Y lo voy a hacer muy brevemente, por dos razones: por

<sup>1</sup> La presente conferencia ha sido desgrabada, y revisada por su autor.

un lado, ésta ha sido una mesa con cuatro exposiciones lo cual es ya demasiado carga para ustedes (ya está muy avanzada la hora); por otro lado, quisiera dejar un poco más de tiempo para la discusión, así que voy a ser sucinto. Aunque si nos detenemos en lo que acabo de decir, mi motivación para ser brevísimamente puede ser también apócrifa, quizás no me importe tanto que esté avanzada la hora y que deberíamos dejar más tiempo para el debate, si no que voy a ser breve en realidad porque tengo poco para decir sobre el tema. Y esto puede pasar también con una sentencia judicial, que como decía la Dra. Ledesma, son también decisiones humanas y están sometidas a la posibilidad de error como todas las acciones humanas. Así que la verdad es tengo poco que decir y lo voy a decir rápido, y además son obviedades, en todo caso mis ideas presentan algunos problemas, pero, para colmo, están anémicas de soluciones.

Como todos ustedes saben, el fin del proceso es alcanzar una sentencia, pero una sentencia que sea de calidad: materialmente correcta, procesalmente impecable y que alcance la cosa juzgada en un tiempo oportuno, si no todo esto se desvirtúa, tal como ahora vamos a ver. Me voy a referir más de lleno a las cuestiones de calidad de la sentencia y sólo al final voy a volver sobre la cuestión de la oportunidad, ahora lo dejamos eso de lado.

La sentencia, para ser de calidad, como todos sabemos, debe estar vinculada exclusivamente a la ley y a los hechos probados, lo cual por otra parte garantiza la imparcialidad del juzgador. Pero en todo el trámite del proceso, para llegar a estos fines, tiene que darse la prioridad a los derechos fundamentales del imputado por medio de las garantías que están previstas para asegurar ese respeto. Es lo que todos hemos aprendido de Luigi Ferrajoli, de su magnífica obra y naturalmente Ferrajoli es una presencia constante en un congreso sobre garantías constitucionales; si bien no ha podido asistir Luigi al menos tenemos a uno de sus traductores, al profesor Terradillos, que gracias a él es que los que no dominamos el italiano podemos conocer la obra del maestro Ferrajoli. Y tratándose de un congreso en el cual se va a homenajear a mi maestro Julio Maier, también me he querido dedicar a este tema para seguir peleándome con Julio por esta situación por la que me peleo desde que leí a Ferrajoli. Yo aprendí de Maier que la motivación de los hechos en la sentencia no era una garantía constitucional. Cuando años después leí a Ferrajoli, vi que para él la motivación no sólo era una garantía constitu-

cional, sino que era una garantía de garantías. Y en mi disputa interior la partida la gana Ferrajoli hasta ahora. Seguimos discutiendo sanamente con Julio este problema, pero para mí, realmente, hay aquí un conflicto entre dos maestros que son amigos y que lo discuten también muy cordialmente, por lo cual a mí me cautiva esta situación. Como les decía, tomo la posición de Ferrajoli porque me parece necesario que, sobre todo la condenación, sea explicada externamente a quien la va a sufrir, en el sentido en que lo indica otro de los traductores de 'Derecho y Razón', Perfecto Andrés Ibáñez, al decir que por ser el juicio probatorio esencialmente inferencial sus conclusiones tienen que ser establecidas de una manera convincente en el discurso que se vuelca en la sentencia. Discutiendo también con Julio Maier, Perfecto Andrés dice que la motivación fáctica de la sentencia no es, como sostiene Maier, una opción, sino que es una garantía constitucional, como enseña Ferrajoli, por tanto es una obligación judicial si realmente nos tomamos en serio que las condenaciones tienen que ser sentencias de calidad.

Voy a tratar ahora la evolución de toda esta discusión, si motivación de la sentencia sí, si motivación de la sentencia no, pues ya ven ustedes que por estos dos argumentos de autoridad que, a veces son falaces —aunque es evidente que en esta ocasión no— tenemos a dos importantes pensadores del derecho procesal y de la filosofía procesal y su política, como Maier y Ferrajoli, en posiciones distintas. O decir, no estamos ante "juristas indocumentados".

Hay buenas razones para que no se fundamenten las sentencias y buenas razones para que en verdad sean motivadas. Voy a tratar muy superficialmente las distintas perspectivas: una histórica, una teórica, una política, una jurídica y una práctica. En realidad, como saben ustedes, todos estos enfoques están superpuestos y separarlos es un reduccionismo que hacemos los docentes para tratar de explicar más fácilmente lo que es muy complejo a primera vista.

Desde la perspectiva histórica vamos a ver que en la antigüedad naturalmente no se fundamentaba porque prácticamente no se escribía y vaya a saber uno adónde se podía conseguir recado de papel, tinta y pluma para hacerlo. Todos sabemos eso. A partir de la baja Edad Media, con la proliferación de una incipiente industria y la culturización de una sociedad más escriturista aparece, también por otras razones (entre ellas

la grafomanía inquisitoria), el asentar por escrito los fundamentos de una sentencia, también por supuesto, ahora vamos a ver esto más detenidamente, para permitir el control de lo decidido, dado que se podrían dar también razones verbales del porqué de lo que se decide sin escribir las. En la Edad Moderna se enfrentan las dos posiciones: en los sistemas que funcionan con juicio por jurados de tipo clásico, de corte histórico, no se fundamenta la sentencia, se trabaja con la íntima convicción; pero en los modelos en los que intervienen jueces profesionales se exige la fundamentación de la sentencia.

Si pasamos ahora a una perspectiva más teórica sobre la materia vamos a identificar que eso que sucedía en la antigüedad es el modelo que llamamos acusatorio puro. Por favor, no me subestimen en esto, hago estos reduccionismos para facilitar el hilo breve de la exposición aunque acusatorio penal puro prácticamente no ha habido y estas cosas no se han dado de esta manera a lo largo de la historia, sólo se trata de presentarlas así clasificadas para entendernos mejor. Ese sistema acusatorio puro, el sistema griego, para tener la idea de uno, no daba los fundamentos de la sentencia porque además no había control. La forma de jurado, que involucraba prácticamente a toda la comunidad, la aldea, la pequeña ciudad —lo puede ver en el juicio de Atenas a Sócrates, por ejemplo—, implicaba la decisión de todos, de modo que no había ante quién recurrir, por lo tanto no había nada que explicarle al condenado, sólo se le decía “condenado” o “absuelto”. Con la Inquisición, de la mano de esa evolución de las técnicas que ya permitía una escritura de alguna manera más accesible, no por supuesto como la de hoy en día (y diría lamentablemente, porque así estamos hoy en día sobre-informados y siempre atrasados con nuestras lecturas), nace el afán escriturista por brindar el fundamento de las sentencias, también con matices, porque a veces había situaciones en las que no se quería dar ninguna explicación de por qué se condenaba a una persona. Hay desviaciones de estas afirmaciones elementales que hago, en todos los modelos, pero en general con la Inquisición, para garantizar el control, para asegurar la fiscalización de cómo actuaba el juez de primera instancia, surge la motivación de la sentencia, por supuesto que de ningún modo como la entendemos hoy, como la entiende Ferrajoli, como una garantía de garantías. En el sistema que llamamos mixto o inquisitivo reformado posterior a la Revolución Francesa, también se daba esta situación que antes describí desde el punto de vista histórico. Si el sistema trabajaba con jurado no

se daban los fundamentos, había íntima convicción; si el sistema trabajaba con jueces profesionales se daban los fundamentos por escrito de la decisión, pues la Ilustración, aunque con menos énfasis que respecto de otros principios, empezaba a considerar a la motivación como garantía del acusado.

Desde la perspectiva política, siguiendo con mi caprichosa clasificación, no le va muy bien a la motivación de la sentencia. Actualmente se reclama un regreso al acusatorio. Así como hace veinte años el slogan era la oralidad, hoy el slogan de las reformas procesales es el acusatorio. Entonces lo primero que a uno le tiene que sugerir la defensa de un modelo acusatorio puro es “bien, es un modelo con sentencias que no se fundamentan, que no se motivan, y que además son irrecuperables, no hay recurso en el modelo acusatorio”. Todo aquel que diga mi modelo procesal es acusatorio está defendiendo un modelo procesal sin recurso; de otro modo no sería acusatorio puro. Desde la perspectiva del rechazo al modelo inquisitivo, que supone la adopción de un modelo acusatorio, tampoco habría motivación de la sentencia, porque la motivación, lo mismo que el recurso era un instrumento de la Inquisición, entonces desde ese punto de vista la rechazamos. Era un modelo de la grafomanía, como lo llama Cordero, una manía de escribirlo todo para controlarlo mejor, con recurso también al sistema de prueba tasa da contra el cual el sistema mixto o inquisitivo reformado se subleva e impone la íntima convicción para evitar esa también desviación de la Inquisición. Si además democratizamos el modelo y el juzgamiento es por el pueblo, por los pares, por el jurado, no se le puede exigir al jurado que dé razones. Se confía, será un mito o no —ustedes lo dirán—, en que doce personas, seis personas del pueblo, las que sean, reunidas y deliberando van a llegar a una resolución que va a ser correcta, que va a ser razonable, aunque no tengan que dar al respecto ninguna explicación de por qué han decidido lo que han decidido. Por otra parte, ese acto de soberanía popular no admite el recurso, porque es el pueblo quien juzgó y eso no hay nadie que lo pueda revocar, no hay nadie por encima de la decisión del pueblo. Entonces, visto desde esos principios políticos, desde esa perspectiva, es posible que sea conveniente no contar con la motivación de la sentencia. Éstos son los argumentos fundamentales de mi maestro, de Julio Maier, para rechazar la motivación de la sentencia. Un temor a que entre un proceso penal autoritario con proscripción del jurado y con tendencia a la escritura en detrimento de la oralidad.

Ahora si lo vemos desde una perspectiva más jurídica, si se quiere, o más garantista, para volver a la terminología ferrajoliana, lo que se persigue con la motivación de la sentencia, como prerrogativa del imputado, es la interdicción de la arbitrariedad: alguien que debe dar razones tiene muchas más dificultades para ser arbitrario. No va a quedar impedido de serlo, por supuesto, siempre ya vimos que para todo podemos dar argumentos apócrifos, pero va a tener al menos esa obligación que Perfecto Andrés Ibáñez llama "de obtener un máximo nivel de lucidez de conciencia cuando plasma las razones por las que hace lo que hace". Va a tener dificultades de encubrir sus argumentos apócrifos. En segundo lugar, también el tema abordado hoy por la Dra. Ledesma, el derecho al recurso, nos ayuda para esta polémica. El derecho al recurso es inviable si la sentencia no está motivada, dado que sobre todo lo que podemos controlar, aún incluso con una casación entendida en términos tradicionales, es precisamente la motivación de la sentencia (y por su intermedio siempre se controló también el juicio sobre los hechos probados), entonces ahí tenemos la necesidad de superar esta posible antinomia entre satisfacer el juicio por jurados y otras determinadas garantías sin que entre la Inquisición por la ventana con sus pruebas tasadas, su escriturismo, etc. Recurro a la no motivación de la sentencia, pero eso implica esta cuota de arbitrariedad por permitirse así una intima convicción que se puede traducir en pura discrecionalidad del juzgador que no explica lo que hace. Entonces tenemos esta antinomia: si quiero satisfacer, por ejemplo, la garantía del jurado, no tengo que motivar la sentencia; pero si quiero satisfacer la garantía del derecho al recurso, indispensablemente tengo que motivarlas. Ahí tenemos un conflicto y cuesta saber cuál de las dos posiciones pesa más, conocemos la solución española, tal vez los colegas españoles después nos pueden detallar un poco más acerca de ese jurado popular que motiva la sentencia por imperio de lo establecido al respecto en la Constitución Española. Por supuesto es una solución que tendrá sus problemas, pero que es imaginativa, componedora y respetuosa del orden jurídico para el que ha sido adoptada.

Pero veamos la perspectiva práctica. Vivimos en un mundo que demanda razones. Hasta a los niños les exigimos explicaciones cuando en el ámbito familiar han cometido alguna maldad y los escuchamos y razonamos con ellos acerca de lo atendible o no de sus motivos. También en la vida cotidiana, los adultos permanentemente, en todo,

estamos requiriendo explicaciones, pidiéndolas y también dándolas. Entonces resulta llamativo que cuando llegamos a convertirnos en actores de la escena judicial como jurados no tengamos que darlas como las tiene que dar el fiscal y como las tiene que dar el defensor respecto de sus afirmaciones sobre los hechos del caso ¿Por qué no las va a dar el tribunal cuando toma partido por alguna de las posiciones en pugna en el proceso? Es un mundo que demanda explicaciones, es un mundo que está preparado para dar explicaciones, y, aún nuestro jurado, como lo demuestra el caso español, son personas que pueden hacerlo, no son los nobles de la Inglaterra del siglo XIII, los jurados clásicos, que eran analfabetos, muy nobles, pero en general analfabetos y que tenían dificultades para leer documentos, para expresarse por escrito, etc. Tal vez seguramente pasaba esto también con los ciudadanos de la República Francesa, en los albores del siglo XIX, también tendrían muchas dificultades para dar razones por escrito de lo que habían resuelto. Hoy en general, en el mundo moderno, esto no sucede y uno puede concebir ciudadanos letrados, que así como en su vida cotidiana, según explicaba antes, dan razones de casi todo lo que hacen cuando se las reclaman, también pueden hacerlo el día que les toca ser jueces accidentales, si son profesionales, naturalmente, no hay inconveniente. Posiblemente la necesidad de satisfacer motivación y jurado habla en favor de un jurado escabonado. El último argumento práctico que quiero dar a favor de la motivación de la sentencia dice así: ¿Por qué no? ¿Por qué no van a dar razones los jueces? ¿Cuál es la dificultad? ¿Cuál es el perjuicio si el que dicta una sentencia da sus razones?

Vuelvo ahora en los últimos instantes de mi exposición a la cuestión pendiente de la oportunidad de la sentencia. Para que la sentencia que resuelve el proceso penal sea de calidad tiene que ser dictada también en tiempo oportuno. Esto lo sabemos ya desde Beccaria y hemos visto a lo largo de los años cómo si no se obtiene una conexión temporalmente inmediata entre el hecho, el comienzo del proceso y la sentencia, todo el enjuiciamiento penal queda distorsionado, todo lo que reclamamos, eso que llamamos garantías, es dejado de lado, porque la pena ya no se aplica con la sentencia, sino que se aplica con la prisión provisional, la prueba ya no es la prueba del juicio, sino que es la prueba que se hace durante la investigación preliminar que se consolida, el juicio ya no es el juicio, porque el juicio fue la instrucción y el juicio es en realidad una revisión, una primera o segunda instancia y así segu-

mos con la desmentida de todos y cada uno de los principios garantistas sacrificados por un modelo distorsionado porque no responde rápidamente a lo que ha sucedido. Eso en cuanto a la oportunidad.

Y de nuevo en cuanto a la calidad, ahora como resumen y conclusión, entiendo que la motivación de la sentencia es una condición de legitimidad de la decisión, cuando es condenatoria obviamente, y coincido, como les decía, con Ferrajoli en que ésta es una garantía de garantías. Porque ¿qué es lo que permite? En primer lugar el control del debido proceso, que la garantía del debido proceso haya sido respetada uno lo ve en la sentencia. La sentencia tiene que ser, ante todo, consecuencia de un procedimiento válido en materia de garantías, donde todos los derechos del imputado hayan sido respetados, especialmente, el de defensa, naturalmente. Es también la motivación de la sentencia, garantía del principio de inocencia, algo ya nos mencionó al respecto por la vía del control del in dubio pro reo la Dra. Ledesma y va a ser el tema central de la conferencia de esta tarde de nuestro amigo... ¿dónde estás Ignacio?... nuestro amigo Ignacio Sánchez. Y ése es el tema más delicado, de qué modo debe plasmarse en la sentencia la desvirtuación del principio de inocencia.

Se presume que toda persona es inocente hasta que en la sentencia quebramos esa presunción y decimos, ahora tenemos confirmado que no era inocente, que es culpable. Entonces cómo debe convencer la sentencia en ese punto es neurálgico para el sistema procesal y para permitir después el control, por eso está muy bien titulada la conferencia de Ignacio: "Razones para dudar" o cuándo debemos tener razones para dudar, más allá de que uno quiera disimular su íntima convicción diciendo que no hay dudas en el caso concreto. Éste, como decía, es un punto central de nuestra disciplina.

A su vez, la motivación de la sentencia permite también verificar si tuvimos un juzgador imparcial, porque en la forma en que se desarrolla el discurso de convicción, en el cómo son plasmadas las inferencias a las que ha llegado la sentencia en materia probatoria, uno puede ver también si estuvo ante un juez realmente objetivo, sólo vinculado a las pruebas de los hechos y a la ley, o si se pueden advertir desviaciones de estos únicos criterios que deben regir su actividad. Por último, como también lo menciona la obra de Perfecto Andrés Ibáñez, la motivación

de la sentencia es garantía del contradictorio, porque la sentencia también tiene que plasmar esa contradicción. Cuando recién nos hablaba Iñaki nos recordaba el modelo de proceso penal ferrajoliano con la hipótesis acusatoria y sus pruebas, con la refutación que hace la defensa y sus pruebas, este modelo para ser eficaz, para que el imputado, como dijo Iñaki, tenga un derecho a ser oído, tiene que prever que lo discutido se refleje en las opciones explicadas de la decisión. La sentencia plasma la contradicción entre esas hipótesis de las partes, las pruebas y contrapruebas que las confirman o las refutan, con la sentencia se debe poder ver si realmente se estuvo en presencia de un proceso que sirvió para garantizar ese contradictorio. Esto también es una tarea obligatoria de la motivación de la sentencia.

De modo que al final del camino, con estas brevísimas reflexiones, verán ustedes que en esta discusión al menos tomo partido por Luigi Ferrajoli y quedo de alguna manera enamorado de esta idea de que la motivación de la sentencia, tan resistida por muchos por cierto con buenas razones, es en realidad una garantía de garantías.

Muchas gracias por su atención.

## **II. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD COMO LÍMITE AL PODER PUNITIVO**

## **LA CAPACIDAD PSÍQUICA DE CULPABILIDAD COMO EXIGENCIA GARANTISTA**

*Luis Fernando Niño*

1. El título del panel que nos reúne en esta tarde implica una toma de posición respecto del Derecho Penal como saber y como discurso: partiendo de la base de que la estructura y el funcionamiento de las agencias del control social formal se evidencian como un hecho de poder de naturaleza política, entendemos que un cometido esencial del jurista, en ese ámbito, es el de condicionar, acotar y reducir las manifestaciones más arbitrarias e irrationales de ese hecho de poder, en la medida de sus posibilidades.

No se nos escapa que persistir en esa concepción, en tiempos en que el discurso de la clase política, de los medios masivos de difusión y de una opinión pública maleada e inficionada por ambos, pugnan por erigir el discurso legitimante de la represión a niveles escandalosos, resulta una tarea ardua y no exenta de riesgos.

Tampoco ignoramos que, en esta empresa, ni siquiera contamos con el apoyo de diversos sectores del pensamiento crítico respecto de la estructura y funcionamiento del sistema social general, participantes en lo que se da en llamar el “pensamiento progresista”, por muy diversas razones: sea porque, también a su respecto, opera la internalización de la eficacia de las soluciones punitivas, sea porque responden, con afán proselitista, a las demandas de aquella “opinión publicada”, o sea, en fin, en los más radicalizados, porque propender a la racionalización del subsistema penal dista, obviamente, de encarar la vía revolucionaria para intentar una mudanza de raíz del *statu quo*. No obstante todo ello, realidades tales como la de la selectividad, tanto en la criminaliza-

ción primaria concretada por los legisladores, cuanto en la secundaria, protagonizada inicial y decisivamente por las agencias estatales no jurídicas, la genérica ineficacia en punto a la auténtica resolución de los conflictos generados por la interferencia intersubjetiva, la conversión de medidas de cautela personal excepcionales en reglas punitivas y la manifiesta inhumanidad de las condiciones reales de cumplimiento de la pena privativa de libertad, por sólo mencionar los factores negativos más salientes, nos reafirman en la postura de continuar predicando el discurso reductor en el medio académico y poniéndolo en práctica en el judicial, teniendo como mira el modelo de Estado de Derecho democrático y social cuyas líneas maestras se encuentran en la Constitución Nacional y en los instrumentos que integran el bloque de constitucionalidad delineado en el artículo 75 inciso 22 de aquella Ley Fundamental.

Y nos ufanamos de recibir el mote de "garantistas", pretendidamente despectivo en estos tiempos y recibido con beneplácito por todo aquel que decide mantenerse en la senda iushumanista.

2. Dado que me toca iniciar este panel, consagrado a uno de los principios "fuertes" del garantismo penal, me permitiré una brevíssima introducción en el cuadro general para localizarlo adecuadamente. Si se coincide en entender por garantías los derechos que la Constitución de un Estado reconoce y asegura a todos los ciudadanos, o, más precisamente, la formulación expresa, por parte del poder constituyente, de los derechos reconocidos a los ciudadanos y de las seguridades que rodean su ejercicio frente a la actuación de los poderes públicos o de otros particulares, en el marco de aplicación del derecho punitivo, las garantías constitucionales admiten una clasificación tripartita.

Compensando el riesgo que supone esquematizar con la ventaja de la claridad expositiva resultante, he de distinguir, básicamente, una garantía orgánica, seis garantías procesales —tres que atañen a todas las partes del proceso y tres referidas exclusivamente al imputado— y una docena de garantías penales propiamente dichas, identificables a partir de los principios delimitadores del poder punitivo del Estado.

Entre estas últimas, esto es, entre las reglas específicamente penales cuya progresiva realización pugna por contrarrestar la constante pulsión del poder punitivo, figura el principio de culpabilidad, al inte-

rior del cual analizaré a la que constituye su presupuesto insoslayable y, a la vez, uno de sus elementos constitutivos: la imputabilidad o capacidad psíquica de culpabilidad.

La garantía orgánica por excelencia es la de la imparcialidad del juzgador. Y el requisito indispensable para que esa garantía se mantenga inalterada reside en la independencia de los jueces. Una independencia que posee dos facetas: una externa, frente a los poderes políticos y a las dos ramas del Ministerio Público que completan la estructura del poder estatal en nuestra ingeniería institucional, y otra interna, frente a los tribunales de instancias superiores.

En cuanto a las garantías procesales, buena parte de las cuales se examinaron en el panel de esta mañana, en el ámbito penal se reconocen tres, fundamentales, de esa índole, en cabeza de todas las partes intervenientes: derecho de defensa en juicio, motivación de las resoluciones y control judicial de estas últimas.

También son tres las principales garantías procesales exclusivas del imputado en dicha esfera. Son ellas: el principio de inocencia, del que deriva el de la naturaleza cautelar del encarcelamiento preventivo y el serio cuestionamiento que merecen su uso y su abuso; la reserva de intimidad, de la que deriva la garantía de exclusiones probatorias, y la invalidación de actos, que es, a su vez, correlato, de las anteriores.

Finalmente, el cuadro de las garantías penales, que es tanto como decir el elenco de principios delimitadores del poder punitivo del Estado, se compone de doce exigencias o requisitos para la habilitación del poder punitivo: legalidad formal, máxima taxatividad, respeto histórico, irretroactividad; lesividad u ofensividad; proporcionalidad mínima; intrascendencia; humanidad; prohibición de la doble punición; buena fe y "*pro homine*"; superioridad ética del estado y saneamiento genealógico, y, por fin, culpabilidad.

Algunos aparecen como axiomas principales, y otros derivados de los primeros. Uno de ellos comprende, en realidad, a todas las ramas del ordenamiento jurídico, por cuanto se trata de una regla hermenéutica procedente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, destinada a interpretar adecuadamente los textos constitucionales y los

convencionales, pero adquiere máxima importancia en nuestra materia: se trata del principio que combina la buena fe en la elucidación de las cláusulas de esos instrumentos e impone, ante la duda, la adopción del sentido más garantizador del derecho en juego, en un caso concreto. Dicha regla interpretativa de buena fe y *pro homine* logra una operatividad peculiar en Argentina, cuya Ley Fundamental consagra la jerarquía constitucional de los principales tratados de Derechos Humanos.

Dejando a salvo esa suprema directiva, entiendo que los principios básicos son tres: legalidad, lesividad y culpabilidad. En efecto, más allá de la lógica imbricación de unos y otros, del principio de legalidad formal descienden directamente los de máxima taxatividad, respeto histórico e irretroactividad, y, mediáticamente, los de superioridad ética del estado y saneamiento genealógico; y del juego armónico de los principios de lesividad y culpabilidad derivan los de prohibición de la doble punición, proporcionalidad mínima, intrascendencia de la pena y humanidad. En adelante, he de concentrarme en el principio de culpabilidad.

3. Del axioma de culpabilidad derivan naturalmente la prohibición de la imputación por mera causación, que involucra la exclusión de punición por caso fortuito, la exclusión del "versanti in re illicita" y la exclusión de los delitos calificados por el resultado.

Paralelamente, de él desciende el requisito de la exigibilidad, condición *sine qua non* para dirigir un reproche al autor de un injusto penal conforme a lo cual sólo es culpable quien pudo comprender la relevancia jurídico-penal de su obrar y, además, adecuar su comportamiento a esa comprensión.

Este importante principio delimitador del poder punitivo soporta desde hace casi medio siglo un rudo embate, protagonizado por teóricos de nuestra disciplina que le niegan validez como categoría dogmática, o la reducen al modesto rol de mero derivado de las exigencias de prevención general.

Tal situación se vinculó inicialmente con la declarada imposibilidad de fundar científicamente la existencia de libertad de acción en el ser humano. Como es sabido, fue Karl Engisch quien, al abordar la

cuestión de la libertad del querer en la filosofía jurídico-penal contemporánea, impugnó uno de los pilares del principio de culpabilidad, el del poder de obrar de otro modo, en la situación concreta, en cabeza del autor de un injusto.

