

PRUDENTIA IURIS N° 57

*Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Pontificia Universidad Católica Argentina
"Santa María de los Buenos Aires"*



Junio 2003

AUTORIDADES DE LA FACULTAD

Decano

Dr. Eduardo P. M. Ventura

Secretario

Dr. Gabriel Limodio

Director de la Carrera de Abogacía

Dr. Manuel H. Castro Hernández

Coordinación de Estudios

Abogacía: Dr. Florencio F. Hubeñák
Ciencias Políticas: Lic. Marcelo P. Camusso

Centro de Investigaciones Jurídicas

Director: Dr. Jorge H. Alterini

Coordinador de Relaciones Institucionales y Públicas

Dr. Néstor A. Raymundo

Departamento de Posgrado y Extensión Jurídica

Director: Dr. Manuel H. Castro Hernández
Coordinador: Dr. Gustavo F. Costa Aguilar

Doctorado

Director: Dr. Eduardo P. M. Ventura
Comisión Asesora: Dr. Jorge H. Alterini,
Dr. Orlando J. Gallo y Dr. Félix A. Lamas

AUTORIDADES DE LA REVISTA

Director

Dr. Roberto Punte

Secretario de Recensiones

Dr. Florencio F. Hubeñák

Secretario

Dr. Ezequiel Abásolo

Consejo Asesor

Dres. Juan Rafael Llerena Amadeo, Carlos R. Sanz,
Francisco Alberto Vocos, Orlando Gallo y Alfredo Battaglia.

Ediciones de la Universidad Católica Argentina

Universitas S.R.L.

Tucumán 1436 - Buenos Aires

ISSN: 0326-2774

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723.

PRUDENTIA IURIS

SUMARIO

JUNIO 2003 - N° 57

Editorial	7
RESPUESTAS INSTITUCIONALES Y POLÍTICAS ANTE LA MACROCRIMINALIDAD	
La naturaleza económica de la criminalidad organizada. <i>Andrea Castaldo</i>	13
Blanqueo de capitales. Desde la represión del delito a la prevención. <i>María José Meinke</i>	27
Globalización y derecho penal. <i>Luiz Flávio Gomes</i>	67
La nueva política criminal intimidatoria e inocuidadora. (El caso de la seguridad ciudadana en Perú). <i>Percy García Caveró</i>	93
La respuesta al terrorismo político en Italia. <i>Mauricio Landi</i>	123
Réplica francesa al terrorismo y al crimen organizado. <i>Serge Leteur</i>	151
El debate sobre la constitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521. <i>Miguel M. Padilla</i>	161
Derechos fundamentales y constitucionalismo penal. <i>Carlos Alberto Mahiques</i>	179
El estatuto de Roma y el principio de legalidad en el Derecho Penal internacional. <i>Juan Manuel Gramajo</i>	193
ACTUALIZACIONES EN DERECHO PENAL	
Acerca de la responsabilidad de la persona jurídica en el Derecho Italiano. <i>Mauro Ronco</i>	207
La Corte Suprema y la morosidad del proceso penal. <i>Francisco D'Albora</i>	239
El secreto profesional médico. <i>Fernando Mario Caunedo y Manuel Gorostiaga</i>	251
La Legislación Argentina ante los delitos complejos. <i>Luis Enrique Velasco</i>	281
IN MEMORIAM	
Justo López (1923-2003). <i>Jaime Luis Anaya</i>	297
Francisco José D'Albora(1927-2003). <i>María de las Mercedes López Alducin</i>	301
Julio José Martínez Vivot (1946-2002). <i>Sergio A. Villamayor Alemán</i>	303

RECENSIONES

- “Derecho Penal: Lenguaje y Crisis”, *Marques Dip, Ricardo. Comentario por Alfredo Battaglia* 307
- “Muerte y Supervivencia”, *Scheler Max, Madrid, Ediciones Encuentro, 2001; 92 págs. Comentario por Javier H. Barbieri* 327
- “Derecho Internacional Público”. *Álvarez Londoño S.J., Luis Fernando. Santa Fé de Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana, 1998, 540 págs. Comentario por Dra. Lilia R. y V. de Hubeñák* 331
- “Los Talibán. El Islam, el petróleo y el nuevo –Gran Juego– en Asia Central”. *Rashid Ahmed. Barcelona; Península, 2001, 375 págs. Comentario por Florencio Hubeñák* 333
- “Negociando con príncipes”. *De Callières, François, Madrid, La Esfera de los libros, 2001, 206 págs. Comentario por Florencio Hubeñák* 335
- “Russia addio. Come se colonizza un impero”. *Chiesa, Giuletto. Roma, Riuniti 2000, 279 págs. Comentario Florencio Hubeñák...* 336
- “Il mito della nuova terra. Culture, idee e problemi dell’ambientalismo”. *Livorsi, Franco. Milano, Giuffrè, 2000, 545 págs. Comentario de Florencio Hubeñák* 338
- “El dragón ante el huracán. Retos y esperanzas de China ante el siglo XXI”. *Fanjul, Enrique. Madrid, Biblioteca Nueva, 1999, 225 págs. Comentario por Florencio Hubeñák* 340
- “Una storia della giustizia”. *Prodi, Paolo. Bologna, Il Mulino, 2000, 500 págs. Comentario por Florencio Hubeñák* 342

• Toda la revista puede consultarse en www.eldial.com (ver ícono de la Revista en la columna izquierda).

• e-mail: derecho@uca.edu.ar (por favor aclarar en el texto at/Dr. Roberto Punte o Ezequiel Abásolo).

EDITORIAL

Este número recoge distintos trabajos vinculados con temas de derecho penal así como de política criminal particularmente referidos a la nueva realidad de la macrocriminalidad, incluido el terrorismo y las asociaciones en que el delito adopta formas de organización propias del Estado o las empresas; así como el esfuerzo de la comunidad internacional para generar respuestas racionales y estables a los graves problemas involucrados en los crímenes de lesa humanidad. La respuesta jurídica y política se ve en la necesidad de adaptarse a estas nuevas formas de destrucción y daño, pues en términos metafísicos el mal no tiene entidad propia sino como daño o pérdida del bien. Del mismo modo no hay en lo humano un mal absoluto sino pérdidas e imperfecciones, que provocan primordial preocupación cuando por su entidad afectan los bienes generales o comunes, las circunstancias que enmarcan y encauzan nuestras vidas y destinos.

Sobre la modalidad que hoy debe tener esa respuesta existe entre nosotros un debate público importante. Es oportuno, en consecuencia, referirnos a los elementos más primarios que deben formar la base de cualquier política de Estado en materia de seguridad.

Como siempre, cabe acudir a los textos fundamentales. Nuestra Constitución cumple 150 años y tal vez merezca como mejor homenaje su atenta relectura.

En este caso, para la búsqueda de "bases y puntos de partida" que nos permitan trabajar sólidamente en tan delicada materia.

Es legítimo comenzar esta reflexión por los "bienes jurídicos" a proteger: la paz interior, la defensa común y la unión, para asegurar el bienestar general y la libertad, con razón y justicia. Los valores de libre tránsito, propiedad, trabajo, igualdad ante la ley, igualdad de derechos a los extranjeros, hasta sus actuales desarrollos más elaborados y sutiles, así como los derechos naturales preexistentes a la Constitución, que nacen de los derechos del pueblo y la forma repu-

blicana, son valores liminares, que no cesan de sostener la convivencia ni pueden ser entendidos ni ejercidos sin una política de seguridad que los ampare.

De esto, se sigue, como consecuencia, el tratamiento de la legitimidad del Estado como gestor de la defensa de estos bienes. El Código Penal encomendado al Congreso implica "acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios" (60 *in fine*). La lectura *a contrario sensu* del art. 19 expresa la autoridad de los magistrados respecto de aquellos actos que alteren el orden o perjudiquen a terceros. Vemos en el art. 29 la noción de "responsabilidad y pena" y en el 67 claramente expresado, que puede haber crímenes susceptibles de penas aflictivas, infamantes o de muerte.

Más aún, para el constituyente fue condición fundante del legítimo ejercicio de la autonomía provincial el asegurar la administración de justicia y el régimen municipal, lo que se daba dentro de un contexto según el cual el municipio era el verdadero y primer responsable de las funciones de seguridad y policía. En aquellos momentos incipientes de la organización política nacional el municipio, continuador del cabildo, era el único órgano funcionalmente capacitado para hacer efectivas las medidas de seguridad. En consecuencia, dentro de la estructura constitucional la autonomía local se justifica por su función de sostener las garantías de seguridad ciudadana y esto debe ser leído no sólo con referencia al autogobierno local, sino también a la preservación de los indicados valores en cada ciudad. Contrapuesto a esto puede concluirse que si el gobierno local fracasa en el resguardo de la seguridad cae su legitimidad para el goce y ejercicio de las instituciones, en cuanto ha resultado incumplidor de la referida garantía. Esta interpretación permite ver con un sentido diferente y profundo las responsabilidades locales en la preservación del orden público, así como la consecuente responsabilidad federal de intervenir y suplirlas cuando fallan el orden provincial y municipal en esa defensa. La intervención federal, que tiene por propósito hacer cesar el desorden y las sediciones, es un deber de la prudencia en tales casos y no una mera facultad opinable. La rudeza con que es enfocado este problema, puede encontrarse en el uso del verbo, en el art. 127 cuando ante la sedición o asonada se establece el deber del gobierno federal de "sofocar y reprimir conforme a la ley" tal tipo de acciones de hecho. El fenómeno piquetero nos muestra su costado sedicioso, cuando se advierte la firmeza constitucional ante "toda fuerza armada" que se "atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de

éste “ (22); así como que ningún grupo puede con amenaza armada exigir requisiciones o “ auxilios de ninguna especie”(17). Todo el capítulo de la defensa de juicio puede ser leído también del mismo modo, esto es, que –a partir de la ley– es pertinente el juicio y válida la pena en todo lo “que aquella exija” (18). También la ley puede determinar la posibilidad de prevención e investigación, por medios como el allanamiento de los domicilios y la documentación. Por último, el castigo se morigera ante la aflicción o la crueldad, pero es firme en cuanto a la necesidad de seguridad de los reos legítimamente detenidos.

Sabido es que los derechos contenidos en los tratados constitucionalizados son, primero y principalmente, deberes de los Estados, por lo que también son útiles para analizar sobre qué bases pueden establecerse reglas y fundamentos para las políticas de seguridad. Para tomar un solo ejemplo, es deber de la Argentina como Estado parte de la Convención Americana garantizar a todos y cada uno de sus habitantes el libre ejercicio de sus derechos y que se respete su vida; su integridad física, psíquica y moral, su dignidad de ser humano, su libertad y su seguridad personal.

El poder de gobierno que organiza la Constitución es para asegurar a todos los “beneficios de la libertad”: si analizamos los círculos de libertad que resguardan a las personas encontramos todos los elementos propios de la mejor política de prevención. La “forma republicana” legitima al Estado como garante fiel del orden jurídico al que él mismo se somete y somete a sus funcionarios; el cuidado frente a la concentración y perpetuación en el poder, la independencia del Poder Judicial, los derechos preexistentes del pueblo a sus bienes y honra, al trabajo y la industria, a la educación, al ambiente sano, etcétera.

En este orden la Constitución nunca fue pasiva y contiene claros y expresos mandatos de crecimiento y desarrollo cuando encarga de modo principal “proveer lo conducente a la prosperidad del país ; al adelanto y bienestar... al progreso...”; en todo coherentes con las políticas sociales de vivienda digna, protección de la familia y la salud; retribución justa, etcétera.

La prevención primaria fue sabiamente sintetizada por José Hernández en aquellos versos: “*debe el hombre tener casa, escuela, Iglesia y derechos...*”. Luego se insertan los más concretos y específicos deberes propios de la garantía de la seguridad frente al desvío y el delito.

En definitiva, la propuesta de esta relectura es reflexionar sobre los fundamentos.

Estos, en relación con los deberes públicos de garantizar nuestra seguridad y las consiguientes responsabilidades que se siguen.

Cabe admitir que esta no ha sido la tendencia hasta ahora en curso, pues después de las crisis sufridas se ha venido enfatizando la defensa de los individuos contra los abusos de poder. Lo cierto es que todos los valores son válidos y permanentes, pero cada momento tiene su propia necesidad, y esta debe ser escuchada y satisfecha.

Por eso enriquece el tema mirarlo desde la perspectiva de la defensa de la seguridad de las mismas personas en cuanto resultan amenazadas por la violencia y el crimen; como dignos titulares de un poder jurídico de amparo frente a las autoridades públicas responsables del orden público y, también, de un poder político contenido en la petición, la iniciativa y el sufragio.

**RESPUESTAS INSTITUCIONALES
Y POLÍTICAS ANTE LA
MACROCRIMINALIDAD**



LA NATURALEZA ECONÓMICA DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

ANDREA CASTALDO*

I. Introducción

Este trabajo tiene por objetivo analizar de forma crítica la política criminal actual sobre el tema de la lucha contra la criminalidad organizada en el sector del derecho penal económico. Se partirá en consecuencia, con el análisis, por un lado, del fenómeno de la *criminalidad organizada* económica y, por otro lado, de los *puntos-claves de la legislación de contraste*.

Naturalmente, la amplitud del tema implica decidir sobre la elección del método: es decir, seleccionar los perfiles, estadística e históricamente más interesantes, con el fin de evitar cierta arbitrariedad en las decisiones que puedan modificar el resultado.

II. La criminalidad organizada

Veamos la cuestión de la criminalidad organizada. En primer lugar, no existe una única definición del concepto, pues oscila entre aspectos sociológicos y perfiles normativos de descripción que modifiquen el concepto existente. En resumen, la criminalidad organizada puede ser vista como una organización de personas con la finalidad de cometer delitos de elevada desvalorización social y claro contenido económico.

El número mínimo de participantes en la asociación, su imputabilidad y la naturaleza de los delitos-fines constituyen en realidad

* Professore straordinario di Diritto Penale, Università di Salerno.

pseudoproblemas. Sin embargo, es importante considerar a los efectos de la definición del concepto, la *potencialidad ofensiva* ya que ésta está muy arraigada en la noción de organización criminal, así como su *know-how* de peligrosidad. Estos valores intrínsecos, de hecho, están en relación directamente proporcional con la presumible comisión de delitos, *cuantitativamente y cualitativamente*, relevantes en los campos económicos y políticos.

Veamos entonces algunas de las características de la criminalidad organizada.

II.1. Las razones socioeconómicas de la existencia

Un aspecto muy importante a considerar es el relativo al supuesto carácter "natural" que reviste la formación del crimen organizado. Si bien, de hecho en la literatura penalística y no penalística, ha prevalecido siempre la idea de considerar el *topos* criminalidad organizada como una anomalía contemporánea, al mismo tiempo se ha reconocido que representa casi una inevitable proyección de la sociedad actual.

Por eso, el conocimiento y la toma de conciencia de la ontología que da lugar a la criminalidad organizada es, según mi opinión, el primer paso para una correcta focalización del problema.

Conviene entonces precisar algunas cuestiones:

a) La dinámica de las relaciones sociales, la complejidad de las estructuras funcionales producen, hoy en día, como reacción consecuente la *cohesión interpersonal*. En otras palabras, el individuo selecciona socios basándose en *los intereses y objetivos comunes* y procura formar una sociedad con *ellos para optimizar los resultados*.

Si esta búsqueda asociada de optimización de resultados en el contexto social y económico se desplaza sobre la vertiente de la ilegalidad, emerge *ictu oculi* la realidad "natural" de la organización criminal.

La finalidad de cometer delitos que garanticen fuertes ganancias (*rectius: de acumular provecho, en términos de prestigio y poder económico, mediante el delito*) está garantizada, en mayor medida, por la asociación de hombres en contraposición a la actuación meramente individual.

Entonces es posible hacer una primera reflexión: mientras la criminalidad clásica se basaba sobretodo en la *realización del delito*, la criminalidad organizada, en cambio, tiene su fundamento en el *pac-tum sceleris*, y por tanto se caracteriza por *la índole indeterminada* de los delitos que se cometen.

Al mismo tiempo, es lógico pensar, que el perfil de la organización íntimamente arraigado en la asociación criminal implica un efecto multiplicador. En los hechos, la consolidación de la estructura criminal se autoalimenta de los propios resultados, generando una tendencia de crecimiento bajo el perfil *subjetivo* (número de los asociados) y *objetivo* (delitos en los cuales se invierte la fuerza de la asociación).

Si estas premisas son exactas, necesitamos entonces calibrar la respuesta sancionadora de modo que se neutralicen al menos los *inputs* que han determinado el asociacionismo criminal.

Quiero analizar brevemente este punto:

La primera reflexión es que una estrategia de lucha que tiene como objetivo reprimir el delito, mediante el poder de disuasión de la sanción, es seguramente poco congruente, ya que el acento se pone sobre los efectos y no sobre las causas. Teniendo en cuenta que la severidad de la pena conlleva algún poder de disuasión, todo lo que puede producir será simplemente la *transformación* de la actividad delictiva.

Por eso, una política (criminal) sería tendrá que intervenir sobre las razones que hacen mayor presión sobre el individuo para formar parte de la organización criminal.

La segunda reflexión surge necesariamente de la primera y se vincula con la utilidad que reporta la pertenencia a la organización criminal. En tal sentido, las teorías económicas representan una gran ayuda para un primer análisis funcionalmente correcto.

Veamos:

No es un misterio que la criminalidad organizada eche fuera su *humus*, reclutando mano de obra entre los extractos socialmente más débiles: para éstos, de hecho, muchas veces la misma organización criminal constituye la única fuente de ganancias y la conquista de un "papel social", si bien con connotaciones negativas.

La utilidad esperada de la conducta que deriva de la participación criminal es en total muy elevada, y también lo es la *utilidad marginal*. De este modo, son excesivamente fuertes, tanto el riesgo que el asociado está dispuesto a correr, como el impulso motivacional que lo sostiene.

La conclusión del discurso es intuitiva: las estrategias eficaces para enfrentar la criminalidad organizada tienen que intervenir en una doble área:

Primero: bajar el nivel de utilidad económica para el reo, creando alternativas sociales a la desviación;

Segundo: incrementar la carga psicológica de la participación para el asociado, atacando a la asociación para delinquir como *modus vivendi*.

La primera línea de intervención (preventiva) es extra-penal; la segunda (represiva) es de política criminal. Esto determina el problema entre eficacia y garantías.

Por eso parece natural que la represión penal de la asociación criminal tenga que encontrar un equilibrio justo entre principios-guía del sistema penal y la eficacia represiva. En efecto, si abstractamente el hecho de disuadir al individuo de pertenecer o no a la organización criminal está en relación con la severidad de la pena y con la vaga delimitación de los confines típicos de los casos específicos de asociación, el límite insuperable está marcado tanto por exigencias de proporcionalidad de la pena como por la taxatividad del tipo penal, teniendo también en cuenta su carácter ofensivo. La eficacia del sistema penal debe estar vinculada en consecuencia al respeto de tres principios fundamentales: proporcionalidad de la pena, taxatividad del tipo penal, ofensividad de las conductas imputadas.

II.2. La relación entre crimen organizado y criminalidad económica

El *identikit* criminológico de Sutherland a propósito del delincuente del cuello blanco hoy es tan anacrónico como equivocado.

La criminalidad económica (otro concepto excesivamente genérico) se basa en realidad en distintas dinámicas de comportamiento. En resumen: la delincuencia económica clásica estaba perfectamente integrada en la sociedad; el crimen representaba para el individuo un paréntesis aislado en el camino de su vida, y era considerado expresión de elecciones individuales temporáneas.

Sin embargo la delincuencia económica contemporánea está nuevamente *organizada*: es una expresión de asociación de individuos no integrados, y que por medio del crimen intentan obtener prestigio y reinserción social.

La misma importancia la tiene el hecho de que la criminalidad asociativa se ha expandido al mundo económico: las ganancias que derivan del crimen vienen reinvertidas en circuitos económicos-financieros legales, sea con el objetivo de descontaminar su origen ilícito, sea por las grandes ganancias que tal actividad produce.

A pesar de ello, las distintas modalidades de ingreso en el mercado están viciadas y presentan defectos: por una parte la indebida presión que nace de la fuerza de intimidación que posee la organización criminal, y por otra los demás delitos que se cometen para adquirir poder en el campo de la inversión elegida previamente (delitos tributarios, corrupción, balances falsos, perturbación en las subastas, etc.).

Como una consecuencia del perfil económico de la organización criminal debe verse su extensión más allá de las fronteras nacionales.

II.3. La internacionalización

Sólo una breve alusión merece la internacionalización del fenómeno, ya que se trata de un resultado intuitivo. La caída de las fronteras comerciales, la globalización del mercado y de las bolsas, la *e-commerce* han generado no solamente alianzas estratégicas entre grupos criminales, sino sobretodo su extraordinaria *flexibilidad para delinquir*, esto viene a significar poder operar rápidamente en territorios cuya respuesta es más satisfactoria, en términos de asignación de recursos a la propia identidad criminal.

A partir de este diagnóstico del problema cabe considerar algunas líneas para enfrentarlo.

III. Las estrategias de lucha

Para comenzar conviene hacer un balance intermedio.

La *criminalidad económica organizada* se caracteriza por tres aspectos:

- la naturaleza transfronteriza;
- la indiferencia respecto al delito-fin;
- el aumento del vínculo de estabilidad de la organización.

Delante de un escenario como este es necesario preguntarse cuáles serán las líneas legislativas de contraste antes de evaluar su fundamento.

III.1. La respuesta legislativa a la criminalidad organizada

Con referencia a la asociación para delinquir, la intervención normativa se puede sintetizar en tres grandes directivas:

- la cooperación judicial internacional;*
- el reconocimiento de lo que puede llamarse premios procesales ;*
- la simplificación del rito probatorio.*

El aspecto más sorprendente en el campo de la respuesta legislativa es, sin lugar a dudas, *la caracterización procesal* (y sólo indirectamente sustancial) de la estrategia de enfrentamiento al crimen organizado.

Aquí debe señalarse que de hecho el legislador, para atacar el fenómeno asociativo, ha preferido recurrir a dos aspectos fundamentales en materia procesal: los incentivos del arrepentimiento —los *pentiti* o arrepentidos— y a mecanismos de exoneración de la carga probatoria.

Este primer paso representa a la vez la primera derrota del Estado, y no sólo por su aspecto ético (que aparece en juego con la reducción o renuncia de la pena por el crimen), sino particularmente bajo el aspecto pragmático que justifica esta línea de acción.

Recurrir a la infiltración de agentes externos, o al arrepentido de la asociación criminal significa *reconocer la imposibilidad de combatir la organización desde el exterior*.

Por lo que se refiere a la simplificación de la prueba, el proceso se hace campo propicio para las determinaciones fundamentales de orden político-criminal. Esto produce una grave alteración de los principios procesales y de la propia consideración de los tipos penales.

Por esas razones, el mensaje de fondo para los operadores del sistema pena es el siguiente:

ya que la dificultad de la prueba en los procesos de criminalidad organizada se encuentra en relación con el requisito de comprobación de la existencia del vínculo y de la participación del *intraneus*, el caso específico típico —la figura penal en sí misma— carece de requisitos de contenido. De esa forma se busca facilitar la comprobación de su existencia.

Esta tendencia es particularmente visible (y exasperada) en el caso de la legislación italiana que prevé *el concurso externo* en la asociación mafiosa: el castigo del concurrente externo es seguramente un caso anómalo desde el punto de vista fenomenológico; pues elabora una figura suspendida entre una tercera persona extraña y el participante en la asociación ilícita, forzando los criterios de complicidad y coautoría. Esto ha determinado la existencia de verdaderas acrobacias técnico-jurídicas imaginadas por la jurisprudencia para sostener su legitimidad, con la intención de escapar a la más rigurosa carga de la prueba respecto a la participación, conformándose con las delimitaciones inciertas y difuminadas del concurso externo.

III.2. El ejemplo de la ley de lavado de activos

Según nuestro criterio, un punto de vista distinto tiene que plantearse en lo que se refiere a la lucha contra la delincuencia económica, dentro de la matriz de la delincuencia organizada.

Un ejemplo paradigmático, debido a la suma importancia que reviste en la economía mafiosa y por el simbolismo del hecho, es la lucha contra el reciclaje.

Por otra parte, las *guide-lines* elaboradas en la materia han sido recogidas y exportadas para otros delitos, y son éstas las que representan el banco de pruebas sobre las cuales comprobar la eficiencia de la actual respuesta penal a la delincuencia económica.

IV. La erosión del principio *nemo tenetur se detegere*

La obligación de informar y controlar constituyen la primera línea de acción cuando hablamos de prevención del crimen. Se trata de una opción político-criminal por sí sola indiscutible, pero *la elección de los sujetos sobre los que cae tal obligación*, y la extensión de los mismos, está sujeta a muchas críticas.

El titular de la actividad económica tiene como obligación el comunicar a la autoridad institucional encargada de la vigilancia los flujos de información relacionados con su papel, de lo contrario se expone inevitablemente al riesgo de una autodenuncia. De hecho, la obligación por parte del administrador –como se ha previsto en una reciente ley alemana– de documentar rápidamente la situación de crisis en la que se encuentra la sociedad representada, si bien responde, seguramente, a las exigencias correctas de tutela anticipada de terceros y del patrimonio social, acaba por obligar al destinatario a informar sobre hechos que entren abstractamente en una *notitia criminis*.

V. El derecho penal del sospechoso y la dilación

El mecanismo seguido para comprobar los delitos potenciales es muy importante. El particular colabora con el Estado y tiene que señalar las operaciones sospechosas: *leading-case* el reciclaje.

Es interesante observar sobretodo, cómo este esquema estratégico se está utilizando con mayor frecuencia en el circuito económico-financiero. El legislador considera injusto que el operador financiero, aprovechándose de la experiencia acumulada y de su profesionali-

dad, tenga capacidad para seleccionar operaciones anómalas y, por lo tanto, para señalar a la autoridad investigadora indicios adicionales.

De este modo, el privado se convierte en una especie de "policía auxiliar".

VI. Los límites de la estrategia

In primis, el hecho de recurrir a la señalación del sospechoso certifica, de nuevo, la incompetencia del Estado para afrontar (prevención y comprobación) el fenómeno criminal.

La línea previamente elegida es además muy característica, ya que exige al obligado una selección investigativa de las conductas que se han puesto a su examen, pero que en el ambiente de trabajo es de difícil ejecución práctica.

Por lo demás, la generalización del principio hoy difundido en el sector económico nos puede llevar a resultados paradójales: es como pretender que el que vende armas individualice al comprador homicida, o el farmacéutico a la persona que puede envenenar.

Pero los verdaderos lazos de la estrategia descrita se advierten cuando se trasladan al particular los deberes de diligencia y de control.

Pongamos atención: en este caso no solamente se le exige al tercero (= el policía auxiliar), sino que además se descarga sobre éste los costes ingentes de la operación de monitoreo y control. Es más, se acaba incluso por sancionar la conducta no colaboradora del tercero. Por ello, la prestación impuesta se hace económicamente onerosa, y ni siquiera se compensa con algún incentivo fiscal u otro tipo de exención de impuestos sobre los instrumentos necesarios para realizar la actividad a la que se está obligado.

Es inútil decir que una línea de comportamiento similar es la mejor para los órganos públicos, ya que de este modo se consiente la realización de objetivos de prevención criminal sin ningún coste. Sin embargo, el impacto producido en la realidad es un poco dudoso: como ya sabemos la eficacia de una norma se mide en términos de consenso del destinatario. Y un operador económico que se ve obligado a hacer inversiones financieras a fondo perdido, sin esperanza alguna de ganancias, desempeñando el papel que le correspondía al Estado, seguramente no estará muy satisfecho del programa político-criminal.

Antes de finalizar con la cuestión, cabe decir que la estrategia descrita tiene otras anomalías.

La actual línea de actuación se articula en un complejo y burocrático procedimiento, cuyo momento principal es cuando se señala la operación sospechosa a la autoridad central, la cual, después de realizar las investigaciones necesarias, puede remitir todos los papeles al Ministerio Fiscal.

Las consecuencias son evidentes: el tiempo necesario para la instrucción descrita determina un desfase entre el momento en el que se comete el ilícito y el inicio de la investigación formal, haciendo más difícil la verificación de la prueba.

Pero sobre todo, el hecho más lógico y funcional es el bloquear la operación sospechosa, mediante la delegación de los poderes correspondientes, para impedir la comisión del delito. A todo esto se tiene que añadir además, la argumentación crítica de naturaleza criminológica. La estrategia de la lucha caracterizada por el filtro de la individualización de la operación y del cliente sospechoso, nos da una descripción del perfil del delincuente demasiado ingenua y *naiv*.

Para entender esto debemos partir de una doble e indiscutible premisa: por una parte nos encontramos con la existencia de una delincuencia con mucha experiencia y bien planificada, y por otra con el conocimiento por parte de la opinión pública de las operaciones "sospechosas", es difícil creer que importantes organizaciones criminales caigan en las redes de estos filtros preventivos y de control.

Vistas estas cuestiones de orden procesal y político criminal debemos ahora enfrentar los problemas del derecho penal de fondo.

VII. La expansión de la esfera de tipicidad (objetiva y subjetiva)

La conducta del reciclaje como hecho penal importante ha sufrido en el tiempo una progresiva expansión, desde el punto de vista *objetivo y subjetivo*. Por lo que se refiere al aspecto objetivo, se ha producido una gran expansión de los llamados delitos-presupuestos, acabando por englobar en el lavado cualquier delito del que se obtenga alguna ganancia y ésta se pueda destinar al reciclaje (es lo que sucede en Italia).

En cuanto al aspecto subjetivo, la incriminación se ha ampliado a contemplar la *Leichtfertigkeit* (Alemania) o la culpa grave (España).

Nuevamente, una elección semejante en este campo es poco congruente con los objetivos prefijados.

El reciclaje es un delito con una desvalorización y alarma social muy elevada ya que es expresión de la existencia de la criminalidad organizada. Por lo tanto es justo que esta actividad ilícita sea reprimida adecuadamente.

Esto quiere decir que el reciclaje es un fenómeno disfuncional considerado en todo su aspecto macroeconómico, y no como un episodio aislado del delincuente. Asimismo, la actual estrategia de lucha sufre de una incongruencia entre el método y el resultado: ésta pretende incluir en la tipicidad comportamientos poco compatibles con la realidad de la criminalidad organizada (¿es posible hipotizar una criminalidad asociativa culposa?), acabando de este modo, por perder inútilmente recursos en términos de energía investigativa.

VIII. La extensión de las operaciones sospechosas

A pesar de las avanzadas reservas, el planteamiento legislativo europeo e italiano demuestran la confianza puesta en la línea política elegida, extendiendo a otras categorías la obligación de control y señalación. No es difícil hacer un pronóstico sobre cómo la ineficacia del arma en cuestión se acentúa aún más delante de esta expansión.

De hecho, mientras el funcionario del banco o el operador financiero se encuentran, la mayor parte de las veces, con un cliente *habitual*, en modo tal que le permite conocer todas sus actividades económicas y este hecho le permite hacerse un juicio menos arbitrario sobre la anomalía de una operación realizada, no sucede lo mismo cuando tenemos delante un intermediario inmobiliario o un anticuario o un propietario de una casa de juego.

Aquí el cliente es por definición *ocasional*, y en el caso de la compra de un inmueble, la operación es por su naturaleza intrínseca de importe bastante elevado: me pregunto cuáles serán los parámetros en los que se base el destinatario de las obligaciones de vigilancia para tomar la decisión de señalar la operación, teniendo delante a un extraño, y del cual se desconocen sus capacidades económicas y profesionales.

IX. El incremento de los delitos

La extensión de lo que es penalmente relevante es otro *must* intocable en los programas político-criminales del legislador europeo. Por una parte, la ilusión de que la acción penal pueda resolver el problema de la delincuencia que se manifiesta en sus más variadas (y

nuevas) formas y, por otra parte, la estrategia de ignorar las conductas mundiales que alimentan el circuito de la criminalidad organizada son la base de la introducción de nuevos delitos.

Un ejemplo que nos puede ilustrar es el representado por la reciente ley italiana de ratificación y ejecución de algunos hechos internacionales: teniendo en cuenta las indicaciones de la Comunidad Europea, la normativa se aplica en el aspecto *sustancial y procesal*. Entre las distintas novedades se señalan, en cuanto al primer perfil, la extensión al funcionamiento comunitario o internacional de delitos contra la administración pública, y también en los nuevos casos específicos de injusto.

Entre las novedades señaladas en el primer supuesto, la extensión al funcionario comunitario o internacional de los delitos contra la administración pública junto con la nueva figura de la percepción indebida de erogaciones en perjuicio del Estado, hacen evidente la intención de reprimir fenómenos defraudatorios, que favorezcan a las organizaciones criminales mediante la obtención de beneficios por contribuciones de la Unión Europea.

Los objetivos político criminales resultan aún más claros en la norma procesal que introduce el criterio de la confiscación por equivalencia, esto es, de bienes por un valor correspondiente al precio del delito cuando no sea posible disponer la confiscación de los bienes inmediatamente derivados de la conducta criminal.

Resulta, en efecto, evidente que siendo el objetivo de la actividad ilícita la obtención de un determinado beneficio económico, la previsión de la inevitable pena patrimonial, desenganchada de la prueba sobre la relación causal con el delito cometido, en términos de prevención general más que de mera restitución o reparación, debería servir de disuación al fenómeno criminal.

X. La derivación de la legislación supranacional

Desde la óptica señalada de la progresiva expansión del derecho penal hacia áreas satélites, con el fin de aislar la criminalidad organizada en su caracterización de delincuencia económica, se colocan los instrumentos normativos de auxilio o subvención de la Unión Europea. Obviamente, el proceso de creación de normas supranacionales, indispensable frente a un fenómeno ontológicamente transnacional, paga su precio en términos de "porosidad" en el contenido de las figuras penales represivas. Dicho de otro modo, la posibilidad de que las normas de producción (mediatas o inmediatas) europeas encuentren respectivamente aplicación o fuerza suficiente por su pro-

mulgación es directamente proporcional a la naturaleza del compromiso político de su aplicación, traduciéndose en los hechos en una fuerte indeterminación del tipo penal del *Tatbestand*.

Una prueba evidente de lo dicho se encuentra en la denominada "Acción Común" adoptada por el Consiglo de la Unión Europea en el tema de *corrupción privada*. El art. 2 prevé la corrupción pasiva del sector privado "cuando una persona en el campo de su actividad profesional, intencionalmente solicita o recibe, directamente o mediante intermediarios, una ventaja indebida de cualquier naturaleza o acepta la promesa de esa ventaja para sí o para un tercero, por hacer u omitir una acción en violación de un acto o un deber".

La violación de un deber, que constituye el centro de la conducta comisiva en la normativa comunitaria, es sin embargo definido sólo merced el reenvío a la legislación nacional, pues dice que el deber es "aquello que es definido como tal según el sentido del derecho nacional". De allí que en definitiva resulta evanescente todo contenido de ofensividad.

Las figuras de corrupción privada, que encuentran un antecedente significativo en la legislación penal alemana, donde fue introducida en el año 1997, si bien han aparejado efectos impensados en cuanto a su aplicación, quieren de todos modos representar un instrumento útil de auxilio en la lucha contra la criminalidad organizada, bajo el presupuesto de la capacidad de afectación del mercado económico de que disponen las asociaciones criminales.

XI. La necesaria verificación empírica sobre la eficacia del modelo

El panorama normativo descrito a grandes rasgos, a nivel italiano y europeo, diseña así un mosaico de instrumentos de lucha poco homogéneo entre ellos, y sostenido por un ideal —más que concreto— ligado a la cooperación judicial internacional. La intervención penal queda como el motor de las estrategia perseguida, por un lado, a través del sistemático alargamiento del catálogo de delitos y disposiciones y por el otro mediante la extensión de los límites objetivos y subjetivos de los tipos penales. El objeto declarado de esa política es evitar, en cuanto sea posible, la masiva infiltración de la criminalidad mafiosa en el circuito económico financiero, garantizar el respeto por las reglas de juego del mercado y de la *par condicio* en término de concurrencia.

Esa línea político criminal, que juega a controlar los efectos (la afectación de la concurrencia leal en el mercado) más que a remover

las causas (la asociación criminal en cuanto tal) es sobre todo la expresión de una decisión de renuncia que se recuesta sobre la contención del daño ante la imposibilidad de prevenir el fenómeno.

Más allá de la crítica metodológica que esto merece, se trata de una decisión que no ha resultado exitosa si se la analiza con el parámetro objetivo de la verificación empírica. Los datos estadísticos demuestran en efecto de manera concluyente el fracaso sobre el frente procesal de la política criminal adoptada. Los límites de esta exposición me impiden un examen cuidadoso, pero es suficiente recordar como la *Seconda Relazione della Commissione Europea* sobre la aplicación de las directivas sobre el reciclado, presentada al Parlamento Europeo y al Consejo en el año 1997, certifica el número extremadamente bajo en el período 1994/1997 de señalizaciones de operaciones sospechosas en los países miembros. Todavía más ilustrativo resulta el confronto entre los señalamientos y las condenas derivadas de estos, pues allí se encuentra un elevado *gap*. En esa línea se inscriben las cifras aportadas por Alemania a partir del *Bundeskriminalamt*, concerniente a la exiguidad de las condenas por lavado de dinero, incluida la escasa significación de las confiscaciones patrimoniales conseguidas.

XII. ¿Se puede pensar en soluciones? (La contribución del análisis económico)

Frente a un cuadro tan desconsolado y repito objetivamente cierto, cabe entonces corregir sino directamente invertir la dirección seguida. Lamentablemente el escenario *de iure condendo* no invita al optimismo: los proyectos europeos (es decir, la propuesta de reforma de las directivas sobre el reciclado) y las normas italianas recientemente introducidas, testimonian que la lucha contra el crimen organizado de carácter económico debe pasar necesariamente a través del filtro de la señalización de las operaciones sospechosas (cuyo catálogo se va incrementando) y la represión del reciclado de dinero, delito llave de la economía mafiosa (nuevamente con sanciones más severas y un alargamiento de sus confines). Se trata incluso de una política suspendida entre ingenuidad y falsa esperanza, descuidando totalmente toda reflexión sobre la lectura económica del fenómeno. La criminalidad organizada es en efecto extremadamente hábil en su proceder e incluso en la inserción dentro del mercado.

De hecho interpreta los gustos y tendencias de los consumidores, se hace fuerte en su radicación territorial y se propone como productor de bienes y servicios objeto de demanda por los clientes.

La capacidad negativa de la que dispone implica dos factores no secundarios:

- la aptitud intimidante de la fuerza asociativa;
- la importante riqueza (ilícitamente obtenida) que tiene para invertir. Es natural, por tanto, que ya desde el origen la concurrencia y la libertad de iniciativa económica resulten viciados por el desequilibrio de poder de la organización criminal.

Sin embargo, existe además un motivo ulterior de desequilibrio. La criminalidad organizada, si bien se la ve, puede disfrutar de un régimen de monopolio fáctico en áreas de altísimo retorno económico y con un número elevado de consumidores. Pensemos en la droga, la prostitución y todos aquellos sectores en los cuales el producto viene definido como ilícito. Incluso en aquellos campos donde la criminalidad organizada entra en función no sustitutiva sino solo vicarial del Estado o del particular, fácilmente logra apoderarse de nichos importantes del mercado.

Un ejemplo puede contribuir para aclarar la dinámica descripta. El mercado de juego clandestino –loto–, el contrabando de cigarrillos, el tráfico de armas, la falsificación de bienes de alto consumo presentan como denominador común la oferta de un producto contemporáneamente inmerso en el mercado de los entes públicos o privados. Resulta incluso paradójico que en algunos casos el servicio es mejor en términos de precio final (debido a la evasión tributaria y social) y de desburocratización de la prestación de la oferta (en relación con el Estado).

Es suficiente poner atención a estas consideraciones quizás banales y al correlato con las leyes económicas que regulan el mercado (lamentablemente en ausencia de un alto sentido moral del consumidor), para comprender cómo estrategias de lucha empeñadas sobre el mero aspecto penal finalizan por ser vencidas frente a la dimensión social del fenómeno en juego.

Una aproximación pragmática no es entonces sinónimo de desconfianza o resignación, por el contrario es el resultado de la conciencia en los límites de la respuesta penal.

Una selección cuidadosa de las figuras delictivas, miradas para golpear sobre los fenómenos delictivos realmente expresivos de la criminalidad organizada juntamente con una política de prevención que invierta recursos por corregir los desequilibrios sociales y de mercado, debe representar entonces el *leitmotiv* de la legislación futura.

BLANQUEO DE CAPITALES. DESDE LA REPRESIÓN DEL DELITO A LA PREVENCIÓN

MARÍA JOSÉ MEINCKE*

I. Introducción

Desde los orígenes del derecho penal se sabe que la criminalidad trae aparejada beneficios económicos y en la actualidad observamos que la criminalidad es fuente de ingentes cantidades de dinero. En otras palabras, la acción de blanquear dinero no es novedosa ya que el beneficio económico de los delitos demanda ser utilizado en los mercados legales; lo que sí resulta novedoso es la conceptualización del lavado de dinero, que nace cuando los analistas detectan que se trata de un problema en sí mismo y comienzan a separarlo y distinguirlo de los delitos que le dan origen, dándole un tratamiento independiente.

En los ochenta, el análisis se centró en la consideración del narcotráfico como delito precedente, por el auge del mismo a nivel internacional, pero en los noventa se puso la lupa sobre otros delitos, fundamentalmente la corrupción. Hoy el listado de delitos precedentes se ha ampliado, esto también es novedoso y generalmente se entiende al producto de cualquier delito tipificado en las legislaciones penales de los países como precedente al delito de blanqueo de capitales.

Las estadísticas internacionales consideran que a nivel mundial se blanquean cifras que van desde el 3% al 5% del producto bruto mundial, proveniente del narcotráfico; pero es prácticamente imposible realizar una estimación certera del asunto, máxime si se le agregan los restantes delitos considerados en las legislaciones como graves.

* Abogada-UCA. Directora de la Unidad de Información Financiera. Prof. Adjunta DP. 1, UCLP.

Ello ocurre, tanto por la rapidez en las transacciones financieras y la globalización que desdibuja las fronteras, como por la organización de los grupos que se dedican a las actividades de tráfico ilícito de estupefacientes y otros delitos que caen en la denominación de criminalidad organizada, y su actuación celular. El resultado es la dificultad de investigar y probar no sólo el delito, sino también quiénes son sus autores. También debe agregarse a esto la circunstancia de que el crimen organizado se transnacionalizó y utiliza tecnología de punta, mientras que el derecho penal y la policía continúan regidos por el principio de territorialidad; no existe aún una cooperación internacional eficaz y rápida, no existe armonización legislativa, no existen grupos especiales preparados para este tipo de investigación (*law enforcement*). Por otra parte se trata de una criminalidad muy peculiar, con división de trabajo y profesional, vocación de permanencia, con apariencia de lícita, cuenta con poca visibilidad y ninguna reacción social, alta mutabilidad del *modus operandi*, víctima difusa, conducta practicada en el anonimato. Delante de esta criminalidad organizada y sofisticada el Estado siempre va un paso atrás.

En la década de los ochenta se dio un doble enfoque a la lucha contra la criminalidad organizada que dejaba beneficios económicos, por un lado se tendió a acciones coordinadas internacionalmente y en segundo lugar se llegó a la convicción de la necesidad de combatir esos beneficios económicos. Ésta vía, a su vez adoptó dos caminos: por un lado el de la tipificación del blanqueo de capitales como delito; el otro consistió en la prevención destinada a evitar o dificultar la actividad.

Entendemos que para encontrar una solución a los problemas enunciados al inicio, en primer lugar habría que tomar la decisión política de determinar a cuál se le asigna prioridad en nuestra sociedad, para luego asignar los recursos humanos, económicos y legales necesarios para elaborar serios programas de prevención y represión del mismo.

En ese sentido, el preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes celebrada en Viena en 1988, ratificada por ley nacional argentina n° 24.072 dejó establecido el interés internacional en combatir este delito cuando los países intervinientes plasmaron en dicho documento, que reconocen "...los vínculos que existen entre el tráfico ilícito y otras actividades delictivas organizadas relacionadas con él, que socaban las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados"; del mismo modo manifestaron ser... "Conscientes de que el

tráfico ilícito genera considerables rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad a todos sus niveles". Puede advertirse, entonces, un vínculo directo entre la intención criminal del lavado con el tráfico de estupefacientes. Se sostiene que confiscando todo el dinero del traficante podría acabarse con el tráfico de drogas (la premisa nunca se volvió realidad, razón por la cual no se sabe si realmente produciría la consecuencia anunciada).

Las iniciativas "formales" para el "combate" (control) del lavado de capitales existen. El mundo todo demuestra preocupación con el tema desde hace años. A nivel mundial, surge en 1988 la Convención de la ONU (Viena); luego viene la Declaración Conjunta de los Siete Países Industrializados (París, 1989), la Declaración de Ministros de Estado (Londres, 1990), el Programa de Acción Global de la ONU (1993). En la Comunidad Económica Europea se destaca la Recomendación R80 del Consejo Europeo (1980), la Convención firmada por los Bancos Suizos (1977-1987), la Declaración de Principios de Basilea (1988), la Convención de la CEE (1990), la Directiva de la CEE (1991), los Epílogos a la Convención de Basilea (1991, 1993), las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), los 25 criterios para detectar países no cooperativos del mismo organismo, y las 8 Recomendaciones Especiales sobre Financiamiento del Terrorismo también de GAFI dadas con posterioridad a los acontecimientos de septiembre de 2001. En el continente americano: Declaración de Ixtapa (México, 1990), Recomendación de la OEA (1990), Reglamento modelo de la Comisión Interamericana contra el Abuso de Drogas de la OEA reformado en 2002, Declaración de Caracas (1990), de Cartagena, 1991, entre otras, Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Sudamericano.

Una de las herramientas para luchar contra la criminalidad organizada, consiste en evitar el lavado de dinero. Aquí sostenemos que para ello debe utilizarse la ley como herramienta del Estado para impedir la introducción en el sistema financiero formal de dinero producto de actividades ilícitas.

Ahora bien, la ley será una herramienta eficaz en la medida que se acompañe con una decisión política, puesto que la ley sola no basta y es sólo un eslabón de la cadena en la lucha contra la criminalidad organizada.

Decididamente, hoy nos encontramos en la era de prevención del blanqueo de capitales, luego de verificarse que la represión es inefi-

caz por los problemas planteados más arriba. En esa línea, y siguiendo las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional, es que se crearon las Unidades de Inteligencia, Información o Investigación Financiera. Según los países adoptan características administrativas, policiales, judiciales o mixtas. La idea es que ellas se ocupen del análisis de las operaciones inusuales o sospechosas de lavado de dinero, y, en caso de concluirse que se está frente a un delito de blanqueo de capitales, hacer la denuncia a las autoridades judiciales. Esta actividad de análisis serviría de filtro a la investigación judicial.

II. Haciendo un poco de historia

Lavado de capitales (dinero, bienes y valores), en pocas palabras, significa la conversión de dinero o bienes ilícitos en “capitales” aparentemente lícitos.

La palabra “lavado” tiene origen en la década del veinte, en los Estados Unidos, época en que las mafias norteamericanas crearon una red de lavanderías para esconder la procedencia ilícita del dinero que alcanzaban con sus actividades criminosas, fundamentalmente el contrabando de bebidas alcohólicas prohibidas en aquellos tiempos.

El lavado de dinero fue advertido en los países desarrollados a mediados de los años '70 con la visión puesta en el narcotráfico.

Hoy, las ingentes cantidades de dinero producidas por la actividad criminal se relacionan con el tráfico ilegal de armas, de animales exóticos, de seres humanos o de sus órganos, la corrupción, el juego, el contrabando y el enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos.

En Estados Unidos el tema surgió debido a que la recaudación de la venta de droga en la calle era depositada en los bancos sin ningún trámite ni control previo y esos fondos se introducían fácilmente al circuito formal.

Fue también en Estados Unidos donde la expresión fue utilizada por primera vez judicialmente en el año 1982, oportunidad en la que se confiscó dinero supuestamente blanqueado del contrabando de cocaína colombiana.

En la actualidad, tratándose por ejemplo, de la cocaína y la heroína, el volumen físico del dinero producto de su venta es mayor que el volumen físico de la droga misma y, paradójicamente, desde el punto de vista material, resulta más fácil ingresar los estupefacientes a un país que sacar el efectivo por la venta del mismo. El problema que

surge es que los traficantes no pueden invertir sin más el producto de sus actividades ilícitas, pues ello despertaría sospechas en las agencias de control.

Por ello, la preocupación por el trasiego interfronterizo de efectivo producto de un delito —especialmente el narcotráfico— nace con un nuevo enfoque de represión de estas conductas que consiste en concentrar la atención de las agencias de control sobre las ganancias y bienes de los traficantes ante el evidente fracaso de las estrategias policiales tradicionales.

Hoy, la Real Academia de la lengua española incorporó el verbo blanquear al concepto de “ajustar a la legalidad fiscal el dinero procedente de negocios delictivos o injustificables”¹.

Así como hay ciertas manchas rebeldes que se resisten a la química de los mejores detergentes, el producto económico de actividades criminales se encuentra marcado por la ilicitud de su origen, por ello, como si habláramos de ropa sucia, en tales casos es necesario lavar tantas veces como sea necesario hasta que el capital sucio haya sido suficientemente alejado de su procedencia ilegal como para que, las diferentes instancias de control no puedan identificar su verdadera naturaleza.

Por lo expuesto, y a modo de conclusión de esta primera parte podemos afirmar sin temor a incurrir en error que el lavado de dinero o blanqueo de capitales de trata de un proceso cuyo objetivo final es la limpieza o blanqueo del dinero sucio, es decir, proveniente de un hecho delictivo.

Originalmente el blanqueo de capitales consistía en su legalización a efectos de ser utilizado por las mismas organizaciones delictivas para continuar financiando sus operaciones, luego con su evolución se amplió el objetivo; actualmente los capitales se invierten en empresas legales que compiten con los sectores formales.

III. El Derecho

El derecho surgió en la vida humana para colmar la necesidad de seguridad, de certeza en la vida social.

El término derecho, por ser análogo, puede predicarse de la ciencia, de la ley, de la costumbre, de la jurisprudencia, de la costumbre, de la norma, de lo justo. Todo eso es derecho.

¹ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 20a. ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1984, pág. 785. Voz: *blanquear*.

El derecho como toda ciencia humana exige inmutabilidad, y ella estará dada cuando las normas provengan de principios inmutables, y ellos son los morales. La ciencia exige también un método, y el del derecho, como toda ciencia normativa, es el deductivo, de lo general y abstracto (principios morales) a lo singular y concreto.

El derecho, en su acepción ley, es una herramienta del Estado para hacer posible la vida en comunidad. El Estado moderno se manifiesta por medio de poderes, el ejecutivo, el judicial y el legislativo. Los tres poderes del Estado tienen una facultad normativa, pero propiamente se le atribuye al Poder Legislativo la facultad de dictar leyes que permitan plasmar la política del Estado en las distintas esferas de la comunidad.

En síntesis, podríamos decir que el derecho es el conjunto de normas dictadas por la parte correspondiente del gobierno de la sociedad que tiene a su cargo la labor legislativa, cuyo objeto es dar a cada uno lo suyo—o dicho de otro modo, la justicia— y su fin es el bien común que se traduce en el orden social.

Sus funciones son:

- seguridad,
- resolución de los conflictos de intereses,
- organización, legitimación y restricción del poder político.

Las funciones referidas, tienen relación con la urgencia que siente el hombre de saber a qué atenerse en relación con los demás, de saber cómo se comportan ellos con él y de saber qué es lo que él debe y puede hacer frente a ellos.

La herramienta del derecho para cumplir con su fin es la ley. Ella para lograr el cometido de bien común debe ser justa.

Entonces, el orden jurídico es el conjunto ordenado y sistematizado de normas, destinado a regir o regular la vida social. Las leyes sobre el comportamiento y el obrar humano indican y suponen un deber-ser o deber-hacer que pueden ser cumplidos o violados.

El derecho positivo es el que regula las relaciones de los hombres en la sociedad y podríamos distinguir ciertas notas a su respecto:

- bilateralidad: en la relación jurídica siempre hay dos partes,
- exterioridad: el derecho sólo regula las conductas, no los pensamientos,
- coercibilidad: por el carácter imperativo de la norma, hace que ella sea exigible mediante la fuerza, aunque no siempre sea así, pero en caso de ser necesario, el Estado se encuentra investido de poder suficiente como para hacer cumplir coercitivamente la ley en caso de violación,

- heteronomía: existe independencia entre quienes dictan las normas y deben cumplirlas.

El derecho se divide en dos grandes ramas:

- público: regula las relaciones no contractuales del individuo con el Estado y determina las reglas de organización de éste. Dentro de éste ámbito se encuentran tanto el derecho penal como el administrativo;
- privado: regula las relaciones entre particulares.

En los temas de prevención de lavado de dinero, dos son las ramas del derecho que tienen implicancia. Una, el derecho penal, la otra el derecho administrativo.

IV. El Derecho Administrativo

El individuo es un ser social por naturaleza. Para organizar la sociedad se establece el Estado, en otras palabras podríamos decir que el Estado es la causa formal de la sociedad.

Entre el Estado y el individuo existen una serie de asociaciones y agrupaciones destinadas a satisfacer las necesidades de los seres que forman la sociedad; tanto el individuo como dichas asociaciones y el Estado tienen competencias y responsabilidades fácilmente distinguibles.

El principio que rige la actividad del Estado es el de *subsidariedad*, puesto que su competencia sólo “alcanza aquellos ámbitos de la vida social en los que la actividad de los particulares –individuos o agrupaciones intermedias– no pueda desarrollarse”².

El Estado, así como el derecho tienen como fin el bien común. La justicia –y su analogado derecho– se manifiestan de diversas maneras según sean los términos de la relación, es decir entre el Estado y los particulares y viceversa (justicia distributiva) y entre particulares (justicia conmutativa).

Dentro del derecho público se encuentra el derecho administrativo, que es aquel “que regula la actividad de la Administración Pública en sus relaciones con los administrados y en su propia organización y estructuración interna”³.

El Estado, al concretarse en la realidad práctica y temporal expresa una concepción ideológica y política. Esta concepción política, a

² BARRA, Rodolfo, *Principios de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ábaco, 1980, pág.36.

³ BARRA, Rodolfo, *ob. cit.*, pág.135.

su vez se pone en práctica a través de mecanismos de poder. El poder, en la perspectiva jurídica se manifiesta a través de medidas de administración, legislación y jurisdicción. Estas son las tres funciones básicas del estado y que se llevan adelante por medio del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial respectivamente.

Entonces, la administración es una de las manifestaciones de la actividad de gobierno.

El poder administrador de la sociedad civil, es decir, el Poder Ejecutivo se ocupa de la regulación económica financiera del país. Esto lo hace en un marco general a través del Ministerio de Economía y en especial, por medio del Banco Central de la República Argentina (BCRA). Esta institución tiene como objeto la regulación de la actividad económica financiera del país y mantener la estabilidad de la moneda acorde con las políticas que emanan del Ministerio de Economía (Poder Ejecutivo).

El Poder Ejecutivo ejerce a su vez, en el ámbito de su competencia, funciones administrativas, legislativas (dictado de normas de regulación interna y decretos) y judiciales. Dentro de las funciones legislativas podríamos encuadrar la actividad de dictado de normas por parte del BCRA.

El BCRA, en su carácter de organismo de regulación del sector financiero, desde 1996 viene dictando normas de prevención del blanqueo de capitales.

En el tema que nos ocupa, el dictado de dichas normas tiende a la prevención del lavado de dinero.

V. El Derecho Penal

En el Estado moderno, luego de haber superado las etapas de la venganza privada, el titular del *ius puniendi*, es decir, la facultad de determinar qué es delito y cuál es la pena adecuada para cada delito, es el mismo Estado.

En todas las sociedades, los bienes, independientemente de su naturaleza, tuvieron siempre movilidad y su circulación constituyó o constituye uno de los índices más relevantes para la valoración del dinamismo o desarrollo de cualquier comunidad humana organizada. La inmovilidad o cristalización de los bienes determina, casi siempre, una equivalente en el nivel ético-social y, consecuentemente, también dentro del espacio del Derecho.

Por otro lado, la forma más elaborada de alcanzar aquella movilidad al nivel de los bienes se concretó, como se sabe, a través de la

creación de una entidad abstracta –dinero– que en cierto modo puede cuantificar el valor de uso de los específicos y concretos bienes materiales en cuestión.

Podemos decir entonces que el dinero representa la riqueza, lo cual, cuando está en la mira del Derecho Penal, debería ser protegida en los momentos de su formación, conservación y circulación legítimas.

Por otro lado, es evidente que las operaciones de lavar dinero y de que sea aceptado por la comunidad, cuando proviene de las zonas “oscuras” del tejido social, se tiene que practicar a través de la circulación.

Lejos están los tiempos en que las fortunas podían pasar de unas manos a otras al margen del ordenamiento jurídico vigente y de ser legitimadas por la propia conservación. Reconocida la imperiosa necesidad de enfrentar legalmente al lavado de dinero controlando su natural circulación, ya sea que atendamos exclusivamente a la observación de los límites internos del orden jurídico o a su dimensión internacional, no cabe duda de que una tarea de este tipo *no podrá realizarse legítimamente de cualquier modo*; el Derecho Penal deberá respetar a ultranza los principios liberales que lo legitiman.

1. Concepto y función

Fue en el siglo XIX donde quedó acuñada en forma definitiva la expresión que utilizamos en nuestros días –Derecho Penal–.

El derecho penal, por ser una rama del derecho, participa de todas sus notas esenciales; la nota que lo diferencia de las demás ramas del derecho, es que para cumplir con su función de propender al bien común, a quien infringe una norma, se le impone una pena, y esta sanción es la más grave de todo el ordenamiento jurídico por cuanto importará la disminución de un derecho en forma proporcionada a la conducta disvaliosa realizada.

Debe tenerse en consideración que el derecho penal es un mal que trata de evitar uno peor, cual es la venganza privada, la arbitrariedad estatal o la desintegración social.

“La filosofía penal liberal se concreta en el pensamiento del Marques de Beccaria en una fórmula jurídica que resultaba del contrato social de Rousseau: *el principio de legalidad de los delitos y de las penas: nadie podrá ser castigado por hechos que no hayan sido anteriormente previstos por una ley, y a nadie podrá serle impuesta una pena que no esté previamente establecida en la ley*”⁴.

⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Principios de Derecho Penal. La ley y el delito*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, pág.34.

Francisco Carrara fue el exponente más representativo de la *Escuela Clásica*, y en su *Programma* elaboró la explicación doctrinaria del derecho penal liberal. Sostuvo que “El derecho penal es... protector de la libertad humana, tanto externa como interna. De la interna, porque da al hombre una fuerza más para vender a su peor tirano: las propias pasiones; y el hombre, como bien decía Daguesseau, no es nunca tan libre como cuando subordina las pasiones a la razón y la razón a la justicia. De la externa, porque protege al débil contra el fuerte en el goce de los propios derechos dentro de los límites de lo justo, en lo que consiste la verdadera libertad”⁵. Derecho criminal o a la ley criminal; ésta fue la etapa característica del idealismo alemán, en la que la moralidad y penalidad con el límite del talión constituían la medida de legitimidad de la pena.

El derecho penal de nuestros días corresponde a la idea codificadora imperante en la época de la Revolución Francesa; es herencia del Iluminismo y la Ilustración.

El derecho establece en sus normas aquellos deberes que el hombre debe cumplir para convivir en paz. Las normas jurídicas constan de dos partes, una en la que se enuncia el derecho o la prohibición, otra que establece lo que ocurrirá en caso de que se contraríe el derecho.

Las sanciones, es decir, aquellas consecuencias que se producen luego de un acción contraria al derecho pueden disponer la reposición de las cosas al estado anterior; disponer una reposición simbólica en forma de reparación, o una retribución, es decir, la disminución de un bien jurídico del transgresor.

La primer crisis que se produce en el derecho penal estará dada por la antinomia libertad *versus* seguridad; o según el fin de las penas, prevención *versus* garantías. El quiebre se produce con la crisis de la noción misma del derecho penal; por un lado el derecho penal retributivo, frente a una dogmática abstracta que lo estudiaba sin aplicaciones prácticas.

La culminación de la lucha científica sobre qué debía entenderse por derecho penal la aportó la política criminal que, considerada a nuestro criterio en forma adecuada como disciplina y no como escuela, constituye un conjunto de principios fundados en la investigación científica del delito y de la eficacia de la pena, valiéndose para ello de medios penales y asegurativos. Es la disciplina que estudia las instituciones del derecho penal que aún no han pasado al plano de la ley.

⁵ CARRARA, Francisco, *Programa de Derecho Criminal*, Buenos Aires, Depalma, 1944.

“...La dirección político criminal proclama la necesidad de emplear un método jurídico para indagar el contenido del derecho positivo y el método experimental para el trabajo criminológico”⁶; “proclama la necesidad de considerar un nexo subjetivo en la responsabilidad, independizándolo de la moral reconociendo la imputabilidad de los delincuentes normales y proclamando el estado peligroso como medida de quienes se desvían de la norma”⁷; al delito lo consideran como un concepto jurídico, reconociendo la utilidad de la pena en la medida en que esté dirigida a un fin, solamente imponible a los delincuentes normales, quedando las medidas de seguridad destinadas para quienes no son imputables pero deben ser corregidos o inocuizados.

Otro autor de nuestro tiempo, el estadounidense George Fletcher, sostiene que “El Derecho Penal es sólo una de las vías a través de las cuales se pueden proteger los intereses sociales. Una adecuada delimitación del concepto de pena debe tener en cuenta, por tanto, la metafísica tradicional de la retribución, y que de algún modo la pena debe ser la respuesta que niega el delito cometido...”⁸.

A modo de conclusión respecto a este punto, podemos afirmar que para nuestra posición la pena es un mal con el que se amenaza a los individuos (prevención general) para que no realicen conductas disvaliosas; que se impone a quien las ejecuta, de un modo proporcionado al mal causado (prevención general-garantística), con el fin de que ese individuo expíe su culpa y no vuelva a cometer más delitos, en nada se contradicen esos fines preventivos, si en el momento de la ejecución se impone un tratamiento resocializador.

A nuestro criterio, en derecho penal hay que distinguir dos momentos; uno, el de la amenaza penal, y allí no habría mayores problemas para considerarlo en miras a un fin preventivo genral; y otro, el de la imposición individualizada de una pena y su ejecución; aquí, ya habría que tener en consideración, para que la pena sea justa, el hecho cometido y las características del autor.

2. Caracteres y principios

a) Los *caracteres* del derecho penal son:

- es derecho *público* en la medida en que sólo el Estado establece cuáles son los delitos y las penas y se encarga de la ejecución de las mismas;

⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; *La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, 1999.

⁷ Ídem, pág.70.

⁸ FLETCHER, George, *Conceptos básicos de Derecho Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pág.65.

- es *garantizador* por cuanto el principio de legalidad garantiza al individuo de todo exceso del Estado en materia de represión;
- es *complementario* de las demás ramas del derecho, ya que refuerza la tutela dada por ellas a los diversos bienes jurídicos.

A estos caracteres aceptados en general por la doctrina, Fontán Balestra agrega la de ser:

- *valorativo*, puesto que determina una escala de valores graduada de conformidad con el fin propuesto por él, y
- *finalista*, tiene un fin en sí mismo que va más allá de la protección de los bienes jurídicos, y ese fin lo constituye el bien común.

Los *principios* que rigen la aplicación espacial de la ley penal son:

- territorial, es decir que la ley rige para el territorio para el cual se dicta. Ahora bien, debido a la necesidad de cooperar internacionalmente para luchar contra cierto tipo de delitos, se ha ido dejando de lado este principio, estableciendo por medio de convenios internacionales u otros instrumentos la ayuda entre estados para combatir la criminalidad. Prueba de ello es el proyecto de código penal internacional y la cesión por parte del principio territorial frente a los siguientes.
- de la personalidad/nacionalidad: fundado en la idea de que la ley sigue al nacional se encuentre donde se encuentre, tiene dos manifestaciones, una activa –el derecho del nacional lo sigue donde se encuentre– y otra pasiva –que da lugar a la extradición del inculpado–,
- real o de defensa: tiene en miras la defensa de ciertos intereses nacionales sin importar el lugar de comisión del delito,
- universal: la ofensa a ciertos bienes jurídicos protegidos por la humanidad daría lugar a la intervención del derecho penal del lugar en el que se produzca el delito teniendo en miras la solidaridad internacional para combatir esta clase de delitos.

Cuando se habla de derecho penal, con él se quieren significar diferentes realidades. Por un lado se hace referencia al conjunto de normas dotadas de sanción retributiva; por otro, al estudio sistemático de esas normas y; por último, a cualquier otro estudio vinculado con la legislación penal en general o con sus modificaciones.

Derecho penal, en sentido estricto será el descripto con el primero de los significados.

Ahora bien, se entiende por dogmática penal al estudio de las normas dotadas de sanción retributiva; por ello, al referirnos al segundo de los significados del derecho penal, en realidad nos referimos

a la dogmática jurídico-penal. Se la denomina dogmática porque presupone la existencia de una ley (dogma) y se propone su sistematización, interpretación y aplicación objetivas.

Varias son las definiciones que se han dado del derecho penal, y así para von Liszt, es “el conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen como hecho, y a la pena como su legítima consecuencia”⁹. Ricardo Nuñez los define como: “la rama del derecho que regula la potestad pública de castigar y aplicar medidas de seguridad a los autores de infracciones punibles”¹⁰. Jiménez de Asúa, luego de considerar que la definición es siempre una solución tautológica a un problema, dice que puede definirse la disciplina penal como “conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto de delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora”¹¹. Para Zaffaroni es el “conjunto de leyes que traducen normas tuitivas de bienes jurídicos y que precisan su alcance, cuya violación se llama delito e importa una coerción jurídica particularmente grave, que procura evitar nuevas violaciones por parte del autor... también cabe entender por derecho penal, al sistema de comprensión de ese conjunto de leyes”¹². Finalmente, Fontán Balestra lo define como la “rama del ordenamiento jurídico que contiene las normas impuestas bajo amenaza de sanción”¹³.

b) Objeto y método

a) El **objeto** del derecho penal será un sistema de valoraciones por el cual se determina dar protección a ciertos bienes en miras al bien común. Tal protección importará la prohibición de ciertas conductas en relación a dichos bienes; y en caso de desobedecer tales normas, la imposición de una sanción retributiva.

El objeto de la ciencia del derecho penal serán aquellas normas provenientes de la ley natural –y por ello absolutas– que se fundan en “el hombre que viola la ley; la ley que quiere a ese hombre castigado; el magistrado que comprueba la violación e irroga la punición. Delito, pena y juicio...”¹⁴.

⁹ Citado por FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990, pág.39.

¹⁰ NUÑEZ, Ricardo C., *ob. cit.*, t.I, pág.11.

¹¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *ob. cit.*, pág.18.

¹² ZAFFARONI, Eugenio; *ob. cit.*, t.I., pág.24.

¹³ FONTÁN BALESTRA, Carlos, *ob. cit.*, pág.40.

¹⁴ CARRARA, Francisco, *ob. cit.*

Ahora bien, el objeto de la dogmática jurídico penal fue variando con el transcurso de la evolución del derecho penal, y según la escuela que lo tratara. Para nosotros, y antes de pasar a enunciar lo expuesto a lo largo de la historia, el objeto de la dogmática jurídico-penal será el estudio científico de las normas penales vigentes en un momento dado en un país dado (*lege lata*). La dogmática rechaza la idea de un derecho superior y racional –derecho natural– y descarta a los problemas explicativos y causales tanto del delito como del delincuente; su función es la de garantizar los derechos fundamentales del individuo frente al poder arbitrario del Estado; hace posible sustraerle de la irracionalidad, arbitrariedad e improvisación, transformándolo en algo seguro y calculable.