Desdeñada la concepción del libre albedrío, por metafísica y científica, un importante sector doctrinal desechó, en consecuencia, la noción tradicional de culpabilidad.

Muchos de quienes así se pronunciaron, liderados por el Profesor Claus Roxin, decidieron sustituir aquel fundamento por el de los fines de prevención de la pena, sin adentrarse en el interminable debate entre el libre arbitrio y el determinismo; pero no faltaron quienes, como el catedrático español Enrique Gimbernat Ordeig, adscribieron resueltamente a este último, acudiendo a citas del padre del Psicoanálisis, Sigmund Freud, de su hija Anna y de las primeras obras de Erich Fromm, para justificar su abandono del clásico estamento.

El profesor emérito de la Universidad de Munich, como se ha dicho, se limitó a concebir al libre albedrío como un presupuesto imprescindible de la vida en sociedad, sin otras pretensiones sobre su problemática existencia. Y, para sortear el concepto clásico de culpabilidad, introdujo el concepto de "responsabilidad", integrado por dos elementos: de una parte, una nueva noción de culpabilidad, traducida como "asequibilidad normativa" y definible como la cualidad del sujeto que puede adaptar su comportamiento a las circunstancias y a la norma; y, de otra, los fines preventivos de la pena.

El concepto de "asequibilidad normativa" ha concitado críticas, por cuanto, o permanece ligado al concepto clásico de "poder actuar de otro modo" o debe ligarse a estándares que lo convertirían en una abstracción.

Paralelamente, se ha considerado que la inclusión de los fines de prevención de la pena como un complemento decisivo de la "asequibilidad normativa", en el marco de la "responsabilidad" roxiniana, puede conducir a estimar que han de ser esos fines, tal como los conciban y evalúen los operadores del sistema al momento de juzgar, los que señalen la magnitud de dicha responsabilidad, transpuesta conse-

cuentemente en la cantidad necesaria de pena, de acuerdo a la eficiencia preventivo-general por ellos proyectada. Otros juristas no llegaron tan lejos. Arthur Kaufmann, por ejemplo, propuso sustituir el concepto welzeliano de culpabilidad, acudiendo a una abstracción que permitiera soslayar la imposibilidad de mensurar la capacidad de obrar de otro modo por parte del autor de una conducta típica y antijurídica apreciado en su singularidad, recalando, pues, en la "capacidad de obrar de otro modo que hubiera tenido el hombre medio en la situación concreta del autor", sintetizada en la frase "*Andershandelkönnen*".

Análogamente, Rudolphi y Krümpelmann sugirieron, para encarar la posibilidad de reproche, atender a la "capacidad del individuo de actuar de otro modo de acuerdo a su estado físico y psíquico, en comparación con otras personas", vale decir, en sus palabras, a la "capacidad general del hombre medio". A estas posturas cuadra la crítica de haber abandonado el estudio del individuo en particular, en tren de desembarazarse de una concepción sin base científica reconocida, para reemplazarlo por un *homúnculo normalis*, una abstracción desencarnada a partir de la cual correspondería medir la magnitud del reproche al primero.

A su vez, un autor notoriamente difundido en nuestro continente, el actual profesor emérito de Bonn Günther Jakobs, llevó el planteo preventivista de Roxin a su máxima expresión, para concluir definiendo a la culpabilidad como un derivado liso y llano de las exigencias de prevención general, identificado con la infidelidad al Derecho por parte de un "igual", esto es, un sujeto con desarrollo social completo, y por ende, competente para desautorizar la vigencia de la norma, quien, al lesionar dicha vigencia, asume "culpablemente" esa competencia.

4. Un lustro atrás, en mi contribución incluida en el libro de homenaje al Profesor Julio Maier, intenté poner de relieve la paradójica situación planteada en torno al problema de la libertad y el Derecho Penal; por cuanto, frente a la huída en masa de los penalistas del concepto clásico de culpabilidad basada en la libertad de acción, aun cuando se la hubiera traducido menos pretenciosamente como capacidad del sujeto para obrar de otro modo, se advierten desarrollos de filósofos contemporáneos y experiencias científicas en el campo de la Biología molecular que parecen preanunciar que el indeterminismo vuelve por sus fueros.

Entre los primeros, Harry Frankfurt retoma la noción de libre albedrío como libertad de la voluntad, y aunque no se pliega a la concepción kantiana de una voluntad incondicionada, opta por distinguir entre “deseos de primer orden”, aquellos que nos mueven a actuar de una determinada manera, de los de “segundo orden”, deseos cuyo objeto son los deseos de primer orden, dentro de los cuales ubica, a su vez, a las “voliciones de segundo orden” o “metapreferencias”, cuyo objeto es la voluntad.

Para Frankfurt, la acción sólo será libre si la voluntad del agente es coherente con sus voliciones de segundo orden. En lugar, el individuo débil de voluntad es un sujeto incapaz de hacer valer sus metapreferencias o deseos de segundo orden sobre sus preferencias o deseos de primer orden: incapaz de conseguir que sus deseos efectivos sean los deseos conformados a la luz de su razón deliberativa. Frente a él, el sujeto normal es el que hace triunfar las metapreferencias por sobre los deseos y pasiones.

Vislumbro reminiscencias freudianas en esta concepción, sintetizables en la frase del padre del Psicoanálisis: “Wo Es war, soll Ich werden”, “dónde estaba el Ello...” [aquí serían los deseos de primer orden], “...debe estar el Yo.” [aquí sería el sujeto normal poniendo en acto las metapreferencias], una vez que el Súper yo [aquí serían los deseos de segundo orden] depuró convenientemente los impulsos y deseos del Ello.

Otro filósofo y ensayista de nuestros días, el catedrático español Juan Antonio Rivera, retomando a Frankfurt, se inclina por conceptualizar la “identidad moral” de un ser humano como el conjunto de sus metapreferencias, en su obra *El gobierno de la fortuna*.

Frente al determinismo propio del mundo natural y a las imprevistas apariciones del azar, Rivera discierne la existencia de los que denomina “espacios pragmáticos”, el supraindividual, el interindividual y el intraindividual. En esos tres planos, la voluntad humana es el motor que posibilita a la racionalidad práctica adoptar las conductas conforme al margen de autodominio con que cuenta. Conforme a su construcción teórica, una de las metapreferencias más inflexibles del ser humano es la de moverse en una realidad auténtica, compuesta, pues, por el mundo natural, por el acaso y por la voluntad.

Fallecido en 1999, el influyente filósofo estadounidense Roderick Milton Chisholm, propuso la visión de un sujeto dotado de un yo autónomo de sus estados psicológicos, y como tal incondicionado en sus decisiones, situación que permite responsabilizarlo por ellas. Autor de una célebre "Teoría del conocimiento", Chisholm defendió la existencia y justificación de las creencias, sea que resulten directamente evidentes, sea que se apoyen en cadenas de creencias justificadas que, en definitiva, conducen a creencias directamente evidentes.

Donald Davidson, también estadounidense, fallecido en 2003, identifica las acciones intencionales con las acciones libres, a las que define como las que poseen una explicación verdadera en términos de razones. Acerándose a Chisholm en este aspecto, Davidson sostuvo que es preciso buscar las causas de las acciones humanas en las creencias y deseos que las provocan, estados mentales que pertenecen a los agentes, y que son —como tales— eventos físicos. Por su parte, Daniel Dennett, pese a su formación evolucionista de sello darwiniano, a partir de los hallazgos debidos a la física cuántica pasó a refutar todo determinismo, reconociendo, en lo que denomina la dotación biológica del ser humano, un tipo de libertad que le permite, frente a cada situación concreta, una toma de decisiones basada en las propias expectativas y deseos, cuando no existe un plan prefijado que le obligue a obrar de una manera determinada.

En el terreno de las ciencias físico-naturales, también han sucedido experiencias y se han producido avances que inciden en la secular discusión entre determinismo e indeterminismo. La Biología molecular, favorecida por las aportaciones de la mecánica cuántica, ha permitido comprobar el indeterminismo físico a escala de unas pocas moléculas provenientes del cuerpo humano, revelación a nivel microscópico que los científicos estiman posible de ser trasladada al macroscópico.

El examen de diversos mecanismos, en Neurología, permitiría ese traslado del indeterminismo a todo el cerebro humano, y partiendo de este último, a todo el cuerpo, debido a la regulación motriz y sensitiva del organismo por el sistema nervioso. Ello sucedería, conforme a las hipótesis que se manejan, en el fenómeno de sinapsis interneuronal, vale decir, el intercambio de neurotransmisores entre las distintas células nerviosas, toda vez que las moléculas grasas componentes de la mem-

brana del axón demuestran un comportamiento indeterminado, que influye en el pasaje, correlativamente indeterminado, de las sustancias neurotransmisoras, posibilitando, en definitiva, la amplificación de ese azaroso fenómeno hasta comprender toda la fisiología del organismo.

Tras ese hallazgo, los investigadores han logrado desentrañar el rol que juegan otras moléculas presentes en las neuronas, en este caso de naturaleza proteica, llamadas microtúbulos, que operan con la misma indeterminación que las anteriores.

Conforme a conclusiones recientes, como las de Roger Penrose, de 1994 y las de Haret Rosu, de 1997, el sistema neuronal se hallaría continuamente influenciado por la actividad de aquellas moléculas componentes de las membranas presinápticas y de los microtúbulos, dando lugar al “libre albedrío”; puesto que físicos y neurólogos especulan con que los átomos del cuerpo humano pueden cambiar su trayectoria y ordenarse conforme a la voluntad de aquél a quien el cuerpo pertenece.

Vale recordar que hace tres décadas, Karl Popper, en la obra “El yo y el cerebro”, escrita en coautoría con el neurofisiólogo John Eccles, había sugerido que la mente observa al cerebro y selecciona las neuronas para activarlas a fin de obtener lo que quiere. Eccles, por su parte, postula la tesis de la existencia de un lugar, en el hemisferio cerebral izquierdo, en el que mente y cuerpo están en constante interacción, partiendo de la aplicación de la mecánica cuántica a su disciplina.

5. Curiosamente, a contramarcha de las posiciones filosóficas y los descubrimientos científicos precedentemente reseñados, en nuestros días, penalistas de renombre han vuelto a ocuparse de la virtual crisis del concepto de culpabilidad basado en la autonomía de la voluntad del sujeto, procurando argumentos diferentes para sostenerlo, tales como la cuestión de la doble perspectiva, que distingue entre la creencia del propio sujeto respecto de su posibilidad de actuar de otro modo, lo que se da en llamar la perspectiva de primera persona, o experiencia de la libertad, que debería tenerse por válida para la formulación del reproche, y la perspectiva en tercera persona, que aprecia el acto como parte de un encadenamiento causal, sin referencia a la motivación del agente. Digo que es curioso que lo hagan, puesto que se fundan, para explicar que, en el plano objetivo, no hay lugar para la autodeterminación del

ser humano, en experiencias como la de Benjamin Libet, llevada a cabo hace casi tres décadas, que confirmaría que, en determinadas áreas del cerebro se producen variaciones eléctricas inconscientes, denominadas "potencial de preparación" o "de disposición", antes de que se haga presente la conciencia de la decisión de actuar en cierto sentido que, a su vez, precede a la acción.

A partir de esa comprobación de laboratorio, otros investigadores como Gerhard Roth se han pronunciado en el sentido de negar el libre albedrío concebido según premisas de psicología popular, toda vez que la experiencia de la decisión de actuar no sería la causa de la acción, sino una "sensación acompañante" que emerge después de que han comenzado procesos corticales inconscientes en tal dirección.

Uno de los juristas que sale al cruce de estas conclusiones es el profesor alemán Björn Burckhardt, quien defiende la comprensión de la acción desde la perspectiva del agente, como producto de la psicología de sentido común, basada en deseos, creencias, intenciones y otros estados mentales; y alerta respecto de la necesidad de mantener la teoría de la acción como presupuesto insustituible del Derecho Penal.

Frente a los autores que, como John Mc Crone impugnan la experiencia de libertad subjetiva, calificándola de "artefacto socialmente inducido" y remarcando su carácter supuestamente ilusorio, Burckhardt nos recuerda que "la propiedad, el matrimonio y el honor son artefactos socioculturales que existen sólo porque creemos que existen. Pero ello no los hace menos reales". Y evoca, en apoyo de su posición, un bello párrafo de la "Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres" de Immanuel Kant que reza así: "todo ser que no puede obrar de otra manera que bajo la idea de la libertad es, por eso mismo, verdaderamente libre en sentido práctico, es decir, que valen para él todas aquellas leyes que están unidas inseparablemente a la libertad, exactamente igual que si su voluntad fuese definida como libre en sí misma de un modo válido incluso en la filosofía teórica".

Quiero aclarar que encuentro plausible esa defensa del autodominio individual como presupuesto para el reproche al autor de un injusto. Si quienes pugnan por desbaratar toda posibilidad de autodeterminación en el obrar humano lograran persuadir a los legisladores

en tal dirección, estaríamos regresando a la concepción de Enrico Ferri, acertadamente mencionada por Burckhardt, según la cual la psicología científica habría “destruido completamente la creencia en el libre albedrío (o libertad de voluntad)”, la que no pasaría de ser una ilusión propia de la autoobservación de unos seres regidos ineluctablemente por el determinismo. Y, por consiguiente, retrocederíamos hacia un Derecho Penal de medidas de seguridad, y ¿por qué no? de estados peligrosos sin delito.

Pero también quiero dejar a salvo que no es necesario resignarse anticipadamente a aceptar que el experimento de Libet y otros análogos demuestren categóricamente que la voluntad consciente es una mera acompañante tardía de ciertas funciones de la corteza cerebral inconscientemente activadas. Para ello, nada mejor que recurrir a lo que el propio Benjamín Libet señaló en una publicación de 1983, un año después de darse a conocer su famosa experiencia de laboratorio.

En esa oportunidad, Libet alertó acerca de que, aun cuando el cerebro haya preparado el acto en el plano inconsciente, todavía queda tiempo para ejercer un voto consciente que pueda detener el proceso evitando la acción muscular, es decir, antes de la puesta en marcha de la causalidad relevante a los fines del Derecho en general, y del Derecho Penal, en particular.

Reveló que, de hecho, los sujetos de su experimento, que no me será dado describir hoy, explicaron que, a veces, durante la prueba a la cual se sometieron, les aparecía un deseo consciente de actuar, que ellos suprimieron o vetaron. Paladinamente admitió el científico que, en el transcurso de esa investigación de campo, en ausencia de señal eléctrica en el músculo, no se iniciaba la grabación retrospectiva del potencial de disposición inconsciente que habría precedido al voto, de modo que no se grabó ningún potencial de disposiciones previo a las acciones conscientemente vetadas. De tal manera, cabría suponer que existió tal potencial de disposición inconsciente, pero algo detuvo el curso de la acción. Y, dado que el propio investigador aseguró haber mostrado que es posible ejercer el voto en el intervalo de 100 o 200 milisegundos que precede a la ejecución del movimiento, queda en pie la afirmación de que, sin perjuicio de que existan cambios eléctricos inconscientes anteriores a la decisión consciente de realizar un movimiento, y, aun, deseos

conscientes de actuar en un cierto sentido, de dicha decisión dependerá que se ponga en marcha la causalidad en el mundo exterior.

Más aún; ante la eventual objeción, dirigida a esta tesis, consistente en que el acto de conciencia también necesita una preparación cerebral y que ésta puede ser inconsciente, Libet argumentó distinguiendo entre el acto de conciencia y su contenido concreto: el acto de conciencia puede ser preparado por aquellas variaciones eléctricas de la corteza cerebral, sin que por esta razón debamos admitir que su contenido también lo sea.

Por si algo faltara, en un trabajo publicado en 2003, cuatro años antes de su muerte, Libet, apoyándose explícitamente en la tesis del Premio Nobel de Medicina Roger Wolcott Sperry, consistente en que los atributos de la conciencia, entendida como propiedad emergente, podían no ser perceptibles en la actividad neural de la que ella emerge, propuso como tesis propia la existencia de un “campo mental consciente” (*conscious mental field*), capaz de unificar la experiencia generada por múltiples unidades neuronales, que estaría también en condiciones de influir sobre ciertas actividades neuronales y de formar una base para la voluntad consciente”.

Una vez más, entonces, el Derecho Penal democrático y liberal está en condiciones de superar las objeciones filosóficas y científicas erigidas contra la existencia de un cierto ámbito de autodeterminación. Más aun, tras las narraciones de los individuos sometidos a la experiencia de Libet puede aseverarse que la voluntad consciente opera, no sólo neutralizando los cursos de acción determinados por el potencial de disposición sino también como un freno a deseos experimentados ya en el plano consciente, pero reprimidos por el agente.

El principio de culpabilidad asentado en la existencia de ese cierto margen de autodominio puede continuar operando en tres sentidos: como argumento para la formulación del reproche por el injusto cometido, en los casos en que resultaba exigible un comportamiento conforme a derecho; como elemento dinámico para la prudente mensuración de ese reproche, en caso de que hayan existido factores que entorpecieron la toma de decisión conforme a derecho o que condujeron a la realización de un obrar típico y antijurídico; y como factor de

terminante de la eliminación de ese reproche, cuando se concluyere que el autor de tal injusto no contó, en el momento de concretarlo, con las dos facultades que habilitan aquel juicio individual, sea por incapacidad psíquica de culpabilidad, debido a la menor edad o a una perturbación de la psiquis, sea por un error de prohibición invencible, por coacción o por un estado de necesidad exculpante.

6. A salvo, una vez más, dicho estamento teórico acotador del avance punitivo, nos resta analizar, específicamente, la capacidad psíquica de culpabilidad como exigencia de un Derecho Penal de garantías.

Aludí, en un párrafo precedente, sin mencionarlas expresamente, a las dos facultades cuya efectiva concurrencia permite dirigir un juicio personal de reproche por el injusto materializado. Tanto las situaciones que afectan la comprensión de la relevancia y significación de tal obrar como las que, sin interferir en tal sentido, estrechan o anulan el margen de autodeterminación que, como quedó suficientemente afirmado, se reconoce por regla en los individuos de la especie, quedan amparadas bajo el marco de la inexigibilidad de otra conducta.

Ahora bien, si en el tiempo que me resta he de considerar el aspecto garantizador de la categoría dogmática de la capacidad psíquica de culpabilidad debo comenzar por señalar que la sujeción de un individuo al control psiquiátrico puede irrogar similares o aún mayores riesgos para su dignidad y sus derechos que los que depara el tratamiento del subsistema penal a las personas condenadas por estimárselas autoras de un injusto reprochable y punible.

En tal sentido, es válido replantearse la cuestión de constitucionalidad de los párrafos 2º y 3º del primer inciso del artículo 34 del Código Penal, en tanto y cuanto ordenan, respectivamente, la reclusión del agente en un manicomio, en caso de enajenación, sin otro parámetro para la cesación de esa medida que el de un dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el sujeto se dañe a sí mismo o a los demás, o bien, la reclusión de aquél en un establecimiento adecuado hasta que se compruebe la desaparición de las condiciones que lo hiciéren peligroso. Ambas previsiones legales son herederas del peligrosismo positivista aun en boga a la época de sanción de nuestro código y, como tales, además de partir de la base de lo que hoy se denomina un psicó-

tico es, de por sí, peligroso, no contienen mención alguna a la entidad del injusto penal adjudicado al agente ni a la escala penal respectiva, lo que permite concluir que conforman un régimen mucho más restrictivo de derechos que el que se reserva a los individuos pasibles de imputación penal.

Luego, a la hora de dictar un sobreseimiento o absolución por entender que se halla frente a un individuo portador de una anomalía psíquica que ha incidido en su comprensión de la criminalidad o en su esfera de autodeterminación, lo que corresponde hacer, por parte del juez o tribunal en lo penal, a la hora de sobreseer o absolver a su respecto y en caso de certificarse por los dictámenes respectivos médico-forenses respectivos la necesidad de una internación u otro tipo de abordaje terapéutico, es dar intervención al juez en lo civil, quien cuenta, ante tales casos, con las disposiciones de los artículos 144 y 482 del código respectivo, armonizadas con las contenidas en la ley 22914.

Vale, en directa relación con lo anterior, efectuar otra consideración. Las dos series de causales de inculpabilidad o exculpación se erigen en paridad. La consideración de una no es prioritaria respecto de la otra, aunque, por sencillez expositiva, con fines didácticos, y, también, por mantener el orden con que se las invoca en el artículo 34 del Código Penal y en formulaciones similares del Derecho Penal comparado se aluda en primer término a la comprensión de la criminalidad.

Luego, en caso de concurrir dos causas de exculpación en un mismo supuesto, si sólo una de ellas habilita la adopción de cualquier forma de coerción sobre el sujeto, no es admisible que se la efectivice en ese caso. Si cabe exculparlo por el injusto cometido, ello implica la inhabilitación del poder punitivo en el caso concreto, sin perjuicio de la actuación de las agencias estatales no punitivas, si así correspondiere.

También con referencia a las dos causales de inimputabilidad, es oportuno dejar sentada una precisión terminológica: tal como lo estipula el Diccionario de la Real Academia Española, "imputar" es atribuir a alguien la responsabilidad de un hecho reprobable. Luego, lo imputable o inimputable no es el sujeto autor del injusto sino el injusto en sí mismo. A un mismo sujeto se le puede imputar, por ejemplo, la comisión de un injusto simple, pese a cierto grado de debilidad mental, pero

no un ilícito de gran complejidad. De modo que vale la pena desterrar el hábito de calificar de “inimputable” a un individuo, por su impropiedad, evitando, simultáneamente, la utilización como anatema de tal hipotética condición.

Como ha dicho el Premio Nobel de Literatura José Saramago, “las palabras no son inocentes ni impunes”.

7. Con referencia específica a la capacidad de comprensión de la relevancia jurídica del obrar, y su trascendencia en un Derecho Penal de garantías, vale comenzar analizando dos elementos de la fórmula legal, que son los mismos que adopta mayoritariamente la doctrina.

Me refiero a los términos “comprender” y “criminalidad”.

El primero de ellos, proviene del desusado verbo “comprender”, y significa abrazar, ceñir, rodear por todas partes algo, contener, incluir en sí algo, entender, alcanzar, penetrar o, por fin, encontrar justificación o naturalidad en los actos o sentimientos de otro.

Salvo el infinitivo “entender”, ninguno de los ocho verbos restantes empleados para precisar la definición de aquél aparece en la de “conocer”. Por el contrario, por “conocer” se entiende básicamente averiguar, advertir, percibir.

Comprender implica, entonces algo bien distinto que conocer. Se puede conocer sin comprender, en tanto que será imposible comprender sin conocer. Y el legislador habla de comprender. De manera que, en la medida en que el sujeto no haya logrado rodear por todas partes lo conocido, incluirlo en sí, penetrar en él, como lo exige el marco semántico del vocablo, no habrá comprendido.

Hay dos palabras en el vocabulario específico de sendas corrientes de la Psicología que contribuyen a cimentar esta observación nada despreciable y que resultan, prácticamente, sinónimos: “introyeción”, empleada usualmente en el esquema ortodoxo freudiano, al describir el proceso de interiorización de las normas emanadas de la autoridad, cuyo desarrollo da lugar a la instancia del super yo inhibidor de las pulsiones instintivas, e “internalización”, que, en el glosario de la Psicología

Social se refiere al proceso mediante el cual el individuo incorpora en su personalidad los patrones de conducta prevalecientes en la sociedad<sup>1</sup>. Dado que la antijuridicidad es, innegablemente, una cualidad dependiente de una valoración, si el sujeto autor de un injusto penal no pudo lograr esa incorporación, en tanto y cuanto esa imposibilidad no se haya debido a una falta de esfuerzo de su parte, en condiciones en que le era exigible realizarlo para adaptar su conducta a las normas vigentes, no será pasible de reproche.

En cuanto a la voz "criminalidad", su inclusión en la fórmula del artículo 34 inciso 1º de nuestro ordenamiento penal de fondo suma una exigencia a la posibilidad de habilitación del poder punitivo. No basta con que un individuo haya actuado con conocimiento y comprensión de la contrariedad de su acto con el Derecho en general. Se requiere que haya conocido y comprendido que lo que hacía u omitía era una conducta prevista por la ley penal.

Avanzando en la consideración de la incapacidad psíquica de culpabilidad desde una perspectiva garantista, es juicioso rechazar la arcaica tesis alienista que equipara a la alteración morbosa de las facultades con la psicosis y la insuficiencia de las mismas con las oligofrenias. Basta reparar en la existencia de casos de psicópatas graves y de toxicofrénicos, de una parte, y de personas poseedoras de un psiquismo normal, pero afectadas coyunturalmente por trastornos o estados transitorios tales como el producido por la falta de sueño fisiológico, para concluir que ese reduccionismo no se condice con la riqueza y complejidad del universo de las perturbaciones de la psique.

En todos los casos, entonces, lo que cabe establecer al juez o tribunal, con el auxilio de los peritos forenses, es determinar el grado de esfuerzo que el individuo en concreto debía realizar para adaptar su conducta a los patrones normativos vigentes en terreno jurídico penal.



<sup>1</sup> Vander Zanden, James: "Manual de Psicología Social", Barcelona, Paidós Ibérica, 1986, p. 621.

Para ello, es indispensable analizar la psique del sujeto como un todo, sin limitar el alcance del examen a la esfera intelectual, puesto que ciertos cuadros demuestran una afectación primordial de otros aspectos de la personalidad, como sucede en el caso de las psicopatías graves. Y, obviamente, deberá evaluarse la exigibilidad de aquel empeño contabilizando el medio en que la conducta típica y antijurídica ha tenido lugar y su influencia en el obrar del agente.