La dogmática es “la conformación de un sistema coherente y ordenado desde sus conceptos más abstractos a los más concretos”¹⁵; constituye la disciplina fundamental en la ciencia del derecho penal y su fin es la resolución de problemas jurídicos de un determinado modo.

VI. El delito de blanqueo de capitales

a) *Concepto*

En sentido amplio podemos hablar de blanqueo de capitales en referencia al proceso de legitimación de los bienes que tiene origen ilegal, fundamentalmente originados fuera del control de las instituciones tributarias. En sentido estricto, hablamos de blanqueo de capitales en relación al proceso de reconversión de bienes de origen delictivo. Ambos emplean los mismos mecanismos de integración, pero la naturaleza del lavado de dinero en sentido estricto hace necesaria la intervención penal.

El lavado de dinero –conocido internacionalmente como *money laundering*, *blanchiment d'argent*, “reciclaje del dinero” o “blanqueo de dinero”– significa en otras palabras lavado o blanqueo de bienes y valores procedentes de crimen anterior.

Del juego de las normas establecidas en el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y el artículo 25 de la ley 23.737, y del artículo 278 de la ley 25.246 de la Argentina podría conceptualizarse el blanqueo de capitales, como la incorporación al sistema financiero formal, del produc-

¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; *La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, 1999.

to¹⁶ del tráfico ilícito de estupefacientes. La operación se realiza básicamente en tres etapas: a) introducción o colocación¹⁷, b) estratificación o transformación¹⁸ y, c) integración o legitimación¹⁹.

Las modalidades operativas de cada una de ellas son innumerables, basta con mencionar, a modo ejemplificativo, las actividades de los *dealers* o *brokers* de metales preciosos, las actividades bancarias o parabancarias, las de agentes de bolsa, y en general, todos aquellos negocios que manejan grandes cantidades de dinero.

Podría definirse al lavado de dinero, como “el proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos en forma lícita”²⁰.

Escobar define el lavado de dinero como “el procedimiento subrepticio, clandestino y espurio mediante el cual los fondos o ganancias procedentes de actividades ilícitas (armamento, prostitución, trata de blancas, delitos comunes, económicos, políticos y conexos, contrabando, evasión tributaria, narcotráfico), son reciclados al circuito normal de capitales o bienes y luego usufructuados mediante ardides tan heterogéneos como tácticamente hábiles”²¹.

Por su parte, Ruiz Vadillo²² conceptúa el proceso por el cual se introduce al sistema financiero formal el dinero producto de ilícitos como el “obtenido como consecuencia de delitos, al sistema económico oficial, de tal forma que pueda incorporarse a cualquier tipo de negocio como si se hubiera obtenido de formal lícita y tributariamente correcta”.

Más estrictamente Llobet Rodríguez²³ afirma que “al hablarse de lavado de dólares o de dinero se hace referencia a la actividad por la cual se invierte el dinero proveniente de una actividad ilícita, v.g. tráfico de drogas, de armas, de trata de blancas, etc, en una lícita, para tratar de ocultar el origen de ese dinero”.

¹⁶ Artículo 1 p) de la Convención de Viena: “Por ‘producto’ se entiende los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión de un delito tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3”.

¹⁷ La colocación consiste en introducir en el circuito financiero la gran cantidad de dinero en efectivo, billetes de baja denominación, con los que cuentan las organizaciones.

¹⁸ La transformación se produce movilizándolo el dinero a través de diversas entidades financieras y países.

¹⁹ En la integración, el dinero que proviene de la actividad ilícita tiene la apariencia de corresponder a negocios legítimos.

²⁰ D’ALBORA, Francisco J. (h), *Lavado de dinero (El delito de legitimación de activos provenientes de ilícitos)*, ED, 180-1085.

²¹ Citado por CAPARRÓS, Fabián, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, Colet, 1998, pág 47.

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*.

Circunscripto al ámbito del narcotráfico, Prado Saldarriaga lo define como “un conjunto de operaciones comerciales o financieras que procuran la incorporación al Producto Nacional Bruto de cada país –de modo transitorio o permanente– de los recursos, bienes y servicios que se originan o están conexos con transacciones de macro y microtráfico de drogas”²⁴.

En vereda opuesta, considerando la amplitud que otorga al concepto, Bajo Fernández²⁵ afirma que el blanqueo es toda aquella “estrategema por la que un sujeto poseedor de dinero sustraído al control de las Haciendas públicas, lo incorpora al discurrir de la legitimidad, ocultando la infracción fiscal implícita y, en su caso, el origen delictivo de la riqueza”.

El mismo Caparrós²⁶ los define como “el proceso tendiente a obtener la aplicación en actividades económicas lícitas de una masa patrimonial derivada de cualquier género de conductas ilícitas, con independencia de cuál sea la forma que esa masa adopte, mediante la progresiva concesión a la misma de una apariencia de legalidad”.

Diez Repollés²⁷ se refiere al lavado de dinero como “procedimientos por los que se aspira a introducir en el tráfico económico-financiero legal los cuantiosos beneficios obtenidos a partir de la realización de determinadas actividades delictivas especialmente lucrativas, posibilitando así un disfrute de aquéllos jurídicamente incuestionado”.

Gómez Iniesta²⁸ los define como “aquella operación a través de la cual el dinero de origen siempre ilícito es invertido, ocultado, sustituido o transformado y restituido a los circuitos económicos-financieros legales, incorporándose a cualquier tipo de negocio como si se hubiera obtenido de forma lícita. El objeto de su acción del delito es tanto el dinero en efectivo como también los bienes que fueron adquiridos con él, sean éstos muebles o inmuebles”.

Por su parte, Blanco Cordero restringe el concepto y considera que se trata del “proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita”²⁹.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*, pág.48.

²⁶ CAPARRÓS, Fabián, *ob. cit.*, pág. 76.

²⁷ Citado por ÁLVAREZ PASTOR-EGUIDAZU PALACIOS, *La prevención del blanqueo de capitales*, Navarra, Aranzadi, pág.42.

²⁸ Citado por ÁLVAREZ PASTOR-EGUIDAZU PALACIOS, *ob. cit.*, pág.43.

²⁹ *Ibidem*.

Se destaca por su claridad y precisión la definición dada por Casani³⁰: “El blanqueo de dinero sucio es el acto por el cual la existencia, la fuente ilícita o el empleo ilícito de recursos son disimulados con el propósito de hacerlos aparecer como adquiridos de forma lícita. Blanquear el dinero es reintroducirlo en la economía legal, darle la apariencia de legalidad y permitir así al delincuente disfrutarlo sin ser descubierto: el que blanquea dinero procedente de un delito ayuda por tanto al delincuente a aprovecharse plenamente del producto de su infracción”.

De todas estas definiciones podemos extraer los caracteres del lavado de dinero o blanqueo de capitales:

- es un proceso;
- su objetivo es la ocultación;
- apariencia final de legitimidad de los bienes blanqueados.

b) Etapas

La mayor parte de la doctrina, siguiendo a la americana que diseñó el Grupo de Acción Financiera (GAFI) en los anexos a sus 40 recomendaciones se resume en tres las etapas del proceso de lavado de dinero, las cuales, a su vez tienen diversos modos de ejecución:

1. Colocación u ocultación: frente al problema con el que se encuentran las organizaciones criminales en relación a la enorme cantidad de dinero en efectivo que manejan, generalmente en el caso del narcotráfico se trata de billetes de baja denominación, se presenta la necesidad de colocarlo en el sistema financiero formal o de ocultarlo en la economía desmetalizada (de bienes y/o servicios). Esto se lleva a cabo por medio de diversas operaciones, a saber:

- *smurfing* (fraccionamiento),
- actividades bancarias (depósitos, compra de cheques de viajero) y parabancarias (operaciones de préstamo de dinero al contado, cesiones de créditos y operaciones de ingeniería financiera),
- adquisición de bienes de gran valor al contado: supermercados, hoteles, etc.,
- contrabando, cambio de divisas,
- actividades de agente de bolsa: instrumentalización de títulos valores,
- por medio de *dealers* o *brokers* de metales preciosos,

³⁰ *Ibidem.*

- cualquier tipo de negocio en el que se manejen importantes sumas de dinero;
- casas de juego: debido a que ingresa dinero en efectivo y generalmente las ganancias se retiran en cheques.

2. *Conversión*: una vez superada la primera etapa, se realizan una serie de operaciones por medio de las cuales se introduce en el sistema económico-financiero formal el dinero oculto o colocado en bienes.

Esto se logra por medio de:

- operaciones electrónicas realizadas con la utilización de bancos y otras instituciones formales y no formales;
- adquisición efectiva de bienes, por ejemplo el oro en todas sus modalidades que tiene aceptación generalizada;
- instrumentalización de transacciones ficticias;
- prestamos de dinero,
- instrumentalización de personas jurídicas “sociedades ficticias”.

3. *Integración*: consiste en la adquisición de bienes, obteniendo o no una ganancia por ello.

Si bien conceptualmente se distinguen estas tres etapas o fases del proceso denominado “lavado de dinero” o “blanqueo de capitales”, en la práctica no es tan sencillo diferenciarlas, fundamentalmente porque se trata de operaciones ocultas o solapadas.

Bernasconi³¹ considera que el procedimiento de blanqueo de capitales tiene dos fases:

- *money laundering*: que consiste en los actos a través de los cuales se libera a los bienes contaminados, en un corto período, de los rastros de su origen delictivo. El objetivo entonces será impedir la identificación de los bienes y con ello, su confiscación; por otro lado se pretende destruir las pruebas que incriminan al autor del hecho principal.
- *recycling*: constituida por las operaciones de medio y largo plazo en las que los bienes, ya lavados una vez, son ulteriormente tratados hasta que no sea posible en modo alguno conectarlos con un delito concreto y se llegan a considerar ganancias legales. El objetivo de esta etapa es la reintegración del dinero sucio en el circuito financiero legal.

Zünd³² utiliza el modelo de “ciclos” utilizando metafóricamente los ciclos del agua, a saber:

³¹ Citado por BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, Navarra, Aranzadi, pág.60/1.

³² Citado por BLANCO CORDERO, *ob. cit.*, pág.63/4.

- precipitación (producción del dinero en metálico). En el país donde se comete el delito se producen los bienes fruto de tales actuaciones delictivas (normalmente dinero en metálico, en billetes pequeños), que es conveniente lavar.
- infiltración (primera depuración). El dinero ilícitamente obtenido es recogido en la central de la organización criminal y lavado por primera vez mediante su transformación en otros bienes, normalmente billetes grandes. Esta primera transformación se produce en una “lavandería” nacional.
- corriente de aguas subterráneas (constitución del consorcio de empresarios). El dinero previamente lavado es movido en el interior de la organización y convertido en otras formas patrimoniales.
- lago de aguas subterráneas-desagüe (preparación y transferencia al extranjero). El dinero es entregado a una sección especializada en blanqueo de capitales de la organización o a otra empresa contra una prima de riesgo. Normalmente la organización criminal procede a realizar transacciones financieras al extranjero.
- nueva acumulación en el lago (preparación para la legalización). Dentro del país en que se va a realizar el blanqueo de capitales el dinero introducido es recibido nuevamente por especialistas.
- estado de bombeo (entrada en el mundo financiero legal). Mediante la apertura de cuentas en bancos y otras instituciones financieras así como mediante la compra de bienes (por ejemplo títulos valores) el dinero es introducido clandestinamente en el circuito monetario normal.
- estación de depuración (segunda depuración). Mediante la interposición de testaferros resulta más creíble la historia sobre el origen del dinero.
- aplicación/aprovechamiento (transferencia e inversión). Después de que los bienes han salvado las barreras de los sistemas bancarios nacionales e internacionales, se mueven en inversiones legales de cuenta en cuenta para el encubrimiento de los rastros criminales. Para ello se realizan inversiones a corto y mediano plazo, se fundan nuevas firmas, etcétera. De esta manera los bienes adquieren un carácter cada vez más legal.
- evaporación (repatriación legal). El dinero lavado, cuyo rastro documental respecto de su origen ha sido borrado, es apto para ser transferido legalmente a cualquier país, incluso al “país

del delito". Para ello se pueden servir de distintas construcciones, como la concesión de préstamos a los acreedores o pago de salarios a los colaboradores que no cotizan al fisco. Con la repatriación del dinero al país de origen se alcanza el objetivo del blanqueo de capitales: un proceso de reciclado cerrado.

- nueva precipitación (nueva producción de dinero metálico del delito). El dinero lavado y repatriado sirve, tras su tasación, para diversas actividades que se distribuyen generalmente de la siguiente manera: un tercio para financiar nuevas actividades ilegales, otro para la inversión en los mercados financieros internacionales y otro para la inversión en actividades legales.

Ackerman, por su parte es un crítico acérrimo del modelo antes descrito y acoge un modelo basado en la doctrina norteamericana; en función de los objetivos pretendidos por el blanqueador:

objetivos principales:

- la evitación de la confiscación y la ocultación del origen delictivo de los bienes;
- asegurar las posibilidades de aprovechamiento de los valores patrimoniales, ya que para el lavador, si no puede utilizar o invertir los bienes, carece de utilidad el encubrimiento de los mismos.

objetivos secundarios:

- integración: ingreso de los fondos en el sistema financiero legal o ilegal y su transferencia hasta que se oculte su origen delictivo;
- inversión: pasa a ser el objetivo principal ya que dispone de una reserva de dinero que intentará integrar en la economía legal;
- elusión de impuestos;
- disposición de medios para realizar otros hechos delictivos.
- objetivo complementario: impedir la condena de los responsables del delito previo.

Müller, por su parte, creó un sistema siguiendo el proceso de los ciclos de Zünd, se trata de un modelo abstracto dotado de variables que exige un elevado nivel de atención para su comprensión:

Descripción de sectores:

Sector I: país del delito/ilegalidad;

Sector II: país del delito/legalidad;

Sector III: país del blanqueo de capitales/ilegalidad;

Sector IV: país del blanqueo de capitales/legalidad.

Otro polo de menor importancia puede estar constituido en otra de las fases del proceso de lavado de dinero por país de transferencia /legalidad-país de transferencia/ilegalidad.

La configuración de sectores se realiza fundamentalmente en base a los polos país del delito, país del blanqueo, legalidad e ilegalidad y garantizan un borrado y anulación de los rastros de los bienes de origen delictivo.

Proceso de la caja negra (*black box prozesse*): la meta consiste en preparar el dinero a lavar para el cruce de sectores y/o utilizar las posibilidades específicas de los sectores para otras transformaciones y/o transferencias. La funciones de este proceso son:

- Sector I: blanqueo de capitales nacional para prelarvar el dinero sucio;
- Sector II: agrupación de los fondos sucios (previamente prelavados) y preparación para el contrabando;
- Sector III: actos preparatorios para su entrada clandestina en el sistema financiero legal, por ejemplo actos de fraccionamiento (*stucturing o smurfing*) o creación de una apariencia de legalidad para el dinero sucio;
- Sector IV: actos de encubrimiento en forma de transferencia, procesos de inversión y desinversión.

Cada sector es un ciclo cerrado que presenta dos puntos de intersección con los otros sectores. El proceso se inicia con el acceso del dinero negro procedente de la ilegalidad y finaliza con la salida del dinero ya lavado en el punto de intersección con la legalidad.

El desarrollo del proceso implica que el dinero lavado accede al Sector I mediante acciones directas de contrabando; sin inserción en un establecimiento nacional de lavado accede el dinero negro directamente al Sector II y debe buscar el camino hacia el Sector IV para poder allí ser finalmente lavado y reintegrado en la legalidad del país de destino final.

c) Factores estructurales (económicos y sociales) que facilitan el proceso de lavado de dinero

1. *Tendencia a una economía sumergida.* El primer factor que obstaculiza la localización de los activos críticos es el crecimiento vertiginoso, durante las dos últimas décadas, del volumen relativo de la proporción de la actividad clasificada como sumergida, negra, o fuera de la contabilidad en diversos sectores de las economías nacionales. Este segmento comprende el conjunto de actividades económicas que no encuentran reflejo en estadísticas oficiales.

La variable económica sumergida implica dificultades adicionales para el análisis. Una inicial se da a nivel de los componentes del mismo sector. Al respecto, es observable que si bien el mismo comprende un variado espectro de actividades ilegales que van desde el tráfico de drogas al de armas, metales preciosos, obras de arte hurtadas, secuestros extorsivos, etcétera, también fundamentalmente incluye actividades legales como la compra de bonos, acciones, bienes raíces, etcétera, no siempre fácilmente distinguibles de las primeras.

2. En el *ámbito nacional*, el factor principal es el *aumento del componente "servicios" de la economía legal*. En otras palabras: el paso de la producción de bienes materiales a la producción de servicios intangibles.

Se sostiene recurrentemente que las empresas de servicios –y en otro plano las llamadas plazas de servicios– son las más adecuadas para la ocultación y el manejo de dinero negro (aquel producido por actividades legales pero que no ha sido sometido a control fiscal) o sucio (procedente de actividades ilícitas). Algunos autores han llegado a destacar como regla inexorable: a mayor porcentaje de PBI generado por el sector de servicios, mayor facilidad para blanquear dinero caliente.

En sentido estricto, no puede realizarse un acierto tan categórico sin más fundamento, ya que hacia ese resultado confluyen otras muchas variables, entre ellas y en forma clara, el nivel de control del sector de servicios. Sí, en cambio, puede constatarse que los países con mayor componente de servicios en su economía exhiben un incremento relativo de este tipo de riesgo.

3. En el *plano internacional* los factores cuyo desarrollo facilitan en gran medida la ocultación y lavado de dinero negro y sucio son principalmente:

- la evolución de un mercado monetario internacional caracterizado por la globalización de las operaciones bancarias; dificultad de regular y controlar esas operaciones globalizadas; crecimiento acelerado del comercio mundial; crecimiento del intercambio entre euromonedas; advenimiento del Euro y generalización en el empleo de las transferencias vía electrónica.
- el perfeccionamiento de los llamados *networks ilícitos*. Ciertas transacciones ilícitas –entre ellas, el lavado de dinero–, por su misma naturaleza se desarrollan en circunstancias que excluyen muchas veces una de las características fundamentales de los modernos mercados capitalistas: la impersonalidad de los intercambios.

Por eso, para el delito organizado transnacional resulta mucho más económico y seguro confiar en determinados canales privilegiados de comunicación e intercambio, capaces de garantizar un cierto estándar de fiabilidad ilícita para todos los miembros del circuito clandestino.

Estos canales son los *networks ilícitos*, pueden ser categorizados como una forma de relación intermedia entre un clan y una burocracia en condiciones de combinar los rasgos típicos, tanto de las organizaciones formales como de los grupos primarios cara a cara.

El miembro de un grupo traficante, de un grupo especulativo ilícito o de una cadena de venta de armamentos clandestinos o diamantes puede confiar hoy en una trama de puntos de solidaridad y protección de extensión geográfica multinacional y multicultural, dotada de la confiable permanencia y estandarización típica de la burocracia, así como de la elasticidad y la fiabilidad características del grupo informal. En el interior de este retículo pueden circular bienes, servicios, prestaciones y contraprestaciones de naturaleza ilícita y eventualmente lícita (coberturas) a costos y riegos relativamente bajos; la misma participación en el *network* es garantía de la confiabilidad y profesionalidad de los participantes.

El uso de los *networks ilícitos* confieren a la actividad de los operadores ilegales una dosis suplementaria de mimetización, debido a la tendencia de los primeros a sumergirse, a su vez, dentro de sistemas muchos más amplios de relaciones de tipo reticular.

Estas redes de intercambios de naturaleza ilícita tienen estrecha vinculación con las variables de abuso de poder que operan como filtro del sistema, entre ellas con la especialización profesional. Así los *networks ilícitos de poder* estarían constituidos por una trama de relaciones entre los miembros asociados voluntarios de diversa extracción con objetivos declarados de naturaleza también diversa y aparentemente legal (asistencia profesional, intercambio de conocimientos y contactos, beneficencia, *lobbying*, promoción de valores culturales, etc.), pero que acentúan el carácter reservado y semisecreto de sus actividades e incluso la identidad de los mismos incriptos.

El poder, según Max Weber³³ es la "posibilidad de hacer prevalecer la propia voluntad aun contra la resistencia de los demás". El abuso de poder, según Tiedemann³⁴ radica en que una persona natu-

³³ WEBER, Max, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tubinga 1976, tomo II, pág.531.

³⁴ TIEDEMANN, Kalus, *Poder económico y Delito (Introducción al Derecho penal y económico y de la empresa)*, Ariel, Barcelona 1987, pág.57.

ral o jurídica que por vías absolutamente legales ha alcanzado una situación prominente, jurídica o fáctica, utiliza ésta en forma abusiva. La noción de abuso de poder se encuentra a su vez conectada con las variables que lo expresan.

4. Los llamados *paraísos fiscales*, es decir, territorios dotados de una normativa conforme a la que resulta posible pagar menos impuestos, debido al ejercicio de programación o planificación fiscal lícita, o bien a través de la defraudación a la Hacienda Pública. Ello se logra por medio de ciertas condiciones que se dan en dichos territorios y podríamos resumirlas en:

- ausencia o bajo nivel de imposición de las rentas, el capital y las transacciones;
- secreto bancario y comercial;
- convenciones fiscales;
- ausencia de un régimen de control de cambios;
- importancia relativa del sector bancario;
- fluidez en los medios de comunicación.

d) Efectos en el sistema financiero

Leone³⁵ –especialista del Fondo Monetario Internacional– sostiene con firmeza que el lavado de activos tiene repercusiones en el comportamiento financiero y en los resultados macroeconómicos de

³⁵ LEONE, Alfredo M., “Lavado de Activos en América Latina y la cuenca del Caribe: Efectos macroeconómicos, selección de acciones de política y función del FMI”, en *Documento Ponencia al Seminario de Superintendencia Bancaria y Lavado de Activos*, Cartagena de Indias, Colombia, 17 de marzo de 1998. De acuerdo al autor, en los países industriales, las consecuencias macroeconómicas del lavado de dinero se transmiten a través de varios canales, incluyendo: (i) errores en la formulación de política debido a fallas de medición de las estadísticas macroeconómicas derivados de las actividades de lavado de activos, (ii) modificaciones en la demanda de dinero que parecen no guardar relación con cambios en las variables fundamentales; (iii) volatilidad de los tipos de cambio y de las tasas de interés debido a transferencias imprevistas de fondos a través de las fronteras; (iv) otros efectos en la distribución de recursos o burbujas de activos específicos de los países debido a la inversión de “dinero sucio”; (v) creación de una base de pasivos inestable y de estructuras de activos poco sólidas de instituciones financieras, individuales o en grupo, lo que provoca riesgos de que se produzcan crisis sistémicas y en consecuencia inestabilidad financiera; (vi) efectos sobre la recaudación de impuestos y la asignación del gasto público debido a la declaración inexacta e inferior a la verdadera de los ingresos; (vii) asignación deficiente de recursos debido a las distorsiones en los precios relativos de activos y bienes como de resultado del lavado de activos; y (viii) efectos de contaminación sobre las transacciones legales debido a que se percibe la posibilidad de que estén vinculadas con operaciones delictivas.

los países industriales en forma muy clara, complicando la formulación de la política económica, restando solidez y estabilidad al sistema financiero. En el mismo sentido manifiesta que afecta de manera apreciable, aunque en distinto grado, a los países en vías de desarrollo.

En otro estudio realizado en el ámbito del FMI por Vito Tanzi, se señala que la asignación de los recursos mundiales se atrofia, no sólo cuando se emplea mano de obra y capital en actividades delictivas y en la producción de productos y servicios ilícitos, sino también cuando se invierte el producto de esas actividades de maneras no congruentes con las variables económicas fundamentales de cada país o región.

Se tiene la impresión de que el dinero blanqueado no es en ningún caso dinero neutro, que se usa en forma diferente y menos productiva. El lavado de activos provoca distorsiones en los precios relativos de los activos y bienes, lo que hace que los recursos se asignen en forma ineficiente y, por lo tanto, puede tener implicaciones negativas para el crecimiento económico. También, claramente el lavado de activos internos sustrae recursos de la economía legítima, reduciendo el producto de la misma y su tasa de crecimiento. Las operaciones internacionales de lavado de activos pueden elevar el crecimiento en el país de destino de los recursos y reducirle en el país del cual proviene, pero en todo caso reducen o *afectan la tasa de crecimiento de la economía mundial*.

No cabe duda de que el lavado de activos puede corromper a las instituciones financieras y restar eficacia a la gestión de los bancos centrales. Una vez que arraiga cierto nivel de corrupción, se introducen comportamientos que no son compatibles con el mercado en todas las esferas, además de las que están directamente vinculadas con el lavado de activos. Se generan, en consecuencia, bases de pasivos inestables y estructuras de activos poco sólidas en las instituciones financieras individuales o en grupos de instituciones financieras individuales, lo que da lugar al riesgo de erupción de crisis sistémicas y, por ende, de que haya inestabilidad financiera y menor confianza en el funcionamiento de los mercados.

Alain Touraine –sociólogo francés– expresó que “la droga es el verdadero estado superior del capitalismo puesto que por sí misma representa un máximo provecho, una máxima circulación de capitales, un mayor rendimiento. Por consiguiente, implica el mayor riesgo individual, corporativo y de soberanía económica potencialmente susceptible de afectar a todos los Estados”.

Todos estos efectos que atestiguan una singularidad del fenómeno, obligan a intervenir no solamente en virtud de una exigencia ética y moral, sino por estrictas razones de contenido macro-económico, ya que, por lo expuesto, el comportamiento señalado puede minar las reglas de funcionamiento monetario y financiero de la economía.

El problema se reduce entonces a cómo debe hacerse. Si se intenta respetando cuidadosamente ciertas garantías mínimas y los principios del dogma penal garantizador o el Estado se resigna a arrasar con ellos a través de extravagantes formulaciones adjetivas y sustancias propias de un derecho penal de emergencia (limitando la interposición de recursos procesales ordinarios, invirtiendo la carga de la prueba, admitiendo testimonios de oídas, inmunidades o prerrogativas procesales para colaboradores, agentes infiltrados y otras supuestas panaceas entre las que se encuentra la limitación del secreto bancario y otras cuestiones antes apuntadas).

e) El bien jurídico protegido

La doctrina especializada señala que se justifica la intervención penal para punir autónomamente el lavado de capitales por los múltiples riesgos que acarrea: riesgo de hiper reacción de los mercados financieros y, en consecuencia, de oscilación de los índices de cambio y tasas de intereses, riesgo de contaminación de la libre concurrencia, de monopolización de algunos sectores, de afectar el diseño de la política económica del país, de inestabilidad en el sector financiero, de alterar la demanda de dinero, corrupción, etcétera. En consecuencia de lo expuesto, se llega a firmar que el bien jurídico protegido por la norma penal sería entonces la "seguridad del orden económico financiero".

El perjuicio que produce al sistema económico financiero de un país la permisividad en este tipo de delitos quizás no se advierte a corto plazo pero, en la medida en que el dinero no entra al circuito financiero formal, no se tributa por las inversiones ilegales que se realizan, los perjuicios sociales se advertirán a largo plazo tal como se indicó ampliamente más arriba.

La dificultad para tomar medidas de prevención consiste, a nuestro entender, en que es difícil concientizar a quienes tienen a su cargo tomar las medidas pertinentes de prevención y sobre la sociedad toda respecto a perjuicios que se advertirán a largo plazo.

Puede afirmarse que los problemas que acarrea en los mercados a corto y mediano plazo son los siguientes:

- los mercados que reciban esos flujos de dinero sufrirán, sobre todo, si son de naturaleza temporaria, efectos de desestabilización económico-financiera,
- la integración de los mercados implica que las dificultades financieras de uno se trasladen rápidamente al resto, máxime en la época en la que vivimos, de economía globalizada y de mercados regionales.

En el *largo plazo*, los problemas que se advierten son los siguientes:

- las organizaciones criminales invierten de acuerdo con su importante *cash flow*, desplazando a las estructuras tradicionales de producción. Como consecuencia de ello, se pierden las capacidades productivas de bienes y servicios aumentando la dependencia de las importaciones del país, con efectos negativos para la balanza comercial y de pagos,
- Las facilidades de lavado de dinero que otorgue un país atraen a las organizaciones delictivas cuyo objetivo es administrar capitales ilegales sin riesgo. El dinero de origen ilícito convierte cada vez más, en ineficientes las alternativas económicas e induce a dichas organizaciones a ganar e invertir en forma más fácil. Las consecuencias son la exploración de nuevos campos de actuación generando la volatilidad de los fondos mediante la legalización y la transferencia,
- En los países dependientes de capitales de las economías fantasmas, la consecuencia será, a mediano o largo plazo, la negativa deformación de su estructura macroeconómica.
- De estabilizarse o estancarse el flujo de dinero ilegal, no existe forma de compensar las inversiones que se retiran del mercado; por tanto, las consecuencias económicas, y por ende las sociales, serán considerablemente negativas.
- La presencia de organizaciones delictivas desalienta los planes de los inversores que pretenden incorporar capitales legales en cualquier sector de la economía. Si el dinero que se blanquea proviene del narcotráfico, el consumo de drogas aumenta; si proviene de la corrupción, se corrompen los sectores en que actúa. Por consecuencia, cuanto mayor es la incorporación de capitales ilegales, mayor es el estado de corrupción de la política, de la economía y de las instituciones administrativas.

La consecuencia de la entrada y salida de importantes capitales la sufrirá tanto la moneda nacional como su base monetaria ya que en caso de ingresos masivos se vería revaluada y existiría una expansión de su base monetaria; en caso de salida tendría el efecto contrario.

Ahora bien, en la República Argentina, por la ubicación sistemática del delito dentro del Código Penal, se podría hablar de un tipo especial de encubrimiento, por la condición objetiva de punibilidad establecida en \$50.000 en un sólo acto o por la reiteración de actos vinculados entre sí, y la especialidad también estaría dada por la modalidad de este encubrimiento.

El bien jurídico protegido por el encubrimiento es la Administración de Justicia, es decir, que blanqueando capitales lo que se estaría haciendo es obstaculizar las investigaciones, por la dificultad que supone seguir el rastro de los bienes producidos por los delitos precedentes.

En ese sentido, la crítica que puede hacerse es que se advierte una discordancia con el límite de pena del artículo 279 de la ley 25.246, máxime si se tiene en cuenta el dictamen mayoritario del proyecto de ley que considera el lavado de dinero un hecho posterior copenado (por concurso aparente de leyes según la regla de consunción. Así, el bien jurídico protegido por ambos sería la administración de justicia), es decir, siempre habría relación y remisión al delito precedente.

Si se lo considera un delito pluriofensivo, debería considerarse a la administración de justicia como uno de los bienes jurídicos ofendidos, como así también el orden público socioeconómico, debido a que quienes lavan ejercen una competencia desleal, vital en economías liberales. Quien tiene en miras introducir al sistema formal bienes obtenidos ilícitamente, no se preocupa por la pérdida económica que le pueda significar esa operación. Es más, son los primeros en cumplir con las obligaciones tributarias, ya que de ese modo también se introducen al sistema formal los dineros obtenidos ilegalmente.

Una primera mirada sobre el asunto desde países en vías de desarrollo harían aconsejable la recepción en el sistema financiero de dinero fresco que permita inversiones, nuevas fuentes de trabajo; pero, por lo dicho en el párrafo precedente, la consecuencia, a la larga no resultará beneficiosa, en la medida que el crecimiento será ficticio, asentado sobre bases de arena, y que llevarán a desestabilizar las empresas y negocios construidos legítimamente.

VII. Normativa internacional que vincula a la Argentina y nacional

A modo de introducción, podríamos decir que tanto las normas internacionales como las nacionales relacionadas al blanqueo de capitales, hacen hincapié no tanto en el delincuente, sino en el fenómeno de la delincuencia.

Normativa internacional que vincula a la Argentina

Reglamento Modelo CICAD-OEA (ámbito multilateral de nuestro continente) implementado por el Grupo de Expertos entre noviembre de 1990 y marzo de 1992 referido a los delitos de lavado relacionados con el tráfico de drogas y otros delitos graves. Es la fuente de nuestra ley.

Por ley 24.072 sancionada el 9 de abril de 1992 se incorporó legislativamente la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas aprobada en Viena el 19 de diciembre de 1988 la que, en relación a la prevención del blanqueo de capitales, estableció un sistema de evaluación a partir de la información provista por las partes y las funciones atribuidas a la Comisión de Estupefacientes de Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas y a la Junta de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE).

La Cumbre de las Américas mediante el Comunicado Ministerial de la Conferencia concerniente al Lavado de Dinero e Instrumentos del Delito estableció un sistema de autoevaluación y evaluación mutua.

En la Segunda Cumbre de las Américas, celebrada en 1998 se determinó un nuevo procedimiento de evaluación gubernamental de carácter multilateral para dar seguimiento al progreso individual y colectivo de los esfuerzos hemisféricos y de todos los países participantes de la cumbre en el tratamiento de las diversas manifestaciones del problema.

La Argentina junto a Brasil y México son miembros observadores del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), organismo internacional formado por 26 países miembros que, entre sus funciones, tiene la de calificar a los países para obtener créditos ante el Fondo Monetario Internacional y dictó las 40 Recomendaciones, más las 8 Recomendaciones Especiales sobre Financiamiento del Terrorismo, que también fueron receptadas por el Grupo de Acción Financiera Sudamericano.

Legislación nacional

Si bien la sanción de la ley 23.737 de Estupefacientes y Psicotrópicos es anterior (B.O.11 de octubre de 1989) a la ratificación de la Convención de Naciones Unidas de 1988, con la figura del artículo 25 se cumplió con el compromiso internacional asumido en Viena, sancionando el blanqueo de capitales. La Argentina fue el noveno país

ratificante de la Convención en sancionar un ley que castigue el lavado de dinero, y su redacción fue similar a la de otros países, ya que se deriva de instrumentos internacionales dictados por grupos económicos.

Completa esta norma el artículo 26 al establecer que: “En la investigación de los delitos previstos en la ley no habrá reserva bancaria o tributaria alguna. El levantamiento de la reserva sólo podrá ser ordenado por el juez de la causa.

La información obtenida sólo podrá ser utilizada en relación a la investigación de los hechos previstos en esta ley”.

Al compromiso internacional, en cuanto a la sanción de la ley deben sumarse las circunstancias políticas de la visita del presidente de Estados Unidos de Norteamérica y de miembros del GAFI durante la discusión de la misma en el parlamento.

Esta ley fue el fruto de la composición entre las ideas provenientes de las comisiones de legislación penal, justicia y presupuesto y hacienda de la Cámara de Diputados.

Por otra parte, para evitar el blanqueo de capitales en el país, se han adoptado medidas de diversa índole, como la creación –por decreto 1849/90– de la Comisión Mixta de control de las operaciones relacionadas con el lavado de dinero del narcotráfico integrada por el Director del BCRA, el Secretario a cargo de la Secretaría para la Prevención y Represión de Lucha contra el Narcotráfico, dos representantes de Hacienda, dos de Comercio y en 1996 se amplió el número de integrantes con dos representantes del Poder Judicial, dos diputados y dos senadores. La función del organismo es estudiar los distintos métodos que se emplean para llevar a cabo las operaciones de lavado y, proponer a las autoridades competentes los cursos de acción a adoptar para detectar, impedir y sancionar tales maniobras. El 23 de febrero se promulgó la ley 24.450 que convalidó el decreto 1849/90.

El 11 de julio de 1997 se dictó el decreto 646/97 que crea la Administración Federal de Ingresos Públicos de la cual depende la dirección de Control Aduanero.

En cuanto al marco normativo, la ley 25.246 promulgada el 5 de mayo de 2000 y sancionada el 13 de abril del mismo año modificó los arts. 277, 278 y 279 del Código Penal completaron el marco legal vigente en la época dándole una nueva perspectiva al delito de encubrimiento, tal como se advierte en el análisis realizado en el capítulo precedente; la misma ley crea la Unidad de Información Financiera, organismo encargado del análisis, tratamiento y transmisión de la información de operaciones inusuales provenientes de delitos graves;

establece un régimen de sujetos obligados a informar estas operaciones sospechosas y regula un régimen penal administrativo en la materia.

En 1994 se celebró la Cumbre del Hemisferio en la cual se reunieron treinta y cuatro ministros, los cuales consideraron al blanqueo de capitales como uno de los delitos más graves comprometiéndose a tipificarlos en sus países, siguiendo los lineamientos de la Convención de Viena.

Por comunicación 2402/95 del BCRA se prohíbe a las entidades financieras recibir cheques por más de \$ 10.000, en caso de recibirlos, deben quedar registrados; el texto ordenado de la circular relativa a la materia es la Circular 3094.

Por su parte, la resolución concerniente al tema de la Comisión Nacional de Valores es la n° 288.

Las leyes 23.920 y 24.034 establecen la cooperación con Estados Unidos para la investigación de los delitos de blanqueo de capitales.

En 1991 la Asociación de Bancos elaboró una guía de recomendaciones y control para los bancos asociados, en la que principalmente prevalece la consigna de conocer al cliente, es decir, el giro comercial y las actividades habituales, para que, en caso de verificar operaciones extraordinarias, las mismas sean investigadas.

En el mismo sentido, en 1995 se firmó un convenio con el Ministerio de Justicia para actualizar las leyes de control.

De la reseña realizada hasta al momento en relación a la normativa internacional que vincula a la Argentina y de la estrictamente nacional puede concluirse que los países europeos se encuentran más avanzados en materia de prevención del blanqueo de capitales, ya que sus normas se refieren al producto de cualquier delito, no sólo circunscripto al narcotráfico.

Por otra parte, cabe señalar que es un avance en la legislación nacional la iniciativa de la creación de las unidades de investigación financiera que, al igual que en los países más avanzados se trata de organismos del estado que tienen las siguientes características para investigar las operaciones informadas como sospechosas. Estos organismos fueron ideados como medio de descompresión del sistema judicial de modo que no se sature por denuncias que podrían haber sido evaluadas en una instancia anterior. Dos son las características de estos organismos, constituir filtros y ser prejudiciales. Para cumplir con dicho objetivo deberían contar con los siguientes elementos:

- acceso inmediato a las bases de datos de los organismos con competencia;
- poseer elementos técnicos necesarios para poder realizarlo en forma inmediata;
- poseer personal con dominio en varias disciplinas.

En esta misma idea se impone actualmente como nueva metodología de evaluación, según la propuesta del Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, en el marco del GAFI, en su punto 24 se refiere específicamente a la necesidad de que los países cuenten con Unidades de Información Financiera independientes del poder político para realizar con libertad su cometido y libres de influencias y de estar dotadas con los recursos técnicos y humanos necesarios para cumplir con su labor.

Ámbito internacional

En el ámbito internacional, en 1987 se aprobó un amplio y multidisciplinario plan que se plasmó en 35 objetivos por la *Conferencia Internacional de las Naciones Unidas*.

Actualmente, se cuenta con recomendaciones para la prevención del lavado de dinero de diversos organismos internacionales, a saber:

- la *Organización de las Naciones Unidas*,
- la *Organización de Estados Americanos* -en particular del organismo especializado, la *CICAD*-;
- el *Comité de Basilea sobre Regulación y Supervisión Bancaria* (propuestas tendientes a identificación de clientes, verificación de la titularidad de las cuentas, impedimento para realizar operaciones con clientes que evadan los requisitos mínimos de identificación, identificación de operaciones que tengan características de sospechosas y adopción de normas y políticas a nivel nacional tendientes a prevenir el lavado de dinero),
- la *Unión Europea*, en 1991 emitió la directiva sobre Prevención del uso del sistema financiero para el lavado de dinero por medio de la cual estableció medidas para la prevención específica para ser adoptadas por las instituciones financieras relativas a la adecuada identificación de todos sus clientes al inicio de su relación de negocios, registro y control de movimientos en efectivo superiores a un determinado monto, detección de operaciones sospechosas, etcétera.

El 1º de enero de 1993 la Unión Europea adoptó oficialmente el título de Comunidad Económica Europea y se encuentra formada por 15 países. La directiva del Consejo nº 91/308 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales preveía su trasposición al derecho positivo de los estados miembros antes del 1º de enero de 1993.

- *Consejo de Europa* se fundó en 1949 para fomentar una mayor cooperación y unidad entre los países de Europa por medio de sus gobiernos y parlamentos. Funciona mediante dos cuerpos principales: el Consejo de Ministros (compuesto por los ministros de relaciones exteriores) y la Asamblea Parlamentaria (por los miembros de los parlamentos nacionales) de los países miembros. Fundamentalmente elabora convenciones, acuerdos multilaterales y publica sus resoluciones que reflejan acciones recomendadas a sus miembros. La Convención sobre el Lavado, Identificación, Embargo y Decomiso de los Beneficios Económicos Derivados del Delito (convención de Estrasburgo) fue abierta para la firma el 8 de noviembre de 2000, en ella se detallan medidas de prevención y control de lavado de dinero y tiene por objetivo la adopción de normas en sus respectivos ordenamientos jurídicos por parte de los países miembros.;
- el *Grupo de Acción Financiera-G.A.F.I.* fue creado en julio de 1989 en París en la Cumbre de los siete países más industrializados. En la actualidad es el grupo internacional más importante en el tema de lavado de dinero. Está integrado por 26 países y dos organizaciones internacionales, La Comisión Europea y el Consejo de Cooperación del Golfo. Elaboró un sistema de evaluación mutua y de autoevaluación con posibilidad de sancionar a aquellos países que no la apliquen), la *Financial Task Force* y el *Grupo EGMONT*.

A partir de 1990, las recomendaciones y autorregulaciones corporativas comienzan a incidir inadecuadamente en la regulación administrativo-sancionatoria de la Comunidad Europea e incluso, lo que es más grave, en el ámbito sancionatorio penal internacional en el Convenio entre Estados Unidos y Suiza (ámbito bilateral) y en las modificaciones al Código Penal de Suiza.

El *Código Penal español* (7) en el capítulo XIV titulado "De la receptación y otras conductas afines" castiga en el artículo 301, en el primer párrafo la conducta del "que adquiera, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un delito grave, o rea-

lice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triple del valor de los bienes.

Las penas se impondrán en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 372 de ése Código...”.

Por las penas impuestas, se trata, en los casos de la segunda parte del párrafo transcrito, de un encubrimiento agravado.

Del mismo modo, el *Código Penal italiano* en el capítulo correspondiente a Delitos contra el patrimonio –artículo 648– castiga con pena de prisión de dos a ocho años y multa el encubrimiento en su modalidad de receptación, disminuyendo la pena de prisión y multa en caso de encubrimiento de delitos menores. No existe norma especial para los bienes provenientes de actividades relacionadas con el tráfico ilícito de estupefacientes.

Por su parte, en Italia se cuenta con las siguientes leyes que previenen el blanqueo de capitales:

- Ley 55 del 19/3/90 que tipifica como delito el lavado de dinero o activos provenientes de actividades delictivas tales como robo armado, extorsión, secuestro extorsivo y tráfico de drogas y armas;
- Ley 197 del 5/7/91 que requiere a los bancos, sociedades de corretaje, compañías de seguros, casas de cambio, fondos de fideicomiso, funcionarios de la Administración pública, correos y cualquier otra persona del sector financiero, la identificación total de las partes intervinientes en operaciones por montos importantes, mediante instrumentos financieros que puedan rastrearse o intermediarios autorizados.

Ley Alemana contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y otras Modalidades de Criminalidad Organizada del 15 de julio de 1992, la modificación al Código Penal Francés de 1994, la modificación del artículo 305 del Código Penal Suizo de marzo de 1990 son a nivel europeo las nuevas herramientas normativas de lucha contra el blanqueo de capitales.

Las normas vigentes en *Francia* referidas a la cuestión son:

- Ley 90-614 del 12/7/90 que se refiere a la participación de organismos financieros en la lucha contra el blanqueo de capitales provenientes del tráfico de estupefacientes. Literalmente

establece la “obligación de informar” las operaciones con evidencia de vinculación al tráfico de estupefacientes y otras actividades del crimen organizados, a un servicio dependiente del Ministerio de Economía y finanzas (TRACFIN).

El TRACFIN es una central de informaciones encargada de evaluar las declaraciones de sospechas recibidas de los organismos financieros e iniciar procedimientos judiciales.

En *Estados Unidos*, fue a partir de 1970 cuando se iniciaron los primeros controles establecidos por las autoridades por medio de la Ley de Secreto Bancario la cual sufrió dos enmiendas. La evolución de la prevención del blanqueo de capitales desde un marco normativo siguió con las siguientes leyes:

- Ley de Control del Lavado de Dinero de 1986 que tipifica el lavado y lo considera un delito criminal;
- Ley de Encausamiento de 1998 que determina el confiscamiento, el comiso civil o criminal del dinero o bienes utilizados en actividades ilícitas o resultantes de éstas, alcanzando incluso a los bancos;
- Ley Antidroga Annunzio Willey de 1992 que establece que las instituciones financieras pueden ser declaradas culpables criminalmente por el lavado de dinero;
- Acta Patriótica de octubre de 2001, en su título III hace referencia al lavado de dinero y financiamiento del terrorismo.

La normativa legal vigente en *Inglaterra*, en relación a la prevención del blanqueo de capitales es la siguiente:

- Ley de Delitos Vinculados al Narcotráfico de 1986 que contiene las primeras disposiciones sobre el lavado de dinero. Lo conceptualiza diciendo que constituye delito el accionar de toda persona que ayude a otra a ocultar la verdadera identidad de ganancias provenientes del narcotráfico y quien perjudique investigaciones de narcotráfico alertando a un sospechoso sobre la investigación. En el mismo sentido establece que la revelación a las autoridades sobre la sospecha de que una suma de dinero proviene del narcotráfico no constituye violación de cualquier obligación de confidencialidad impuesta por contrato.
- Ley de la Justicia Criminal de 1993 que amplía las disposiciones anteriores e incorpora como delito los siguientes conceptos: adquirir, poseer o usar las ganancias del narcotráfico con el conocimiento de que tiene ese origen,

- no informar a un agente de la ley el conocimiento o sospecha obtenidos en el ejercicio de su comercio, negocio o profesión, de que otra persona está involucrada en el lavado de dinero del narcotráfico,
- revelar cualquier información que pueda perjudicar una investigación de lavado de dinero; al informar sobre una transacción sospechosa a un agente de la ley y suponga establecer disposición para asegurar un amplio espectro de inmunidad a la responsabilidad penal.

El acta impone a las instituciones financieras establecer sistemas y controles para impedir el lavado de dinero.

En el mismo sentido, pero dentro del *marco latinoamericano* se destacan:

- Ley colombiana de extinción del dominio sobre los bienes adquiridos en forma ilícita número 333 de 1996 y la ley de agravación de penas número 365 del 21 de febrero de 1997;
- Ley chilena número 19.366 del 30 de enero de 1995;
- Ley ecuatoriana sobre sustancias, estupefacientes y sicotrópicas de 1990;
- Creación del artículo 115 bis en el Código Fiscal de la Federación Mexicana;
- Ley Paraguaya número 1015 del 10 de enero de 1997;
- Decreto ley peruano número 736 del 8 de noviembre de 1991, ley número 25.404 del 11 de febrero de 1992 modificada por el Decreto ley 25.428 del 9 de abril de 1992;
- Ley Orgánica Venezolana sobre Sustancias Estupefacientes y Sicotrópicas del 30 de septiembre de 1993;
- Proyecto de ley uruguayo modificativo del Decreto ley 14.294 a estudio parlamentario;
- Ley brasileña 9613 del 3 de marzo de 1998.

En Estados Unidos, los Estatutos penales del Código Federal de los Estados Unidos sobre Lavado de Dinero y Normas Conexas y Complementarias publicado por el Departamento de Justicia en mayo de 1993 y la Reglamentación del Secreto Bancario del 1 de abril de 1996, y el Acta Patriótica, que en su capítulo III se refiere al Lavado de Dinero.

VII. Conclusiones

- A nuestro juicio, a los poderes político y económico, debe sumarse otro factor o filtro sistémico que puede incidir en forma autónoma y determinante en el mundo actual, complemen-

tando el sistema penal. Esta nueva variable a considerar sería la *especialización profesional* cuya manifestación más relevante es el dominio funcional operativo de los medios tecnológicos y de los mecanismos operativos superiores del ciber espacio financiero. Ciertamente no puede comprenderse adecuadamente el tema del lavado de dinero si no se profundiza en el estudio de este tipo de repuestas.

- El crimen organizado posee estructura, coordinada, estrategia global de proyección transnacional, ingentes medios, y posibilidad de acceder a *networks* ilícitos caracterizados por acentuada especificación profesional. Estas y otras características ubican a sus integrantes en inmejorable posición para usufructuar o prevalecerse de las debilidades estructurales de nuestros sistemas penales, a través de un manejo casi arbitrario de las diferentes variables de poder, lo que se traduce en una virtual impunidad de sus actos.

Complementariamente, dentro de este esquema, diversos factores estructurales de tipo económico y social a nivel nacional e internacional otorgan la escenografía apropiada para viabilizar y, en ciertos casos, estimular los procesos de lavado de dinero. Resulta provechoso reiterar la existencia de una red virtual de intercambios y apoyos recíprocos que funciona entre los diversos grupos y subgrupos de delincuencia organizada. Cierta tipo de transacciones ilícitas, entre ellas las que se refieren al lavado de dinero, aparecen estratégicamente incompatibilizadas con la impersonalidad de los intercambios y funcionan con el respaldo de *networks* profesionales que les aseguran un estándar aceptable de flexibilidad, mimetización y fiabilidad ilícita a un costo y riesgo aceptables.

El conocimiento adecuado de las modalidades de actuación de estas redes de comunicación, como el de los propios mecanismos financieros involucrados, resulta imprescindible para alcanzar un razonable control de las actividades ilícitas que se procesan por su intermedio en su contexto sistémico. Ello requiere una metodología especial apropiada al objeto de análisis.

- Una vez desentrañada la estructura funcional y operativa de los mecanismos financieros vulnerables y de esos puntos de apoyo ilícito (*networks*) resultará viable diseñar la estrategia de su control, tanto reglamentario como punitivo, el que deberá realizarse en este último caso respetando en la medida de lo posible los principios tradicionales de un dogma penal

garantizador del propio Estado de Derecho. No cuestionamos la estrategia de combatir la delincuencia organizada cortando sus canales de comunicación con la economía legal o erradicando de raíz la posibilidad de circulación de dinero sucio obtenido con sus actividades, ni aun la pertinencia de confiscar esos fondos, sino exclusivamente la técnica legislativa y algunos procedimientos que erróneamente suelen emplearse con esa finalidad.

- El combate a la delincuencia organizada se asoció indebidamente con una legislación procesal de “emergencia” y un derecho penal “diferenciado”, en el cual proliferan los tipos de responsabilidad meramente objetiva y “tipos de autor”. A nuestro entender todo ello deriva en el aumento de decisiones discrecionales de los jueces. Lo que sí resultaría adecuado es, en los casos de estas investigaciones, utilizar herramientas procesales para facilitar las investigaciones (v. gr. Agente encubierto, testigo protegido), como ocurría cuando el tipo penal del lavado de activos se encontraba en la ley 23.737. Ahora, se amplió la lista de delitos precedentes, pero en la ley específica no se hizo referencia a institutos como los indicados.
- La conformación de nuevos tipos penales explícitos y procedimientos vinculados a la delincuencia organizada, en especial en los casos de represión y control del lavado de dinero, se deben y pueden realizar (previo conocimiento y aprehensión de los mecanismos involucrados) de acuerdo a las directivas garantizadas naturalmente por el dogma penal sustancial y procesal. *No existe una protección penal eficaz a costa de la seguridad jurídica.* Debe tenerse presente que las normas regulatorias de prevención del blanqueo de capitales deben ser objeto de permanente revisión debido a las constantes mutaciones de las organizaciones delictivas dedicadas a lavar dinero que conocen a la perfección las fallas de los controles, los centros de corrupción y las debilidades de la ley.
- La decisión política de prevenir y combatir el lavado de dinero deberá traducirse en eficaces herramientas de política criminal utilizando las normas para lograr adecuadamente el objetivo propuesto. Ello, en la medida en que la política se define también por el poder, el cual hereda una energía transformadora; la política y no la economía, hace posible esa transformación de la realidad. *Sin política, no hay cambio en la vida de los hombres.*

- Del mismo modo que las organizaciones criminales cooperan entre ellas para facilitar las transacciones ilegales, los países deberán ajustar sus ordenamientos legales para prevenir este tipo de delitos, en especial en cuanto al secreto bancario.
- La decisión política de prevenir y combatir el lavado de dinero debe ser en principio nacional, luego regional (mercados comunes regionales) e internacional, tal como lo planteó en su oportunidad la Convención de Viena.

El dilema está en saber si, debido a la cantidad de dinero que maneja el narcotráfico y que los perjuicios se producen a largo plazo, ésta solución se vislumbra como probable en un futuro no demasiado lejano, de lo contrario, por más que existan leyes que intenten prevenir el lavado de dinero, las mismas no serán eficaces.

- A efectos de que la ley resulte eficaz, es necesaria la coordinación de la investigación penal y administrativa, y como se plantea que la Metodología de Evaluación de los países en materia de lavado de dinero implementadas por el Grupo de Acción Financiera Internacional a propuesta del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, debe dotarse a los organismos encargados de la prevención (v. gr. Unidades de Inteligencia Financiera) de los recursos humanos, técnicos y económicos para cumplir adecuadamente su función de ser filtros entre los organismos obligados a reportar operaciones inusuales de lavado de dinero y la justicia.
- En el caso de la ley 25.246, la Unidad de Información Financiera tiene la competencia de colaborar con los órganos judiciales y del Ministerio Público en la persecución penal de los delitos previstos en ellas, es decir, que, una vez que la cuestión se halla ventilado en sede jurisdiccional, el organismo administrativo encargado primariamente de la prevención del lavado de dinero, continuará prestando su asistencia técnica a los jueces y/o fiscales.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ PASTOR, Daniel-EGUIDAZU PALACIOS, Fernando, *La prevención del blanqueo de capitales*, Navarra, Aranzadi, 1998, 429 págs.
- BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal-Parte General*, 2a. edición renovada y ampliada, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, 691 págs.

- BARRA, Rodolfo Carlos, *Principios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Ábaco, 1980; 288 págs.
- BARRAGUIRRE, Jorge A., *Derecho Administrativo. Visión jurisprudencial*, Buenos Aires, Juris, 1993, 226 págs.
- BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, Navarra, Aranzadi, 1997, 597 págs.
- CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, Colex, 1998, 521 págs.
- CARRARA, Francisco, *Programa de Derecho Criminal*, Buenos Aires, Depalma, 1944.
- CASARES, Tomás, *La justicia y el derecho*, 3ª edición actualizada; Buenos Aires, Abeledo-Perrot; 1974, pág. 259.
- CORNEJO, Abel, *Los delitos del tráfico de estupefacientes*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1994, 395 págs.
- CREUS, Carlos, *Ideas penales argentinas*, Buenos Aires, Depalma, 1990, 159 págs.
- D'ALBORA, Francisco J. (h), *Lavado de dinero. (El delito de legitimación de activos provenientes de ilícitos)*, ED 180-1085.
- DEL OLMO, Rosa-SAAVEDRA, Edgar, *La Convención de Viena y el narcotráfico*, Bogotá, Temis, 1991, 178 págs.
- ECCO, Umberto, *Cómo se escribe una tesis*.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1998, 991 págs.
- FLETCHER, Gerge P., *Conceptos básicos de Derecho Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, 307 págs.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990.
- JAKOBS, Günter, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Marcial Pons, 1997, 1113 págs.
- JESCHEK, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Granada, Comares, 1993, 913 págs.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Principios de Derecho Penal. La ley y el delito*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, 578 págs.

GLOBALIZACIÓN Y DERECHO PENAL

LUIZ FLÁVIO GOMES*

“¿Por qué el Estado tan fragilizado en su modo de operar, un Estado de paja, debe ser el Estado que levanta el arma de la represión penal? ¿Por qué la apelación sistemática al control penal? La explicación es solamente una: se busca, al mismo tiempo, la eficacia preventiva del poder punitivo y la preservación del proceso de globalización. Las normas penales más extensas y las penas más exacerbantes tienen, por un lado, el objetivo de difundir el miedo y el conformismo en relación a los excluidos del fenómeno globalizador, a los que no son nadie y, por otro lado, el significado simbólico de punir expansivamente la falta de lealtad al sistema de mercado y, de ese modo, evitar su perturbación y buscar su preservación, anteponiéndolo a los valores, derechos y garantías del individuo” (FRANCO, Alberto Silva, *Globalização e criminalidade dos poderosos*, in *RBCCRIM*, n. 31, jun-sep./00, págs. 121-122).

1. Características actuales del proceso de globalización del Planeta

Si en el plano jurídico-político (léase: en el discurso de algunos profesores, cientistas políticos, sociólogos, filósofos etc.) se fue sedimentando –en las últimas décadas– el modelo de *Estado Constitucional y Democrático de Derecho*¹, en el ámbito económico se fue consolidando el fenómeno denominado *globalización*².

* Doctor en Derecho Penal, Universidad Complutense de Madrid. Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de São Paulo, Brasil.

¹ Conf. FERRAJOLI Luigi, *Derechos y garantías*, trad. Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 1999, pág. 19 y sigs.

² Sobre el origen del proceso de globalización conf. ESTEFANÍA, Joaquim, *La nueva economía. La globalización*, 4ª ed., Madrid, Temas de Debate, 2000, pág. 11 y sigs.,

Aunque no sea muy corriente hacer referencia a una específica política-criminal de la *era de la globalización*³ creemos que es absolutamente imprescindible delinear, aunque sin gran profundidad, no solamente la esencia del mencionado fenómeno (en sus diversos matices: globalización económica, social, cultural, comunicacional), como también sus (múltiples y complejas) relaciones con el sistema del Derecho penal.⁴

Pero, desde luego nos parece importante subrayar una distinción: una cosa son las características del *Derecho penal de la globalización* (que versan sobre un fenómeno absolutamente nuevo, de las dos últimas décadas) y otra bien diferente son las características del *Derecho penal en la era de la globalización*, que es producto y reflejo de la suma (a) de todas las profundas *transformaciones* del Derecho penal tradicional (construido originalmente por el movimiento de la Ilustración, en el final del siglo XVIII⁵ con (b) las modificaciones típicas de la globalización.

¿En qué puntos, al final, se relacionan la globalización y el Derecho penal?

que enfatiza: “hay tres causas para la globalización: la aceleración de los ritmos de apertura económica y de los intercambios de mercancías y servicios; la liberalización de los mercados de capitales que ha integrado las plazas financieras y las bolsas de valores de todo el mundo; y la revolución de las comunicaciones y de la informática, que ha conectado el tiempo real con el espacio”. Aun sobre la globalización conf., MALEM SEÑA, Jorge F., *Globalización, comercio internacional y corrupción*, Barcelona, Gedisa, 2000; ADDA, Jacques, trad. J. Ortega, Madrid, Sequitur, 1999; ARANGUREN, Luis A., et alii, *El proceso de globalización mundial*, Barcelona, Intermon, 1999; BATISTA JÚNIOR, Paulo Nogueira, *A economia como ela é...*, São Paulo, Boitempo, 2000; REDRADO, Martín, *Cómo sobrevivir a la globalización*, Buenos Aires, Printice may, 2000; *Globalización y sus excluidos*, VV., AA. Navarra, Vervo Divino, 1999; BOXBERGER, Gerald y KLIMENTA, Harald, *As dez mentiras da globalização*, trad. I. A. Lohbauer, São Paulo, Aquariana, 1999; MARTÍN, Hans-Peter y SCHUMANN, Harald, 4ª ed., trad. W. Rose y C. Sackiewicz, São Paulo, Globo, 1998; RAMONET, Ignácio, “Situación actual del proceso de globalización”, en *El proceso de globalización mundial*, Barcelona, Intermon, 2000.

³ Uno de los primeros en buscar ese vínculo entre globalización y Derecho penal fue, seguramente, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, 1999, pág. 71 y sigs.

⁴ Sobre los vínculos entre globalización y delito y la Justicia penal conf. DAVID, Pedro R., *Globalización, prevención del delito y justicia penal*, Buenos Aires, Zavalía, 1999, pág. 21 y sigs.; *vid. todavía: Justiça penal*, coord. Jaques de C. Penteado, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, pág. 65 y sigs., n. 6.

⁵ Conf. GOMES, Luiz Flávio y YACOBUCCI, Guillermo Jorge, *As grandes transformações do Direito penal tradicional*, São Paulo, RT, 2002, en prensa.

Son múltiples las relaciones e interconexiones, como veremos luego. Antes, sin embargo, conviene examinar las características del proceso de globalización del planeta⁶.

Uno de los mayores especialistas en el asunto, Ramonet⁷, describe sus doce características principales así:

1^a) La inequívoca hegemonía geopolítica de los Estados Unidos (porque se trata de la primera potencia económica en escala mundial, primera potencia política, primera potencia militar, primera potencia tecnológica e informacional y una hiperpotencia cultural);

2^a) La gran transformación que sucedió en el concepto de valor estratégico:

En el tiempo de la Guerra Fría Latinoamérica, por ejemplo, contó con un valor estratégico espectacular; ahora lo que cuentan son los puntos de desorden con reflejos internacionales –guerra civil, situación de extrema pobreza que es causadora de una gran migración de personas, etc.–, la OTAN, en ese contexto, que está presente en los países desarrollados, aparece como el instrumento de seguridad del planeta globalizado (o de una parte de él) y es una fuerza proyectada para tener actuación más allá de las fronteras.

3^a) La profunda transformación en el concepto de Estado-nación o Estado nacional, que está sumergido en una indescriptible crisis de identidad y, en consecuencia, de inestabilidad⁸;

4^a) Los “geoactores” de la globalización ya no son los Estados, sino los organismos internacionales o intergubernamentales (Banco Mundial, FMI, OCDE, etc.), que legislan sobre la globalización, así como los grandes grupos económicos, industriales y “mediáticos”, sin olvidar las ONGs;

5^a) La preponderancia del sistema democrático como régimen político y la desnacionalización como meta económica;

⁶ Que es aceptado por la gran mayoría de los pensadores contemporáneos, pero negado también por muchos otros, como es el caso de BATISTA JUNIOR, Paulo Nogueira, *A economia como ela é...*, São Paulo, Boitempo, 2000, pág. 27 y sigs.

⁷ Conf. RAMONET, Ignácio, Situación actual del proceso de globalización, en *El proceso de globalización mundial*, Barcelona, Intermon, 2000, pág. 11 y sigs.

⁸ Conf., entretanto, la crítica de BATISTA JUNIOR, Paulo Nogueira, *A economia como ela é...*, São Paulo, Boitempo, 2000, pág. 41 y sigs., en el sentido de que la (el mito de la) globalización “ayuda a enmascarar la responsabilidad por las opciones y decisiones de los gobiernos locales; la globalización es una coartada para algunas posiciones tradicionales de las elites locales y sirve también para justificar omisiones imperdonables de los gobernantes”.

6^a) El ejercicio del poder está dejando de ser vertical y jerarquizado:

Esa es una característica que vale más para las democracias reales, no para las formales, como las latinoamericanas, cuyos dominadores, sin abrir mano de sus poderes autoritarios, buscan adaptarlos a las reglas de la mundialización o invocarlas cuando conviene para incrementar su dominio;

7^a) El profundo cambio en la identidad personal, pues muchos ya no se enorgullecen de pertenecer a un determinado país o a un determinado grupo social (en contrapartida, nuevas identidades, como la religiosa, son más aceptadas);

8^a) La gran amenaza ya no es el comunismo, sino las enfermedades incurables (Sida), las epidemias incontrollables (vaca loca), las grandes catástrofes (Chernobil, riesgo de explosiones nucleares), el crimen organizado, las mafias, la corrupción, el terrorismo, etc. (lo que lleva a pensar en una cooperación internacional, en la creación de una Justicia universal, etc.);

9^a) El patente incremento de las desigualdades social-económicas y culturales, que vienen permitiendo dividir la población ya no más en ricos y pobres, en pertenecientes a la zona noble o al suburbio, sino en *englobados y excluidos*;⁹

10^a) La globalización financiera (facilitada en gran parte por la globalización de las comunicaciones);

11^a) La mutación tecnológica (informatización generalizada, que culminó en la gran red de la internet y en la revolución digital);

12^a) La profunda transformación del Derecho (que está siendo creado y aplicado por organismos internacionales: Tribunales de Derechos Humanos, Tribunal Penal Internacional, etc.)¹⁰ y de los Derechos (conscientización y reivindicación de nuevos Derechos relacionados con el consumo de alimentos, con la informática, genética, etc.).

⁹ Conf. ESTEFANÍA, Joaquim, *La nueva economía: La globalización*, 4^a ed., Madrid, Temas de Debate, 2000, pág. 22 y sigs. y particularmente pág. 25, donde se lee: "a su alrededor (de la globalización) se han multiplicado los efectos desestructuradores de la internacionalización masiva de capitales en forma de nuevas desigualdades, aumentos del paro, ruina de los Estados-providencia como obstáculo al libre funcionamiento de los mercados, crisis del valor-trabajo y rápida disminución de la cohesión social (...); (pág. 28). Como consecuencia de todo ello se han multiplicado los movimientos migratorios; la globalización es de mercados y capitales, no de personas".

¹⁰ Conf. STEINER, Sylvia H. de F., *A convenção americana*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000; *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*, coord. Gomes, Luiz Flávio y, Flávia, Piovesan, VV. AA., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

2. Tendencias del Derecho penal de la globalización y nuevas transformaciones del Derecho criminal tradicional

Debemos distinguir las tendencias político-criminales de las transformaciones en el Derecho criminal (Derecho penal y procesal).

Las principales *tendencias político-criminales* en la era de la globalización son las siguientes:

1ª) **Descriminalización de los crímenes antiglobalización.**

Si el proceso de globalización implica el libre tránsito de mercancías, la libre circulación de monedas, movilización del capital extranjero etc., es más que natural (dentro del proceso de globalización) que algunos crímenes se transformen en reliquias, en cosas del pasado. Todos los delitos que perturban el “buen” desarrollo del proceso de globalización económica tienden a configurar ejemplos de arqueología jurídica.

El crimen de *descaminho* (conf. Código Penal brasileño, art. 334: importar o exportar un determinado producto sin el debido pago de impuestos y tasas), de evasión de divisas etc., dentro de poco tiempo desaparecerán. Otros crímenes tendrán vigencia, pero su persecución será (claramente) selectiva. Por ejemplo, el lavado de capitales tiene (en la actualidad) y continuará teniendo gran dificultad de incidir sobre las inversiones extranjeras (cuanto más obstáculos un país impone a la circulación del capital extranjero, más se distancia de ese capital).

2ª) **Globalización de la Política criminal.** La forma como debemos reaccionar frente al delito constituye la esencia de la Política criminal. Tradicionalmente cada país tenía sus propias directrices político-criminales. Como expresión de la soberanía, cada Estado procuraba delinear sus formas de control de la criminalidad. Todo eso está cambiando rápidamente con relación a algunos delitos. Hoy la gran reivindicación consiste en la uniformización de la reacción contra los delitos que perturban el “orden internacional”, particularmente el organizado. Se habla insistentemente de armonización de las legislaciones. Contra la criminalidad trasnacional, reacciones también trasnacionales.