Y, por otra parte, es preciso desembarazarse saludablemente de las nosotaxias, es decir, de las taxonomías de las enfermedades, trastornos o desórdenes de la salud mental: una neurosis, por mero ejemplo, generalmente ajena a la problemática de la imputabilidad, puede, en determinados entornos, convertirse en un estado psíquico que guíe al agente a una de las alteraciones morbosas que capta el código de fondo en materia penal para predicar su exculpación.

Por último, debo apuntar aquí que, a mi criterio, no es políticamente oportuno plasmar en la ley penal una fórmula general de imputabilidad disminuida. Entiendo que la máxima del *favor rei* debe primar en los casos dudosos, de manera que la inclusión de una cláusula que introdujera una pena, aunque de menor cuantía, para esos casos, favorecería el expansionismo punitivo. En tal sentido, la naturaleza esencialmente graduable de la culpabilidad permitirá, en su caso, la disminución adecuada de la respuesta penal. Así lo expuse tiempo atrás en el paraninfo de la Universidad de Córdoba, ante la ponencia del profesor Justo Laje Anaya enderezada a la inclusión de dicha figura.

En relación con el mismo tema, coincido, paralelamente, con el profesor Zaffaroni y sus colaboradores en punto a que un caso paradigmático de imputabilidad disminuida, incluido en el articulado de la Parte Especial del Código Penal, es el de la emoción violenta del artículo 91, inciso 1º del Código Penal; y corresponde aplicarlo, guardando las proporciones entre las respectivas escalas punitivas, por analogía *in bonam partem*, a todos los casos en que resulte admisible su operatividad.

8. Para finalizar, haré una rápida referencia a la reducción de la autodeterminación por incapacidad psíquica. Vale tomar en consideración que, en esos casos, la esfera de la psique que suele hallarse especialmente afectada es la de la volición. Las conductas impulsivas o ten-

taciones irresistibles, tanto las provenientes de un síndrome postencefálico, cuanto las neurosis fóbicas, pueden traducirse en incapacidad para comprender cabalmente la relevancia jurídico-penal del propio obrar.

Las compulsiones, en medida mucho mayor, guían a considerar incapaz de culpabilidad psíquica a quien las padece, puesto que la angustia que su insatisfacción genera es incoercible, y, según los casos, deriva en la despersonalización del sujeto.

En la línea de lo ya expresado, ello no autoriza a desplazar la respuesta estatal a la internación en establecimientos psiquiátricos, sino que, decidido el sobreseimiento o la absolución, deberá ser, en todo caso, la justicia en lo civil la que aborde la problemática en los casos extremos.

Párrafo aparte merece la tóxicodependencia. De una parte, son diversas las situaciones que puede originar, desde una intoxicación aguda en el momento del hecho, traducible, bien en estado de inconsciencia, bien en la alteración morbosa de las facultades, en principio, remitirían el tratamiento del caso, respectivamente, a la ausencia de conducta o a la inculpabilidad por incapacidad de comprender la criminalidad del acto, hasta la compulsión irreprimible de reiterar el consumo, a raíz del síndrome de abstinencia producido a partir del acostumbramiento y de los efectos negativos derivados de su privación, que incide esencialmente en la capacidad de dirigir los actos conforme a la comprensión de la criminalidad.

Vale tomar en cuenta, de una parte, la diferencia existente entre aquellas sustancias que producen dependencia física, lo que se ha llegado a denominar un verdadero estado de "hambre celular", tales como los opiáceos (opio, morfina, heroína y codeína) y los barbitúricos; y otras, respecto de las cuales sólo se ha podido determinar dependencia psíquica. No obstante ello, con referencia a estas últimas, factores tales como la personalidad del usuario, su peculiar metabolismo de la sustancia consumida, el grado de dependencia alcanzado, el porcentaje de principio activo presente en la droga empleada, y otros factores, procedentes del medio en que actúa, pueden precipitar el cuadro a la categoría de incapacidad para dirigir las acciones conforme a la comprensión de su relevancia jurídico-penal. Concluyo recordando a un ilustre médico forense

argentino, el Profesor Vicente Cabello, quien, remedando el clásico aforismo del *favor rei* del Derecho Penal demoliberal, acuñó su paralelo: *in dubio pro morbo*, en la duda, a favor de la alteración psíquica; mas no para derivar el caso, de manera automática e inconsulta, del control penal al control psiquiátrico, sino para neutralizar el reproche —y la consiguiente habilitación al poder punitivo— sin perjuicio del eventual abordaje del caso por las instancias jurídicas o asistenciales que sus características pudieren requerir.

Nada más y muchas gracias.

## **REPROCHABILIDAD VERSUS PREVENCIÓN<sup>1</sup>**

*Alejandro Alagia*

Nunca un tema ha sido tan perturbador en el derecho penal como la culpabilidad. En primer lugar porque a diferencia de la doctrina de lo ilícito, cuyo centro de gravitación recae sobre el alcance de la prohibición legal, en la culpabilidad no puede eludirse el problema del sujeto de la obediencia, es decir del significado de lo humano. La culpabilidad ese “fantasma errante” de la dogmática penal nos interroga siempre sobre el hombre. En la doctrina sobre lo injusto el hombre es arrasado por los imperativos de prohibición o de mandato, pero en la culpabilidad encuentra refugio desdibujado bajo la idea de “motivación normal”, desde la época de von Liszt, para ligarlo como sujeto del poder punitivo. En segundo lugar la culpabilidad nos enfrenta a otra cuestión inquietante que tiene que ver con el tipo de saber de los penalistas: ciencia o dogmática, conocimiento o superstición. Esto es, cómo interroga el penalista el problema de la culpa.

Después de Marx, Nietzsche y Freud, ¿es posible seguir hablando acerca de la culpabilidad como presupuesto del castigo? Al parecer, el derecho siempre necesita un sujeto responsable, lo que es inadmisible para la ciencia o la crítica filosófica. Lo paradojal del nacimiento de la pregunta por la responsabilidad penal, que es una pregunta acerca de lo que es lo humano para el poder, es que la idea de responsabilidad aparece cuando en la sociedad se produce una tragedia inmensa, que es la pérdida de la libertad. El nacimiento de la idea de reproche, de la idea



<sup>1</sup> La presente conferencia ha sido desgrabada, y revisada por su autor.

de la culpa, que en la literatura antigua griega, en particular en la tragedia griega, todavía la culpa como reproche era indiferente de la idea de causa, antes de que la tribu primitiva igualitaria se convirtiera en una polis desigual y fragmentada, dividida, culpa y causa eran exactamente lo mismo. La ciencia, las ciencias humanas y las ciencias naturales, no tienen como preocupación central preguntarse por la responsabilidad.

¿Qué razón habría para que la ciencia se interrogara por el sujeto responsable, por un sujeto autónomo, que puede elegir lo que hace? La ciencia tiene otro horizonte, es un discurso completamente diferente y en esto cabe distinguir la pregunta sobre lo humano que se hace la ciencia y la pregunta sobre lo humano que se hace el derecho o el discurso sobre el derecho o el discurso del poder, como quieran llamarlo. Son dos instancias que preguntan sobre el humano desde dos perspectivas completamente diferentes y por eso la pregunta por la culpabilidad es una pregunta inquietante. Porque la ciencia trata de comprender, de entender, y el derecho trata de justificar, intenta justificar o legitimar el poder. Es en este equívoco donde el concepto de libertad aparece en la polis griega y se separa de la idea de causa. Cuando la sociedad se divide irreversiblemente entre los que mandan y obedecen tiene nacimiento la idea de responsabilidad humana, cuando muere el sujeto libre, porque en la sociedad igualitaria no hay ninguna persona con capacidad de imponer o de obligar a otro. La pregunta por la responsabilidad es precisamente el momento en que una institución pide rendición de cuentas a otro y por ende, la idea de responsabilidad nace también y principalmente con la idea de la ley.

En relación con esto quisiera plantear que la idea de responsabilidad versus prevención general es una falsa antinomia. Tanto la idea de responsabilidad como prevención general son instituciones imaginarias de la sociedad, son creaciones de la autoridad como razones de Estado. ¿Qué significa esto? No es el sujeto capaz la condición de la pena, no es la capacidad del hombre, esa capacidad que lo vuelve sujeto de derecho lo que motiva la pena, lo que da origen al castigo, a la obligación de sufrir una pena; es la ley la que crea la capacidad del derecho, es decir una autoridad. Por eso las leyes son imperativos, es decir órdenes de la autoridad. Es la institución de la autoridad la que establece arbitrariamente de forma imaginaria la idea de responsabilidad. No es nada natural la institución de la autoridad penal en la sociedad como tampoco está en

la naturaleza la diferencia entre lo normal y lo patológico en el discurso psiquiátrico sobre la culpabilidad. La autoridad como la culpa son creaciones imaginarias de la sociedad.

Sólo tengo tiempo para insinuar cómo se produce esta tragedia, esta tragedia política que es la muerte de la sociedad igualitaria y el nacimiento del sujeto del derecho, del hombre responsable y de la construcción imaginaria del sujeto merecedor de reproche. Esta tragedia política (porque desaparece la libertad real y en su lugar se inventa la ficción de libertad y el concepto de libertad negativa) implica paradójicamente el nacimiento de una idea que nos hace pensar a los hombres como sujetos autónomos y conscientes de lo que hacemos. Pero, sólo para hacernos merecedores de castigo! El extremismo de esta idea se consuma en la consigna del funcionalismo penal: es culpable no quien es capaz de derecho, sino que es culpable aquel que es alcanzado por la razón de estado para la atribución de pena.

La culpabilidad como razón de estado, como necesidad de pena, constituye actualmente la más acabada expresión del borramiento del sujeto en el estudio del derecho penal. La culpabilidad ya no cuenta ni siquiera como ficción de libertad necesaria para castigar, vaciada de todo contenido para volcar sobre ella las necesidades preventivas de una autoridad, es decir, del mito inevitable de la coerción en la sociedad.

La culpabilidad ya no como lugar donde aparece el sujeto, sino el lugar donde el sujeto es borrado, es decir, el sujeto es suprimido y en su lugar se coloca la función punitiva del Estado: que es la de masificar el prejuicio de que el delito es una grieta en el mundo y la pena la sutura que evita que la sociedad se escurra por el agujero hacia la guerra de todos contra todos. Es el mito hobbesiano y de toda la cultura liberal que domina la enseñanza del derecho. Donde había un interés por colocar el sujeto y la condición humana dentro de la culpabilidad como humano y como ficción de autonomía y libertad, la culpabilidad por la prevención borra ese sujeto, esa idea de sujeto, esa idea de condición humana ficticia y pone en su lugar los requerimientos preventivos de pena. Roxin no tiene vergüenza en reconocer que la culpabilidad basada en la ficción de libertad es un mito necesario para la existencia de la sociedad de castigo, pero mayor motivo para el escándalo es la razón cínica que reemplaza la ficción de libertad por la real necesidad de castigo para estabilizar los

prejuicios populares sobre la inevitabilidad de la pena para que exista cualquier sociedad.

Quisiera hacer un ejercicio diferente y pensar que en lugar de ver la responsabilidad, la idea del sujeto responsable como un fenómeno civilizatorio, más bien la idea de la responsabilidad penal es la crisis de toda cultura humana, pues en el origen de esta idea pretendidamente civilizatoria se encuentra el nacimiento de una sociedad bastante poco humana, esto es, la sociedad de clases.

La sociedad fundada sobre la desigualdad, dividida entre los que mandan y los que obedecen, es un nuevo tipo de sociedad bastante reciente; hace apenas cinco mil años que el hombre vive con autoridad y con ley penal. Durante cientos de miles de años la sociedad humana no necesitó para subsistir ni de autoridad, y menos aún de la idea de culpa y no porque en la sociedad "primitiva" no hubiera conflictos ni litigios. Cabe preguntarse entonces qué tipo de sociedad produce la necesidad de culpa. Cuando aparece efectivamente la ley, es decir una autoridad, un hombre nuevo aparece, es decir, un hombre que no se conocía con anterioridad, un hombre con capacidad de exigir obediencia. Aparece la ley como una obligación cuya violación genera una deuda, un merecimiento de sufrir un trato cruel: nace el hombre capaz de sufrir un castigo. En el pensamiento griego esto fue un cambio radical y tremendo porque irrumpió lo que muchos denominan la sociedad de la culpa, es decir, la condición por la cual una persona se ve obligada a sufrir trato cruel por parte de otro.

Esta fragmentación social hace nacer así el concepto de sujeto responsable porque se trata no sólo del nacimiento de una sociedad con ley sino precisamente de la ley como resultado de un nuevo tipo de sociedad, la sociedad de conflicto. No tanto porque en las sociedades igualitarias no existiera el conflicto, sino porque las sociedades de autoridad, en tanto sociedades de clase, el conflicto pasa a ser lo determinante, precisamente porque son sociedades fragmentadas entre los que mandan y obedecen. La idea de culpa moderna es el resultado de la transición de sociedades *con* conflicto a sociedades *de* conflicto. La sociedad de clases crea la noción de sociedad punitiva. Las sociedades "primitivas" eran "sociedades con castigo" pero no "sociedades de castigo", son también sociedades con sentimiento de culpa, como todo lo humano pero no era

sociedades de atribución autoritaria de la culpa, porque fundamentalmente estaban organizadas sobre la base de intercambios cooperativos y no conocían la desigualdad de trato, ni la obediencia, ni la explotación: eran como decía Pierre Castres "sociedades contra estado" y no simplemente sociedades "sin" estado.

El surgimiento del estado y por ende de la ley es lo que produce la idea de sujeto responsable porque una sociedad de conflicto necesita de la responsabilidad personal para castigar. El conflicto más allá de un límite (que es el que sobrepasa la sociedad de clases) no puede quedar librado a la idea de "destino" como responsable, menos aún al discurso de las determinaciones causales, es decir al saber científico. Es por eso que el discurso de los penalistas al fundarse en el doble mito de la pena y la culpabilidad es un discurso que cambia con las épocas pero no progresá, porque no tiende a la verdad y el conocimiento sino a la justificación y al compromiso con la sociedad de castigo. El saber de los penalistas es el mejor refugio para las más poderosas de las supersticiones: sin castigo no hay sociedad humana posible.

Esta idea de responsabilidad como merecimiento de pena está anudada a otro imaginario, a la representación de que la pena funciona en la sociedad para garantizar la existencia humana, que indica a su vez que no es posible imaginar sociedad sin pena, aunque la antropología política ya hace más de medio siglo definitivamente echó al basurero de las supersticiones ese dogma de la teoría política clásica. Mucho antes Malinowski había demostrado que las sociedades sin estado tampoco eran sociedades sin reglas. Sabemos a partir de Freud la importancia para la psique humana, pero también para la existencia misma de la sociedad humana la impronta de una regla fundamental, la de la prohibición del incesto, sin que por ello la sociedad primitiva haya necesitado para subsistir la emergencia de una organización autoritaria de la violencia. Repárese que para Freud soportar esta ley era condición necesaria para que la sociedad humana sea posible, pero el precio que los hombres y mujeres deben pagar por ello es un profundo malestar inevitable. Pero la ley penal al resultar de una división social arbitraria entre los que mandan y los que obedecen, es un plus de malestar, un excedente de sufrimiento y como todo lo arbitrario evitable. La ley del incesto, regla penal si se quiere para la sociedad primitiva puede tomarse como regla necesaria para la sociedad humana. La ley penal y, por

ende la idea de culpa sólo parece necesaria en la sociedad de clase, como la producción de mercancías para la ganancia es necesaria para la sociedad capitalista. Pero el poder punitivo no es condición de la sociedad humana, es condición únicamente de una sociedad dividida entre los que mandan y los que obedecen. Allí radica el origen trágico de la idea de responsabilidad.

Que se entienda bien. No son Roxin, ni Jakobs ni ningún otro penalista los responsables del borramiento de la construcción imaginaria del sujeto responsable (la más sofisticada elaboración fue realizada por Kant en la “fundamentación de la metafísica de las costumbres” y de esta fuente se alimenta la dogmática penal para sobrevivir de espaldas a los datos sociales). En todo caso el funcionalismo lleva la ficción de autodeterminación y la responsabilidad fundada en el “poder actuar de otro modo” al extremo de convertir este *a priori* directamente en necesidad de pena. La autodeterminación como invención imaginaria del acto incausado, de la acción humana desligada de cualquier determinación causal es el imperativo categórico que se encuentra en la base de toda culpa penal. En el fondo culpabilidad como reproche surge como una necesidad de la institución penal.

Pero como creo, no debe hacerse responsable al penalismo funcionalista del arrasamiento de la ficción del sujeto responsable. Este borramiento del sujeto humano autónomo aparece ya en las ciencias humanas cuando el hombre o lo humano, o la condición humana, no es vista como un reino independiente de la naturaleza. Es Spinoza el primero que en la modernidad, y en un libro sobre la ética, él que dice que la condición humana está determinada por leyes naturales. El hombre no es independiente a las reglas de la Naturaleza ni a las reglas de las determinaciones causales. Por supuesto toda ideología de la Ilustración y todo el pensamiento liberal científico también comienza a introducir una crítica materialista a la idea de libre albedrío, a la idea de sujeto humano autónomo: la condición humana no está encapsulada y protegida de la naturaleza. Como lo afirmara Castoriadis (que ya en la década del sesenta junto con toda una corriente cultural, con Foucault, con Althusser y el propio Lacan, toda una corriente cultural que fue denominada ‘antihumanista’) de las conclusiones de las prácticas clínicas y de los procesos ideológicos nada autoriza a declarar la existencia de un sujeto autónomo. Al contrario, esta crítica permitió decretar “la muerte

del sujeto”, es decir, la desaparición del sujeto humano en el sentido de que el sujeto humano no puede pensarse desde una naturaleza humana autónoma. El sujeto humano es un producto de la sociedad. Castoriadis lo dice así: es la sociedad la que hace al individuo que hace a la sociedad, con la condición de que ese individuo que hace a la sociedad, es también un fragmento de la sociedad. Es decir, el individuo como sujeto es una construcción imaginaria de diferentes discursos, del discurso médico, del discurso de la autoridad, del discurso psicoanalítico, del discurso estético. Por supuesto yo señalé que resulta extraordinario que todavía se pueda hablar de culpabilidad como libertad humana para sufrir una pena. Había planteado precisamente la idea de responsabilidad a partir de un principio, es decir, no podía pensarse la idea de sujeto responsable sino a través de un axioma, que es la idea de autonomía humana, de una acción incausada, de una decisión que no está determinada por otras causas, es decir, la decisión por la infracción, la decisión por la transgresión no reconoce ninguna determinación que la explique. Si la decisión por la acción injusta remite a otras causas que la explican, como las determinaciones inconscientes del psicoanálisis toda pena fundada en la idea del sujeto responsable se desmorona. No sólo los locos se hacen irresponsables.

Fundamentalmente es en el concepto de “consciencia” desde donde parte la ilusión de autonomía, que en la tópica freudiana se denomina con la palabra “yo”. Pero en la hipótesis psicoanalítica el “yo” convive en la psique con otras estructuras más complejas con el “ello” y el “superyó”. El “yo” es simplemente la relación de las pulsiones y los deseos inconscientes con la realidad, es decir, que el “yo” es el abogado entre la realidad y esos deseos, ese mundo enigmático y secreto que descubre Freud a través de las huellas que deja ese inconsciente en el síntoma, en el chiste, en el sueño o en la transgresión. Freud tiene precisamente un artículo muy poco conocido por los penalistas que se llama “Los que delinquen por sentimiento de culpa”. En este trabajo plantea lo siguiente: la culpa no es algo posterior al hecho injusto. Al contrario la culpa es la causa de la infracción. Tremenda cuestión para el problema de la autonomía de la voluntad. Para el derecho penal es inaceptable tratar esos casos como supuestos de inculpabilidad. Bueno, como la ciencia no trata de justificar la autoridad, sino de explicar y comprender una realidad, precisamente Freud descubrió en los casos clínicos que analizó la culpa no viene después del hecho ilícito sino que es la causa de la transgresión.

Pero la crítica más potente al "yo", a la conciencia como "gobierno" de la motilidad y que la filosofía kantiana eleva a la categoría de imperativo, esto es a la acción humana como causa incausada que permite hacer un juicio de reproche, tiene su origen en el descubrimiento más importante de las ciencias humanas : el descubrimiento del inconsciente. Freud descubre que ese fondo, ese subsuelo enigmático que es el inconsciente somete permanentemente a un vasallaje y a una servidumbre total al yo. Pero no solamente el inconsciente somete a la conciencia, sino también lo somete el "ideal del yo" o "superyó". No solamente el "yo" está esclavizado por los deseos inconscientes, por esas pulsiones inconscientes que Freud llamará "principio de placer", sino también la conciencia sufrirá el vasallaje, la servidumbre, la tiranía de una instancia muy severa y cruel que es el Superyo. Es decir que ya en el siglo diecinueve, fines del siglo diecinueve, principios del veinte, la idea de autonomía de la voluntad padeció su más importante crítica en el psicoanálisis. Ahora ustedes se pueden preguntar si esta muerte del sujeto autónomo que es la muerte de la idea de la responsabilidad penal es verdaderamente un antihumanismo o un paso necesario para la emancipación humana. Por desgarradora que pueda parecer la idea de una servidumbre del hombre a su inconsciente o como diría Lacan al "discurso del Otro" o la del dominio del hombre sobre el hombre, tanto el psicoanálisis como el marxismo constituyen la fuente de donde parten los golpes más profundos e irreversibles a los ideales de omnipotencia humana que se expresa en la idea de sujeto responsable para sufrir una pena.

Si el psicoanálisis y el marxismo puede considerarse las dos tradiciones más importantes sobre la condición humana lo son precisamente por sus visiones descarnadas del hombre y la sociedad como precio que debe pagarse para liberar al hombre de todo padecimiento evitable. Críticas feroces a la idea de autonomía de la voluntad, no para negar lo humano, sino para reencontrar lo humano en el deseo reprimido, para aflojar la tiranía cruel del "ideal del yo" y reducir todo cuanto se pueda el sufrimiento insoportable. También Marx que describió un sujeto alienado y dividido, sujeto de otro, convertido en mercancía y en sujeto a la obediencia, llegó a la conclusión, a la tremenda conclusión de que el sujeto humano no tiene naturaleza, sino que esa naturaleza es socialmente construida. Marx pensó en la superación de esa alienación, en la posibilidad de evitar el padecimiento social en la superación de la sociedad de clases como punto de partida y posibilidad de que desde

allí, desde una sociedad sin dominadores ni dominados emerge un nuevo sujeto, o mejor dicho u hombre no sujeto a otro.

En conclusión, esta situación de crisis del sujeto que aparece en la culpabilidad como prevención, no solamente aparece en el Derecho sino también, aparece en las ciencias humanas, pero ya no como justificación del poder, como justificación de la pena, sino como la posibilidad de crear las condiciones para la emergencia de una humanidad que se encuentre consigo misma. Para terminar quisiera llamar la atención sobre lo siguiente. Se cree en general que la culpa como reproche, de la autonomía moral tiene origen en Kant. Es decir que la idea de autonomía moral es una idea que proviene fundamentalmente de la tradición liberal. Ciento es que Kant se enfrenta en "La metafísica de la costumbres", y antes en "La fundamentación de la metafísica de las costumbres", también en "La crítica de la razón práctica" el problema de qué es la ley. No solamente qué es la ley, sino fundamentalmente, qué es la ley moral, es decir, ¿cuál es el fundamento de todas las leyes? Y fijense que para Kant pensar en la ley era pensar primero en la idea de libertad, porque la ley, sobre todo la ley del castigo, es una ley que obliga y solamente se puede obligar al que se entiende responsable, al que se entiende que pudo haber hecho otra cosa. Bueno, Kant se enfrenta con este problema y ya en esa época el mismo Kant, de quien se cree que derivan las teorías de la autonomía de la voluntad, es él mismo quien declara el fracaso de la idea de autonomía de la voluntad si a la voluntad humana se la trata como naturaleza, pues en ella gobiernan las determinaciones causales. Sencillamente predica que la idea de la autonomía de la voluntad no puede pensarse en las ciencias naturales, las ciencias naturales están gobernadas por otro conjunto de determinaciones causales. Solamente se puede pensar la idea de libertad en el ámbito del derecho. Y ¿por qué? Porque considera que la única idea de libertad, que él la llama 'trascendente y absoluta', es la de entregarse al servicio de la ley.

El único acto libre, decisivo a la hora de establecer el fundamento de la moralidad, el acto más glorioso de la idea de la libertad, es entregarse a la sumisión de la ley. ¿Por qué habrá sido así? ¿Por qué ese entusiasmo del hombre de entregarse a la idea de la ley? Porque en la época que escribe Kant y todavía hoy, pero mucho más en la época en que escribe Kant, se entendía a la ley como aquel fundamento que permite la vida en sociedad. Por eso la teoría política clásica señala-

ba a la sociedades sin estado como "sociedades salvajes" porque eran sociedades "sin fe, sin rey sin ley". Sin ley, y por supuesto sin ley bajo coerción, sin ley punitiva, la sociedad moderna es impensable. Bueno, es Kant precisamente, entonces, desde estas obras, el que dice radicalmente que el único concepto de libertad posible es a través de la sumisión a la ley. Por ello Lacan compara en un artículo a Kant con Sade. Y lo hace precisamente con tanta fuerza de convicción que la teoría liberal del derecho la asume como dogma. Como en el caso de Kelsen para la filosofía del derecho, pero también se asume como dogma por toda la cultura dogmática penal: donde domina una fe absoluta en la idea de que la coerción es inevitable para la coexistencia humana. Para terminar, querría señalar que en la única sociedad donde pena y culpabilidad son inevitables es en la sociedad dividida.

Muchas gracias.

# **CULPABILIDAD COMO LÍMITE A LA PENA (CO-CULPABILIDAD Y ESFUERZO POR LA VULNERABILIDAD)\***

*Gustavo Vitale \*\**

## **1. Agradecimiento y explicación previa.**

Ante todo agradezco a los organizadores de este congreso y fundamentalmente a Stella Maris Martínez, mi amiga de tantos años, por el esfuerzo invaluable que viene llevando a cabo —desde hace mucho tiempo— por el fortalecimiento de la defensa pública como herramienta de lucha por el sistema de garantías, cuya búsqueda contribuye, entre otros objetivos, a prestigiar la teoría penal y sacarla de ese pozo de desprecio en el que cae cada vez que a ella se la divorcia tanto de la práctica y, sobre todo, de las decisiones judiciales.

Han escogido para mi charla un título que, en realidad, me convoca, porque tiene vocación de generar una polémica ya entre nosotros mismos, como integrantes de este panel<sup>1</sup>. Para que no se malinterprete la crítica que voy a formular a quienes hoy cuestionan la co-culpabilidad y defienden la categoría de la culpabilidad por el esfuerzo por alcanzar una situación concreta de vulnerabilidad, quisiera dejar en claro, desde el comienzo, mi reconocimiento a Raúl Zaffaroni.

\* Se ha procurado conservar en el texto el lenguaje propio de la conferencia.

\*\* Profesor Titular de Derecho Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Facultad Nacional del Comahue. Defensor ante la Cámara en lo Criminal Segunda de Neuquén.

<sup>1</sup> El panel fue integrado por Alejandro Alagia, Luis Fernando Niño y el autor de esta nota.

Una alabanza que será (como suele suceder) el anuncio de una crítica posterior. La alabanza es merecida por su lucha incansable por la reducción del poder punitivo, por la apertura de mentes cerradas en el ámbito del derecho y, sobre todo, por la construcción de una teoría desde el margen, desde la realidad, una teoría que sirva para enfrentar el poder punitivo desde nuestras penosas e injustas realidades, sin ceñirnos a la importación de teorías construidas desde otros ámbitos, desde otras latitudes, que poco a veces se acomodan a nuestro sistema jurídico, en la medida en que proceden de lugares donde ni siquiera existe el control judicial de constitucionalidad de las leyes (una lucha que se aprecia claramente ya desde una de sus obras de lectura indispensable: “*En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*”)<sup>2</sup>. La obra de Raúl —complementada por la intervención de los dos Alejandros (Slokar y Alagia) en su *Derecho Penal, Parte General*—<sup>3</sup> la hemos seguido tomando como texto principal y, todavía lo hacemos, en los cursos universitarios de grado y posgrado.

Pero claro, como decía también, después de la alabanza viene la crítica, constructiva por cierto. Y ello se debe a que —en el tema que voy a tratar— no concuerdo con su postura, porque la categoría de la co-culpabilidad (que ya no defiende) me parece útil y, al mismo tiempo, la culpabilidad por la vulnerabilidad (que ellos postulan) es una categoría del concepto del delito que no sólo no entiendo bien (por sus márgenes de imprecisión) sino que —en la medida de mi entendimiento— tampoco comparto.

## 2. Importancia de la exigencia de culpabilidad como límite de la pena.

Sí, voy a defender la culpabilidad como límite de la pena y, en tal sentido, me parece que es de toda justicia haber acordado —en un congreso de garantías— un lugar para debatir, para repensar, si se quiere, a la culpabilidad como limitante de una reacción tan tremenda como es la pena estatal y, más que nada, la pena privativa de la libertad, que es la



<sup>2</sup> EDIAR, Bs. As., 1.989.

<sup>3</sup> EDIAR, Bs. As., 2.000.

hoy prevista para la mayoría de los casos —inclusive para aquellos demasiado disímiles entre sí—. Y me parece justa la elección del tema, tanto por las razones en las que se funda el principio de culpabilidad penal (cfr. apartado 3), como por la terrible violencia punitiva que se viene produciendo por el desconocimiento de la culpabilidad —como límite de la pena—, tanto a través de numerosos fallos judiciales, como incluso por medio de la propia elaboración teórica del derecho penal, al menos en una buena medida (cfr. apartado 9).

### 3. Razones y contenido de la culpabilidad.

Las razones en las que se funda el principio de culpabilidad son bien conocidas. Voy a dejar de lado la vieja idea de la culpabilidad psicológica, como dolo o culpa, como necesidad de responsabilidad subjetiva, que es un problema diferenciable, por lo menos, del que nos ha convocado en esta ocasión.

Centraré la atención, entonces, en la culpabilidad en sentido normativo; en una acepción si se quiere tradicional de la culpabilidad, pero con firme basamento constitucional.

Como decía, las razones en las que se funda la exigencia de culpabilidad son bien claras. La culpabilidad, como límite de la pena, es una consecuencia necesaria del principio de legalidad penal. El artículo 18 de la Constitución Nacional requiere, como presupuesto de la pena, una ley *anterior* que describa el delito y que describa la pena. Y si exige esa ley anterior, ¿para qué lo hace?, ¿con qué sentido la exige? Obviamente, se necesita de la ley penal anterior para que ella permita el conocimiento y la comprensión del delito y de la pena y, con ello, la posibilidad de contramotivación tanto en el precepto como en la sanción. Sin este presupuesto de la pena no tiene sentido el propio principio de legalidad penal.

De manera que la culpabilidad necesita de la posibilidad de contramotivación en el precepto y en la sanción; es decir, de la posibilidad de contramotivación en la ley penal, dejando de lado la pretendida diferenciación entre norma y ley penal, que yo creo que en algún aspecto produce confusión. La ley debe ser anterior para que pueda contra-

motivar. Es decir, el contenido central de la culpabilidad es la posibilidad de conocer y de comprender la ley penal; conocer y comprender lo prohibido y la pena que corresponde a la violación de esa prohibición. El juicio de culpabilidad es un juicio de exigibilidad de una conducta distinta a la realizada por el sujeto. Existirá la posibilidad de una conducta diferente cuando el individuo, además de haberse podido motivar en la ley penal anterior, haya tenido la concreta posibilidad de llevar a cabo una conducta distinta a la realizada. Esto último no sólo dependerá de la indicada posibilidad de contramotivación, sino a su vez de la cantidad y calidad de las circunstancias que condicionan la libertad. La culpabilidad requiere un mínimo de libertad exigible.

Si no hay libertad o el grado de libertad es mínimo —en función de los condicionantes— entonces no hay culpabilidad por el acto.

En suma, la culpabilidad es un juicio de exigibilidad que se formula al autor de un ilícito penal cuando éste ha tenido la posibilidad concreta de contramotivarse en la ley penal anterior (en el precepto o en la sanción) y cuando la cantidad y la calidad de los condicionamientos a su libertad le hubieran permitido obrar con autodeterminación; es decir, le hubieran posibilitado escoger entre la conducta realizada u otra diferente.

#### **4. Culpabilidad por el acto lesivo.**

Estamos hablando de una culpabilidad de acto y no de una culpabilidad de autor. El juicio de exigibilidad se dirige a la realización o abstención de una conducta y no a características de la persona o a cualquier otra cosa.

Estamos hablando de la culpabilidad por el “injusto”, por el ilícito, pero por el “injusto” o ilícito *real* y no por un “injusto” imaginario (propio de las teorías subjetivistas); estamos hablando de una culpabilidad por un hecho lesivo y además portador de todos los elementos sustanciales de todo ilícito penal o “injusto” (por un “injusto” que sea conducta, que la conducta sea propia, que sea realizada con dolo o culpa, que lesioné o ponga en peligro concreto al bien jurídico de un tercero, etc.). El juicio de exigibilidad no debe tener como objeto la sola creencia

del autor acerca de la concurrencia de todos los aspectos materiales del delito, sino también su concurrencia efectiva en el mundo real.

### **5. Necesidad de prueba de la culpabilidad.**

Esta libertad de elección en el caso *concreto* requiere de prueba en el proceso; es decir, habrá que probar en el juicio previo que el individuo —en la situación particular en la que actuó— tenía posibilidad de realizar otra conducta. Los condicionamientos a su libertad servirán, claro, para medir el grado de culpabilidad por el hecho e incluso para excluir la culpabilidad por el acto. En tal sentido, no hay culpabilidad si no se prueba que el autor de una acción típica y antijurídica tenía la posibilidad concreta de realizar otra conducta en la situación particular en la que obró.

### **6. Illegitimidad de cualquier pretensión de presumir la culpabilidad.**

De acuerdo con lo que venimos diciendo, no pueden haber presunciones de culpabilidad (es decir, si las leyes establecieran tales presunciones ellas serían constitucionales, porque afectarían el principio constitucional de presunción de inocencia, que manda a probar todos y cada uno de los presupuestos de la pena).

### **7. Legitimidad de las presunciones de no culpabilidad (los niños no punibles; el caso “García Méndez-Musa” de la CNCP y de la CSJN).**

Lo que puede haber, en cambio, son presunciones de *no culpabilidad*, tal como pretende presentarse el problema de la no punibilidad de los niños y adolescentes que no han cumplido determinada edad. Es decir, se dice que, antes de cierta edad, se presume *sin admitir prueba en contrario* que los niños no tienen capacidad psíquica de culpabilidad (no son imputables) y, por ende, se presume su inculpabilidad por la acción típica y antijurídica cometida. En verdad, es ése un problema de no punibilidad, como consecuencia de una decisión político-crílminal del

Estado y no propia o necesariamente una cuestión de reprochabilidad. De todos modos, es cierto que generalmente *se lo presenta como* un problema de falta de culpabilidad y, especialmente, de no imputabilidad. Lo que me interesa marcar aquí es que —sea que se lo presente como un supuesto de falta de punibilidad o ya antes de culpabilidad— es siempre posible y, además, legítimo presumir la *falta* de un presupuesto de la pena. Así como no podía presumirse la culpabilidad (ni tampoco la punibilidad), sí pueden establecerse supuestos de presunción de *no culpabilidad* o de *no punibilidad*.

Es lo que ocurre (para el discurso generalizado) con el “régimen penal de la minoridad” argentino (proveniente de la última dictadura militar, “ley” 22278 del año 1980) que presume la no culpabilidad (para nosotros la no punibilidad) de los niños que no han cumplido los 16 años o, para algunos casos, que no han cumplido los 18.

Lo cierto es que, más allá de la ilegitimidad del aludido régimen autoritario de menores (que se sustenta en un discurso hipócritamente “protector”), es acorde a la Convención Internacional sobre Derechos del Niño la fijación de una edad mínima de punibilidad (pues, para la propia Convención, es obligatorio para los estados “el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales” (Cfr. art. 40, 3, a). Adviéntase que la citada convención internacional hace alusión a la falta de capacidad de los niños, antes de cierta edad, para infringir las leyes penales, lo cual pareciera concebir la fijación de dicha edad mínima como una presunción de derecho de *no culpabilidad* penal. Sea como sea, de todas maneras, es constitucionalmente legítimo presumir la no culpabilidad o la no punibilidad (a diferencia del caso inverso).

Si nuestra legislación de niños establece una presunción de no culpabilidad (o de no punibilidad) hasta cierta edad, es claro que los niños que no cumplen la edad mínima (16 o 18 años, según sea el caso) no pueden ser ni estar privados de su libertad. Ello es demasiado claro, pues, de otro modo, estarían cumpliendo pena privativa de libertad sin hecho punible que la habilite.

En el sentido indicado, es inentendible que la Corte Suprema de Justicia de la Nación haya revocado un fallo ejemplar de la Cámara

Nacional de Casación Penal —de la Sala III— que ordenó la libertad progresiva de los niños no punibles que hoy permanecen tristemente “institucionalizados” (me refiero al caso “García Méndez, Emilio, y Musa, Laura Cristina”, s/causa nº 7537, de la CSJN, del 2 de diciembre del 2008; y al mismo de la Sala III de la CNCP del 11 de diciembre del 2007). De ese modo la Corte Suprema se ha perdido la posibilidad de obrar en forma consecuente con la normativa nacional e internacional que demandan el respeto a la exigencia de culpabilidad como límite de la pena (aunque para nosotros, como dijimos, no se trate propiamente de un problema de culpabilidad). Se ha perdido la ocasión histórica de liberar a muchos niños no punibles que, aunque parezca mentira, se encuentran hoy privados de su libertad.

El encierro de niños no punibles (para los que plantean el tema de la edad mínima de punibilidad como un aspecto de la culpabilidad) es un supuesto en el que no hay incluso culpabilidad por el hecho, pues el nefasto “régimen penal de la minoridad” no establece siquiera un juicio previo y justo, con garantías individuales, sobre la base del cual deba probarse hecho alguno como condición previa a la privación de libertad como modo de “disposición” de niños. No hay debido proceso legal y, por ende, hay pena sin comprobación de un hecho del modo que requiere la normativa suprema. Hay pena sin delito; sin hecho punible. Hay niños penados en base a una norma de menor jerarquía que lo permite a pesar de considerarlos no punibles (¿?).

Si el fallo de la Sala III de la Casación Nacional es criticable lo es, en todo caso, por una razón inversa a la invocada por la Corte Suprema; es decir, resulta objetable por la excesiva prudencia que la llevó a disponer la libertad sólo *progresiva* de tales niños, cuando la única decisión judicial que se impone en un Estado Constitucional de Derecho es la *liberación inmediata de los niños no punibles*. Es que se trata de niños cuya libertad se había ordenado en base a la citada presunción legal de no culpabilidad (o de no punibilidad) y no pudo cumplirse porque fue revocada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entre otras cosas, para que no los maten afuera (como dijeron algunos de los jueces de la Corte en declaraciones públicas posteriores al fallo). Sobre este aspecto, el texto del aludido fallo de la Corte, en tal sentido, expresa que la libertad de tales niños no punibles dispuesta en forma progresiva por la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal constituye una “me-

dida de alcance general... que, con el sincero espíritu de creer mejorar la situación ya grave,... la..." favorece "y —eventualmente— *en la práctica lleva a la vulneración de los derechos que intenta proteger*". Ello lo sostuvo a pesar de reconocer que tal privación de libertad ha sido ordenada sobre la base de "leyes que, basadas en la anacrónica situación irregular, limiten los derechos, libertades y garantías de los niños". Esta decisión de la Corte Suprema generará, sin duda, responsabilidad internacional del Estado argentino<sup>4</sup>.

### **8. Culpabilidad y Dignidad Humana**

Habilitar pena sin culpabilidad, así entendida, implica exigir conductas imposibles; importa lesionar la dignidad humana, al requerir comportamientos que nadie está dispuesto a realizar y que, por ende, no le son razonablemente exigibles a nadie.

### **9. Consecuencias del desconocimiento de la culpabilidad como límite de la pena**

Las razones de la exigencia de culpabilidad, como se vio, son bien claras. Resta ahora tratar las consecuencias de la violación a la culpabilidad, las que, por conocidas, no debe entenderse que han sido objeto de una debida comprensión. Como dijo Luis Fernando Niño, en este mismo panel, la culpabilidad no sólo exige posibilidad de *conocimiento* sino, además, posibilidad de *comprensión* de la criminalidad de los actos. Pareciera que la gente *conoce* las tremendas consecuencias que producen las violaciones a la exigencia de culpabilidad como límite de la pena, pero da la impresión que no hay idéntica *internalización* de los efectos altamente lesivos que viene produciendo el desconocimiento de tal presupuesto constitucional para la imposición de una pena. Corresponde enjuiciar aquí a parte de la teoría penal y, de la mano de ella, a parte de la doctrina y jurisprudencia, en la medida en que admiten la imposición de penas sin culpabilidad.



<sup>4</sup> De hecho, por ese fallo el 2 de junio del 2009 ha sido interpuesta una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado argentino.

No estoy hablando, como decía, de vieja concepción psicológica de la culpabilidad; esto fue aclarado al comienzo (por lo cual dejaré de lado las violaciones al principio constitucional de responsabilidad penal subjetiva, que requiere dolo o, al menos, culpa, como presupuesto de la pena).

### **9. 1. Medidas de seguridad para culpables.**

Si pensamos en la previsión legal de penas o de medidas de seguridad por la “peligrosidad” y no por la culpabilidad así entendida, que todavía tenemos en el Código Penal argentino, podemos advertir una primera vulneración de la exigencia de culpabilidad como límite de la pena.

Aquí sí hay que rescatar un fallo muy importante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso Gramajo, que ha declarado la inconstitucionalidad de la monstruosa reclusión accesoria por tiempo indeterminado, como accesoria de la última pena; es decir, no es legítimo imponer una pena desproporcionada con el hecho (y desconocedora de la exigencia de culpabilidad por el hecho), por tener el autor cierta cantidad de condenas anteriores con pena cumplida, total o parcialmente. En rigor, el artículo 52 del Código Penal entiende peligroso al autor de un hecho no por el acto cometido, sino por haber sido antes condenado y por haber cumplido antes determinadas penas. Por eso, en base al tremendo texto del artículo 52 del Código Penal, se permite la imposición de penas carcelarias indeterminadas sin importar para nada la gravedad del injusto que haya cometido el autor. Conozco un caso de un pobre hombre, en el interior de la provincia de Neuquén, que se apoderó de un chivo ajeno y, como tenía varias condenas anteriores, le impusieron, además de la pena por el chivo (una pena obviamente corta), la reclusión accesoria por tiempo indeterminado por los antecedentes; ¡le salió demasiado caro el hurto del chivo!, pero no por su mayor culpabilidad normativa, no por la culpabilidad por el hecho, ¡no!; lo que se le reprochó —al imponérsele la reclusión accesoria por tiempo indeterminado— fue lo que había hecho antes, su “peligrosidad”; esta disposición legal ( contenida en el artículo 52 del Código Penal) contempla un caso de pena sin culpabilidad del autor por el hecho cometido. Es una manifestación del reproche a la “peligrosidad” o una forma de la ilegítima culpabilidad de autor y no por el acto cometido.

Las vidas humanas que se ha cobrado este instituto en Argentina hacen que sea sumamente valioso volver a reflexionar sobre el contenido de las garantías penales que, como la culpabilidad, a veces parecen tan superadas pero, en verdad, en la práctica penal todavía se siguen desconociendo en buena medida. Todavía existen intentos de legitimación de penas *sin culpabilidad* o por la "peligrosidad". Y, si no, pensemos en la tesis *peligrosista* que pretende fundar la llamada "prisión preventiva" en el denominado "peligro procesal" (y así es como se termina encarcelando sin juicio previo al "peligroso" procesal: al individuo amenazado de prisión durante el proceso respecto de quien se pronostica que, en libertad, se fugará). Encima de aplicarse una pena carcelaria sin juicio previo, se lo hace en función de la "peligrosidad" para los fines del proceso penal (es decir se utiliza la libertad humana como medio para el cumplimiento de fines estatales). Ésa es otra manifestación del peligrosismo.

### 9. 2. Agravamiento de pena por "reincidencia".

Al mismo tiempo, la gran mayoría de la jurisprudencia argentina —no la gran mayoría de la doctrina— viene violando sistemáticamente el principio de culpabilidad cuando toma en cuenta la "reincidencia" para aumentar la pena que corresponde aplicar en cada caso concreto, para negar libertades condicionales o bien para aplicar la ilegítima reclusión accesoria por tiempo indeterminado. Ello sucede porque la reincidencia, la reiteración, la habitualidad, la profesionalidad, o como se denominen a estos fenómenos análogos, lo que está mostrando es una disminución del ámbito de autodeterminación humana; lo que pone en evidencia es, en verdad, un menor margen de libertad y nunca a la inversa. Quien es un tozudo, que siempre comete delitos, en realidad lo que trasluce es que nunca se contramotiva en la norma; cumple una pena y, no obstante ello, sigue cometiendo delitos. Es una persona que tiene *menor* libertad de decidir entre delinquir o no; es alguien que, en relación a un "primario", tiene más condicionada su libertad por esas condenas anteriores. Esta es una cosa clara. El plus punitivo que significa el impedimento de la libertad condicional al reincidente (artículo 14 del Código Penal), el aumento de la pena como pauta individualizadora del artículo 41 del Código Penal o la habilitación de la reclusión accesoria por tiempo indeterminado del artículo 52 son, todos, agravamientos de la pena *por lo que el individuo hizo antes, por cuestiones que hacen a*

*su persona y no relativas al acto que realizó y por el cual es juzgado;* es decir, el fundamento de ese aumento de pena no es la mayor capacidad de autodeterminación al momento del hecho juzgado, sino su situación de vida anterior. Se lo pena más severamente por lo que hizo en otra época de su vida, que dio lugar a una condena anterior, a que cumpliera una pena anteriormente —la que ahora se pretende hacer revivir para hacerle cumplir la pena en forma mucho más severa que el no declarado reincidente—, sin importar que a lo mejor el hecho por el cual fue declarado culpable y por el cual debe cumplir la pena puede ser un hecho notoriamente *menos* grave que el que comete alguien no reincidente y que, por eso —sólo por no ser “reincidente” para la ley— va a tener posibilidad de cumplir parte de la pena carcelaria en libertad condicional.

### **9. 3. Desconocimiento del efecto excusante del “error de derecho”.**

Adquiere también su importancia el desconocimiento del carácter excusable del “error de derecho” o del “error de prohibición directo”, que se viene produciendo sobre todo en ciertos ámbitos de nuestra jurisprudencia. Son éstas también manifestaciones de desconocimiento del principio de culpabilidad por el hecho, que vienen teniendo lugar sobre la base de distintas argumentaciones, totalmente ficticias, como es el caso de la falsa presunción de que todos conocemos el derecho, lo cual es algo totalmente engañoso e imposible de presentarse en la vida real.

Yo valoro mucho los esfuerzos de interpretación de la ley penal que ha hecho Raúl Zaffaroni para entender incluido el error de derecho en el texto del artículo 34 inc. 1 del Código Penal argentino. Él ha sostenido, palabras más, palabras menos, que el artículo 34 inc. 1 de nuestro código penal (al prever como supuesto de no punibilidad el caso del “error o ignorancia de hecho no imputable”) admite el error de hecho o de derecho y la ignorancia de hecho, pues la ignorancia de derecho en rigor no es mera ignorancia sino que es siempre un supuesto de error. Yo valoro esa interpretación, como decía, porque sirve como un intento de reducción de la irracionalidad del poder punitivo que conocemos, pero no porque crea que ése sea el esquema de nuestra ley penal. En verdad, es la normativa *suprema* la que no admite la pretendida inexcusabilidad del error sobre las normas. Es decir, lo importante aquí es respetar siempre la elaboración de una teoría penal a partir de la ley *suprema* y no tomando como base sólo las manifestaciones normativas del poder

constituido. Para construir una dogmática penal debemos partir siempre de los principios supremos, de las garantías constitucionales, a cuyo respeto convoca el presente congreso. Lo trascendente en nuestro caso es rescatar que cualquier situación (y, por ende, también el supuesto del error en la ley, en la norma, en el derecho, el error de prohibición directo –o como se los quiera llamar–) siempre debe excusar si ha provocado en el caso concreto una exclusión de la posibilidad de contramotivarse en esa ley penal anterior (o si esa posibilidad es ínfima o, por alguna razón atendible, resulta inexigible una conducta diferente). Es el principio constitucional de culpabilidad (antes que el texto de la ley penal) el que exige, en este caso, la exclusión de la intervención punitiva del Estado por falta de exigibilidad o de reproche.

#### **9. 4. Desconocimiento del efecto excusante del “error de prohibición vencible”.**

Lo mismo ha ocurrido y viene sucediendo con la discusión sobre el efecto que debe reconocerse a los casos de error vencible de prohibición (uno de los temas que, en forma entendible, ha creado serios problemas a la dogmática penal).

Sin embargo, lo que me llama la atención es que se propicie que el error de prohibición vencible sólo deba ser considerado como una circunstancia atenuante, pero dentro de la escala penal que la ley establece para el delito doloso. Y me sorprende que esto lo sustente, incluso, gente tan valiosa como Raúl Zaffaroni, porque ello es lo mismo que desconocerle directamente todo efecto excusante. Es decir, si alguien que obra con error de prohibición vencible recibe la misma pena que otro que —en análogas circunstancias— no actúa con ese error, es porque al error no se le reconoce consecuencia alguna. Si alguien mata dolosamente con error de prohibición vencible y otro hace lo mismo pero sin error alguno, la imposición del mínimo penal de ocho años para ambos indica que la reducción del ámbito de libertad del primero, respecto del segundo, terminó siendo penalmente irrelevante.

La teoría penal ha discutido mucho este problema, al punto que no puede desconocerse la existencia de varias posturas al respecto. Como es sabido, para la llamada *teoría del dolo* debe aplicarse en este caso la pena del tipo culposo, si existiera, y, en caso de no existir, se

tratará de un caso de no punibilidad. La denominada *teoría de la culpabilidad* propone, en cambio, aplicar la escala penal del tipo doloso y considerar al error de prohibición vencible como atenuante dentro de esa escala (salvo para la versión *limitada*, que, a diferencia de la anterior —de la denominada *estricta*— propugna tratar a ciertos casos de error de prohibición como si fueran errores de tipo y, en consecuencia, si son vencibles manda a aplicar la escala penal del tipo culposo sólo si existiera en la ley el tipo culposo correlativo —a diferencia de algunos que, como Enrique Bacigalupo, han propuesto aplicar de todos modos la escala de la tentativa ante la inexistencia del correlativo tipo culposo, lo que conduce a violentar el principio de legalidad penal con el invocado objetivo de llenar supuestos “vacíos” de punibilidad—).

Lo cierto es que, en estos supuestos, la sola existencia de un debate jurídico serio sobre esta cuestión hace aplicable el criterio establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, según el cual ante varias interpretaciones posibles debe optarse por la que reconozca mayor ámbito de derechos del ser humano frente al Estado, en virtud de los principios *pro homine*, de *ultima ratio* o de interpretación restrictiva [Cfr. CSJN, en los casos Acosta y Norverto, en los que aceptó la tesis amplia en materia de suspensión del proceso penal a prueba.