La ONU, a propósito, cuenta con innúmeros proyectos de internacionalización de las reacciones penales. El lavado de capitales constituye un buen ejemplo: en ese campo prácticamente todas las legislaciones del mundo se inspiraron en la famosa Convención de la ONU, celebrada en Viena, en 1988. La reacción

contra la tortura viene mereciendo gran atención de varios organismos internacionales. También los órganos intergubernamentales (FMI, Banco Mundial, etc.) andan interfiriendo en las legislaciones internas de cada país. La Ley de Responsabilidad Fiscal (LC n. 101/00) y los respectivos crímenes (ley 10.028/00), en Brasil, fueron exigencias internacionales. Lo mismo puede decirse en cuanto a la flexibilización de la quiebra del sigilo bancario, del secreto profesional (de los abogados, especialmente) etc. La preocupación central, en suma, es uniformar la reacción penal de todos los países. A la uniformización “impuesta” por EUA estamos dando el nombre de “macdonaldización” del Derecho penal.

3ª) **Globalización de la cooperación policial y judicial.** No basta, sin embargo, armonizar la legislación. Es necesario que todos los países pasen a colaborar unos con los otros para que el control del crimen transnacional tenga resultado¹¹. Proliferan tratados o acuerdos de cooperación, bilaterales o multilaterales. Los órganos encargados de la *persecutio criminis* (Policía, Fiscalía, Jueces, etc.) están aproximándose cada vez más. Sin cooperación e intercambio de informaciones no hay cómo controlar el delito organizado internacional. La tendencia es la unificación global de los acuerdos de cooperación entre los países.

4ª) **Globalización de la Justicia criminal.** La reivindicación más reciente de los movimientos de defensa de los derechos y garantías fundamentales consiste en la creación de una Justicia criminal internacional permanente (eso quedó evidenciado después que el juez español Garzón decretó la prisión del general chileno Augusto Pinochet).

Entre los grandes cambios que ya son visibles (algunos) y que marcarán las ciencias criminales en el siglo XXI seguramente se incluye el nacimiento del *Tribunal Penal Internacional (TPI)*, que tendrá competencia para juzgar los llamados crímenes de lesa humanidad, incluyéndose el genocidio y los crímenes de guerra¹².

El Tribunal fue aprobado en Roma, en julio de 1998 (conf. su Estatuto/Tratado de Roma en el www.derechos.net/doc/tpi.html)¹³. Más de 130 países acataron la idea del Tribunal, que tendrá su

¹¹ Conf. CERVINI, Raúl y JUÁREZ TAVARES, *Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul*, São Paulo, RT, 2000.

¹² Sobre el Tribunal léase más en el www.derechos.org/nizkor/impu/tpi/.

¹³ Conf. *Tribunal penal internacional*, VV. AA., CHOUKR, Fauzi y AMBOS, Kai, orgs., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000; LAVIGNE, Arthur, Por que o tribunal, O Globo de 16.02.02, pág. 6.

sede en Holanda y será compuesto de dieciocho (18) jueces. Pero para que entrase en vigor y comenzase a funcionar 60 países deberían ratificarlo. En el inicio de abril de 2002 ese número ha sido alcanzado.

Será un Tribunal integrado por juristas (especialmente penalistas) con el propósito de garantizar juzgamientos justos, con todo respeto al debido proceso legal. Desde 1215, con la Carta de Juan Sin Tierra (art. 39), nadie puede ser privado de la vida, libertad o de sus bienes sin el *due process of law*. Pero solamente ahora, en el ámbito internacional, se está concretizando la idea de un Tribunal permanente.

En ese punto el TPI llevará mucha ventaja en relación a los actuales Tribunales creados por el Consejo de Seguridad de la ONU, que está constituido por quince miembros (15 países, de los 189 que la integran).

El TPI tendrá legitimidad, fuerza moral y fuerza jurídica, lo que no ocurre hoy con los Tribunales *ad hoc* (para la antigua Yugoslavia, Ruanda, etc.). Estos Tribunales satisfacen el criterio de justicia, señalizan oposición clara a las arbitrariedades y atrocidades cometidas en prácticamente todo el planeta, sin embargo, no son Tribunales predeterminados en ley ni constituidos previamente (violándose, así, el principio del juez natural o predeterminado).

La creación del TPI, de esa forma, significa respeto a la garantía del principio del juez natural, que posee dos dimensiones: a) juez previamente previsto en ley o constitución (juez competente); b) prohibición de juzgamientos o tribunales de excepción, o sea, *ad hoc* (conf. CF, art. 5º, inc. XXXVII y LIII)¹⁴.

La competencia del TPI no será retroactiva (sólo vale para hechos posteriores a su creación) y será además observado el principio de la complementariedad (o sea, el TPI sólo actúa si en el país se omite el juzgamiento de sus nacionales implicados en guerras, crímenes contra la humanidad o genocidio).

Su creación (que está siguiendo proceso acelerado) sólo fue posible en razón de la violación sistemática de los derechos humanos, particularmente por sistemas o regímenes represivos de todas las índoles (de derecha, de izquierda, religioso, etc.). Cerca de 130 millones de personas fueron víctimas de ese tipo de violencia desde la Segunda Guerra Mundial.

¹⁴ Conf. En la doctrina, *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*, coord. GOMES, Luiz Flávio y PIOVESAN, Flávia, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, pág. 194 y sigs.

Uno de los mayores obstáculos para la creación del TPI están siendo los EE.UU. (que no ratificaron el pacto de Roma). Tanto el partido Republicano (que viene presentando sucesivas enmiendas al *Foreign Relations Authorization Act* para prohibir cualquier tipo de colaboración con la idea) como el presidente Bush son contrarios a que sus nacionales sean juzgados por una justicia internacional. De todos los países presentes en Roma (en 07/98) apenas siete países (en aquel momento) recusaron el TPI: EE.UU., Israel, China, Irak, Yemen, Libia y Catar.

El TPI comenzará a actuar en breve (probablemente en el 2002). Se puede pronosticar que su importancia será cada vez mayor. Mejor sería vivir sin crímenes. Como eso es imposible, será cada vez más imprescindible la institución de una justicia penal internacional para juzgar (en el futuro) no solamente criminosos genocidas o dictadores (que todavía hoy son muchos, principalmente en Latinoamérica, Asia, África, etc.), sino sobretudo otros crímenes que provocan consecuencias dañosas para muchos países en razón de su transnacionalidad, como por ejemplo algunas modalidades de crimen organizado (tráfico de seres humanos, de órganos humanos, de animales, de armas, etc.), el crimen informático y el ecológico (de grandes dimensiones).

Con relación a las *transformaciones del Derecho criminal* se impone destacar las siguientes:

1ª) **Globalización de los crímenes y de los criminosos.** La era de la globalización coincide con la era de la explosión de la delincuencia organizada. Nadie ignora que el crimen organizado, en principio, tiene finalidad económica. Por eso parece apropiado decir que el crimen organizado (en la actualidad) es el crimen de los poderosos (*crímenes of the powerful*). En razón de todas las facilidades que la globalización proporciona (tránsito libre para mercancías, libre circulación financiera, informatización del planeta, etc.), algunos delincuentes se internacionalizaron e innumerables crímenes se globalizaron: narcotráfico, tráfico de seres humanos, tráfico de armas, tráfico de órganos humanos, tráfico de animales, corrupción internacional, ciberdelincuencia, etc.

2ª) **Globalización de los bienes jurídicos.** En el tiempo del Derecho penal tradicional se hablaba en ofensa a los derechos subjetivos del individuo; se evolucionó después respecto de la admisibilidad de ofensas a los derechos colectivos y de los bienes supraindividuales. Ahora, ya se propugna el reconocimiento de bienes jurídicos

universales o planetarios. La ecología, indiscutiblemente, constituye ejemplo patente de esa tendencia de globalización de los bienes jurídicos. Otros ejemplos son: genética, seguridad, informática, seguridad en las comunicaciones, seguridad en los medios transnacionales de transporte, seguridad en internet, etc.

3ª) **Globalización de las víctimas.** En el tiempo del Derecho penal liberal los delitos tenían víctimas ciertas, individualizadas. En la era de la globalización las víctimas tienden a ser también globalizadas. Recientemente, los virus *I love you* y *Melissa* (por ejemplo) victimaron incontables personas en todo el planeta. Muchos delitos ambientales, por otro lado, están afectando toda la humanidad. De la víctima individual pasamos a la víctima colectiva (supraindividual o difusa) y, ahora, ya es tiempo de hablar de la víctima planetaria o globalizada (léase: en victimación globalizada).

4ª) **Globalización de la explosión carcelaria.** No hubo ni siquiera un país, en las dos últimas décadas del siglo XX, que haya disminuido el número de las personas encarceladas. Por el contrario, el fenómeno de la explosión carcelaria es (se puede decir) global. La clara distinción entre globalizados y excluidos viene contribuyendo bastante para ese fenómeno. Para él también concurren otros factores (mayor eficiencia de la policía, más cárceles, mejor funcionamiento de la Justicia criminal, etc.). Entre ellos, se destaca indudablemente lo siguiente: en la sociedad globalizada también la distribución de renta es inversamente proporcional a la distribución de los castigos. A los globalizados mejor renta y menos castigos; a los excluidos menor renta y más castigos.

5ª) **Globalización de la desformalización de la Justicia penal.** La Justicia penal, como se sabe, nació formalizada porque el Estado Moderno fue creado bajo la vigencia del principio de legalidad. Estado moderno, principio de legalidad y jurisdicción (particularmente la penal) forman la trilogía base del Estado de Derecho liberal, fundado en la tripartición de los poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial). Pero particularmente después de la Segunda Guerra Mundial lo que se nota es la casi total flexibilización de todas las garantías penales y procesales¹⁵. El pragmatismo-eficientista es la nota del Derecho Penal en esta era de la globalización. Lo que importa es que el sistema sea eficiente, que alcance sus resultados programados, aunque sea con un alto costo en el sentido de cortes de derechos y garantías fundamentales.

¹⁵ Conf. GOMES, Luiz Flávio y YACOBUCCI, Guillermo Jorge, *As grandes transformações do Direito penal tradicional*, São Paulo, RT, 2002, en prensa.

6ª) **Agravamiento incesante de la hipertrofia del Derecho penal.** El Derecho penal de la globalización no es, evidentemente, el responsable por la (clásica e histórica) *hipertrofia* del Derecho penal. Pero como enfatiza Silva Sánchez¹⁶, es (potencialmente) un (nuevo) factor de “multiplicación” o de “impulso” de esa hipertrofia (de esa “expansión”).

Siguiendo su argumentación, tanto la globalización como las integraciones supranacionales (Unión Europea, por ejemplo) postulan “exigencias prácticas”, quiere decir, un derecho “eficiente” y “rápido” (todo debe ser instrumentalizado en función de los objetivos económicos de la globalización). No hay ninguna preocupación “sistemática” o aun por la construcción de una “dogmática”.

Todo eso conduce, por consiguiente, a la “demolición del edificio conceptual de la teoría del delito” (y de todas las garantías que representa). Se admite, en consecuencia, la “flexibilización de las reglas de imputación así como de las garantías penales y procesales”. La tendencia, por lo tanto, es la construcción de un “derecho unificado”, pero, “menos garantizador”.

Lo que se pretende, en suma, es evitar los llamados “paraísos jurídico-penales”. En la era de la globalización la Justicia debe ser Universal y, respetadas las garantías individuales, no puede haber solución de continuidad en las puniciones. Por influencia del derecho de la *common law*, la tendencia es concebir la responsabilidad penal de la persona jurídica bien como el *plea bargaining* (transacciones penales); la imputación objetiva puede perder el valor que hoy posee, los crímenes de comisión por omisión (violación del deber de vigilancia) ganan relevo y puede haber inversión de la carga de la prueba; la delincuencia de la globalización es esencialmente económica y no cuenta con una reglamentación precisa.

El Derecho, en conclusión (que puede no ser el “penal”), tiende a tener carácter “excepcional” y ser más “severo”, más “represivo”.

3. Características del Derecho penal en la era de la globalización

El Derecho penal en la era de la globalización es el reflejo de todas las *transformaciones* (del Derecho penal tradicional) que fueron sucediendo a lo largo de los dos últimos siglos (XIX y XX), particu-

¹⁶ Conf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1999, pág. 63 y sigs.; “Bases de una dogmática jurídico-penal supranacional”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 12, año 3, oct-dic/1995, pág. 34 y sigs.

larmente después de la Segunda Guerra Mundial, más las profundas y nuevas alteraciones innerentes a la propia globalización.

Las principales *características* de la *modernidad*¹⁷ penal, que están acentuándose o deteriorándose en la era de la globalización, entre otras, son¹⁸:

a) Deliberada política de “criminalización”, antes que de “descriminalización” o de despenalización

La expansión patológica del Derecho penal comenzó con la incriminación generalizada de las afectaciones lesivas mínimas, en flagrante menosprecio del principio de la intervención mínima -*subsidiariedad y fragmentariedad* del Derecho penal-. Si es verdad que esa *hipertrofia penal* se agravó con el modelo “social” del Estado, no menos verdadero es que, más recientemente (en las dos últimas décadas), esa situación degeneró en abusivas incriminaciones.

En la era de la globalización algunos delitos se internacionalizaron y los bienes jurídicos y las víctimas están globalizándose. Las comunidades locales así como algunos movimientos internacionales, frente a la inseguridad generada o incrementada por el proceso de globalización, tienden a pedir (cada vez más) la intervención del Derecho penal.

La novedad es que ahora el fenómeno de la hipertrofia del Derecho penal cuenta con una doble fuente de impulso: bajo el influjo del movimiento de la ley y orden (*law and order*) son atacadas las clases marginalizadas, o sea, postulan la criminalización (más dura) de la micro-criminalidad (de los *crímenes of the powerless*) así como el apriornamiento en masa de los excluidos (eso ya ocurre, por ejemplo, de modo candente, en los EE.UU.¹⁹); pero tampoco escapan las clases

¹⁷ Aquí se utiliza la palabra “modernidad” en el sentido de una nueva normalidad que no se encuadra en los criterios y tradiciones antiguas, pasadas (conf. SCHEERER, Sebastian, Prólogo a QUEIROZ, Paulo de Souza: *A tardia modernidade penal entre a hipertrofia e minimização (do sistema penal), do caráter subsidiário do Direito penal*, Belo Horizonte, Del Rey, 1998, pág. 12). Modernidad, así, significa hacer algo de forma diferente de lo que hacían los antepasados. En lo que concierne al Derecho penal, de instrumento (estático) de tutela de la libertad, se transforma en un (dinámico) instrumento de intervención social en las manos del Estado.

¹⁸ Conf. HASSEMER, Winfried y MUNOZ CONDE, Francisco, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, págs. 26-37; HASSEMER, Winfried, “Perspectivas del Derecho penal futuro”, *Revista penal*, año I, n. 1, Huelva, Praxis, 1998, pág. 37 y sigs.

¹⁹ De acuerdo con José Eduardo Faria, “la mayoría de la población carcelaria es formada por negros e hispánicos, trabajadores informales y de baja renta y, en una proporción alarmante, mujeres de familias pobres. Desde 1980, la tasa de encarcelamiento de mujeres negras es superior a la de los hombres blancos” (Lições americanas, *Boletim IBCCRIM*, n. 70, set. de 98).

ricas, quiere decir que, hay un clamor general (pero principalmente de la “izquierda punitiva”) por la criminalización de la macro-criminalidad (criminalidad de los poderosos –*crímenes of the powerful*–).

Lo que existe en común en los dos movimientos es la bandera de la *criminalización* (o del endurecimiento del Derecho penal).

En el pasado tenían protagonismo exclusivamente las reivindicaciones político-criminales típicas del movimiento de la ley y orden (criminalización de los marginalizados y de la micro-criminalidad, encarcelamiento masivo de los excluidos, “tolerancia cero”, etc.); en la actualidad, en la era de la globalización, ese escenario está bastante modificado: la influencia de la prensa en la Justicia es enorme; las reivindicaciones de algunos sectores de la “izquierda” contra los poderosos es constante. Luego, la macro-criminalidad también ganó visibilidad (“noticias de primera página”); la reacción social contra esa criminalidad ya es claramente perceptible en esta era de la globalización.

b) Frecuentes y parciales alteraciones por el legislador de la Parte Especial del Código Penal o la edición de leyes penales especiales (estas últimas configuran el *locus* predilecto de las “novedades penales”)

La globalización del planeta, en su actual configuración, como se sabe, por otro lado, cuenta con nítido carácter *neoliberal*, lo que implica la pretensión de distanciar el Estado de la economía, que debería ser regida preponderantemente por las leyes del libre mercado. Si eso es verdad en el plano económico, en el ámbito del Derecho penal lo que se ve es un fenómeno exactamente opuesto: no sucedió ninguna inversión del sentido de su *hipertrofia*. Algunas tareas típicas del Estado fueron por él relegadas al plano secundario (educación, salud, etc.); otras pasó a desempeñarlas de manera absurdamente anómala, como es el caso de la cuestión de la seguridad pública.

c) Aumento de los marcos penales de los delitos clásicos

La ley de los crímenes odiosos (ley 8072/90), en Brasil, es el ejemplo más patente de esa tendencia. Sanciones previstas para diversos de los crímenes clasificados como hediondos fueron aumentadas considerablemente. Fue lo que ocurrió en relación a los crímenes de extorsión mediante secuestro, latrocinio, violación, atentado violento al pudor y asociación ilícita (para práctica de crimen hediondo o equiparado). La exacerbación punitiva fue tan elevada que en determinados casos las penas mínimas ya se igualaron, o superaron, el límite máximo de cumplimiento de

pena que, de acuerdo con el art. 75 del código penal, es de 30 años. Eso se da porque el art. 9º de la Ley de los Crímenes odiosos manda aumentar por la mitad las penas en los casos en que la víctima se encuentre en cualquiera de las situaciones previstas en el art. 224 del CP (menor de catorce años, situación de debilidad mental, etc.)²⁰ Por cuenta de tal determinación, la conminación penal, por ejemplo, de la extorsión mediante secuestro con resultado muerte, tratándose de víctima menor de 14 años, pasa a tener sus límites punitivos fijados entre 36 y 45 años. Como la pena máxima, conforme determina el propio art. 9º no puede superar los 30 años, resulta que los límites mínimo y máximo son igualados, lo que ofende, inclusive, el principio constitucional de la individualización de la pena (art. 5º, XLVI, Constitución Federal)²¹.

d) La **protección institucional (o funcional) de los bienes jurídicos** (clara preferencia por los bienes jurídicos supraindividuales -universales o colectivos/difusos-, forjados muchas veces de forma vaga y porosa, en detrimento de los individuales)²²; con eso, el principio de la protección de bienes jurídicos deja de cumplir su papel de límite “negativo” de la criminalización para asumir un “moderno” y “positivo” papel, que se materializa en exigencias hipertrofiadas de intervención penal²³.

e) **amplia utilización de la técnica de los delitos de peligro abstracto**, lo que no sólo dificulta enormemente la defensa, al mismo tiempo que facilita (inmensamente) la actividad de la *persecutio criminis*, produce una “relativización” del concepto de bien jurídico-penal. La multiplicidad, la contingencia y la inconsistencia de los bienes equivalen en realidad, a una desvalorización de la propia idea de bien²⁴.

La ley 7802/89 es una de entre tantas normas penales que se utilizan de ese recurso. En su art. 15 incrimina la acción de

²⁰ Art. 224: Se presume la violencia, si la víctima: a) no es mayor de 14 (catorce) años; b) es alienada o débil mental, y el agente conocía esta circunstancia; c) no puede, por cualquier otra causa, ofrecer resistencia.

²¹ Las críticas a tal exacerbación punitiva, con todas las consecuencias constitucionales que de ella se desprenden, pueden ser encontradas en FRANCO, Alberto Silva, *Crimes hediondos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, pág. 294 y sigs.

²² Conf. en sentido crítico RAPOSO FERNANDEZ, “La expansión de la punición ‘simbólica’ y los principios tradicionales del Derecho penal”, *LL*, 1998-D-238, pág. 1567.

²³ Conf. GOMES, Luiz Flávio, *Norma e bem jurídico no Direito penal*, São Paulo, RT, 2002.

²⁴ Conf. MÉNDEZ RODRIGUEZ, Cristina, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1993, pág. 6.

aquel que ha de “*producir, comercializar, transportar, aplicar o prestar servicio en la aplicación de agrotóxicos, sus componentes y afines, descumpliendo las exigencias establecidas en las leyes y en sus reglamentos*”, conminando la pena de reclusión de 2 (dos) a 4 (cuatro) años, además de la multa. En caso de culpa, la pena prevista es de reclusión de 1 (uno) a 3 (tres) años, además de la multa.

Se nota que si el agente incumpliera una exigencia, sin que eso importe en cualquier daño y, ni siquiera, en peligro de daño para el bien tutelado, habrá el encuadramiento formal en la conducta descrita en el art. 15. El dispositivo, al establecer punición para el agente que realizara las conductas previstas “incumpliendo las exigencias establecidas en las leyes y en los reglamentos”, trata, en verdad, de cuestión que sería mejor resuelta en sede del Derecho administrativo. Eso porque el Derecho penal exige, siempre, una ulterior consecuencia (ofensa al bien jurídico), o, en lo mínimo, un peligro concreto de lesión a aquel bien, el que no nace, necesariamente, de la falta de cumplimiento de las exigencias a la que remite el artículo.

Es importante resaltar, que los límites punitivos fueron fijados de modo bastante elevado, principalmente cuando se compara con otras conductas de idéntica o superior gravedad. Para la modalidad dolosa del delito está prevista una sanción cuyo límite mínimo es el mismo del previsto para la lesión corporal gravísima (art. 129, § 2º, CP), mientras que en la modalidad culposa la sanción conminada corresponde exactamente a aquella prevista para el homicidio culposo (art. 121, § 3º, CP). Por el contrario, la pena es aún más severa, visto que también hay previsión, acumulativamente, de pena pecuniaria.

f) **menosprecio patente al principio de lesividad o ofensividad**, lo que significa la difusión de los delitos de mera desobediencia a la norma²⁵.

La ley 8137/90, en su art. 1º, párrafo único, prevé que “la falta de acatamiento a la exigencia de la autoridad, en el plazo de 10 (diez) días, que podrá ser convertido en horas en razón de la mayor o menor complejidad de la materia o de la dificultad en cuanto al acatamiento de la exigencia, caracteriza la infracción prevista en el inc. V”, el cual, por su vez, trata de la acción de “negar o dejar de proveer, cuando es obligatorio, recibo o docu-

²⁵ Conf. GOMES, Luiz Flávio, *Princípio da ofensividade no direito penal*, São Paulo, RT, 2002.

mento equivalente, relativo a venta de mercadería o prestación de servicio, efectivamente realizada, o provista en desacuerdo con la legislación". La sanción establecida es de reclusión de 2 a 5 años y multa.

Como se puede percibir, se trata de un crimen de desobediencia. La punición, entre tanto, es mucho más acentuada que aquella prevista en el Código Penal (detención, de 15 días a 6 meses, y multa -art. 330-).

g) **erosión del contenido de la norma de conducta (de lo que está prohibido)** (léase: no cumplimiento del mandato taxativo; desplazamiento de los límites del contenido del injusto a difusos sectores de la Administración Pública -leyes penales en blanco-, etc.) *así como de la norma de sanción (del contenido de la sanción penal)*²⁶.

No son pocos los tipos penales en blanco encontrados en la Ley de los crímenes de responsabilidad fiscal (10.028/00), por ejemplo. Es el caso del art. 359-A, introducido en el Código Penal por fuerza del dispositivo legal mencionado. En su párrafo único consta que: "Incide en la misma pena quien ordena, autoriza o realiza operación de crédito, interno o externo: I. con inobservancia de límite, condición o monto, en ley o en resolución del Senado Federal; II. cuando el monto de la deuda consolidada sobrepasa el límite máximo autorizado por ley".

h) **uso del Derecho penal como instrumento de "política de seguridad"** (en flagrante contradicción con su naturaleza subsidiaria);

i) **poca preocupación con los principios de igualdad y de proporcionalidad**, para atender a una exacerbada preocupación *prevencionista* (ya no importa tanto retribuir proporcionalmente el mal causado, según la vieja doctrina de la pena-castigo -Kant-, sino prevenir futuras perturbaciones, mediante la intimidación)²⁷.

Determina el art. 242 del Estatuto del Niño y del Adolescente (ECA - ley 8069/90) para la acción de aquel que "venda, provea aun gratuitamente o entregue, de cualquier forma, a niño o ado-

²⁶ Conf. GOMES, Luiz Flávio, *Norma e bem jurídico no direito penal*, São Paulo, RT, 2002.

²⁷ Sobre la evolución del Estado para un "Estado de prevención" véase DENNINGER, *Der Präventionsstaat*, apud BARATTA, Alessandro, "Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología crítica", *Pena y Estado*, n. 1, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, septiembre-diciembre de 1991, pág. 44, que señala: "En una confrontación con el modelo clásico, esta transformación significa que la *seguridad de los bienes jurídicos* tiende a prevalecer (...) sobre la seguridad o 'certeza' del Derecho. El Estado preventivo es entonces el 'Estado de la Seguridad'".

lescente, arma, munición o explosivo” la pena de detención de 6 meses a 2 años, mientras que el art. 10 de la ley 9437/97 (Ley de las Armas de Fuego) establece para las mismas conductas, sólo que sin especificar la participación del menor, la pena de detención de 1 a 2 años, y multa. La conducta prevista en el ECA, por involucrar a niño o adolescente, es más grave que la contemplada en la Ley de las Armas de Fuego, teniendo, contradictoriamente, una punición más blanda.

Tal hecho ocurrió porque el legislador, cuando en la elaboración de la última ley, no tuvo en consideración la alteración que constaba en el ECA, por medio de la cual hubo un incremento considerable de la punición, comparado con la pena hasta entonces existente. La única conducta antes criminalizada consistía en la acción de aquel que vendiese arma o munición, independientemente de la edad del comprador, y era sancionada a título de contravención penal, con pena correspondiente a prisión simple, de 3 meses a 1 año, o multa, o ambas acumulativamente (art. 18, decreto-ley 3688/41).

j) **transformación funcionalista de clásicas diferenciaciones dogmáticas** (autoría y participación, consumación y tentativa, dolo e imprudencia, etc.) fundadas en la imputación objetiva y subjetiva del delito, incluso porque la imputación individual acaba constituyendo un obstáculo para la eficacia de la nueva Política criminal.

Aquí es que entran en escena todos los tipos penales contruidos sobre la indefinida figura del “deber saber”. En el delito de receptación hubo la inclusión, por medio de la ley 9426/96, de una nueva figura agravada (§ 1º) la cual criminaliza la conducta de “adquirir, recibir, transportar, conducir, ocultar, tener en depósito, desmontar, montar, remontar, vender, exponer a venta, o de cualquier forma utilizar en provecho propio o ajeno, en el ejercicio de actividad comercial o industrial, cosa que debe saberse que es producto de crimen”. La pena prevista para el delito es de 3 a 8 años. Ya hace mucho tiempo se instaló una discusión en la doctrina acerca del real alcance de la expresión “deba saber”. Para algunos indica dolo, para otros culpa. La verdad es que si el agente *debía saber*, dos situaciones pueden incidir: o él sabía, o él desconocía el origen ilícito del producto. Pero, en todo caso, aunque se presente la última situación, o sea, desconocimiento acerca del origen ilícito, la norma sería aplicada, desde que se consiguiese comprobar que él tenía el deber y la posibilidad concreta de saber. De eso deviene un enorme problema: la misma conminación legal pasa a ser aplicable para situaciones totalmente diversas.

l) **responsabilidad penal de la persona jurídica**

Que está prevista en la Ley ambiental (ley 9605/98), art. 3°. El Derecho penal está fundamentado en la culpabilidad y en la responsabilidad personal, que significa que el agente sólo responde por el delito cuando tiene el poder de actuar de modo diferente y solamente él debe responder (nadie más). Eso implica un vínculo directo entre el agente y su acción (u omisión). La persona jurídica no tiene capacidad de culpabilidad. Es una anomalía hablar de responsabilidad “penal” de la persona jurídica. Lo que no significa que ella no tiene que ser responsabilizada, en ese caso (pero sí, civil, administrativamente, etc.).

m) **endurecimiento de la fase ejecutiva de la pena, incluso por medio de inconstitucionales medidas provisionales del Presidente del país**

Ese fenómeno ocurrió recientemente con la “Medida Provisoria” 28/02, que fue sancionada por el Presidente de la República para ampliar el poder de los directores de prisiones y agravar las penas de condenados que viniesen a ser culpados por infracciones al régimen carcelario al que están sujetos.

n) **privatización o tercerización de la Justicia**

Dos experiencias de privatización (tercerización) de prisiones se encuentran en curso en nuestro país: Guarapuava (PR) y Juazeiro do Norte (CE). Hasta ahora no ha habido huida de presos, ni motines y los presos trabajan; se privatizó (tercerizó): la contratación de los funcionarios, su preparación, material de hospedaje, manutención, seguridad y alimentación, salud y recreación; son presidios industriales; ventajas inherentes a las experiencias en curso: uso de la mano de obra del preso, mayor disciplina, trabajo integrado con las necesidades de la región, sin obligaciones laborales, remisión de la pena, ausencia de corrupción, etcétera. A pesar de todos los puntos positivos apuntados, es verdad que la privatización (o tercerización) del sistema penitenciario es señal inequívoca de un nuevo Derecho penal: o de la era de la globalización (neoliberal).

o) para alcanzar la meta de la efectividad, profundas *alteraciones están ocurriendo en el área del proceso penal*, casi siempre orientadas a la aceleración del procedimiento, agilización de la instrucción y rapidez de la Justicia, con *el corte de derechos y garantías fundamentales* para facilitar la operatividad de la intervención penal.

El funcionamiento del libre mercado aliado al ejercicio tendencialmente autoritario del poder que se verifica especialmente

en los países (periféricos) de democracia más formal que substancial²⁸, por el que se viene evidenciando, implica en la postergación o superación del liberalismo político clásico, que es personalista (respecto a la dignidad humana) y garantizador; eso significa que cada día se amplían las restricciones a las libertades democráticas y se *flexibilizan las garantías*.

Juarez Tavares²⁹, a propósito, enfatiza que “esta política criminal, que Hassemer califica de sombría y que se transforma gradualmente en el más perfecto instrumento de guerra a los preceptos que contemplan los derechos fundamentales, es vieja conocida de Latinoamérica, desde la aventura tan nuestra de la *seguridad nacional* hasta llegar a la práctica de los modelos neoliberales actuales, que se fundamentan en la extensión de la represión penal y en su diseminación”.

4. Globalización y Derecho penal: síntesis conclusiva

En este inicio del nuevo milenio, cuando ya se nota con claridad inequívoca una nueva era de la civilización (era de la globalización planetaria, que está siendo favorecida por la era informacional –Castells– o de la informatización), el Derecho penal tradicional, tal como estamos destacando en el libro *Las grandes transformaciones del Derecho penal tradicional*³⁰, se encuentra enormemente transformado. En algunos aspectos, para decir la verdad, está irreconociblemente deformado.

²⁸ Esa tendencia autoritaria en el ejercicio del poder encontró en las medidas provisionales su forma jurídica (poco ingeniosa, pero extremadamente funcional). Es un poder autoritario, por lo tanto, ejercido bajo la vestidura de la legalidad y con la connivencia del Poder Jurídico (Poder Judicial). Nunca fue tan necesaria la distinción entre legalidad (formal) y legitimidad substancial. De cualquier modo, no obstante la importancia, de poca utilidad será esa diferenciación si de ella no hace uso el Poder Jurídico.

²⁹ Conf. JUAREZ TAVARES, “La creciente legislación penal y los discursos de emergencia”, en *Teorías actuales en el Derecho penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, pág. 631, que apunta como características del modelo político-criminal neoliberal las siguientes: a) fomenta la orientación represiva extremadamente autoritaria para la “criminalidad de calle”; b) amplía la orientación preventiva, alcanzándose prioritariamente aquellas personas susceptibles de causar pérdidas económicas; c) estimula la extensión y la diversidad de las sanciones penales y extra penales”. Bajo la vigencia de este modelo penal intervencionista es que prácticamente toda legislación penal brasileña de esta década fue producida (véase JUAREZ TAVARES, *lug. cit.*, pág. 644 y sigs.).

³⁰ Conf. GOMES, Luiz Flávio y YACOBUCCI, Guillermo Jorge, *As grandes transformações do direito penal tradicional*, São Paulo, RT, 2002, en prensa.

Según nuestra concepción siete son los pecados capitales del Derecho penal en la era de la globalización: 1) hipertrofia irracional (caos normativo); 2) instrumentalización (del Derecho penal); 3) inoperatividad, selectividad y simbolismo; 4) excesiva anticipación de la tutela penal (prevencionismo); 5) descodificación; 6) desformalización (flexibilización de las garantías penales, procesales y ejecucionales) y 7) prisionización (explosión carcelaria).

Se impone definir con toda claridad para qué sirve el Derecho penal. Ese siempre fue el gran desafío de la ciencia penal. No se puede atribuir a él un papel que nunca conseguirá cumplir.

Valiéndonos de la imagen del elefante y de los ratones, da para ofrecer una idea (bastante próxima) de lo que viene ocurriendo con el tradicional Derecho penal, que es, en términos de velocidad, un verdadero *elefante* (teniendo en cuenta que se funda en la pena de prisión y exige, consecuentemente, el debido proceso legal clásico: investigación burocratizada, denuncia, pruebas, instrucción demorada, contradictorio, amplia defensa, sentencia, recursos, tribunales lentos y sobrecargados, etc.). La criminalidad de la era postindustrial y, ahora, de la globalización, a su vez, es muy veloz (tanto cuanto los *ratones*).

A lo largo del siglo XX, pero particularmente después de la Segunda Guerra Mundial, se creyó que sería posible contener o controlar ("combatir") los ratones con el elefante (con el Derecho penal tradicional), desde que alguna movilidad *extra* le fuese dada. El legislador, de esta forma, comenzó su *deformación* colocando algunas ruedas mecánicas en sus patas (léase: para enfrentar a la criminalidad moderna, comenzó a transformar el Derecho penal tradicional flexibilizando garantías, espiritualizando el concepto de bien jurídico, vaciando el principio de la ofensividad –mediante la construcción de tipos de peligro abstracto–, eliminando gran parte de la garantía de la legalidad, etc.).

Luego se percibió que la velocidad del elefante, aun ya deformado, seguía incompatible con la rapidez de la criminalidad. El proceso de motorización y, después, de turbinación de sus patas se dio en las tres últimas décadas del siglo XX: amplio proceso de criminalización, modificación constante del Código penal, aprobación masiva de leyes especiales, incremento de los tipos de peligro abstracto, agravamiento de penas, nuevos tipos penales, flexibilización de prácticamente todas las garantías penales y procesales, corte de derechos y garantías fundamentales, flexibilización de la prisión cautelar, prohibición del derecho de apelar, tutela prioritaria de bienes jurídicos supraindividuales (salud pública, consumidor, seguridad vial, etc.), anticipa-

ción de la tutela penal, admisión de la transacción penal, premios para el colaborador de la Justicia, *plea bargaining*, etc. Consecuencia: el elefante (el Derecho penal tradicional) se transformó radicalmente y está irreconocible.

Todo lo que la *intelligentsia* europea, norteamericana o aun nacional descubrió para “combatir” la criminalidad, aquí (en Brasil y nuestro entorno cultural) se adoptó (particularmente en los años 90). Son más de cien leyes (sólo en Brasil) en la esfera criminal.

Y fue con estas características que el Derecho penal llegó en la era de la globalización: hipertrofiado, confuso, caótico, simbólico, disfuncional, instrumentalizado, prevencionista exacerbado, descodificado, administrativizado, etc.

Es un elefante completamente deformado. Todavía continúa andando lentamente (léase: el Derecho penal funciona una vez u otra) pero es poco eficaz en la práctica (el índice de la cifra oscura aumenta cada día). Cuando actúa, (léase: donde coloca su pata) hace un estrago tremendo: la fuerza y el peso de su pata prácticamente aplasta los ratones que son alcanzados (esto quiere decir que, los pocos criminosos procesados y condenados son aplastados por larga prisión cautelar, severas penas aplicadas, inhumano sistema penitenciario, etc.).

La pregunta, entonces, que los profesores penalistas (dogmáticos) hoy formulan es la siguiente: ¿qué es lo que debemos hacer para contener la onda incesante de criminalidad (sea la convencional, sea la organizada) y al mismo tiempo respetar las clásicas garantías del Derecho penal tradicional?

Si admitimos la necesidad de protección de los bienes jurídicos para la convivencia social, la tendencia más clara en ese oscuro horizonte se inclina para la construcción de un sistema jurídico satelitario (PALAZZO) (que tiene mucha afinidad y avanza la idea del sistema penal de dos velocidades de Silva Sánchez –conf. *A expansão do direito penal*, São Paulo, RT, [en prensa]³¹), y que sería compuesto:

a) de un núcleo básico constituido por el clásico Derecho penal (fundado en la pena privativa de libertad y en el respeto a todas las garantías penales y procesales);

b) de un Derecho sancionador auxiliar (aplicado por el Poder Judicial, pero, sin hacer uso de la pena de prisión, lo que permite una cierta flexibilización de las garantías, del sistema de imputación, así como la posibilidad de elaboración de acuerdos, de transacción penal, etc.);

³¹ Conf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1999.

- c) del Derecho administrativo clásico (aplicado por la Administración Pública), y
- d) del Derecho civil, internacional, comercial, etcétera.

El Derecho penal sería el núcleo básico (el núcleo duro) de ese sistema jurídico satelitario. Tendría como ejes: la pena privativa de libertad, el debido proceso legal clásico, respeto a todas las garantías penales y procesales, etc. Sería, por otro lado, regido por varios principios cardinales: 1) de la exclusiva protección de bienes jurídicos; 2) de la intervención mínima (fragmentariedad y subsidiariedad del Derecho penal); 3) de la legalidad; 4) de la responsabilidad personal; 5) de la materialización del hecho (Derecho penal del hecho); 6) de la ofensividad; 7) de la responsabilidad subjetiva; 8) de la culpabilidad; 9) de la proporcionalidad; 10) de la igualdad y 11) de humanidad (o dignidad).

Todos esos principios cuentan con aprobación (explícita o implícita) constitucional. De otra parte, casi todos integran también el núcleo (duro) de la Política criminal. Abandonada la dogmática formalista y legalista y adoptado el método de la ponderación (solución justa para cada caso concreto, conforme propugnado por la dogmática teleológica, que persigue valores y fines constitucionales, según Roxin)³², se torna posible restablecer la estructura garantizadora del derecho penal tradicional, que debe ser reservado para la aplicación en pocos casos (solamente los más graves).

Ese parece ser el mejor camino para alcanzarse la desbanalización del Derecho penal, o sea, su no utilización emocional e irracional. Un Derecho penal así concebido (de intervención mínima, anclado en la pena de prisión, con total respeto al debido proceso legal, etc.) debería, además, ser protegido (conf. Ferrajoli) de dos formas:

- a) reserva de Código (todo lo que es más serio debe ir para dentro del Código Penal);

- b) reserva de ley complementaria (ninguna modificación puede ser realizada, a no ser que se haga por ley complementaria).

La mayor tarea del penalista en este inicio de tercer milenio, por consiguiente, consiste precisamente en combatir la irracionalidad de gran parte del Derecho penal exageradamente intervencionista y simbólico. El Derecho penal es instrumento de control social (for-

³² ROXIN, Claus, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1972.

mal) que sólo tiene sentido cuando es aplicado fragmentaria e subsidiariamente. Ese al menos es el discurso que debemos hacer nosotros los profesores.

5. Otras fuentes bibliográficas consultadas y/o indicadas:

ALVES, Roque de Brito, "Globalização do crime", en *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 8, n. 88, mar. 2000, pág. 6.

BARROS-PLATIAU, Ana Flávia; GÓIS, Ancelmo César Lins de, "Direito Internacional e globalização", en *Cidadania e Justiça*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 8, 2000, págs. 27-42.

BATISTA, Carlos Roberto Rodrigues, "A globalização da Internet e a proliferação do crime de informática", en *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, n. 14, jul.-dez. 2000, págs. 51-67.

BAVA, Augusto Caccia, "A crítica reformista da exclusão social", en *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 7, n. 25, jan.-mar./99, págs. 240-245.

BELO, Warley Rodrigues, *A missão crítica do Direito Penal Comparado frente à globalização econômica*, en www.ibccrim.org.br, 28.11.01.

BESTER, Gisela Maria, "Estado-nação, soberania popular e poder constituinte originário frente ao processo globalizador", en *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, n. 26, ago.-nov./99, págs. 53-70.

BICUDO, Tatiana Viggiani, "A globalização e as transformações no Direito Penal", en *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 6, n. 23, jul.-set./98, Ed. Especial, IV Seminário Internacional do IBCCrim, págs. 97-109.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos, "Direito Penal e globalização", en *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 7, n. 84, nov./99, pág. 4.

CASELLA, Paulo Borba, "Globalização, Direito e Estado: introdução", en *Mercosul*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, págs. 1-12.

CELLI JÚNIOR, Umberto, "Poder judiciário e globalização", en *Revista da AJUFE*, Brasília, v. 18, n. 61, abr.-jun./99, págs. 51-76.

COELHO, Edihermes Marques, "Democracia, cidadania e globalização", en *UNIJUS: revista jurídica*, Uberaba, v. 2, n. 1, out./99, págs. 75-94.

COELHO, Hercídia Mara Facuri, "Direito e globalização econômica", en *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, Franca, v. 4, n. 6, maio/01, págs. 83-87.

- COSTA, José Francisco de Faria, "O fenômeno da globalização e o Direito Penal Econômico", em *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 9, n. 34, abr.-jun./01, págs. 09-25.
- DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu, "Direito e globalização", em *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, n. 23, ago.-nov./98, págs. 17-21.
- DAVID, Pedro R., *Globalización, prevención del delito y justicia penal*, Buenos Aires: Zavallia, 1999.
- DIP, Ricardo Henry Marques, "A globalização e a justiça penal - breves apontamentos sobre o Pacto de São José da Costa Rica", em *Justiça Penal-Críticas e Sugestões, 10 Anos da Constituição e a Justiça Penal, Meio Ambiente, Drogas, Globalização e o Caso Pataxó*, vol. 6, São Paulo, RT, 1999, pág. 136.
- DOBROWOLSKI, Silvio, *A Constituição no mundo globalizado*, Florianópolis, Diploma Legal, 2000.
- DOTTI, René Ariel, "A globalização e o Direito Penal", em *Boletim IBC-CRIM*, São Paulo, v. 7, n. 86, jan./00, pág. 9.
- FARIA, José Eduardo, "Declaração Universal dos Direitos Humanos: um cinquentenário à luz da globalização econômica", em *Revista CEJ - Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, n. 06, ano II, dez./98, pág. 49 y sigs.
- "Direitos humanos e globalização econômica: notas para uma discussão", em *Revista do Ministério Público*, Lisboa, v. 18, n. 71, jul.-set./97, págs. 33-47.
- "O judiciário após a globalização", em *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 4, n. 16, out.-dez./96, págs. 162-168.
- *O Direito na economia globalizada*, São Paulo: Malheiros, 1999.
- FARIÑAS DULCE, María José, "De la globalización económica a la globalización del Derecho: los nuevos escenarios jurídicos", em *Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Madrid, v. 5, n. 8, ene-jun/00, págs. 179-194.
- FRANCA FILHO, Márcilio Toscano, "Globalização e academia: a ordem internacional contemporânea e seus reflexos no Direito e seu ensino", em *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, n. 17, abr.-jul./97, págs. 37-63.
- FRANCO, Alberto Silva, "Direito Penal e globalização", em *Direitos humanos: visões contemporâneas*, São Paulo: Associação Juízes para a Democracia, 2001, págs. 159-182.
- "Globalização e criminalidade dos poderosos", em *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 10, n. 2, abr.-jun./00, págs.

- 183-228, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 31, jul.-set./00, págs. 102-136 y en *Temas de Direito Penal Econômico*, Roberto Podval (org.), São Paulo, RT, 2000, págs. 235-277.
- “O perfil do juiz na sociedade em processo de globalização”, en *La administración de justicia: en los albores del tercer milênio*, Ana Messuti, Julio Andrés Sampredo Arrubla (comps.), Buenos Aires, Editorial Universidad, 2001, págs. 99-111.
- FURTADO, Márcio Medeiros, “Algumas consignações acerca do Tribunal Penal Internacional: origem, fundamento, características, competência, controvérsias e objetivos”, en *Revista dos Tribunais*, v. 783, ano 90, jan./01, págs. 469-503.
- GIDDENS, Anthony, *O mundo na era da globalização*, Lisboa: Editorial Presença, 2000.
- GOMES, Luiz Flávio, *A lavagem de capitais como expressão do “Direito Penal Globalizado”*: enfoque crítico, en www.ibccrim.org.br.
- GONÇALVES, Fernando Moreira, “Justiça penal e globalização”, en *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 8, n. 100, mar./01, pág. 16.
- GONZÁLEZ VIDAURRI, Alicia, “Globalización, post-modernidad y política criminal”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 9, n. 36, out.-dez./01, págs. 9-32.
- LAFER, Celso, “Globalização econômica, políticas neoliberais e os direitos econômicos, sociais e culturais”, en *Encontro Brasileiro de Direitos Humanos (São Paulo: 1)*, São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 2001, págs. 47-55.
- MAIEROVITH, Walter Fanganiello, “A globalização e a justiça penal – As organizações internacionais criminosas e as drogas ilícitas”, en *Justiça Penal – Críticas e Sugestões, 10 Anos da Constituição e a Justiça Penal, Meio Ambiente, Drogas, Globalização e o Caso Pataxó*, v. 6, São Paulo, RT, 1999, pág. 119.
- MALEM SEÑA, Jorge, *Globalización, comercio internacional y corrupción*, Barcelona, Gedisa, 2000, (Cla De Ma Filosofía del Derecho).
- MINHOTO, Laurindo Dias, “Crime, castigo e distopia no capitalismo global”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 9, n. 36, out.-dez./01, págs. 410-419.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade, *Globalização e crime, Partes I, II e III*, en www.ibccrim.org.br, 14.08.01.
- NELKEN, David, “Globalizzazione del crimine e giustizia penale: ambiti e problemi”, en *Dei Delitti e delle Pene*, Napoli, n. 2, 1998, págs. 75-102.

- PINHEIRO, Paulo Sérgio, “Globalização econômica, políticas neoliberais e os direitos econômicos, sociais e culturais”, em *Encontro Brasileiro de Direitos Humanos* (São Paulo: 1), São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 2001, págs. 55-64.
- PISARELLO, Gerardo, “Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico”, em *Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía*, Antonio del Cabo e Gerardo Pisarello (eds.), Alicante, Universidad de Alicante, 2000, págs. 23-53.
- SANDOVAL HUERTAS, Emiro, *Sistema Penal y Criminología Crítica, (El sistema penal colombiano desde la perspectiva de la Criminología Crítica)*, Bogotá-Colombia, Temis, 1985.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “El Derecho Penal ante la globalización y la integración supranacional”, em *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 6, n. 24, out.-dez./98, págs. 65-78.
- SILVA, Tadeu A. Dix, “Globalização e Direito Penal Brasileiro: acomodação ou indiferença?”, em *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 6, n. 23, jul.-set./98, Ed. Especial, IV Seminário Internacional do IBCCrim, págs. 81-96.
- “O Direito Penal na contramão do processo globalizador”, em *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n.70/ed.esp., set./98, págs. 07-08.
- SOARES, Guido Fernando Silva, “A Globalização e a Justiça Penal – O Meio Ambiente e a Justiça no Mundo Globalizado”, in *Justiça Penal – Críticas e Sugestões, 10 Anos da Constituição e a Justiça Penal, Meio Ambiente, Drogas, Globalização e o Caso Pataxó*, v. 6, São Paulo, RT, 1999, pág.65.
- STRECK, Lenio Luiz, “Crise(s) paradigmática(s) no Direito e na dogmática jurídica: dos conflitos interindividuais aos conflitos transindividuais: a encruzilhada do Direito Penal e as possibilidades da justiça consensual”, em *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 7, n. 28, out.-dez./99, págs. 108-115.
- SUNDFELD, Carlos Ari, VIEIRA, Oscar Vilhena (coords.), *Direito global*, São Paulo, Max Limonad: SBDP, 1999.
- TENORIO TAGLE, Fernando, “Derechos fundamentales, control social y proceso de globalización: el Derecho Penal en el tercer milenio”, em *Iter Criminis: revista de Derecho y ciencias penales*, México, n. 5, 2000, págs. 143-164.
- VERANI, Sérgio, “A globalização do extermínio”, in *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 1996, págs. 131-139.

- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Desafios do Direito Penal na era da globalização”, en *Anais, 1º Encontro Nacional da Execução Penal*, Brasília: Fundação de Apoio à Pesquisa no Distrito Federal, 1998, pág.176 y sigs, y en *Cidadania e Justiça, Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 5, 2º sem./98, págs. 200-204 y sigs.
- “Globalização e sistema penal na América Latina: da segurança nacional à urbana”, en *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 4, 2º sem./97, págs. 25-36.
 - “Globalización y sistema penal en America Latina: de la seguridad nacional a la urbana”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 5, n. 20, out.-dez./97, págs. 13-23.
 - “La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal”, en *Nueva doctrina penal*, Buenos Aires, n. A, págs. III-XXIV, 1999.

LA NUEVA POLÍTICA CRIMINAL INTIMIDATORIA E INOCUIZADORA: EL CASO DE LA SEGURIDAD CIUDADANA EN PERÚ

PERCY GARCÍA CAVERO*

I. Introducción

Una revisión general de la legislación penal de las últimas dos décadas nos muestra que el derecho penal se ha expandido no sólo por la configuración de nuevos tipos penales, sino también por la criminalización en el estado previo a la lesión de bienes jurídicos y un aumento desproporcionado de las penalidades¹. En esta breve contribución me ocuparé de esta tendencia en el ámbito de la seguridad ciudadana, para lo cual voy a dividir mi exposición en cinco partes. En la primera parte, presentaré como punto de partida para el entendimiento del problema de la expansión del derecho penal, la distin-

* Catedrático de Derecho Penal y Decano de la Universidad de Piura (Perú).

¹ Vid., la descripción de este fenómeno expansivo en el Derecho penal, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 1999, pág. 17. La referencia a esta característica de la actual legislación penal, BESTE/VOSS, "Las deformaciones del Derecho penal por los servicios privados de seguridad", (trad. Robles Planas), en *La insostenible situación del Derecho penal*, Instituto de Ciencias criminales de Frankfurt (ed.), Granada, 2000, pág. 347; PRITTWITZ, "El Derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho penal", en *La insostenible situación del Derecho penal*, pág. 428; ALBRECHT, "El Derecho penal en la intervención de la política populista", (trad. Robles Planas), en *La insostenible situación del Derecho penal*, pág. 271 y sig.; LASSAK, "Begründungsdefizite in der aktuellen Strafgesetzgebung", en *Irrwege der Strafgesetzgebung*, Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a. M. (Hrsg.), Frankfurt a. M., 1999, pág. 75; CANCIO MELIÁ, "Dogmática y Política criminal en una teoría funcional del delito", en *El sistema funcionalista del Derecho penal*, Lima, 2000, pág. 17.

ción entre Política criminal científica y Política criminal práctica y cómo se ha presentado la relación entre ambas. En la segunda parte describiré la situación actual de la política criminal práctica que ha dado lugar a la llamada expansión del derecho penal e intentaré precisar algunas de sus principales causas. En la tercera parte centraré el tema de la expansión en el ámbito de la seguridad ciudadana, describiendo, de manera muy general, las principales características de la legislación penal que confirman esta orientación. La cuarta parte consistirá en un juicio sobre la racionalidad político-criminal de esta legislación, utilizando como criterio de referencia una Política criminal científica orientada a la persona². Finalmente, en la quinta parte propongo mecanismos político-criminales de corrección ante la tendencia expansiva del derecho penal.

II. La Política criminal práctica y la Política criminal científica

Puede decirse que siempre ha existido cierta política criminal práctica en los gobernantes que llevan a cabo acciones frente a los actos que afectan las condiciones de funcionamiento de una sociedad³. Esta política criminal se identifica, de alguna manera, con la intención política de los actos de gobierno. Sin embargo, cuando se habla de la Política criminal científica obviamente no se hace referencia a los motivos que llevaron a los gobernantes a tomar esas acciones políticas, sino a aquella disciplina que suministra la base teórica que permite un juicio sobre la racionalidad de las medidas que la política criminal práctica emprende⁴. En este sentido, puede afirmarse que la

² Se trata de una visión de la Política criminal científica formulada por mi maestro, SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y persona*, Buenos Aires, 2000, pág. 24 y sigs., en donde la orientación a la persona ocupa el centro de su construcción. Lo que habrá que determinar es cómo se materializa esta orientación y cómo esto debe influir en el Derecho penal vigente.

³ Vid., SILVA SÁNCHEZ, "Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites", en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.), Barcelona, 1997, pág. 19: "(...) porque resulta muy difícil negar que todo el Derecho penal nace precisamente de exigencias de política criminal: en concreto, la de hacer posible la convivencia pacífica en sociedad".

⁴ Vid., esta diferenciación en SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y persona*, pág. 21, que la recoge de SCHWIND, *Kriminologie: Eine praxisorientierte Einführung mit Beispielen*, 5ª ed., Heidelberg, 1993, § 1 n° marg. 38-39. Vid., también la distinción entre la llamada Ciencia político-criminal y la Política criminal aplicada en ZIPF, *Introducción a la Política criminal*, (trad. Izquierdo Macías-Picavea), Madrid, 1979, pág. 18.

Política criminal científica no siempre es tenida en cuenta en la lucha de los gobernantes contra el delito.

El origen de la Política criminal científica en la tradición jurídica que siguen nuestros ordenamientos penales está, sin duda, en la figura de Franz von Liszt⁵. Este insigne penalista alemán “creó la política criminal como disciplina científica, concibiéndola como el conjunto de criterios determinantes de una lucha «eficaz» contra el delito”⁶. Su visión científica de la política criminal se caracterizó por tener un contenido fundamentalmente empírico, lo que se corresponde con el momento histórico en la que se formuló⁷. La ideología positivista dominante en el siglo XIX se hizo patente en tres de sus aspectos: el determinismo del hombre⁸, el delito como manifestación de su peligrosidad, y la posibilidad de corregirlo en sus condicionantes individuales y sociales⁹.

La visión de la Política criminal científica formulada por von Liszt tiene, además, otro rasgo distintivo. Esta concepción de la Política criminal parte de una diferenciación de planos que, de alguna manera, podrían corresponderse con lo que hemos llamado Política criminal práctica y Política criminal científica. Von Liszt entiende que, por un lado, se encuentra el Derecho penal cuya disciplina sistematizadora es la dogmática penal¹⁰. El sistema dogmático es un sistema lógico (no teleológico) que debe ser desarrollado por el juez o dog-

⁵ Ciertamente puede encontrarse una definición de Política criminal en FEUERBACH/MITTERMAIER, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14. Aufl., 1847, pág. 40, que la conciben como “sabiduría legislativa del Estado”, pero que en realidad no es formulada como disciplina científica. Esto tiene lugar recién con von Liszt.

⁶ Vid., SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y persona*, pág. 15. Sobre la evolución del Liszt dogmático al Liszt político criminal, vid., RADBRUCH, *Gesamtausgabe 7, Strafrecht I*, Heidelberg, 1995, pág. 269 [cit. por SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y persona*, pág. 16, nota 5]; MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 1976, pág. 222 y sigs.

⁷ Vid., sobre el contexto político y científico de esta época, MIR PUIG, *Introducción a las bases*, pág. 216 y sigs.

⁸ Vid., VON LISZT, *Tratado de Derecho penal*, I, (trad. Quintiliano Saldaña), Madrid, 1926, pág. 31 y sig., donde explica que no le interesa entrar en la discusión filosófica del determinismo o indeterminismo, sino que asume un determinismo científico, que afecta tan sólo al Derecho penal y que supone que toda acción está causada psíquicamente (no mecánicamente) y, por tanto, decidida, determinada, motivada por las representaciones.

⁹ Vid., SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y persona*, pág. 15 y sigs.

¹⁰ El Derecho penal como ciencia eminentemente práctica debe ser una ciencia sistemática justamente para que la aplicación del Derecho no se deje a la arbitrariedad o al azar. Vid., en este sentido, VON LISZT, *Tratado de Derecho penal*, I, pág. 6.

mático¹¹ partiendo de una vinculación a la ley¹² mediante un método lógico que deriva todo del Derecho positivo. Por otra parte, se encuentra la verdadera ciencia, la Política criminal, la cual se asienta sobre la idea del fin (*Zweckrationalität*)¹³ con un carácter fundamentalmente político y que corresponde realizar al legislador o político¹⁴. Si la metodología científica del positivismo del siglo XIX influyó en el contenido fundamentalmente empírico de la Política criminal de von Liszt, la visión tripartita del Estado posterior a la Revolución francesa¹⁵ —en la que los jueces no eran más que la boca que pronunciaba las palabras de la ley— determinó el papel secundario asignado a la dogmática penal¹⁶. Si bien von Liszt atribuyó al Derecho penal un carácter limitador frente a una política criminal eficaz —o sea, la famosa frase de que el Derecho penal era la *unübersteigbare Schranke der Kriminalpolitik*—, esto no fue producto de asumir una preponderancia del Derecho penal —y de su disciplina explicativa y sistematizadora: la dogmática penal—, sino de una cuestión de orden: mientras las medidas que aconseja la política criminal científica no sean emprendidas por los gobernantes no pueden considerarse efectivas o prácticas, es decir, Derecho positivo¹⁷.

La segunda fase del desarrollo científico de la Política criminal y su relación con la Política criminal práctica estuvo caracterizada por una radicalización de los postulados positivistas que, de alguna manera, von Liszt había asumido aunque con las restricciones acotadas¹⁸. Esta fase, a diferencia de la primera, propugnaba una política

¹¹ Vid., VON LISZT, "Über den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts", en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, II, Berlín, 1970, pág. 77 y sigs.; MIR PUIG, *Introducción a las bases*, pág. 223; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pág. 52.

¹² Vid., VON LISZT, *Tratado de Derecho penal*, I, pág. 6. Sobre el positivismo de von Liszt, vid. también, MIR PUIG, *Introducción a las bases*, pág. 225; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pág. 52.

¹³ Vid., VON LISZT, *Tratado de Derecho penal*, I, pág. 22, "El postulado inexcusable es una Política criminal serena y consciente de su fin, que se nos ofrece de la Historia del desenvolvimiento de la pena".

¹⁴ Vid., VON LISZT, en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, II, pág. 77 y sigs.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pág. 52.

¹⁵ Sobre la influencia de la Revolución Francesa en las ideas de von Liszt vid., MIR PUIG, *Introducción a las bases*, pág. 219.

¹⁶ La afirmación de von Liszt en el sentido de que la dogmática penal es una disciplina inferior con finalidad fundamentalmente pedagógica vid., MIR PUIG, *Introducción a las bases*, pág. 223; SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y persona*, pág. 16.

¹⁷ Vid., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y persona*, pág. 17.

¹⁸ Acerca de la orientación terapéutica del Derecho penal y concretamente de la pena en VON LISZT, *La idea de fin en el Derecho penal*, (trad. Aimone), Valparaíso, 1984, pág. 130 y sigs.

criminal científica sin límites o restricciones¹⁹. El Derecho penal debía tener un carácter curativo y de esa manera asumir plenamente los postulados positivistas de la Política criminal científica²⁰. La base política para dar este paso en el Derecho penal fueron los llamados Estados totalitarios en los que los intereses de la sociedad autorizaban una disposición absoluta de los intereses y derechos de los individuos. No obstante, esta política criminal teórica no se materializó plenamente en la práctica ni antes ni después de la Segunda Guerra Mundial (salvo quizá en el mundo de influencia comunista)²¹. Es más, luego de la Segunda Guerra Mundial comenzó rápidamente a desacreditarse conjuntamente con la idea de Estado totalitario²². La Defensa social y la llamada Nueva Defensa social no son más que derivaciones sin fuerza de esta segunda fase de la evolución de la Política criminal científica²³.

La tercera fase de evolución de la política criminal científica aparece como respuesta a un acontecimiento histórico más que como una continuación del pensamiento político-criminal. La Segunda Guerra Mundial y la mancha que dejó en la conciencia de los hombres, y obviamente de los científicos, llevaron a un giro de pensamiento en las ciencias humanas y, por supuesto, también en el Derecho penal. La asunción de un Derecho penal de base retribucionista y moralizadora fue el motivo guía de los estudios dogmáticos, que de alguna manera influenciaron en la legislación penal²⁴. Sin embargo, frente a esta orientación se presentó una línea de pensamiento "alternativo" cuyo lema era el retorno a von Liszt²⁵. Esta nueva visión de la Política criminal científica no sólo asumió una visión socio-terapéutica del Derecho penal (concretamente a través del fin de resocialización de la pena), sino también ciertos elementos de autocontención²⁶. Esto determinó que

¹⁹ Vid., SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y persona*, pág. 18.

²⁰ Vid., estas ideas ya en VON LISZT, *La idea de fin*, pág. 130 y sigs.

²¹ Vid., SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y persona*, pág. 19.

²² Vid., SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y Persona*, pág. 19.

²³ Vid., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y persona*, pág. 19. Una descripción más detenida de estas tendencias político-criminales en ZIFF, *Introducción a la Política criminal*, pág. 57 y sigs.

²⁴ Vid., ROXIN, "Franz von Liszt y la concepción político-criminal del proyecto alternativo", (trad. Luzón Peña), en *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, 1976, pág. 37.

²⁵ Vid., ROXIN, en *Problemas básicos...*, pág. 37 y sigs.; JIMÉNEZ DE ASÚA, "Corsi e ricorsi. La vuelta de von Liszt", en Franz von Liszt, *La idea del fin en el Derecho penal*, Valparaíso, 1984, pág. 47 y sigs.

²⁶ Vid., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y persona*, pág. 20.

los referentes racionales de esta política criminal se convirtieran en dos: uno empírico relacionado a la eficacia (*Zweckrationalität*) que ya se encontraba en el pensamiento de von Liszt y uno valorativo vinculado a las garantías (*Wertrationalität*) desarrollado sobre todo por ROXIN²⁷. Este último referente ha llevado finalmente a que el Derecho penal, y en concreto la dogmática penal, se constituya no sólo en el principal factor de contención de una política criminal eficaz, sino fundamentalmente en el medio adecuado para impulsarla en lo preventivo y garantista, de manera que su carácter ha dejado de ser secundario, para convertirse en fundamentador. En este sentido, la dogmática penal y la política criminal se han compenetrado en una unidad que permite el equilibrio de ambas disciplinas. No cabe duda de que este es el pensamiento aún dominante en las esferas científicas²⁸.

Sin embargo, puede decirse que poco a poco se han ido abandonando los ejes centrales de esta política criminal científica (la fe en la resocialización y la inconvencionalidad de las garantías) y hemos entrado así en una fase que parece, al menos en la praxis legislativa, dejarlos definitivamente de lado²⁹. Una visión general de la política criminal práctica de los Estados modernos nos muestra cómo está asumiendo unos rasgos claramente represivos e inocuidadores³⁰, en un contexto general presidido por el populismo de los agentes políticos³¹. Esto ha llevado al fenómeno contemporáneo que el Prof. Silva Sánchez ha calificado como la expansión del Derecho penal³². Frente a ello, la política criminal científica se encuentra dividida, pues, por un lado, un sector critica los excesos de esta política criminal práctica

²⁷ Vid., SILVA SÁNCHEZ, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, págs. 19, 22 y sig; ídem, en *Política criminal y persona*, pág. 20.

²⁸ Vid., ROXIN, *Derecho penal*, PG, I, (trad. Luzón Peña y otros), Madrid, 1997, pág. 203; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, págs. 95, 98 y sig.; ídem, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, pág. 18.

²⁹ Vid., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y persona*, pág. 20; ídem, *La expansión...*, pág. 17 y sigs.

³⁰ Vid., en este sentido, JAKOBS, "La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente", (trad. Manso Porto), en *Escuela de verano del Poder Judicial*, Galicia, 20 (1999), pág. 137 y sigs.; STÜBINGER, "Strafrecht zwischen Wissenschaft und Politik", en *Irrwege der Strafgesetzgebung*, pág. 162 y sigs.

³¹ Destacando la irracionalidad de una política criminal populista, vid., ALBRECHT, "Die Bedrohung der Dritten Gewalt durch irrationale Sicherheitpolitik", en *Irrwege der Strafgesetzgebung*, pág. 17.

³² SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, *passim*. Reconoce la autoría de esta expresión, CANCIO MELIÁ, en *El sistema funcionalista del Derecho penal*, pág. 17. Vid., también sobre este fenómeno, BESTE/VOSS, en *La insostenible situación del Derecho penal*, pág. 247 y sigs.

propugnando un retorno, poco convincente, a un sistema clásico del Derecho penal³³, mientras que, por otra parte, otro sector cae en cierto funcionalismo acrítico frente al sistema³⁴.

III. La política criminal práctica contemporánea: La expansión del Derecho penal

1. El Derecho penal máximo

El fenómeno de la expansión del Derecho penal ha sido abordado por el Prof. Jesús María Silva Sánchez, en un pequeño, pero sustancioso, trabajo llamado justamente "La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales". En este estudio, el maestro español apunta que frente a la Política criminal científica del llamado Derecho penal mínimo que propugna un sector de la doctrina penal (fundamentalmente italiana), la legislación penal muestra, por el contrario, un Derecho penal máximo³⁵. Este Derecho penal máximo se caracteriza por dos aspectos: primero,

³³ Vid., HASSEMER, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Obra conjunta con MUÑOZ CONDE, Valencia, 1995, pág. 31. Vid., con esta idea, los libros conjuntos de la escuela de Frankfurt, *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M., 1995 [hay traducción española, *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, 2000, a cargo del Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra] e *Irrwege der Strafgesetzgebung*, Frankfurt a.M., 1999. Críticamente frente a este retorno del buen Derecho penal liberal, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, pág. 115 y sigs.

³⁴ En este sentido es el planteamiento de Jakobs cuya pretensión es sobre todo explicar el sistema de imputación que rige en una sociedad en un momento dado [JAKOBS, *Derecho penal*, PG, (trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo), pág. 23; ídem, *Das Schuldprinzip*, Düsseldorf, 1993, pág. 30]. Vid., sobre el planteamiento de Jakobs que significa finalmente una separación entre dogmática penal y política criminal, SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, "Estudio preliminar: La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación", en JACOBS, Gunther *La imputación objetiva en el Derecho penal*, Madrid, 1996, pág. 80 y sigs., quienes también afirman que ciertamente esa separación entre dogmática penal y política criminal no impide que la propuesta de Jakobs permita la crítica a ciertos supuestos como, por ejemplo, la anticipación de la barrera de intervención penal [JAKOBS, "Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico", (trad. Peñaranda Ramos), en *Estudios de Derecho penal*, 1997, pág. 293 y sigs.] o la configuración del Derecho penal del enemigo [JAKOBS, en *Escuela de verano del Poder Judicial*, 20 (1999), pág. 137 y sigs.].