Dijo allí la Corte que: “el *principio de legalidad* (art. 18 de la Constitución Nacional) 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 la *ultima 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” (CSJN, Causa “Acosta, Alejandro Esteban s/infracción art. 14, primer párrafo, de la ley 23.737 - causa N° 28/05” S.C.A. 2186, L.XL, del 23 de abril del 2008; Causa “Norverto, Jorge Braulio s/infracción artículo 302 del C.P.” S.C. N. 326; L.XLI.). En otras palabras, siempre que haya varias alternativas posibles de interpretación de la ley penal hay que escoger la más limitativa del poder punitivo. De esta manera, no encuentro razón por la cual no se deba aplicar el artículo 35 del Código Penal para los casos de error de prohibición vencible y tratar esos casos, entonces, con la pena del tipo culposo sólo si existiere en la ley penal un tipo penal correlativo. Al contrario, el artículo 35 del Código Penal debe aplicarse ya sea que contemple o no contemple su-

puestos de error vencible de prohibición, pues existen posiciones bien fundadas que así lo sustentan, por tratarse de un tema sumamente discutible. Al respecto, cabe señalar que los que se oponen a la aplicación al caso del artículo 35 del Código Penal (debido a la preocupación por no convertir, de esa manera, un hecho doloso en culposo) desconocen que el artículo 35 del Código Penal —sobre el exceso en la necesidad— precisamente conduce a la aplicación de la escala penal del delito culposo, sin por eso variar la naturaleza de dolosa de la acción.

De manera que ya hay una manifestación legislativa (que es el artículo 35 del Código Penal) que, para un hecho doloso, manda a aplicar la escala penal de la culpa, lo cual es perfectamente asimilable a un error de prohibición vencible para la teoría de la culpabilidad estricta por lo menos, según la cual el error de prohibición no elimina el dolo, sino que sigue tratándose de un hecho doloso, para el cual corresponderá aplicar, por imperio del citado artículo 35, la escala punitiva de la culpa, si es que existiera tipo culposo.

#### **9.5. Desconocimiento del efecto excusante del “error de punibilidad”.**

Al mismo tiempo, parte de la teoría penal viene desconociendo el efecto excusante del error de punibilidad, como si la ley anterior no estuviera compuesta por la amenaza de pena (como si, por aquella distinción entre ley y norma, que muchos hacen, lo único que estaría dirigido al individuo, al ser humano, fuera la norma no integrada con la amenaza penal, de tal manera que con un fundamento cercano a los argumentos de la moral pretendan plantear o caracterizar la norma penal como una orden pura, no motivada y especialmente no motivada por la amenaza de la pena). Por el contrario, creo que la motivación que con la ley penal puede producirse (o que, por lo menos, no puede descartarse la posibilidad de que se produzca) no sólo se debe ceñir a la motivación por el precepto, sino también a la motivación por la pena. De manera que al error de punibilidad (ya sea que se lo trate como uno de los casos de error de prohibición o bien que se lo considere como un supuesto autónomo de error) debe serle reconocido el efecto de eliminar la culpabilidad —o la punibilidad— cuando es invencible y el de disminuir la culpabilidad —o la punibilidad— en los casos de vencibilidad (con el alcance que recién señalamos para el error de prohibición vencible).

### 9.6. Reducción ilegal del alcance del estado de necesidad disculpante.

Al mismo tiempo, entre los ejemplos de violación al principio de culpabilidad por el hecho, uno de los mayores efectos lesivos que se vienen produciendo en la práctica judicial es consecuencia del descognimiento de la innecesariedad legal, para el estado de necesidad disculpante, de la falta de provocación de la situación de inculpabilidad. Es decir, suele limitarse el estado de necesidad disculpante del artículo 34 inciso 2 de nuestro código penal (“el que obra bajo amenazas de sufrir un mal grave e inminente”) a los casos en los cuales esa situación no fue provocada por el imputado.

En verdad, no se entiende de dónde sacan tal requisito, porque la ley no lo requiere de ningún modo. La ley penal establece, sí, para que concurra el estado de necesidad justificante (del artículo 34 inciso 3, del Código Penal), que el que causa un mal para evitar otro mayor e inminente debe ser extraño al mal que produce (“a que ha sido extraño”, dice el texto legal). Pero esa falta de provocación no es un requisito legal del estado de necesidad disculpante del artículo 34 inciso 2 del mismo código.

No obstante la claridad del texto legal argentino en este punto, demasiado a menudo se viene exigiendo —en contra de la ley— la falta de provocación culposa de la situación de culpa para poder eliminar la culpabilidad por esta causal.

Un caso conocido es el del amante de la mujer que, mientras mantiene relaciones íntimas con esta última en la casa matrimonial, es sorprendido por el marido cuando vuelve a la vivienda antes del horario habitual. El amante y la mujer, por supuesto, en el presente caso obraron con clara negligencia, ya que, en vez de encontrarse en otro lugar, se quedaron en el domicilio matrimonial y en horario laboral del marido. Si, entonces, llega el marido a buscar la billetera que se olvidó y, cuando se encuentra con esa escena, ataca al amante con un hierro en la mano diciendo que lo va a matar y al amante no le queda otra posibilidad que defender su vida matando al marido, por más que haya provocado la situación culposamente no le podemos exigir al amante que ponga su pecho ofreciendo su vida debido a su proceder culposo anterior. No estoy hablando del supuesto en el que tenía otra posibilidad de defensa menos lesiva; este último no sería un caso de inculpabilidad. Pero si la

única posibilidad del amante era defender su vida matando al agresor, el derecho no le puede exigir conductas heroicas (como sería el sacrificio de su vida por haber generado culposamente esa situación).

Lo mismo le pasa al ladrón que, por estar robando, no puede exigírselo que entregue su vida frente al ataque mortal de la víctima de su robo. No es razonable exigirle, en ese caso, que diga a su víctima "yo estoy robando y, por eso, mátame" (?). ¡No! Su vida también tiene valor en ese caso (y el mismo valor que la vida de su víctima agresora), por lo que no le es exigible una conducta distinta, aun cuando provocó la situación, mientras no haya tenido otra alternativa que defenderse matando.

Claro, lo que me preocupa, de todas maneras, es el caso de aquellas posturas que pretenden separar el momento en que alguien mata en estado de inculpabilidad del momento anterior en el que se colocó culposamente en dicho estado, para sostener que, si bien no puede condenárselo por el homicidio cometido *dolosamente* en estado de inculpabilidad, hay que condenarlo por el mismo hecho cometido antes por culpa (?). Pero, entonces, le vamos a reprochar la provocación culposa de la muerte causada con dolo y lo vamos a condenar por homicidio culposo (por haber mantenido relaciones íntimas en el domicilio matrimonial siendo objetiva y subjetivamente previsible que el marido volviera y reaccionara en forma violenta, en un caso, o porque, cuando entró a robar, con armas o no, le era previsible que podía desencadenarse esta situación, en el otro). Me preocupa que se proponga penalizar por un homicidio culposo cuando lo que el autor llevó a cabo fue un homicidio doloso en forma inculpable.

Esa postura generalizada constituye una manera sutil de violar el principio de culpabilidad por el hecho, porque entonces el individuo que, en esa situación, no tenía otra alternativa que matar dolosamente en forma inculpable, sería penalizado de todas maneras. Sería punible a pesar de no haber tenido otra chance de acción (en los ejemplos dados la acción que causó la muerte fue sólo la efectuada con dolo y en estado de inculpabilidad). La única solución legal, para esos supuestos, es la absolución por inculpabilidad de su obrar doloso. En relación a los casos dados hay otra cuestión que suele ser pasada por alto y es lo que se conoce como la vieja teoría de la llamada "concausa", que sería

una nueva causa que se suma a la anterior pero que, en rigor, es la que produce directamente la afectación al bien jurídico propia de la tipicidad, desplazando entonces a la primera causa. En nuestros ejemplos, además del hecho culposo provocador de la situación de inculpabilidad, existe una intervención dolosa inculpable posterior, que es la que mejor explica el resultado muerte. Para decirlo en términos más modernos, la concurrencia de la segunda causa del resultado típico (una causa independiente de la primera, que produce en forma directa el resultado contenido en el tipo) impediría regresar a la anterior y se convertiría en la única causa penalmente relevante. Sería una aplicación de una de las pautas de imputación objetiva (como complemento de la causalidad física) conocida como "prohibición de regreso". De acuerdo con ella, si alguien mató dolosamente a otro, no se le puede imputar la misma muerte a una acción anterior culposa (ya sea del mismo autor o de un tercero), cuando la que mejor explica la muerte es la última.

En definitiva, hay aquí un problema raro, porque *la misma muerte* se la quieren imputar a dos acciones *de una misma persona*, pero, en realidad, la que la causó directamente es la dolosa y no la culposa anterior, por lo cual debe juzgarse el caso como un supuesto de inculpabilidad de la acción dolosa posterior (quedando prohibido, entonces, regresar para imputarle otra acción propia que podría haber causado el mismo resultado que la segunda).

#### **9.7. Desconocimiento del carácter indicativo de los mínimos de las escalas penales.**

También se viene lesionando el principio de culpabilidad de una manera terrible a través del desconocimiento del carácter meramente indicativo (y no siempre obligatorio) de los mínimos de las escalas penales. Ello viene dando lugar a la imposición de penas carcelarias tremendas, lo que en nuestra realidad operativa constituyen severas violaciones a los derechos humanos. Conozco el caso de un tribunal argentino (aunque es posible que hayan muchos más) que sistemáticamente condena a penas carcelarias menores al mínimo legal, precisamente por la irrazonabilidad de muchos de los mínimos en los casos concretos que llegan a juzgamiento. Es más, suele condenar a penas menores al mínimo legal a pesar del acuerdo de partes en sentido contrario. Es el caso de ~~uno~~ los tribunales orales de Necochea, que ha resuelto juzgar al

prójimo con racionalidad y de acuerdo a las exigencias de las normas supremas, antes que a los dictados de la legalidad inferior y coyuntural (lo cual es demasiado ponderable en una Argentina que vive legislando en invocadas situaciones de "emergencia", habiendo convertido el Código Penal Argentino en un verdadero mamarracho plagado de incoherencias que sólo pueden ser corregidas, de algún modo, con decisiones como las referidas, que constituyen un ejercicio real y efectivo del poco cumplido deber judicial de controlar la constitucionalidad de las leyes). En relación a ello, no corresponde otra cosa que homenajear a sus integrantes y, en particular, a mi querido amigo Mario Juliano, por su tenaz lucha cotidiana por la disminución de la irracional violencia inequitativa repartida por el aparato punitivo estatal. Mario Juliano es uno de los jueces ejemplares que nos muestra, todos los días, que la teoría jurídico-penal se hace para ser aplicada (y no para ser repetida como una entelequia que puede quedar muy bien, pero que existe más que nada en el discurso).

Si la teoría penal se construye, pero luego no se la aplica en los casos concretos, cae en un pozo de des prestigio difícil de revertir y pierde toda credibilidad, dejando de servir como un verdadero instrumento de lucha para alcanzar un mundo al menos en algo mejor.

Y si el principio de culpabilidad está llamado a establecer un límite máximo a la imposición de la pena, entonces podrán justificarse los máximos de las escalas (a menos que sean tan desproporcionados y excesivos como el máximo de 50 años vergonzosamente establecido por el artículo 55, 2º párrafo, del Código Penal reformado por ley 25.928, del año 2004, como consecuencia de la concepción represiva que siguió el movimiento de Blumberg en Argentina). Sin embargo, lo que no pueden justificarse son los mínimos de las escalas penales. Esto lo ha dicho, con toda claridad, Alberto Binder, en su impecable *Introducción al derecho penal*<sup>5</sup>, en la que ha señalado —con toda corrección— que "el establecimiento de un mínimo de pena implica establecer una presunción de un determinado grado de culpabilidad y toda presunción de culpabilidad está

---

<sup>5</sup> Ad-Hooch, Bs. As., 2.004.

prohibida por el principio que estudiamos. Por lo tanto, los jueces así como están obligados a realizar un discernimiento fundado del grado de culpabilidad no están obligados a aplicar la presunción de culpabilidad que implica el establecimiento de mínimos obligatorios en las escalas de pena. Aquí el legislador ha excedido su competencia y ese mínimo puede cumplir una función indicativa pero nunca obligatoria” –p. 252–. Los mínimos legales, aplicados en los casos concretos, pueden sobrepasar muchas veces la pena indicada por el grado de culpabilidad y, por ende, por la necesaria proporcionalidad de la pena con el grado de culpabilidad normativa. Por ende, no es sólo *posible* la imposición de penas por debajo del límite mínimo establecido en la escala penal prevista en abstracto en la ley, sino que es *obligatorio* cuando el juez —en el caso concreto que es objeto de su decisión— comprueba un grado de culpabilidad normativa inferior al expresado en el mínimo legal de la escala.

#### 10. La Co-culpabilidad.

Existe en la práctica (e incluso en parte de la teoría) un descubrimiento de la co-culpabilidad, un instituto que desde mediados de la década de 1.980 defendió tenazmente mi amigo Luis Fernando Niño (en la Revista Mexicana de Justicia)<sup>6</sup>. Esta defensa lleva ínsita la idea de justicia en el cumplimiento de las políticas públicas por parte del Estado. Precisamente por ello podríamos aludir a ella como la *co-responsabilidad estatal* por los márgenes de incumplimiento estatal de las políticas públicas. Es que se trata, justamente, de repartir responsabilidades en aquellos ámbitos en los cuales el Estado no ha cumplido con los deberes a su cargo y ha mantenido a sectores de la comunidad sin satisfacer necesidades básicas suficientes y, por ende, sin incorporar a su estructura personal lo que es una obligación en materia de salud, de alimentación, de educación, de vivienda, etc. Por ende, el Estado debe cargar con esas cuotas de responsabilidad por tal incumplimiento o, en tal caso, por el cumplimiento desigual de sus políticas básicas. De este modo, el reproche

<sup>6</sup> Procuraduría General de la República, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Instituto Nacional de Ciencias Penales, nº 4, Vol. V, octubre-diciembre de 1.987.

de culpabilidad que se formula al autor de un ilícito penal debe considerarse reducido en muchos casos, hasta desaparecer en algunos otros, en la medida en que aquellos márgenes de incumplimiento tornen menos exigible o directamente inexigible una conducta individual diferente.

Igualmente, los efectos de la co-culpabilidad (o de la co-responsabilidad estatal) van más allá de la disminución o exclusión de la culpabilidad por la exigibilidad, extendiéndose incluso al momento de la punibilidad, que es una categoría del concepto del delito que hay que defender en cuanto restringe la punibilidad a los casos en los que la respuesta punitiva concreta prevista en la ley encuentra alguna justificación explicable para el caso concreto. También juega su papel en el ámbito de la determinación de la pena y, al mismo tiempo, hasta la etapa de ejecución penal, que es el momento en donde más claramente se percibe el incumplimiento de las políticas públicas en materia carcelaria.

El profesor Luis Fernando Niño, en la obra citada, deja en claro que la co-culpabilidad “no puede tratarse de una mera cuestión de individualización de la pena” y brinda ejemplos en los que la co-culpabilidad produce sus efectos disminuyendo o excluyendo la culpabilidad (ya sea por conducir a un deficiente desarrollo de las facultades psíquicas del individuo —por “carencias alimentarias debidas a la miseria de su grupo social... y a la ausencia de asistencia social supletoria”—, a un error de prohibición —“motivado en factores socioculturales”—, a un estado de necesidad disculpante —“en virtud de su pobreza y falta de posibilidades de promoción social”— o directamente a un supuesto de inexigibilidad de otra conducta —por la “deficiente introyección de las pautas ético-sociales generales” derivadas “de su situación de heteronomía cultural”—).

Mientras por exigencia constitucional “las cárceles deben ser sanas y limpias”, etc. etc...., existen decisiones judiciales que pretenden desconocer derechos del condenado (como la libertad condicional) porque el individuo tuvo “mala conducta” o no se adaptó al “régimen carcelario”. ¿Quién no va a tener mala conducta en estos lugares? ¿Quién puede sanamente adaptarse al régimen que se aplica en nuestras pocilgas carcelarias reproductoras de violencia? El que tiene “buena conducta” o “buen concepto” para la autoridad carcelaria, generalmente despierta sospechas de tratarse de un “buchón” o de alguien que no pone dema-

siado en práctica los principios de solidaridad con los demás presos que sufren el abandono y la desolación propia de nuestras cárceles, del ocio y de la postración humana. Es que la cárcel pone en evidencia el incumplimiento de las políticas públicas en materia criminal, generando importantes cuotas de resentimiento y resistencia de los sectores allí oprimidos.

Esta categoría también fue defendida, desde antes, por Raúl Zaffaroni (en su *Política criminal latinoamericana. Perspectivas – disyuntivas*)<sup>7</sup>. Allí sostuvo que “no puede cargarse al hombre con el reproche por las posibilidades que la sociedad no le ha brindado. Es la sociedad quien debe cargar a este respecto con la parte del reproche que le incumbe” (p. 171). “En la medida en que reconoczamos las desigualdades de posibilidades internas y descarguemos al hombre de la culpabilidad que no le corresponde y la pongamos a cargo de la sociedad, ese derecho penal no podrá ser un instrumento de dominación”.

Así, podría decir que del respeto y reconocimiento de este principio prácticamente dependerá cada día más la existencia toda de un derecho penal liberal en el mundo. Su desconocimiento hará de la culpabilidad una ficción y, consiguientemente, del derecho penal un manejo arbitrario que se irá desplazando por la senda de la fuerza hasta perder su mismo carácter jurídico y quedar reducido a un mero ejercicio de poder. De este modo, su desconocimiento no es ya una agresión a nivel individual, sino una agresión comunitaria mediatamente cometida” (p. 172).

Esa enfática defensa de la co-culpabilidad, sin embargo fue abandonada luego por el mismo autor, en la obra que comparte con Alejandro Slokar y con Alejandro Alagia, nuestro compañero de panel, (en su *Derecho Penal, Parte General*)<sup>8</sup>. En la obra recién citada se expresa, a diferencia de la anterior, que “el derecho penal reductor, al incorporar a su discurso el innegable dato de la selectividad del poder punitivo... provoca la disolución del concepto de co-culpabilidad”. Y sostienen que “la originaria tesis de la co-culpabilidad no dejaba de partir de presupuestos falsos: (a) permanecía muy vinculada a la idea de que la



<sup>7</sup> Hammurabi, Bs. As., 1.982.

<sup>8</sup> EDIAR, Bs. As, 2.000.

criminalidad es efecto de la pobreza" y "(b)... su segundo presupuesto falso... es la irrelevancia o subestimación de la selectividad criminalizante, lo que da por aceptado el funcionamiento igualitario y hasta *natural* del sistema penal"<sup>9</sup>. Es decir, para esta objeción la co-culpabilidad identificaría la criminalidad con los hechos de los sectores humildes —tal como surge de superadas concepciones etiológicas en materia criminológica— y no tomaría en cuenta el funcionamiento irracionalmente selectivo del sistema penal.

En realidad, no me parece correcta la crítica, pues la co-culpabilidad no se identifica para nada con aquella concepción etiológica ni acepta de ninguna manera que la criminalidad es propia de los sectores pobres. Simplemente, lo que pretende es inyectar una cuota de justicia en la distribución de las responsabilidades frente a la comisión de un hecho lesivo, procurando que el Estado cargue con todo o parte de ese reproche que suele formularle sólo al individuo, en razón de que no está en condiciones éticas de formularlo (o de efectuarlo en toda su dimensión, según sea el caso) debido al enorme margen de desigualdad con la que lleva a cabo sobre todo el reparto de las riquezas.

Tampoco la co-culpabilidad desconoce la selectividad irracional con la que funciona el sistema penal. Precisamente, el correctivo tendiente a repartir responsabilidades entre el Estado y los sectores sociales más desfavorecidos —por el incumplimiento de las políticas públicas— acepta como presupuesto la desigualdad con la que opera el poder de persecución penal. En otros términos, el ejercicio discriminatorio del poder penal del Estado (en perjuicio de los sectores sociales más humildes) muestra la mayor necesidad de contar con un mecanismo que reparta responsabilidades entre el individuo seleccionado y el poder estatal de selección penal a la hora de resolver los problemas propios de la culpabilidad, punibilidad o determinación de la pena. Ello conduce, igualmente, a formular en general un mayor reproche por el acto a los sectores que se ven más beneficiados por las políticas públicas estatales. Al mismo tiempo, la selectividad irracional con la que funciona el



<sup>9</sup> Página 657 de la segunda edición de la misma obra, del año 2002.

sistema penal es propia de los mecanismos de persecución punitiva, por lo cual no se trata de un rasgo que caracteriza *exclusivamente* a la culpabilidad como elemento del concepto dogmático del hecho punible. La irracionalidad selectiva tiene que ver con un problema de persecución estatal; con un problema de justicia o injusticia del poder penal persecutorio. Si este último (como norma) persigue a unos y no a otros, lo que se pone en evidencia con ello es la injusticia y la desigualdad del sistema de persecución estatal y, en todo caso, la necesidad de contar con mecanismos contra-selectivos que enfrenten los efectos nocivos de tal poder persecutorio (como es el caso, entre otros, de la necesidad de contar con criterios de oportunidad procesal que permitan evitar el ejercicio del poder punitivo para los casos de menor gravedad).

### **11. La culpabilidad por la vulnerabilidad.**

La culpabilidad por el “esfuerzo por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad” constituye el contenido que Zaffaroni viene atribuyendo a la categoría culpabilidad, al menos a partir de una de sus obras (*En busca de las penas perdidas*) y de allí en adelante. Actualmente lo hace también en la citada obra conjunta con Slokar y Alagia (*Derecho Penal, Parte General*), por lo cual mi referencia y mis objeciones a dicha concepción también los alcanza. Ellos sostienen que la culpabilidad se basa en el esfuerzo que hace la persona por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad: el más vulnerable al sistema penal debe esforzarse menos para que lo atrapen que el más invulnerable, por lo cual el grado de culpabilidad del primero es menor que el del último.

Esto merece, a mi juicio, ciertas objeciones.

a) En primer lugar, no es para mí nada claro lo que significa el “esfuerzo” por lograr la situación de vulnerabilidad. Por lo menos este término da lugar a confusión. Más bien me da la impresión que los más invulnerables al sistema penal, los sectores de mayor poder, se esfuerzan bastante menos para delinquir y hacerse por ende más proclives a ser penalmente perseguidos. Ello sucede precisamente por tener ellos —los más poderosos— todo a su alcance para infringir la ley penal y provocar con ese menor esfuerzo las chances de ser perseguidos. De esta manera, no me parece demasiado claro su mayor grado de culpabilidad por el

señalado mayor esfuerzo para generar la persecución en su contra. Que se lo persiga o no depende de un buen número de variables y en nada debiera influir su colaboración para definir la cuestión de la culpabilidad penal. Si una persona con alto grado de invulnerabilidad (un poderoso) se esfuerza *poco* para alcanzar la situación contraria (por la cual lo atrapan), tendrá, sin embargo, una culpabilidad *elevada* debido a su amplio ámbito de libertad de decisión (y ningún efecto debe producir, en esta esfera, su mínimo “esfuerzo” por ser alcanzado por el poder penal persecutorio). Por el contrario, si alguien muy vulnerable al sistema penal (una persona considerablemente pobre que padece de una seria disminución de su autoestima) comete muchos robos y de cierta gravedad, será pasible de una *menor* culpabilidad debido a su menor margen de libertad de elección (y ninguna consecuencia debe generar, en este nivel de análisis, su *mayor* “esfuerzo” por alcanzar la concreta situación de vulnerabilidad).

Esta falta de claridad ya fue advertida también por Luis Fernando Niño en una de sus obras (“Estudios penales”)<sup>10</sup>, en donde dice claramente que “la culpabilidad por el injusto resulta compatible con las exigencias básicas de garantía jurídica, sin necesidad de acudir a conceptos de mensura harto difusa y de arriesgada proyección socio-lógico-jurídica, como el de la ‘culpabilidad por el esfuerzo personal de vulnerabilidad’, propuesta por el profesor Zaffaroni”.

b) Los ejemplos que se dan para sostener que la culpabilidad por la vulnerabilidad es un límite máximo que contiene la culpabilidad por la autodeterminación, pero que tiene un contenido propio más limitativo de la punibilidad, muestran que no son propios de la categoría culpabilidad.

Esos ejemplos son el del agente provocador y el del delito experimental. En esos casos, sostienen los partidarios de la culpabilidad por el esfuerzo por la vulnerabilidad, los que actúan por la injerencia de un agente provocador o como consecuencia de un delito experimental, no obstante su obrar con libertad (con autodeterminación), no cometan



<sup>10</sup> Fabián J. Di Plácido, Bs. As., 2007.

delito porque el poder punitivo fue quien creó esas situaciones de vulnerabilidad y “el derecho penal no puede admitir que el poder punitivo seleccione en situaciones de vulnerabilidad que él mismo ha creado” (Zaffaroni, Alagia, Slokar, *Derecho Penal, Parte General*, 2º edición, 2002, p. 655).

A mi modo de ver, en cualquiera de los dos casos falta el ilícito penal, pues se trata de actos generados por el Estado en los que nunca puede producirse la lesión de un bien jurídico de terceros, porque tales hechos están sometidos al control estatal previo al comienzo de ejecución. El Estado tiene el control de esos actos que crea con los fines que sea.

En el primer caso, el Estado utiliza un agente para provocar un “delito” que luego pretende perseguir penalmente. En el segundo, el Estado hace cometer un delito como un experimento para tratar de detectar una determinada acción.

Ninguno de estos casos permite llegar a analizar el problema propio y exclusivo de la culpabilidad o de la falta de reprochabilidad o exigibilidad de un hecho diferente. En esos casos es el propio Estado quien tiene el dominio del hecho (es decir, quien tiene el poder para detener la acción que puso en curso). Antes de llegar al análisis de la culpabilidad, los casos tratados presentan un déficit punitivo a nivel tipicidad. Es que en ambos supuestos es imposible la lesión de un bien jurídico ajeno a los autores (provocados o experimentales), por lo cual no es posible afirmar la tipicidad, en el marco de un derecho penal de un Estado Constitucional de Derecho que exige lesividad como uno de los presupuestos de toda pena estatal (cfr. arts. 1 y 19, CN). Si desde el comienzo de ejecución el Estado tiene el dominio de la acción y, por ende, el debido control del acto como para evitar cualquier perjuicio a terceras personas, no hay lesividad posible, por lo que falta desde el vamos la tipicidad de la conducta. Los ejemplos brindados, entonces, son casos de atipicidad de la conducta provocada o experimentada.