³⁵ Vid., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, pág. 15 y sigs. Del mismo modo, pero con base en la diferenciación de las proposiciones programáticas de un Derecho penal sometido a límites y la praxis penal de una creciente criminalización, PRITTWITZ, en *La insostenible situación del Derecho penal*, pág. 428.

por establecer menores vínculos garantistas en el sistema penal y, segundo, por el aumento cualitativo y cuantitativo de las prohibiciones y las penas previstas³⁶. La legislación penal contemporánea presenta claras muestras de seguir esta línea expansiva, pues ha introducido nuevos tipos penales y agravado los ya existentes, ha restringido las garantías clásicas del Derecho penal sustantivo y del Derecho procesal, y, finalmente, ha creado nuevos bienes jurídicos sobre todo de carácter supraindividual e indeterminado³⁷.

Los ámbitos centrales de influencia de esta Política criminal práctica de carácter expansivo son aquellos que poseen cierta repercusión política, como, por ejemplo, es el caso de los llamados delitos económicos, del llamado Derecho penal de género que incluye tanto la violencia sexual como la familiar, y, por supuesto, el tema de la seguridad ciudadana. Sin embargo, a pesar de tratarse de ámbitos del Derecho penal muy diferenciados, incluso podría decirse con reglas particulares de imputación de responsabilidad, las razones que han motivado su expansión a nivel legislativo son, de alguna manera, las mismas. Veamos brevemente las más generales.

2. Causas de la expansión del Derecho penal

a. Razones políticas

No hay que hacer un juicio demasiado complejo para poder observar que la política expansionista de la legislación penal responde a cierta perversión del aparato estatal originada fundamentalmente por un fracaso del modelo del Estado de Bienestar³⁸. El desempleo, la marginalidad, las migraciones internas o externas constituyen claras muestras de este fracaso y, a su vez, son fuente de mayores conflictos sociales que justamente el llamado Estado de Bienestar debió haber impedido o erradicado. Frente a ello, la Política criminal del Estado recurre fundamentalmente a una función simbólica del Derecho penal que procura mantener el modelo de Estado que en el manejo polí-

³⁶ Vid., FERRAJOLI, *Derecho y razón*, (trad. Ibañez y otros), Madrid, 1995, pág. 104; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, pág. 17.

³⁷ Vid., SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, pág. 17 y sig.; JAKOBS, en *Escuela de verano del Poder Judicial*, 20 (1999), pág. 137 y sigs., al que denomina Derecho penal del enemigo.

³⁸ Vid., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, pág. 19; ALBRECHT, en *La insostenible situación del Derecho penal*, pág. 472; BESTE/VOSS, en *La insostenible situación del derecho penal*, pág. 347.

tico ha fracasado³⁹. En este sentido, su actividad está orientada más a apaciar los miedos de los ciudadanos ante la criminalidad que erradicar o disminuir los factores que la originan⁴⁰.

Esta situación se ha reflejado muy claramente en la Política criminal emprendida frente a la violencia terrorista en el Perú, la cual ha tenido su génesis social precisamente en este fracaso del manejo político. La legislación contra el terrorismo se caracterizó desde la década de los ochenta por ser altamente represiva y antigarantista⁴¹. Pero lo paradójico es que esta legislación terrorista nunca tuvo un mayor efecto preventivo, pues la violencia terrorista continuó teniendo lugar e incluso se agravó⁴². Sólo con la captura del líder de Sendero Luminoso pudo reducirse la violencia terrorista, pero la razón de esta reducción no fue la severa legislación antiterrorista, sino la forma de organización del grupo terrorista, que sin Abimael Guzmán quedó acéfala. La condena de la cúpula terrorista y los mecanismos jurídicos para los arrepentidos⁴³ produjeron la rápida desarticulación del grupo subversivo. Sin embargo, el germen de la violencia social no terminó con estas medidas del gobierno. Los datos estadísticos muestran cómo la terminación del terrorismo en el Perú llevó a un aumento de la criminalidad en bandas, pues los grupos supérstites de Sendero Luminoso que habían sido educados y preparados para la lucha durante doce años no tenían otra forma de vivir sino mediante el secuestro extorsivo, los robos y asaltos. Ante esta situación, el gobierno no hizo más que recurrir, una vez más, a una política criminal represiva e inocuizadora. El argumento de la existencia de una situación de emergencia, que permitió la dación de leyes penales contra el terrorismo que elevaron tremendamente las penas y dejaron de lado importantes ámbitos garantistas, fue también llevado al terreno de la delincuencia en bandas sin que la sociedad sintiera el cambio, pues

³⁹ En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, pág. 19; CANCIO MELIÁ, en *El sistema funcionalista del Derecho penal*, pág. 20 y sigs.; ALBRECHT, en *La insostenible situación del Derecho penal*, págs. 476 y sig., 478.

⁴⁰ Conf., la opinión en este sentido de FABRICIUS, "Posición político-partidista y capacidad de comprensión en la ciencia jurídico-criminal: consideraciones desde una perspectiva etno-psicoanalítica", (trad. García Caveró), en *La insostenible situación del Derecho penal*, pág. 369.

⁴¹ *Vid.*, brevemente, KAI AMBOS, *Terrorismo y ley*, Lima, 1989, pág. 60 y sigs.

⁴² *Vid.*, en este sentido, KAI AMBOS, *Terrorismo y ley*, pág. 129 y sig.

⁴³ Conf., críticamente sobre la legislación peruana para los arrepentidos por delito de terrorismo en un análisis de Derecho comparado, BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A., "El delito de actos de colaboración y la pertenencia a una organización terrorista en la legislación española, alemana y peruana", *Vox Juris*, 9, pág. 137 y sig.

desde hace mucho que esta política criminal práctica rige en nuestro país. En este sentido, no se ha percibido un cambio en la política criminal práctica frente a la criminalidad violenta, sino sólo un giro en su ámbito de actuación que ha pasado de los grupos terroristas a las bandas organizadas. De hecho, a la delincuencia en bandas que usa armas se le ha denominado *terrorismo agravado*⁴⁴.

Pero las razones políticas no se reducen solamente a cuestiones de manejo del modelo de Estado, sino que también aspectos económico-políticos han contribuido a la expansión del Derecho penal. El fácil recurso al Derecho penal para la solución de los problemas sociales se explica por razones económicas en países que cuentan con recursos financieros limitados. La imposición de penas o el aumento de su severidad implican una inversión bastante menor a la que sería necesaria para dotar a los órganos de prevención (policía, fundamentalmente) de personal y medios óptimos para la lucha contra la delincuencia⁴⁵. Si el gobierno no cuenta con los suficientes recursos para implementar un plan integral de lucha contra la delincuencia, sólo quedará aumentar la severidad de las penas y, con ello, la represión⁴⁶.

b. Razones sociales

La expansión del Derecho penal no sólo ha tenido lugar por el mencionado fracaso del modelo político, sino que ha dependido también de la configuración actual de la sociedad. La llamada sociedad de riesgo y de la comunicación constituyen, pues, importantes elementos explicativos de la política criminal práctica de carácter expansivo.

Que la sociedad moderna es una sociedad de riesgos es un planteamiento sociológico extensamente desarrollado por el sociólogo Ulrich Beck⁴⁷ y que en el Derecho penal ha tenido una importante acogida⁴⁸. El punto de partida de esta perspectiva sociológica se encuentra

⁴⁴ Vid., en este sentido, SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, II, Lima, 1999, pág. 998, donde señala que los decretos legislativos que regulan temas de la llamada seguridad nacional se han estructurados con modelos propios de la emergencia penal antiterrorista y que a fin de cuentas no hacen sino ratificar la vocación expansiva de esta legislación de excepción.

⁴⁵ Vid., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, "Eficiencia y Derecho penal", *ADPCP*, 1996, pág. 106.

⁴⁶ Considera que no tiene fuerza normativa este argumento para una expansión del Derecho penal, PRITTWITZ, en *La insostenible situación del Derecho penal*, pág. 442 y sig., pero ciertamente no estamos justificando la expansión del Derecho penal, sino solamente explicándola.

⁴⁷ Vid., BECK, *La sociedad del riesgo*, Barcelona, 1998, *passim*.

⁴⁸ Vid., en este sentido, HILDENDORF, *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der "Risikogesellschaft"*, Berlin, 1993, *passim*; PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko. Untersu-*

en el aumento de los riesgos de fuente humana⁴⁹. El desarrollo tecnológico de la modernización ha determinado la reducción del margen de los llamados riesgos naturales, pero, por otro lado, ha sido causa también de la aparición de nuevos riesgos⁵⁰. Esto ha producido fundamentalmente la reducción del ámbito de atribución social de riesgos a la naturaleza (desgracia, infortunio o mala suerte) y la ampliación del ámbito de riesgos atribuibles a fuente humana (desarrollo tecnológico)⁵¹. En este sentido, los mecanismos de protección tienden a ampliar su marco de acción, de manera que se abarquen estas nuevas fuentes de peligro⁵². En el ámbito del Derecho penal esto ha producido la ampliación del marco de la responsabilidad por la aparición o realización de estos riesgos no sólo a la actuación dolosa, sino también a la imprudente⁵³, así como una extensión de la responsabilidad en comisión por omisión⁵⁴.

Pero frente a este dato de base ciertamente objetiva, se presenta un aspecto subjetivo que sobrepasa en muchos casos esta base objetiva y lleva la demanda de sanción de la sociedad incluso hasta la irracionalidad⁵⁵. La llamada sociedad de la información⁵⁶ no sólo ha au-

chungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft, Frankfurt, 1993, *passim*.

⁴⁹ Vid., BECK, *La sociedad del riesgo*, pág. 25. Desde una consideración del Derecho penal para explicar el fenómeno de la expansión, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, pág. 22; ALBRECHT, en *La insostenible situación del Derecho penal*, pág. 473 y sig.

⁵⁰ Vid., con referencia específica al Derecho penal, HILDENDORF, *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der "Risikogesellschaft"*, Berlín, 1993, pág. 19 y sigs.; ALBRECHT, en *La insostenible situación del Derecho penal*, pág. 473 y sig.

⁵¹ Vid., en este sentido, BECK, *La sociedad del riesgo*, pág. 86; ídem, "La teoría de la sociedad del riesgo", (trad. Sánchez Capdaquí), en *Las consecuencias perversas de la modernidad*, Beriaín Josetxo (comp.), Barcelona, 1996, págs. 203 y sig., 206.

⁵² Conf., con otras precisiones, BECK, en *Las consecuencias perversas de la modernidad*, pág. 211 y sigs.

⁵³ Vid., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, pág. 22 y sig.

⁵⁴ *Ibid.*, pág. 23.

⁵⁵ Sobre la irracionalidad de este temor o inseguridad y su contradicción con una política criminal racional, *vid.*, STÜBINGER, en *Irrwege der Strafgesetzgebung*, pág. 146. Un intento de explicación de esta excesiva reacción es el que Jakobs denomina "Derecho penal del enemigo", según el cual el individuo al que se dirige este Derecho penal es tratado como una no persona, como alguien que ha abandonado el Derecho y, por tanto, no puede ser titular de las garantías jurídicas [*vid.*, en detalle, JAKOBS, *Escuela de verano del Poder Judicial*, 20 (1999), pág. 137 y sigs.].

⁵⁶ Vid., la influencia de los medios de comunicación sobre la sensación de inseguridad en la ciudadanía SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, pág. 27 y sigs.; HASSEMER, "El destino de los derechos del ciudadano en un Derecho penal "eficaz"", (trad. Muñoz Conde), *Doctrina penal*, 1990, pág. 193 y sig.; ZÚNIGA RODRÍGUEZ, "La ley de seguridad ciudadana: un síntoma de la crisis del Poder ejecutivo. Especial consideración

mentado el conocimiento en la comunidad acerca de los riesgos sociales⁵⁷, sino también el miedo de ser víctima de ellos: la llamada *sensibilidad al riesgo*⁵⁸. Por esta razón, la intervención del Derecho penal se exige no ya ante la lesión de un bien jurídico, sino ante una conducta previa a la lesión del bien jurídico⁵⁹. Esta mayor demanda de protección penal, que aumenta por el descrédito de las otras instancias de control social⁶⁰, se satisface por aquel populismo de las medidas estatales del que ya hemos hecho mención⁶¹. Esto es especialmente patente en el ámbito que constituye nuestro objeto de investigación y que veremos a continuación: la seguridad ciudadana⁶².

IV. El caso de la seguridad ciudadana en el Perú

La llamada delincuencia común organizada en bandas tuvo un aumento considerable en el Perú a partir de 1997. Este tipo de delincuencia no alcanzaba sólo a los grandes empresarios, sino también a los pequeños empresarios y, más aún, a aquellas personas que, por ejemplo, se ganaban la vida vendiendo dólares americanos en las calles de Lima⁶³. El crecimiento de este tipo de criminalidad y la necesidad de aplacar los miedos de la población hizo necesario la incorporación de una legislación penal de emergencia. No obstante, la respuesta penal del Estado fue excesivamente represiva e incluso incontrolada⁶⁴, aunque ciertamente ha buscado limitar sus efectos negativos mediante posteriores acciones correctivas.

del Sistema penal", *Thémis* 32 (1995), pág. 150; GARCÍA CANTIZANO, "Algunas consideraciones críticas sobre el delito de terrorismo agravado", *Gaceta Jurídica*, T. 59, octubre de 1998, pág. 59-A; BASOMBRIO IGLESIAS, "Hacia un Estado policial", *Ideele*, 108 (junio-1998), pág. 20.

⁵⁷ Acerca de la llamada conciencia del riesgo, *vid.*, JAKOBS, en *Escuela de verano del Poder Judicial*, 20 (1999), pág. 135.

⁵⁸ *Vid.*, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, pág. 26; ALBRECHT, en *La insostenible situación del Derecho penal*, pág. 480; STÜBINGER, en *Irrwege der Strafgesetzgebung*, pág. 142 y sig.

⁵⁹ *Vid.*, esta técnica penal de regulación que está vinculado al Derecho penal del enemigo, JAKOBS, en *Estudios de Derecho penal*, pág. 322; *idem*, en *Escuela de verano del Poder Judicial*, 20 (1999), pág. 128.

⁶⁰ Conf. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, pág. 44 y sigs.

⁶¹ *Vid.*, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, pág. 24 y sigs. (espec. nota 22); ALBRECHT, en *Irrwege der Strafgesetzgebung*, pág. 17.

⁶² *Vid.*, en este sentido, BESTE/VOSS, en *La insostenible situación del Derecho penal*, pág. 341 y sig.

⁶³ *Vid.*, Diario *La República*, viernes 25 de junio de 1998, Sección policial, pág. 38.

⁶⁴ *Vid.*, una descripción crítica a esta legislación en GARCÍA CAVERO, "Análisis dogmático y político-criminal de los denominados delitos agravados y delito de terrorismo especial (antes llamado agravado)", en *Cathedra*, 6, pág. 123 y sigs. El original

1. El aumento de las penalidades de delitos de naturaleza violenta

Los puntos débiles de la legislación de emergencia sobre seguridad nacional o ciudadana se encuentran en sus fundamentos político-criminales, si es que realmente existen. Lo primero que resalta en ella es la intención política de aumentar las penalidades⁶⁵. Este conjunto de leyes penales no ha estado dirigido a incriminar nuevas conductas, pues éstas se encontraban ya reguladas por el Código penal peruano, sino a hacer que los tipos penales existentes sean más eficaces mediante el referido aumento de la penalidad⁶⁶.

Se elevó considerablemente la penalidad de los delitos denominados agravados: el asesinato, violación sexual de menores de catorce años, secuestro, robo, extorsión y, sobre todo, una modalidad especial del delito de asociación delictiva calificado por la legislación de emergencia como terrorismo agravado⁶⁷. Las penas se elevaron en muchos casos al doble y, en otros, se estableció la pena de cadena perpetua.

2. La necesidad de restringir las garantías penales

Pero el afán de hacer más eficaces las leyes penales en la protección de la seguridad ciudadana ha llevado también a trastocar un conjunto de principios y garantías penales⁶⁸. En este sentido, la actividad sancionatoria del Estado se ha orientado según criterios u objetivos estratégicos, dejando de lado todo tipo de límite garantista a su actuación represiva e inoquizadora⁶⁹. Veamos brevemente a continuación qué principios y garantías jurídico-penales se han dejado de lado por la legislación de emergencia.

de este artículo fue enviado con sus correspondientes notas al pie de página. Hasta ahora no he recibido una explicación por parte del Consejo Directivo de la Revista de la razón de la mutilación del texto original.

⁶⁵ Vid., el resurgir del punitivismo, CANCIO MELIÁ, en *El sistema funcionalista del Derecho penal*, pág. 26 y sig.

⁶⁶ Vid., en este sentido, CASTAÑEDA DÍAZ, "Ley contra el terrorismo agravado", *Normas legales*, t. 270 noviembre de 1998, pág. A-44.

⁶⁷ Posteriormente mediante Ley 27.235 se ha cambiado de denominación a este delito por el de terrorismo especial.

⁶⁸ Vid. esta tendencia HASSEMER, *Doctrina penal*, 1990, pág. 200; BESTE/VOSS, en *La insostenible situación del Derecho penal*, pág. 348; CANCIO MELIÁ, en *El sistema funcionalista del Derecho penal*, pág. 19; ZÚNIGA RODRÍGUEZ, *Thémis* 32 (1995), pág. 154; PEÑA CABRERA, *Traición a la patria y arrepentimiento terrorista*, Lima, 1994, pág. 35 y sigs.

⁶⁹ Vid., en este sentido, la crítica de PRADO SALDARRIAGA, *Derecho* 46 (1992), pág. 111.

a. Restricción de las garantías clásicas del Derecho penal sustantivo

Cuando en 1991 entró en vigencia el nuevo Código penal peruano, uno de los aspectos novedosos de este cuerpo legal fue la incorporación de un título preliminar. En esta primera parte del Código penal se materializaron los postulados de la moderna política criminal según la cual “el Derecho penal no es un instrumento de opresión, sino una verdadera garantía que hace posible en una sociedad pluralista el ejercicio de todas las libertades reconocidas en la Constitución y las leyes”⁷⁰. Hoy parece que esos postulados no tienen más vigencia, al menos de manera plena, pues la legislación penal que se ha venido dando desde entonces abandona cada vez más sin mayor reparo, los principios y garantías establecidos en el Título preliminar. Las razones de ello ya las hemos visto en el apartado anterior⁷¹. En este apartado, fundamentalmente descriptivo, voy a encargarme de precisar algunas —quizá las más importantes— de las restricciones a las garantías del Derecho penal que ha llevado a cabo la legislación penal sobre seguridad ciudadana.

a.1. El principio de lesividad u ofensividad

La legislación de emergencia presenta, sobre todo en el denominado delito de terrorismo agravado o especial⁷², una infracción al principio de lesividad u ofensividad. Ciertamente se ha pretendido salvar este problema al presentar como bien jurídico protegido la llamada Seguridad Nacional, pero resulta bastante dudoso que tal concepto, por lo demás bastante impreciso⁷³, constituya un nuevo bien jurídico penal⁷⁴. En realidad, nos encontramos ante conductas sancionadas que no ponen efectivamente en peligro o lesionan un bien jurídico penal (vida, integridad, libertad, patrimonio). Una criminalización

⁷⁰ Vid., BRAMONT ARIAS, “Los principios rectores del nuevo Código penal: título preliminar”, en *Derecho*, 46 (1992), pág. 14 y sig.

⁷¹ Vid., *supra*, III, 2.

⁷² Sobre las razones políticas de esta denominación, *vid.*, *infra*, IV, 2, b.1.

⁷³ Vid., ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Thémis* 32 (1995), pág. 145.

⁷⁴ Vid., en este sentido, la indicación de HASSEMER, *Doctrina penal*, 1990, pág. 194, que cada vez con mayor intensidad aparece la seguridad ciudadana como bien jurídico, alimentando una creciente industria al respecto. Vid., en general este abuso del concepto bien jurídico, NESTLER, “El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes”, (trad. Benloch Petit), en *La insostenible situación del Derecho penal*, pág. 64; CANCIO MELIÁ, en *El sistema funcionalista del Derecho penal*, pág. 18.

en el estado previo a la lesión de un bien jurídico puede ciertamente estar justificada en algunos casos⁷⁵, pero lo que significa una contradicción con una política criminal racional es castigar estos delitos con una sanción de cadena perpetua –como es el caso de constituir una banda que porta armas de fuego⁷⁶–, mientras que la efectiva lesión de los bienes jurídicos protegidos se castiga con penas mucho más benignas.

a.2. El principio de legalidad

Otro de los pilares fundamentales del Derecho penal que se ha visto afectado en su aspecto material es el principio de legalidad, pues las conductas prohibidas no están claramente delimitadas en la ley⁷⁷. Si bien ha existido una ley autoritativa del Congreso que ha permitido legislar al Ejecutivo sobre temas de seguridad nacional, una revisión de la legislación de emergencia nos muestra que se trata de leyes penales indeterminadas en muchos aspectos⁷⁸. Por un lado, pueden encontrarse tipos penales amplios, imprecisos y ambiguos, en los que todo puede entrar por una u otra razón: la nueva redacción del delito de secuestro y del delito de extorsión, así como sus respectivas agravantes muestran esta porosidad de los tipos penales⁷⁹. Por otro lado, se ha recurrido a leyes penales “de sospecha” o “de simple colaboración”⁸⁰ como es el caso del delito de terrorismo especial (antes agravado) que sanciona con una pena no menor de treinta años a los demás involucrados no contemplados en los supuestos expresamente tipificados.

⁷⁵ Vid., la opinión de JAKOBS, en *Estudios de Derecho penal*, pág. 303.

⁷⁶ Vid., así, CANCIO MELIÁ, en *El sistema funcionalista del Derecho penal*, pág. 18.

⁷⁷ Vid., sobre el llamado mandato de determinación, ROXIN, *Derecho penal*, pág. 169 y sigs.; JAKOBS, *Derecho penal*, (trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo), Madrid, 1997, pág. 88 y sigs.; NAUCKE, *Strafrecht. Eine Einführung*, 4. Aufl., Frankfurt a.M., 1982, pág. 82 y sigs.; BACIGALUPO, *Principios*, pág. 37.

⁷⁸ Vid., en este sentido, STRATENWERTH, *Strafrecht*. AT, Köln, 1981, pág. 44; JESCHECK, *Tratado...*, I, pág. 183; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal*, Lima, 1987, pág. 154 y sigs.

⁷⁹ Vid., con mayor detalle, GARCÍA CAVERO, *Cathedra*, 6, págs. 132 y sigs., 136 y sigs.

⁸⁰ Vid., como característica de la legislación penal en materia de seguridad ciudadana, ZUÑIGA RODRÍGUEZ, *Thémis* 32 (1995), pág. 148; ídem, *Revista de Derecho y Ciencias políticas*, 50 (1993), pág. 453; HASSEMER, “Prävention im Strafrecht”, *Jus*, pág. 260.

a.3. El principio de resocialización de las penas

La legislación penal de emergencia ha renunciado también al principio de resocialización de las penas (artículo IX del Tit. Prel. del Código penal). La elevación de las penalidades no sólo es, en algunos casos, expresamente de cadena perpetua, sino que en muchos otros casos, por su duración (30 años) y la negación de beneficios penitenciarios⁸¹, puede significar también una privación de la libertad de por vida⁸². Con estas penas, pues, se niega abiertamente la posibilidad del arrepentimiento y la reinserción del delincuente⁸³. La intención del legislador es, al parecer, hacer más seria la intimidación al reducirse las oportunidades del autor a una (¡no hay posibilidad de equivocarse!). Ni siquiera se recoge el cuestionado sistema norteamericano del *three strikes*⁸⁴, sino que nos encontramos prácticamente ante un sistema de *one strike*, en el que la comisión de un solo delito lleva consigo ya la privación de la libertad de por vida.

a.4. La proporcionalidad de las penas

El principio de proporcionalidad, pese a estar reconocido por el artículo VIII del título preliminar del Código penal peruano⁸⁵, también ha sido dejado de lado por la legislación penal de emergencia. La falta de proporcionalidad de las penas es manifiesta en casi todos los tipos penales reformados. La imposición de penas de cadena perpetua a delitos de robo en bandas o de asociación delictiva, por ejemplo, trastoca todo el sistema de valoración de la gravedad de la pena⁸⁶, sobre todo si el tipo penal de homicidio establece una pena privativa de libertad que va de entre los seis y veinte años⁸⁷.

Como ya se indicó al principio de este apartado, la legislación penal sobre seguridad ciudadana se ha dirigido fundamentalmente a

⁸¹ Vid., el documento de trabajo elaborado por Defensoría del Pueblo sobre la problemática que esto ha generado en el sistema carcelario nacional: *Derechos humanos y Sistema penitenciario*, Supervisión de Derechos humanos de personas privadas de libertad 1998-1999, Defensoría del Pueblo, pág. 67 y sigs.

⁸² Vid., así, *Ideele*, 108 (junio-1998), pág. 13.

⁸³ Vid., Defensoría del Pueblo, *Derechos humanos y sistema penitenciario*, pág. 72.

⁸⁴ Vid., entendiéndolo como un resurgir del punitivismo, CANCIO MELLÁ, en *El sistema funcionalista del Derecho penal*, pág. 228.

⁸⁵ Vid., en concreto, BRAMONT ARIAS, *Derecho* 46 (1992), pág. 26.

⁸⁶ Vid. *Ideele*, pág. 109 (julio-1998), pág. 8. Vid., en general, BACIGALUPO, *Principios*, pág. 30.

⁸⁷ En este sentido, GARCÍA CANTIZANO, *Gaceta Jurídica*, t. 59, octubre de 1998, pág. 66-A.

elevant la pena de determinados delitos caracterizados por el uso de la violencia o amenaza. Este aumento de penalidades, con la intención seguramente de aumentar también la eficacia intimidatoria de las leyes penales, se ha hecho a costa de renunciar a varios principios y garantías del Derecho penal, y quizá el que más ha padecido es el principio de proporcionalidad. Llama la atención, por ejemplo, la elevación de la pena en el delito de secuestro que ha pasado de ser privativa de libertad no menor de dos años ni mayor de cuatro años a no menor de veinte años ni mayor de treinta años. La ruptura de la proporcionalidad de las penas se presenta también en los casos de participación, pues cualquier tipo de ayuda o complicidad, por ejemplo, en la organización de las bandas armadas se sanciona como delito de terrorismo agravado con una pena no menor de 30 años en el mejor de los casos⁸⁸. Incluso puede suceder que la pena que se aplica al cómplice sea mayor que la que se impone al autor del delito, como es el caso del delito de secuestro, en el que el cómplice que suministra información que ha conocido por razón, o con ocasión, de sus funciones, cargo u oficio, o suministre deliberadamente los medios para la perpetración del delito, sea sancionado por secuestro agravado, mientras que el autor por secuestro simple. Estos ejemplos muestran la irracionalidad de la Política criminal expansiva y, concretamente, aquella que tiene lugar en el ámbito de la seguridad ciudadana o nacional.

a.5. El principio de culpabilidad

Finalmente, quisiera referirme al principio de culpabilidad que también ha sufrido considerables restricciones⁸⁹. La legislación de emergencia castiga a todos los mayores de 16 años y menores de 18 años por su participación en el delito de terrorismo agravado. El límite de los 18 años establecido para la imputabilidad penal es dejado de lado por la legislación de emergencia⁹⁰. A esta situación de grave infracción debe sumarse, en primer lugar, un tratamiento penitenciario no diferenciado, en la medida que no hace mención a un régimen especial para estos menores de edad, y, por otra parte, la modificación

⁸⁸ Vid., *Ideele*, 108 (junio-1998), pág. 13.

⁸⁹ Vid., sobre los aspectos del principio de culpabilidad como garantía jurídico-penal, MIR PUIG, *Introducción a las bases*, pág. 153; MUÑOZ CONDE, "El principio de culpabilidad", en *II Jornadas de profesores de Derecho penal*, Santiago de Compostela, 1976, pág. 221; JESCHECK, *Tratado...*, I, pág. 30.

⁹⁰ Vid. *Ideele*, 108 (junio-1998), pág. 16, en el que se menciona, además una consecuencia de Derecho internacional para el Perú que se ha adherido a la Convención del Niño que prohíbe rebajar la minoría de edad fijada internamente.

del artículo 22 del Código penal (ley 27024), que excluye a los menores de 18 años y menores de 21 años procesados por delito de terrorismo agravado (ahora especial) del beneficio de la imputabilidad restringida.

b. La desformalización del Derecho procesal penal y su conversión en un Derecho ejecutivo

Los rasgos represivos del sistema penal no sólo se manifiestan en el Derecho penal sustantivo. El Derecho procesal penal también ha sufrido una transformación en el sentido de restricción de garantías procesales para aumentar aún más la eficacia del sistema penal⁹¹. En este sentido, ha tenido lugar la llamada desformalización⁹² del proceso penal, de manera que la seguridad de los procesados se sacrifica por una pretendida seguridad de los ciudadanos⁹³. La paradoja de esta regulación del proceso penal es que a mayores prerrogativas de los órganos de persecución y sanción para enfrentar los actos que afectan la seguridad ciudadana, se crea una mayor inseguridad de los ciudadanos que resultan comprendidos en una investigación. Quisiera brevemente ver las notas más saltantes en este sentido de la regulación del proceso penal para sujetos acusados por delitos agravados y delito de terrorismo especial (antes llamado agravado).

b.1. La unidad y exclusividad de la Función jurisdiccional

Aunque no se ha discutido mucho sobre este aspecto, al entrar en vigencia la legislación penal de emergencia, ésta lesionó materialmente el principio de la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, y concretamente el principio del juez natural. La Constitución Política del Perú establece que sólo podrá juzgarse a los civiles ante tribunales militares por los delitos de traición a la patria en caso de guerra exterior y terrorismo que determine la ley. La legislación pe-

⁹¹ *Vid.*, en este sentido, HASSEMER, "Grundlinien eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens", *KritV*, 1990, pág. 260 y sigs.; ALBRECHT, en *La insostenible situación del Derecho penal*, págs. 474, 477, 484; BESTE/VOSS, en *La insostenible situación del Derecho penal*, pág. 347.

⁹² Acerca de este fenómeno equivalente al de la expansión del Derecho penal, ALBRECHT, en *La insostenible situación del Derecho penal*, pág. 484; BESTE/VOSS, en *La insostenible situación del Derecho penal*, pág. 347.

⁹³ *Vid.*, sobre el enfrentamiento entre protección de la seguridad ciudadana vs. Estado de Derecho, GÓMEZ COLOMER, "Comentarios a la STC 341/1993 de 18 de noviembre, sobre registro domiciliario por motivos de seguridad ciudadana", en *El proceso penal en el Estado de Derecho*, Lima, 1999, pág. 81.

nal de emergencia estableció que el delito de asociación delictiva agravada por la utilización de armas de guerra (que incluye prácticamente cualquier arma de fuego), se juzgaría por tribunales militares. Para salvar este escollo de inconstitucionalidad, el gobierno denominó a este delito "terrorismo agravado"⁹⁴. No pretendo entrar en la discusión sobre el concepto del delito de terrorismo⁹⁵, pero es evidente que a la delincuencia en bandas no la anima el mismo móvil que a los terroristas políticos⁹⁶. Si la razón de este calificativo es el pánico generado en la población⁹⁷, con la misma lógica podríamos llamar terroristas a los autores de delitos que, por distintas circunstancias, generan un temor en la comunidad. Si bien hace unos meses se ha rectificado esta situación de militarización del Derecho penal mediante la ley 27.235 que ha devuelto a los tribunales penales la competencia sobre estos delitos, no se ha reparado el antigarantismo de dos años de procesos ante los tribunales castrenses mediante un proceso de revisión, pues en el Perú sólo pueden ser revisadas ante el Poder Judicial las sentencias del fuero militar que establezcan la pena de muerte.

b.2. La investigación policial

No puede negarse que en nuestro país ha existido una vigencia limitada de las garantías de los detenidos por la policía. Pero con la legislación especial para el proceso de los delitos agravados esto, incluso, se ha legitimado. En la fase de investigación prejudicial de los llamados delitos agravados, la detención puede hacerse prácticamente sin mandato judicial y delito flagrante, además de admitirse expresamente la posibilidad de extender el plazo de detención más allá de las 24 horas hasta por 15 días. Incluso, en un principio, se limitó la interposición de las acciones de *habeas corpus*, las que tenían que hacerse ante un Juez instructor militar. Actualmente esta limitación felizmente se ha eliminado y puede interponerse ante cualquier juez penal. Pero donde todavía se mantiene la infracción de las garantías procesales es en la posibilidad de incomunicar al detenido hasta por

⁹⁴ Vid., similarmente, ABAD YUPANQUI, *Revista jurídica del Perú*, 18 (1998), pág. 10.

⁹⁵ Vid., sobre esto con mayores precisiones, BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A., *Vox Juris*, 9, pág. 135 y sigs.

⁹⁶ Vid., de este parecer, SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, II, pág. 998.

⁹⁷ Vid., en este sentido, la Ley autoritativa 26950 para que el Ejecutivo legisle en materia de seguridad nacional.

diez días, lo cual configura un claro atentado contra el derecho de defensa contemplado en la Constitución Política⁹⁸. La regulación de la etapa policial sigue vinculada a la lógica del primero detener y luego investigar.

El carácter puramente represivo de la legislación sobre seguridad ciudadana se confirma con el otorgamiento de carácter probatorio al llamado atestado o informe policial. Ya en doctrina es discutible si este informe puede constituir prueba⁹⁹. Pero, en todo caso, lo que sí limita claramente el derecho de defensa es la imposibilidad de citar en el proceso a quienes lo redactaron, de manera que prácticamente esta prueba resulta inatacable¹⁰⁰. Con ello los excesos cometidos a nivel policial no pueden ser contrarrestados por el juez en el proceso penal.

b.3. La etapa de investigación

En un nivel judicial se confirma esta tendencia restrictiva del derecho de defensa a favor de la celeridad del proceso penal. Primariamente, se limita la utilización de los medios de defensa técnica al impedir la interposición de cuestiones previas, prejudiciales o excepciones, e incluso la posibilidad de recusar al juez, lo que lesiona la garantía procesal de la imparcialidad del juez¹⁰¹. Las excepciones que pueden plantearse se resuelven con la sentencia, de manera que, por ejemplo, una excepción por cosa juzgada no se resolverá sino hasta la expedición de la sentencia después de varias semanas o meses de detención.

Las normas procesales especiales expedidas por la legislación de emergencia que regulan la etapa de investigación afectan también las reglas del debido proceso, pues los plazos procesales son tan cortos que difícilmente puede hacerse una investigación suficiente de los hechos (la investigación judicial no puede durar más de 30 días)¹⁰².

⁹⁸ Vid., haciendo referencia a la tendencia a restringir este derecho en los delitos contra la seguridad ciudadana, JAKOBS, en *Escuela de verano del Poder Judicial*, 20 (1999), pág. 139.

⁹⁹ Vid., sobre el atestado policial, GÓMEZ COLOMER, "Estado de Derecho y Policía judicial democrática", en *El Proceso penal en el Estado de Derecho*, pág. 105 y sigs.

¹⁰⁰ Vid., la crítica, SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, II, pág. 1002 y sig. De hecho, por ejemplo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español exige que para que el atestado policial tenga valor probatorio, quienes lo redactaron deben declarar en juicio ante el Tribunal, reiterándolo y ratificándolo, vid., en este sentido, GÓMEZ CÓLOMER, en *El proceso penal en el Estado de Derecho*, pág. 107.

¹⁰¹ Vid., sobre esto, SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, II, pág. 1002 y sig.

¹⁰² Vid., en este sentido, SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, II, pág. 1001.

Esta sumariedad de los plazos unida al mencionado carácter de prueba del informe policial, hace que los procesos por delitos contra la seguridad ciudadana sean no más que procesos ejecutivos, cuyo título de ejecutivo lo constituye el atestado policial¹⁰³. Esto constituye, por otra parte, una infracción al principio constitucional de presunción de inocencia, lo cual se agrava más por el hecho de que estos procesos se siguen con la detención del inculcado y sin que proceda ningún pedido de libertad provisional¹⁰⁴.

b.4. La etapa del juzgamiento

La tendencia a desformalizar el proceso penal se confirma también en la regulación de la etapa del juzgamiento que hace la legislación de emergencia. Se afectan los principios de oralidad, contradicción y publicidad que constituyen aspectos centrales de esta etapa procesal: las actas de las sesiones de audiencia no se oralizan, el inculcado tampoco puede cuestionar en esta etapa el atestado policial, pues no puede ofrecer como testigos a quienes lo redactaron, y, por último, las audiencias se llevan a cabo en los establecimientos penales, donde el acceso del público es bastante restringido¹⁰⁵. Como puede apreciarse, el juzgamiento se ha convertido en otro paso del Derecho ejecutivo que caracteriza el proceso penal en materia de seguridad nacional o ciudadana.

c. Un Derecho penitenciario sin vocación de resocialización

La Política criminal de emergencia ha irrumpido también en toda su extensión en el ámbito de la ejecución penitenciaria¹⁰⁶. A los condenados por los delitos agravados o terrorismo especial no sólo se les niegan los beneficios penitenciarios establecidos en el Código penal y en el Código de Ejecución penal, sino que además se ha establecido un régimen penitenciario bastante estricto con etapas de aislamiento celular y limitaciones de visitas y salidas a los patios¹⁰⁷. Como puede

¹⁰³ Vid., en este sentido, ALBRECHT, en *La insostenible situación del Derecho penal*, págs. 477, 485; BESTE/VOSS, en *La insostenible situación del Derecho penal*, pág. 347: "Así, se parte de una informalización del Derecho que a efectos prácticos acaba traducándose en un giro hacia el Derecho ejecutivo".

¹⁰⁴ Vid., SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, II, pág. 1002; Defensoría del Pueblo, *Derechos humanos y sistema penitenciario*, pág. 70.

¹⁰⁵ Vid., SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, II, pág. 1003.

¹⁰⁶ Vid., Defensoría del Pueblo, *Derechos humanos y sistema penitenciario*, pág. 68.

¹⁰⁷ Vid., Defensoría del Pueblo, *Derechos humanos y sistema penitenciario*, pág. 70.

verse, la existencia de un régimen penitenciario especialmente severo y restrictivo de derechos no constituye expresión aislada de una realidad carcelaria, sino que forma parte de una opción político criminal integral¹⁰⁸. Se trata de dar a los delincuentes el siguiente mensaje comunicativo: la severidad de la amenaza penal será absoluta y en todas las fases.

V. El juicio de racionalidad sobre esta Política criminal práctica de la seguridad ciudadana

En este apartado voy a realizar un juicio de racionalidad a la Política criminal práctica de la legislación de emergencia con base en la Política criminal científica. Para ello será necesario determinar el referente de racionalidad de la Política criminal científica que sigo. El primer aspecto que será necesario decidir es "si en una Política criminal científica existen criterios materiales de corrección que vinculan al legislador a la hora de tomar una decisión político criminal concreta o si, por el contrario, la política criminal se encuentra dentro de lo disponible, de modo que se configura en términos absolutamente relativistas"¹⁰⁹.

En el escenario científico-penal dominan actualmente posturas relativistas, sea por una determinación consensualista de los principios o simplemente por la propia autoconstitución de la sociedad¹¹⁰. Ante estas tendencias se presenta el pensamiento del Prof. Silva Sánchez, quien entiende que si bien existe una "condicionalidad socio-cultural" del Derecho penal, existe un mínimo indisponible que no puede obviar ni el consenso coyuntural de una sociedad, ni el relativismo culturalista¹¹¹. La Política criminal debe enmarcarse dentro del concepto de persona, su dignidad y sus derechos fundamentales¹¹². En este sentido, el juicio de racionalidad de las concretas medidas

¹⁰⁸ Vid., en este sentido, el informe de Defensoría del Pueblo, *Derechos humanos y sistema penitenciario*, pág. 68.

¹⁰⁹ Vid., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y persona*, pág. 25.

¹¹⁰ Vid., la referencia a éstos en SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y persona*, pág. 25.

¹¹¹ Vid., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y persona*, pág. 28.

¹¹² Vid., SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y persona*, pág. 28. Anteriormente también ZIFF, *Introducción a la Política criminal*, pág. 37 y sigs., entendiéndolo el concepto de persona como sujeto responsable de su comportamiento social, pero inserto necesariamente en una determinada estructura cultural y social.

político-criminales debe hacerse con base en dos referentes: uno vinculado a la consecución del fin de protección del Derecho penal que responde fundamentalmente a criterios relativos; y otro que tiene como fundamento indisponible la idea de Persona y que se manifiesta en las garantías jurídico-penales¹¹³. Hagamos pues con estos referentes un juicio de racionalidad sobre la Política criminal práctica del gobierno peruano en el ámbito de la seguridad ciudadana.

1. El aumento de prevención mediante al aumento de penalidades

Una política criminal científica orientada a la persona debe tratarla, en primer lugar, como un ser racional. Por esta razón, la finalidad de eficacia en la lucha contra la delincuencia debe tener en cuenta una motivación racional de los ciudadanos. Como ya tuvimos oportunidad de señalar, la regulación penal de los atentados contra la seguridad nacional no ha estado dirigida a incriminar nuevas conductas, sino a hacer que los tipos penales existentes sean más eficaces mediante el referido aumento de la penalidad¹¹⁴. Frente a esta finalidad de la política criminal práctica del gobierno peruano, considero que pueden hacerse dos cuestionamientos.

a. La irracionalidad del aumento de penalidades

En primer lugar, la legislación penal de emergencia no ha seguido la lógica utilitarista que informa la función de prevención del Derecho penal. Como es sabido, la prevención de los delitos a través de la amenaza penal responde al criterio del mal necesario¹¹⁵. La pena en ningún momento deja de ser un mal singularizable y cuantificable, por lo cual la lógica utilitarista obliga a renunciar al establecimiento de una pena más grave o a la criminalización de un hecho si no cabe esperar un incremento en la prevención¹¹⁶. La legislación peruana sobre seguridad nacional o ciudadana no ha seguido esta lógica, pues del incremento de las penalidades es realmente dudoso que se presente un aumento de la prevención. No hay elementos de juicio plausibles que permitan suponer un aumento de la motivación racio-

¹¹³ Vid., SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, pág. 242.

¹¹⁴ Vid., en este sentido, CASTEÑEDA DÍAZ, "Ley contra el terrorismo agravado", *Normas legales*, t. 270 noviembre de 1998, pág. A-44.

¹¹⁵ Vid., así, HASSEMER, *ADPCP*, 1993, pág. 59; MIR PUIG, *Introducción a las bases*, pág. 67; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Temas de Derecho penal*, pág. 87.

¹¹⁶ Vid., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, pág. 243.

nal frente a la amenaza penal. Llevamos varios años con las leyes sobre seguridad nacional y no se aprecia una reducción considerable de la criminalidad violenta¹¹⁷.

Pero la sobrepenalización de estos delitos no sólo fracasa en el correlativo aumento de la prevención, sino que, por el contrario, puede fomentar conductas más graves. Por ejemplo, la legislación sobre seguridad ciudadana sanciona con cadena perpetua la sola violación de un menor de siete años. Si se continúa con la lógica de la motivación racional, esta regulación penal habrá eliminado todos los límites para el violador. La excesiva gravedad de la pena favorecerá, más bien, que la muerte del menor sea un resultado eventualmente aceptado, pues no habrá pena mayor que pueda imponérsele al autor por lo que pueda suceder después de su acto de violación. Acabar con la víctima reduciría, más bien, los peligros de una futura denuncia y reconocimiento por parte de la víctima. Este error en la lógica de la motivación se presenta igualmente en otros delitos como en el llamado terrorismo especial (delito de asociación delictiva para cometer delitos con uso de armas de guerra) y en el delito de robo en banda, pues estos delitos se sancionan ya con una pena de cadena perpetua.

b. La certeza como elemento de disuasión

El segundo cuestionamiento a la finalidad de aumento de la prevención de la legislación sobre seguridad ciudadana consiste en reducir el efecto disuasivo sólo al aumento de las penalidades y no tener en cuenta que también produce este efecto el refuerzo de los factores que inciden en una mayor certeza de la sanción¹¹⁸. Dentro del mecanismo mental del delincuente, el costo/beneficio del delito no se mide sólo con el factor *quantum* de la pena, sino también por la probabilidad de ser descubierto y efectivamente sancionado¹¹⁹. Pero ciertamente la cuestión de la certeza no es un ámbito propio de las normas penales, sino fundamentalmente de la configuración del sistema policial y

¹¹⁷ Vid., la estadísticas en el informe sobre la situación carcelaria de Defensoría del Pueblo, *Derechos humanos y sistema penitenciario*, pág. 12 y sigs.

¹¹⁸ Vid., en general, BECCARIA, *Tratado de los delitos y las penas*, (trad. De las Casas), Madrid, 1993, pág. 135 y sig.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, pág. 221; CERREZO MIR, *Revista de Derecho y Ciencias penales*, 51 (1994), pág. 96; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual*, pág. 27. Concretamente referido a la legislación de seguridad ciudadana ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Thémis* 32 (1995), pág. 154; ABAD YUPANQUI, *Revista Jurídica del Perú* 15 (1998), pág. 12.

¹¹⁹ Vid. ZIPF, *Introducción a la Política criminal*, pág. 171; HASSEMER, *Fundamentos...*, pág. 386; SILVA SÁNCHEZ, "Eficiencia y Derecho penal", *ADPCP*. 1996, pág. 103.

procesal (incluso social)¹²⁰. Por esta razón, la eficacia de la intimidación penal no dependerá exclusivamente del aumento o disminución de la penalidad, sino de aspectos referidos a la operatividad de los sistemas de prevención extrapenales y de sanción¹²¹. En este sentido, pretender hacer frente a la criminalidad violenta organizada en bandas sólo mediante el incremento de las penas, lleva finalmente a un Derecho penal simbólico que aparenta una dura reacción ante este tipo de criminalidad, pero que en realidad no se persigue y sanciona.

2. La persona como límite a la Política criminal práctica: los principios y garantías penales

Una política criminal científica orientada a la persona debe tener a ésta como base de su construcción teórica. En este sentido, los principios garantistas que se derivan de la dignidad o naturaleza del ser humano no son aspectos disponibles que dependen de un simple reconocimiento constitucional o que puedan estar vigentes mientras no entorpezcan las actuaciones políticas, sino que constituyen un núcleo indisponible del sistema penal que la praxis de la política criminal no puede obviar¹²². Por ello, el juicio de racionalidad que hagamos a la política criminal práctica en el ámbito de la seguridad ciudadana debe englobar este aspecto garantista.

Como hemos tenido oportunidad de comprobar en el apartado dedicado a describir la legislación penal de emergencia sobre seguridad ciudadana, parece que las garantías penales poco importan en esta política criminal práctica; es decir, se consideran aspectos absolutamente disponibles. La utilización de una legislación represiva y antiguarantista para aplacar los miedos ante la delincuencia violenta ha llevado a una instrumentalización del delincuente y hace recaer sobre él no sólo la pena que le corresponde por el hecho, sino también

¹²⁰ *Vid.*, en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, 1996, pág. 114.

¹²¹ *Vid.*, en general, ZIFF, *Introducción a la Política criminal*, pág. 171 y sig. Para el ámbito específico de la seguridad ciudadana, *vid.*, ZUÑIGA RODRÍGUEZ, *Thémis* 32 (1995), pág. 154; SCAPUSIO MINVIELLE, *Normas legales*, 248 (1997), pág. A-77.

¹²² Ciertamente la expresión de los principios garantistas tiene cierta condicionalidad socio-cultural justamente por la limitación humana para el conocimiento absoluto y totalmente objetivo. En este sentido, es necesario atender las condiciones de desarrollo de la sociedad para configurar la expresión normativa de las garantías penales [en este sentido es correcta la afirmación de JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, (trad. Cancio Meliá/Feijóo Sánchez), Madrid, 1998, pág. 24, de que el sistema jurídico no puede saltar por encima de su propia sombra (la sociedad)]. La concepción aquí sostenida sigue la línea de la propuesta de SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y persona*, pág. 28 y sig.

la de aquellos que por deficiencias del sistema de persecución no han recibido las sanciones que les corresponden. La infracción antes descrita de los principios de proporcionalidad, resocialización y culpabilidad confirma el juicio negativo sobre la racionalidad garantista de la política criminal de la legislación de emergencia en el Perú. La Política criminal práctica en materia de seguridad ciudadana puede calificarse de irracional también con base en el segundo referente de una Política criminal científica orientada a la persona, es decir, el respeto de las garantías penales que se derivan de la naturaleza humana.

VI. Medidas político-criminales de corrección ante la Política criminal práctica de la seguridad ciudadana

El panorama de la legislación penal peruana sobre seguridad nacional o ciudadana es realmente desalentador. Pero considero que la labor de los que hacen Política criminal científica no debe reducirse a críticas generales a la legislación y a la solicitud de una pronta reforma. Obviamente esto hay que hacerlo. Pero considero que existen dentro del sistema penal unos agentes encargados de hacer también Política criminal científica y que pueden de alguna manera corregir los claros excesos de la Política criminal práctica del legislador (o su irracionalidad). En este sentido, el aumento excesivo de las penas y la inobservancia de los principios garantistas que ha operado en el plano legislativo, pueden compensarse en el plano judicial, mediante mecanismos de interpretación que reduzcan o eliminen tales excesos¹²³.

El juez es un agente esencial de la política criminal práctica¹²⁴ y no sólo la boca que pronuncia las palabras de la ley. En este sentido, tiene que realizar una labor de creación del Derecho con base en los elementos de juicio que le suministran la Constitución y las leyes (y no sólo la legislación de emergencia). Esta labor debe materializarse en los tres ámbitos del sistema penal: el material, el procesal y el penitenciario. En el ámbito del Derecho penal sustantivo el juez penal debe determinar qué tipo penal ha realizado el hecho delictivo y cuál es la pena aplicable. En los procesos por delitos enmarcados den-

¹²³ Vid., en este sentido, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Temas de Derecho penal*, pág. 157.

¹²⁴ Vid., esta consideración del Juez como agente político-criminal, SILVA SANCHEZ, *Política criminal y persona*, pág. 118.

tro de la llamada seguridad nacional, el magistrado debe utilizar criterios bastante restrictivos para tipificar las conductas juzgadas, pues si bien la excesiva amplitud e imprecisión de los tipos penales ha permitido eliminar los límites formales a la actuación punitiva del juez, ha abierto también la posibilidad de una labor de tipificación poco rigurosa que finalmente lleve a imponer sanciones tan graves que ni el merecimiento ni la necesidad de pena podrían justificar¹²⁵. El juez penal debe tener presente que el principio de *ultima ratio* del Derecho penal no sólo informa las actividades del legislador, sino que también le compete en su función jurisdiccional¹²⁶. No cualquier hecho que formalmente pueda entrar en un tipo penal debe considerarse punible, sino sólo aquellos ataques más intolerables. Lo mismo cabe decir de los tipos penales aplicables a los actos de complicidad: para sancionar a los cómplices habría que ser muy estrictos con el principio de accesoriedad, de manera que, por ejemplo, se evite sancionar al sólo cómplice en la constitución de una banda, si ésta aún no ha ejecutado algún acto violento contra terceros¹²⁷. Por otro lado, la utilización de las eximentes (artículo 20 del Código penal) y de las eximentes incompletas (artículo 21 del Código penal) pueden también ser usados legítimamente por los jueces para buscar reducir las penas tan excesivas que establece la legislación penal de emergencia, de manera que pueda calificarse el delito como de menor desvalor y justificar una reducción de la pena por debajo del mínimo legal. En el marco de la culpabilidad ciertamente es muy complicado evitar los excesos de la legislación sobre seguridad nacional, pero con base en la

¹²⁵ Esta línea de interpretación ha sido seguida con buen criterio por la Corte Suprema en varias decisiones. En la sentencia de 16 de setiembre de 1998 (R.N. 2567-98- Lambayeque) sobre la punición del autor de un delito de violación también por el de secuestro, señala que “el fundamento de la punibilidad del delito de secuestro está en el menoscabo de la libertad coroporal, siendo esencial la concurrencia del elemento subjetivo, esto es, que el agente se haya conducido con la intención específica de tomar a la víctima y afectar su libertad personal privándola de la misma, privación que además debe representar verdaderamente un ataque a su libertad (...)”. Lo mismo se aprecia en la sentencia de 15 de diciembre de 1997 (R.N. N° 5803-97-La Libertad) donde se señala que no hay delito de secuestro si la privación de libertad se hace exclusivamente para cometer un delito de robo.

¹²⁶ Vid., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, pág. 247, que respecto de las manifestaciones del Principio de mínima intervención dice lo siguiente: “La otra manifestación es interna: debe prescindirse de una determinada sanción penal siempre que quepa esperar similares efectos preventivos de otra sanción (o consecuencia jurídica no sancionatoria) penal menos gravosa”.

¹²⁷ Vid., en este sentido, nuestra propuesta, GARCÍA CAVERO, *Cathedra*, 6, pág. 138.

Constitución Política que protege a los adolescentes (artículo 4) y el artículo VII del Tit. Prel. del Código penal, podría cuestionarse la legitimidad de una sanción penal a los menores de edad de 16 a 18 años por delito de terrorismo agravado. Además, esta situación es contraria al Principio de igualdad ante la ley que contempla el artículo 2 inc. 2 de la Constitución Política, en tanto los menores que cometen otros delitos serán penalmente irresponsables, mientras que los procesados por terrorismo agravado o especial no.

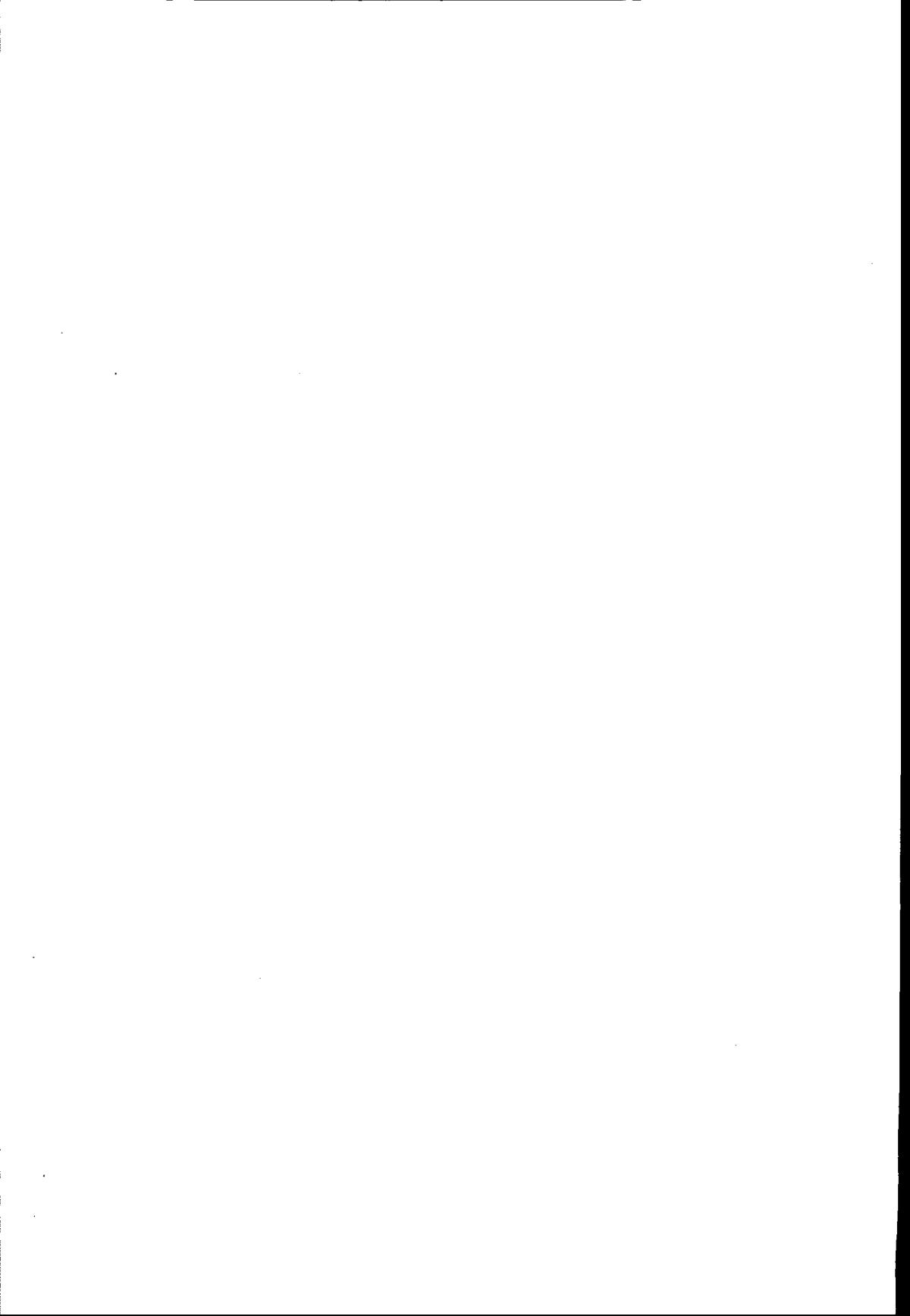
Por el contrario, el juez penal tiene en el ámbito de la determinación de la pena un menor espacio de juego. Si entiende que una determinada conducta efectivamente configura un tipo penal de los denominados delitos agravados o de terrorismo agravado (ahora especial), el marco penal mínimo será bastante elevado o, en todo caso, no existirá debido a que la pena establecida es de cadena perpetua. Ante esta situación el juez debe hacer uso de los posibles instrumentos técnico-jurídicos que permitan una reducción de la penalidad por debajo del mínimo legal. Los casos sancionados con cadena perpetua deben ser sólo aquellos que por sus características son los más graves, como puede ser el caso de aquellos que producen la lesión del bien jurídico vida. Por más que la legislación penal de emergencia haya restringido garantías fundamentales, el juez no puede desatender que la Constitución Política y el Título Preliminar del Código penal, que según su artículo X es aplicable también a la legislación especial, reconocen estos derechos y que éstos poseen un núcleo indisponible que ni el legislador puede transgredir.

En el ámbito del proceso penal, el juez como director del proceso debe garantizar en sus actuaciones el respeto de los principios y garantías procesales reconocidos fundamentalmente en la Constitución Política. El debido proceso, la presunción de inocencia y el derecho de defensa no pueden ser desconocidos por leyes especiales expedidas por el Poder Ejecutivo. Quizá esta situación sea la mejor ocasión para demostrar la independencia del Poder Judicial frente al resto de Poderes del Estado. Hay que recordar que la función del Poder Judicial no es política, sino de protección de los ciudadanos; y los procesados también son ciudadanos.

Finalmente, los jueces de ejecución penal deben, por el contrario, conceder los beneficios penitenciarios negados a los condenados por delitos agravados o terrorismo especial, amparados en una norma constitucional como el artículo 139 inc. 22 que establece el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, reha-

bilitación y reincorporación del penado a la sociedad. La legislación de inferior jerarquía –y los decretos legislativos lo son– no puede desconocer este mandato constitucional.

En suma, el juicio de racionalidad que cabe hacer frente a la política criminal del legislador, debe dar a pie a una política criminal judicial que reduzca o elimine las arbitrariedades legislativas. Esta opción del sistema jurídico incluso está respaldada por nuestra Constitución Política que otorga al juez un control difuso de la constitucionalidad de las leyes (art. 138). En este sentido, en caso de incompatibilidad entre la Constitución y las leyes, el juez debe preferir la norma constitucional en la que se consagran los derechos y los principios que se derivan de la naturaleza humana. No queda más que esperar que, hasta que no se produzca una reforma legislativa que devuelva la racionalidad a la política criminal práctica del legislador, los jueces asuman el papel de racionalizarla en un nivel judicial. Una sociedad puede vivir con leyes injustas siempre que los jueces sean justos, pero nunca si los jueces son injustos.



LA RESPUESTA AL TERRORISMO POLÍTICO EN ITALIA

MAURICIO LAUDI*

Premisa

La complejidad de la materia objeto de este seminario, y la dificultad de exponer de modo suficientemente claro para los participantes no italianos los argumentos relativos a la situación de Italia, me inducen a dividir la relación en dos partes.

La primera está dedicada a una historia sintética del terrorismo político, la segunda a la respuesta del Estado italiano, sea en sede legislativa o judicial y en el aparato policial.

Ira. PARTE: El terrorismo político

1. Consideraciones generales

En Italia en la segunda posguerra, aparte de los atentados (en gran parte ahora remotos en el tiempo) computados al amparo de una separación del Alto Adige (Región del Noreste), el terrorismo ha sido practicado por numerosas organizaciones clandestinas de colores opuestos (negro y rojo), que han intentado imponer un cambio ruinoso al sistema constitucional recurriendo a estragos, asesinatos, a la lesión, asaltos a las sedes de partidos, instituciones, entes locales, al sabotaje y a la destrucción de la estructura industrial: o a través de

* Procurador adjunto de la República ante el Tribunal de Turín. Exposición ante el seminario Internacional, realizado en noviembre de 2001 en UCA. Traducción de Alfredo Battaglia, Profesor Titular Ordinario de Derecho Penal I, UCA.

una revuelta reaccionaria que imprimiera los signos de un régimen autoritario neofascista, o sino a una insurrección de izquierda que impusiese una dictadura proletaria.

Un atento análisis de los hechos, junto con la profundización de la indagación judicial, ha mostrado la neta distinción entre el terrorismo rojo y el negro, superando las interpretaciones que, al aparecer el terrorismo rojo (fin de los años sesenta y principio de los setenta) denunciaba dentro de este último al terrorismo negro, ya tristemente notable, presuntamente enmascarado en una fachada de "izquierda" para ocultar mejor su real matriz (y, por ende, para acrecentar su capacidad de "inquina" sobre nuestro sistema político). En otras palabras, aparece hoy sin duda que el terrorismo rojo y negro han tenido orígenes e historias diversas. Queda en pie la fundamentación del juicio que hace común a los dos terrorismos por su objetivo coincidente en un programa de destrucción que ha incidido de manera gravemente negativa sobre el recorrido del desarrollo político e industrial de la democracia italiana (y sin ocultar alguna convergencia que se encuentra en la producción ideológica de los grupos terroristas rojos y negros sobre el análisis de la situación italiana). En cuanto a las vinculaciones internacionales, constituye un dato cierto la existencia de una trama de solidaridad, alianzas, subvenciones financieras y colaboraciones "técnicas" entre las formaciones técnicas italianas y estructuras extranjeras. En lo que respecta al terrorismo rojo hay pruebas múltiples (reconocidas en sede judicial) de sus relaciones con las bandas del terrorismo alemán, francés, vasco, y con algún componente del movimiento de liberación palestino (adiestramiento de terroristas italianos en campos paramilitares, fabricación de armas, explosivos; instauración y mantenimiento de contactos "diplomáticos" para una confrontación de opiniones políticas y propósitos extranjeros). Respecto del terrorismo negro se han probado relaciones con servicios secretos y con formaciones paramilitares del Estado en la época de los regímenes totalitarios (la Grecia de los coroneles y la España franquista).

Sin embargo, evidenciados todos estos elementos, el cuadro actual de conocimiento sobre el terrorismo rojo y negro lleva, por otra parte, a subrayar el carácter que ha refrendado el nacimiento de las distintas formaciones clandestinas, excluyendo una interpretación que reconduzca todos los hilos de la ruina en Italia a un único complot, ideado y dirigido por fuerzas externas, no identificadas. Ciertamente es en cambio el carácter subsidiario que una fuerza terrorista autónoma,

de derecha como de izquierda, ha tenido respecto del equilibrio político “subterráneo”. En otras palabras, muchos son los sujetos que, aunque extraños a la dirección de estrategia terrorista, han usufructuado en su interés —de todos modos ilegal—, tentando, o enderezando la acción ruinosa sobre determinados objetivos, o de “encubrirla” para obtener ventajas para sus propios fines.

Basta pensar —para limitarse a circunstancias demostradas incluso en sede judicial— en las maniobras de despiste respecto de las investigaciones de grupos del terrorismo negro por obra de sectores desviados del servicio secreto italiano, asimismo en los contactos entre centrales extranjeras similares, y grupos terroristas italianos con la consiguiente facilitación en cuanto al aprovisionamiento de armas y explosivos.

2. El terrorismo rojo

Muy debatido y controvertido es el capítulo relativo a las causas de surgimiento y desarrollo, a partir de 1969 de los grupos del terrorismo rojo. Respecto de interpretaciones que han visto en la lucha armada de izquierda esencialmente una respuesta “desordenada” y espontánea al desorden de la sociedad italiana, salida del *boom* económico, otros en cambio, han revisado (más concretamente) una opción política —en cierto modo minoritaria, pero no improvisada, madurada, de los grupos social y económicamente marginados— de ruptura traumática con las reglas de la democracia política como primera faz de un proceso revolucionario que habría debido verse después aclarado, según la esperanza de los teóricos de la lucha armada, con las masas populares. La organización ruinosa más importante ha sido sin duda, aquella de las “Brigadas rojas”. Activas desde 1970, las Brigadas Rojas habían elegido como su área privilegiada de intervención armada, el triángulo industrial del Norte (Milán, Turín, Génova), para después crear en los años sucesivos “colonias” (y estructuras análogas) en el Véneto, Toscana, Lacio, Campania, Marcha, Cerdeña. Banda armada caracterizada, respecto de las otras, por una particular atención a las reglas de la clandestinidad (la así llamada compartimentación entre militantes y militantes y entre organismos y organismos), las Brigadas Rojas han dado vida a una estructura interna de tipo esencialmente piramidal: en la base la singular “brigada” y “colonia” operando en varias zonas; en el vértice la “comitiva ejecutiva” y “dirección estratégica”. También con un margen inevitable de esquematismo, es posible distinguir fases diversas en el largo

tiempo de los crímenes perpetrados por las Brigadas Rojas. *Una primera es la así llamada propaganda armada (1970-1974):* cuyo terreno de acción absolutamente prevalente fue la gran fábrica; los objetivos a golpear son, por lo más, bienes materiales, con exclusión de homicidios y lesiones. Predominantemente aparece la preocupación de adquirir consenso, especialmente entre la clase operaria. Sigue *una fase definible como del ataque al Estado*, intensa, en una acción omnicompreensiva común al aparato judicial y de policía, sistema carcelario, sistema de los partidos, con articulación de los entes locales. Es la fase que virtualmente culmina con el secuestro del honorable Aldo Moro, la destrucción de su escolta (16 de marzo 1978) y el subsiguiente asesinato del exponente político (9 de mayo 1978). Se extienden los objetivos y se cambia el tipo de modalidad operativa: homicidio, lesiones, atentados a la incolumidad pública, se suceden con impresionante frecuencia. Se encuentran en tales períodos los elementos que caracterizarían los años sucesivos: la tentativa por la cual se contraponía al respeto a la autoridad del Estado, junto con el propósito de ejemonizar todo el frente de las bandas terroristas de izquierda. En cuanto a las otras *formaciones clandestinas, el grupo Primera Línea*, en el inicio programáticamente contrario a una excesiva clandestinidad, ha representado la tentativa de implantar la práctica de la lucha armada en el ámbito social menos vecino a la influencia brigadística (en especial cierto estudiantado y burguesía de empleados). Habiendo conseguido en pocos años (1974-1978) una consistencia numérica superior a las Brigadas Rojas, Primera Línea ha terminado por recalcar substancialmente los modelos de organizaciones internas y sobre todo los métodos de brutal ferocidad de las mismas Brigadas Rojas.

Otras formaciones, de inspiración anárquica, han practicado en el mismo período (segunda mitad de los años setenta) la lucha armada. El grupo más significativo ha sido *Acción Revolucionaria* presente en Toscana y el Piamonte; atentados con uso de explosivos contra objetivos industriales, un secuestro de persona con la finalidad de financiamiento del grupo, algunas lesiones. Y ahora hemos de recordar, en el variado panorama del terrorismo rojo, *la amplia área de los grupos clandestinos activos* —especialmente desde 1977 en adelante— *del mismo nivel ilegal de autonomía operativa organizada*. El Véneto, la Lombardía, y el Lacio han sido, más que otras regiones, teatro de la violencia de estas bandas, a menudo consideradas, por error, de importancia secundaria, porque aparentemente carecían de organización y porque se dedicaban a cumplir (por regla general), objetivos

diversos de los atentados a la vida y a la integridad personal. En realidad estas formaciones han representado un componente relevante en el progreso subversivo como poderoso camino de difusión de la práctica ilegal y eficaz cordón de protección respecto de las fuerzas clandestinas en el sentido estricto de la palabra.

El "partido armado" (imagen capaz de definir la sustancial unidad de intentos de las diversas bandas, también en la real multiplicidad de las peculiares estructuras) si es valorado en los años de su mayor difusión (bienio 1978-1980), no es arriesgado valorizar ampliamente superior al millar de militantes. Pero la estrategia subversiva no ha obtenido jamás un real consenso de masas y el designio de los terroristas no ha realizado sino una terrible cadena de muertes, lesiones y devastaciones de todo género. La misma evidencia del fracaso político del terrorismo rojo, está en la base del proceso de crisis que han atravesado todos los grupos armados en el inicio de los años ochenta y que ha llevado a la sustancial disolución de todas las precedentes organizaciones. Sólo las Brigadas Rojas han conservado una estructura propia, con la permanencia de la coalición entre militantes irreductibles, detenidos en la franja clandestina en libertad. No es derivado el cumplimiento, incluso en años de "silencio" de otros grupos terroristas, de acciones delictuosas gravísimas, como el homicidio del economista Tarantelli (1985), del ex síndico de Florencia Conti (1986), del general Giorgieri (1987) y del senador Ruffilli (1988). Pero tales actos criminales han sido signados con un carácter episódico y de interrupción, que ha subrayado el fin de un período de "protagonismo" de la presencia terrorista roja en Italia.

El área, ya numéricamente muy reducida del brigadismo militante ha sido desbaratada por una sucesión de escisiones, abandonos, luchas internas: son de ello testimonio la multiplicidad de siglas que reclamaban la reivindicación de diversos atentados y la variedad de documentos político-ideológicos producidos y difundidos para "explicar" la diversidad de ubicación de un grupo respecto de otro de matriz brigadística. Pero la proliferación de tales pequeños grupos, lejos de constituir un signo de vitalidad del proyecto destructivo, con ello han denunciado su fracaso, apareciendo todo esto como una veleidad tentativa de mantener con vida una prospectiva de revolución armada, propia de una concepción totalitaria de inspiración marxista.

La absoluta marginalidad del terrorismo rojo respecto de la realidad política y social de Italia ha, inevitablemente, acentuado en el curso de los años ochenta los caracteres de "servicio" de estos grupos en la confrontación con la "lógica" terrorista supranacional.

Las conexiones con formaciones similares armadas se volvieron más estrechas, porque había crecido la necesidad para los militantes ahora libres de obtener apoyos seguros del exterior, fuente de financiamientos y armamentos. Esto, si de un lado ha garantizado al "resto" de las estructuras terroristas una mayor elusión de controles y de las investigaciones de las fuerzas del orden, ha significado por otro lado una pérdida de autonomía —y además de peso específico— en el resguardo del "centro de comando" (y de interferencia) extranacional de la acción clandestina. Del conocimiento de que la lucha armada había optado por una elección catastrófica, se deriva la decisión por parte de centenares de militantes de disociarse de la precedente experiencia: decisión acompañada, muchas veces, de un comportamiento de colaboración procesal con jueces y órganos de la policía en el ámbito de las diversas pesquisas (el ya mencionado "arrepentimiento", del cual aquí otros se ocuparán más ampliamente). De allí que sean múltiples los factores que han determinado y acelerado la supradicha crisis: del aislamiento político, al cual los grupos terroristas rojo fueron constreñidos, a una mejorada eficiencia de los órganos estatales en la represión del fenómeno criminal, hasta el concurso colectivo de autocrítica por parte de un gran número de militantes.

El mensaje revolucionario no ha encontrado adhesiones significativas, y así la grandísima parte de las personas que no habían sido *coinvolte*, tomó distancia, de modo más o menos traumático, pero igualmente irreversible. El área de la "disociación", esto es de militantes que han repudiado la elección precedente, ha venido a constituir, en el curso de los años ochenta, casi por entero, el ámbito de las personas que habían sido identificadas ya como militantes de las varias formaciones clandestinas. Muchos de éstos salieron definitivamente de las cárceles o fueron admitidos a expiar la condena en condiciones de semilibertad, o de trabajo externo, habiendo retomado una ubicación social de plena legalidad. Los mismos "fundadores" de las bandas armadas han reconocido públicamente la "derrota" de su programa, también tentando un análisis historiográficamente incorrecto (porque fue del todo parcial) que representaba al "partido armado" como expresión, en su nacimiento, de una voluntad de revolución del sistema demasiado amplia en el país.

Al inicio de los años noventa, se podía entonces considerar cerrada la fase más peligrosa del terrorismo rojo, aquella caracterizada por una articulada difusión sobre el territorio y por una capacidad de movilización, de un número elevado de militantes, sobre la base de un diseño estratégico.

El desarrollo del decenio, hasta hoy, ha confirmado la validez de una evaluación similar.

Por otro lado, la veleidad subversiva de hecho no se ha desvanecido completamente.

Nosotros hemos testimoniado algunos atentados, entre la mitad y el fin de los años noventa, contra objetivos varios (Palacio Comunal de Milán, atentado contra líneas ferroviarias en construcción en el Norte de Italia), cumplidos por sujetos pertenecientes al área de la anarquía subversiva. Sobre todo es recordado el homicidio en Roma del Prof. Massimo D'Antona, abogado laboralista y consejero del Gobierno en materia sindical (mayo de 1999) homicidio reivindicado por las "Brigadas Rojas para la construcción del partido comunista combatiente", una sigla que se refiere a una de las tantas fragmentaciones proveniente del cuerpo inicialmente unitario de las Brigadas Rojas.

Este homicidio (cuyos autores no han sido hasta ahora descubiertos), precedido y seguido de acciones armadas de menor gravedad, especialmente contra edificios y estructuras ligadas a la Nato (Alianza Atlántica), ha demostrado que una red de terrorismo rojo está todavía operando en Italia, formada presumiblemente de "viejos militantes" de las Brigadas Rojas, pero identificados sin embargo como residuos escondidos, de nuevos asociados, reclutados entre las filas del antagonismo político de la izquierda más radical y marginal.

Por otro lado sin embargo, el hecho de que después del homicidio de D'Antona las nuevas Brigadas Rojas no habían actuado (al menos hasta hoy) en ulteriores empresas criminosas, como en realidad habían anticipado en el documento de reivindicación de aquel homicidio, hace pensar fundadamente que el terrorismo rojo no ha acertado a reconstituir las filas de una organización como aquella conocida en los años setenta y primeros años de los ochenta.

3. El terrorismo negro

Menos amplia en cuanto al número de organizaciones (ciento trece siglas), pero no por esto menos compleja, es la nebulosa del terrorismo negro respecto de la cual el nivel de conocimiento resulta así hoy todavía inferior a aquel adquirido a propósito de la historia del terrorismo rojo. El programa de subversión del sistema democrático, en vista de la instauración de un régimen de impronta autoritaria, fundado sobre valores y principios propios de la dictadura fascista, ha sido perseguido (desde los años sesenta hasta ahora) esencialmente

en dos direcciones. Por un lado la práctica armada de la guerrilla urbana (no diferente de la metodología del terrorismo rojo) por obra de varias estructuras clandestinas (Escuadra Acción Mussolini, Orden Nuevo, Orden Negro, Núcleos Armados Revolucionarios, Tercera Posición, etc.) presentes especialmente en las regiones del Centro de Italia y en Lombardía, el Véneto. Policías, magistrados, militantes de partidos y movimientos políticos de izquierda, han constituido los principales objetivos de la criminal impronta del terrorismo negro, con un balance demasiado pesado de decenas de muertos y heridos.

Por otro lado, en sus singulares atentados los grupos de terrorismo negro han adoptado siempre el feroz recurso del estrago, crimen programado y actuado de modo de matar el número más alto posible de víctimas "casuales", y suscitar en la opinión pública un terror mezclado con el sentimiento de impotencia respecto de una acción no prevista ni previsible en su modalidad. El estrago de la plaza Fontana de Milán (12 de diciembre de 1969, diecisiete muertos); el de la plaza de la Loggia de Brescia (28 de mayo de 1974, ocho muertos); el atentado en la estación ferroviaria de Bolonia (4 de mayo de 1974, ocho muertos); el estrago del tren Nápoles-Milán (23 de diciembre de 1984, dieciséis muertos); esta es la sucesión de la trama del terror que ha caracterizado las acciones de la subversión neofascista. No es difícil escoger, también en la diversidad entre las diversas bandas, el proyecto común final: conducir al país a un nivel de ingobernabilidad del orden público, para demostrar de tal modo la ineptitud de la democracia incapaz de combatir y favorecer un cambio constitucional de signo autoritario. A diferencia de cuanto ocurrió a propósito del terrorismo rojo, la respuesta del aparato estatal de prevención y represión se ha revelado sin embargo, insuficiente. Por ninguno de los estragos se ha identificado con certeza a los autores ni conductores, si se exceptúa la condena infligida por la destrucción de plaza Fontana. Algunas encuestas judiciales han traído a la luz desviaciones del servicio secreto que, especialmente en la mitad de los años setenta, resultarían haber perjudicado la posibilidad de una completa y convincente reconstrucción de tales delitos y de la conexas responsabilidad. Es hoy posible a treinta años de distancia de los primeros atentados neofascistas, escoger los perfiles esenciales de la parcialidad en la respuesta del Estado. Por ciertos aspectos, se ha tratado de una inadecuada preparación y metodología investigativa del aparato represivo. Las primeras encuestas de la magistratura y de la policía fueron contrasignadas, en efecto, de una visión parcializada de las indagaciones, apuntado exclusivamente al particular hecho delictuoso, sin la

debida atención a las conexiones entre los varios episodios y a su valor sintomático de un más amplio diseño subversivo. Los límites de esta inicial impostación han sido enfatizados por la objetiva mayor dificultad de dar un *volto* a los autores de un estrago; delito jamás reivindicado, cuya ejecución no requiere de reglas, ni la superación de específicas dificultades “operativas”, ni la subsistencia a las espaldas, de una estable estructura clandestina. Pero el capítulo más inquietante (todavía por definir de manera completa), concierne a los apoyos que el terrorismo negro ha encontrado en algunos de los aparatos públicos. Ha sido explícitamente subrayado, cómo en los años 1969-1974, hombres del servicio secreto se los ha hallado contemporáneamente en contacto ya sea con los grupos subversivos responsables de los estragos, ya sea con aquellos que protegían golpes de Estado.

En similar escenario fue abierto positivamente un rasgo importante, a partir de alrededor del inicio de los años ochenta. La trágica muerte del Juez Mario Amato (1980), símbolo del desesperado aislamiento en el cual operaba un magistrado honesto frente a la arrogancia de un terrorismo negro culpablemente ignorado y subvaluado, ha señalado de cualquier modo una inversión de la tendencia en la respuesta de las instituciones que hubieron adquirido nueva resolución y determinación.

De tal modo las bandas del terrorismo negro han finalmente conocido la ruptura de una decenal impunidad, por el ya recordado fallido descubrimiento de los culpables de los estragos. Y no se ha dado el caso tampoco dentro de las filas del brigadismo negro, de si ha habido fenómenos de “arrepentimiento” o de “disociación”, si bien con una amplitud bastante inferior en cuanto ha habido respecto del terrorismo rojo. Por lo demás el ámbito de las noticias de tal modo recogidas por los investigadores, no han, sino hoy, alcanzado los niveles centrales de la subversión negra. Estos límites permiten al terrorismo negro, conservar, aún hoy, un potencial demasiado alto de peligrosidad para las instituciones democráticas.

4. Grupos terroristas extranjeros

Es el tema hoy de más dramática actualidad después de los atentados en los Estados Unidos de América del 11 de septiembre del 2001.

En el pasado Italia ha sido teatro de algunas acciones terroristas, sobre todo por obra de grupos del frente armado palestino: el más

resonante ha sido, sin duda, el secuestro del crucero Achille Lauro, con el homicidio del ciudadano estadounidense Leo Kingghoffer, sucedido en 1985.

En años más recientes se ha tenido prueba de una red de apoyo a grupos terroristas inspiradas en el fundamentalismo islámico.

Hemos de recordar con este propósito las conclusiones de las investigaciones policiales y de la Magistratura de Nápoles, Milán y Turín, a partir de la mitad de los años noventa. De ello ha surgido que en el interior de alguna Comunidad religiosa islámica (egipcia, argelina, sobre todo), venía desenvolviéndose una obra de difusión de documentos provenientes de grupos terroristas; de proselitismo para reclutar nuevos militantes; de apoyo logístico, consistente en la provisión a militantes clandestinos de falsos documentos de identidad, así como de hospitalidad en casa segura.

Pero ha resultado, *sino ad ora*, que fueron proyectados atentados sobre el territorio italiano y contra objetivos nacionales.

Los crímenes del 11 de septiembre y las intimidantes amenazas de Osama Bin Laden de culpar directamente también a los aliados de la U.S.A., han determinado, como es obvio, una profunda preocupación de que también en Italia podrían, en un futuro próximo, ser cometidos atentados terroristas por manos de militantes de AL QAEDA. Tales preocupaciones no son ciertamente infundadas, porque ya en 1998 se tuvieron pruebas de la presencia de personas vinculadas a tales organizaciones. En una ocasión se llegaron a encontrar numerosas armas y lingotes de oro, aunque no fue posible vincular las armas a ninguna acción criminal cometida en Italia.

Más recientemente una compleja investigación de la Autoridad judicial y policial de Milán ha sacado a luz la actividad de un grupo que tenía vinculación con AL QAEDA, con conexión en otros Estados Europeos. Fueron encontrados documentos significativos, que demostraron una estrecha relación con las centrales del terrorismo islámico.

De allí que el panorama induzca a una fundada preocupación y que todas las operaciones empeñadas en el frente de combate a este tipo de terrorismo, participan de la dificultad ínsita de dar una respuesta eficaz.

Si ha sido arduo en los decenios pasados, por parte de los órganos de investigación del Estado, reconstruir la estructura de los grupos de terrorismo interno e identificar a los componentes, la tarea es todavía más difícil respecto de los grupos de este terrorismo extranjero.

Así, en primer lugar, se halla la barrera constituida por las diferencias étnicas y lingüísticas: infiltrarse en tales estructuras clandestinas es, en parte, una empresa muy complicada para quien no pertenezca a aquellas comunidades nacionales y religiosas.

En segundo lugar, el descubrimiento de los canales de financiamiento de tales grupos se halla obstaculizado por la cobertura que se encuentra asegurada por el carácter reservado de las operaciones financieras sospechosas en muchos Estados del exterior.

En tercer lugar la extensión en Italia del número de personas, incluso con permanencia clandestina dentro del territorio, que formaba la comunidad identificable por la fe religiosa musulmana, garantizaba a los terroristas y a sus favorecedores, un "mar" muy ancho dentro del cual podían moverse sin grandes riesgos de ser individualizados.

IIa. PARTE: La respuesta institucional al terrorismo

5. La primera respuesta legislativa y organizativa

Al extenderse y radicarse la presencia terrorista en los últimos años de los sesenta, puso graves problemas respecto de la adecuación de la respuesta institucional.

El camino de una especialización del aparato policial, veníase invocando concretamente, por primera vez, en 1974, con la instauración de un núcleo especial del Arma de los Carabineros.

Tal núcleo sería sucesivamente disuelto y, después sustituido con análoga estructura, por otro específicamente destinado a garantizar la seguridad de los lugares de detención, mientras a nivel de la articulación periférica de los carabineros y de la policía del Estado serían instituidos funcionarios con competencia incluso de policía judicial para el desarrollo de las investigaciones en materia de delitos terroristas.

Inclusive en el ámbito judicial se expusieron, por primera vez, problemas de particular complejidad.

Los militantes de las formaciones terroristas, cuando eran identificados, utilizaban el debate como ocasión de propaganda, y, a través de un estudio atento de los mecanismos procesales tendían a volver imposible la celebración del proceso en su contra: emblemática, entre tantas, la cuestión llevada con la falta de nómina de defensores sustitutos y el consecuente rechazo de la defensa de oficio. A esto se

agregaba el sistemático recurso a atentados homicidas, llevados a cabo al aproximarse o en la faz inicial del debate, con el evidente fin de determinar, en quien era llamado a componer el colegio juzgador o bien a ser parte del número de defensores de oficio, una reacción que lo hiciera abandonar. En este sentido es suficiente recordar, como ejemplo significativo, la dificultad encontrada para componer el jurado popular de la *corti d'assise*, que indujo al gobierno a intervenir con el D.L. del 14 febrero 1978, n.31 (convertido en ley el 24 de marzo de 1978, n.74), en la vigilia de la celebración del juicio contra el "núcleo histórico" de las Brigadas Rojas.

Respecto del plano de la metodología investigatoria, se hacía necesaria la adquisición de un sistema de acuerdos entre los diversos funcionarios del ministerio público y del juez instructor llamados a revolver investigaciones sobre la misma organización clandestina, pero por hechos específicos realizados en tiempos y lugares diversos.

En una primera fase de soluciones "artesanales" del problema, se debe tener en cuenta que a la derogación del art.307 cpp había seguido un período de positivo perfeccionamiento del sistema, gracias a la norma del art.165 bis del cpp, introducida por el art.42 D.L. del 21 de marzo de 1978 n.59 (convertido en ley el 18 de mayo de 1998, n.191).

Muy relevante fue la intervención del legislador que introducía numerosas modificaciones en el pléxo normativo, sea de fondo o procesales, con la intención de adecuar el ordenamiento jurídico a las exigencias de una válida reacción institucional en las varias fases del ataque terrorista.

La respuesta legislativa se produjo por un largo período, iniciado con la ley del 22 de mayo de 1975, n.152, exclusivamente siguiendo una línea de acentuación de la represión penal.

Esto vino, en primer lugar, con la previsión de nuevas hipótesis de delito: la asociación con finalidad de terrorismo y el ataque al orden democrático y el atentado a la vida o la integridad de una persona llevados a cabo con la misma finalidad (respectivamente art.270 bis y 280 cp, introducidos por el art. 2 y 3 D.L. del 15 de noviembre de 1979 n.625); el secuestro de personas con fines de terrorismo o destrucción (art.289 bis cp, introducido por la L. N.191 de 1978).

El agravamiento del nivel represivo se articulaba a través de un repetido agravamiento de las sanciones por delitos conexos a la detención y la portación de armas, no con la previsión de una agravante

especial –como aquella de la finalidad de terrorismo o de ataque al orden democrático– sino con validez respecto de cualquier delito cometido, inserta por el art.-1 D.L. n.625 citado.

Por fin, en resguardo de personas alcanzadas por elementos de sospecha de pertenecer a grupos terroristas, se amplió la posibilidad de proceder a interceptaciones telefónicas (inclusive con el ya dicho objetivo preventivo, sin posibilidad de utilización del resultado en sede procesal) y detenciones para identificación y requisas de personas y de lugares.

En una fase caracterizada entonces por una ofensiva terrorista por demás áspera, el Gobierno al aprobar el D.L. n.625 del año 1979 (el ya mencionado decreto Cossiga, después convertido en la L. del 6 de febrero de 1980 n.15) conteniendo varias medidas tendientes a agravar el nivel de la represión penal, llevaba inserta una circunstancia atenuante especial (art.4), operante solo en el campo de los delitos cometidos con finalidad terrorista o destrucción, a favor del partícipe que “disociándose de los otros se dedica a evitar que la actividad delictuosa sea llevada a consecuencias ulteriores, o bien ayuda concretamente a la autoridad policial y a la autoridad judicial en la recolección de pruebas decisivas para la individualización o captura de los participantes”.

El art.5 D.L. n.625 citado, preveía además una causa específica de impunidad –siempre en el ámbito de los delitos con finalidad de terrorismo– para quien voluntariamente impidiera el evento y reuniese elementos de prueba determinantes para la exacta reconstrucción del hecho y para la individualización de los eventuales partícipes.

Las dos disposiciones señalaban la adopción de una política legislativa que habilitaba, al ahora acostumbrado sistema de agravamiento de la respuesta represiva, una orientación de premio hacia los imputados que hubieran demostrado comportamientos procesalmente apreciables de querer rescindir el ligamen con la precedente militancia subversiva.

De las dos disposiciones conteniendo premios, amerita particular atención el art.4, porque ha sido la norma más frecuentemente aplicada, por incidir de manera significativa tanto respecto del concreto explicarse de la actividad judicial en materia de procesos por terrorismo, como en cuanto a los sucesivos modelos de legislación que establecieron premios.

Y dentro del contexto del art.4 está subrayada como previsión de auténtica innovación y concretamente eficaz, la segunda parte después de la primera coma: vale decir aquella que reconoce el efecto

atenuante a la hipótesis típica de colaboración procesal (“...ayuda [...] en la recolección de la prueba decisiva para la individualización o la captura de los partícipes”). Si en efecto, emplear “para evitar que la actividad delictuosa sea llevada a consecuencias ulteriores” reclama modelos normativos ya ampliamente notados, no otro tanto puede decirse a propósito de la contribución realizada por el imputado –con su declaración– al consentir la adquisición de prueba de cargo para los partícipes o el conocimiento de elementos útiles para su captura: contribución “recompensada” con una considerable disminución de la pena antes irrogada (reclusión de doce a veinte años de cárcel; disminución de un tercio a la mitad en el otro caso).

El momento “disociativo”, era requerido a los fines de la atenuante con relación al particular delito fruto del concurso con otros cómplices calificado con el fin terrorista o destructor. No es necesario en otras palabras, la mención del grupo al que se pertenecía, por cuanto la práctica aplicación de la ley demostraría que esto mismo (la ruptura del vínculo asociativo en su globalidad), es el terreno sobre el cual viene a operar –y a “pesar”– la norma de premio. Tan es así que condujo a los intérpretes a una lectura más restrictiva de la disposición, hasta excluir su aplicabilidad en aquellas hipótesis de una colaboración seguida de una retractación, síntoma de desconfianza en la elección de la disociación.

Lo “decisivo” del contenido “probatorio” brindado por el sujeto se funda en los caracteres de la efectividad de la plenitud de la ayuda proporcionada y en la jurisprudencia se afirmaba la indispensabilidad que los elementos aportados hayan sido de tal relevancia de llevar “con certeza” a la individualización o a la captura de los partícipes. Se optó, con este propósito, por una interpretación rígida del dato normativo, en contraste con los primeros comentarios que habían acompañado la sanción de la precaución legislativa según la cual, “decisiva”, no era sólo la prueba en ausencia de la cual ciertos resultados investigativos no habrían sido alcanzados, sino también aquella que a tales resultados no se abordara “por la intervención de factores externos”.

Una confesión tardía, parcial y no acompañada por la llamada “corrección”, va a ser –en ocasiones– considerada suficiente para la aplicación de la atenuante, en consideración a que ella puede positivamente influir sobre la conducta de los copartícipes ocultos, y a inducirlos a no llevar a consecuencias posteriores su actividad criminal, considerada en su totalidad.

Pero se trata por otra parte de una interpretación contradictoria con otras decisiones que —más fundadamente— atribuyen al concepto de “emplear” [“se dedica”, “resuelve”, “obra”], contenido en la primera parte del art. 4 un más preciso significado.

Sin embargo, más allá de la cuestión hermenéutica, el art.4 demuestra, en un breve tiempo, una gran potencialidad aplicativa, como norma inspirada en una filosofía, que se mostró vencedora desde 1980 en adelante, en el campo de la represión judicial del terrorismo político (obviamente, inidónea por sí sola de develar el fenómeno). El primer caso de “arrepentimiento” surgió haciendo punta a fines de 1979, inicio de 1980, y abrió el camino a una fase caracterizada por extenderse la opción de “disociación activa” de parte de muchísimos imputados por delitos de terrorismo. Al ampliarse el área de los “arrepentidos”, la posibilidad de profundizar en el tiempo el análisis sobre el contenido de sus declaraciones y sus motivaciones de su opción procesal, el alargue mismo por los investigadores del conocimiento sobre la estructura de varios grupos destructores, sobre su metodología, sus criterios de acción: constituyen, todos, factores que permitieron, en conjunto, encuadrar mejor y definir el fenómeno del “arrepentido”.

Así y todo, a la fórmula omnicomprendiva del “arrepentido”, corresponden posiciones procesales también significativamente diversas entre sí: al lado de imputados que referían todo en mérito a su transcurrida militancia terrorista, había otros que, frente al problema de revelar los nombres de viejos “compañeros de ruta”, hacían distinciones según, por ejemplo, el involucramiento actual o menor de ellos en la actividad del grupo armado. Y todavía bastantes numerosos fueron los imputados (pero de esto se tratará más adelante hablando específicamente de la ya mencionada “disociación”), que limitaron su aporte a la reconstrucción judicial de los hechos, admitiendo sólo su propia responsabilidad, sin extender el discurso a terceras personas.

En segundo lugar la experiencia judicial viene demostrando que el término “arrepentimiento”, si bien ahora entró en el uso corriente, mal define la realidad en examen: que el perfil de arrepentimiento moral, también presente en muchas de esas relaciones de arrepentimiento no constituyó el dato unificante, y sobre todo no desoyó la vasta gama de las motivaciones puestas como base del camino de colaboración con el Estado.

Razones de orden utilitario aparecían inescindiblemente conectadas con reflexiones que proporcionaban una sincera autocrítica del

propio pasado. A la crisis política que nace de la constatación de haber fallado en sus propios objetivos de revolución del sistema, se suma la crisis personal de quien se da cuenta de haber asesinado, herido, devastado en virtud de una “investidura” a la vanguardia de una amplia masa (de trabajadores, desocupados, marginales etc.) que jamás similar investidura habían atribuido a alguno (y que antes, habían rechazado y eran contrarios a esta práctica de muerte y de violencia).

En el plano estrictamente institucional, un perfil emerge por fin de la primera fase de aplicación de la ley de manera indiscutible: la excepcional importancia que el fenómeno del arrepentido reviste para una más eficaz respuesta del Estado a la criminalidad subversiva.

En el transcurso de pocos meses, organizaciones enteras se fueron desmembrando en el plano militar, gracias al descubrimiento de sus bases y de la captura de gran parte de los militantes y de los dirigentes todavía activos. Y allí donde algún núcleo de bandas permanecían “en pie” —como en el caso de las Brigadas Rojas— igualmente devastantes fueron sobre el terreno organizativo y político, los efectos conexos a la caída de *spezzoni* (desmembramientos) territoriales enteros del grupo con los inevitables desgarros de tensiones y laceraciones internas.

La oportunidad con la cual el legislador ha atribuido concreto valor jurídico a conductas disociativas se tradujo, en conclusión, a través de las atenuaciones de pena previstas en el art.4 D.L. 625 de 1979, ley n.15 de 1980, en una gran eficacia de la norma.

Aquella respuesta represiva que en los años precedentes —también habiendo registrado en su activo significativos momentos de eficaz capacidad investigativa— no estaba dirigida a infringir el mito de la impunidad para el terrorista, encuentra un poderoso aliado en la ruptura del vínculo de la solidaridad “revolucionaria”: ruptura que proviene del interior de los grupos terroristas y que es rigurosamente facilitada por este sistema de premios.

6. El desarrollo de la legislación de premios: L.29/V/82, n.303

La comprobada eficacia de una normativa “de premios”, del género de la introducida por el art.4º L. n.15 de 1980, daba fuerza a la argumentación de los que entre los operadores del derecho y los exponentes del ámbito político, de si era necesario mantener durante aquellos años aquel favorecimiento, prolongando mucho más el pasaje de entre las filas de los grupos terroristas, hacia la opción del arrepenti-

miento, por parte de los militantes todavía activos, o, de aquellos que de cualquier manera, estaban aferrados a una línea de contraposición con el Estado. De aquí nacieron varias iniciativas legislativas formuladas entre la primavera y el otoño de 1981; de un complejo trabajo de unificación primero y de reelaboración después, de estas propuestas, tuvo origen el texto definitivo de la L. del 29 de mayo de 1982, n. 304, aprobada por amplia mayoría; providencia desde ahora comúnmente definida como "ley para los arrepentidos". Se trataba de la primera normativa orgánicamente tendida, en materia de delincuencia política, para incentivar comportamientos recibidos de una precedente experiencia de terrorismo.

La ley estaba caracterizada en primer lugar, por la oportunidad: la normativa era aplicable sólo a aquellos que habían tenido comportamientos previstos dentro de ciento veinte días de la entrada en vigor de la ley (término después prolongado por un período de igual duración).

En segundo lugar la medida de premio reproducía —como modelo— los tradicionales beneficios conocidos del código penal: causal de impunidad; circunstancias atenuantes; mecanismo para acumulación no aritmético de las penas; liberación condicional, etcétera.

El legislador subordinaba —después— la concesión de alguna ventaja a un comportamiento de disociación que fuese algún modo relevante (y controlable) en el plano de la confirmación judicial respecto de los hechos delictuosos: opción absolutamente oportuna —dada la fase específica de la lucha contra el terrorismo— en presencia de normas que sancionaban ventajas procesales de importancia, y por lo tanto reservadas a aquellos imputados que, más allá de una declaración de repudio al terrorismo, habían realizado una contribución para un nuevo conocimiento sobre la realidad del partido armado.

La ley tendía a abarcar —al menos en parte— la posible variedad de comportamientos disociativos. No se trataba, en efecto, sólo de la especie fáctica típica de la colaboración (en la práctica, confesión y llamada en *correità*) sino también de la mejor y plena admisión de la propia responsabilidad, no acompañada de revelaciones sobre otras personas.

Y —sobre otro aspecto— no se limitaban los beneficios a casos de arrepentimiento pensados y manifestados por el imputado en la fase instructoria, sino que se estatúan medidas idóneas para "premiar", en su justo valor, escogiendo destacar lo más selecto de la lucha armada, computado después de años de cárcel y de enmienda, y después del paso de lo juzgado por la sentencia de condena.

Así al lado de las circunstancias atenuantes reconocidas al imputado, el cual habiéndose disociado del grupo terrorista, había rendido “plena confesión de todos los delitos cometidos” (art.2) o bien había, además de esto, ayudado “a la autoridad en la recolección de prueba decisiva para la individualización o la captura de uno o más autores de delitos terroristas”, o había aportado “de cualquier modo que sea, elementos de prueba relevantes para exacta reconstrucción del hecho y el descubrimiento de los autores” (art.3), el art.8 L. n. 304 cit. garantizaba una ampliación de la operatividad de la liberación condicional, para el condenado que –junto a los otros síntomas de seguro arrepentimiento–, había tenido uno de los comportamientos ahora descriptos.

7. La aplicación de la ley n.304 de 1982: orientación jurisprudencial

Será obra de la jurisprudencia en los años sucesivos, indicar algunas soluciones a los problemas que con mayor frecuencia se fueron avizorando en la práctica aplicación de la normativa de los “premios”.

Así, en el tema de las causas de impunidad ex art.1, se subrayaba la necesidad de que el arrepentido proveyera de “toda” las informaciones en su poder, no siendo suficiente la utilidad de aquéllas, sino que fuera completa: informaciones, por otra parte, que no necesariamente debían integrar una confesión en sentido técnico-jurídico.

Por el contrario, tales debían ser las declaraciones del sujeto, a los fines del reconocimiento de las atenuantes ex art. 2 y 3; que fueran así “ricas de detalles y de elementos coincidentes [...], proveyendo de referencias cronológicas, topográficas, modales y circunstanciales tales que no podrían sino provenir del autor del delito”.

Se subraya la diferencia entre los dichos del art.4 L. n. 15 de 1980 (“...ayuda [...] en la recolección de pruebas ‘decisivas’”) y aquella del art. 3 L. n. 304, ya citada (“...proveer cualquier elemento de prueba ‘relevante’”) para evidenciar un nivel de contribución de parte del arrepentido menos “calificado”, al menos bajo este perfil.

La circunstancia atenuante ex art. 3 coma 1 L. n. 304 citado, es encuadrada en términos tales que cualquiera haya sido el rol que tuviera el sujeto dentro del grupo terrorista, siempre que la contribución aportada resultara proporcional al grado de responsabilidad que el imputado tuviera en el seno de la formación subversiva.

La “excepcional relevancia” demandada por la primera parte del mismo artículo, como presupuesto de la operatividad de los mayores beneficios, es referida a una noción “cualitativa”, la de evaluarse cada vez el fin de la desarticulación del grupo clandestino.

En cuanto a la no-extensión de la agravante de la finalidad de terrorismo a los partícipes “comunes”, se ha dispuesto la no aplicabilidad a éstos de las especiales atenuantes ex L. n. 304, ya citada, cualquiera que hayan sido sus comportamientos procesales.

Ciertamente más controvertida ha sido, respecto a los problemas de interpretación jurídica, la cuestión sobre la validez —y aspecto ético— de la elección operada en el Parlamento con la aprobación de una ley con tales contenidos.

Por una parte ella ha sido unánimemente apreciada por los jueces instructores en la materia, como importante esfuerzo para reglamentar una realidad delicada.

Después, ha aparecido, como correcta, la filosofía de fondo que ha inspirado al legislador al atribuir al arrepentimiento un reconocimiento judicialmente relevante: reparar el contenido de las declaraciones rendidas por el arrepentido; su importancia en el contexto del proceso; poner el acento en la necesidad de que el “premio” debe estar subordinado a la verificación y comparación sobre la veracidad de las revelaciones completas, así como sobre la efectividad y terminante desafiliación de estos sujetos de las filas del partido armado.

En fin, la L. n. 304 de 1982, se ha revelado como un instrumento eficacísimo en la represión —en el plano judicial— del fenómeno terrorista: la prospectiva de las ventajas reconocidas a quienes habían decidido ayudar a jueces y policías en la búsqueda de la verdad sobre crímenes cometidos por la banda subversiva, ha seguramente jugado como uno de los más relevantes motivos que habrían inducido, a decenas y decenas de militantes, a “colaborar”, desde “generales” a “asociados” del partido armado.

Por el contrario, la L. n. 304. cit. ha señalado un momento de “excepción”, obviamente reflejado —después— en la fase de aplicación: la entidad de la sanción infringida por la *corti d'Assise* a los considerados “grandes arrepentidos” parecía irrisoria —y lo era objetivamente, si se la compara con los normales criterios de mensuración de la pena— respecto de la gravedad de los delitos cometidos, así como “extraordinarias” fueron algunas concesiones de libertad provisoria a favor de reos confesos de homicidios y lesiones.

Esto ha producido en anchos márgenes de la opinión pública —y no sólo entre aquellos que habían sido víctimas de actos terroristas—

la sensación de un injustificado favor hacia ciertos imputados, y de allí la no "aceptación", sobre el terreno de la sensibilidad común, de esta decisión judicial "injusta".

8. La última referencia de la legislación de premios: la ley sobre la desvinculación. Problemas interpretativos

Un significativo y ulterior pasaje sobre el terreno del reconocimiento jurídico de conductas de desafiliación de la militancia terrorista, había cumplido el legislador italiano con la L.18 n.34 de febrero de 1987, conteniendo medidas a favor de quienes se desvinculaban del terrorismo.

Con la palabra "desvinculación" se había llegado a definir en el uso corriente, la opción operada por aquellas personas que, imputadas o condenadas por delitos de terrorismo, habían manifestado su abandono de la lucha armada, sin acompañarlo —por lo demás— con intenciones de colaboración con la magistratura o los órganos de policía.

En sustancia, una definición que —especie de inicio del fenómeno— había individualizado similar realidad, prevalentemente por exclusión: una posición, esto es, intermedia entre el así llamado arrepentido y el llamado irreductible.

Pero tal criterio distintivo, influenciado sin duda, de no pocos elementos de ambigüedad que había atravesado en una primera fase, el área de la desvinculación, no acertaba a expresar de modo completo, la complejidad de un fenómeno que se había impuesto como uno de los más relevantes momentos para la superación por nuestro país de la fase más aguda de la ofensiva terrorista.

De allí que la intervención legislativa resultaba oportuna y a tiempo, respecto al objetivo de satisfacer exigencias reales de reglamentación, y de consolidar un proceso de crisis del terrorismo político, ahora y apto en cualquier tiempo.

La ley atribuía concreto valor jurídico a conductas social y éticamente apreciables. Si el repudio del propio pasado de terrorista no podía ciertamente cancelar los delitos cometidos, al mismo tiempo no se debía descuidar el peso profundo de una desafiliación siempre traumática, y su significado sintomático favorable para una futura reinserción del sujeto y en un contexto de plena legalidad.

Esa en fin apuntaba al encuadramiento normativo de una realidad que se revelaba más que efímera.

La desvinculación se desarrollaba a través de los años de modo articular, a veces, hasta contradictoria, pero siempre respondiendo a un real esfuerzo para la superación interna del partido armado, de sus reglas, de sus análisis y estrategias, que habían conducido a muchos hacia la opción de la subversión terrorista.

El núcleo fundamental de la desvinculación, vista desde la óptica de un Estado que debía inspirarse –su similar temática– en esenciales criterios de cautela y equilibrio consistía en una multiplicidad de conductas que, en sí mismas, mostraran como evidente la definitiva ruptura de todo vínculo asociativo respecto de las formaciones terroristas.

A la disciplina era atribuido el carácter de la temporalidad, limitando la aplicabilidad a los delitos cometidos al 31 de diciembre de 1983 y seguidos de un comportamiento disociativo íntegramente realizado desde la fecha de entrada en vigor de la ley (con posibilidad para el imputado-condenado de pedir, dentro de los treinta días siguientes, a la autoridad judicial que le otorgara la declaración de disociación establecida por el art.1 L. n. 34, cit.).

Los beneficios introducidos estaban reservados a los imputados y condenados por delitos que tenían finalidad terrorista o de subversión del ordenamiento constitucional.

En cuanto al concepto de disociación, la ley lo individualiza con tres perfiles, que, conjuntamente deben caracterizar la conducta del imputado-condenado: admisión de la actividad efectivamente desarrollada; comportamiento objetiva y unívocamente incompatible con la permanencia del vínculo asociativo; repudio de la violencia como método de la lucha política.

Respecto de la admisión de la actividad efectivamente cumplida, todo el desarrollo de los trabajos preparatorios ilumina el intento del legislador de no pretender del desvinculado la plena confesión de los delitos cometidos, técnicamente intencional.

En concordancia con la voluntad del legislador, está también el dato interpretativo conjeturado de la confrontación entre el art.1 L. 34, cit. y los arts. 2 y 3 L. n. 304 de 1982. Esta última exigía la “plena confesión de todos los delitos cometidos”, acompañada de ulteriores comportamientos concretos, mientras que la primera no requería una confesión *stricto sensu*; ella misma acudía al recurso de expresiones diversas, como “información sobre la estructura y sobre la organización de la asociación o de la banda”, que el arrepentido debía transmitir al investigador, a los efectos del reconocimiento de la causa de impunidad prevista en el art.1 L. n. 304 citado.

La diferencia entre “admisión” y “confesión” se concilian muy bien, finalmente, con aquello que se podría llamar la “historia” de la ley sobre la disolución del terrorismo. Una ley discutida desde la aparición de la primera propuesta, por un diseño de neta distinción respecto de la disciplina impuesta para los arrepentidos, especialmente sobre el terreno de los requisitos procesales condicionantes de la aplicación de las ventajas previstas.

Una distinción que asimismo, oportunamente conmocionante respecto de la rigidez de algunas posiciones iniciales (que se fundaban en una contraposición, no conforme con la realidad, entre arrepentido y desvinculado), se mantenía en líneas esenciales en el texto después aprobado, inspirado en el criterio de la falta de necesidad, en el tema de las disociaciones, de una “colaboración” procesal del imputado o condenado.

La jurisprudencia ha seguido en cambio, una interpretación más rigurosa poniendo como condición para la aplicación del beneficio, la plena correspondencia entre el hecho delictuoso judicialmente adscripto al sujeto con sentencia condenatoria (definitiva o no), y el hecho objeto de admisión a los fines del art.1 L. n.34 de 1987. Se ha sostenido, a propósito, la irrelevancia de una protesta de inocencia del condenado, antes de que sea procedente una eventual instancia de revisión, en el caso de condena irrevocable, y la no “superabilidad” del acierto cumplido por el Juez de mérito, cuando tal acierto ha sido reconocido correcto en sede de impugnación.

Se ha dejado por otra parte un margen de valoración al juez de mérito, introduciendo el correctivo de la “esencialidad” de los hechos penalmente relevantes, que el disociado debe admitir. Por esta vía se ha reconocido la aplicabilidad del beneficio a quien, también admitiendo una serie de delitos cometidos ha negado su participación en otros ilícitos, por otro lado judicialmente imputables en términos de concurso atípico.

En cuanto al segundo requisito, necesario para integrar la conducta disociativa (haber tenido “comportamientos objetivamente y unívocamente incompatibles con la permanencia del vínculo asociativo”), el mismo equivale fundamentalmente a aquel concepto de “definitivo abandono de la organización terrorista”, utilizado por el legislador para expresar su definición de disociación.

Corresponde al magistrado competente evaluar, vez por vez, y con discrecionalidad, si el comportamiento del sujeto, en sí mismo, se ha caracterizado del necesario aspecto de unívoco y definitivamente inconciliable con la subsistencia de algún ligamen de solidaridad subversiva.

La L. n.34 de 1987 establecía entonces, la conmutación de la pena de cárcel con la reclusión de treinta años, y en otros casos una disminución, variadamente determinada en su entidad según el tipo de delitos cometidos por el disociado, con exclusión del beneficio cuando la condena se refiriera también al delito de estragos (art. 285, 422 c.p.).

La medida de premio era aplicable ya sea en el juicio de conocimiento (art.2), como en la fase de ejecución de la pena (art.3).

En el primer caso estaba prevista la competencia también de la Corte de Casación, con el límite fijado por su excepcional competencia en mérito de los arts. 538 c.p.p. de 1930, es decir cuando se decide "sin pronunciar nulidad", no requiriéndose presentar nuevas pruebas fuera de la de exhibición de documentos.

En el segundo caso, en la hipótesis de pluralidad de sentencias condenatorias, al aplicar las disminuciones y las conmutaciones, se reconoce en esencia una resolución que resolviera expresamente el problema por parte del juez que haya pronunciado la específica condena susceptible de la aplicación del beneficio, y no del juez ya mencionado de la ejecución.

La L. n. 34 de 1987 circunscribía por ello, el ámbito de su eficacia sobre el terreno ya abierto de la L. n. 304 de 1982 de los "descuentos" de pena, excluyendo formas de impunidad.

La doctrina y jurisprudencia han excluido concordantemente que tales disminuciones constituyeran circunstancias atenuantes en sentido estricto: sea por el mecanismo de aplicación previsto por el art.2 L. n. 34, cit. (después de la completa evaluación del hecho y de la aplicación del concurso formal y de la continuación), sea por su revocabilidad (art.5 L. n. 34 cit.), sea por su aplicabilidad también después del dictado judicial de la condena. No se ha conseguido, en el plano práctico, la evaluación de no relevancia de tales disminuciones a los fines de los términos de prescripción (art.157ap.2 y 3 cp).

La aplicación de las disminuciones o de las conmutaciones está indicada en clave de obligatoriedad, una vez que el juez haya admitido la subsistencia de todos los presupuestos: al igual que las atenuaciones de pena establecidas por la L. n. 15 de 1980 y L. n.304 de 1982.

9. La legislación actual

Con la L. n.34 de 1987 se concluía el "tiempo" de la legislación de los premios, y, en un plano más general, de emergencia contra el fenómeno del terrorismo político.

Con el transcurso de los años —y con el progresivo alejamiento de la memoria colectiva del período de más aguda dramaticidad de la presencia terrorista— se fue difundiendo una evaluación extremadamente crítica de aquella fase de la producción legislativa, a veces elevada al rango de un modelo negativo, absolutamente criticable y fuente de las mayores distorsiones en el funcionamiento de la justicia penal.

Se trata de un análisis que —si se aprecia en estos términos— resulta viciado de unilateralismo.

Seguramente la respuesta legislativa estuvo condicionada según el concreto despliegue, paso a paso, de la iniciativa del partido armado, de la necesidad de obtener, en el término más breve posible, resultados eficaces de parte de los organismos estatales, llamados a una tarea de represión penal.

Esto, sin duda, ha comportado un forzamiento respecto de los modelos ordinarios de intervención, sea en el terreno de la elevación del nivel de las sanciones penales o del empeoramiento de las medidas procesales con incidencias sobre la libertad personal sobre el imputado-procesado, sea en el campo —opuesto— de las normas de favor para el terrorista que demostrase disponibilidad de romper los vínculos de solidaridad subversiva, colaborando con las instituciones del Estado en la reconstrucción judicial de los hechos terroristas.

Tal forzamiento, por otra parte, no resulta haber alterado las reglas fundamentales establecidas como garantías individuales, ni han alejado el medio de reacción estadual del camino del acierto jurisdiccional (con la correlativa garantía) ni debilitado la respuesta militar o policial, como en cambio ha acaecido en otros países.

Transcurrido el período de eficacia de las varias normativas a término, sólo una parte de aquella legislación especial mantiene su vigencia.

Por eso se conservan las disposiciones de premio, que tratan de la circunstancia atenuante de la desvinculación (ex art. 4 D.L. n. 625 de 1979, mod. por la L. n. 15 de 1980). Mantienen también las disposiciones de mayor aspereza del tratamiento sancionatorio respecto de las especies de tipos incriminatorios comunes; se trata de la circunstancia agravante de la finalidad terrorista, introducida por el art. 1 D.L. n. 65 cit. (además, obviamente, las normas que configuraron tipos incriminatorios de delitos típicos de la acción terrorista).

Paralelamente a las disminuciones de los grandes procesos por delitos de criminalidad terrorista, Italia ha conocido —con tendencia opuesta— el fenómeno del “arrepentimiento” y de la colaboración pro-

cesal de personas imputadas por delitos de criminalidad común organizada, que por comodidad llamaré “mafiosa”.

Esto ha convencido al Parlamento de aprobar una legislación especial dedicada sobre todo al c.d. “programa de protección” en favor de quien colabora con la justicia en los procesos de criminalidad organizada (expendio de estupefacientes; tráfico de armas; extorsión; homicidios de naturaleza mafiosa).

Esta legislación es aplicable también a los colaboradores en los procesos de terrorismo. Por otra parte, su aplicación práctica ha devenido ahora, casi exclusivamente, en la apertura de procesos contra la mafia, ya que los procesos por delitos terroristas habían concluido al momento de la aprobación de esta ley.

Volviendo a las leyes aprobadas en materia de combate al terrorismo, las últimas consideraciones deben referirse al examen del recientísimo decreto-ley emanado del Gobierno inmediatamente después de los atentados en los USA del 11 de septiembre del 2001.

El ataque terrorista del 11 de septiembre ha cancelado, junto a la vida de millares de víctimas inocentes, el sentido colectivo de seguridad y ha cortado en el mundo occidental la confianza sobre la eficiencia del sistema institucional de control y de defensa preventiva contra similares acciones criminales.

Italia se ha puesto en movimiento oportunamente, al igual que otros países, para elevar el nivel de calidad de la respuesta a posibles infiltraciones terroristas. En esta óptica, veamos los decretos leyes 353 del 28 de septiembre, 369 del 12 de octubre y 374 del 18 de octubre.

Los dos primeros se refieren a la esfera de las medidas de control sobre el terreno financiero.

Se trata, en extrema síntesis, de dar concretas actuaciones a las resoluciones de las Naciones Unidas y de la Comunidad Europea, teniendo como objeto el embargo en la confrontación con el régimen talibán de Afganistán: régimen que ofrecía desde hace años hospitalidad y apoyo a la iniciativa criminal de varios grupos armados que tienen en Osama Bin Laden al jefe y portavoz indiscutido.

El Gobierno italiano ha establecido sanciones administrativas asaz gravosas, en especial sobre operadores e intermediarios financieros, que hayan eludido de algún modo el embargo, por ejemplo, favoreciendo la inversión de capitales o garantizando prestaciones de servicios a favor del Gobierno afgano. Ha instituido una comisión

de seguridad financiera, presidida por el director general del Tesoro, con la precisa competencia de monitorear todas las operaciones sospechosas (no sólo con referencia a la situación internacional de guerra contra aquella nación) y de adoptar las consecuentes iniciativas, inclusive con la actuación de varios servicios especializados, para arrojar luz sobre las operaciones sospechosas.

En el específico ámbito del combate al terrorismo, la atención a los aspectos financieros, ha sido siempre modesta. Ello sucedió, no por censurable ligereza de parte de los órganos investigativos, sino por el peso de la específica configuración que en Italia había asumido el fenómeno de la subversión armada. Un fenómeno que traía su fuente de financiamiento, de modo absolutamente prevalente, de la comisión de delitos comunes de robo y otras formas de autofinanciamiento que, inevitablemente, se escapaban a la posibilidad de control.

El problema es hoy muy distinto, porque, sin ninguna duda, las acciones delictuosas de los grupos armados del fundamentalismo islámico son sostenidas por una red de financiamiento que, con toda verosimilitud, pasa a través de la inversión en el mercado de importantes sumas de dinero.

De allí que era justa la preocupación del Gobierno italiano de introducir nuevos organismos de control y nuevas formas de sanción: la esperanza estaba en que se demostraran realmente eficaces.

Con el decreto ley n. 374 han sido insertadas en la legislación penal y procesal, nuevas figuras de delitos y nuevos instrumentos investigativos.

Ha sido previsto el delito de asociación con finalidad terrorista internacional y el de asistencia a los partícipes (art. 270 ter y 270 quater cp).

Se trata de una novedad legislativa absolutamente oportuna, que permite cubrir un vacío normativo. En efecto, el art. 270 bis cp, y el correlativo delito de banda armada, no permitían punir los actos y comportamientos subversivos destinados a la preparación de atentados contra objetivos externos respecto del Estado italiano. Tal límite ha condicionado forzosamente la capacidad de represión penal en el reciente pasado respecto de los grupos que, aun operando en Italia, no apuntaban a golpear nuestras instituciones, sino a perseguir blancos de subversión internacionales. Nuestro código penal tenía, en otras palabras, armas que apuntaban al combate de similares formas de terrorismo, cuando el posible delito asociativo era el genérico de la asociación para delinquir prevista en el art. 416 cp: una norma nacida con el fin de perseguir las bandas de criminales comunes como ladrones, extorsionadores, estafadores, y cosas por el estilo.

En cuanto a medios de investigación, el decreto ley 374 autoriza a los oficiales de policía judicial, agregados a los cuerpos especializados de combate a la subversión terrorista, a efectuar operaciones encubiertas.

En concreto, la norma legitima a la policía judicial para infiltrarse en las organizaciones terroristas, con el objeto de la adquisición de pruebas sobre su actividad ilícita.

No es un instrumento absolutamente nuevo, porque ya operaba en materia de lucha contra el tráfico de estupefacientes, de armas, de modo que este reciclaje no significó contradicción alguna.

Queda sin embargo señalado, cómo el decreto ley consiente, en el ámbito específico de las investigaciones de los hechos terroristas, una mayor libertad de movimiento para los operadores de policía. Están así explícitamente autorizados a valerse de documentos de cobertura, a servirse de auxiliares, esto es, de personas extrañas a los oficiales, pero encargados, vuelta a vuelta, de prestar colaboración como agentes "encubiertos".

La previsión del decreto ley es ciertamente oportuna porque, nunca como a propósito de los grupos subversivos, vale la consideración que, solo la obtención de noticias del interior del grupo clandestino puede ser de valor en la recolección de pruebas sobre la articulación interna del grupo mismo, sobre su disponibilidad de armas y de recursos financieros, sobre sus reglas de compartimentación y de funcionamiento operativo.

Por último es de señalar la ampliación de la facultad de interceptación preventiva de comunicaciones y conversaciones, inclusive en el ámbito de la investigación por delitos subversivos.

Personalmente estoy convencido de que, aun con la introducción del delito de asociación con finalidad de terrorismo internacional, el camino adecuado requiere que la interceptación sea autorizada por el Juez, para la consiguiente utilización en sede procesal del resultado obtenido.

Pero en el actual momento histórico, incluso el instrumento de la interceptación preventiva, útil para obtener noticias aunque no utilizable en el proceso, puede representar una ulterior ocasión de adquisición de información preciosa y, en tal óptica, la previsión del decreto ley debe evaluarse en términos positivos.



LA RÉPLICA FRANCESA AL TERRORISMO Y AL CRIMEN ORGANIZADO

SERGE LETEUR*

I. La amenaza

Antes de hablar de la reacción francesa frente a esta doble problemática, hay que definir rápidamente esta amenaza que constituyen el Terrorismo y la Criminalidad Organizada.

1.1. El terrorismo

El terrorismo es, en Francia, un problema antiguo. Pero, en la época moderna apareció en los años cincuenta con la Guerra de Argelia que fomentó un terrorismo de parte de los árabes y más tarde de los franceses que luchaban en contra de la independencia de Argelia.

Más cerca de nuestros tiempos y después del movimiento de 1968, nacieron en Francia así como en los otros países de Europa Occidental, movimientos terroristas de ultra-izquierda, que culminaron al final de los setenta con los grupos *Action Directe* en Francia, la *Rote Arme Fraction* en Alemania, y las *Brigate Rose* Italia.

Aproximadamente en el mismo momento surgieron en el País Vasco Francés, en Bretaña, y sobre todo en la isla de Córcega, grupos de "terrorismo interno", de inspiración autónoma, con una fuerte propensión a mezclar la temática independentista con la revolucionaria.

En los setenta también tuvo repercusiones sobre el territorio francés el conflicto de Medio Oriente, con las actuaciones de varios grupos e individuos, como "Carlos" o el FDPLP de Ahmad Djibril.

* Agregado en Seguridad en la Embajada Francesa en la República Argentina.

En la década del noventa tuvimos que sufrir –otra vez– las consecuencias de la situación en Argelia, el enfrentamiento entre los islamitas y el poder militar. El Grupo Islámico Armado fomentó varias campañas de atentados en Francia, dejando decenas de víctimas. Recientemente fue juzgado el cabecilla –el “Emir”– del grupo responsable de los sangrientos atentados cometidos en París en 1995.

La trágica actualidad demuestra que la amenaza del terrorismo islamita es por ahora, la más grave.

1.2. La criminalidad organizada

Refiriéndonos a la criminalidad organizada, hay que, en primer lugar, ponerse de acuerdo sobre el contenido de esta expresión. La definición que considero más oportuna sigue siendo la que estableció INTERPOL, en el año 1988:

Toda asociación o grupo de personas que se dedica a una actividad ilícita continua, y que tiene como objetivo principal sacar provecho, sin respetar las fronteras nacionales.

En cuanto al crimen organizado, hasta hace poco, la postura de las autoridades francesas fue de negar que exista en Francia tal problema. Sin embargo, a raíz de una reciente investigación parlamentaria y en razón de casos ocurridos, nos vimos obligados a encarar la realidad.

Si bien en Francia no tenemos organizaciones criminales nacionales del tipo mafioso, como las organizaciones italianas: Maffia, Camora, N'Drangheta, o Santa Corona Unita; ni tampoco algo parecido a las Triadas chinas o los Boryokudan japoneses, existen “sedes” de Organizaciones Criminales Transnacionales O.C.T., así como también bandas criminales “indígenas” bastante peligrosas.

Muy a menudo las OCT, y sobre todo las organizaciones italianas, y ahora rusas, vienen a Francia en busca de un lugar tranquilo y para aprovechar sus ganancias lavando su dinero a través de distintas inversiones. La Maffia siciliana intentó comprar casinos en la Côte d'Azur. Miembros de la N'Drangheta y de la Camora encontraron también refugio en Francia, sobre todo después del implemento de la ley anti-mafia. Los rusos –que pueden ser Georgianos, Ucranianos o Tchechenos– invierten en el inmobiliario tanto en París como en la Côte d'Azur.

Existen también, escondidos dentro de la comunidad china de París, miembros de organizaciones criminales chinas, y más precisamente de la Tríada 14 K, esto por razones étnicas. La mayoría de los

chinos que viven en Francia son de origen TEO CHU. Estos criminales, después de haberse dedicado al tráfico de droga, se desempeñan hoy en día en todas las formas de extorsión, de secuestros, de imitación fraudulenta, y sobre todo del tráfico de personas.

Además tenemos bandas organizadas, muchas veces integradas por ciudadanos de países extranjeros. Las actividades de estas bandas se diversifican entre distintos tipos de hechos penables, tales como:

- el proxenetismo : la apertura de las fronteras al Este ha cambiado la fisionomía de esta actividad delincuente. Las prostitutas de los países del ex imperio soviético son ahora controladas por redes internacionales -a menudo de Albaneses-.
- el tráfico de obras de arte robadas: Francia es un país de compra y redistribución de objetos y obras de arte robados, no solamente en el territorio nacional, sino también en el resto del mundo. El arte es hoy en día un valor refugiado y un bien de reciclaje del dinero sucio.
- los asaltos a mano armada: en este caso se podría hablar de la especialidad de los malhechores franceses. Tenemos profesionales bastante capacitados en este ámbito, y que, por ejemplo no temen usar lanza-cohetes anti-tanque para asaltar a los transportes de caudales. En varias oportunidades estas bandas exportaron sus actividades a otros países de Europa.

Es por todo esto que existe una gran preocupación por parte de las fuerzas de seguridad de Francia y de otros países de la Unión Europea en cuanto a los amplios movimientos de dinero que supone el implemento del Euro como moneda europea. Es muy probable que algunos delincuentes aprovechen esta oportunidad de multiplicación de los "blancos" para asaltar los transportes.

Esto no constituye una lista exhaustiva de las actividades de estas bandas criminales, cuyos miembros tienen un espíritu empresarial muy fuerte.

Frente a estas dos amenazas, ¿cuál fue la reacción de las fuerzas de seguridad, y más allá de las autoridades francesas?

II. La reacción

Para los que no conocen Francia vale la pena mencionar que este último es un país centralizado que cuenta sólo con dos fuerzas de seguridad, y que son dos fuerzas nacionales: la Policía Nacional y la Gendarmería Nacional.

II.1. La reacción al terrorismo

A) Las investigaciones

La amenaza terrorista fue encarada en su inicio fundamentalmente por la Policía Nacional.

En la lucha contra el terrorismo existía, desde la Segunda Guerra Mundial, un principio básico: la separación entre los servicios de inteligencia y los servicios de investigación. Esto se debió a que las unidades creadas por los alemanes y el gobierno *de facto* francés, llamadas las Secciones Especiales, que cumplían ambas tareas de inteligencia y de investigación a la vez, dejaron muy malos recuerdos. Fue así que nació el rechazo a dicha organización, así como aquí, en la Argentina, existe un rechazo a todo lo vinculado al régimen militar. La distinción entre estas dos misiones fue considerada como una garantía para los derechos de la persona, ya que los servicios de investigación se encuentran bajo el mando funcional del poder judicial, a diferencia de los servicios de inteligencia.

Dentro de la policía, en el despliegue antiterrorista, existían entonces:

- dos servicios de inteligencia: la Dirección de Inteligencia General para lo referente al terrorismo "interno", y la Dirección de Vigilancia del Territorio –la Seguridad del Estado– que se dedicaba más precisamente al contraespionaje y que actuaba en caso de detección de vinculaciones de los terroristas con Estados extranjeros.
- un servicio de investigaciones: la Dirección de la Policía Judicial, que tenía a su cargo la explotación de las informaciones proporcionadas por los servicios de inteligencia, realizando detenciones, allanamientos y todos los otros procesos judiciales.

Funcionó así hasta los años ochenta. No obstante, este despliegue no resultó suficiente para encarar las nuevas formas de terrorismo, ya que la distinción entre el "terrorismo interno" y el "terrorismo externo" se hizo cada vez más difícil. Como ejemplo podemos citar los movimientos independentistas de Córcega que tenían apoyo de Libia, y el grupo *Action Directe* que tenía contactos muy estrechos, tanto con las BR o los COLPI italianos, como con la RAF alemana o las CCC belgas.

En consecuencia la repartición de las tareas fue difícil de mantener y esto generó roces y rivalidades. Además, a razón del tamaño de la problemática, la policía sola no pudo enfrentarla y otros servicios se unieron a ella para combatir el terrorismo.

La primera medida fue el establecimiento de un foro de coordinación a nivel de los ministros, y en 1982 fue creado el Comité Interministerial de Lucha Anti-Terrorista o CILAT. Bajo la presidencia del Ministro del Interior, el CILAT está integrado por funcionarios de otros ministerios:

- Defensa
- Justicia
- Asuntos Extranjeros
- y asesores del Jefe de Gobierno, el Primer Ministro

Sin embargo, aún hacía falta una coordinación más operativa, y, entonces, se reflexionó sobre el medio más adecuado para la obtención de dicha coordinación. Algunos expertos trataron de fomentar la creación de una Dirección General Antiterrorista que estuviera al mismo nivel de las otras grandes direcciones de la Policía Nacional. Pero se tomó conciencia del riesgo que implicaría armar tal Dirección especializada, el riesgo de desmovilizar a los policías integrantes de otras direcciones u otros servicios de la Policía Nacional. Aunque pueda ser considerada como una tarea de especialistas, la lucha antiterrorista necesita del apoyo y de la contribución de casi todos los otros policías, que deben mantener un alto nivel de vigilancia para prevenir y combatir eficazmente tal amenaza.

Por eso, la elección final fue, en 1984, la creación de una entidad de coordinación: la Unidad de Coordinación de la Lucha Anti-Terrorista o UCLAT. La UCLAT, ubicada cerca del Director General de la Policía Nacional, tiene a cargo la coordinación, animación y orientación de las acciones de todos los servicios involucrados en el combate contra el terrorismo.

Liderada por un Controlador General de la Policía Nacional, la UCLAT está integrada por los jefes de las unidades especializadas de cada uno de los servicios de policía: Investigaciones, Inteligencia, Seguridad de Estado, Policía de Fronteras, Servicio de Cooperación Internacional; así como también de la Gendarmería y de los Servicios de Inteligencia Militares y Civiles (DGSE = SIDE).

Las reuniones se realizan normalmente cada semana, sin embargo pueden ser más frecuentes según el nivel de amenaza. Igualmente, el jefe de la UCLAT mantiene lazos permanentes con las diferentes unidades integrantes.

La UCLAT elabora regularmente análisis y síntesis de inteligencia o de acciones emprendidas. Tiene igualmente a su cargo el Fichero Computarizado de Lucha contra el Terrorismo, alimentado por el trabajo de todos los servicios implicados.

Vale la pena mencionar aquí, que cada una de las Direcciones de la Policía Nacional –las más involucradas en el combate antiterrorista– han creado también en sus dependencias, unidades específicas. En la Dirección Central de la Policía Judicial –es decir la policía de investigaciones– existe una División Nacional Anti-Terrorista (DNAT) cuyos integrantes pueden investigar hechos de terrorismo en todo el país. Asimismo, la Dirección Central de Inteligencia General tiene su entidad antiterrorista. En cuanto a la Dirección de Vigilancia del Territorio –la Seguridad de Estado–, ella tiene una Subdirección dedicada a la lucha antiterrorista.

Volviendo a la UCLAT, hay que mencionar que la misma dispone también de su “brazo armado” propio, el grupo táctico de la Policía Nacional, denominado RAID, que tiene la capacidad de llevar a cabo todo tipo de operativos, se trate tanto de seguimientos y vigilancias como de allanamientos y detenciones. La UCLAT mantiene además, en los países europeos, oficiales de enlace especializados.

Sin embargo, si bien existía en el CILAT y en la UCLAT una coordinación a nivel ejecutivo y policial, todavía hacía falta una coordinación a nivel judicial. Es por esta razón que, en septiembre de 1986, el marco legal del combate antiterrorista fue renovado con la “Ley relativa a la lucha contra el terrorismo y los atentados a la seguridad del Estado”.

B) El marco normativo

El Dispositivo Legislativo Antiterrorista en Francia

El General De Gaulle estableció una *Alta Corte de Justicia* que tenía a su cargo los hechos penales que lesionaban la seguridad interna o externa del Estado, es decir básicamente el terrorismo y el espionaje.

Esta corte estaba integrada por magistrados profesionales y oficiales superiores de las fuerzas armadas. Poseía un ministerio público y jueces de instrucción propios.

A pesar de que esta Corte resultó bastante eficaz en el combate contra la subversión, sobre todo durante la guerra de Argelia, el hecho de que la justicia esté a cargo de militares era mal recibido por parte de algunos letrados.

Por esta razón, cuando los socialistas asumieron el poder en 1981, cumplieron con su compromiso pre-electoral de desbaratar esta Alta Corte de Justicia.

A partir de ese momento los hechos de terrorismo pasaron a ser competencia de los tribunales y de las cortes comunes. Los hechos de

mayor gravedad eran incumbencia de la *Cour d'Assises*, una corte en donde el fallo era dictado por jurados. La experiencia demostró que esto permitía en casos de terrorismo, que los imputados presionaran a los jurados.

Finalmente, el gobierno se dio cuenta de la necesidad de establecer un dispositivo judicial y legislativo específico para combatir el terrorismo.

Este dispositivo resulta de la ley promulgada el 9 de noviembre de 1986. Esta última define los hechos de terrorismo a razón del móvil del delito:

“tiene por finalidad lesionar gravemente al orden público a través de la intimidación o del temor”

Para tratar tales hechos la ley estableció una centralización en el Tribunal de París, donde fiscales y jueces de instrucción se dedican exclusivamente a estos delitos de competencia nacional. Cuando ocurre en cualquier lugar del país un delito vinculado al terrorismo, el fiscal general de París puede decidir hacerse cargo del caso. Si fuera así, un juez de instrucción especializado de París será quien lleve a cabo la investigación.

En cuanto al juicio de hechos de terrorismo, se creó una corte especializada, integrada sólo por magistrados profesionales, sin jurados.

La ley del año 86 introdujo también medidas en cuanto al procedimiento penal: en caso de terrorismo, el período de detención policial puede durar hasta 96 horas –a diferencia de las 48 horas en los casos comunes– y la policía puede realizar allanamientos por la noche (ley de 1996).

Se introdujeron también en el Código Penal disposiciones a propósito de los «arrepentidos», y relativas a la indemnización de la víctimas de hechos de terrorismo.

De igual modo, en 1986 se estableció el Consejo Nacional de Seguridad liderado por el Primer Ministro.

C) Medidas preventivas

Además de este dispositivo represivo, fueron implementadas medidas preventivas en el marco del *Plan Vigipirate*. Este plan, establecido en 1978, posee dos niveles, el “simple” y el “reforzado”. El nivel reforzado fue instaurado cuatro veces y está vigente desde el 12 de septiembre último. Básicamente, permite el uso de las fuerzas armadas en las tareas de vigilancia y protección de los “lugares sensibles” y de prevención de actos terroristas.

Recién el 31 de octubre, una ley introdujo medidas que ampliaran los poderes de investigación de la policía en el ámbito antiterrorista (revisión de los baúles del automóvil, allanamiento nocturno, etc.).

Hoy en día, podemos decir que tenemos las suficientes herramientas para enfrentar al terrorismo, pero, en lo que refiere al crimen organizado, la realidad es distinta.

II.2 La reacción al crimen organizado

En Francia, es fundamentalmente la Dirección Central de la Policía Judicial –policía de investigación– la encargada de hacer frente a la criminalidad organizada.