Si, por la razón que fuere, el Estado perdiera el dominio de esos hechos en algún momento y entonces se generara un riesgo para terceros por la acción creada por el Estado, estaríamos ante el caso de un procedimiento estatal ilícito, que no puede dar lugar a un proceso penal válido. Es que el Estado, en lugar de *generar* actos ilícitos (como en estos casos), tiene el deber de *prevenirlos*. En estas hipótesis sólo él debe

responder por ello, como consecuencia de su actividad ilícita. El poder punitivo no puede *imputar* un hecho que él mismo generó y controló y, si los crea, debe cargar con ellos.

c) También se dice, a favor de la culpabilidad por la vulnerabilidad, que el esfuerzo por la vulnerabilidad es un indicador de magnitud punitiva que proviene de la teoría del delito (de la culpabilidad entendida como el esfuerzo por la vulnerabilidad), mientras que los correctivos propios de la teoría de la responsabilidad son o pueden ser posteriores al hecho<sup>11</sup>. En verdad, que el indicador de magnitud punitiva provenga de la teoría del delito no significa que sea propio de la culpabilidad, pues bien puede tratarse de un componente de la categoría “punibilidad” (dedicada a decidir si corresponde o no imponer una pena por el ilícito penal culpable).

Además, si los “indicadores de magnitud punitiva” que pertenecen al concepto dogmático de delito (y, por ende, a la teoría del delito) pueden partir de la “punibilidad”, (si consideramos a esta última como uno de los elementos del concepto del hecho punible), no vemos la imposibilidad de que sean posteriores al hecho que se juzga, como sería el caso de la inexistencia de todo sentido o justificación de la pena por alguna circunstancia posterior a su comisión (como sería el caso de una “pena natural”, a la cual consideramos un supuesto de excusa absolutoria no prevista en la ley penal pero que surge de normas constitucionales)<sup>12</sup>. Algo similar sucede con el desistimiento voluntario de la tentativa. Es cierto, entonces, que la punibilidad puede excluir la imposición de pena por circunstancias también posteriores al hecho, pero ello no conduce a incluir en la *culpabilidad* las cuestiones ajenas al reproche o a la exigibilidad de una conducta distinta en función del grado concreto de libertad con la que obró el sujeto.

d) Igualmente sostiene Zaffaroni que la culpabilidad por la vulnerabilidad “no hace más que proporcionar el marco máximo del poder

---

<sup>11</sup> Zaffaroni, Alagia, Slokar, *Derecho Penal, Parte General*, 2º edición, 2002, p. 655.

<sup>12</sup> Cfr. VITALE, Gustavo L., *Estado Constitucional de Derecho y Derecho Penal*, en “Teorías Actuales en el Derecho Penal, 75º Aniversario del Código Penal”, Ad-hoc, Bs. As., 1998, en particular ps. 115 a 119.

punitivo" y que "dentro" de ese marco "operan los correctivos que son propios de la teoría de la responsabilidad". Por ello, "sistemáticamente sería incorrecto" que esos correctivos de la responsabilidad sean considerados "como correctivos de un correctivo privilegiado" (del esfuerzo por la vulnerabilidad), "operando todos dentro del mismo estadio teórico o analítico", la responsabilidad. (Zaffaroni, Alagia, Slokar, Derecho Penal, Parte General, 2º edición, 2002, ps. 655/6).

La objeción que encuentro a tal argumentación es que cada límite máximo a la pena no es exclusivo. La culpabilidad como reprochabilidad por la exigibilidad de una conducta distinta, en función del ámbito concreto de libertad de elección, constituye un límite máximo a la pena, pero ello no excluye la existencia de otros. Si el esfuerzo por la vulnerabilidad fuera distinto a la gravedad del ilícito o a la gravedad de la culpabilidad como reproche por la exigibilidad en función de la autodeterminación, entonces podría funcionar como un elemento de la punibilidad.

Lo que Zaffaroni denomina "correctivos propios de la teoría de la responsabilidad" bien podrían ser considerados componentes de la "punibilidad" (o, al menos, en general es posible que sean tratados en esta categoría del concepto de delito).

e) De todos modos, no alcanzo a entender qué límite a la pena agregaría el esfuerzo por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad, en el ámbito de la culpabilidad así entendida, en relación al grado de autodeterminación (en la situación de vida concreta del autor, con todos los condicionamientos a los espacios de libertad). Es que, como se adelantó, el más vulnerable al sistema penal es menos culpable por la menor libertad de elección (salvo que se trate de alguien que alcanzó la situación concreta de vulnerabilidad no por su menor espacio de autodeterminación, ni por responder al estereotipo criminal o por su "esfuerzo" personal, sino porque el poder le quitó la cobertura, en cuyo caso será posible de un *mayor* juicio de culpabilidad por el amplio espacio de libertad con el que actuó, sin importar su menor "esfuerzo"). Y, lo que es más importante, quien tiene menor ámbito de libertad por los condicionamientos a la libertad con el que obró será siempre posible de un mínimo grado de culpabilidad, cualquiera haya sido el "esfuerzo" realizado para ser criminalizado.

f) Por otra parte, en la medida en que el “esfuerzo” por la vulnerabilidad comprende el “comportamiento particular” del autor (es decir “la realización del injusto”), no se trata de nada nuevo en relación al límite a la pena ya establecido por la gravedad del “injusto”. Con ello no nos apartamos de la relación proporcional que debe existir, como regla, entre la gravedad del “injusto” y la gravedad de la pena: a *mayor* gravedad del “injusto” *mayor* gravedad de la pena y, a la inversa, a *menor* gravedad del “injusto” *menor* gravedad de la pena.

En tal sentido se ha dicho que “el *esfuerzo personal por la vulnerabilidad* es predominantemente individual, consistiendo en el grado de peligro o riesgo en que la persona se coloca en razón con su comportamiento particular. La realización del ‘injusto’ es una parte del esfuerzo por la vulnerabilidad, en la medida en que lo haya decidido autónomamente”<sup>13</sup>.

Los ejemplos que se dan también indican que, en última instancia, el aludido aspecto del “esfuerzo” personal se traduce en monedas de gravedad del ilícito. “Los esfuerzos más notorios para alcanzar situaciones de alta vulnerabilidad partiendo de posiciones de nivel muy bajo de vulnerabilidad, los proporcionan algunos delincuentes del poder (genocidas, delincuentes económicos, etc.), que luego son derrotados en pugnas hegemónicas con otro poder mayor. El aporte que éstos hacen al sistema penal es enorme, porque son los casos que refuerzan la falsa ilusión de igualdad ante la ley y de utilidad del sistema penal”<sup>14</sup>.

Los “esfuerzos” aludidos no parecen ser otra cosa que la realización de “injustos” más graves y no un problema de culpabilidad. Los autores de genocidios o de graves delitos económicos en general gozan de altísimas cuotas de impunidad y, a pesar de la increíble crueldad de muchos de sus actos, no se transforman en seres demasiado vulnerables para un sistema penal que funciona con una irracionalidad que, sabemos, atrapa a los sectores más desfavorecidos y por hechos de menor gravedad. Es más, la propia historia argentina nos muestra las dificultades

---

<sup>13</sup> Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, citado, p. 277.

<sup>14</sup> Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, citado, p. 278.

que siempre han existido para juzgar los crímenes más cruentos de las dictaduras militares, lo que nos indica que sus autores se han mantenido durante demasiados años en situación de alta invulnerabilidad frente al sistema de persecución penal (pese a sus hechos y sus “esfuerzos”). En verdad, nada indica que todos ellos hayan alcanzado una real situación de vulnerabilidad debido a sus “esfuerzos”. El esfuerzo, en rigor, ha sido de todos aquellos que, desde la adversidad, han venido luchando para lograr el juzgamiento de los más terribles crímenes del poder.

Ello es más claro todavía si pensamos en la gran cantidad de hechos y autores (en Argentina y fuera de ella) ni siquiera juzgados por crímenes de lesa humanidad; autores que, a pesar de su graves crímenes (y de sus invocados “esfuerzos” por ser alcanzados por el sistema penal) han permanecido bajo la cobertura del poder. No es su “esfuerzo” por ser vulnerables lo que los hace más o menos culpables (pues, incluso, la vulnerabilidad no depende sólo de sus actos), sino la exigibilidad por el grado de libertad con el que obraron en la situación concreta. Si el autor de genocidio se robó un electrodoméstico de un supermercado, no por su menor “esfuerzo” por la vulnerabilidad habrá obrado con menor culpabilidad que en el genocidio mismo, pues la mayor pena que merece por el genocidio se debe a la notoria mayor gravedad de sus “injustos” y no se explica en términos de culpabilidad.

Por ello también considero equívoco el ejemplo del “martiniano asesino masivo de ancianas en París”<sup>15</sup>, como un caso de mayor culpabilidad (por el “esfuerzo” personal). Por el contrario, ése resulta ser un caso de mayor contenido de “injusto” (de un ilícito más grave por la cantidad de víctimas), pero, a la inversa, pareciera poner en evidencia un *menor* reproche de culpabilidad por la exigibilidad de una conducta diferente, debido a los mayores condicionamientos a la libertad que normalmente existen en los casos de reiteración (a tal punto, incluso, que, sin contar con mayores elementos sobre dicho ejemplo, pareciera tratarse de un supuesto de cierta deficiencia mental grave, que nunca

<sup>15</sup> Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, citado, p. 278.

puede acrecentar la culpabilidad por el hecho, sino sólo disminuirla o, inclusive, eliminarla si en base a tal circunstancia el autor no hubiera podido comprender la criminalidad de sus actos o dirigirlos conforme a tal posibilidad de comprensión).

g) En la medida en que el “esfuerzo” por la vulnerabilidad comprende “el grado de autonomía decisoria del ‘injusto’”, tampoco estamos en presencia de nada nuevo respecto de la culpabilidad por el ámbito de autodeterminación o por la posibilidad de contramotivación en la ley penal o por la exigibilidad de una conducta distinta.

Que tal “esfuerzo” depende, al menos en parte, de la libertad humana surge de su propio planteo. Es así como se ha entendido que “el esfuerzo personal por la vulnerabilidad... es... un orden de factores, del cual el grado de autonomía decisoria del ‘injusto’ es sólo uno...”<sup>16</sup>.

Nuestras objeciones a la culpabilidad por la vulnerabilidad concuerdan, al menos en parte, con las apreciaciones formuladas por Juan Facundo Gómez Urso, profesor de Mar del Plata, para quien “... El reconocimiento en la categoría analítica de la culpabilidad del estado de vulnerabilidad, del esfuerzo del criminalizado para alcanzar una concreta situación frente al poder punitivo y del dato de la selectividad estructural de este último colabora a la reetización del saber penal, pero al momento del concreto análisis ... deben utilizarse como factores o parámetros para delimitar el ámbito de autodeterminación de la persona al momento del hecho y su concreta capacidad de elección o de deliberación, sin necesidad de considerar este ámbito sólo como presupuesto de la total culpabilidad del delito”<sup>17</sup>. Es más, para el autor citado, “un saber penal que procura reducir violencia y poder punitivo irracional y reforzar el estado constitucional de derecho no puede reprochar ningún esfuerzo, porque sería contra dictorio e incoherente con sus propios

<sup>16</sup> Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, citado, p. 278.

<sup>17</sup> Juan Facundo Gómez Urso, *La culpabilidad por vulnerabilidad. Ética y legitimidad del reproche desde el saber penal*, en “Cuadernos de Derecho Penal”, Revista del Instituto de Derecho Penal y Procesal Penal del Colegio de Abogados y Procuradores de Neuquén, Publifadecs, General Roca, Río Negro, año III, nº 3, agosto 2006, p. 233.

cometidos acotantes y aportaría una cuota de irracionalidad al mismo poder punitivo que intenta filtrar"<sup>18</sup>, añadiendo que "... la culpabilidad por la vulnerabilidad no debe considerarse como toda la culpabilidad del delito, sino sólo como un 'factor o elemento' a tomar en cuenta al 'medir' el espacio de deliberación del criminalizado ... La culpabilidad tradicional o de acto ... es la culpabilidad del delito, cuyos componentes ... siguen siendo 'la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad y un cierto ámbito de autodeterminación del sujeto, pero que debe reconocer e incorporar a su horizonte de proyección todos los datos sociales reales ... y así conformar el verdadero ámbito de autodeterminación del sujeto al momento del hecho"<sup>19</sup>.

La culpabilidad por la autodeterminación, entendida como juicio de exigibilidad en función de los condicionamientos a la libertad humana, constituye y sigue constituyendo, como decíamos, una pauta importante para limitar la pena estatal. En tal sentido, vinculando esta categoría con los elementos de la concepción cuestionada, podemos decir que normalmente a mayor vulnerabilidad le corresponde un menor ámbito de libertad de elección (una menor culpabilidad normativa) y, por ello, una menor pena. A veces, sin embargo, la mayor vulnerabilidad no va acompañada de un mayor ámbito de autodeterminación (como sería el caso del poderoso al que ya no lo protege el poder), por lo cual no le corresponde una menor culpabilidad por la exigibilidad de una conducta distinta. A la inversa, a mayor invulnerabilidad normalmente le corresponde un mayor ámbito de libertad de decisión (una mayor culpabilidad normativa) y, consecuentemente, una mayor pena. En ciertos casos, en cambio, la mayor invulnerabilidad no se corresponde con un mayor espacio de libertad (como sería el caso de quien —a pesar de responder al estereotipo criminal y encontrar su ámbito de libertad ampliamente condicionado— goza de una cobertura del poder estatal o policial que lo hace difficilmente criminalizable), por lo cual se tratará de un supuesto de menor culpabilidad y menor pena, aunque mucho se hubiera "esforzado" por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad.



<sup>18</sup> Ob. cit., p. 233.

<sup>19</sup> Ob. cit., p. 234.

La pena debe estar siempre limitada por todas las circunstancias que condicionan la libertad humana y que son, en definitiva, aquellas de las que depende el grado de exigibilidad o la exigibilidad misma.

h) De todos modos, y con esto termino, la irracionalidad selectiva del poder penal es un dato de la realidad que nadie puede desconocer y que, por ende, debe ser tomada en cuenta también por la teoría penal. Sin embargo, tal desigualdad operativa no es propia del juicio de culpabilidad, sino que es una característica del sistema de persecución penal del Estado, que, por ende, demanda la implementación de mecanismos compensatorios en el propio sistema punitivo persecutorio (a través de criterios de oportunidad procesal; por medio de la supresión de la cárcel para presuntos inocentes llamada "prisión preventiva"; a través del establecimiento de alternativas al proceso penal, como la extensión o el fortalecimiento de la suspensión del proceso a prueba, la incorporación de la mediación y de otras alternativas al proceso penal tradicional). La irracionalidad selectiva también requiere ser considerada, entre otras medidas, por medio de la previsión legal de penas no carcelarias de entre una gama de penas diferentes a las que hoy se aplican, y, dentro de la teoría del delito —lo que es todavía una gran deuda— a través del reconocimiento de la *punibilidad* como un elemento más del concepto del delito.

### **III. LOS JUECES Y LAS GARANTÍAS**

**INDEPENDENCIA INTERNA Y EXTERNA DEL JUEZ.  
CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD.  
INCONSTITUCIONALIDAD DE LA  
JURISPRUDENCIA VINCULANTE<sup>1</sup>**

*Dr. Gustavo Henrique Righi Ivahi Badaró*

Buenas tardes a todos. Mis palabras iniciales serán de agradecimiento. Agradezco a los organizadores del evento: al Ministerio Público de la Defensa, en la persona de la Dra. Stella Maris Martínez. Agradezco también al Instituto Brasilero de Ciencias Criminales (IBCCRIM), que gentilmente ha indicado mi nombre para participar en tan importante Congreso. Tras el agradecimiento, formulo un pedido de disculpas a los organizadores y al público, infelizmente, no voy a hablar en lengua castellana, comprendo perfectamente vuestro idioma y todo lo que se ha dicho en este admirable Congreso en las exposiciones de ayer, a las que tuve oportunidad de asistir. Pero si me arriesgase a intentar expresarme en vuestra lengua natal, correría el riesgo de hacerlo en un portuñol que seguramente ustedes no entenderían y que yo mismo no podría entender. Por eso, mi especial agradecimiento al profesor Luis Fernando Niño, que gentilmente irá a hacer la traducción de mi exposición.

Trataré a continuación el tema de la independencia del juez, en el contexto de los mecanismos legales y constitucionales que procuran asegurar la imparcialidad del juez. Las Declaraciones y Tratados Internacionales de Derechos Humanos relacionan las dos características de



<sup>1</sup> Versión al español desgrabada de la traducción simultánea realizada por el Dr. Luis Fernando Niño, respetando el texto original en portugués.

una forma general, asegurando a todos el derecho de ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial. La Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 10; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.1; Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, artículo 8.1; Convención Europea de Derechos Humanos, artículo 6.1.

Es tradicional la distinción entre dependencia externa y la dependencia interna. La primera como independencia del Poder Judicial como un todo ante los demás poderes del Estado. La segunda, situada en el ámbito del propio Poder Judicial, como la independencia de cada uno de los jueces por ante los demás órganos del propio Poder al que pertenecen. Aun cuando, desde el punto de vista de la organización judicial, los tribunales sean considerados órganos jerárquicamente superiores a los jueces de primera instancia, se trata de una jerarquía revocatoria por la posibilidad de reforma, de decisión, del juez inferior, y no de una jerarquía de mando que significaría la posibilidad de que el tribunal determinase cómo debe juzgar el juez *a quo*. Los jueces de primera instancia deben ser libres e independientes para juzgar solamente de acuerdo con lo que determina la ley según la interpretación dada por el propio magistrado. Obviamente su decisión podrá ser revisada y reformada en caso de recurso ante un tribunal superior, pero el juez se mantiene independiente para decidir aunque su decisión haya sido contraria a la postura del tribunal.

Fácilmente se percibe que, a partir de tales premisas, la cuestión que me fue atribuida para examinar en esta tarde sobre independencia judicial y la jurisprudencia obligatoria o vinculante, o con fuerza de ley en el control difuso de constitucionalidad, en nada afecta la independencia externa del Poder Judicial. Al contrario, desde el punto de vista del equilibrio de las funciones entre los poderes, aunque se considere que las funciones de administrar, legislar y juzgar no son funciones exclusivas sino funciones preponderantes de los respectivos poderes, la posibilidad del Poder Judicial de emitir decisiones con eficacia *erga omnes* y con efecto vinculante para todos los jueces, podría significar una usurpación de la función legislativa por el Poder Judicial. Podría tratarse, además, acerca de una falta de independencia del legislativo ante el judicial, pero no lo contrario. El problema se sitúa, por lo tanto, en la cuestión de independencia interna, en el hecho de que la jurisprudencia

obligatoria redundaría en que el juez, al decidir, no estaría vinculado solamente a la ley, sino también a lo que hubiera decidido el tribunal superior. En último análisis, el juez estaría vinculado a lo que decidió el tribunal.

Para llegar a algunas conclusiones sobre tan importante y arduo tema es necesario fijar algunas premisas. Inicialmente caben algunos esclarecimientos terminológicos, dado que inciden directamente sobre los modelos de control de constitucionalidad. La expresión “jurisprudencia obligatoria” me parece impropia en este contexto. La jurisprudencia es un conjunto reiterado de pronunciamientos de un determinado tribunal, en un mismo sentido, en causas que versan sobre una misma cuestión o controversia. No se confunde por tanto, un único pronunciamiento o precedente con la jurisprudencia, o sea, una reiteración de decisiones en el mismo sentido.

Por su parte, la jurisprudencia obligatoria que proviene de las emitidas por las Cortes constitucionales en el caso en que existiere decisión constitucional de efecto vinculante de sus decisiones, es fruto de un único pronunciamiento. Así, por ejemplo, en el juzgamiento de una acción directa de inconstitucionalidad que decidiere en tal proceso la Corte constitucional, por ejemplo, declarando inconstitucional una determinada norma será vinculante para todos los jueces. Por otro lado, y aquí me atengo a peculiaridades del sistema brasileño, la jurisprudencia obligatoria fue introducida en la Constitución por la enmienda constitucional 45/2004, que añadió el artículo 103 a), el cual es un enunciado que de forma resumida y sintética expresa la posición del plenario del Supremo Tribunal Federal. Después de reiteradas decisiones sobre la materia constitucional, pronunciada en control difuso de la constitucionalidad, mayoritariamente por medio de recurso extraordinario y en el campo penal, también por el juzgamiento de hábeas corpus. Vale destacar que normalmente los modelos constitucionales de jurisprudencia obligatoria se colocan en lo tocante a las decisiones de cortes constitucionales en el ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad. No obstante, no faltan sistemas que, aun adoptando el control difuso de constitucionalidad, provean mecanismos que tornen las decisiones vinculantes. Basta exemplificar con los juzgados de las Cortes supremas en los países del *Common Law*, que adoptan el mecanismo de *stare decisis*. En el derecho comparado se encuentran ejemplos en que las decisiones

de las Cortes constitucionales en control concentrado son dotadas de eficacia general o *erga omnes* y tienen fuerza de ley, también denominada eficacia vinculante.

La ley fundamental de Bonn de 1949 y la ley orgánica de Corte Constitucional alemana de 1951 que dan fuerza de ley a las decisiones y vinculan a todos los órganos de la unión. La Constitución portuguesa de 1976 que aprecia y declara con fuerza obligatoria general, la inconstitucionalidad o la ilegalidad. La Constitución española de 1978, en su artículo 164, que prevé que en las sentencias que declaran inconstitucionalidad de una ley que todas las que no se limitaran a la apreciación subjetiva de un derecho se revistan de plena eficacia general. En Brasil, en un primer momento, el efecto vinculante fue previsto sólo para las modalidades de control concentrado de constitucionalidad. En la acción declaratoria de constitucionalidad, Constitución de la República, artículo 103, parágrafo 1º, añadido por la enmienda constitucional N°3/93. Después de tal reforma constitucional, el Supremo Tribunal Federal pasó a entender que el mismo efecto vinculante se aplicaba a las acciones directas de inconstitucionalidad. Más recientemente, con la reforma del Poder Judicial, la Constitución fue modificada en 2004, adoptando la posibilidad de que el Supremo Tribunal Federal, aun en el caso de control difuso de constitucionalidad por decisión de dos tercios de los miembros emita plenarios vinculantes en relación a los demás órganos del Poder Judicial y a la administración publica, directa e indirecta en las esferas federal, estadual y municipal (artículo 130 a, *in fine*).

Pienso que será útil y de interés, hacer algunas explicaciones sobre tan debatidos fallos plenarios. No obstante, la innegable semejanza con el instituto *stare decisis*, adoptado en los países de tradición consuetudinaria, la súmula vinculante (jurisprudencia obligatoria) encuentra su antecedente más remoto en los llamados asientos de la casa de suplicación que fueron adoptados en Portugal en la época de las ordenanzas filipinas y posteriormente tuvieron vigencia en Brasil con base en la ley 2684 de 1875. Más próximo a nuestros días, a partir del 13 de diciembre de 1963, el Supremo Tribunal Federal, acogiendo una lúcida sugerión del ministro Victor Nunez Leal, pasó a elaborar súmula de su jurisprudencia mediante enunciados simples que sintetizaban las posiciones adoptadas en reiterados juzgamientos sobre casos semejantes. Se trataba obviamente de una simple compilación jurisprudencial sin

ninguna eficacia jurídica o legal vinculante, pero de innegable fuerza persuasiva. Su papel era principalmente el siguiente: la súmula de jurisprudencia es un conjunto de enunciados que sintetizando las decisiones por el respectivo tribunal en relación a determinados temas específicos de su jurisprudencia sirven de orientación a toda la comunidad jurídica. Importante es recordar, no obstante, que la experiencia de la súmula de jurisprudencia no se hizo, a pesar de todo, en los términos de lo previsto. Hasta el año 1984 el Supremo Tribunal Federal emitió 621 súmulas, de entre ellas 79 fueron pronunciadas con base en sólo un único precedente y 74 con base en dos precedentes. Antes de ser adoptadas las súmulas vinculantes, las súmulas de jurisprudencia, aunque no tenían fuerza de ley o efecto vinculante sino sólo persuasivo, fueron gradualmente ganando importancia. El Código de Proceso Civil en el artículo 557, con la redacción dada por la ley 9139 del '95, pasó a prever que en los tribunales el relator puede negar continuidad al recurso contrario a la súmula del respectivo tribunal o del tribunal superior. Pasaron pues las súmulas a ser impeditivas de los recursos o aún autorizadoras de juzgamientos monocráticos por los relatores. Posteriormente, con la enmienda constitucional 45 del 2004 y la inclusión del artículo 103 a) en la Constitución, se adoptó finalmente la jurisprudencia plenaria vinculante de la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal.

En líneas generales, la doctrina contraria a la adopción de jurisprudencia obligatoria o de súmula vinculante, como ocurre en el caso brasileño, presenta los siguientes argumentos: primero, violación de la independencia judicial; segundo, violación de la garantía del juez natural; tercero, simplificación y uniformidad de las decisiones, incompatibles con la necesidad de análisis del caso concreto, típico del caso penal. Sin ninguna pretensión de exhaustividad, sino apenas a título meramente ejemplificativo, en la doctrina brasileña, para Luis Flavio Gomes, las súmulas vinculantes son inaceptables y hieren la independencia judicial.