Por eso, dentro de esta Dirección fueron creadas varias Oficinas Centrales especializadas, que, dentro de su propio ámbito, tienen competencia nacional que va más allá de la Policía Nacional. Cumplen la función de centralización y coordinación de todos los otros servicios de investigación, tales como la Gendarmería o la Aduana.

Estas Oficinas Centrales abarcan casi todas las actividades de la Criminalidad Organizada, como ser:

- la criminalidad violenta: asaltos, secuestros,
- el narcotráfico,
- el tráfico de seres humanos,
- el tráfico de armas y materiales nucleares, biológicos y químicos,
- la moneda falsa,
- el lavado de dinero,
- el cybercrimen.

Pero, es tal el tamaño de la amenaza que, hoy en día otras Direcciones de la Policía Nacional, además de la Policía Judicial, dedican sus esfuerzos a este combate contra la Criminalidad Organizada. Este es el caso de la Dirección de Inteligencia General y de la Seguridad de Estado. Más allá de la Policía Nacional, también desempeñan un papel en este ámbito la Gendarmería, la Aduana y hasta el Servicio de Inteligencia Civil.

Para coordinar las actuaciones de los distintos servicios, en 1986 fue implementada –según el modelo de la UCLAT– una Unidad de Coordinación Anti-Mafia, la UCRAM, integrada por representantes de todos los servicios involucrados.

Sin embargo, lo que es necesario para este combate contra el crimen organizado es un arsenal legislativo adecuado.

En el Código Penal francés sólo aparece mencionado el delito de “asociación delictiva”, que otorga pena a los integrantes de un grupo o emprendimiento establecido para la preparación de hechos delictivos de gravedad. Existe también un factor agravante de “actuación en banda organizada”. Pero este texto exige que haya hechos materiales que concreten dicha preparación del crimen, tales como la tenencia de armas, el uso de autos robados o de documentos falsificados, etcétera.

Hasta ahora, no existe nada parecido al artículo 416 bis del Código Penal italiano, que castiga a la “asociación mafiosa”. No tenemos un Ministerio Público especializado a nivel nacional –como para el terrorismo– ni tampoco una verdadera ley sobre los “arrepentidos”.

Como Francia firmó en diciembre de 2000 en Palermo, la Primera Convención de las Naciones Unidas contra la Criminalidad Transnacional, tendrá, para cumplir con la misma, que introducir en su Código Penal disposiciones que castiguen la existencia de un grupo criminal.

III. Conclusión

Por cierto, el dispositivo francés de réplica al terrorismo y sobre todo al crimen organizado, no es perfecto, pero, sin embargo es el que mejor corresponde a nuestras instituciones y a nuestra idiosincrasia... o mejor dicho el que mejor correspondía, ya que recientemente, y aún antes de lo ocurrido el 11 de septiembre, las cosas cambiaron y siguen cambiando.

Muy a menudo, resulta difícil hacer una distinción entre grupos terroristas y organizaciones criminales. Esto se puede observar en Córcega, donde existen lazos muy estrechos entre el terrorismo y la delincuencia común. Podemos realizar la misma constatación con los grupos de terroristas islamitas, actuando en Francia, que cometen atentados y al mismo tiempo asaltan bancos o venden droga. Lo vemos igualmente con los grupos extranjeros, como ser el Partido Comunista del Kurdistan (PKK), que utiliza el terrorismo contra los intereses turcos y, al mismo tiempo, se dedica al tráfico de drogas, de armas y de seres humanos en toda Europa. Del mismo modo apareció una estrecha vinculación entre la UCK y las distintas mafias albanesas.

Por otra parte, desde el 11 de septiembre, el combate contra el terrorismo se volvió una guerra que necesita la participación de todos

los recursos de un Estado, más allá de las fuerzas de seguridad dispersas. Para lograr esto es preciso reflexionar ampliamente en cuanto al despliegue más adecuado.

Por último, y aunque parezca evidente, vale la pena mencionar que, el combate contra el terrorismo y el crimen organizado, no puede ser conducido por cada país aislado, dentro de sus propias fronteras. La cooperación internacional resulta imprescindible, y esta debe abarcar todos los ámbitos: policial, judicial, militar, etcétera.

Lamentablemente, hasta el 11 de septiembre, muchas veces esta cooperación no representó más que discursos y declaraciones de principio. Por ejemplo, Francia nunca recibió la cooperación que siempre requirió de algunos países occidentales, y hasta europeos.

Ojalá que los miles de muertos, resultado de los trágicos y recientes atentados, logren abrir los ojos de ciertos gobiernos, y que tomen conciencia de que todos formamos parte del mismo combate, que no puede pasarse de largo.

EL DEBATE SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES 23.492 Y 23.521

MIGUEL M. PADILLA*

1. El día en que esto escribo, aguardo con cierta impaciencia, supongo que como todos ustedes y como el público en general, la tan esperada decisión de la Corte Suprema de Justicia acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final.

Es que, transcurriendo casi un cuarto de siglo desde los últimos episodios subversivos, toda nuestra sociedad espera que –sin desmedro de los sentimientos de quienes han padecido en ellos– ha llegado la hora de cerrar definitivamente esos trágicos hechos de nuestra no tan lejana historia y dejar de mirar hacia el pasado, más aún cuando la comunidad nacional debe afrontar, y por largo tiempo, la profunda crisis moral y material que la aflige desde hace varios años, pero que sin duda sucederá.

Este acto de bajar el telón sobre circunstancias que hirieron gravemente la sensibilidad de nuestro pueblo, ha sido afrontado con éxito por varias naciones que atravesaron por parecidas circunstancias.

Tal política de conciliación ha sido aplicada sin resquemores y con éxito por nuestra hermana República Oriental del Uruguay en la que su Congreso aprobó una amplia amnistía, ratificada por la Suprema Corte y por un referéndum celebrado en 1988; por varias naciones europeas y por la República de Sudáfrica. En Francia, luego de los dramáticos episodios del alzamiento argelino, fueron amnistiados y restituidos a sus grados los oficiales que habían intervenido en ellos; algo parecido sucedió en Italia, y en España, poco años después de concluida su tremenda guerra civil, se prohibió exponer el tema tanto

* Profesor Titular de Derecho Constitucional. UNBA.

visualmente como por escrito; y en Sudáfrica, fue creada una *Comisión para la Verdad y la Reconciliación* destinada a investigar las violaciones a los derechos humanos e identificar a sus autores, pero sin otra sanción que la de publicar sus nombres.

Menciono así mismo que en las naciones liberadas del yugo soviético estos últimos años, se encuentra prohibido investigar hechos anteriores a dicha liberación.

2. El propósito de esta nota consiste en refutar los argumentos presentados por el Sr. Procurador General de la Nación sosteniendo la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521 (en adelante, "las" "ambas" o "estas" leyes") al emitir el 28 de noviembre de 2001 su extenso dictamen en 23 fojas en una causa en trámite hoy ante la Corte Suprema de Justicia de a Nación, a raíz del recurso extraordinario presentado por las personas en estado de detención preventiva, procesadas por disposición del juez federal en lo penal Dr. Caballo, confirmada por la respectiva Cámara de Apelaciones: otra causa similar aguarda el fallo del Alto Tribunal.

He adelantado esa intención presentando ante el Alto Tribunal, en diciembre del año pasado, un escrito de los llamados *amicus curiae*, es decir, amigos de la justicia, institución originaria de los Estados Unidos y según la cual un particular puede intervenir en un expediente aportando argumentos a favor de una u otra de las partes, y siempre que ellas no se opongan.

Sobra aclarar que no me ha movido el interés por las personas encausadas, a quienes no conozco, sino estos dos motivos: *ante todo*, la admiración, el respeto y el afecto que siempre he tenido por nuestras FFAA, que a lo largo de dos siglos has aportado su esfuerzo, su sacrificio y su sangre para asegurar tanto la independencia nacional como la defensa del país, antes y ahora, frente a quienes en su momento revistieron calidad de enemigos, y más tarde, el afianzamiento de la Nación ya organizada: *y luego*, porque pienso que existe desde hace tiempo un claro intento de hostilidad y hostigamiento hacia ellas, reflejo del cual son las sentencias que he mencionado: a nadie se le escapan que forman parte de una campaña llevada a cabo contra los principios y valores permanentes de nuestra sociedad y de sus instituciones y que debe ser contrarrestada con los medios a nuestro alcance.

El Sr. Procurador General, después de reseñar al comienzo de su dictamen los argumentos contenidos en el recurso extraordinario de los encausados, expone los suyos:

- Imputa inconstitucionalidad a las leyes, que además considera violatorias del art. 29 de la Constitución Nacional;
- Destaca su incompatibilidad con normas de instrumentos internacionales protectores de derechos humanos;
- Sostiene la imprescriptibilidad de los hechos supuestamente criminosos;
- Recuerda que la desaparición forzada de personas constituye un delito establecido en otra convención internacional.

Al despliegue de estas razones, precede una Introducción en la que enuncia una de las principales misiones de su función, la que consiste en *promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad*. Ya veremos que a su dictamen no parece interesarle la legalidad, y mucho menos la defensa de los intereses generales de la sociedad.

¿Por qué digo esto?

¿No es, acaso, justo, preguntarse qué instrucciones impartió el Sr. Procurador General a sus subordinados cuando las actuales autoridades aniquilaron despiadadamente el fundamental derecho de propiedad de centenares de miles de personas, o cuando reiteradamente afectaron el orden constitucional emitiendo inconstitucionales decretos de necesidad y urgencia?

¿Qué legalidad se acató?

Y por lo que hace a los intereses generales de la sociedad, y no solamente a un sector o grupo particularmente amparado, su verdadera defensa exige que sea absolutamente imprescindible cerrar capítulos trágicos de nuestra reciente historia. Estoy seguro de que es esta opinión absolutamente mayoritaria de los argentinos, aunque hubieran militado en el otro bando.

¿Es que los señores jueces federales que intervienen en estas causas y otras similares consideran que mantener indefinidamente abierta la persecución penal respecto de episodios tan distantes en el tiempo, representa una positiva contribución para *la defensa de los intereses generales de la sociedad*?

¿Es que el Sr. Procurador General participa también en esta creencia, como pareciera demostrarlo la insistencia de su dictamen?

3. Ha de destacarse, en torno a esta misma cuestión, que cuando se debatieron en nuestro Congreso los proyectos de las leyes, los legisladores oficialistas, radicales, al participar en la discusión adhirieron a este propósito.

El senador Berhongaray, presidente de la Comisión senatorial de Asuntos Constitucionales y en esa calidad, miembro informante del proyecto, expresó:

“Por ello, es tan importante que después de tantas fallas comencemos, entre todos, *esta tarea de reconstrucción*. Este proyecto de ley apunta a eso. Algunos, piensan, honradamente, que la reconciliación no llegará por ese medio. Nosotros estamos plena y absolutamente convencidos de que sí...”, agregando que una conducta ética es incompatible con el mantenimiento de causas abiertas durante quince años.

El proyecto resultó aprobado el 24 de diciembre de 1986, con los votos a favor del radicalismo y en contra de la mayoría de los justicialistas y del FREPASO.

Poco después, en mayo de 1987, el presidente de la Nación remitió al Poder Legislativo el proyecto que se convirtiera en la ley 23.521.

Correspondió al ex senador De La Rúa, como presidente de la Comisión senatorial de Asuntos Constitucionales, informarlo:

“Asumo la responsabilidad de informar este importante proyecto de ley... por eso lamento que cuando debía darse el paso siguiente, cuando era necesario asumir también la responsabilidad consecuente de apoyar el dictado de las normas adecuadas para eliminar las causas que provocaron esas tensiones, solo escuchemos de la oposición las discrepancias y las críticas”.

En la Cámara de Diputados se desempeñó como informante el diputado Zubiri, exponiendo entre otros conceptos los siguientes:

“Todos somos responsables de buscar la reconciliación nacional como base previa e indispensable para la unidad nacional... No soy tan torpe ni tan necio como para creer que la unidad nacional o la reconciliación argentina se logran por una ley o un decreto, pero la responsabilidad de gobernantes hace que debemos dar los pasos necesarios para plasmar en hechos concretos esta unidad nacional, no como un discurso... sino con acciones precisas que nos lleven a superar las absurdas antinomias que los argentinos tenemos”.

Finalmente, ha de mencionarse que la ley 24.952, sancionada en 1998, derogó escuetamente ambas leyes, las que desde fecha han perdido su vida jurídica, no siendo dable resucitarlas.

Primer argumento: inconstitucionalidad de estas leyes, primera parte del mismo

Puedo ahora entrar de lleno en la materia de estas consideraciones.

Como adelanté, el primer argumento del Sr. Procurador General achaca inconstitucionalidad a ambas leyes, tanto por transgredir disposiciones de dos pactos internacionales con jerarquía constitucional —el Pacto San José de Costa Rica y el Pacto de Derechos Civiles y

Políticos—ratificados por nuestro país en 1984, y que tipificaban como delitos o crímenes diversos comportamientos acaecidos durante la lucha antissubversiva; es decir, parecería que estas leyes eran *ab initio* inconstitucionales por infringir normas de tratados de derechos humanos: adelanto, que no previeron que estos hechos delictivos fueran imprescindibles.

Pero, en primer lugar, el Sr. Procurador General olvida que los delitos imputados a los aquí procesados, así como a otros muchos militares, habían ocurrido *antes* de la ratificación de aquellos pactos y entonces juega aquí un papel decisivo el principio *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, que se encuentra en la legislación universal y, en lo que a nosotros concierne, al comienzo del art. 18 de la Constitución Nacional, que citaré más de una vez:

“Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo *fundado en ley anterior al hecho del proceso...*”

y en segundo lugar, parece habersele pasado por alto que la ley 23.521, en su art. 1º, prescribe:

“Se presume, sin admitir prueba en contrario, que quienes a la fecha de la comisión del hecho revistaban como jefes, oficiales subalternos, suboficiales, y personal de tropa de las FFAA, de seguridad y penitenciarias, no son oponibles por los delitos a que se refiere el art. 10, punto 1, de la ley 23.492 por haber obrado en virtud de obediencia debida. La misma presunción será aplicada a los oficiales superiores *que no hubieren revistado como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de sub zona, jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria, si no se resuelve judicialmente, antes de los treinta días de la promulgación de esta ley, que tuvieron capacidad decisoria o participaron en la elaboración de las órdenes*”.

En consecuencia, no es cierto que estas leyes acordaran impunidad por los hechos delictivos que hubieran podido cometer las FFAA durante el conflicto con los grupos terroristas.

Cabe agregar, si falta hiciere, que ambas leyes fueron consideradas y sancionadas por el Congreso de la Nación cumpliendo con todas las pertinentes disposiciones constitucionales.

Segunda parte del mismo argumento: la pretendida violación del art. 29 de la CN: ¿Fueron estas leyes de amnistía?

Tal vez no muy seguro de la solidez de sus previas afirmaciones, el Sr. Procurador General agregó una nueva causa de inconstitucionalidad: la violación de lo establecido por el art. 29 de la CN.

Intenta, en efecto, demostrar que el contenido de ambas leyes resulta inconciliable con dicha norma, pues —a su criterio— el gobierno militar actuante entre el 24 de marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983.

“...se atribuyó la suma del poder público, se arrogó facultades extraordinarias, y en ejercicio de esos poderes implementó, a través del terrorismo de Estado, una práctica sistemática de violaciones a garantías constitucionales”.

Citemos este importante texto, que no conoce par en ningún otro documento constitucional:

“El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobierno o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetan a los que los formulen, consientan o firmen a la responsabilidad y pena de los infames traidores de la patria”.

No creo que sea necesario recordar que esta tan importante disposición fue incluida por los constituyentes de 1853 evocando en su memoria hechos terribles ocurridos no muchos años antes y cuyas consecuencias muchos de ellos habían sufrido personalmente, o en sus familias. Por consiguiente, la más elemental lógica interpretativa debe hacerse cargo de esta motivación como pauta maestra para comprender el sentido de esta disposición.

Así lo exponen nuestros constitucionalistas, destacando de paso que el único antecedente del hecho descrito en este original precepto, fue la ley sancionada en 1835 por la Legislatura porteña, otorgando al gobernador Rosas las facultades extraordinarias sin las cuales no hubiera aceptado el cargo.

Pero además, lo que esta norma tipifica es un acto que solamente puede ser realizado por la rama legislativa de los gobiernos, *pero no alcanza ni comprende los hechos que funcionarios o dependientes del Estado hayan podido cometer dentro o al margen de las facultades extraordinarias conferidas, y que seguramente se hallarán descriptos en la ley penal.*

Se ha dicho que estas leyes contienen una amnistía encubierta, opinión a la que adhiero.

Siendo ello así, puede con seguridad afirmarse que tal tipo de leyes son por completo ajenas a los actos constitucionalmente sancionados por el mencionado art. 29.

En pronunciamientos de la Corte Suprema –así opinó el ministro Fayt– estas leyes han sido calificadas como de “Amnistía”, y con acierto. Se trata de alcanzar la paz en una comunidad después de conflictos armados, mediante el olvido de ilícitos políticos y comunes vinculados a ellos que se hubieren cometido en esas ocasiones.

Nuestra accidentada historia es pródiga en decisiones de esta índole, desde un decreto firmado en 1811 hasta las numerosas leyes sancionadas una vez organizada la República: ley 714, 1875, ley 2131, 1888, ley 2713, 1898; ley 4349, 1906; ley 11.626, 1932; ley 12.673, 1941; ley 14.296, 1953, hasta llegar a la ley 20.508, del 25 de mayo de 1973, respecto de juzgados y condenados y de muchos presos comunes, entre ellos, si no recuerdo mal, de un tal Chiappe, encarcelado por narco-traficante.

Este primer argumento esgrimido por el Sr. Procurador General, se presenta, como habrá podido apreciarse, totalmente desnudo de respaldo jurídico.

Nulidad e inconstitucionalidad de leyes derogadas

Para, de alguna manera, cubrir ese vacío, se ha hechado mano de la afirmación, estrechamente ligada a él –sostenida por los señores jueces Caballo, Bonadío y otros, por la Cámara del Fuero y por el Sr. Procurador General– en cuanto a que estas leyes, o algunas de sus disposiciones son –para ellos– nulas e inconstitucionales.

A ello respondo que no es jurídicamente posible declarar ni la nulidad ni la inconstitucionalidad de leyes que carecen de vigencia actual por haber sido derogadas.

Es casi elemental para el Derecho Constitucional comprender que no es jurídicamente posible declarar por vía judicial la nulidad de una ley, salvo que en el proceso de su sanción se hayan incumplido normas constitucionales relativas al respectivo trámite, como por ejemplo, si hubiera faltado el quórum necesario: no fue éste el caso.

Por lo que atañe a su presunta inconstitucionalidad, solamente puede ser declarada en sede judicial y en caso de conflicto entre las disposiciones de la ley en cuestión y cláusulas constitucionales.

Pero menos aún, y este es el eje del problema, es factible declarar judicialmente la nulidad o inconstitucionalidad de leyes o partes de ellas cuya vigencia ha terminado, puesto que tal circunstancia impide su aplicación a hechos o actos posteriores.

No conozco, en la doctrina judicial elaborada durante largos años por la Corte Suprema de Justicia, sentencias que hayan asignado efecto retroactivo a los vicios de inconstitucionalidad.

En consecuencia, para aquellos individuos que integraban las Fuerzas Armadas entre 1976 y 1980 se presentaron –por los años 1983 a 1985– dos hipótesis:

o fueron procesados por supuestos delitos cometidos en el curso de la lucha contra la subversión y, en tal caso, la aplicación a sus respectivas causas de lo establecido por las leyes 23.492 y 23.521 importó que, desde entonces, les ampara la garantía de la cosa juzgada;

o no se les inició causa penal alguna, y en consecuencia, se hayan tutelados por la garantía del derecho adquirido a no ser nunca procesados a partir de la entrada en vigencia de aquellas leyes.

Pero a esta orfandad es muy importante agregar que entre los años 1986 y 1988 numerosas fallos –alrededor de 18– dictados por la Corte Suprema de Justicia declararon la constitucionalidad de estas leyes, con la conformidad de los predecesores del actual Procurador General, Dr. Andrés D'Alessio, Juan Oviedo Gauna y Jaime Malamud Goti.

La primera decisión que declaró la constitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521 fue dictada en el caso “Causa incoada en virtud del decreto 280/84 del Poder Ejecutivo Nacional”, votando afirmativamente los Dres. José S. Caballero y Augusto C. Belluscio; en el mismo sentido pero con sus fundamentos, el Dr. Carlos S. Fayt; en disidencia parcial el Dr. Enrique S. Petracchi y en disidencia total el Dr. Jorge A. Bacqué.

Los dos primeros sostuvieron que “Declarar la Constitucionalidad de la Ley 23.521 no supone dejar impunes los delitos juzgados, sino variar el centro de imputación hacia otros sujetos”; el Dr. Fayt, por su lado, expresó que “La ley 23.521 ha sido sancionada en ejercicio de la facultad del Congreso Nacional de conceder amnistías generales, establecida en el art. 67, inc. 17 *in fine* de la Constitución Nacional”; el Dr. Petracchi, luego de un largo y meduloso examen de los antecedentes históricos de la obediencia debida y sus límites, concluye: “Por ello, no obstante las graves deficiencias de que adolece la norma en estudio, esta Corte, no puede desconocer que más allá de la letra de la ley, existe una clara decisión política del legislador, cuyo acierto o error no corresponde al Poder Judicial evaluar. En tal sentido, debe tenerse presente que la intención del legislador no debe ser obviada por posibles imperfecciones técnicas de su instrumentación legal y que la misión judicial no se agota con la sola consideración indeliberada de la letra de la ley, porque es ineludible la función de los jueces en cuanto órganos de aplicación al ordenamiento jurídico

vigente, determinar la versión, técnicamente elaborada, de la norma aplicable al caso. Esto es así, con mayor razón, si se repara en que mediante la presente ley, los Poderes Ejecutivo y Legislativo han decidido, ante el grave conflicto de intereses que la sociedad argentina afronta en torno a este tema, conservar la paz social encauzando la voluntad popular en medidas que clausuren los enfrentamientos en procura de alcanzar como meta indispensable la unión de los argentinos...”

En el caso “Jofré, Julia J.”, –que validó ambas leyes, con la disidencia del Dr. Bacqué– el dictamen del Señor Procurador General de ese entonces, Dr. Jaime Malamud Goti, contiene esta muy apropiada frase:

“No puede pasarse por alto el hecho de que los sucesos ocurridos fueron de excepcional gravedad e involucraron por acción u omisión, de forma directa o indirecta, a un enorme sector de nuestra ciudadanía. Esto obliga a que la ley deba ocuparse de que solo los mayores responsables sean debidamente juzgados, *permitiendo así que lo que es hoy considerado por algunos equivocadamente una renuncia a la justicia constituye, en realidad, la manera más eficaz de lograr el afianzamiento de las instituciones que garanticen la conciliación y libertad de los argentinos. Es esto último lo que debe disputarse como la máxima consecuencia del ideal de justicia que tantas veces aparece invocado en los escritos de apelación*” (Fallos:311:80, del 11 de febrero de 1988: el subrayado me pertenece), desde que la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador (Fallos: 182:486; 184:5;186:258; 200:165;257:99).

En la causa “Trimarco, Juan Carlos y otros”, el entonces Procurador General de la Nación, Dr. Andrés D’Alessio dictaminó como sigue:

“El reclamo de inconstitucionalidad de la ley 23.521, en el que basa su agravio contra el auto de fs. 296/302 la particular damnificada, se funda en argumentos que nada nuevo aportan con relación a los que fueran contestados al dictaminar el 21 de diciembre de 1987 en la causa A.554 L. XXI, motivo por el cual consideró que debe rechazarse la apelación deducida por las razones allí invocadas, a las que me remito” (Fallos: 311:1122).

Poco tiempo antes, quien ocupaba esa magistratura era el Dr. Juan O. Gauna, y al emitir su dictamen en la denominada causa “Camps”, defendió la tesis más amplia en materia de impunidad por “obediencia debida”, sosteniendo que la restricción por obediencia

debida, excluyendo del ámbito de la impunidad a la comisión de “hechos atroces o aberrantes”, tal como lo había declarado la ley 23.049, era inconstitucional, como ley penal *ex post ipso*, contraria al artículo 18 de la Constitución Nacional.

Segundo argumento: Ambas leyes son incompatibles con normas de instrumentos internacionales protectoras de los Derechos Humanos

Como segundo argumento, el Señor Procurador General aborda el punto relacionado con la compatibilidad de ambas leyes con normas internacionales de jerarquía constitucional, sosteniendo que las mismas son vinculantes para nuestro país, al menos desde 1984 y 1986, y que prohíben actos estatales que impidan la persecución penal de graves violaciones de los derechos humanos (arts. 27, 31 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, 1 y 2 de la “Convención Americana sobre Derechos Humanos” y 2 del “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”).

Sin embargo, es preciso señalar que los principios de orden constitucional de los Estados no pueden soslayarse so color de una pretendida y vaga –como más adelante apuntaré– universalidad o jurisdicción universal. Hay principios del Derecho Penal y, por ende, del Derecho Penal Internacional que fueron creándose al amparo de la doctrina y la jurisprudencia, como el de la irretroactividad de las leyes y el *non bis in idem*.

Es exacto, desde luego, que cuando ambas leyes recibieron sanción en diciembre de 1986 y junio de 1987, respectivamente, ya habían sido ratificados los instrumentos interregionales e internacionales antes mencionados y que, en consecuencia, al declarar la no punibilidad de actos señalados como delitos en estos documentos, las leyes en cuestión parecían *ab initio* inválidas: ya he tocado este punto.

Pero esta conclusión no es suficiente para sostener la aplicación de cláusulas de dichos tratados a supuestos hechos delictuosos cometidos antes de la ratificación de aquellos por nuestro país: frente a esta tesis, se alza sólidamente el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

La Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fueron anteriores a la sanción de ambas leyes, pero carecen de efecto retroactivo para sancionar hechos producidos, a lo sumo, en 1978: caso distinto es el de dos

instrumentos posteriores, la “Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas” y la “Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad”, que establecen la imprescriptibilidad de hechos anteriores a su ratificación: esta pretensión es, para nosotros, jurídicamente inadmisibles, pues conforme al art. 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, cuando cualquier tratado, principio o costumbre internacional penal entra en conflicto con normas de la Primera Parte de la misma, ella prevalece: es desde luego, el caso del art. 18, sobre el cual me extenderé luego. De no ser así, se estaría modificando la Constitución por vías que ella no contempla.

Ha de concluirse, pues, que las normas de la Constitución Nacional conservan su supremacía frente a las contenidas en tratados internacionales, aun cuando se les haya asignado jerarquía constitucional.

En el caso del art. 18 que prevalece sobre las disposiciones de acuerdos internacionales por así disponerlo los art. 31 y 75, inciso 22, del código constitucional.

Su conocido texto es como sigue:

“Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo, fundado en ley anterior al hecho del proceso”.

Por ello, y como lo admitió el tribunal de alzada, “la máxima objeción que puede aducirse radica en la aplicación *ex post facto* de normas de carácter internacional en el juzgamiento de hechos ocurridos, como los que resultan objeto de la presente pesquisa, en el período comprendido entre los años 1976 y 1983. en razón de lo expuesto, toda norma que dispusiera la imprescriptibilidad de la acción penal referida a los hechos cometidos en la última dictadura militar, chocaría en el ámbito del derecho interno, con el principio de legalidad”.

Estimo pertinente extenderme en esta ocasión sobre el contenido de la citada disposición constitucional.

La garantía del citado precepto, *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, vigoroso baluarte de protección de la vida, la libertad y la propiedad de las personas, posee un largo abolengo histórico, iniciado ya antes de que la Carta Magna inglesa de 1215 lo reconociera implícitamente en su artículo 39, y repetida desde entonces en numerosos documentos de nivel institucional, como los Fueros de Aragón y de Navarra del siglo XIV y el Fuero de Vizcaya de 1527 hasta la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano” de 1789.

Este postulado contribuyó a reducir la arbitrariedad en el ejercicio del poder, limitando las competencias penales de los gobernantes. Tuvo recepción prácticamente unánime en el Derecho Constitucional y Penal del siglo XIX.

Naturalmente, no podía encontrarse ausente en las declaraciones de derechos concertadas a partir de 1948, cuyas pertinentes disposiciones citaré más adelante.

En doctrina, el gran mérito de elaborar y fundamentar este principio le corresponde al gran humanista y penalista italiano, Cesare Beccaria. En su famoso opúsculo *De los delitos y de las penas* (escrito en 1764), entre otros avances de la filosofía penal liberal, concreta este principio en su sentido moderno, inspirándose en el postulado de legalidad que deben tener las penas, el que surge del *Contrato Social* de Rousseau.

El valioso principio *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, ha sido receptado por los acuerdos interregionales e internacionales sobre tutela de los derechos humanos, como se verá a continuación:

“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional e internacional...” (Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 11.2);

“Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable” (Convención Americana sobre Derechos Humanos, art.9);

“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional”. (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art.15.1);

“Nadie puede ser condenado por una acción u omisión que en el momento que fue cometida, no constituía una infracción según el derecho nacional o internacional” (Convención Europea de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, art.7.1).

En relación con esta cuestión, encuentro oportuno citar a un distinguido estudioso nacional, quien recuerda de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, que fue la base del Estatuto de la Corte Penal Internacional, hoy en funciones, se expresa:

“Una novedad importante del estatuto de Roma” –(se refiere al que ha creado la Corte Penal Internacional)– “es el reconocimiento de que los crímenes internacionales pueden ser cometidos fuera del marco

de la estructura estatal. Los documentos anteriores y parte de la doctrina tendían a sostener que solo los agentes estatales podían cometer dichos crímenes. Por el contrario, el Estatuto de Roma admite – expresamente en los delitos de lesa humanidad– que estos pueden ser cometidos por otro tipo de organizaciones. *Tal disposición podría interpretarse como sancionando las actividades terroristas ejecutadas por otros grupos sociales fuera del Estado, cuando, por supuesto, alcancen la magnitud propia de crímenes internacionales* (Waldo Villalpando, *De los Derechos Humanos al Derecho Penal Internacional*, Editorial Abeledo-Perrot, 2000, pág. 323).

Como es de pública notoriedad, durante el transcurso de la lucha antisubversiva los grupos que iniciaron (FAR, ERP, montoneros en general) cometieron durante esos años muy crueles y aberrantes crímenes de lesa humanidad, descritos y penados en los instrumentos del Derecho Penal Internacional.

Sin embargo, ninguno de los jueces del fuero penal federal se preocupó por investigar estos trágicos hechos y, eventualmente, procesar y condenar a sus autores.

Cuarto argumento: la privación ilegal de la libertad y la desaparición forzosa de personas

Conviene aquí advertir que la expresión “lesa humanidad” es de cercano origen, y fue creada para permitir una calificación tripartita de los delitos de que se acusaba a la dirigencia nacional socialista.

Dicha expresión, “crímenes de lesa humanidad”, aparece recién –en lo que concierne a nuestro ámbito normativo–, en la “Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas”, aprobada el 9 de junio de 1994, cuyo art. 7 dice: “La acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción”. Este acuerdo fue incorporado al ordenamiento jurídico nacional por la ley 24.556, aprobada el 10 de octubre de 1995, y posteriormente la ley 24.820, sancionada el 29 de mayo de 1997, le asignó la jerarquía constitucional autorizada en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional.

Por consiguiente, de manera alguna puede imputarse a los encausados la comisión de un delito ausente de todos los acuerdos y convenios internacionales a la fecha en que se dice fue cometido, es decir, el 26 de noviembre de 1976, veinte años antes de la ratificación del citado instrumento.

Y va de suyo que siendo esto innegable, el tema de la imprescriptibilidad de las acciones para reprimirlo cae estrepitosamente, en vista de la ausencia del hecho delictuoso al cual pretende aplicarse.

Pues es patente que si no existe delito es totalmente carente de sentido indagar acerca de si se encuentra o no prescripto, o si es imprescriptible, y no obstante, en esa inútil tarea se ubica al cuestionar el argumento de que “sería contrario al principio de legalidad material, consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional, tomar en consideración una figura delictiva no tipificada en la legislación interna, como la desaparición forzada de personas, y así también aplicar al caso normas internacionales relativas a los crímenes de lesa humanidad y su imprescriptibilidad que no habrían estado vigentes para el Estado argentino en el momento del hecho”.

Por consiguiente, la primera cuestión a resolver consiste en establecer si la citada figura delictiva se encontraba antes tipificada en nuestra legislación interna, y llega a una respuesta afirmativa asimilándola al delito de privación ilegal de la libertad (art. 140 y sigs. del Código penal de la Nación).

Hay aquí una seria equivocación.

El delito de privación ilegal de la libertad contempla ilícitos cometidos generalmente por particulares –los secuestros que a diario se cometen en el Gran Buenos Aires– ya sea para obtener una compensación económica, o por una venganza, etcétera, pero nunca son el intento de reprimir ideologías.

Totalmente diferente es la caracterización del hecho sancionado por la “Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas” –hoy con jerarquía constitucional–: “Se entiende en el Derecho penal internacional la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona”. El sujeto activo de estos ilícitos, por lo tanto, *es siempre el Estado, y ello significa una sustancial diferencia con el tipo delictivo mencionado en el art. 140 del Código Penal.*

La obediencia debida

Como lo concerniente a la “obediencia debida” asoma todo a lo largo de esta exposición, me ha parecido adecuado dedicarle algunas líneas.

En efecto, el art. 1° de la ley 23.521 dispone que “no son punibles los delitos a que se refiere el artículo 10, punto 1, de la ley 23.049 por haber obrado en virtud de obediencia debida”, son convenientes algunas aclaraciones al respecto.

El instituto se encuentra previsto en el art. 514 del Código de Justicia Militar, que dice:

“Cuando se haya cometido delito por la ejecución de una orden de servicio, el superior que la hubiere dado será el único responsable, y sólo será considerado cómplice el inferior, cuando éste se hubiere excedido en el cumplimiento de dicha orden”.

Por su parte, el Código Penal de la Nación expresa en su artículo 54, inciso 5:

“No son punibles... 5° El que obrare en virtud de obediencia debida”.

No puede existir ningún titubeo en cuanto a que la obediencia debida es la columna vertebral del estamento militar, no existiendo ejército alguno debidamente regulado que no repose en la existencia y rigurosa aplicación de la obediencia debida.

Pues la eficacia de las fuerzas armadas reposa indispensablemente en que las órdenes impartidas por los superiores sean cumplidas sin examen y sin demora, por sus subordinados.

“La disciplina, bien jurídico esencial para las relaciones guerreras, es lo que permite que el mando y el comando se ejerzan con naturalidad” (Oscar Igounet (h). “La obediencia debida militar como causal de justificación”, en diario “La Ley”, del 4 de agosto de 1986, pág.1).

El subordinado, sí, tiene el derecho inspección de la orden de examinar la legalidad (esto es, si la orden emana de un superior).

“...la jurisdicción militar en tiempo de guerra es amplísima. Durante tales episodios cruentos el derecho de inspección de la orden que posee todo subalterno, se torna poco menos que nulo y, como veremos más adelante, no obsta a su cumplimiento que el mandato pueda considerarse como atroz o aberrante, porque tales son características propias de toda confrontación bélica... Así, por ejemplo, en el ámbito militar el derecho de inspección de la orden es en exceso limitado y la obligación de obedecer es legalmente compulsiva, pudiendo –en casos extremos– constituir un delito la manifiesta desobediencia. (insubordinación)”. (Igounet (h). ob. y lug. cit. pág.2).

Por ello, solamente en tiempos de paz –que no lo eran los años de la subversión– (la acepción jurídica del término “guerra” según el dere-

cho internacional público e, incluso las Convenciones de Ginebra, se extiende a las guerras civiles). "...Será posible considerar como delito el empleo de la violencia orgánica y su lógica secuela de atrocidad o aberración, cuando tales hechos se atribuyen a personal que no actuó con capacidad decisoria propia." (Igounet (h). ob. y lug. cit., pág.2).

El autor que vengo siguiendo aporta un ejemplo, o caso que encuentro de mucho interés, que transcribo a continuación:

"Recuérdese —en el conflicto de Malvinas— la publicidad dada por Inglaterra sobre las técnicas despiadadas de guerra empleadas por los Gurkas... Dichas técnicas —que fueron llevadas a la práctica sin ningún miramiento (deguellos, violaciones, etc.) no eran más que la aplicación táctica de órdenes estratégicas, concebidas como integrativas del plan de acción psicológica autorizado por los máximos niveles de la conducción enemiga. Es obvio, así, que si el soldado Gurka no cumplía con la escenografía que debía observar para que cundiera el terror, incurriría en un delito militar gravísimo, pues desobedecería frente a sus propios camaradas (con lo que pondría en peligro la disciplina de toda la unidad), con el agravante de haberlo hecho en combate con enemigo extranacional". (Ygounet (h). ob. y lug. cit., pág.4).

No es cuestión, desde luego, de dejar sin sanción los llamados hechos atroces o aberrantes (torturas, violaciones, fusilamientos de prisioneros, etc.), pero las leyes 23.492 y 23.521 no siguieron ese indebido camino, sino que desplazaron la responsabilidad por tales crímenes hacia los niveles que ellas indican.

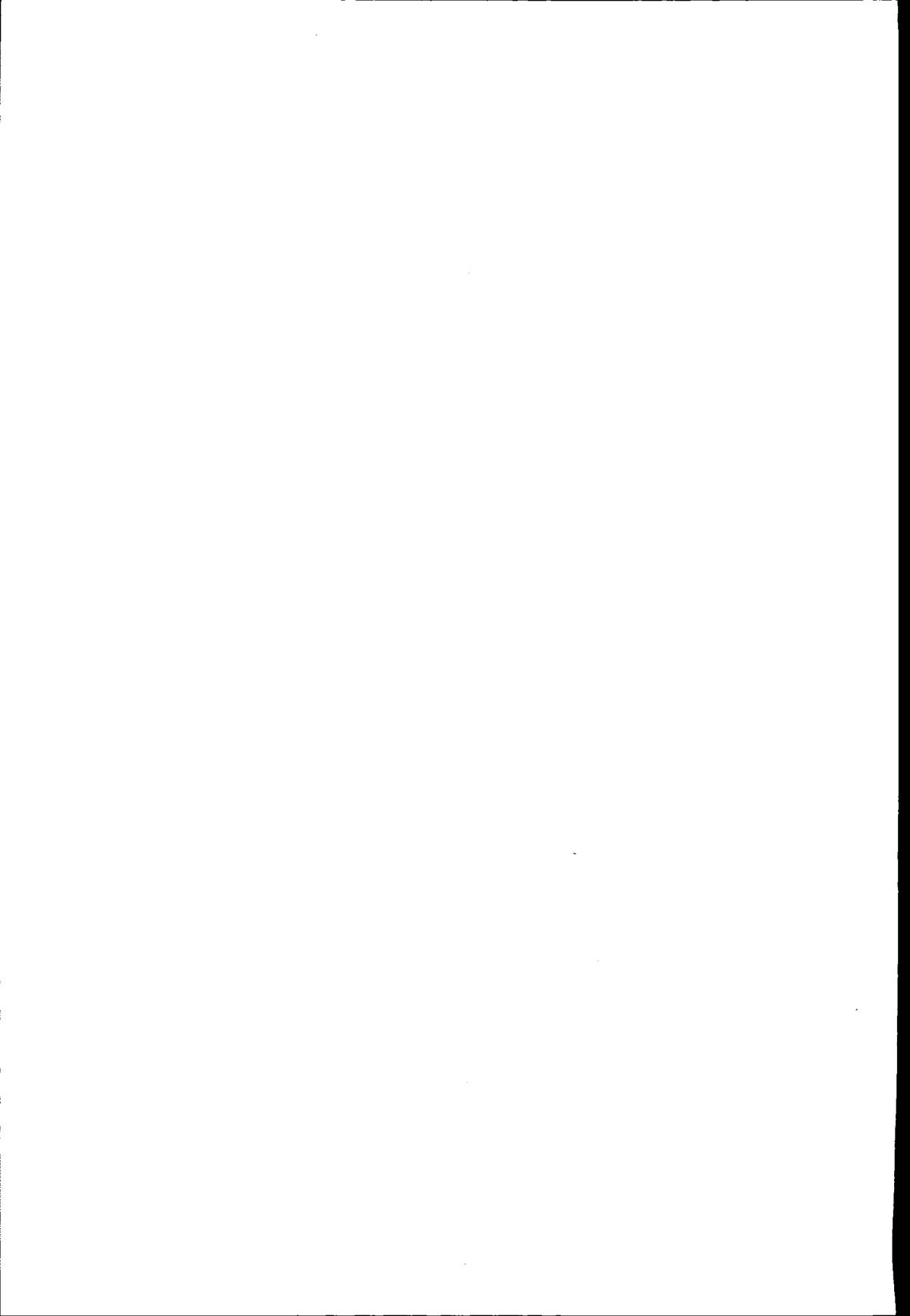
Téngase presente, además, que el art. 11 de la ley 23.04 establece una clara precisión:

"El art.34, inc. 5, del Código Penal deberá ser interpretado conforme a la regla del artículo 514 del Código de Justicia Militar respecto de los hechos cometidos por el personal mencionado en el artículo anterior" —(se refiere al personal militar de las Fuerzas Armadas, y al personal de las Fuerzas de Seguridad, policiales y penitenciado bajo control operacional de las Fuerzas Armadas y que actuó desde el 26 de marzo de 1973 hasta el 16 de septiembre de 1983 en las operaciones emprendidas con el motivo alegado de reprimir el terrorismo)— "que actuó sin capacidad decisoria cumpliendo órdenes o directivas que correspondieran a planes aprobados y supervisados por los mandos superiores orgánicos de las Fuerzas Armadas y por la Junta Militar. A ese efecto podrá presumirse, salvo evidencia en contrario

que se obró con error insalvable sobre la legitimidad de la orden recibida, excepto cuando consintiera en la comisión de hechos atroces o aberrantes”.

* * *

Como creo habrá podido advertirse, es frágil la argumentación expuesta en el dictamen del Sr. Procurador General, lo cual permite abrigar la expectativa de que compartiendo esta opinión, la Corte Suprema de Justicia se pronuncie a favor de la constitucionalidad durante su vigencia de las leyes 23.492 y 23.521.



DERECHOS FUNDAMENTALES Y CONSTITUCIONALISMO PENAL

POR CARLOS ALBERTO MAHIQUES*

1. Constantes y variables en la evolución del constitucionalismo penal

En el centro de la evolución jurídica constituida por el llamado constitucionalismo penal está la “juridización” de la relación entre el poder estatal y el individuo y sus derechos fundamentales. Juridización de la relación entre Estado e individuo no significa solamente la asunción de “formas” jurídicas en el ejercicio del poder estatal, sino además, el establecimiento de un límite y de contenidos –los derechos individuales– contra la tendencia naturalmente invasiva del Estado.

El área en la cual la relación entre el Estado y el individuo muestra su mayor tensión es el de la justicia penal, es decir donde el Estado ejerce monopólicamente el poder punitivo. Allí la cuestión de los derechos individuales constituye un *leitmotiv* del Derecho Penal, de su historia moderna y de su evolución, así como el “constitucionalismo penal” representa su perfil intrínseco, al menos desde la revolución francesa en adelante.

No es del caso indagar aquí sobre el perenne problema del fundamento de los derechos del Hombre, y si el mismo es de naturaleza ontológica, racional, antropológica, histórica-política, cultural o incluso una ineludible derivación del derecho positivo de los Estados. Empero, la adhesión a una u otra de estas teorías justificativas de los derechos fundamentales implica una serie de consecuencias sobre su

* Profesor Titular de Derecho Penal (UCA).

rol y significado. Se habrá de considerar, brevemente, la cuestión del desarrollo y expansión de los derechos humanos en la segunda mitad del siglo XX, y particularmente el cambio de dirección y de significado ideológico de tales derechos fundamentales y su efecto en el Derecho Penal.

Los derechos fundamentales constituyen el poder del individuo contrapuesto al poder político-social y económico que se transforma en función de la atención de los fines en los cuales la persona humana encuentra su propia realización. Como afirma G. Zagrebelsky, es en este sentido que los derechos humanos, de límite al poder del Estado, como eran considerados originalmente, se han convertido en fundamento, razón y objetivo del poder legítimo. En relación al derecho penal, los derechos fundamentales aparecen ya en aquel constitucionalismo penal que, liberando progresivamente el sistema punitivo del *ancien régime*, los circunscribe a las garantías, favoreciendo la secularización, con todo lo que esto último comporta para una concepción racional y utilitarista de la pena y para la elaboración de una serie de principios y criterios políticos criminales dirigidos a contener y limitar la intervención penal del Estado.

El cambio de acento verificable actualmente en la concepción de los derechos fundamentales puede contribuir a una transformación de los caracteres extraordinarios del "derecho penal clásico", direccionándolo hacia un ideal de justicia universal con sentido ético. De este modo, el derecho penal vio afectada su "clasicidad" desde dos frentes, convergentes pero críticos ambos de sus principios más consolidados. Por un lado, desde la sociedad tecnológica y "del riesgo", aparecen las exigencias de tutela refractarias a categorías jurídico-penales modeladas sobre tipologías criminales diferentes de las de las sociedades de los siglos XVIII y XIX. Por otro, desde la teoría de los derechos fundamentales aparecieron cuestiones y demandas de tutela cada vez más ideales en cuanto "esenciales" de la persona humana. Las transformaciones del *constitucionalismo penal* se sucedieron naturalmente a lo largo de toda la modernidad, desde el Iluminismo hasta nuestros días, siendo especialmente intensas las ocurridas desde la segunda posguerra. F. Palazzo observa que la experiencia italiana ofrece un campo de observación particularmente interesante, no sólo por lo que representó allí la guerra como cesura desde el punto de vista consitucional, sino también por el peculiar desarrollo que tuvo el constitucionalismo penal en ese país.

2. Algunos rasgos del constitucionalismo penal

En la experiencia comparada europea, la primera fase del constitucionalismo penal sitúa los derechos fundamentales en el marco de la tradición que le asignaba funciones limitadoras al poder punitivo del Estado en una prospectiva rigurosamente garantista. La idea y la operatividad de los derechos fundamentales se manifestaban en una articulación de facultades y prerrogativas del individuo frente al poder punitivo concentradas esencialmente en la *legalidad*. De esta concepción emerge un cierto "personalismo", sobre todo respecto a las funciones de la pena. Aflora asimismo una concepción ético-social de la relación punitiva entre individuo y sociedad, según la cual el Estado debe mantener los deberes de solidaridad social incluyendo en los mismos al sujeto que delinque. Es sobre esta vía que se formula un verdadero *derecho del condenado a la reeducación*.

Un derecho penal de este género, sin embargo, signado por la finalidad reeducativa de la pena, puede abrir riesgosos escenarios de afectación o transformación de la personalidad del reo. Existe, en efecto, un aura de escepticismo tanto en el plano teórico como práctico sobre la idea de reeducación, a partir de numerosos y mutables condicionamientos y adaptaciones que la finalidad reeducativa de la pena experimenta en el plano de su concreción normativa, respecto de las exigencias de la prevención general y de la represión de la criminalidad. En definitiva, esta afirmación termina por revelarse en la realidad histórica, solamente como uno de los múltiples criterios de ejercicio de la discrecionalidad legislativa en materia de penalidad.

Luego de la entrada en funciones de las Cortes Constitucionales Europeas el constitucionalismo penal permaneció vivo hasta los años setenta según su significado tradicional de derechos fundamentales de garantía, y limitadores del poder punitivo del Estado. Precisamente, la Corte Constitucional italiana se expidió por esos años acerca de una serie de normas incriminadoras que limitaban el ejercicio de legítimos derechos vinculados a la libertad de manifestación, de pensamiento, de asociación y de huelga. Por obra del mencionado tribunal, más que por la del legislador, se afirmó una doctrina constitucionalista que produjo como resultado una parcial liberalización y secularización del viejo Código Penal (debido a la inspiración de A. Rocco) que no fue aún modificado y conserva todavía la impronta autoritaria original.

3. La Constitución como fundamento del poder punitivo

La segunda etapa del constitucionalismo penal, se caracterizó por un impulso innovador que no persigue tanto hallar una fuente de limitaciones en la Constitución, sino sobre todo, el principio de la *legitimación substancial* del poder punitivo. La atención se desplaza así de las garantías formales (legalidad, irretroactividad, etc.) a los contenidos sustanciales de la tutela.

En efecto, esta versión del contitucionalismo penal intenta reforzar la base de legitimación del instrumento punitivo, evitando el riesgo de que pueda quedar a disposición de la mayoría del gobierno de turno y convertirse en un simple medio para la realización de su programa político. El carácter invasivo, objetivamente afectador de la persona que es propio del derecho penal requiere, por el contrario, de un programa político más estable y consensuado de aquel que pueda surgir de una mayoría circunstancial. Y un tal programa no puede sino surgir de aquel que se consolide a través del “pacto constitucional”.

Esta es una prospectiva en la cual se comprende cómo los derechos fundamentales pueden finalmente asumir una posición no necesariamente central en la vasta articulación de un programa político criminal derivado de la Constitución.

Este constitucionalismo penal, que podría llamarse “fundacional”, pues tiene por finalidad conferir un fundamento de legitimación al derecho penal, desarrolla dos instrumentos conceptuales para alcanzar dicho objetivo. El primero es aquel que pivotea sobre el concepto “bien jurídico”; el segundo consiste en un conjunto de criterios directrices que deberían guiar la discrecionalidad legislativa en sus opciones de criminalización. Los bienes jurídicos merecederos de tutela serían, pues, exclusivamente aquellos previstos expresa o implícitamente en la Constitución. Los criterios de criminalización pueden, a su vez, ser múltiples pero reconducibles siempre a las hipótesis de “irrenunciabilidad” de la sanción criminal, la cual debe ser constitucionalmente concebida como “subsidiaria” de otras formas de tutela igualmente eficaces.

Ahora bien, este “manifiesto” del constitucionalismo penal de los años setenta, halló resistencia en la doctrina. En efecto, los dos datos verdaderamente significativos para la refundación de un derecho penal de raíz constitucional tenían límites. De un lado, la llamada teoría de los bienes constitucionales aparecía rígida y diacrónica en su operatoria de criminalización, e inconciliable con la necesidad de ade-

cuación a las múltiples exigencias de tutela en la dinámica sociedad moderna, no completamente reflejadas en constituciones siempre "hijas de su tiempo".

Por el otro lado, los criterios de criminalización carecieron de determinabilidad, y por tanto de razonabilidad, en la explicitación de los contenidos de las leyes penales.

El significado histórico del constitucionanlismo penal "fundacional" fue el de señalar el deber del sistema de justicia penal de liberarse de cualquier estructura autoritaria, y el de instalar una idea de recodificación del derecho penal con vocación universal por la afirmación de los derechos fundamentales.

A diferencia de Italia, no pocos países de Europa occidental han modificado sus ordenamientos penales en el sentido expuesto. Entre ellos España y Francia, siendo la primera, a través del Código Penal de 1995, la que asumió expresamente la idea de los bienes jurídicos constitucionales como criterio guía de la parte especial del nuevo Código. Francia adoptó un nuevo código penal en 1994, que fue pomposamente calificado como "el código de los derechos humanos". Palazzo, sin embargo, señala aquí una aparente paradoja: el constitucionalismo de los derechos humanos marca un dato de relevancia nacional, cual es la "formación" de un nuevo Código Penal. Pero, en verdad, más allá de la influencia de los derechos humanos en la cultura jurídica francesa, en la señalada codificación aquellos no se muestran en todo su valor "transformador" del derecho penal clásico. Probablemente, el énfasis puesto en la dimensión de los derechos humanos para caracterizar el nuevo Código, sirve esencialmente para afirmar la idea de que el derecho penal viene a ser herramienta del poder punitivo del Estado, pero para la persona humana, antes que instrumento para el ejercicio y el mantenimiento del poder en contra de ella.

4. El desarrollo de los derechos fundamentales y la superación del nacionalismo penal

El inicio del nuevo siglo parece confirmar la tendencia ya manifestada en el precedente, de un notable desarrollo de los derechos fundamentales. Un desarrollo que se concreta en primer lugar en un número creciente de documentos internacionales tanto de carácter general como particular según el área geográfica de los Estados involucrados, por la especie de los derechos tutelados, o por el estatus

personal de los sujetos protegidos. En todo caso es evidente cómo esta tendencia se manifiesta en una dimensión internacional o supranacional. De este modo el rol constitucional de los derechos fundamentales se desenvuelve ya no solamente dentro del Estado sino en relación de contraposición con él, más allá y fuera del Estado: no es más el Estado el "lugar" en el cual se forma y se manifiesta el valor constitucional de los derechos fundamentales, sino más bien es el Estado el destinatario de las obligaciones originadas en sede supranacional. Se puede colegir de ello una diferencia con el constitucionalismo penal de los bienes jurídicos, que se limitaba, como se dijo, a una dimensión exclusivamente nacional.

En segundo lugar, la tendencia al desarrollo de los derechos fundamentales incluye como objeto de las declaraciones de tutela a *derechos de nueva generación* que se agregan a los tradicionales, así como previsiones detalladas y específicas de derechos que de modo particular recoge la Carta Europea de Niza. Se puede observar así que los documentos internacionales más recientes contienen descripciones cada vez más minuciosas y completas equiparables a los códigos tradicionales. Es, pues, paradójal que no se superen las dificultades que surgen en las tentativas de codificaciones en el ámbito nacional y que sean cada vez más numerosos los documentos internacionales de tendencia codificadora de los derechos fundamentales. La constatación de lo expresado en lo referible al derecho penal, se revela en la propensión de las legislaciones nacionales a recibir instancias de penalización provenientes de instituciones supranacionales. Así, el derecho penal mantiene su vitalidad y capacidad de renovación en un área como la de los bienes jurídicos relativos a la dignidad de la persona humana, característico del derecho penal internacional.

La dimensión internacional en la cual se afirman los derechos fundamentales es el reflejo tangible de su vocación universal. Resulta indiscutible que la superación del nacionalismo penal como expresión de la soberanía de los estados sea hoy un fenómeno generalizado en los sistemas punitivos. Pero el examen de dicho fenómeno impone distinguir lo que acontece en el ámbito del derecho penal económico de lo ocurrido en el derecho penal de los derechos fundamentales. En el primero, el derecho penal económico, la superación del nacionalismo penal fue resultado de exigencias de utilidad represiva y se lleva a cabo con instrumentos que no necesariamente se corresponden con una verdadera internacionalización de la represión. Es decir, que son esencialmente las dimensiones transnacionales del fenómeno social

de la criminalidad económica las que conducen, a los fines de una más eficaz represión, a la superación de la dimensión local para satisfacer una exigencia utilitaria derivada de datos empíricos-criminológicos. Consecuentemente, la gama de instrumentos internacionales para la organización de aquel objetivo represivo es variada, y la mayor eficacia se logrará mediante un sistema de órganos judiciales internacionales que apliquen un derecho penal con esas características. En este sentido, no carece de importancia lograr formas de cooperación judicial y de armonizaciones de los derechos nacionales con vistas a la unificación de un derecho supranacional que pueda ser aplicado por los jueces locales (más que un derecho internacional penal, uno penal internacional).

Es diversa, en cambio, la situación en lo concerniente al derecho penal de los derechos fundamentales. La intrínseca universalidad de estos últimos, que marca su misma *ratio essendi* de valores supremos de la humanidad, no alcanza para definirlos en base a una mera utilidad represiva, insuficiente para justificar una universalidad de tutela que trascienda la territorialidad de las violaciones a los mismos, habilitando la aplicación universal de la norma incriminadora a un sistema de justicia internacional. Esto quiere decir que una vez asumida la tutela penal de los derechos fundamentales, la más completa internacionalización del sistema penal constituye un objetivo lógicamente necesario más que una opción de mejor eficiencia represiva.

5. Economía y derechos fundamentales

La internacionalización del derecho penal económico resalta otra problemática característica de los derechos fundamentales y de su asunción como objeto de tutela penal. No sin razón se interrogan los penalistas sobre los motivos por los cuales se asiste a una uniformización de la tutela de la economía mucho más extendida que aquella operada en el ámbito de la vida humana o de la incolumidad personal. Y a ello se debe que resulta más problemático discernir el nodo de los derechos fundamentales y de su tutela.

Los componentes "culturales" de los derechos fundamentales son bastante más significativos de aquellos presentes en el derecho de la economía, con el resultado de que los primeros exigen mayores diferenciaciones y matices en razón de las diversas tradiciones culturales y la consecuente dificultad de uniformar la disciplina de tutela. Ellos se definen con la calificación de "fundamental", "constitucional", e "in-

alienable”, por la universalidad derivada de su connaturalidad al ser humano como tal. Por otra parte los derechos fundamentales juegan un rol como criterio de identificación de una determinada sociedad y de su pertenencia a una cierta cultura y civilización. En este sentido, por ejemplo, los derechos de la reciente Carta Europea incluyen un rol de identificación fundacional de la unidad cultural de Europa como premisa “constitucional” para la construcción institucional y política de la UE.

Se puede decir que el desarrollo de los derechos fundamentales se orienta hacia un incremento de su tutela penal por parte de los Estados nacionales, al tiempo que estos asumen obligaciones internacionales de protección penal. Aquí aparece otra diferencia con el constitucionalismo penal de los bienes jurídicos constitucionales ya analizado. En efecto, la individualización de un catálogo de bienes constitucionales –y como tales los únicos merecedores de tutela penal–, nunca constituyó para el legislador nacional una obligación constitucional de incriminación. La realidad demostró también que no siempre coinciden las “obligaciones de penalización” con los principios de *ultima ratio* y de subsidiaridad, los cuales van en dirección opuesta a la de ampliar el área de la intervención penal.

Los derechos fundamentales, motorizan, por el contrario un incremento de la penalización. Cuando aparecen afirmados en su dimensión de universalidad, tendencialmente absoluta, como expresiones de la “esencia” de la naturaleza humana, la obligación de penalización surge naturalmente imperativa porque el hecho de la ausencia de una tutela penal se asemejaría a una negación de su misma naturaleza de atributo de la persona humana.

En la perspectiva señalada, cuando los derechos fundamentales se afirman y formulan como elementos “constitucionales” de identificación de una determinada área político-cultural homogénea, entonces resulta natural que el Estado se sirva del derecho penal para testimoniar y reforzar la adhesión a aquellos factores de identificación. Es significativo al respecto el ejemplo del Proyecto de Código Penal Turco, inspirado en una concepción de los derechos fundamentales compatibles con el contexto cultural de la Europa occidental.

6. Los derechos fundamentales y el futuro del derecho penal: la persona en el centro de la tutela

La mayor influencia generada por los derechos fundamentales en la evolución actual del derecho penal se percibe en el plano de sus

contenidos. Se indicó más arriba de qué modo la relación entre derechos fundamentales y derecho penal había cambiado de signo habiéndose intensificado significativamente. Esta valoración de los derechos humanos se manifiesta en la coexistencia de una doctrina judicial producida por la Corte de Derechos Humanos de Estrasburgo y en la competencia del Tribunal Penal Internacional permanente instituido por el Tratado de Roma de 1998. Mientras la primera garantiza los derechos censurando comportamientos y conductas, incluso autorizadas legislativamente por los Estados, violatorias de los derechos individuales, el segundo aplica sanciones penales personales contra quienes hayan realizado actos violatorios de esos mismos derechos.

Asumiendo ahora el segundo tipo de relación entre derechos fundamentales y derecho penal, corresponde echar una mirada sobre la influencia que los primeros ejercen sobre el segundo en tanto sus contenidos son objeto de normas incriminadoras. Los derechos fundamentales parecen determinar el futuro del derecho penal en dos direcciones diferentes.

Una primera dirección es la de la "personalización" de la tutela penal, en el sentido de incriminar conductas que afecten bienes y aspectos de la persona y de la personalidad humana. En esta tendencia aparece, por un lado una coherencia con el principio del derecho penal clásico que centra la razón de su existencia en la tutela de los bienes personales. Bajo este perfil los derechos fundamentales podrían contribuir a dar un sentido a aquel programa para un "derecho penal mínimo", superando la crítica de su fundamento puramente cuantitativo.

Por otro lado, esta personalización del objeto del derecho penal pondría freno a la desmesura y la artificialidad como puro normativismo de un derecho penal alejado de su esencia. Este fenómeno como es sabido es debido a la expansión que el derecho penal ha tenido en el terreno de la economía. El derecho penal económico contiene preceptos penales en los cuales la conducta humana, y en general el hecho típico, además de la culpabilidad del autor, vienen sufriendo un proceso de "desmaterialización" y "despersonalización" hasta el extremo de habilitar la responsabilidad de los entes colectivos. La personalización de la tutela penal, originada en el relanzamiento de los derechos fundamentales, podría disparar un proceso opuesto al de la *artificialización* del derecho penal, ejemplificado en su expansión al terreno económico.

7. La inversión de la tendencia hacia una desmaterialización de la tutela

En otra dirección, los derechos fundamentales son el motor de un proceso de espiritualización e idealización de la tutela penal. El sentido es opuesto a aquel signado por los criterios clásicos del derecho penal liberal.

Este proceso se desenvuelve bajo la consigna del descubrimiento de los derechos del hombre no en referencia sólo a su consistencia material o corporal, sino en cuanto encarnación del valor ideal de la dignidad humana. El proceso de espiritualización de la tutela se acentúa al pasar de la consideración de la dignidad como atributo exclusivo del individuo y, por tanto, necesariamente dotado de su propia base corporal, a la consideración de una dignidad de la humanidad en cuanto tal, esto es, de aquella cuya ofensa se produce con la negación de cada una de las prerrogativas "humanas" prescindiendo de su "materialidad" en una víctima concreta y determinada. Así, por ejemplo, un acto de reducción a la esclavitud niega la dignidad de aquel ser humano determinado privado de la libertad personal; el hecho de quien se limita a detentar —sin finalidad comercial— material pornográfico, o el supuesto de quien simplemente se hace acompañar por una prostituta no parece presentar un contenido lesivo en relación a una persona determinada, pero "desconocen" la dignidad del ser humano como tal. Se asiste hoy a una producción creciente de convenciones internacionales que refuerzan la tutela de la dignidad del hombre extendiéndola desde la salvaguardia de atribuciones caracterizantes de una corporeidad concreta a la protección de la dignidad como esencia de las peculiaridades personales que definen la especie viviente "humanidad".

Las convenciones sobre prostitución, esclavitud, trata de seres humanos son hoy expresiones de una tutela que introduce un "disvalor agregado" de aquellos actos: al disvalor consistente en la agresión a la corporeidad de la víctima se agrega el disvalor consistente en la negación de su dignidad. La tutela se refuerza y se universaliza por la relevancia de este disvalor agregado que conduce además, a la uniformidad de las legislaciones represivas y a la adopción del principio de universalidad en la represión por el cual la territorialidad del hecho no debe constituir más un obstáculo a la represión.

La tutela de los derechos del hombre se viene proyectando hacia nuevos territorios de la dignidad humana idealmente considerada como valor en sí. En esos supuestos, los hechos incriminados en

tanto lesivos de un valor de aquellas características, se alejan del canon clásico de la necesaria materialidad del contenido ofensivo del delito. Las consecuencias de dicho proceso de distanciamiento de la tradición iluminista del derecho penal fueron varias y de diversa intensidad.

Así, por ejemplo, se puede constatar en primer lugar la tendencia a incriminar hechos que se revelan privados de un contenido material de disvalor aunque aparezcan dotados de una "tipicidad" de conducta. El "mal" inferido a una o más personas físicas determinadas o indeterminadas, como ocurre en los ejemplos antes citados, parece responder más a un objetivo utilitarista y político-criminal de desincentivación de los comportamientos que provocan un aumento del mercado de la pornografía y la prostitución, todo lo cual le atribuye a tales conductas un específico *disvalor ideal* al sujeto que con su comportamiento desconoce la dignidad del ser humano. Esta tendencia no deja de resultar inquietante en cuanto se origina en consideraciones instrumentales de utilidad político-criminal que abre una vía capaz de llevar la anticipación de la represión penal a niveles extremos.

Particularmente expresiva de esta tendencia a extender la punibilidad a hechos dotados de un contenido ofensivo evanescente, y caracterizado de un disvalor esencialmente ideal, es la cuestión de la clonación humana.

Las dificultades de individualizar en la clonación humana un contenido material de ofensividad en perjuicio de una persona determinada está "compensada" por la orientación a ratificar la violación de derechos humanos fundamentales bajo el perfil de la dignidad del ser humano, como se advierte hoy en un importante conjunto de convenios internacionales. Con particular contundencia, la Carta Europea de DD.HH excluye de ese modo como fundamento de la incriminación de la clonación humana tanto a las motivaciones puramente ético-morales, como a las explicaciones de base biológica, al no considerarse probado científicamente que a la entidad genética que entre dos seres humanos corresponda, necesariamente, también una identidad social de la personalidad con la consecuente pérdida de la irrepetibilidad del ser humano. La noción de derechos humanos está impregnada de historicidad axiológica y requiere de componentes ideales del ser humano en la búsqueda de la formación de un consenso interancional para la incriminación de la clonación. Esta última se considera un delito contra la humanidad en cuanto contradice el valor de la dignidad de la cual es titular no este o aquel sujeto

determinado, sino la humanidad entera, lo que radica en la idea misma del *valor humano* como integrante del patrimonio cultural antropológico actual. La eventual licitud de la clonación pondría en crisis la visión antropológica del hombre en su visión evolucionada y humanizada, como, unívocamente se la expresa en los documentos internacionales.

La "humanidad" de los derechos fundamentales reposa en dos valores complementarios: la irrepetible individualidad y la igualdad en dignidad del ser humano. La apertura de las fronteras del derecho penal a la tutela de estos valores ideales está conduciendo, como es posible constatarlo, a un empobrecimiento del sustrato material del componente ofensivo de los delitos contra la humanidad.

Pero además, puede verificarse una segunda tendencia de alejamiento de los delitos contra la humanidad de los canones del derecho penal liberal. Se trata de aquellas inclinaciones a asignar tutela penal a los llamados "nuevos" derechos fundamentales, atenuando el requisito de la tipicidad material del hecho punible, como se comprueba en las previsiones de las cartas internacionales donde se multiplican figuras penales indeterminadas o definidas por los objetivos del autor.

A diferencia de un bien material, un valor ideal puede ser vulnerado por cualquier comportamiento que lo niegue o lo cuestione. Precisamente porque es ideal la consistencia del valor no permite discriminar entre modalidades o tipologías de agresión sobre la base de su diversa intensidad ofensiva, visto que cada negación del valor ideal adquiere la entidad de una lesión. Es, pues, evidente que desde tales premisas conceptuales el principio garantizador del derecho penal liberal conocido como "fragmentariedad" se verá seriamente perturbado. Ello es así porque un ilícito penal, para que sea tal, debe fijar la modalidad de lesión seleccionando entre los hechos ofensivos del mismo bien jurídico aquellos que asumen una consistencia y una necesidad punitiva particular. En los documentos internacionales, la represión penal de los crímenes contra la humanidad expresan aquella necesidad de amplitud de tutela con el progresivo incremento del número de crímenes específicos como el genocidio, la tortura, la trata y esclavitud de seres humanos, pero también conductas concernientes a tratamientos médicos, a la bioética y al terrorismo. Más claramente, todavía, se verifica en las previsiones o cláusulas generales "de clausura" como aquella que alude a "cualquier otro acto contra la humanidad" que figura en el Estatuto de Roma, o bien la calificación

de ilícito contra la humanidad en virtud de un motivo subjetivo, que constituyen expresiones más acabadas de este intento tendencial de omnicomprensividad de la tutela.

Cabe por fin considerar un tercer aspecto, en el cual se manifiesta la idealización de la tutela penal en relación a los derechos fundamentales, y que se relaciona con la *función de la pena*. No resulta irrazonable que las previsiones de los crímenes contra la humanidad puedan tener una función disuasiva. Sin embargo, la dimensión macro-social de aquellos crímenes es un dato criminológicamente significativo e implica que aun cuando no se presenten como delitos de Estado, los factores determinantes de su comisión trascienden el proceso motivacional del individuo singular para implicar condicionamientos históricos, políticos, culturales de amplio espectro e intensa eficacia. Con la consecuencia de que el tradicional mecanismo disuasivo de la amenaza de la sanción penal, resulta lejano de esta realidad criminológica, la represión penal de tales crímenes responde, en la realidad, más a un ideal de justicia retributiva que a una finalidad utilitarista de prevención general negativa mediante la intimidación de los potenciales autores. Es, por tanto, a medida que se consolida la convicción social y política de la “esencialidad” de los valores en juego, resulta más difícil abdicar de la pena como instrumento que responda a la exigencia ideal de reafirmar esto último en la conciencia colectiva.

Se puede en este sentido hablar de una acentuación de la función simbólica que la pena despliega en la represión de los crímenes contra la humanidad, con la condición de entender este “simbolismo” como una consecuencia natural de una justicia penal devenida parte integrante de un sistema de formación y estabilización de aquella concepción antropológica de *humanidad* de la cual los derechos fundamentales son factores esencialmente determinantes.

Se asiste, pues, a un proceso de “moralización” del derecho penal en cuanto este concurre con otros instrumentos sociales a la formación de un *background*, de una visión ética aunque socialmente formada y necesaria para el hombre. Así se verifica una inversión en la tradicional relación entre moral social y derecho penal. Originariamente, en el pensamiento liberal clásico, el derecho penal debía abstenerse de expresar preceptos puramente morales privados de dañosidad social y, en cada caso, debía evitarse su utilización como instrumento de “acreditación” de concepciones de moral social. Hoy, los derechos fundamentales se nutren del multiculturalismo de la socie-

dad planetaria en el centro de una atención entre relativismo y multiplicidad de valores ético-sociales, por un lado, y aspiraciones a una certeza de referencias, por el otro. En una palabra, mientras antes el derecho penal vivía en una dimensión paralela y separada de la moral social, en la actualidad aquél participa del proceso de formación de la segunda informada por los derechos fundamentales.

8. Síntesis

El proceso de secularización originado en el Iluminismo liberó al derecho penal de aquella limitación metafísica que fijaba sus fundamentos y contenidos lejos de los derechos individuales. Luego de esta gran revolución Estado y ciudadano se enfrentan y se buscan en un equilibrio con luces y sombras. El Estado consolidó a través de los códigos una dimensión nacional del derecho penal radicando las prerrogativas del individuo primero en la legalidad y luego en el reconocimiento de los derechos a la inviolabilidad de su ser físico y de su espacio de libertad en un conjunto de derechos fundamentales "corporeizados".

Luego de las tragedias del siglo pasado surgió un nuevo constitucionalismo, que en derecho penal se manifestó por vía del rol asumido por la Constitución como fundamento y legitimación del poder punitivo. Un hombre nuevo y diverso de aquel hombre biológico se situó en el centro de la consideración penal: un hombre "humano". Los derechos del hombre y los delitos contra la humanidad "se esfuerzan por hacer entrar en la esfera del derecho penal lo indecible y lo impensable. Habiendo renunciado a la divinidad, al menos en la concepción occidental, el derecho penal se comprometerá a hacer respetar la humanidad" (M. Delmas-Marty). Este es el esfuerzo que parece signar al momento actual, en el que el derecho penal modula hacia el constitucionalismo penal de los derechos fundamentales, en el marco del proceso de idealización y espiritualización de la tutela de los nuevos derechos del hombre, con todas las consecuencias que se puntualizaron a nivel de la estructura del ilícito y de la función de la pena. Ello quizá señale el destino del derecho penal en cuya raíz está la insuprimible centralidad del ser humano.

EL ESTATUTO DE ROMA Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

JUAN MANUEL GRAMAJO*

1. Consideraciones generales

La punibilidad de los crímenes contra la humanidad como exigencia del Derecho Internacional general ya no es motivo de discusión, por cuanto nadie puede hoy objetar que el bien común tutelado no es otro que el de la Comunidad Internacional en su conjunto.

Pese a ello, el problema no se plantea respecto de la aplicabilidad del Derecho Internacional a los individuos, sino a la manera en que se realiza la referida aplicación de sus normas. En otras palabras, la pregunta que cabe formular es la siguiente: ¿El Derecho Internacional es fuente directa de normas penales o necesita de las debidas adaptaciones para poder ser aplicado como Derecho Penal?¹

Para dar respuesta a esta pregunta, no se debe recurrir exclusivamente a la historia de las normas penales internacionales, puesto que se perdería una visión general del Derecho Internacional como

* Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor de Derecho Internacional Público, UCA.

¹ Sobre el particular, se ha expresado que *Si bien es innegable que, desde hace tiempo está en curso la transformación del individuo en sujeto inmediato del Derecho Internacional sancionatorio, no se había llegado, hasta el presente, a la tipificación de delitos con sus correspondientes sanciones penales, de un modo análogo al del derecho interno. En efecto, la descripción de las conductas juzgadas como delictivas por el Derecho Internacional de fuente convencional se limita, muchas veces, a definiciones genéricas (ej. Convención contra el Genocidio o Artículo 3 común de los Protocolos de Ginebra) que, si bien son suficientes para determinar las obligaciones de un Estado, no tienen virtualidad para constituir un delito, en el sentido del Derecho Penal moderno ("acción adecuada a un tipo penal, antijurídica, culpable y sancionada por una pena")*. (REBAGLIATI, O. R., *La Corte Penal Internacional*. Separata. Revista Jurídica de Buenos Aires I-II/1998. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, pág. 4)

sistema jurídico. En efecto, los precedentes de Nüremberg y de Tokio, así como los tribunales *ad hoc* para la ex-Yugoslavia y para Ruanda tienden a considerar como derecho aplicable al conjunto de las normas del Derecho Internacional, también de fuente consuetudinaria. Es necesario, pues, analizar las normas penales internacionales en el ámbito de otras normas imperativas del Derecho de Gentes y, en primer lugar, de la protección internacional de los Derechos Humanos.

Los principales instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos consagran los grandes principios del Derecho Penal moderno, incluidos los de legalidad y debido proceso. Una interpretación del Derecho Penal Internacional que se armonice con las otras normas de tutela de los Derechos Humanos exige, pues, que sus propias normas reflejen estos principios.

El referido punto de vista prevaleció, finalmente en el seno de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas para el Establecimiento de una Corte Penal Internacional. El enfoque inicial de la Comisión de Derecho Internacional había sido el de dar al Estatuto una naturaleza eminentemente adjetiva, limitándose a enumerar los delitos de competencia de la Corte sin describir los elementos constitutivos de los tipos penales.

Cabe destacar, a este respecto que, en el esquema originariamente concebido por la CDI, el Estatuto de la Corte Penal Internacional no estaba concebido como un instrumento que contuviera las definiciones de los delitos, sino como una norma complementaria al derecho sustantivo. Este debía, a su vez, estar contenido en el proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. Por este motivo, el proyecto de la CDI no tenía más que una lista de delitos, sin la pertinente descripción de las conductas punibles ni la imposición de las respectivas penas.

Del referido enfoque, que prevaleció en la Comisión, derivó el proyecto que, finalmente, ésta presentó a la Sexta Comisión (Asuntos Jurídicos) de la Asamblea General de las Naciones Unidas. La gran mayoría de los Estados allí representados siguió, no obstante, el punto de vista opuesto, vale decir que el Estatuto debía contener todas las normas penales sustantivas necesarias para satisfacer adecuadamente el principio de legalidad. Así, desde las primeras sesiones del Comité Preparatorio (1996), fue evidente que el futuro Estatuto tomaría un cariz del todo distinto de aquel que había sido originariamente previsto.

Si bien los Estados fueron mucho más exigentes que la CDI respecto de la aplicación de los principios de legalidad, irretroactividad, debido proceso, defensa en juicio, etcétera, siempre se apreció, espe-

cialmente en algunas delegaciones, una cierta tendencia a disminuir al máximo los requisitos y exigencias del Estatuto, con el objeto de evitar la formación de un Estatuto excesivamente rígido, que conspirara contra la eficacia de la Corte. Otros Estados, al contrario, propiciaron la adopción de definiciones minuciosas y precisas, que debían contener todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, destinados a orientar al juez en la determinación de la conducta punible y brindándole los elementos necesarios para alcanzar un juicio tanto en relación con la existencia del delito, como en relación con su gravedad².

La falta o insuficiencia en la definición de los referidos elementos podía llevar a una Corte arbitraria o a la discrecionalidad judicial. Al contrario, el exceso en la minuciosidad de la descripción podía tener como consecuencia la falta de libertad del juez en la interpretación de los hechos y del derecho aplicable. Además, un exceso en los detalles hubiera empeñado a la Conferencia Diplomática para el establecimiento de la Corte Penal Internacional en un esfuerzo que hubiera, sin duda, impedido llegar a la adopción del Estatuto el 17 de julio de 1998, fecha de finalización de la Conferencia.

El Estatuto de Roma representa, sin duda, un notable progreso en la codificación y el desarrollo progresivo del Derecho Penal Internacional. Baste, para ello, realizar una comparación de sus normas con las de los anteriores proyectos y estatutos, en especial los de los tribunales *ad hoc* para la ex-Yugoslavia (ICTY) y para Ruanda (ICTR).

Es evidente que la influencia de los expertos gubernamentales, que reflejaban los puntos de vista de los Estados miembros de las Naciones Unidas adecuaron a las exigencias de los diversos ordenamientos jurídicos el proyecto de la CDI, elaborado por el relator especial Crawford, cuya única norma penal aplicable eran los Artículos 20 y 21. Estas normas enumeraban respectivamente los delitos principales (*core crimes*), y los derivados de tratados internacionales (*treaty crimes*).

² Resulta de gran interés la definición del principio de legalidad realizada por el Tribunal Constitucional de España. El mismo ha afirmado que *Dicho principio comprende una doble garantía: la primera, de orden material y alcance absoluto, tanto referida al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos campos limitativos y supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (lex previa) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (lex certa) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción (...)* Sentencia N. 8/1981 del 30 de marzo de 1981.

El Artículo 20, que sirvió de base al actual Artículo 5 del Estatuto de Roma, no hacía más que reproducir la lista de los delitos sin realizar ninguna precisión respecto de su alcance o de sus elementos constitutivos. Ello puede explicarse por el hecho de que la *ratio* originaria de la CDI era la de elaborar dos instrumentos internacionales distintos, uno que contenía el derecho sustantivo y el otro el derecho adjetivo: El Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad Internacionales y el Estatuto de la Corte Penal Internacional³.

Asimismo, debe precisarse que los trabajos orientados a completar la elaboración del proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, coordinados por el relator especial Doudou Thiam (Senegal) tuvieron un ritmo considerablemente más lento que los del Estatuto de la Corte. Así, cuando el problema de la jurisdicción internacional sobre los crímenes contra la humanidad volvió a suscitarse como consecuencia de las matanzas producidas en la ex-Yugoslavia y en Ruanda, la CDI concentró sus esfuerzos para completar la segunda lectura del proyecto de Estatuto de la Corte, remitiéndolo a la Sexta Comisión sin esperar la terminación de los trabajos relativos al Código de Crímenes⁴.

³ Como lo ha explicado la CDI en la presentación del proyecto: *At its forty-third session, in 1991, the Commission, provisionally adopted on first reading the draft articles of the draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind. At the same session, the Commission decided, in accordance with articles 16 and 21 of its Statute, to transmit the draft articles, through the Secretary-General, to Governments for their comments and observations, with a request that such comments and observations be submitted to the Secretary-General by 1 January 1993. The Commission noted that the draft it had completed on first reading constituted the first part of the Commission's work on the topic of the draft Code; and that the Commission would continue at forthcoming sessions to fulfil the mandate the General Assembly had assigned to it in paragraph 3 of resolution 45/41, of 28 November 1990, which invited the Commission, in its work on the draft Code, to consider further and analyse the issues raised in its report concerning the question of an international criminal jurisdiction, including the possibility of establishing an international criminal court or other international criminal trial mechanism.* INTERNATIONAL LAW COMMISSION REPORT, 1996. Chapter II. Draft Code Of Crimes Against The Peace And Security of Mankind. Introduction. Num. 36.

⁴ Como lo ha explicado la CDI en la presentación del proyecto: *At its forty-fourth and forty-fifth sessions, in 1992 and 1993, the Commission had before it the Special Rapporteur's tenth and eleventh reports on the topic, which were entirely devoted to the question of the possible establishment of an international criminal jurisdiction. The work carried out by the Commission at its forty-fourth (1992), forty-fifth (1993) and forty-sixth sessions on that question culminated in the adoption, at the forty-sixth session in 1994, of a draft statute of an international criminal court which the Commission submitted to the General Assembly with the recommendation that it convene an international conference of plenipotentiaries to study the draft statute and*

Si en el seno del Comité Preparatorio se hubiera adoptado el proyecto de la CDI en su versión original, se habría creado una Corte que no habría tenido un derecho específicamente aplicable. La única interpretación posible hubiera sido que el Estatuto había efectuado un reenvío a las normas del Derecho Internacional general, que describen el alcance de los delitos, como la Convención para la Prevención y el Castigo del Delito de Genocidio y los Convenios de Ginebra de 1948. Asimismo, como el proyecto no formulaba ninguna distinción entre las fuentes del derecho, no podía descartarse tampoco la aplicabilidad del derecho consuetudinario.

La aplicación de la costumbre representa, precisamente, uno de los problemas más graves que debe enfrentar el Derecho Penal Internacional en su evolución hacia la definitiva codificación de sus normas. En efecto, se parte del principio según el cual éste no es más que una parte del Derecho Internacional general y, por ello, tiene las mismas fuentes y está regulado por los mismos principios. Entre éstos, se destaca la igualdad jerárquica entre tratado y costumbre (conf. art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia).

De este principio, se deriva el carácter que reviste la costumbre como fuente principal del Derecho Internacional. Por consiguiente, si el Derecho Penal Internacional es parte del Derecho de Gentes, no debería haber dudas respecto de la validez de la costumbre como fuente de aquel ordenamiento jurídico.

Por otra parte, sin embargo, es igualmente cierto que el Derecho Penal Internacional es, en realidad, un *Derecho Penal de fuente internacional*. Por consiguiente, el referido ordenamiento jurídico no puede ser interpretado aisladamente de las normas y principios sancionados para tutelar los Derechos Humanos. La primera norma fundamental de los instrumentos internacionales de protección de los referidos derechos es, precisamente, la aplicación del *principio de legalidad*⁵.

to conclude a convention on the establishment of an international criminal court. INTERNATIONAL LAW COMMISSION REPORT, 1996. Chapter II. Draft Code Of Crimes Against The Peace And Security of Mankind. Introduction, pág. 37.

⁵ Entre los propios juristas del *Common Law* han sido expresadas serias dudas acerca de la admisibilidad de las teorías que admitían la facultad de los jueces de crear nuevas figuras delictivas. Al respecto, se ha expresado que *El principio de legalidad se traduce en el common law en el llamado "rule of law", que en su sentido más estricto significa ser gobernado por reglas fijas, cognoscibles y ciertas. Se trata de un principio fundamental con implicaciones procesales y materiales que expresa un mínimo incontrovertible de respeto al principio de autonomía. El contenido del rule of*

A este respecto, no puede ignorarse que la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece en su artículo 11, párrafo 2 que *“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”*.

A su vez, el Artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) establece que *“Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito, la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”*.

2. El Derecho Penal Internacional y las fuentes del Derecho

Es, sin duda, interesante determinar cuáles son las posibilidades reales que tiene el Derecho Internacional general de adecuarse a las exigencias del principio de legalidad. Ello debe hacerse mediante el análisis por separado de cada una de las fuentes del referido ordenamiento jurídico, vale decir la costumbre y el tratado.

El Artículo 38, párrafo 2 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia define la costumbre como *“prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”*. Sin emitir un juicio de valor sobre la manera en que la regla ha sido enunciada por el Estatuto, la doctrina y la jurisprudencia están contestes en aceptar la existencia de dos elementos: la *diturnitas* (elemento material) y la *opinio iuris sive necessitatis* (elemento psicológico). Según la regla tradicional, la afirmación de una práctica en el transcurso del tiempo lleva a la formación de una convicción respecto de la obligatoriedad de ese comportamiento por parte de los sujetos del Derecho Internacional.

Bajo este perfil, las normas consuetudinarias son, sin tener la precisión y la especificidad de las convencionales, relativamente fáci-

law coincide básicamente con el que la doctrina continental atribuye al principio de legalidad, pues, en opinión de la doctrina anglosajona, comporta tres principios distintos y relacionados entre sí: el de no retroactividad, el de máxima certeza en la definición de los delitos -denominado en la doctrina continental principio de taxatividad- y el de la interpretación estricta de las leyes penales o prohibición de analogía
GIL GIL, A. *Derecho Penal Internacional*. Madrid, Tecnos, 1999, pág. 79.

les para determinar, porque la norma va madurando u afirmándose en la medida en que su vigencia es aceptada por la Comunidad Internacional.

El problema que interesa al Derecho Penal Internacional está representado de manera particular no tanto por la costumbre clásica, que Quoc Dinh⁶ llamó “sabia” (*sage*), sino por la moderna, llamada también “instantánea” o “salvaje” (*sauvage*), cuya determinación es, sin duda, mucho más difícil y compleja.

Si se piensa en el hecho de que, actualmente, basta que una Convención que aún no se encuentra en vigor, un proyecto o, inclusive, los trabajos de conferencias internacionales, como lo fue la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar⁷ para lograr la formación de una práctica observada por los Estados como derecho, se puede comprender la velocidad y dinamismo de la costumbre moderna, y su potencial aptitud para cambios mucho más rápidos que los que se verificaban en la costumbre clásica.

El actual intérprete de las normas internacionales se encuentra hoy en una situación mucho más compleja que aquella existente hasta la primera década siguiente a la Segunda Guerra Mundial. Es lógico, pues, preguntarse de qué modo este cambio sustancial influye en el Derecho Penal Internacional. Basta pensar en la dificultad que la costumbre moderna puede acarrear para la determinación de la licitud o ilicitud penal de un acto⁸.

⁶ Al respecto, es conocida la definición del profesor vietnamita y sus colegas franceses: *Traditionnellement, la pratique est à l'origine de l'opinio juris. C'est la répétition des précédents dans le temps qui fait naître le sentiment de l'obligation. On assiste cependant, dans certains cas, à une inversion du processus: l'expression d'un "besoin de droit" (souvent par une résolution solennelle de l'Assemblée générale des Nations Unies) est à l'origine d'une pratique qui parachève la formation de la norme coutumière. Aux coutumes "sages" s'opposent à ce qu'on a appelé les coutumes "sauvages"* QUOC DINH, N, DAILLER, P. y PELLET A. *Droit International Public*. Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1999, pag. 328.

⁷ Sobre el particular, se ha señalado que *En la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre derecho del mar, la comunidad de Estados latinoamericanos y algunos otros que propugnaban una jurisdicción marítima de hasta 200 millas marinas fueron influyendo sobre la conferencia y finalizaron por imponer esa idea, que se concretó en un consenso y éste a su vez originó las correspondientes costumbres respecto a la extensión del mar territorial, de la zona contigua y de la zona económica exclusiva. Naturalmente, dentro y fuera de la conferencia, antes y después del consenso, la comunidad pionera siguió actuando, dictando leyes nacionales en consonancia con los consensos, etc. Así se extendieron hasta ser adoptadas por la generalidad de la comunidad internacional* BARBOZA, J., *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Editorial Zavallia, 1999, pág. 101.

⁸ La doctrina penalista continental es muy clara al excluir la costumbre de las fuentes del derecho penal. Sobre el particular, se ha expresado que (...) *la exclusión de la costumbre como fuente -al igual que los principios generales del Derecho y la*

Resulta evidente que de una rama del Derecho Internacional que, indudablemente, se encuentra aún *in status nascendi* no se puede exigir un claro y preciso alcance de sus normas sustanciales. Por consiguiente, de no haberse determinado claramente en su Estatuto el derecho aplicable, la propia Corte Penal Internacional hubiera sido el órgano encargado de determinar las normas consuetudinarias eventualmente aplicables, las cuales están, en muchos casos, lejos de ser claras y precisas.

Surge así inevitablemente la figura del "juez-legislador" que, frente a la oscuridad de la norma aplicable debe recurrir a los principios generales y hasta a la aplicación analógica con el objeto de integrarla y tornarla útil para resolver el caso. Esta solución, sin duda válida en el Derecho Internacional general, se torna sin duda inaceptable en el ámbito penal, donde reina el principio de legalidad. El juez no puede, en ningún caso *crear* el ilícito penal sino *aplicar* la norma preexistente que lo crea⁹.

Por este motivo, cualquier remisión al derecho consuetudinario no puede producirse sin serios riesgos para la aplicación del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Por otra parte, los mismos ordenamientos basados en el *Common Law* no pueden considerar aplicable la costumbre, en vista de su, a veces difícil, determinación. En Derecho Internacional esto se torna más difícil aún, considerando el carácter cambiante que esta fuente del derecho ha asumido en los tiempos modernos.

Lo anteriormente afirmado sobre la costumbre es igualmente aplicable, si bien en menor medida, a las normas convencionales que codifican el derecho humanitario. Los propios Convenios de Ginebra de 1948 realizan descripciones de carácter aproximado, dejando a los

jurisprudencia- se deben a razones de seguridad jurídica, pues, por la forma en que se generan, no garantizan del mismo modo que la ley su conocimiento por parte del ciudadano, ni la efectiva participación de éste en el establecimiento de delitos y penas. GARCIA-PABLOS, A. *Derecho Penal, Introducción*, Madrid, Universidad Complutense, 1995, pág. 245.

⁹ De conformidad con la jurisprudencia emanada de la Cámara de los Lores, los jueces ingleses han progresivamente abandonado la facultad de crear nuevas figuras penales. Hacia fines del siglo XIX, el juez J. Stephen declaró que el poder de los tribunales de crear nuevos delitos se había debilitado hasta el punto de encontrarse cerca de la extinción. El magistrado afirmó que esa facultad pertenecía ya al Parlamento. Esta tendencia a abolir la potestad judicial de crear nuevos delitos encontró una notable resistencia en los jueces. En 1975, en el Caso *Withers*, la Cámara reconoció que había abandonado definitivamente esta antigua facultad (v. SMITH, A.T. *Judicial Law Making in the Criminal Law*, in *The Law Quarterly Review*, January, 1984, vol. 100, págs. 54 y sigs).

órganos jurisdiccionales la precisión de sus normas. A este respecto, debe señalarse que las descripciones de las violaciones leves o graves de los Convenios tienen un carácter eminentemente *enunciativo*. La regla de la aplicación analógica se convierte, pues, en un instrumento válido para la interpretación del referido instrumento internacional¹⁰.

La solución legislativa de los Convenios de Ginebra se explica por la razón de ser de dichos instrumentos internacionales, es decir, tornar ilícito y prevenir cualquier acto del Estado contrario a las leyes y usos de la guerra. Es necesario recordar que estas normas han sido concebidas para ser aplicadas a los Estados¹¹ y para atribuirles la responsabilidad de los actos cometidos en violación al Derecho Humanitario. Estas normas no han sido concebidas como fuentes del Derecho Penal directamente aplicables a los individuos, entre otras cosas porque, cuando éstas fueron adoptadas, no se concebía aún la existencia de un Derecho Penal Internacional diferenciado en sus normas y en sus principios, del Derecho Penal Internacional.

El mismo argumento puede ser aplicado a instrumentos internacionales tales como la Convención Internacional para la Prevención y el Castigo del Delito de Genocidio y la Convención Internacional contra la Tortura, cuyo objeto es fundamentalmente el de crear una obligación internacional de los Estados de prevenir y castigar los referidos delitos y, específicamente, incluir en sus propios ordenamientos jurídicos internos las penas adecuadas para estos crímenes.

¹⁰ Siguiendo la línea de los tribunales de Nüremberg, gran parte de la doctrina europea siguió el criterio de la directa aplicabilidad penal del Derecho de Gentes a los individuos. En la exposición de motivos de la Ley Belga de 1947 puede leerse que *"peut malgré tout être assurée par le seul bias du droit pénal interne 'ordinaire' pour autant que les faits constitutifs des crimes internationaux s'analysent également comme des crimes de droit commun. En effet, le droit des conflits armés détermine les conditions de licéité des actes de guerre: si un tel acte, constitutif d'infraction selon le droit interne, n'est pas légitimé dans le cadre du droit international qui a prééminence sur le droit interne, celui-ci reprend son empire: c'est le principe qui fut appliqué para la loi belge du 20 juin 1947 relative á la competence des juridictions militaires en matière de crimes de guerre. Moniteur Belge, 26-27 juin 1947.*

¹¹ A pesar de los fallos y las lagunas en el ámbito de la normativa de las tres categorías principales de crímenes internacionales, a saber, el genocidio los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra (al margen del contexto), hay también un fallo considerable en la práctica de los Estados por lo que respecta a la aplicación del fundamento mismo de estas prescripciones normativas... (BASSIOUNI, C. *La represión de crímenes internacionales: jus cogens y obligatio erga omnes*. Versión en español in COMITE INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. *Represión Nacional de las Violaciones del Derecho Internacional Humanitario. Sistemas Romano-Germánicos*, Ginebra, 23-25 de septiembre de 1997, pág. 39.

Difícilmente podría interpretarse que estos tratados hayan tenido la intención de ser aplicados de manera directa e inmediata a los individuos. Baste pensar que la Convención sobre el Genocidio establece que la competencia para juzgar estos delitos corresponde a los tribunales del Estado en cuyo territorio se cometió el delito o a "*la Corte Penal Internacional Competente*" (Art. VI).

Llegamos, pues, al punto que puede considerarse crucial: ¿Puede el Derecho Internacional general ser aplicado a los individuos, en calidad de derecho penal? La respuesta a esta pregunta ni es unívoca ni, mucho menos, simple y requiere de un cuidadoso análisis. En efecto, una simple respuesta afirmativa implicaría la automática exclusión de los grandes principios que conforman el Derecho Penal moderno, en primer lugar el de legalidad. Una respuesta negativa, por otra parte, tendría como consecuencia la negación de una norma ya consagrada por el Derecho de Gentes, vale decir la responsabilidad frente al ordenamiento internacional de los individuos responsables de graves delitos, que lesionan el interés de la *communitas gentium*.

En este sentido, debe señalarse que el así llamado "Derecho Penal Internacional" no puede ser otra cosa que un "Derecho Penal de fuente internacional". Si así no fuera, es decir, si se pretendiera una aproximación exclusivamente "internacionalista" se verían lesionadas normas fundamentales de diversos ordenamientos jurídicos, especialmente los tributarios del sistema romano-germánico. Por ello, no se puede pensar en un Derecho Penal Internacional divorciado de los principios de legalidad, debido proceso, defensa en juicio, irretroactividad de la ley penal, etcétera.

Estos problemas no escaparon a la atención de los representantes de los Estados miembros de las Naciones Unidas que, en su casi totalidad, reafirmaron en el seno del Comité Preparatorio y de la Conferencia Diplomática para el Establecimiento de una Corte Penal Internacional cuyas normas estuviesen en armonía con los principios rectores del Derecho Penal. En líneas generales, las intervenciones en los referidos foros internacionales señalaron desde el comienzo la necesidad de modificar profundamente el trabajo de la CDI.

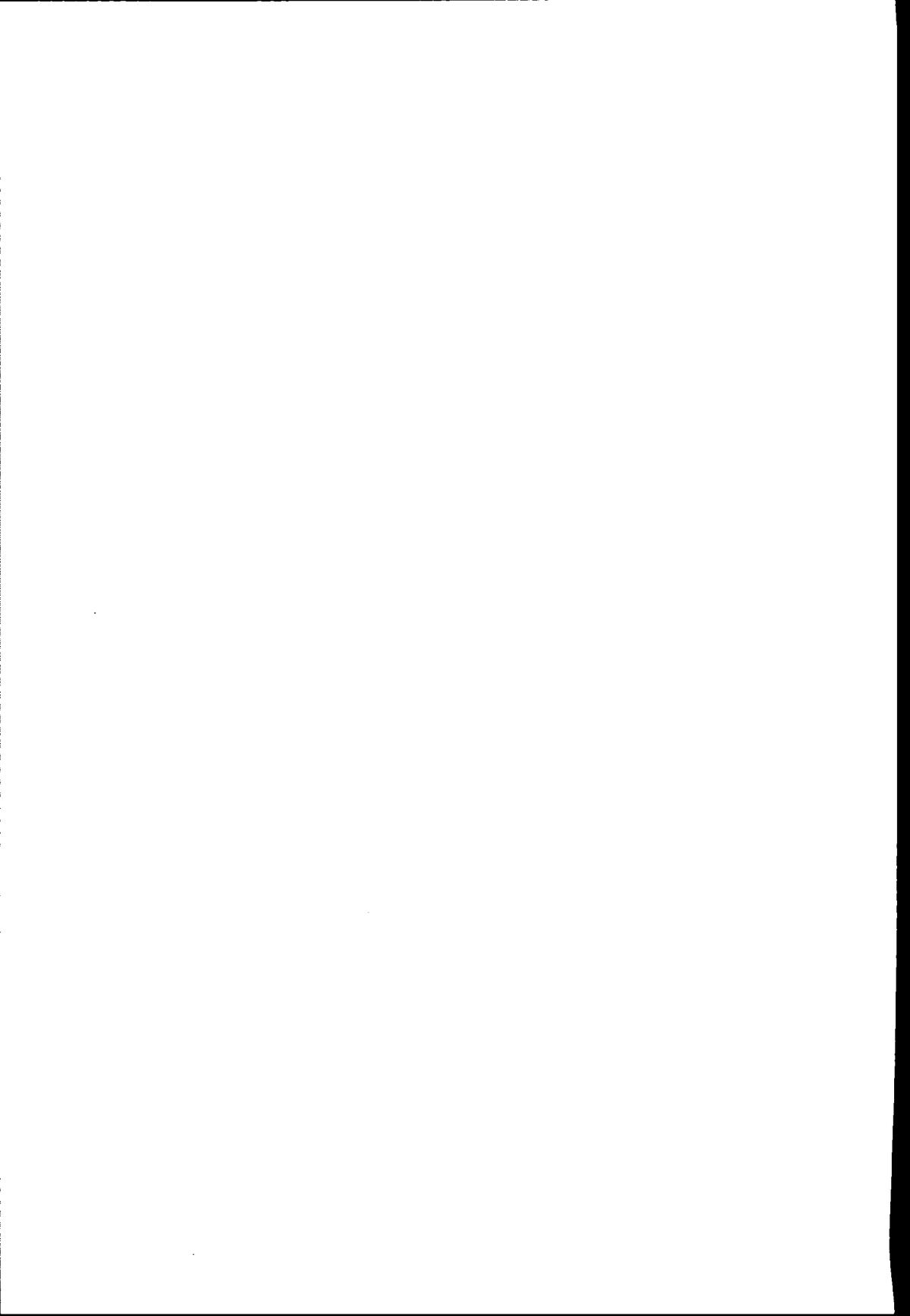
En el Estatuto de la Corte Penal Internacional, adoptado por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, que sesionó en Roma del 15 de junio al 17 de julio, el principio *nullum crimen sine lege* está expresamente sancionado por el Artículo 22, el cual establece lo siguiente:

1. *Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un delito de competencia de la Corte.*
2. *La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena.*
3. *Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto.*

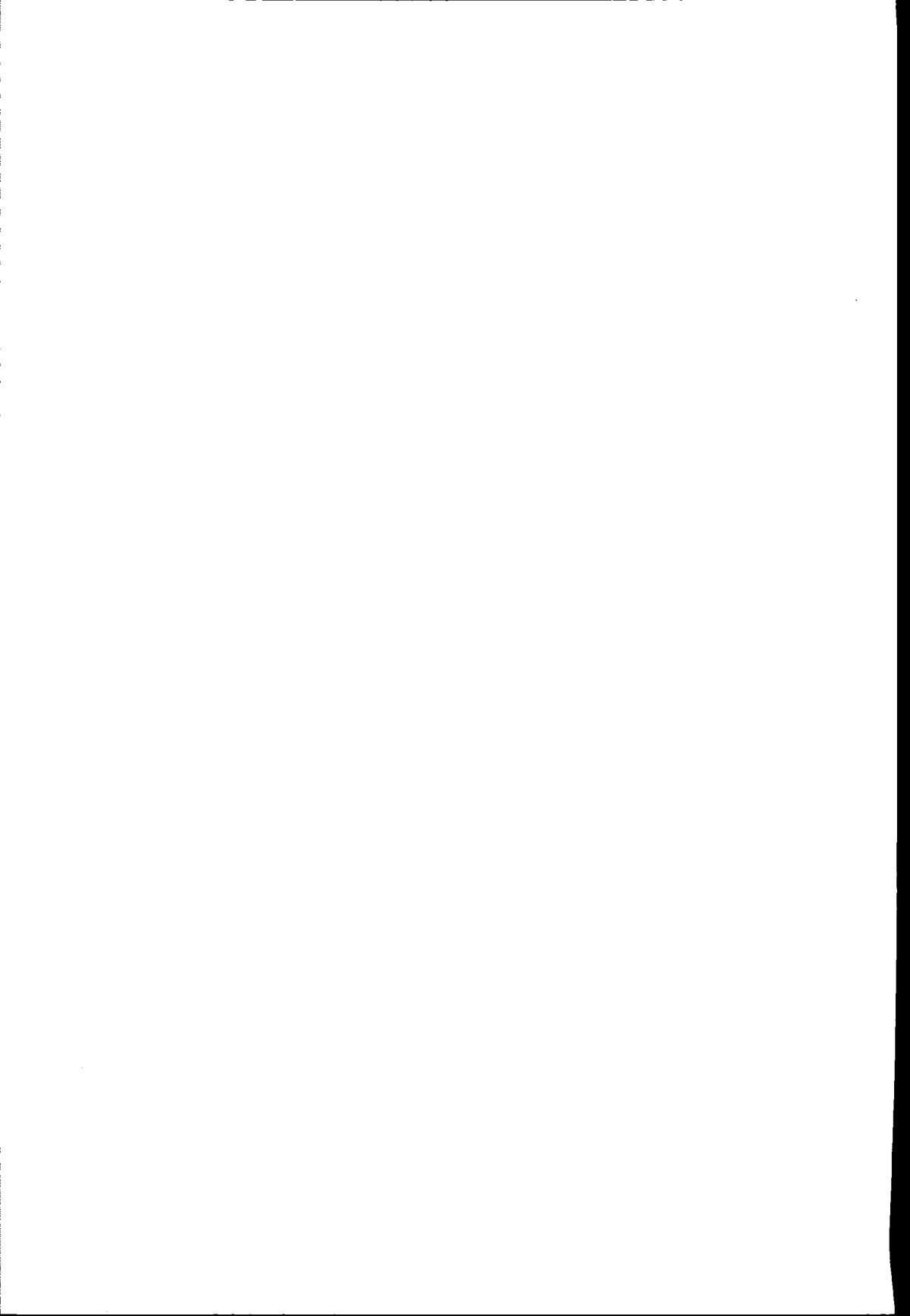
A su vez, el principio *nulla poena sine* está expresamente reafirmado por el Artículo 23, el cual establece que “*Quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto*”.

Es evidente que la Conferencia de Roma ha querido, en esta ocasión, realizar una estricta aplicación del principio de legalidad, procurando de manera deliberada poner una barrera contra las interpretaciones de carácter extensivo, que podrían derivarse de instrumentos análogos como el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia.

Las normas del Estatuto de Roma, de hecho, son bien precisas y evitan fórmulas ambiguas como las del ICTY (que, por otra parte, no contiene ninguna norma que prevea de manera expresa la aplicación del principio de legalidad). Bajo este aspecto, representa sin duda un progreso y retoma los principios generales que están en la base de los códigos modernos. Puede, inclusive, afirmarse que las normas generales del derecho penal contenidas en el Estatuto son tan precisas y minuciosas como las de muchos códigos penales (y, a veces, más que éstos).



**ACTUALIZACIONES
EN DERECHO PENAL**



ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA EN EL DERECHO ITALIANO

MAURO RONCO*

1. Las razones sobre la responsabilidad por los delitos de los entes

Con la ley-mandato 29.9.2000 y, sucesivamente, con el decreto legislativo de ejecución 8.6.2001, n. 231, Italia se dotó de un modelo general de responsabilidad penal de los entes colectivos; caracterizado por su finalidad de prevención general y de control jurídico de la criminalidad económica y de los negocios.

Entre las razones que inspiraron este modelo, tenemos; antes que nada, la evolución del cuadro criminológico que surge en la sociedad posmodernista, donde la actividad criminal ejercitada colectivamente tiende a incorporar las expresiones meramente individualistas del accionar penal. Por un lado la dimensión organizada del delito, controlando de un modo cada vez más intenso, los sectores ilegales en donde se generan recursos económicos ilícitos; y también sobrepasando las fronteras de los Estados, refuerza su poder a través del establecimiento y la infiltración de entes y sociedades que no evitan el recurrir al delito para substraerse a las reglas impuestas por los Estados y para superar a las empresas más dispuestas a respetar la ley. Por otro lado, la naturaleza misma de las actividades desarrolladas por los grandes grupos empresariales y la enormidad e imprevisibilidad de las recaídas, unidas al uso de las tecnologías más modernas sobre bienes jurídicos colectivos (el ambiente, la salud, la calidad de desa-

* Profesor ordinario de Derecho Penal de la Universidad de Padua (Italia).

rollo económico), hacen de los entes jurídicos los destinatarios preferidos de intervenciones de tipo preventivo y represivo, en vista de la indispensable tutela de los intereses supraindividuales amenazados por las políticas empresariales que maximizan la ganancia particular y contingente de pocos a expensas del bien común a todos.

La verificación objetiva de semejante escenario contribuyó a debilitar la tradicional posición que no reconocía la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que se remitía a la cuestión legal de *societas delinquere non potest*, lo que casi ha producido ahora una inversión de la perspectiva; como si el núcleo resistente de la diversidad penal encontrase, hoy en día, su lugar en el universo de los sujetos anónimos y colectivos, y no ya en las decisiones libres y voluntarias de personas determinadas y en la conducta contraria a la ley penal de sujetos individuales.

Si la evolución del cuadro criminológico ha sido el soporte del cambio normativo en Italia, el lanzamiento hacia ese cambio fue impreso por razones de política criminal; enunciadas por el grupo de juristas que han desarrollado en el pasado reciente el rol de bisagra entre la doctrina académica, las instituciones comunitarias y las agencias gubernamentales competentes en la adecuación de la legislación interna a los requerimientos provenientes de los expertos de tecnología jurídica que se mueven alrededor de la Comisión de la Unión Europea.

Las susodichas razones de política criminal se unen al requerimiento de cierto control público de la economía de libre mercado: si a los Gobiernos les está prohibido, en el nuevo escenario liberalista mundial, el control directo sobre la esfera económica; el interés público de la comunidad tiene que ser, de todas maneras, garantizado por un control judicial en orden a la legalidad del proceder de los entes económicos colectivos.

Sin embargo, mientras prosigue sin obstáculos el pedido de control jurídico respecto a la actividad de los entes económicos, el fundamental problema político consiste en verificar qué tipo de responsabilidad es más adecuada para los entes; con relación al vertiginoso dinamismo de la economía de mercado, en la que los entes funcionan, y cuál es la agencia más idónea para balancear y acomodar las necesidades preventivas en virtud de un provechoso y correcto desarrollo de la actividad económica con aquellas punitivas por el apartamiento de la legalidad por las empresas.

Sorprendentemente el grupo de juristas, que plasmo la huella de la nueva disciplina acerca de la responsabilidad de las personas jurí-

dicas, prefirió subestimar la gravedad de tal problema, imputando a veces una especie de retraso cultural a los sostenedores de la tesis tradicional.

Siguiendo al grupo de juristas, el Gobierno ha elegido, tal vez sin una prudente reflexión política sobre los costos y beneficios de la reforma, un sistema de responsabilidad calibrado minuciosamente sobre el paradigma penal clásico, que está caracterizado, notoriamente, por la total predominancia del momento punitivo sobre el preventivo y es, consecuentemente, completado por un sistema de garantías formales, indispensable para la tutela de la persona física por el riesgo de una limitación arbitraria de la libertad, que impide las intervenciones preventivas. Sin contar con que la institución encargada de la averiguación del ilícito, de la aplicación de las sanciones y del control de su ejecución se identifica con esos mismos órganos competentes para el ejercicio de la acción penal y el desempeño de la jurisdicción penal, los cuales, en este momento histórico, aparecen estructuralmente inadecuados para enfrentar la enorme carga de trabajo ya proveniente de la tradicional criminalidad individual y asociada de tipo mafiosa y terrorista. La problemática político-institucional de la reforma conjunta emerge de la constatación de que ha sido hecha "a cero costo", mientras que las nuevas autoridades competentes respecto a la indagación, averiguación, decisión y ejecución atribuidas a los Fiscales de la República y a los órganos de jurisdicción penal habrían implicado presupuestos de gastos y de refuerzos de las oficinas que, en cambio, no fueron tomadas en consideración.

2. El contexto internacional y comunitario

Un fuerte impulso de la introducción de la nueva disciplina surgió del enfrentamiento entre la experiencia comparada y la exigencia de ejecutar en el ordenamiento interno algunas obligaciones de carácter internacional comprendidas en Convenciones internacionales o en Acuerdos a los cuales Italia se adhirió en el ámbito del derecho comunitario.

En lo que compete a las legislaciones extranjeras, el debate científico y político de la última década ha observado la exageración de las opciones de algunos países europeos, en particular Francia, que ha introducido la responsabilidad penal de las *personas morales* con el nuevo código penal de 1994. Lo cual se hizo sobre el modelo de legislaciones del tipo anglosajón, que a diferencia del sistema conti-

mental, han siempre atribuido también a los entes jurídicos, asimilados empíricamente a las personas físicas, una responsabilidad del tipo penal. No se ha tenido en cuenta, en cambio, que otros sistemas, entre ellos principalmente el alemán, a la vanguardia de la predisposición de una maquinaria punitiva del tipo publicista / administrativa (según el resaltante modelo de la *Ordnungswidrigkeit*), han preferido no lanzarse en impetuosas corridas hacia la creación de nuevos subsistemas del tipo penal.

En el ámbito de la consideración comparativa, algunos eminentes estudiosos han dado importancia, en una perspectiva que equilibrase entre ellos el perfil amenazador y aquel preventivo de la norma punitiva, a los c. d. *compliance programs*, que en la experiencia estadounidense ejercitan la importante (pero ciertamente problemática) función, de otorgar a la sociedad el deber de “*combatir en sí misma, desde su interior, la criminalidad*”.

El sistema legislativo introducido por el decreto-ley n. 231/2001 se muestra intensamente influenciado, en la parte relativa a la delineación de los modelos de imputación en el plano subjetivo, por dicho sistema *compliance programs*, al punto de que el legislador delegado, en la Exposición del esquema legislativo, expresamente justificó su alejamiento de la indicación contenida en el mandato (que se limitaba a proveer un deber general de vigilancia y control a cargo de los entes) con una elección a favor del modelo que funciona desde hace un tiempo en Estados Unidos.

Por lo que compete a las obligaciones de derecho internacional y comunitario, fue extremadamente significativo que la ley 29. 9.2000, n. 300, al regular la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, asuma en modo acumulativo la ratificación y ejecución de una serie de actos internacionales, elaborados sobre la base del artículo K3 del Tratado de la Unión Europea, por cuanto delega al Gobierno la disciplina de la responsabilidad administrativa, como para resaltar la estrecha relación de dependencia entre esta última disciplina y las obligaciones emergentes de la ejecución de actos internacionales.

Es más, si se estudia con atención el conjunto de normas internacionales, nos damos cuenta de que las elecciones hechas primero por el Parlamento y después por el Gobierno con la actuación del mandato son líneas de políticas criminal autónomas del Estado italiano.

El objetivo del primer acto internacional ratificado (la Convención hecha en Bruselas el 26.7.1995, llamada comúnmente Convención P.I.F.) consiste en asegurar en los Estados miembros la represión, con sanciones penales, de los fraudes lesivos a los intereses

financieros de la Comunidad Europea, ya sea en materia de gastos como de ganancias. La Convención determina el castigo de los autores de los fraudes (Art. 2), como también de los dirigentes de las empresas, según los principios establecidos por el derecho interno, por los actos cometidos en perjuicio de los intereses financieros de la Comunidad, cometidos por cuenta de la empresa por cualquier persona subordinada a la autoridad de los poderes empresariales (Art. 3).

Evidentemente el sentido es responsabilizar a las personas físicas por *agevolazione colposa* (facilitación culposa), por el crimen cometido por los dependientes, y no el de proveer un sistema de responsabilidad de las personas jurídicas en cuanto tales.

El primer Protocolo de la Convención P.I.F. emitido en Dublín el 27 de septiembre de 1996 y la Convención llevada a cabo en Bruselas el 26 de mayo de 1997 contra la corrupción están estrechamente ligados entre ellos y exigen la penalización de las conductas corruptas en las que están implicados funcionarios comunitarios o de los Estados miembros. También aquí no hay indicación alguna en orden al castigo de las personas jurídicas.

La Convención OCSE, sobre la lucha contra la corrupción de los funcionarios públicos extranjeros en las operaciones económicas internacionales, de París del 17 de diciembre de 1997, introduce, en los países signatarios, normas penales con relación a la corrupción activa de funcionarios públicos extranjeros con el fin de obtener o conservar un negocio u otra ganancia ilícita en la esfera del comercio internacional. La Convención contiene dos importantes presupuestos innovadores: por un lado, la obligatoriedad de la confiscación de lo proveniente como fruto de la corrupción, incluso en la forma de "por equivalente" (Art. 3, co. 3); por el otro, la recepción de medidas necesarias, conforme a los principios de cada Estado, para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas en caso de corrupción de un funcionario público extranjero (Art. 2).

Esta última disposición justifica la coincidencia en la ley 29.9.2000, n. 300, entre la ratificación y la ejecución de los actos internacionales, por un lado, y por el otro, el mandato al Gobierno para la disciplina de la responsabilidad de las personas jurídicas. No obstante, como se puede verificar, ninguna forma especial de responsabilidad está específicamente indicada como necesaria por la Convención OCSE. De hecho el Art. 2 reconoce expresamente la posibilidad de diversas elecciones en función de los principios jurídicos vigentes en los Estados signatarios.

La ley 29.9.2000, n. 300, implica pues una elección autónoma de política criminal, al ir más allá de la actuación de la obligación internacional prevista en el Art. 2 de la Convención OCSE. Por una parte, el abanico de delitos implica, en los criterios del Art. 11, Incs. a, b, c, d, una penalización ampliada de las personas jurídicas, según una *ratio* de carácter general que traspasa el límite de actuación de la obligación internacional (tanto que el legislador delegado renunció a ejecutar el mandato por considerar todavía inmaduras las condiciones histórico-sociales para el pleno funcionamiento de las innovaciones reformistas, en relación a los delitos previstos en el mandato). Por otra parte el catálogo de sanciones, definidas "administrativas", presenta un carácter intensamente punitivo y estigmatizante, distante de los caracteres tradicionales de las sanciones administrativas. También, al atribuir al juez competente de conocer el delito la facultad de aplicar las sanciones, y la remisión a las disposiciones del código de procedimiento penal (art. 11, inc. g), confirman la intención del legislador de asimilar lo más posible el sistema de responsabilidad de las personas jurídicas al sistema penal vigente en comparación al de las personas físicas.

3. La influencia ejercida por un reciente proyecto de reforma del código penal sobre la legislación

Más que por una razón de orden internacional, la existencia de esta nueva doctrina se debe a una presión de tipo interno, y a la preeminencia, en los ámbitos científicos y políticos que han ejercido influencia en la última década, en las propuestas de reforma de la legislación penal, de la tendencia a extender la responsabilidad del tipo penal a las personas jurídicas, por la fuerte valencia criminológica inherente al accionar de las estructuras organizativas y por la enorme incidencia ofensiva sobre los bienes colectivos de las políticas ilegales de empresa.

Es revelador que la aprobación de la ley 29. 9. 2000, n. 300, haya acaecido en una estrecha conexión temporal con la fechada el 16. 9. 2000, del articulado y de la Exposición del " Proyecto preliminar de reforma del código penal. Parte general ", en cuyo Título VII está prevista la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En la Exposición del Proyecto se declara expresamente la relación entre la dirección de la ley de ratificación (que estaba en camino de aprobarse en el Parlamento en el momento de la difusión del Pro-

yecto) y la orientación de la Comisión Ministerial para la reforma de la Parte general del código penal. La conexión substancial de la doctrina implica tanto el arsenal de sanciones y los principios que presidían su aplicación, como la unión de la responsabilidad a la comisión del delito, como, por último, la incorporación del nuevo sistema dentro del proceso y de la jurisdicción penal. Por otra parte la influencia que el Proyecto de reforma de la Parte general ha tenido en este tema de responsabilidad de los entes, no se detuvo en el momento del mandato, sino que prosiguió incluso en la fase de redacción del decreto legislativo delegado. Tanto es así que el Gobierno ha optado por no prestar atención a las directivas del mandato en los puntos t, u, v, z (concernientes a la introducción de algunas facultades en defensa de los accionistas o socios que no hayan tenido responsabilidad respecto del delito cometido en interés o provecho del ente), las cuales por ser el fruto de rectificaciones y correcciones desordenadas, fundamentalmente del tipo civilistas, incluidas por el Parlamento al texto original, contradecían el modelo publicista de funcionalidad preventiva delineado en el Proyecto de reforma del código, que el Gobierno intentó llevar a cabo sin tener en cuenta la especial sugerencia parlamentaria.

Se puede decir que el sistema de responsabilidad de las personas jurídicas, existente gracias al diligenciamiento del mandato por obra del decreto-ley 8. 6. 2001, n. 231, constituye la realización de la parte más innovadora del Proyecto de reforma elaborado por la Comisión presidida por el Dr. Grosso, cuya Exposición resulta el mejor instrumento de interpretación del decreto-ley 231/2001.

En la Exposición al Proyecto encontramos la confirmación de que la nueva tipología de responsabilidad, si bien no fue calificada como penal debido a la fuerte oposición que tal elección habría causado en los estratos del universo científico y político nacional, fue de todos modos asimilada al derecho y al proceso penal porque tal forma de responsabilidad sigue el enfoque propio del terreno penalista, y lo hace con los medios sancionadores típicos del derecho penal. También la adjudicación de la competencia al juez penal y la colocación del sistema dentro del proceso penal tratan de conceder una efectividad penalista a la responsabilidad del ente, con toda la estigmatización derivada de la intervención del P. M. en la fase procesal y proveniente de sanciones del tipo penal. El ente es, en otros términos, entendido como un "gran" imputado o un "gran" condenado, cuyo castigo debe satisfacer la necesidad de una penalidad tanto mayor cuanto menor

se sienta la eficacia de la pena respecto a las personas físicas. Estos aspectos deben ser decisivos para explicar o justificar la elección del proceso y juez penal. Posiblemente el más importante de los aspectos mencionados en la Exposición del Proyecto de reforma, se refiera a la exigencia de reservar un amplio arsenal de garantías a favor de los entes bajo proceso con relación a las aplicaciones de las sanciones penales.

4. El ámbito de aplicación de la legislación

Las disposiciones previstas en el nuevo *corpus* normativo acerca de la responsabilidad de los entes se aplican, no solo a los entes con personalidad jurídica, sino también a las asociaciones sin personalidad (Art. 1, co. 2, decreto-ley n. 231/2001, que ejecuta el punto previsto en el mandato en su Art. 11, co. 1º, apartado 1º).

Están, en cambio, librados de responsabilidad el Estado, los entes públicos nacionales y los entes públicos no económicos, así como los entes que gestionan funciones de importancia constitucional (Art. 1, co. 3, decreto-ley 231/2001, que precisa y clarifica el dictado de la poco sagaz estructura del mandato, que excluía la responsabilidad de “los entes que no desarrollaban funciones de valor constitucional” en su Art. 11, co. 1º, apartado 1º, como también los entes del Estado y de los otros “entes públicos que ejercen poderes públicos” en el Art. 11, co. 2º).

La decisión de responsabilizar también a los entes carentes de personalidad jurídica, ya presente en el Proyecto Grosso, nos revela la intención de política/legislativa de extender al máximo la función general preventiva de la norma, incluso donde la pretensión punitiva choca con las dificultades inducidas por la ausencia de autonomía patrimonial en el ente. Es en estas situaciones que se delinea con mayor evidencia el riesgo de que la sanción constituya una duplicación pura y simple de la pena aplicada con relación a las personas físicas, que han actuado por cuenta y en nombre del ente. Para evitar esta aberrante consecuencia, el decreto delimita la obligación para el pago de la sanción pecuniaria dentro de los límites del patrimonio o del fondo común del ente (Art. 27, co. 1, decreto-ley 231/2001). Al limitar la responsabilidad del pago de la sanción pecuniaria al patrimonio o al fondo común del ente se produce la inaplicabilidad del régimen legal de responsabilidad ilimitada o solidaria de los socios o asociados por las obligaciones del ente, incluso en el caso de infruc-

tuosa excusión del patrimonio de este último (prevista, en cambio, en la esfera civil: Arts. 38, 41, 2267, 2304, 2313, 2362, 2642, 2513, 2615, c.c.). La excusión del patrimonio de los socios y asociados para el pago de la sanción pecuniaria permanece también en caso de la declaración en quiebra del ente mismo. El Estado puede satisfacerse, en concurso con los otros acreedores, pero asistido por el privilegio del Art. 27, co. 2, referido solamente al patrimonio de la sociedad o del ente, y no incluye al del socio o asociados declarados en quiebra en los términos del Art. 147, co. 1, r.d. 16.3.1942, n. 267.

Entre las sociedades y asociaciones sin personalidad, encontramos las sociedades de hecho, las sociedades colectivas, las en comandita simple y las sociedades irregulares, las cuales se remiten al régimen de las sociedades de hecho (Art. 2297 y 2317 c.c.).

Parecería acertado afirmar también que los principios sobre la responsabilidad de los entes no se aplicarían a las juntas o comités, de los Arts. 39-42 c.c., constituidas por un grupo de personas con una duración transitoria y con fines asistenciales y promocionales. De hecho, la legislación debe ser interpretada de manera taxativa, dado que repercute en la esfera sancionadora/punitiva. Al respecto se puede resaltar que el decreto legislativo, a diferencia del mandato que mencionaba de forma genérica a los " entes " sin personalidad jurídica, se refirió expresamente a las " sociedades " y " asociaciones ", restringiendo así el régimen de responsabilidad a aquellas asociaciones que poseen los caracteres de estabilidad objetiva y permanencia en el tiempo, no reconocidos en los comités.

Las exclusiones del régimen de responsabilidad conciernen a cuatro categorías de sujetos. Primero de todo, al Estado, por la obvia razón de que al ser el titular de la pretensión sancionadora, se le impide al mismo tiempo de ser su destinatario.

En segundo lugar, a los entes públicos territoriales (las Regiones, Provincias y Comunas), por desarrollar funciones públicas y por poseer rango constitucional, como además por razones sistemáticas (referencia al Art. 1197 c. p. que excluye la responsabilidad civil del Estado, Regiones, Provincias y Comunas por el pago de una multa o de la " ammenda ") y por exigencias de razonabilidad y auto limitación legislativa.

En tercer lugar, a los entes públicos no económicos. Con esta elección el legislador delegado ha interpretado la formula de la ley-mandato, según la cual los exentos de la categoría deberían haber sido, además del Estado, solo los otros entes públicos que " ejercen poderes públicos " (Art. 11, co. 2).

No parece que el ámbito del mandato haya sido respetado rigurosamente. De hecho tampoco “ejercen poderes públicos”, además de los entes públicos económicos, los entes públicos que distribuyen un servicio público, como las Instituciones de asistencia, los Establecimientos hospitalarios, las escuelas y Universidades públicas, como tampoco una serie de entes públicos asociativos (como el ACI, la CRI), que por más que funcionen en un régimen negocial, son públicos por decisiones legislativas específicas.

Las razones expuestas en la Exposición del esquema del decreto legislativo para justificar el apartamiento del mandato se retrotraen a decisiones de carácter netamente político, no clarificadas en el mandato, sino más bien emanadas de la reflexión del legislador delegado. Por un lado, sería inoportuna la aplicación de interdicciones a tales sujetos, porque el costo de la interdicción recaería sobre la comunidad, respecto a lo pecuniario; debido a que el efecto general y especial-preventivo de una sanción pecuniaria en comparación a la de un ente público serían menores respecto de aquella obtenible de un ente privado, más sensible económicamente. Por otro lado, se afirmó que, de todas maneras, el “legislador delegado habría tenido en miras la represión de comportamientos ilícitos durante el desarrollo de actividades de naturaleza exclusivamente económica, es decir asistidas por fines gananciales”.

El legislador delegado dio un fuerte acento a un perfil, el económico, con relación a otros, concernientes a la exigencia de la correcta y transparente gestión de los entes, que parecía poder deducirse desde la más amplia noción contenida en el mandato, ajustándose de una manera bastante libre respecto de él.

Todavía tenemos que decir que la decisión del Gobierno resalta lo dispuesto en los artículos del Proyecto Grosso (Art. 121, co.2), que individualizaba durante la evolución de la actividad económica el nudo central idóneo para provocar el surgimiento de la exigencia de la disciplina sancionadora.

En cuarto lugar, están eximidos de responsabilidad los “entes que desarrollan funciones de valor constitucional”, entre los cuales están los partidos políticos y las asociaciones gremiales, debido a los riesgos de rotura de los frágiles equilibrios sobre los cuales se rige el Estado democrático. De hecho, hacer posible la penalización judicial de estos organismos, y no solamente de las personas físicas que los representan, habría significado un control de legalidad, mayor que el utilizado con relación a las personas físicas, por un lado no tan necesario a los fines de prevención general, y por otro, sospechoso, en cuanto tal, de un uso arbitrariamente creado con fines políticos.

5. Ámbito de aplicación temporal y espacial

El nuevo sistema de responsabilidad sancionadora está formalmente definido, en su titulación y en varios puntos del texto, como de tipo "administrativo". El legislador, en cambio, es conciente de que las definiciones normativas son irrelevantes y que solamente la concreta disciplina de un instituto tiene valor para individualizar la naturaleza. No es fácil escapar a la impresión de que, para introducir una responsabilidad substancialmente penal, se haya querido seguir el desvío de definirla "administrativa", con en el fin de superar la crítica proveniente de parte de los opositores a la penalización, pero remarcando los rasgos penalistas del conjunto normativo, en una especie de juego de etiquetas, sutilmente utilizado con el fin de aceptar las reformas del mismo modo que tuvo terminación aquellas relativas a las medidas de seguridad, definidas "administrativas" en el título VII del código penal, pero consideradas por parte de la doctrina y jurisprudencia como dotadas de carácter penal, ya sea por su incidencia sancionadora sobre las personas físicas, ya sea sobre todo por ser aplicadas por el juez penal según las modalidades y las garantías propias de la jurisdicción penal.

Con la intención de remarcar la naturaleza penal del ilícito adjudicado a la persona jurídica y de diferenciarlo del ilícito administrativo regulado por la ley 24.11.1981, n. 689, el legislador delegado construyó un subsistema, destinado a reglar la materia inclusive para el futuro, como si se tratase de la parte general de una futura parte especial, de los cuales los claros casos en cuestión de ilícitos previstos en el decreto constituirían una tímida anticipación.

En este cuadro no podía faltar la enunciación del principio de legalidad (Art. 2) , en los tres perfiles de reserva de la ley, tipicidad e irretroactividad, adaptados a las peculiaridades de la responsabilidad del ente, que presupone un doble momento de positivización de la elección penal; una primera vez respecto a la tipificación del hecho típico, y una segunda vez respecto a la imputación de tal hecho al ente.

El principio de legalidad abraza expresamente el tema de las sanciones. En coherencia con tal afirmación las normas de la Sección II (del Art. 9 al 23) describen no solamente de forma analítica su catálogo, sino que enuncian específicamente los presupuestos de aplicación de cada tipo de sanción y los criterios de conmensuración de las sanciones pecuniarias y de las interdicciones. También la escasa par-

te especial (Sección III Art. 24-26) está informada del principio de la diferente respuesta sancionadora en función de la específica gravedad del hecho típico.

En el mencionado intento de construir una parte general relativa a la responsabilidad de los entes (no sin el convencimiento de delinear un modelo válido de reforma de todo el derecho penal), el legislador delegado interpretó en forma amplia la delegación legislativa, reglando expresamente el ámbito de aplicación en el tiempo y en el espacio de la nueva legislación, según criterios homogéneos con los principios penalistas. Lo cual es evidente sobre todo para el caso de la sucesión de leyes en el tiempo (Art. 3), donde, según el modelo penalista, está previsto el principio de retroactividad de la ley más benigna, ya sea en el caso de la *abolitio criminis* (como también de *abolitio* de la responsabilidad del ente), (Art. 3, co.2), con efectos extintivos que superan incluso la sentencia, ya sea en el caso de la sucesión meramente modificatoria de leyes incidentes en la misma materia, con efectos que, como en el derecho penal, no inciden en la sentencia. Ninguna previsión, en cambio, para los decretos de urgencia y para las problemáticas relacionadas a la declaración de inconstitucionalidad, que pueden tranquilamente ser resueltos según los principios generales y los abundantes pronunciamientos de la Corte constitucional.

El decreto-ley n. 231/2001, regulariza el caso de los delitos cometidos en el exterior, estableciendo la penalidad del ente, que tenga sede principal en el territorio del Estado, también con relación a los delitos cometidos en el exterior, siempre y cuando el delito pertenezca a las categorías para las cuales está prevista la jurisdicción del Estado italiano en los términos de los Arts. 7, 8, 9 y 10 del código penal y siempre y cuando respecto al ente “ no intervenga el Estado del lugar en donde se cometió el hecho” (Art. 4, co.1). Si es evidente la finalidad anti-evasiva de la norma, no se puede pasar por alto el trato privilegiado de que gozan los entes que no tengan en el territorio del Estado la sede principal, cuyos agentes podrán delinquir en el exterior, sin correr el riesgo de caer en las severas sanciones de nuestra legislación.

En cuanto a la previsión de la renuncia a la penalidad en el caso de procedimiento instaurado en el Estado del lugar de la comisión del hecho, es evidente el debido respeto al principio de la cooperación internacional en materia penal.

6. Los criterios de atribución de la responsabilidad: el principio de autonomía

La regla más importante de toda la normativa es el principio de autonomía del ilícito del ente con relación al delito atribuido a la persona física, previsto en el Art. 8 del decreto legislativo.

Tal principio, presentado por la Exposición no del modo más conveniente respecto a su importancia, constituye el mecanismo jurídico apto para transformar, en su esencia, la responsabilidad concurrente para el delito cometido por la persona física en responsabilidad directa del ente por un hecho correspondiente solo objetivamente al perfil exterior de un hecho delictuoso.

La Exposición admite, y no habría podido no hacerlo, que la disposición del Art. 8 posee “una particular relevancia”. De hecho, “ella aclara de una manera inconfundible cómo el ente es un sujeto autónomo de responsabilidad” y “presupone de todos modos la comisión de un delito”. El texto que acompaña va más allá del análisis del dato procesal, como si el problema fuese principalmente de este género y no sobre todo del tipo substancial, sosteniendo que: “Si de hecho el mecanismo penal fue armado a fin de hacer efectivas las sucesiones (procesales) de las personas físicas y aquellas de los entes estrechamente conectadas con ellas (...), lo cual no excluye que en algunas hipótesis limitadas, la inseparabilidad entre las dos pueda faltar”. Tales hipótesis se verifican ya sea cuando las estrategias procesales de las personas físicas y jurídicas son distintas, ya sea cuando “el autor del delito no haya sido identificado o sea inimputable”.

No se comprende, en cambio, cómo esta última previsión pueda conciliarse con el principio de la responsabilidad de la persona jurídica como si fuese un delito de la persona física. De verdad, el principio de autonomía de la responsabilidad del ente, establecido en el Art. 8, no tiene carácter procesal sino substancial. Lo que lleva al significado complejo del sistema, basado no en la responsabilidad dependiente de un delito, completo en todos sus elementos cometidos por la persona física, sino más bien en la responsabilidad autónoma de la persona jurídica por un hecho correspondiente solamente al perfil exterior de un delito.

La Exposición sostiene que tal decisión no encontraría “obstáculo alguno desde el punto de vista del sistema”, debido a que en ambos casos, sea que el autor haya sido identificado, sea que no haya sido identificado, nos encontraríamos “frente a un delito completo en to-

dos sus elementos (subjetivos y objetivos) y judicialmente acreditado, si bien el reo, por una u otra razón, no resulte punible”.

Sin embargo, no es jurídicamente exacto decir que se encuentra “frente a un delito completo en todos sus elementos (subjetivos y objetivos)”, si el reo no fue identificado. De prescindir de los mismos perfiles objetivos del hecho, que frecuentemente están influenciados por elementos subjetivos de antijuricidad, es evidente que la imputación del dolo o de la culpa con relación al hecho puede ser cumplido solamente con referencia a una persona determinada, previa su identificación. Postular el dolo (o la culpa) de una persona que procesalmente no existe, porque no ha sido identificada, significa erigir una ficción de dolo o culpa a cargo de una persona inexistente en función del juicio objetivo de presunta responsabilidad del ente (en el caso de sujetos aplicables) o del juicio de culpa del ente (en el caso de los dependientes).

Con lo cual entró con pleno título en nuestro ordenamiento penal una forma verdadera y propia de responsabilidad objetiva, con el fin de atribuir la máxima expansión a las finalidades de prevención general, en desprecio del Art. 27.

Que la *ratio* de la herida en el sistema (negada evidentemente y contradictoriamente en el pasaje de la Exposición expuesto *supra*) sea imputable por razones de prevención general está expuesto en la continuación de la Exposición: “Si, de hecho, el caso del autor no imputable tiene un sabor más teórico que práctico (para abarcar todos los campos), aquel de la falta de identificación de la persona física que ha cometido el delito es, al contrario, un fenómeno *típico* en el ámbito de la responsabilidad de la empresa: es más, entra en el cálculo de hipótesis con relación a los cuales se advertía más fuertemente la exigencia de sancionar la responsabilidad de los entes”. El texto que acompañaba al decreto legislativo incluye el caso de la imputación alternativa a cargo de dos administradores, cuando falte o se carezca de la prueba de la responsabilidad individual con relación a cada uno de ellos. El ejemplo puede inducir a inclinarse hacia el juicio de racionalidad de la elección; pero de hecho el ejemplo aclara, por un lado, el alejamiento de los principios relativos a la responsabilidad personal y, por otro lado, revela el fin práctico perseguido, de encontrar un responsable y penalizar de todas maneras a un sujeto incluso con falta de prueba acerca de la existencia de una responsabilidad individual, completada en todos sus elementos constitutivos, objetivos y subjetivos.

Pero aún hay más. El distanciamiento de los principios podría ser anunciador de consecuencias aberrantes en la práctica, donde la dificultad probatoria de adjudicar las responsabilidades individuales corre el peligro de convertirse en el pretexto para perseguir ya no a las personas físicas, sino exclusivamente a los entes, cuya responsabilidad puede ser afirmada basándose en la simple delineación objetiva de un hecho correspondiente al caso en cuestión del delito, donde la simplificación probatoria sostiene la objetivización del título real de responsabilidad.