Idéntica postura he encontrado en la doctrina argentina, bastando citar la autorizadísima posición de Julio Maier, homenajeado en este evento. Cito al profesor Maier: "La Constitución no prevé ninguna regla que prohíba a los tribunales de justicia funcionar jerárquicamente mediante un sistema de instrucciones generales o particulares de órganos superiores para órganos inferiores. No obstante, del principio de

juez natural (contenido Constitución Nacional, artículo 18) surge claramente la ilegitimidad de ese sistema, solamente los tribunales establecidos por la ley y competentes para juzgar el caso concreto según las leyes de competencia y procedimientos anteriores al hecho juzgado, por intermedio de jueces que los integran conforme a la ley, se pueden pronunciar sobre el caso libremente y sin estar sometidos a autoridad de otra persona, juez o tribunal. Esta es otra de las razones que impiden regular la función judicial por medio de la llamada jurisprudencia obligatoria, como lo disponen los artículos 10 y 11 de la Ley de Organización Judicial, vigente en el orden nacional, ley N° 24050”.

Volviendo a la doctrina brasileña, Adelino Marcón entiende que con la adopción de súmula vinculante queda violada la garantía de juez natural en cuanto juez competente, en la medida que la causa será juzgada, aunque sea parcialmente, por un órgano diverso de aquel que según las reglas de la competencia debería juzgar. En cambio, aque-lllos que defienden la adopción de jurisprudencia o súmula vinculante, porque entienden que la separación de funciones no dice nada acerca de la exclusividad o monopolio de las funciones, sino a las funciones preponderantes que pueden ser excepcionadas por la propia Constitución. Y en este contexto, en último análisis, cuando la carta mayor, la ley fundamental, autoriza a un tribunal en el caso, al Tribunal Supremo de la Nación, a pronunciar súmula vinculante, jurisprudencia obligatoria, a los otros poderes y en especial a los demás integrantes del Poder Judicial, estaría en verdad permitiendo que el Poder Judicial pronunciase leyes aunque de una forma mitigada. Para Cándido Rangel Dinamarco, no hay ninguna amenaza a la libertad de los ciudadanos ni a la independencia de los jueces, porque el acatamiento a ellas será acatamiento a preceptos normativos legítimamente colocados en el orden jurídico nacional, cuanto las leyes, quien emitirá esos preceptos será un órgano expresamente autorizado por la Constitución federal y esa autorización era y es vital para todos los que se interesen por la rapidez en la oferta de acceso a la justicia.

Destaco que la posición del eminentе procesalista civil se tomó con vistas al modelo brasileño, en la que la previsión de la jurisprudencia obligatoria fue prevista en la propia Constitución. Probablemente la situación será distinta si la autorización no tuviera ese acento constitucional. Es fácil que percibamos que la cuestión tiene como raíz la vieja

discusión sobre el papel de la jurisprudencia como fuente del Derecho y en último instancia saber si el Poder Judicial simplemente interpreta un derecho ya preexistente o si en el momento de juzgar envuelve siempre una creación del Derecho. Lamentablemente la limitación del tiempo, y sinceramente de mis conocimientos, no me permiten un análisis más profundo de esta cuestión. No obstante, observo que toda la discusión en cuanto a la independencia judicial en razón de la vinculación de los demás miembros del Poder Judicial con relación a las decisiones vinculantes de su tribunal supremo, normalmente han sido colocadas sólo en lo que hace al control difuso de constitucionalidad. Aun si las objeciones fueran verdaderas y correctas en el sentido de la violación de la independencia interna del juez, así como la falta de respeto a la garantía de juez natural, no habría por qué limitar las críticas a los resultados de los procesos de control difuso de constitucionalidad. Los mismos problemas surgirían en la modalidad de control concentrado y habría las mismas faltas de respeto.

Paso ahora a tratar cómo deberían ser elaboradas esas jurisprudencias obligatorias. Sólo tiene sentido la emisión de súmulas vinculantes si su papel fuera eliminar incertidumbres sobre la incompatibilidad de determinada norma con el texto constitucional. Obviamente las súmulas deben tener contenido preciso con hipótesis de incidencia clara, con un reglamento expreso y unívoco de cómo resolver la cuestión del control de la constitucionalidad. Me parece muy buen ejemplo de súmula vinculante del Supremo Tribunal brasileño, la súmula N° 8 que prevé: son inconstitucionales el parágrafo único del artículo. 5°, del decreto ley 1569/1977 y los artículos. 45 y 46 de la ley 8212 de 1991, que tratan sobre la prescripción y decadencia del crédito tributario. No veo en este modelo cómo podría firmarse que tal jurisprudencia obligatoria y lo mismo podría decirse si este fuera el dispositivo de un acuerdo o un fallo plenario de una acción directa de inconstitucionalidad, que afecte la independencia interna del juez. Sustancialmente, la situación es idéntica a aquella en que el legislativo pronunciara una ley revocando los dispositivos que prevén la prescripción del crédito tributario. ¿Habrá en este caso violación de la independencia externa? Ciertamente no. Se podría decir que en este caso el juez que entendiese anteriormente que la prescripción y la decadencia de estos créditos era constitucional, veía su independencia manchada porque no estaría respondiendo solamente a la ley sino también a lo que dice su Corte constitucional. Pienso

que no. No viola la independencia funcional o la independencia interna el hecho del que juez tenga que dejar de aplicar una norma declarada inconstitucional por la Corte constitucional de su país. Aun porque, y éste es el papel típico de los tribunales constitucionales, en el clásico del *judicial review*, o sea de la revisión judicial, funciona como legislador negativo, y declara la incompatibilidad de determinada ley con la Constitución. Si así no fuera, en mi comprensión, las cortes constitucionales carecerían de cualquier sentido. Por tanto pienso que es importante reafirmar, y es un punto que considero fundamental en mi postura porque me permite aceptar con salvedad de las súmulas vinculantes, que las súmulas vinculantes, o sea los fallos jurisprudenciales obligatorios solamente pueden ser pronunciados en los casos en los que la Corte constitucional hubiere actuado como verdadero legislador negativo, declarando la inconstitucionalidad de una disposición objeto de recurso extraordinario. No obstante, casos de súmulas que declaran la constitucionalidad de un determinado dispositivo legal que venía siendo cuestionado, también se está eliminando apenas una duda objetiva. En tal situación, no obstante, es muy importante la perfecta delimitación de la controversia constitucional, esclareciendo el tribunal, a la luz de qué dispositivo constitucional una ley ordinaria fue considerada contraria a la Constitución. Esto porque muchas veces un dispositivo legal puede no ser considerado inconstitucional frente a una determinada garantía constitucional por ser incompatible con otra garantía.

Hay una situación todavía más grave. En muchos casos el Supremo Tribunal Federal, bienintencionadamente, debo reconocerlo, ha actuado como legislador positivo, creando reglas concretas en vez de simplemente declarar la incompatibilidad constitucional de reglas creadas por el legislador. En otras palabras, aunque inspirado por un determinado principio, el dispositivo constitucional acaba por disciplinar normativamente cómo debe ser regida una situación concreta aún no reglada por ley. Reconozco que éste es el fruto de una tentativa de suplir la omisión de un legislador en crear reglas que otorguen efectividad a los derechos constitucionalmente asegurados.

Pero pienso, que aunque para bien en tales casos, la carta constitucional brasileña estaría yendo más allá del campo restringido en que la enmienda constitucional 45 del 2004, dio autorización para legislar, entre comillas, o en otras palabras, pronunciar súmulas vinculantes.

Último ejemplo, la súmula vinculante N° 11 del Supremo Tribunal Federal: "Sólo es lícito el uso de esposas en casos de resistencia y de fundado recelo de fuga o peligro para la integridad física propia o ajena por parte del preso o de terceros, justificada tal excepcionalidad por escrito, bajo pena de responsabilidad disciplinaria civil y penal del agente o de la autoridad y de nulidad de la prisión o del acto procesal al que se refiere sin perjuicio de la responsabilidad civil del Estado". Aunque se concuerde integralmente con el contenido de lo decidido, personalmente, reconozco que hace mucho tiempo que el ordenamiento brasileño necesita una reglamentación legal precisa sobre el uso de esposas, pienso que el Supremo Tribunal Federal fue mucho más allá de su función de pronunciar enunciados vinculantes de su jurisprudencia en el control difuso de la constitucionalidad.

Termino y concluyo agradeciendo la invitación y diciendo que este congreso representa en lo personal, y con mucho honor, la posibilidad de estrechar nuestros lazos y de percibir que la doctrina es muy próxima y está preocupada en preservar las garantías. Por otro lado, en la práctica vivimos de forma semejante, aquello que Cornelutti llamó las miserias del proceso penal. Congresos como éste son necesarios para buscar transformaciones, transformar esa miseria en riqueza, aunque esa riqueza no sea usufructuada por nosotros, pero sí por nuestros hijos. Quienes nos antecedieron hicieron lo mismo por nosotros.

Muchas gracias.

## ¿IMPARCIALIDAD DEL JUZGADOR?<sup>1</sup>

*Benjamin Sal Llargués*

La consigna que me ha sido acordada está formulada como un interrogante y creo que eso no es casual. Esa formulación, en mi modo de ver las cosas, traduce desde lo meramente gramatical o semántico una incómoda noción de duda acerca de la verdadera vigencia de este capítulo de la República: la imparcialidad de sus jueces.

Hablar de la imparcialidad judicial es hablar de su independencia, de su absoluta libertad de criterio para resolver los casos que le sean confiados. Ningún exceso significa esta lisa y llana asociación de la duda acerca de la existencia de una verdadera independencia judicial y la correlativa duda respecto de la vida, de la salud de la República. Y esto viene dicho porque en la más clásica formulación de la estructura republicana que repara principalmente en la necesaria división de los poderes, esta división es la que parece ser la mejor forma de asegurar el equilibrio del poder. Este equilibrio del poder es, en rigor, equilibrio de los poderes del estado republicano que se garantiza por medio de los mecanismos de contralor recíproco.

División de poderes, en realidad, es división de funciones, señalización de las incumbencias y separación de las mismas.

La primera aproximación al problema es que —en la teoría política— los poderes del Estado se equilibrán mediante distintos mecanismos

<sup>1</sup> La presente conferencia ha sido desgrabada y corregida por su autor.

que hacen que ninguno de ellos prevalezca sobre el otro. Cuando se habla de esos mecanismos en el ámbito del poder judicial, se habla de la necesaria independencia y la no menos necesaria y pareja imparcialidad de los jueces, lo que quiere decir ni más ni menos que en la interacción política de esa sociedad, los otros poderes no influyan o determinen de ningún modo los comportamientos de éste. Y cuando se habla del Poder Judicial y más allá de su estructura piramidal (que tiene otra razón de ser), debe aceptarse que éste no es un poder centralizado sino que, por el contrario, se trata de un poder fragmentado en tantas cabezas como jueces se desempeñen en todos los organismos previstos en esa institución.

Por obvio que resulte, cada uno de ellos, cada uno de los jueces, tiene la potestad de decir el derecho y de cada uno de ellos es de esperar que se pronuncie como acabo de decirlo muy sintéticamente, con absoluta libertad de criterio. Es en esa potestad personal, única e intransferible, donde descansa la esperanza de afianzar la Justicia de la que habla el Preámbulo de la C.N.

Para garantizar la independencia judicial, el Estado Constitucional y Convencional de Derecho ha pautado una serie de reaseguros, de ciertos instrumentos, algunos de una larga prosapia. Estos, los de añosa prosapia fueron incorporados originalmente a la C.N., están desde siempre.

Todos sabemos que estos reaseguros son la estabilidad de los jueces mientras dure su buena conducta, la intangibilidad de sus remuneraciones (art. 110 original) y la prohibición al Presidente de la Nación de ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las feneidas (art. 109 original).

Las Convenciones de DDHH incorporadas a la C.N. son mucho más claras en el punto. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos ( N.U. diciembre 1948 ) que en su Preámbulo expresa entre otras cosas: “*Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión.*”, establece en el artículo 10 que “*Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.*”

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá 1948) asegura en el artículo 26 que “*Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública...*”

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (noviembre 1969, aprobada por la República en marzo de 1984) que remite a los anteriores en forma expresa en su Preámbulo, en su artículo 8 de Garantías Judiciales estipula el derecho “*de la persona de ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial...*”

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de N.U. diciembre de 1966 aprobado por la República en mayo de 1986 repite la misma disposición en el artículo 14, “*Tribunal competente, independiente e imparcial...*”

La Convención sobre los derechos del niño, N.U. noviembre 1989 aprobada en la República en octubre de 1990 reitera una previsión similar en el art. 37 inc. d) “*Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial...*”

Por sencillo que parezca y como muy sintéticamente lo he señalado, la independencia de los jueces procura que en la solución de los conflictos que les sean confiados estos actúen libres de presiones y condicionamientos de cualquier naturaleza guiados por su leal saber y entender, por sus convicciones y con absoluta sujeción a la ley.

Pero volviendo al principio, ¿por qué la duda acerca de la real vigencia de esta garantía tan esencial? Esto tiene que ver, como en incontables ocasiones, con la distancia que existe entre el discurso de la división de poderes —que como he dicho mejor se expresa en la división de las funciones— y la realidad. La distancia entre el discurso y la realidad.

Suelo acudir a esa definición tan clara de lo que es la disfuncionalidad de una institución que es prestar atención en la mayor o menor

distancia entre aquello que dice que hace o aquello para lo que dice que sirve, claro problema de discurso de justificación y lo que en realidad hace o a quien termina siendo funcional. A mayor distancia entre lo que promete y lo que cumple, mayor disfuncionalidad. Esto remite a la consideración de si existen interferencias que se interpongan entre ambos términos para ampliar la diferencia y, eventualmente, en el diseño de una política que los remueva y que haga efectiva la garantía de que los ciudadanos resolverán sus conflictos mediante la intervención de jueces imparciales.

¿Pero cuáles son los momentos en los que se pone en crisis la independencia e imparcialidad de los jueces? ¿Cuáles son esas interferencias?

A mi modo de ver son dos los capítulos centrales a la hora de evaluar estos obstáculos: los mecanismos de la selección y designación de los jueces y en segundo lugar y que entiendo que es el más deletéreo, el más grave, que es el momento en que un juez competente afronta el cumplimiento de sus deberes y en ello toca intereses de cualquier naturaleza y queda expuesto a la evaluación de expertos, de idóneos como al juicio de quienes ignoran absolutamente todo aquello relativo a su faena aun cuando resuelva con completa sujeción a la ley vigente.

Esto es muy claro cuando pensamos cómo se bastardean los temas penales, englobados en lo que se sintetiza como temas de inseguridad. Me refiero naturalmente a las recurrentes campañas de ley y de orden y la actual inclusión del tema entre los más destacados del marketing político exacerbado por la instancia electoral sobreimpreso en lo que Hassemer denomina el derecho penal virtual.

En materia de selección y designación de los jueces, el mecanismo del Consejo de la Magistratura constitucionalmente impuesto a nivel nacional tiene sus más y sus menos. En cualquier caso es un instrumento perfectible. He tenido la oportunidad de colaborar con el de la Provincia del Chubut y no dudo que se trata de un sistema casi perfecto (el casi es porque no estoy capacitado para afirmar perfección alguna) y digno de ser imitado. Pese a las diferencias comparativas en datos sustancialmente vinculados con el número de habitantes y consecuentemente el número de organismos necesarios para nutrir a uno y otro poder judicial, es posible reproducir los más importantes datos del

sistema del Chubut que se apoya básicamente en la elección de consejeros populares ajenos a la corporación jurídica y la completa publicidad de las sesiones, lo que implica la publicidad de las evaluaciones, las deliberaciones y sus resultados.

Respecto del segundo momento y como lo dejé dicho, son recurrentes los ataques que deben soportar algunos jueces independientes que todos conocemos. En el curso del año pasado, especialmente desde mediados del mismo se verifican varios embates a jueces por algunas excarcelaciones decretadas y se mancomuna casi la totalidad de las expresiones políticas, la opinión publicada y los medios masivos de comunicación y se ensañan con ellos. Me refiero principalmente a los jueces Schiavo y Sal Lari. Esa fuerte campaña que satanizó a estos jueces que no hicieron más que cumplir con su deber produjo, entre otros, el efecto que señalo a continuación.

El Registro Único de Detenidos de la Provincia de Buenos Aires informa que a mediados del año pasado el Servicio Penitenciario Provincial tenía en sus más de cincuenta cárceles aproximadamente 25.000 internos y en dependencias policiales unos 3500 detenidos.

Actualmente, los internos en la Provincia alojados en sus cárceles superan los 29.000 hombres y mujeres y en dependencias policiales están detenidas 5.500 personas. En el informe que produjera en Washington el Ministerio de Justicia de la Nación al Comité contra la tortura, a principios de este año se da cuenta de que en la Provincia de Buenos Aires las excarcelaciones se han reducido a un tercio en ese mismo período pasando de una media de sesenta libertades diarias por todo concepto a unas de veinte por día.

Lo destacable en este caso es que contra lo que ocurriera durante la gobernación de Ruckauf en que mediante una reforma legal se alteró con un giro copernicano la orientación del nuevo ceremonial, no ha habido una sustancial reforma legal al régimen de las excarcelaciones. Con la misma ley, a favor de la acción mediática, un apreciable número de jueces provinciales cambiaron su criterio interpretativo respecto del régimen de libertad provisoria. Existen naturalmente honrosas excepciones. Acudo como paradigmático de esa larga lista y así le rindo honor a unas ellas, al Dr. Juan Carlos Sorondo, Juez de Garantías de

San Martín jubilado hace unos años y lo hago porque a propósito de una resolución que adoptara con completa sujeción a la legalidad, el entonces Gobernador de la Provincia, Ruckauf, le prometió juicio popular (nótese que no dijo juicio político sino juicio popular, lo que tiene la connotación del "crucificale" o mas cercanamente, la hoguera). Esa lista la integran entre otros Malala Garrigós, Bruzzone, Sal Lari, Schiavo, Madina, Falcone.

Es cierto que en el ámbito provincial se hace necesaria una seria revisión de los instrumentos procesales. Daría para otra charla el modo de abordaje de los cambios y la necesaria comprensión de lo que exigen esos momentos. Pero todo lo que se pretenda hacer para remover este escollo no es posible sin sellar un compromiso sin hipocresías entre las fuerzas políticas que tenga, a lo menos, alguna representación parlamentaria.

El 31 de mayo de 2001 se firmó en España el Pacto de Estado para la Justicia. Lo suscribieron el Secretario General del Partido Popular D. Javier Arenas y —por el Partido Socialista— D. José Luis Rodríguez Zapatero en la presencia del entonces Presidente del Gobierno D. José María Aznar. La iniciativa fue del entonces Ministro de Justicia D. Angel Acebes y perseguía que las fuerzas políticas más representativas afronten ese diálogo a que he aludido para evitar las reformas de emergencia o urgentes y por ello improvisadas que se habían mostrado antes que como soluciones, realimentadoras del problema.

Sus firmantes se comprometieron a asumir juntos los fines y los medios para modernizar y dinamizar la Justicia. Los temas incluidos comienzan por las reformas de ingeniería organizacional, mapa judicial, carrera judicial y de su personal, nuevas tecnologías y en lo que concierne al punto en trato, la adecuación de la legislación procesal a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para la agilización de los procedimientos, la protección y defensa de las víctimas de delitos violentos en todos los procesos penales y la reforma a la prisión provisional.

Este instrumento, perfectamente posible en el marco de la Provincia, tendría que cristalizar un acuerdo respecto de la política criminal estadual. El acuerdo respecto de los datos de la realidad y el modo de administrarlos jurídicamente, debe preservar el debate de la intem-

pestiva intervención de factores de poder y grupos de presión que nada conocen de los resortes del sistema penal, sus posibilidades y limitaciones convocando en cambio a las cámaras y asociaciones por actividad que permitan elaborar un mapa del delito con cifra blanca. La libertad es condición de ejercicio de todos los derechos humanos imaginables.

Esta dimensión del problema que tan brevemente he tratado de presentar reconduce la cuestión a la necesidad de un verdadero compromiso militante con los DDHH que —si es cierto que signan la superrestructura de la Nación— deben respetarse defenderse y aplicarse a rajatabla.

# **EL PODER JUDICIAL Y LA SOCIEDAD**

*Mario Portela*

## **1.La Situación Local**

En nuestro país, en la Convención de 1853, los constituyentes establecieron una constitución con fuerte influencia ideológica y origen norteamericano, especialmente por la denodada labor de Alberdi, pero a la par se fue gestando un derecho administrativo y procesal con fuertes influencias francesas y españolas ya que la instalación de la Corte Suprema tuvo lugar recién a mediados de 1860, luego de la incorporación de la Provincia de Buenos Aires a la Confederación. Esta duplicidad de procederes y de fuentes no se eliminó nunca y complicó el funcionamiento normal del Poder Judicial, situación que fue empeorada en 1994 cuando la Constituyente reformadora estableció el Consejo de la Magistratura manteniendo el control judicial difuso, sin crear un Tribunal Constitucional o Supremo (diverso a la Corte) que se encargara exclusivamente de decidir acerca de la constitucionalidad de las leyes.

Esto ha provocado la tardía reglamentación y puesta en marcha del primero de los Consejos de la Magistratura (luego de múltiples negociaciones entre los bloques partidarios), los problemas políticos causados por su reforma reciente (con cierto predominio del oficialismo que tiene un supuesto poder de veto tanto para el control como para la destitución de los jueces), los roces frecuentes entre la Corte y el Consejo y las apetencias políticas por el control de éste con el fin de obtener mayor poder, usando entre otros instrumentos, la administración financiera del Poder Judicial. Los medios masivos manifiestan, alentados por los partidos opositores y por algunos magistrados y abogados, que a través del Consejo se trata de vulnerar la independencia de los jueces,

circunstancia que es mucho más declamatoria que real. En efecto, hoy en día la existencia de una prensa muy preocupada por las resoluciones judiciales, a veces por razones oscuras que dependen de sus propios intereses y de la conservación del propio poder, es mucho más vulnerante de la independencia judicial que las eventuales intromisiones del PE o de los integrantes del Consejo de la Magistratura. Este manejo mediático también incide en la formación de una opinión pública que se trata de manifestar por encima de las decisiones jurisdiccionales aunque para ello deba atacar fieramente a las personas de los jueces. Aparte de ello, es también vulnerante de la propia independencia judicial la existencia de verticalismo en la organización judicial, que somete a los denominados jueces inferiores a "inspecciones" o a destratos vía de la superintendencia que manejan los estamentos superiores de la pirámide judicial.

Así es mucho mas preocupante para la independencia judicial que al tratar el tema de la inseguridad urbana en nuestro país los grandes medios de comunicación bombardeen con noticias policiales que siempre reflejan hechos sangrientos y especialmente crueles o que el Presidente de la Corte Suprema se refiera a que algunos jueces alienen la denominada "puerta giratoria", explicación policial y de partidismo mediático, que cualquier expresión vertida individualmente por algún consejero desubicado o por algún ministro trasnochado. La opinión omnipresente e interesada de los medios masivos (¿no hubo inseguridad mientras tuvo lugar el conflicto del gobierno con los productores rurales?), que por más que manifiesten que sólo son reflejo de la realidad, construyen opinión e influyen en la realidad, sumadas a las apreciaciones del Presidente de la Corte pueden influir fuertemente sobre las decisiones de magistrados que prefieren vivir tranquilos que ejercer plenamente su potestad jurisdiccional de consuno con lo que establecen nuestra Constitución y las leyes que son su consecuencia.

Esto ocurre porque los jueces, al decir de Leopoldo Schifrin (camarista Federal de La Plata), integran el sistema de dominación real, situación que se repite en todas partes, junto con el capitalismo local muchas veces prebendario (agrario e industrial), el capitalismo extranjero (generalmente especulativo y financiero), la Iglesia y las FF.AA., éstas últimas cada vez mas menguadas pero aún importantes por su rol educativo y por ser formadores de opinión. No en vano un dirigente manifestó hace poco que a la Nación la fundaron "el campo, la Iglesia

y las FFAA". Esta circunstancia ya fue señalada en teoría política por Lasalle (¿Qué es una Constitución?) y no por nada nuestro Leopoldo Marechal se preocupaba por los excesos de Ajax y de Creso (la fuerza y el capital en su estratificación de la política), relegando al último de los lugares al pobre Gutiérrez que, en su gracioso esquema, representa al mundo del trabajo.

Los jueces suelen ser, como corporación, funcionales a esos factores de poder (los de Ajax y los de Creso) y en lo individual sólo se preocupan del sueldo, la carrera y la estabilidad. Se transforman así en burócratas desentendidos de sus propias relaciones de poder y cuya Biblia la constituye la lectura del diario "La Nación", mientras que su horizonte teórico es el que recibieron de las Facultades de Derecho a lo largo de la carrera de grado y las subsecuentes especializaciones y cursos de postgrado que hoy son inevitables dadas las competencias por los "cartones" a las que deben someterse quienes aspiren a obtener cargos por concurso.

Éstas los forman acríticamente ya que en la enseñanza privilegian el sacro respeto a la norma válida, que los estudiantes muchas veces deben conocer de memoria, con lo que asumen, muchas veces sin quererlo, los postulados del positivismo ideológico (el peor de los positivismos) cuya premisa fundamental es: *La norma es correcta sólo por ser puesta por la autoridad*. Salvo enconados debates sobre pseudo problemas (especialmente centrados en búsquedas de inexistentes naturalezas jurídicas o en polémicas irrelevantes) las facultades de Derecho, pese a la existencia de la Reforma del año 1918, omiten cualquier estudio acerca de cómo solucionar problemas en los que tienen que ver cuestiones normativas que mantienen a nuestro país en la órbita de las periferias (derecho tributario, derecho administrativo, derecho constitucional, derechos de patentes y marcas), no se preocupan por intervenir en la agenda de las políticas públicas (debates legislativos) y suelen adoptar perspectivas teóricas derivadas de mundos diversos, centrales que nada tienen que ver con nuestra situación emergente (teorías de los roles). Además suelen enseñar una historia del derecho sesgada y omisiva, sin incorporar al aprendizaje una tarea crítica y argumentativa que permita observar desde el mundo jurídico las situaciones de las minorías discriminadas o marginadas, mayorías en nuestro país, que carecen de un real acceso a la justicia y al derecho.

Recién ahora se ha comenzado a trabajar académicamente con niños, mujeres y personas con discapacidad, como siempre detrás de los movimientos sociales, pero se sigue sin tratar a otros grupos desaventajados entre los que se incluyen los desocupados, los pobres, los adictos, los diferentes por razón de etnia, nacionalidad o elección sexual. Como consecuencia de lo expuesto, la sociedad reclama por la independencia judicial refiriéndola a la distancia con el PE. o con la política partidista, pero se omite hacer referencia a la dependencia real que hay frente a los órganos superiores de la judicatura, a la prensa, a los formadores de opinión y al "clamor popular" que son una amenaza mucho mayor a la independencia de los jueces, entendida como autonomía al momento de decidir. Así es como por estas razones individuales o corporativas los jueces son más permeables a resolver por consideraciones que tienen que ver con su propia comodidad o por agradar a los factores de poder que con decisiones que tomarián si tuvieran libertad de conciencia.

También se suele malversar el tema de la imparcialidad o distancia que debe haber entre el juzgador y las partes, ya que se piensa que la imparcialidad es la lejanía afectiva con el conflicto, lo que provoca jueces ajenos y estúpidamente distanciados de hechos concretos de la causa que deben jugar como motivos de la decisión en cualquier proceso argumentativo.

Para completar este oscuro panorama se ha establecido desde la dogmática el mito de la seguridad jurídica que no es otra cosa que la defensa de cierto estatus que tiene que ver con la defensa de la propiedad y las "inversiones", especialmente las extranjeras. Así que la CS. proclame la inconstitucionalidad de la legislación referida a las ART, que declare la imprescriptibilidad penal de las acciones derivadas de delitos de lesa humanidad, que anule amnistías e indultos notoriamente inconstitucionales, que privilegie el "ius cogens" en materia de Derechos Humanos, son todos ellos atentados a la "seguridad jurídica" y a veces, hasta a la soberanía nacional.

## **2. Sinopsis de Historia Constitucional**

En nuestro país el primer atentado triunfal sobre el orden constitucional se produjo el 6 de septiembre de 1930. A los pocos días

(el 10) la CSJN, integrada por los Dres. Repetto, Sagarna, Figueroa Alcorta y Lavalle, en conjunto con el Procurador General de la Nación, Dr. Rodríguez Larreta, a pedido de los Ministros "de facto" Dres. Padilla y Sánchez Sorondo, dictaba la famosa acordada del 30 (donde se citaba como doctrina principal la de un ignoto autor canadiense, Constantineau y que tuvo el oscuro privilegio de dar inicio a la bien denominada década infame).

En ésta se establecía en forma por demás inédita y sobreabundante, ya que no existía "caso" judicial que meritara la intervención de nuestro más alto Tribunal, que: "se ha puesto en conocimiento de la Corte la constitución de un gobierno provisional emanado de la revolución triunfante...que se encuentra en posesión de las fuerzas militares y policiales...es pues un gobierno de facto, cuyo título no puede ser judicialmente discutido con éxito por las personas en cuanto ejercita la función administrativa y política derivada de su posesión de la fuerza...".

A los dos días todos los jueces de la Corte, junto con los presidentes de las Cámaras de Apelaciones, visitaron al Presidente provisional que los recibió junto a los recién designados ministros Padilla, Sánchez Sorondo y Beccar Varela, éste último conspicuo abogado, a cargo del Ministerio de Agricultura (a la par que asesor letrado de la Sociedad Rural). Luego de la entrevista el Presidente de facto, manifestó al diario La Prensa (13 de septiembre) que "la CSJ se ha apresurado a reconocer al gobierno provisional, ya tenemos un poderoso blasón, una carta de crédito..."

La misma Acordada se reprodujo con toda exactitud en ocasión del golpe militar de 1943, con la firma de los Ministros Repeto, Sagarna, Linares, Nazar Anchorena y Ramos Mejía. Si bien el contexto político del país era sustancialmente diverso y los motivos expuestos por los golpistas eran otros, la cobertura judicial del atentado constitucional seguía funcionando aceitadamente. Es dable destacar que a partir de ese momento los jueces de la Corte se convirtieron en fuertes defensores del antiperonismo, horrorizados tal vez por la llegada de las masas empobrecidas al centro de la ciudad de Buenos Aires y hasta llegaron a fabular con integrar un gobierno provisional dados los sucesos del 17 de octubre de 1945. Esta conducta de los jueces de la Corte al avalar explícita y vergonzosamente rupturas constitucionales de un sistema del

que se consideraban los últimos intérpretes, y obviamente su carácter opositor ya señalado, fue juzgada en el juicio político que se les abrió a pedido del diputado Decker en mayo de 1946. Este interesante proceso es habitualmente omitido por nuestros tratadistas constitucionales ya que consideran que el mismo fue más por razones políticas partidistas que por razones institucionales.

Pero entre otras, las causales esgrimidas en esta ocasión por la Cámara acusadora fueron: "la comisión de delitos en el ejercicio de la función por abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionarios públicos", básicamente por haberse inmiscuido en materia política mediante las Acordadas del 30 y del 43, legitimando gobiernos de facto, fuera de instancia y sin causa judicial; por desconocer la creación de la Cámara de Apelaciones del Chaco; por desconocer la exoneración de jueces dispuesta en 1943; por haberse negado a tomar juramento a los jueces del Trabajo en 1944; por integrar la lista de conjueces de la Corte con abogados que respondían al capitalismo extranjero, y por haber otorgado recursos extraordinarios (Art. 14 de la ley 48) por el monto elevado de las demandas y no por la materia de las mismas.

Este proceso en el Congreso Nacional terminó con la destitución de los juzgados y por solidaridad con ellos se produjo la renuncia de un camarista, un juez nacional y cinco secretarios (tres de los cuales eran los hijos de los jueces destituidos). Luego de la sanción de la Constitución de 1949 se modificó sustancialmente la composición del Poder Judicial (dejaron de tener preferencia para ser designados los privilegios de clase y de familia) y se fue popularizando la designación de los jueces, cuestión que no se alteró en lo sucesivo.

En ocasión del golpe militar de 1955 la Corte fue sustituida en forma total, sus jueces echados sin ninguna clase de juicio y la mayor parte de los magistrados de la instancia ordinaria fueron cesanteados sin otra causa que la sospecha de ser adictos al gobierno depuesto. Se produjo una contrarrevolución judicial que se completó en lo dogmático con el silencio sobre los Fallos de los años 46/55, que quedaron en el olvido. De alguna manera comenzó a volver la tradicional "familia judicial". A partir de allí se produjeron varios silencios omisivos del Poder Judicial en hechos de gran relevancia pública y que ocasionaron gran cantidad de víctimas y de perjudicados.

Una visión incompleta y sucinta de estos "olvidos" remitiría a los siguientes eventos: bombardeo de la plaza de mayo en junio de 1955; fusilamientos de junio de 1956 efectuados antes de la sanción de la ley marcial (que fueron condimentados por festejos partidarios, asentimientos judiciales y frases tales como "se acabó la leche de la clemencia" pronunciada por un conspicuo dirigente Socialista); la represión del plan Conintes de Frondizi (donde entre otras cosas era delito nombrar a Perón, Eva Perón, al peronismo o cantar la marcha peronista). Hay en esta época una increíble prescindencia del poder judicial en los casos de declaración del estado de sitio y de intervenciones federales y se acentúa la teoría de las "cuestiones políticas no judiciables" para no limitar en forma alguna al Poder Ejecutivo gobernante. Sin embargo, por vía pretoriana se hace lugar a los primeros recursos de amparo a través de los casos Siri y Kot (para proteger la propiedad privada) y garantizar así "la seguridad jurídica".

Luego ya en la dictadura instaurada en 1966, que produjo el derrocamiento del presidente Illia, producto principal de una intensa campaña mediática y de la oposición feroz de la Sociedad Rural (que no podía exportar carne para preservar el mercado interno), de los laboratorios medicinales (ley Oñatibia) y de las petroleras extranjeras (nulidades de los convenios firmados por Frondizi), se volvió a sustituir a los jueces de la Corte nombrados en 1958 por el presidente constitucional Arturo Frondizi.

Durante ese gobierno militar encabezado por Onganía tiene lugar el inicio del desmantelamiento de la universidad pública con el hecho que se conoce con la denominación de la noche de los bastones largos, con el consiguiente y previsible silencio judicial pese a la difusión de lo acaecido esa aciaga tarde en la que se vació la Universidad Nacional de sus mejores cerebros, se detuvo sin causa y se lesionó a cientos de profesores y de alumnos. Casi al finalizar el período, el Presidente de facto crea la Cámara Nacional Penal con competencia única para juzgar hechos de subversión y terrorismo, cuya constitucionalidad fue obviamente avalada por la Corte. Estos son, tal vez los antecedentes más cercanos, de los horrores acaecidos en el trágico período de 1976/83. En esa época la Junta Militar sustituyó íntegramente a la Corte, designada por el gobierno constitucional de 1973, pero no tuvo necesidad de cesantear a demasiados jueces ya que muchos de ellos quedaron en sus cargos y

fueron probos aplicadores de la legislación de facto, desestimaron sin ninguna clase de investigación la infinidad de recursos de habeas corpus interpuestos por familiares de desaparecidos (imponiendo las costas a los desolados parientes) y callaron frente a procedimientos ilegales perpetrados por las fuerzas armadas, aun a plena luz del día y en la zona céntrica de las ciudades más importantes del país. Incluso en la Provincia de Bs. As., la Presidencia de la SCJBA emitió una directiva a los jueces de primera instancia para que se abstuvieran de pedir informes, en los casos de habeas corpus, a los comandos de las fuerzas armadas.

En el ámbito local de Mar del Plata la justicia federal se creó en 1974, al conjuro de la Triple A organizada desde el Ministerio de Bienestar Social. La fiscalía federal era una guarida formada por empleados que habían intervenido en el asesinato de la estudiante Silvia Filler en 1971, amnistiados en 1973, los que portaban armas en su lugar de trabajo y actuaban con una inédita violencia, ocupando además cargos de seguridad en la Universidad local. Ello permitió que se produjera un anticipo en el año 1975 de lo que luego sería la actuación con zonas liberadas, con cobertura policial e impunidad judicial, la noche posterior al asesinato del jefe de la CNU Local, Dr. Piantoni, los asesinatos de Sanmartino, Crespo y Azorín, la familia Baez, y tantos otros.

Ya durante el gobierno del proceso, los jueces que habían sido designados en la mesa de un café local, no se preocupaban por el correcto diligenciamiento de los recursos de habeas corpus, a muchos de los cuales rechazaban, tal como subrayé anteriormente, imponiendo las costas a los parientes que los habían iniciado. Y en casos concretos encubrían graves violaciones a los Derechos Humanos por la falta de investigación adecuada de eventos en los que se podría haber avanzado para descubrir autores e instigadores.

### **3.Las Consecuencias**

Considero, obviamente, que es impropio hacer referencia a contrafácticos, que una actitud firme por parte de jueces y fiscales que tuvieron actuación durante los años 1976/83, quizás hubiera podido limitado el horror, los muertos, los torturados, las represalias contra víctimas inocentes. Tomo esta creencia del relato que efectúa Hanna Arendt

(Eichmann en Jerusalén) acerca de la enorme diferencia entre el número de las víctimas judías producidas durante la ocupación nazi en Dinamarca y en Polonia respectivamente. Mientras que en el primero de los lugares ese número fue relativamente bajo, en el segundo fue significativamente elevado y la autora relata que ello obedeció a la diversa actitud de autoridades y pueblos ocupados frente a los intentos de las tropas alemanas y especialmente a las temibles SS. Así la autora considera que la diferencia estuvo en que en Dinamarca la propia familia real, con apoyo de la mayoría de la población civil, se colocó la estrella amarilla, de uso obligatorio para los judíos de acuerdo a la legislación de la ocupación, en señal de resistencia a ese vejamen y ello implicó una clara muestra de desobediencia civil que no pudo ser evitada, dada su pasividad, por el enemigo que debió entonces limitar su brutalidad racial. En cambio los ciudadanos y autoridades polacos acataron esas leyes crueles y vejatorias, aún con beneplácito y además hasta participaron alegremente de las carnicerías practicadas por los nazis lo que motivó que murieran en ese país casi un 95% de los ciudadanos judíos, frente al 10% de muertos en Dinamarca.

La corporación judicial reaccionó fieramente cuando desde el Poder Ejecutivo se atacó a algunos jueces de la Cámara de Casación por su labor obstructiva en las causas en las que se investigaban delitos de lesa humanidad, alegando una grosera violación a la independencia judicial. Sin embargo esa misma corporación nada dijo cuando la vida, los bienes y el honor de los argentinos se encontraba en manos de “comunidades informativas”, de servicios de inteligencia o de arbitrarios jefes de zona que respondían a su sólo interés personal.

Si se mantienen las condiciones individuales de los jueces relatadas por la pluma de Schifrin, ahora también víctima de una despiadada campaña para deslegitimar su actuación en defensa de los derechos humanos, y las condiciones corporativas de actuación del Poder Judicial jerárquico y verticalista, temerosos del denominado “clamor popular”, influidos más que por razones jurídicas por la opinión de los medios de comunicación que he enunciado anteriormente y desde los más altos estrados se deja inermes a los magistrados frente a estos ataques, es difícil que esta situación de complicidad omisiva se modifique. La forma de superar esta situación pasa por el funcionamiento de la escuela judicial como una puerta de ingreso a la judicatura, para abogados e integrantes

del poder judicial en pie de igualdad, por el establecimiento de la horizontalidad entre los jueces, aun equiparando salarios y por la existencia de un sano corporativismo, vía asociaciones de magistrados, que permita superar los ataques injustificados derivados de los factores enunciados. Hay cierta música que debería surgir de la existencia de "jueces en Berlín", conforme el famoso relato del molinero y Federico II, que no estamos ejecutando. Hay una enorme deuda social e institucional de los jueces para con la sociedad, que estamos pagando con el des prestigio que hoy en día tiene la judicatura en la consideración pública.

## **CURRILUM VITAE DE LOS AUTORES**

### **Conferencistas**

#### **Colmenero Menéndez de Luarca, Miguel**

Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo del Reino de España. Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo en 1974. Ha sido Presidente y Portavoz de la Asociación de Fiscales (1997-2000); Vocal del Consejo Fiscal (2000-2002) y desde setiembre de 2004 a julio de 2008 ha sido Vocal de la Junta Electoral Central. Ha sido Fiscal ocupando diversos cargos como Fiscal Jefe de Segovia, Fiscal del Tribunal del Supremo, Sala en lo Penal. Se ha desempeñado como Profesor de Derecho Civil en la UNED (1981), como Profesor de la Academia de Policía Municipal (Sevilla) (1989 a 1992), Profesor de Derecho Penal, Prácticas, en el Colegio Universitario Domingo de Soto, Segovia (1993 a 1998), Profesor Coordinador de la Escuela de Práctica Jurídica del Colegio Universitario de Segovia, Profesor de Derecho Penal, Curso de Formación Inicial de Fiscales (2001), Profesor de diversos Cursos de Formación de Policía Judicial, Ponente en varios Cursos de formación del Consejo General del Poder Judicial y del Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia. Ha realizado numerosas colaboraciones y publicaciones.

#### **García Ramírez, Sergio**

Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ex-presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004-2008). Realizó sus estudios superiores en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México, con mención honorífica, y obtuvo el Doctorado en 1971, con mención “Magna cum laude”, que se otorgó por primera vez

en el Doctorado en Derecho de la UNAM. Es investigador titular en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesor titular en la Facultad de Derecho de dicha Universidad. También es Investigador Nacional, nivel III, en el Sistema Nacional de Investigadores. Desde 1993 forma parte de la Junta de Gobierno de la UNAM. Es Directivo de la "Revista de la Facultad de Derecho". Integrante de la Junta de Gobierno del Centro Universitario México, División de Estudios Superiores. Fue Presidente (fundador) de la Junta de Gobierno del Instituto Nacional de Ciencias Penales. Es autor de "La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos"; "Proceso penal y derechos humanos"; "Las Reparaciones en el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos"; "Manual de prisioneros: La pena y la prisión"; "Los Derechos humanos y el derecho penal"; "Narcotráfico: Un punto de vista mexicano"; "El acceso de la víctima a la jurisdicción internacional sobre derechos humanos", entre otras obras.

**Maier, Julio B. J.**

Ex Juez del Tribunal Superior de Justicia de la ciudad de Buenos Aires. Profesor Titular Consulto de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba) y Doctor honoris causa de la Universidad Antenor Orrego, Trujillo, Perú. Profesor consulto del Departamento de Derecho Penal y Facultad. Profesor Honorario en varias Universidades extranjeras. Autor de más de un centenar de trabajos jurídicos, publicados en revistas nacionales y extranjeras y en diversos idiomas. Autor de siete libros, entre los cuales se destaca su "Derecho Procesal Penal". Fue designado Presidente Honorario de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, miembro honorario de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, miembro de honor de la Unión Nacional de Juristas de Cuba, Sociedad Cubana de Derecho Procesal, y le fue conferida la Orden de mérito del Poder Judicial de Guatemala por acuerdo pleno de la Corte Suprema de Justicia de ese país.

**Sánchez Yllera, Ignacio**

Magistrado. Letrado del Tribunal Constitucional de España, donde se desempeña como Coordinador del Área Penal. Ha sido Director del Ga-

binete de la Vicepresidenta Primera, Ministro de la Presidencia y Portavoz del Gobierno de España. En 1985 ingresó a la carrera judicial, ocupando el cargo de Letrado del Consejo General del Poder Judicial. Fue Director del Gabinete de la Secretaría de Estado de Justicia, en el Ministerio de Justicia e Interior. Como Director del Gabinete de la Secretaría de Estado de Justicia ha participado en los trabajos pre-legislativos, y en el seguimiento parlamentario de diversos proyectos de Ley. Ha trabajado como consultor del Center for the Administration of Justice (CAJ) de la Florida International University y como consultor para la Unión Europea. Ha realizado diversas ponencias, conferencias y publicaciones en materia penal, salud mental, entre otras.

### **Terradillos Basoco, Juan María**

Catedrático de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cádiz. Doctor por la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cádiz. Miembro de la Comisión de Doctorado de la Universidad de Cádiz, desde 1987 hasta 1990. Director del Departamento de Derecho Público de la Universidad de Cádiz en 1990. Director de la Sección del Instituto Andaluz de Criminología. Miembro representante de Catedráticos de Universidad en la Junta de Gobierno de la Universidad de Cádiz (desde 1999 hasta 2002). Vicerrector del Profesorado de la Universidad de Cádiz. Autor de más de un centenar de trabajos jurídicos, publicados en revistas nacionales y extranjeras y en diversos idiomas. Ha publicado libros sobre el derecho penal de la empresa, del trabajo, delitos contra la vida y la salud de los trabajadores, el delito de blanqueo de capitales de origen delictivo, entre muchos otros. Asimismo, ha coordinado y editado diversas publicaciones acerca del derecho penal, libertades civiles y derecho al medio ambiente.

### **Panelistas**

#### **Alagia, Alejandro**

Fiscal General ante el Tribunal Oral Criminal N° 2 de la Capital Federal (Concurso 14/2001 del Ministerio Público de la Nación), y actualmente se desempeña como Fiscal General de la Unidad de Asistencia para cau-

sas por violaciones a los Derechos Humanos durante el Terrorismo de Estado (Causa Primer Cuerpo del Ejército “Suárez Mason”). Es Profesor Adjunto Regular del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la U.B.A., y en el 2008 ha obtenido por concurso el cargo de Titular de Cátedra del mismo Departamento, restando la confirmación y designación en el cargo. Ha publicado los libros “*Derecho Penal, Parte general*”, junto a Eugenio R. Zaffaroni y Alejandro Slokar, Ed. Ediar, 2001, Buenos Aires; “*Direito Penal Brasileiro*”, junto a Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista y Alejandro Slokar, Río de Janeiro, 2003; y “*Manual de derecho penal*”, junto a Eugenio R. Zaffaroni y Alejandro Slokar, Ediar, 2005; entre diversos artículos.

### **Anitua, Gabriel Ignacio**

Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona, Master en “Sistema penal y problemas sociales” de la Universidad de Barcelona, Abogado por la Universidad de Buenos Aires y Licenciado en Sociología por la misma Universidad. Becario post-doctoral de la Fundación Humboldt, en la Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt (2004-2005). Actualmente es Profesor adjunto regular de derecho penal y criminología en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Autor de los libros “Justicia Penal Pública” (2003), “Historias de los pensamientos criminológicos” (2005, traducido al portugués en el año 2008) y “Derechos, Seguridad y Policía” (2009), así como de más de cincuenta artículos. Tras haber desempeñado tareas en diversas reparticiones de la justicia penal de la Argentina, trabaja actualmente como Secretario Letrado de la Defensoría General de la Nación.

### **Barroetaveña, Diego**

Juez del Tribunal Oral en lo Criminal N° 21. Profesor Adjunto de Finanzas Públicas y Derecho Tributario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor de Posgrado de la Carrera de Especialización en Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la UBA. Profesor de la Carrera de Posgrado Derecho Penal Tributario de la Facultad de Derecho de la UBA. Profesor de la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la Nación. Profesor Adjunto de la Universidad Popular Madres de Plaza de Mayo. Autor de diversos artículos sobre las asignaturas Derecho Penal Tributario; Derecho Penal y Procesal Penal.

### **Ledesma, Ángela**

Jueza de la Cámara Nacional de Casación Penal y Jurado del Consejo Nacional de la Magistratura. Profesora Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ha publicado como autora y en co-autoría numerosos artículos sobre derecho procesal penal y civil. Asimismo, ha sido partícipe en la redacción de diversos códigos provinciales. Entre las instituciones a las que pertenece, se destaca su calidad de Miembro Titular del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y de la Asociación Internacional de Derecho Procesal.

### **Niño, Luís Fernando**

Juez de Cámara en los Tribunales Orales en lo Criminal de Buenos Aires. Profesor Titular de la Cátedra de Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, restando la confirmación y designación en el cargo. Abogado (diploma de honor), egresado de la Universidad de Buenos Aires; Licenciado en Criminología, egresado de la misma Universidad; Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (Reino de España); Co-Director de la Maestría en Criminología de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora; Profesor de Postgrado de Derecho Penal y Criminología en las Universidades de Buenos Aires, Belgrano y Nacional de Lomas de Zamora (República Argentina), Docente del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD). En tal carácter ha dictado cursos en diversas ciudades de América Latina. Miembro fundador de la Asociación Civil “Justicia Democrática”, con sede en Buenos Aires. Miembro fundador de la Sociedad Argentina de Bioética. Autor de numerosas publicaciones y compilador de diversas obras consagradas a temas de Derecho Penal y Criminología.

### **Pastor, Daniel**

Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Doctor por esa misma Universidad, área Derecho Penal. Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ha estudiado en el *Instituto de Ciencias Criminales* de la Universidad de Colonia (Alemania), como becario del DAAD (Servicio Alemán

de Intercambio Académico) en 1997/1999. Ha sido becario de investigación postdoctoral de la Fundación Alexander von Humboldt en el *Instituto para las Ciencias Conjuntas del Derecho Penal* de la Universidad de Múnich en 2004/2005. Es autor de siete libros y de unos cincuenta trabajos de su especialidad. Los temas centrales de su tarea científica son: duración razonable del proceso y prescripción penal, presupuestos procesales, prisión preventiva, culpabilidad, recurso de casación, codificación penal y derecho penal internacional.

**Portela, Mario**

Juez del Tribunal Oral Federal de la ciudad de Mar del Plata. Profesor Titular de Teoría General del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata y de Filosofía del Derecho de la misma Institución. Profesor invitado por la Universidad Carlos III de Madrid, entre otras. Director del Grupo “Cátedra”, creado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata en el año 1992 y del Grupo de Investigación “Crítica Penal” creado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata. Autor de diversos libros y artículos publicados en el área del derecho penal y de filosofía del derecho

**Righi Ivahí Badaró, Gustavo Henrique**

Abogado. Doctor y Magister en Derecho Procesal Penal por la Universidad de San Pablo. Profesor de Derecho Procesal Penal de la misma Universidad. Ha tenido una extensa actividad internacional en la materia, entre ellas ha participado en el grupo de trabajo para la elaboración del Estatuto de Roma. Autor de diversos libros como así también sendos artículos en la materia de derecho procesal penal. Dentro de su actividad docente se ha desempeñado como profesor de Derecho Procesal Penal y Civil en distintas Facultades de Derecho, entre ellas, de la Universidad de Taubaté y de la Universidad Católica Dos Santos.

**Sal Llargués, Benjamín**

Profesor Adjunto Regular de la UBA, de la UNS (U. del Sur, Bahía Blanca) y de la UNLP (La Pampa). Actualmente se desempeña como juez del Tribunal de Casación de la Provincia de Bs. As.

**Vitale, Gustavo**

Defensor Oficial la Cámara en lo Criminal del Poder Judicial de Neuquén. Profesor Titular de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Comahue, a cargo de las cátedras de Derecho Penal (Parte General y Especial) por Metodología de Casos. Profesor de postgrado en la Universidades Nacionales del Sud, de La Pampa y de Rosario. Autor de los libros “Suspensión del proceso penal a prueba”, “Principio de insignificancia y error”, “Encarcelamiento de presuntos inocentes” y otros en coautoría sobre temas de Derecho Penal y Procesal Penal. Autor de numerosos artículos de Derecho Penal. Autor de varios proyectos de ley en la materia.

**ESTE LIBRO SE TERMINÓ DE IMPRIMIR  
EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE CILINCOP SA  
EN EL MES DE DICIEMBRE DE 2009**