Igualmente grave, aunque menos frecuente, es la otra hipótesis reconstruida bajo el principio de autonomía. La responsabilidad del ente permanece también, si el delito es afectado por una alternación extintiva por una causa diferente a la de amnistía (Art. 8, co. 1, inc. b). Incluso aquí el distanciamiento de los principios es patente, dado que, para remitirnos a un ejemplo, es obvio que la muerte del imputado antes de la condena impide la verificación de un delito completo en todos sus elementos constitutivos, objetivos y subjetivos.

Concluyendo sobre el punto: el principio de autonomía de la responsabilidad del ente, como punto cardinal esencial de la nueva normativa, introduce una hipótesis, tendencialmente generalizable, de responsabilidad objetiva, capaz de alterar el ordenamiento de inspiración subjetiva basada en la noción de culpabilidad general. Además, constituye el *humus* normativo idóneo para favorecer la exoneración de responsabilidad de las personas físicas, en una perspectiva donde el delito no es, antes que nada, el hecho culpable del hombre, sino más bien el perjuicio económico ocasionado por un evento contrario a la legalidad objetiva.

7. La imputación en el plano objetivo

La definición de criterios objetivos y subjetivos, sobre la base de los cuales se puede prevenir la aplicación de sanciones al ente, constituye el objeto fundamental de las disposiciones de los Arts. 5,6 y 7.

El Art. 5 se centraliza en la circunstancia de que el delito haya sido cometido en el interés o en provecho del ente, por parte de sujetos calificados por su relación con aquel, con la expresión normativa de la relación de intermediación orgánica entre la persona física y jurídica; relación necesaria y suficiente, según el legislador, para respetar

el dictado constitucional del Art. 27, y para superar las críticas contra la responsabilidad de los entes alrededor de la carencia de solidez personal de un ilícito cometido por una persona física e imputado también (o solamente) a la persona jurídica. Es más, lo relativo al hecho de que el sujeto en cuyo interés o en cuyo provecho se realizó el delito integraría completamente, según el legislador, la exigencia de personalidad, ya que el principio constitucional postula la correspondencia entre quien comete el ilícito y quien paga las consecuencias jurídicas.

No se niega que el argumento tenga un fundamento *in re*, sobre todo en la realidad económica de las empresas operantes en el mercado global, donde más que a los singulares y contingentes administradores hace falta prestar atención, bajo el perfil jurídico, a las líneas permanentes de políticas empresariales y a las decisiones estratégicas de la empresa. *Nulla quaestio*, por lo tanto, sobre la indispensabilidad de una responsabilización de los entes por los delitos cometidos en sus intereses o provechos.

El problema político-jurídico crucial concierne al tipo de responsabilidad imputable al ente como también las modalidades procesales y jurisprudenciales necesarias para su verificación. También se tiene que prestar atención al hecho de que las sanciones pueden oscilar entre un polo preventivo-general, y uno retributivo-represivo. Incluso las modalidades de verificación y de aplicación deben ser diversas dependiendo del tipo de sanciones aplicables. Si la sanción se acerca mayoritariamente al polo preventivo, la modalidad más idónea a aplicar será la administrativa; si, en cambio, lo es al polo represivo, la modalidad más idónea a aplicar será la penal.

En la economía contemporánea aflora una exigencia fuerte de prevención general en contra de la peligrosidad y nocividad social de políticas empresariales que afectan los intereses de la comunidad. Contra este tipo de ilegalidad solamente una especie de sanciones inmediatas e interdictivas, completamente moldeable con relación a la particularidad del caso individual y atento al mismo tiempo a los intereses de la comunidad, es idónea para equilibrar el interés público entre la sanción con el interés igualmente público de la comunidad al libre desarrollo de la actividad económica.

Por este motivo, es distinto el tipo de responsabilidad individualizado por el decreto-ley 231/2001, a las legislaciones que atribuyen a determinadas autoridades administrativas la facultad de infligir sanciones a las personas jurídicas. Tal la ley 10.10.1990, n. 287 (*“Normas para la tutela de la concurrencia y del mercado”*), que individualizó un

modelo sancionador gestionado por una Autoridad garante e independiente que puede infligir sanciones administrativas-pecuniarias a la sociedad; las formas de responsabilidad de la legislación sobre el *insider-trading* (ley 17.5.1991,n.157), que atribuyen a la CONSOB el poder de tutelar las propias regulaciones en temas de publicidad en el mercado mobiliario con dos tipos de sanciones, el “reclamo” y las sanciones administrativas; la “ley Mammi”(del 6.8.1990,n.223), acerca de las telecomunicaciones y emisión televisiva, que prevén la represión directa de las conductas antijurídicas de la sociedad de gestión a través de sanciones pecuniarias e interdictivas. Por otro lado, un sistema que reconozca poderes efectivos a Autoridades independientes constituye el contrario exacto, en el plano actual, del sistema ideado por el legislador delegado de los años 2000/2001: mientras, de hecho, las sanciones infringidas por la Autoridad administrativa son preventivas, las sanciones parapenales del decreto-ley 231/2001 son esencialmente represivas.

También el sistema del cual se avale la Autoridad administrativa independiente postula una responsabilidad de tipo penal, destinada específicamente a las personas físicas, para las directores de la *Authority* titulares de poderes de verificación y de interdicción, en la medida en que ellas dejen de cumplir, o cumplan de un modo arbitrario o fraudulento, los deberes inherentes a los deberes de garantía asignados por el ordenamiento, en vista a la tutela de los intereses colectivos.

El sistema introducido por la 231/2001, en cambio, pretende adjudicar a una sanción penal una función no solamente que ella no posee (por que la sanción penal tiene una naturaleza de rotura de un argumento existencial y sólo opera indirectamente y a largo término en función de una prevención general), pero sobre todo que no puede poseer, atendiendo los modos y tiempos concretamente necesarios para la verificación por vía procesal/penalista del hecho debido. Las frecuentemente mencionadas “garantías”, propias del proceso penal, son obstáculos concretos a la rápida intervención con estilo prevencionista-general en contra de políticas empresariales que comprometen o están perjudicando los bienes de orden colectivo.

Pero aún hay más. La penalización de las personas jurídicas peligran con despenalizar a las personas físicas, según los repetitivos ritmos de esquemas del mundo natural, que casi describen una “física” del derecho penal; en cuya medida, cuanto más se busca in-

crementar la eficacia prevencionista-general del sistema, tanto más se invalida la razonabilidad y aceptabilidad social de las sanciones penales.

Como se dijo anteriormente, la responsabilidad del ente aparece cuando el delito haya sido cometido "en su interés o en su provecho". En el último inciso del Art. 5 se afirma, refiriéndose a los sujetos debido a los cuales la identificación orgánica es *in re ipsa*, que la responsabilidad está excluida "si las personas han actuado en su propio y exclusivo interés o de terceros". El importante elemento de precisión lo encontramos en el adjetivo "exclusivo", con la obvia consecuencia de que la responsabilidad falta cuando el sujeto haya actuado, excediéndose de sus funciones, en vista de un interés personal concurrente, al menos en parte, con el interés del ente. Extremadamente problemática, a la luz de lo escrito, es la aparición del caso en el cual el sujeto haya actuado en contra del interés del ente o, de todas maneras, en "su propio exclusivo interés o de terceros", siempre y cuando el hecho sea excesivo, según una verificación *ex post*, también en provecho del ente. Si se accede a una interpretación marcadamente subjetiva de la frase "en su interés o en su provecho", la eventual verificación *ex post* de un provecho para el ente no debería ser relevante. Lo cual entabla, en cambio, que el término "provecho" constituye una mera reiteración en la frase, y no individualiza un requisito autónomo de algún caso en cuestión. La interpretación objetiva estaría en grado, en cambio, de otorgar una importancia autónoma al requisito del "provecho". Hacia esta última posición parecería inclinarse la Exposición del proyecto, conforme a la orientación objetiva de la especie de responsabilidad preelegida. Por cuanto quien escriba esté propenso, para contener lo más posible la derivación objetiva, a reconocer mayor racionalidad a la primer tesis, que admite que *de iure conditio* pueda mostrarse más fundada la segunda interpretación.

8. El modelo de la responsabilidad para el delito cometidos por el sujeto apical

Los sujetos que vinculan al ente se distinguen en dos grandes categorías, cada una de las cuales va a focalizar un modelo de responsabilidad específicamente caracterizado, a medida que los autores del delito ocupen una posición apical (Art. 5, co. 1, inc. a), o una posición subordinada (Art. 5, co. 1, inc. b).

Los sujetos apicales están indicados con una fórmula elástica que confiere relevancia, además de a las funciones de las cuales los sujetos están formalmente investidos, también a la dimensión sustancial relativa los poderes ejercidos en concreto. De hecho, al lado de las personas que tienen a cargo funciones de representación, de administración, o de dirección, vinculan al ente con los caracteres redundantes de la identificación orgánica. De todas maneras deben juntarse en el mismo sujeto las funciones de gestión y de control, de modo de identificar a una persona que ejerce sobre el ente una verdadera y propia dominación de hecho, independiente del rol formalmente investido: por ejemplo se puede individualizar a tal sujeto, siguiendo a la Exposición, en el socio tenedor de la casi totalidad de las acciones, el cual dicte desde el exterior las líneas de política empresarial y ordene el cumplimiento de las operaciones constituyentes en delito.

El cúmulo necesario de poderes de gestión y de control excluye que el ente responda por los delitos cometidos por personas que cumplen funciones de hecho asimilables a aquellas propias de los Síndicos. Como nos hace notar la Exposición del modelo, los Síndicos no están individualizados entre los sujetos apicales bajo el perfil formal; sería, por lo tanto, contradictorio que se quisiese insertarlos en esta categoría basándose en la función ejercida concretamente.

Con una mirada extensiva al texto del mandato, el legislador delegado ha incluido entre los sujetos apicales también a aquellos que representan, administran o dirigen una unidad organizativa del ente "dotada de autonomía financiera y funcional" (Art. 5, co. 1, inc. a). Las razones expuestas en la Exposición que justifican la disposición extensiva pueden parecer convincentes, pero traspasan la decisión política del mandato y postulan una relación de identificación orgánica que no es razonable considerar, entre el ente y el director de una unidad organizativa de una sociedad, aunque tenga autonomía financiera y funcional. La extensión, debido a la precisión, está motivada ya sea por la atención hacia un fenómeno económico en progresiva expansión, ligado al afloramiento, en las realidades empresariales medianas-grandes, de reparticiones horizontales de competencia que substraen determinados centros productivos al control jerárquico de las sedes centrales; ya sea por razones de carácter sistémico o para instituir un paralelismo con tareas asignadas a figuras subordinadas, pero dotadas de poderes efectivos de gestión con autonomía financiera, en materia de seguridad con relación al trabajo.

El Art. 6 forma integralmente el modelo de responsabilidad del ente con relación al delito cometido por el sujeto apical.

El ente puede substraerse a la aplicación de las sanciones, dependiendo del reintegro del provecho obtenido gracias al delito, también en la forma equivalente (Art. 6, co. 5), o si prueba: a) que el órgano actuó eficazmente actuó y adoptó antes de la comisión del hecho, modelos de organización y de gestión idóneos para prevenir delitos de la misma especie de la que se verificó; b) que encargó a un organismo interno, dotado de poderes autónomos de iniciativa y de control, la tarea de vigilar el funcionamiento y la observancia de los sistemas; c) que el delito haya sido cometido eludiendo fraudulentamente a los modelos de organización y de gestión; d) que el organismo de control interno no haya omitido un nivel de vigilancia adecuado.

El decreto legislativo se detiene, después, difusamente sobre el modo descriptivo y prescriptivo de los modelos de organización y de gestión.

El co. 2 del Art. 6 establece que los modelos deben formalizar de una manera más completa la actividad del ente en la perspectiva de la prevención del riesgo del "delito". Se necesitaría, de hecho, que los modelos: a) individualicen las actividades en cuyo campo pueden ser cometidos delitos; b) prevean protocolos directos para programar la formación y la actuación de las decisiones del ente con relación a los delitos a prevenir; c) individualicen modalidades de gestión de los recursos financieros idóneos para impedir la comisión de los delitos; d) prevean obligaciones de información con relación al órgano encargado de vigilar el funcionamiento y observancia de los modelos; e) introduzcan un sistema disciplinar idóneo para sancionar la falta de respeto hacia las medidas indicadas en los modelos.

Para completar la descripción del sistema deberíamos decir que los modelos de organización y de gestión pueden ser adoptados sobre la base de códigos de comportamiento redactados por las asociaciones representativas de los entes, con tal de que estas hayan sido comunicadas al Ministerio de Justicia que, en sintonía con los Ministerios competentes, puede formular, a partir de un breve término desde la comunicación, observaciones sobre su idoneidad para prevenir los delitos (Art. 6, co. 3).

El sistema, por los caracteres novedosos que presenta y por su complejidad, merece alguna observación crítica.

La referencia, explicitada en la Exposición del proyecto, es a la estructura constituida por *compliance programas*, acogidos en Esta-

dos Unidos, o sea a esos protocolos de autoreglamentación con los cuales el ente aspira a prevenir, o al menos a reducir, el peligro de la comisión de los delitos en el ámbito y de parte de sujetos operantes en su interior.

La eficacia de tales protocolos está discutida. Se puede decir que ellos acrecientan el nivel de burocratización y de formalización de la vida del ente proveyendo, posiblemente, alguna perspectiva de beneficios en términos de prevención al peligro del delito. No es improbable, de todos modos, que sobre todo en contextos donde domina un acentuado formalismo, los modelos sean interpretados, antes que como protocolos de comportamiento real, como instrumentos de exoneración de la responsabilidad individual en la ascensión de las decisiones relativas a los *hard cases*.

La previsión alrededor de la necesaria institución (menos en los entes de pequeñas dimensiones- Art. 6,co. 4), entre las condiciones que pueden dispensarlo de su responsabilidad, de un organismo dotado de poderes autónomos de iniciativa y de control (Art. 6, co. 1, inc. b) comporta algunas perplejidades.

Es difícil comprender de qué modo, si el órgano es la expresión del grupo dirigente (solución sugerida por la disposición del Art. 6, co. 4, que prevé la posibilidad, para los entes de pequeñas dimensiones, de que las tareas en cuestión sean desarrolladas por el órgano dirigente), aquél pueda cumplir realmente un control pleno sobre los sujetos que tienen el poder de designación y de revocación sobre el mismo órgano. Si, en cambio, el órgano fuese la expresión del grupo dirigente, sin que adquiriese un cargo independiente, sería difícil no imaginar la introducción de una diarquía en el interior de la estructura de la empresa, escasamente compatible con el actual aspecto normativo del derecho societario.

Además, los poderes y deberes del organismo no están adecuadamente precisados. Por ejemplo, no está de más preguntarse si subsiste o no a cargo de este órgano la obligación de denunciar a la autoridad judicial en el caso de que descubra que se han cometido delitos durante la actividad empresarial. Lo cual implica preguntarse cuáles son los límites precisos de su posición, en particular si es o no garante de la legalidad acerca del desarrollo de la actividad empresarial. Además: ¿Qué informaciones le deben ser comunicadas? Si la obligación de informar fuese considerada amplia y detallada, ¿cómo se conciliaría, entonces, un deber generalizado de información con la reserva que circunda necesariamente las noticias relevantes para la consecución

ción de los objetivos de la empresa? Más radicalmente: ¿Cuáles son las relaciones efectivas de poder intercorrientes entre el órgano de administración y gestión de la sociedad y el órgano de control?

Las interrogantes se multiplican también en referencia a la relevancia normativa de los códigos de comportamiento redactados por las asociaciones representativas de categoría y al significado del silencio del Ministerio de Justicia, una vez que tales códigos le hayan sido comunicados. ¿Se trata de un silencio/consenso, o de un silencio privado de significado jurídico? ¿Y por cuáles razones el Ministerio de Justicia sería competente para expresar juicios en orden a la adecuación de los códigos dispuestos a prevenir la comisión del delito? ¿No es el Ministerio, en el vigente esquema constitucional, un mero organismo de suministro de servicios para la actuación de la función jurisdiccional, sin ninguna competencia en materia de prevención y represión de delitos?

Más allá, de todos modos, de los problemas interpretativos, conviene en esta etapa reflexionar sobre los aspectos de la disciplina que constituyen su corazón.

La evidente referencia es a la intención, declarada por el legislador delegado en la Exposición, de volver a dar actuación, incluso en el caso de delito cometido por los máximos responsables, a un sistema de responsabilidad del tipo subjetiva. El reclamo preciso es a una “renovada concepción de la culpabilidad en el, sentido normativo”, que consistiría “hoy en día en adaptar cómodamente” el juicio de reprochabilidad “a la realidad general”.

La adaptación cumplida, con pericia, por el legislador delegado, de la mencionada “culpabilidad normativa” a las realidades generales descubre la cara efectiva de una responsabilidad del tipo funcional/objetiva, del todo extraña a los cánones de la responsabilidad subjetiva por culpa, donde los protocolos, densos hasta el colmo de prescripciones impuestas, no funcionaban como un esquema racional de indicaciones cautelares, sino más bien como una imposición positiva de obligaciones cuyo inexacto respeto constituye por sí solo el sujeto con culpa.

La previsión, del todo inaudita en el sistema procesal/penalista, de la obligación de la prueba a cargo del ente, por lo cual debe aportar la demostración positiva del fraude cumplido por el autor del delito, confirma que no se trata de responsabilidad debido a la culpa, sino de una responsabilidad-funcional objetiva del ente en razón de que la comisión del ilícito no fue impedida.

Lo que preocupa no es tanto la afirmación de una responsabilidad del tipo funcional de la persona jurídica, que, es más, podría bien ser predicada en el campo de un derecho de la prevención gestionada por una Agencia administrativa independiente, sino más bien la introducción, dentro del derecho penal, con potencialidad generalizada sobre todo el sistema, de un modelo de culpa reducido al perfil normativo/objetivo, sin alguna consideración de la dimensión subjetiva, cuya valoración solamente consiente en calificar a la culpa como un requisito subjetivo del caso en cuestión y a la responsabilidad consecuente como del tipo personal.

La derivación del concepto subjetivo de la culpa y la previsión de una carga probatoria, casi imposible de superar, sugieren la idea de que la proclamada *intentio* de prever, también por los delitos cometidos por las figuras apicales, un criterio de imputación (solo aparentemente) subjetivo haya sido en realidad el camino para introducir en el sistema, con evidente finalidad preventiva, el *novum* jurídico que imita el esquema central de los *compliance programs* estadounidense.

El Gobierno, planeando el esquema de responsabilidad por el delito cometido por los ápices, fue más allá de la previsión contenida en el mandato, dado que, este último se limitaba a focalizar los fundamentos de la punibilidad en la violación de un genérico deber de vigilancia y control, según la orientación normal relativa al juicio de la culpa.

La exoneración de responsabilidad, incluso en el caso en el cual se haya demostrado la falta de culpa por escasa organización y la fraudulencia de la persona física apical, no es total, porque queda la sanción de la confiscación, también en la forma por equivalente, del provecho del delito (Art. 6, co.5).

9. El modelo de la responsabilidad por el delito cometido por el subordinado: la culpa por omisión de control

Más simple es la regla que encontramos en el Art. 7 para el caso en el cual el autor del delito es un sujeto subordinado. El esquema conceptual adoptado, adhiriendo en esta parte al mandato, es aquel de la facilitación culposa, dado que el ente responde por el delito cuando la comisión del mismo haya sido posible por las inobservancias de las obligaciones de dirección y vigilancia (Art. 11, co. 1, inc. 1, y ley n. 300/2000).

También en esta hipótesis el legislador, no ha renunciado a valerse de modelos de organización, gestión y control (los *compliance programs*) donde especificar normativamente los extremos en términos de facilitación culposa por parte del ente. Se toma también aquí la intención preventiva, inspiradora de la norma, que encontró en los protocolos su fijación normativa. No se puede dejar de lado al respecto una contradicción irresuelta en el Art. 7, co. 2, concerniente al significado y a la importancia de los modelos. De hecho, el Art. 7, co. 2, con la frase que parece prometer más de lo que efectivamente quiere, dice que la inobservancia de las obligaciones de dirección o de vigilancia está excluida “en todo caso”, si el ente, antes de la comisión del delito, adoptó y utilizó eficazmente un modelo de organización, gestión y control idóneo para prevenir delitos de la especie de aquel verificado.

De todos modos, la afirmación según la cual la responsabilidad está excluida “en todo caso” tiene un valor solamente simbólico y parece expresar principalmente el objetivo de estimular a los entes a la adopción de los modelos. La norma postula, de hecho, que para que sea excluida la facilitación culposa, el modelo adoptado y eficazmente utilizado debe ser “idóneo para prevenir delitos de la especie de aquel verificado”. Pero la concreta verificación del delito hace imposible considerar que el modelo adoptado sea “idóneo” para prevenirlo. Requerir, de hecho, la demostración de que el modelo sea verdaderamente idóneo para prevenir delitos de la misma especie del verificado significa practicar, en esencia, incluso para el hecho de los subordinados, la misma inversión de la carga de la prueba a cargo del ente, o mejor, hacer recaer sobre el ente el riesgo de la falta de prueba acerca de la adopción de un adecuado y eficiente sistema de autoreglamentación interna.

10. El instrumento sancionador en líneas generales

El arsenal de sanciones y de criterios de comparación individualizados en la Sección II del decreto en los Arts. 9-23 introducen en el ordenamiento una serie de novedades de particular interés.

El mandato ha enviado al Gobierno una pluralidad de mensajes: en primer lugar, que las sanciones con relación a los entes fuesen “efectivas, proporcionales y disuasivas” (Art. 11, co. 1, inc. f); en segundo lugar, que a las tradicionales medidas pecuniarias les fuesen adjuntadas, en casos de particular gravedad, sanciones de tipo inter-

dictivo (Art. 11, co. 1, inc. l); en tercer lugar, que las sanciones pudiesen ser disminuidas (las pecuniarias) o excluidas (las interdictivas) debido a la adopción por parte de los entes de comportamientos del tipo reparador o reintegrador respecto al delito realizado (Art. 11, co. 1, inc. n); en cuarto lugar, que las sanciones interdictivas pudiesen encontrar aplicación incluso en campo cautelar (Art. 11, co. 1, inc. o).

El sistema es binario, basado en las sanciones pecuniarias e interdictivas. A las cuales se les agrega la confiscación y la publicación de la sentencia condenatoria (Art. 9, co. 1, inc. a, b, c, d). La sanción pecuniaria es indefectible (Art. 10, co. 1). Las sanciones interdictivas se aplican conjuntamente con las pecuniarias: cuando el ente haya recabado del delito un provecho relevante y el delito haya sido cometido por sujetos en posición apical, o sino, cometido por subordinados, cuando la culpa organizativa del ente sea grave (Art. 13, co.1, inc. a), como también en caso de reiteración de delitos (Art. 13, co.1, inc. b).

La ley les atribuye una notable relevancia a las conductas reparadoras de los ilícitos, como también a la adopción operativa de modelos organizativos idóneos para prevenir delitos del tipo del verificado. El comportamiento de arrepentimiento funcional es útil para reducir la pena pecuniaria (Art. 12, co. 1, inc. a y b), y para excluir las sanciones interdictivas (Art. 17, co. 1, inc. a, b, c).

La confiscación del provecho del delito es obligatoria, menos para la parte que puede serle restituida al damnificado (Art. 19, co. 1). Cuando no sea posible ejecutarla, el juez puede aplicarla en la forma por equivalente (Art. 19, co. 2).

La publicación de la sentencia condenatoria, a discreción del juez, se produce solamente si se le aplica al ente una sanción interdictiva (Art. 18, co. 1).

Para la tutela de la ejecución de la sanción interdictiva como también de las sanciones cautelares interdictivas la ley contempla el delito de inobservancia de las sanciones interdictivas con relación a quien en el desarrollo de la actividad del ente, haya trasgredido las obligaciones o prohibiciones inherentes a las sanciones o medidas. En tal caso, a la responsabilidad de la persona física por ese delito se le agrega la responsabilidad de ente en el interés o en el provecho del cual el delito haya sido cometido.

La reiteración, que sucede en el caso de que el ente cometa un ilícito en los cinco años siguientes a la condena definitiva por otro ilícito, adquiere un "valor estratégico" en la compleja economía del decreto legislativo, ya sea por que es de aplicación obligatoria, por ser

completamente desvinculada del poder discrecional del juez, ya sea por que constituye el presupuesto para la aplicación de sanciones interdictivas, temporales o definitivas (Art. 16, co. 1, que prevé la facultad del juez de disponer la interdicción definitiva del ejercicio de la actividad si el ente ha obtenido del delito un provecho relevante y si ya ha sido condenado, al menos tres veces en los últimos siete años, a la interdicción temporal).

El instituto de la punibilidad del ente marca una importante novedad respecto al código penal vigente y al sistema de pluralidad de las violaciones a disposiciones que proveen sanciones administrativas. Se dispone en el cúmulo jurídico, con aplicación de la sanción pecuniaria prevista para el ilícito más grave aumentada al triple, para los casos de concurso formal y de pluralidad de ilícitos cometidos en el desarrollo de una idéntica actividad, siempre y cuando se hayan verificado antes de que por uno de ellos ya haya habido pronunciamiento de sentencia sin condena definitiva. El contradictorio y ambiguo instituto penal del delito continuado fue abandonado y substituido con la previsión más racional del cúmulo jurídico que se extiende hasta el momento en el cual, debido al pronunciamiento de una sentencia aún sin condena definitiva, la absorción parecería solamente como un injustificado premio al ente por su demostrada insensibilidad con relación al efecto preceptivo de la norma y disuasivo de la condena.

El instituto de la prescripción repite la ley civil ya contenida por el ilícito administrativo de las personas físicas contenido en el Art. 28 de la ley 24. 11.1989, n. 689. El legislador delegado, que habría querido influenciar a la disciplina por principios penales, respetó la directiva del legislador delegante, regulando en el Art. 22 el instituto sobre el modelo civil.

11. Algunas consideraciones finales

La normativa acerca de la responsabilidad del ente, definida "administrativa", pero en realidad elaborada sobre la base del modelo penal, saca a la luz importantes problemas en el plano práctico, así como, en el plano conceptual, en orden al significado de la responsabilidad y de la sanción en el cuadro relativo al desarrollo de las tendencias penalistas.

En el plano práctico el legislador delegado prefirió, por un momento, ejercer de manera reducida los poderes conferidos por la ley-mandato, limitando de manera extremadamente rigurosa la clase de

delitos cuya realización por parte de la persona física provoca el surrimiento de la responsabilidad del ente.

La razón de la elección está en el reconocimiento del fuerte carácter innovador de la reforma y en la exigencia de un período de adaptación referido a la "progresiva radicación de una cultura empresarial de la legalidad" que, si es impuesta *ex abrupto* respecto a una amplia clase de delitos, podría fatalmente provocar problemas de adaptación. Sin duda, por otra parte, que la tarea más ardua se encontraba en la construcción de un modelo general de responsabilidad del ente; una vez insertado esto en el ordenamiento, no le pareció irracional al Gobierno reenviar a futuras intervenciones la recomprensión bajo la disciplina punitiva de un amplio abanico de delitos.

El decreto legislativo en los Arts. 24 y 25 circunscribió el catálogo a solo dos grupos de delitos. Por un lado están mencionados los fraudes en perjuicio del Estado y de los entes públicos: indebida percepción de suministros públicos; estafa en contra del Estado o en contra de un ente público y estafa agravada por la consecución de erogaciones públicas; fraude informático en perjuicio del Estado o de un ente público. Por otro lado están mencionadas la concusión y las variadas formas de corrupción.

Después debemos recordar que en el cuerpo del decreto está inserto en una ulterior hipótesis en cuanto a la responsabilidad del ente, para el caso de inobservancia, cumplida por la persona física en provecho o ganancia de ente, de las obligaciones o de las prohibiciones inherentes a las sanciones o medidas interdictivas aplicadas al ente mismo.

La responsabilidad subsiste incluso en el caso de tentativa (Art. 26, que contempla la reducción de las sanciones pecuniarias e interdictivas de un tercio a la mitad). El desistimiento no fue previsto. El abandono activo, en cambio, sí fue regulado de un modo diferente al código, retomando también la indicación (excluyendo la punibilidad) contenida en el Art. 42, co. 2 de la reglamentación redactada por la Comisión para la reforma del código penal precedida por el Prof. Grosso. En lugar de la reducción de la pena prevista en el Art. 56, el decreto dispone que el ente no responda por el delito cuando voluntariamente impide el cumplimiento de la acción o la realización del evento. La decisión legislativa está motivada en la Exposición por la circunstancia de que, en esta hipótesis, el ente demostró cumplir una "correcta elección a favor de la legalidad, desconectando la fuente del peligro o de todas maneras impidiendo que la misma emita sus efectos dañosos".

En el breve arco de tiempo de aprobación del decreto legislativo ya intervinieron tres ampliaciones del ámbito aplicativo del sistema.

Primero, en adecuación a las indicaciones provenientes de la Unión Europea, el decreto-ley 24.9.2001, n. 350, que contiene “disposiciones urgentes debido a la introducción del euro”, insertó en el decreto-ley n. 231/2001 el nuevo Art. 25bis, que responsabiliza a los entes con relación al Título VII, Cáp. I, del Código Penal, sobre la falsificación de monedas, de tarjetas de créditos públicas y de valores en bonos, previendo para cada caso una sanción específica con relación al ente.

Sucesivamente, el decreto-ley 11.4.2002, n.61, que ejecutó el mandato conferido al Gobierno por el Art. 11 de la ley 3.10.2001, n. 366, respecto de los ilícitos penales y administrativos concernientes a las sociedades comerciales, introdujo el nuevo Art. 25-ter, que regulariza la responsabilidad del ente por los delitos societarios cometidos en el interés de la sociedad por administradores, directores generales o liquidadores o por personas subordinadas a su vigilancia. Se debe decir, también, que el decreto-ley n. 61/2002 modificó la originaria rúbrica del decreto-ley n.231/2001 con el más amplio título “ Responsabilidad administrativa del delito”, en vez de “Responsabilidad administrativa de los delitos previstos por el Código Penal”.

Por último el Art. 3 de la ley 14.1.2003, n. 7, que rectifica y dispone la ejecución de la “Convención Internacional para la Represión del financiamiento del terrorismo”, hecha en Nueva York el 9.12.1989, establece la responsabilidad del ente por los delitos cometidos por representantes o dependientes, distinguidos por una finalidad terrorista o de la supresión de un régimen democrático.

Está claro, de todos modos, que la regulación, una vez en funcionamiento, está destinada a ejercer relevantes influencias sobre la funcionalidad del sistema. Sobre todo por la inserción en el proceso penal de nuevos sujetos y de ulteriores perspectivas de valoración, “con un posible prejuicio de simplificación procesal y de la favorable duración racional de los tiempos procesales”. En segundo lugar, no obstante la determinación legislativa y la relevancia penalista de los institutos, el ilícito es siempre del tipo administrativo y envuelve la verificación de cuestiones vastas y complejas, del todo extrañas a las temáticas penalistas. Tenemos los problemas, no tan escasos en la práctica, concernientes a las sucesivas modificaciones del ente. En estos casos, reveladores en la sustancia del hecho de que, no obstante todos los esfuerzos del legislador delegado, el ilícito del ente no puede

ser, en todo o por todo, asimilado al delito. La verificación judicial estará destinada a asumir en sede penal inflexiones y modalidades similares a las de los juicios civiles, con las consecuencias, perjudiciales por la duración del proceso, de la persistencia en el mismo juicio de exigencias verificadoras diferentes entre ellas. Nos preocupan después, los posibles fraccionamientos del único proceso en una pluralidad de procesos, con eventuales soluciones contradictorias entre ellos. La regla del *simultaneus processus*, que parece formarse por el co.1 del Art. 38, está destinada, de hecho, a sufrir tantas excepciones, debido a la elección independiente de procedimientos por parte de varios sujetos y de las suspensiones requeridas por la especificación de las disposiciones procesales (según una hipótesis genérica del Art. 38) en el cual la regla será la del presecó separado). De este modo el sistema procesal se arriesga a explotar desde el interior, por el fraccionamiento de la sentencia unitaria en distintas y divergentes sentencias. Con este argumento no es arriesgado imaginar que la revisión, del Art. 73 con reenvío parcial al Código de Procedimientos, será para pasar de un medio extraordinario de carga a un instrumento ordinario para superar el conflicto de sentencias.

Todavía más problemáticos son los aspectos relativos a las cuestiones de principios, con relación al significado y al fundamento de la sanción penal, implicados por la aprobación de la nueva norma.

Es verdad, antes que nada, que la responsabilidad fue definida como del tipo "administrativa". Pero es verdad también, que la intención de la ley es la de atraer a la esfera penal la responsabilidad del ente. Las dudas acerca de tal decisión, en el plano de la política criminal, ya han sido expuestas en la primera parte de este escrito, sobre todo con relación, por un lado, a las frustraciones de las exigencias de rapidez de la intervención preventiva, que el proceso penal no está en grado de satisfacer, y, por otro lado, a la atribución a un grupo de ministerios públicos instructores de una vasta tarea de control sobre las actividades económicas y financieras de las empresas, con el riesgo de que se debilite el principio constitucional de la separación de los poderes.

En el plano de la dogmática penal, las líneas de tendencia surgidas de la regulación son dos, estrictamente interconectadas entre ellas.

Por un lado, la atribución de una responsabilidad penal a un ente tiende en modo generalizado a sustraer a la sanción penal de su esencial fundamento retributivo, para abrir el camino a la consideración de la misma en una forma exclusivamente preventiva/general. El

modelo funcionalista de la responsabilidad del ente, una vez que funcione a pleno régimen, no podrá no ejercer una influencia atractiva, en un sentido nocivamente anti-retributivo, incluso respecto de la sanción penal directa con relación a la persona física.

Por otro lado, en una rigurosa coherencia con la elección preventiva, la nueva disciplina revela la tendencia a prescindir, por la imposición de la sanción, de la subsistencia de un perfil subjetivo concreto de culpa a cargo de los sujetos que representan el ente jurídico o que por él actúan. Por lo cual no se puede negar que el decreto legislativo 8.6.2001, n.231, introdujo una verdadera y propia tipología calificable como objetiva o de posición, sin ninguna atención a la exigencia de que la responsabilidad penal se funda en la culpabilidad subjetiva. Los gérmenes del tipo funcional y objetivo introducidos de este modo en el derecho penal contradicen la aspiración contemporánea, que encuentra correspondencia incluso en los principios de orden constitucional, a una siempre mayor subjetivización de la responsabilidad penal, en un modelo en el cual la penalización de los comportamientos y la imposición de sanciones debería constituir *extrema ratio*, según el principio del mínimo derecho penal.

* * *

Para una mayor comprensión de la temática parece oportuno indicar expresamente las fuentes normativas que han introducido en el ordenamiento italiano la responsabilidad por el delito de la persona jurídica: ley del 1.9.2000, n. 300 (*rectificación y ejecución de los siguientes actos internacionales elaborados sobre la base del artículo K3 del Tratado de la Unión Europea: Convención sobre la tutela de intereses financieros de los Estados Europeos, firmada en Bruselas el 26 de julio de 1995, del Primer Protocolo de Dublín del 27 de septiembre de 1996, del Protocolo concerniente a la interpretación en vía prejudicial, por parte de la Corte de Justicia de la Unión Europea, de dicha Convención, con declaración anexa, de Bruselas del 29 de noviembre de 1996, como también de la Convención relativa a la lucha contra la corrupción, en la cual están implicados funcionarios de los Estados miembros de la Unión Europea, firmada en Bruselas el 26 de mayo de 1997 y de la Convención OCSE sobre la lucha contra la corrupción de oficiales públicos extranjeros en las operaciones económicas internacionales, con anexo, firmada en París el 17 de diciembre de 1997. delega al Gobierno por la disciplina de la responsabilidad ad-*

ministrativa de las personas jurídicas y de los entes privados de personalidad jurídica); decreto-ley 8.6.2001, n.231, (regulación sobre la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, de las sociedades y de las asociaciones privadas de personalidad jurídica); decreto-ley 25.9.2001, n.350, (disposiciones urgentes en vista a la introducción del euro), ley 23.11.2001, n. 409, (disposiciones urgentes en vista a la del euro, en materia de tasación de rentas de naturaleza financiera, de la verificación de actividades desarrolladas en el exterior, de reagrupamiento de empresas y de otras operaciones financieras); decreto-ley 11 de abril del 2002, n. 61 (regulación de los ilícitos penales y administrativos respecto a las sociedades comerciales, sobre la base del Art. 11 de la ley del 3 de octubre del 2001, n. 366).



LA CORTE SUPREMA Y LA MOROSIDAD DEL PROCESO PENAL*

FRANCISCO D' ALBORA**

El epígrafe responde a una distinción del Alto Tribunal efectuada, con pulcritud, en la causa "Sánchez Reisse y otros" (Fallos 323:423 o LL, -2000-D- 393, f. 100.664). Puntualizó entonces que transitan por diferentes senderos la *duración* y la *morosidad*. En tanto ésta califica la lentitud y la dilación, aquélla apunta a los extremos temporales comprendidos en el desarrollo del trámite.

Mientras la primera no siempre es censurable, pues responde a tres circunstancias atendibles -complejidad del caso, número de resoluciones ordenatorias e instructorias requeridas por el buen trámite y la conducta desplegada por el imputado, *sin que la estrategia defensiva implique presumir la renuncia a obtener un juicio rápido*-, la última, en general, resulta atribuible a la incuria de los sujetos públicos -jueces y fiscales- intervinientes.

De manera que, sin desatender el tiempo necesario indispensable insumido -*duración*-, la gran inquietud responde a la dilapidación acaecida -*morosidad*- sea por desidia en la tarea o por el empecinamiento en reiterar actividades inocuas (reproducir hasta el hartazgo una orden de captura o la citación de un testigo sin adoptar las medidas de coerción para hacerlo comparecer).

Pretendemos poner de manifiesto algunos de los arbitrios empleados por el cimero órgano, para extirpar esa verdadera plaga que es la *morosidad*.

I. La importancia del tema no hizo olvidar al Tribunal la incumbencia para regularlo. El ordenamiento jurídico argentino, desconoce

* Trabajo realizado para la Carrera de Abogado Especialista en Derecho Penal y la Sección de Derecho Penal.

** Eminente abogado penalista, fallecido recientemente, cuya noticia necrológica se publica en este mismo número.

a las provincias la facultad de establecer preceptos encaminados a lograr la rápida conclusión de las causas penales si arrasan con atribuciones deparadas, con exclusividad, al Congreso de la Nación (antiguo art. 67, inc. 11° y actual art. 75 inc. 12° CN).

Es paradigmático lo resuelto en Fallos 178:31 o JA, 58-688; allí se declaró la inconstitucionalidad del art. 936 del Código de Procedimientos Penales de la Provincia de Entre Ríos porque, al amparo de lograr una rápida conclusión, se entrometía en modificar la ley de fondo. Estableció la CS que la citada norma, en cuanto fijaba la duración del proceso penal en un lapso de tiempo inferior a los dos años, cuando el imputado soportaba encarcelamiento, provocaba una intrusión en el Código Penal. Es que la solución adoptada por dicho cuerpo normativo en tales casos –al indicar que, cumplido ese tiempo, se imponía condenar o absolver–, modificaba las previsiones del Libro I Título X del Código Penal, en cuyo ámbito se alojan las causas de extinción de la acción, y sólo su cumplimiento aniquila la posibilidad de perseguir.

Razonó que si el tiempo correspondiente a tal propósito se explica en el art. 62 CP, *debe ser igual en todo el territorio de la Nación atento el carácter nacional del Código Penal*. Ni siquiera podía acudir a la imposibilidad, según lo marcaba el órgano judicial de Provincia, para cumplir con el juicio previo y así esquivar su observancia. Es que, en realidad, se establecía *una prescripción de dos años que no existe en el CP y que sólo regiría en la Provincia de Entre Ríos, apartándose de los plazos fijados en dicho Código que no han podido ser modificados so color de tratarse de una ley local de orden público y de carácter procesal*. Por ende, resultaba inaceptable tolerar que una provincia estableciera un término menor que el fijado por el art. 62 CP para extinguir la acción, pues así violaba el art. 31 CN que establece la supremacía de la ley nacional.

En su dictamen el Procurador General Juan Álvarez remite a uno anterior de Horacio R. Larreta, donde se estableció que el propósito perseguido por el art. 936 tendía a evitar se prolongase la detención de un procesado que podía resultar inocente. Anotaba que el punto se halla atribuido a la ley sustantiva. Si bien las legislaturas provinciales pueden dictar normas para activar la sustanciación de los procesos, no les corresponde disponer absoluciones por motivos no contenidos en el Código Penal; de lo contrario se subvierte el *principio relativo a la uniformidad de la legislación penal en el territorio de la República*.

El temperamento ha sido retomado por la CS para desconocer efecto extintivo a la inactividad del querellante en los delitos de acción privada (Fallos 276:376; 308:2140; también CNCP, Sala I, ED, 170-192, f. 47.550; íd., Sala III, LL, 1997-C-387, f. 95.435). Dichos supuestos ahora se solucionan por vía de una suerte de caducidad de la instancia; desde luego sin efecto impeditivo para una ulterior persecución. Se trata sólo de un paliativo ya que si bien se logra estimular el impulso que conduce a la *razonable conclusión de la causa*, se abre paso al atosigamiento judicial, pues no evita que quien se supone ofendido inicie otro proceso con idéntico objeto y propósito. También se aparta de la opinión de Soler como Procurador General (Fallos 244:568) al sostener que, en el desestimiento tácito del querellante exclusivo, conducía al sobreseimiento definitivo como única solución compatible con las garantías constitucionales, protectoras de la inviolabilidad de la defensa en juicio y del debido proceso legal. Adviértase que por la sola voluntad de un particular se mantiene la situación de incertidumbre provocada por la promoción.

II. La *preclusión* cierra las diferentes etapas del proceso o una de sus instancias; por ende, se priva del ejercicio de atribuciones procesales fuera de la debida oportunidad.

En el recordado caso Mattei, se estableció que el principio de progresividad, por razones de seguridad jurídica, impide retrotraer el juicio a etapas ya superadas *pues es axiomático que los actos procesales precluyen cuando se han cumplido con la observancia que la ley establece, salvo supuesto de nulidad*. Se agregó que, en el caso peculiar del juicio penal, tal principio satisface el respeto debido a la dignidad del hombre y al derecho de toda persona de liberarse del estado de sospecha que importa la acusación, mediante una sentencia que determine su situación frente a la ley penal, poniendo fin a la incertidumbre y a la restricción de la libertad que tal enjuiciamiento comporta. En la especie –durante la vigencia del Código sancionado mediante ley 2372– se había elevado la causa a plenario. El juez de primera instancia absolvió, luego de señalar que se veía compelido a hacerlo por falencias instructorias. Apelada la resolución por el Ministerio Público, la Cámara declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de clausura del sumario. Para ello consideró que en la instrucción se habían omitido formas esenciales de la pesquisa.

La Corte revocó lo resuelto –pese a tratarse de una decisión excluida del ámbito del recurso extraordinario, por vía de principio, según resultan los pronunciamientos sobre nulidades– por las razones

antes expuestas y subrayó que *debe reputarse incluido en la garantía de la defensa en juicio consagrada por el art. 18 CN, el derecho a un pronunciamiento razonablemente rápido*. Se recordó también la *hasta entonces consagración legislativa de ciertos pilares básicos del ordenamiento penal*, hoy con jerarquía constitucional, como el del *non bis in idem*, el del *in dubio pro reo* y el que prohíbe la “simple absolución de la instancia”. Al comentar el fallo –bajo un epígrafe elocuente, *Aspectos constitucionales del juicio penal*–, dijo Bidart Campos que *el requisito del juicio previo que la Constitución impone en el art. 18 para toda condena, no se satisface sino con un juicio tramitado a tenor del debido proceso, comprensivo de la celeridad necesaria para que la etapa final de la sentencia no se dilate más allá de lo razonable*. Dicho autor estimó que la Corte Suprema añadió, en ese momento, a las formas sustanciales de la *acusación, defensa, prueba y sentencia*, el enriquecedor corolario de la resolución del *modo más rápido posible* (LL, 133-413, f. 61.821).

Bastó meritar el *principio de preclusión* para derivar de allí una importantísima consecuencia en el tópico de la duración del proceso penal. Significó que, arribado el momento del pronunciamiento final, no se podía volver atrás –mucho menos para obtener prueba de cargo– pues, de lo contrario, dejaba de ser razonable la utilización del tiempo.

Sin embargo en el caso “Pileckas” (Fallos 297:486) la CS se apartó un tanto de este señero criterio. Al cambiar de fuero la radicación de la causa resultó condenado; recurrida la sentencia la Cámara declaró su nulidad por haberse impuesto una pena de inhabilitación estimada improcedente. El nuevo juez *a quo* volvió a condenar por la calificación originaria –art. 302 inc. 4° CP– y, apelada la sentencia por el fiscal, a raíz de haberse impuesto una pena de inhabilitación inferior al mínimo legal, la Alzada hizo lugar a la nulidad articulada por el Ministerio Público. La tercera sentencia volvió a declarar al hecho comprendido en el art. 302 inc. 4° íd. Recurrida la causa por no haberse acatado la calificación orientada por la Cámara, dicho órgano volvió a declarar la nulidad de la sentencia.

El Alto Tribunal consideró que había cuestión federal bastante y, con cita de “Mattei”, decidió en sentido adverso. Estimó que la tercera nulidad, sin decidir que la causa pasare a otro juez y sin remediar por vía de apelación las discordancias observadas acerca de la norma legal, agravaba la garantía constitucional de la defensa en juicio. Por ende, asumió su competencia positiva –art. 16, segunda parte, de la

ley 48– y declaró firme la condena impuesta a Pileckas. Según se ve la invocación del precedente correcto varió una decisión justa. Es que se ponderó la duración del proceso en sentido contrario a los intereses del perseguido.

Cuando la decisión del *a quo* no implique exceder la duración derivada de un trámite válido, el Alto Tribunal se aferró a la falta de sentencia definitiva y no aplicó el antecedente Mattei. El caso versó sobre la revocatoria de la declaración de incompetencia del fuero penal económico, a favor de la Aduana, por estimar que no se encontraba configurado el delito de contrabando, criterio no compartido por la Cámara y modificado por la CS (Fallos 307:1030, “Bolo, Ciro”).

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, luego de aceptar que el plazo razonable no sólo es el prescripto a raja tabla por la ley, sino que debe fundamentarse en la sana crítica del juez, quien llega a una decisión utilizando los criterios que establece aquélla, fijó una pauta atendible. Un proceso duró más de cinco años sin dictarse sentencia; dicho lapso de tiempo se estimó violatorio del derecho a ser oído dentro del plazo razonable establecido en el art. 8.1 de la CADH (Informe 12/96, caso 11.245:Argentina; LL, 1998-D-626, f. 97.670). Dicho compromiso *en las condiciones de su vigencia, tiene jerarquía constitucional* (art. 75 inc. 22º, párrafo segundo CN).

III. El Alto Tribunal no ha abdicado en atender al *principio de la conclusión en un tiempo razonable* aun para amparar a quien actúa como querellante particular o exclusivo. Luego de recordar que la garantía del debido proceso legal, consagrada en el art. 18 CN, guarece a todo aquel a quien la ley otorga personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos –sea acusador o acusado–, concluyó que la finalidad del enjuiciamiento penal consiste en conducir las actuaciones del modo más *rápido posible*. El corolario debe traducirse en otorgar a la acusación la vía para obtener una condena y, a la par, no trabar al imputado en la búsqueda de su absolución. La parte querellante se presentó en forma directa a la Corte solicitando su intervención para que se avocase al conocimiento de la causa y dispusiera lo pertinente a la ordenación del proceso, para poner fin a las múltiples incidencias articuladas por la defensa, a las cuales calificaba como una *denegación de justicia*. El Tribunal ponderó que la presentación directa, sin haber interpuesto recurso ordinario o extraordinario, se encontraba, no obstante, justificada a tenor de lo dispuesto por el art. 24, inc. 7º del decreto 1285/58 no puede frustrarse por consideraciones procesales o de hecho. A punto tal que ni la falta de interposición

del recurso extraordinario ni de la queja por su denegación, puede constituir óbice para que la Corte resuelva lo que corresponda ante la presentación directa del interesado. Sostuvo que no mediaba decisión formal alguna de la cual la querrela pudiera recurrir. En vez su agravio surgía en razón de que *se ha paralizado el plenario a las resultas de las reiteradas incidencias articuladas en las actuaciones separadas*, impidiéndose al juez continuar con el trámite cuando la Alzada lo había ordenado. Es que los jueces tienen como misión *asegurar que el trámite de la causa principal no se paralice indefinidamente* –por ejemplo, a través de la extracción de fotocopias para trámites incidentales– y se frustre el objeto mismo del proceso penal (del voto concurrente de los doctores Petracchi y Bossert; LL del 23/IV/99, f. 98.617). En el escolio *–Un caso paradigmático de privación de justicia en perjuicio del querellante–* dice Palacio que la norma invocada por la Corte Suprema comprende un amplio espectro de cuestiones; se encuentra *esencialmente encaminado a remover los obstáculos que se opongan al adecuado desenvolvimiento de un adecuado servicio de justicia y, por ende, a la efectiva vigencia de la inviolabilidad de la defensa en juicio.*

En este precedente y, en los citados en el fallo, la Corte Suprema echó mano de un remedio excepcional *–avocación–* y ponderó el deber de asegurar la *rapidez del proceso* a través de una vía infrecuente, pero no menos eficaz: obviar la *privación de justicia* como medio para hacer valer su *afianzamiento*, según lo establece el Preámbulo.

Podría decirse que es habitual la invocación de la *efectiva privación de justicia* como casual que puede enturbiar la duración del proceso. Si, además, ocurre un encarcelamiento excesivamente prolongado, la CS expresa que se afecta la garantía de la defensa en juicio cuya tutela exige una decisión inmediata (Fallos 310:57).

IV. El parámetro de un *adecuado servicio de justicia* es utilizado por la Corte Suprema como herramienta para afrontar dilatados trámites; adunado al estado de certidumbre generado por el sometimiento a proceso penal. Por esos motivos y *razones de economía procesal* supera recaudos conducentes al rechazo del remedio federal, si la duración de un proceso penal alcanzó los veinte años, circunstancia que imponía a la Corte pronunciarse sobre aquél (Fallos 319:1213 “Estévez”).

V. Una herramienta idónea para obviar la dilación y llevar a buen puerto la conclusión del proceso penal estriba en despejar todos los obstáculos procedimentales *–rituales–* que empecen a *declarar la pres-*

cripción de la acción penal. Así, transcurridos más de doce años de haber formulado acusación por las presuntas maniobras defraudatorias sin pronunciamiento definitivo, se revocó la decisión de la Cámara que no se consideró habilitada para decidir sobre aquélla. Al hacerlo, la CS dijo que, más allá del planteamiento oportuno de la excepción, se imponía salvaguardar las garantías del *debido proceso*, la *defensa en juicio* y del *adecuado servicio de la justicia* (Fallos 306:1688 “Yacimientos Petrolíferos Fiscales”). Con mayor claridad, el Alto Tribunal sostiene que la declaración de prescripción penal resulta inescindible de la garantía de la defensa en juicio (CS, LL, 1990-C-55, f. 88.505, considerando 5).

Lejos de constituir una orientación consolidada de su jurisprudencia, existen precedentes de la CS que advierten el apartamiento del buen principio. Mantuvo fuera del concepto *sentencia definitiva*, al rechazo de la causal extintiva (Fallos 322:360 “Kipperband”). El juez Vázquez, en su voto concurrente, recuerda el cartabón del derecho de toda persona de liberarse del estado de sospecha sin mengua – equilibrio mediante– del correspondiente a los integrantes de la sociedad en ver protegidos sus derechos individuales (el considerando cuarto de este mismo sufragio *recomienda* a los magistrados *adoptar los recaudos necesarios para cumplir la función de administrar justicia en un lapso breve para no frustrar los derechos consagrados en nuestra Carta Magna*. Este último *obiter* debiera ser puesto en práctica con la frecuencia necesaria).

La disidencia de los doctores Fayt y Bossert discrepa cuando el rechazo de la prescripción frustra el derecho federal invocado si acarrea perjuicios de imposible o tardía reparación. Debe protegerse el derecho a obtener un pronunciamiento sin dilaciones indebidas derivado del art. 18 CN y de los arts. 9 inc. 3° y 14 inc. 3° c) del PIDCP y 7 inc. 5° y 8 inc. 1° de la CADH. Por eso, procedía el recurso extraordinario (ver sufragio de estos ministros y de los votos discrepantes de los doctores Petracchi y Boggiano).

Desde luego –como lo dicen en el caso, los jueces Fayt y Bossert– que la duración no se puede fijar en un número determinado de días, meses o años. Más la documentación voluminosa del trámite, las razones de la demora y el perjuicio concreto irrogado por la prolongación del juicio son factores convergentes para determinar si se conculcó la garantía protectora de las postergaciones injustificadas. Dicho atraso no sólo perjudica al imputado sino al Estado por el dispendio jurisdiccional y *porque se distorsionan todos los fines de la pena, que para su eficacia requiere la menor distancia temporal entre el hecho y la condena*.

Por su parte, los doctores Petracchi y Boggiano, en su disidencia, se adentran en la necesidad de contemplar el tiempo que insumirá la conclusión del proceso. Matiz que, por sí sólo, no será susceptible de reparación ulterior. De manera que, aunque sin precisión matemática, los jueces deben profundizar en la determinación del plazo razonable para evitar que la valoración se convierta en expresión de una pura subjetividad. A tal fin se pueden establecer *plazos perentorios*, superados los cuales resultará imposible relativizar o justificar ninguna dilación ulterior. Concluyen, en forma tajante, que si el retraso, por la magnitud del tiempo transcurrido, viola la defensa en juicio y el debido proceso, corresponde declarar prescripta la acción penal. Y esto, más allá de las disposiciones concretas del Código Penal como forma de consagrar efectivamente el derecho del imputado a obtener un pronunciamiento judicial en un plazo razonable (considerando 7° de estos votos). Estos dos sufragios utilizan el calificativo *perentorio* para referirse al *plazo de duración* del proceso; tal criterio, amén de implicar apartamiento de lo resuelto en Fallos 178:31 –recordado en el punto I–, utiliza una regulación del tiempo ajena, en principio, a las resoluciones judiciales. El cumplimiento de la función legal depurada por dicha labor resulta susceptible de encuadrarse dentro de los *plazos ordenatorios*; su vencimiento puede acarriar sanciones disciplinarias y aun expulsivas –juicio político o jurado de enjuiciamiento–; nunca su agotamiento conduce a impedir el cumplimiento del deber.

Como en otras ocasiones los votos discrepantes marcan la impronta susceptible de brindar la solución adecuada para el caso; *preocuparse por verificar si se extinguió la acción penal*.

V. Fuera de duda que el caso “Mozzatti” (Fallos 300:1102) marcó una orientación, lamentablemente, no siempre perdurable según acabamos de ver.

En dicho legajo se declaró la insubsistencia de todo lo actuado y la *prescripción de la acción penal sin perjuicio de los derechos de las partes de naturaleza patrimonial*.

Se estableció que el sometimiento a proceso –mas allá de la detención por distintos lapsos–, durante todo el resto de la sustanciación, restringió la libertad a través de las condiciones impuestas por la excarcelación y la prolongación resultó insólita y desmesurada. Así se configuró una situación equiparable a una verdadera pena no dimanada de sentencia condenatoria firme, solo sustentada en prueba semiplena de autoría y culpabilidad. Se hizo padecer física y moral-

mente al individuo –el tiempo insumido fue de veinticinco años– *no porque haya delinquido sino para saber si ha delinquido o no* (considerando 4).

La limitación de competencia que a la Corte le significa el recurso extraordinario, se consideró superada al estimar que la duración del proceso configuraba una *cuestión institucional de gravedad suficiente*.

La Corte discurre por un doble carril. Por un lado anticipa que la *prescripción* es apta para corregir la *duración desmesurada del proceso penal*. Por el otro advierte que entonces se crea una situación de *gravedad institucional*. Este último matiz resulta claro porque la cuestión compromete intereses que van mucho más allá de los de las partes intervinientes. La ingente prolongación del proceso penal conmueve a la comunidad entera pues la *seguridad jurídica* cede si los tribunales no afrontan estos juicios en el menor tiempo posible.

No menos interés reviste el anticipo de que tamaño desvío –veinticinco años sin resolución– resiente el propósito de *afianzar la justicia* conforme al Preámbulo. Bidart Campos, a raíz del caso, expresó que la supremacía de la Constitución imponía a la Corte resguardar la operatividad de sus principios, aun los que emergen del Preámbulo y de los que anidan en derechos implícitos –recuérdese que con anterioridad los pactos internacionales antes citados afrontaron el tópico–, entre los que se encontraban el *derecho a una rápida y eficaz decisión judicial*. Por ello la inclusión en la tipología de la gravedad institucional procede porque la desmesurada dilación lastima la conciencia de la comunidad (“Debido proceso y rapidez del proceso”, ED, 80-702, f. 31.498). De manera coincidente, la CS resolvió que negarse a conocer la prescripción planteada –luego de quince años de trámite– importaba un *exceso de rigor formal*, descalificable con arreglo a la doctrina sobre la arbitrariedad (LL, 1993-E-179, f. 91.744).

Con los años la Corte recogió sin ambages utilizar la prescripción para resolver dilaciones muy prolongadas. El 4 de mayo de 2000 –“Amadeo de Roth, Angélica I.”, LL 2001-A-514, f. 101.567– se enfrentó con un proceso por lesiones culposas cuya duración arrastraba casi veinte años. Se reiteró el criterio de “Mattei” –ver capítulo II– y se ponderó equiparable a sentencia definitiva el rechazo de la prescripción aducida; para ello tuvo en cuenta el lapso que transcurriría hasta la sentencia final que, por sí solo, irrogaría un perjuicio que no podrá ser ulteriormente reparado. Lo notable es que, en ejercicio de su competencia positiva, el órgano desestimó como secuela de juicio

las reiteradas órdenes de detención, pedido de captura y comparendos por la fuerza pública, por tratarse de disposiciones judiciales que reiteran dicha medida, no diferente de las que le dieron origen pues, de lo contrario, se tornaría imprescriptible la acción penal con la sola exigencia de mantener abierto el proceso, sin atender la naturaleza de los actos dictados. Tampoco resultaba óbice la actitud del acusado al no comparecer a juicio toda vez que no está en él instar la prosecución del proceso. Cabe considerar muy relevante la actitud de la Corte al decidir que la declaración correspondía sin cerciorarse de que la sentencia manifieste que no obran en la causa constancias de que la encartada no hubiese cometido otro delito. Sobre este extremo dijo el Alto Tribunal que tal verificación no era más que un obstáculo aparente para pronunciarse sobre la excepción pues, en todo caso, *correspondía al órgano jurisdiccional actuar de oficio y requerir a los registros oficiales los antecedentes respectivos*. Quedaron sin cubrir las exigencias impuestas por el art. 5 de la ley 22.117; se priorizó el *plazo razonable de la duración* para dejar de lado meritar causales interruptivas del curso de la prescripción. En la nota a dicho fallo, dice Morello que no se pudo cerrar los ojos a un dramático y debilitador gesto del servicio: *la magnitud del tiempo muerto transcurrido (La necesidad impostergable de concertar un acto de Estado para la cuestión justicia)*.

VI. La preocupación del Alto Tribunal no se ha ceñido, exclusivamente, a consecuencias producidas dentro del proceso penal en sí. También se ha dirigido a ciertas circunstancias que son resultado mediato de su trámite. En ese sentido se analizó la situación de un escribano, suspendido en razón de haberse dispuesto su prisión preventiva. La importancia asignada al caso comienza con equiparar a sentencia definitiva la decisión que le impedía ejercer su profesión, apartándose de la estrictez en que, de manera casi uniforme, analiza este relevante recaudo que hace a la admisibilidad del remedio federal. Si bien se meritó que la facultad otorgada al organismo de control no resulta irrazonable, estimó ponderarla tal si, por su excesiva duración, implicaba desconocimiento sustancial de un derecho constitucional. Como la etapa preparatoria llevaba más de tres años y no se advertía la posibilidad de pronta resolución, la medida precautoria consistente en la suspensión restringía el derecho de trabajar e implicaba una *privación de justicia* que hacía cesar su razonabilidad (CS, Fallos 319:183)

La directriz de la *privación de justicia*, en un caso similar —donde se ordenó que pruebas incorporadas a la causa criminal, debían evaluarse por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial— fue

apuntalada por la Corte en la cita del caso "Mattei" (Fallos 272:188), luego de transcurridos casi cuatro años de la decisión que impuso el mérito del legajo tramitado ante el fuero represivo (Fallos 287:248).

Se percibe que el significado de la cuestión rebasa el ámbito del proceso penal para volcarse sobre situaciones a dilucidar en otro fuero.

VII. A esta altura y luego de la paráfrasis cumplida, corresponde formular las pertinentes conclusiones:

1° Los arbitrios dirigidos a obtener la agilitación del proceso penal corresponden al Congreso de la Nación.

2° La *preclusión* —en tanto impide el retroceso a etapas agotadas por su cumplimiento o cumplir actos fuera de los plazos previstos— ayuda a preservar la observancia del *plazo razonable* de duración.

3° La conclusión en *tiempo razonable* es inherente a la prestación de un *adecuado servicio de la justicia*. Al extremo de que la Corte Suprema no descuidó afrontar la avocación para superar pretensiones dilatorias por lo reiteradas.

4° Razones de economía procesal compelen a superar recaudos y a admitir el recurso extraordinario como herramienta habilitante para terminar con la situación de incertidumbre, generada por una prolongación alarmante.

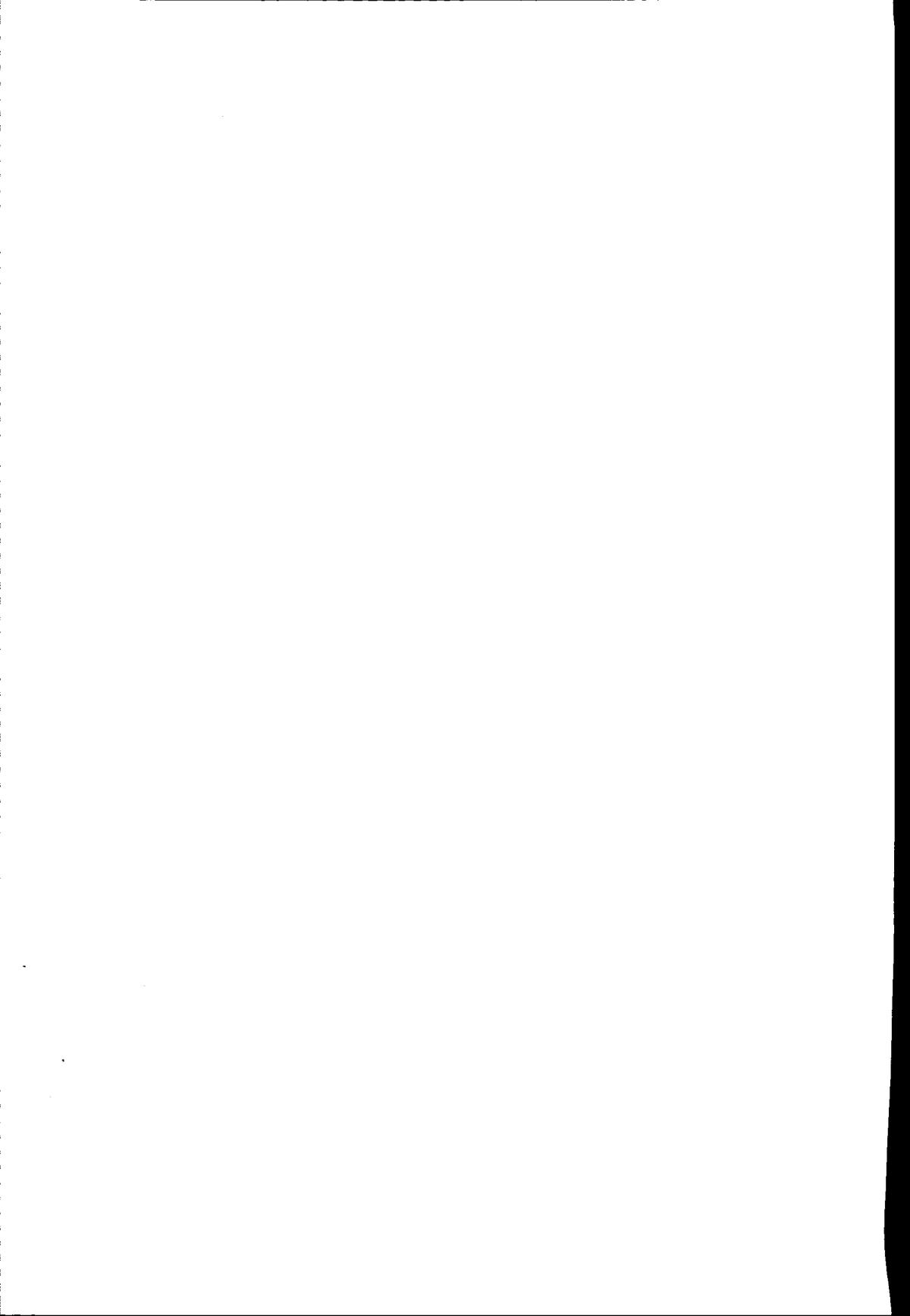
5° Optar por la prescripción de la acción penal, aun sin atender a obstáculos legales —verificar la secuela del juicio y la inexistencia de comisión de un delito como episodios interruptivos— resulta un insuperable vehículo protector de las garantías individuales comprometidas en la dilación. No obstante, es recomendable que el trámite previo a declarar extinguida la acción penal se ajuste a las exigencias legales (compulsa de la causa para precisar los hitos interruptivos y obtención de los antecedentes personales).

6° La solución rebasa el ámbito del proceso penal e ingresa en el derecho disciplinario.

7° Quienes actúan en función requirente también se hallan protegidos por el logro de un proceso *sin dilaciones indebidas*.

La charla del autor se ciñó a un esquema trazado sobre los fallos que se indican; sólo se añadieron las citas.

Mucho agradece a los organizadores del ciclo, haberle deparado el honor de compartirlo con señores ministros de la Corte Suprema. En especial, no puede olvidar el reconocimiento a los doctores Nazareno y Moliné O'Connor por las gratas referencias hacia su persona.



EL SECRETO PROFESIONAL MÉDICO

FERNANDO MARIO CAUNEDO *

MANUEL GOROSTIAGA**

1. Introducción

El propósito del trabajo es analizar el alcance del secreto profesional, respecto de las obligaciones de formular denuncias que establecen diversas normas para los profesionales de la salud y, especialmente, las vinculadas con los delitos de acción pública que afectan la vida y la integridad física.

2. Desarrollo

2.1 El secreto profesional en la medicina

Las especiales características del ejercicio de la medicina y otros oficios, artes o empleos vinculados a la atención de la salud, tornan necesaria la obligación de guardar el secreto sobre aquellos aspectos íntimos del paciente, que los profesionales conocen en el desempeño de su labor.

Ya en la conocida fórmula de Hipócrates (siglo I después de Cristo) existía una clara referencia al deber de secreto: *“Juro...callar cuanto vea u oiga, dentro y fuera de mi actuación profesional, que se refiera a la intimidad humana y no deba divulgarse, convencido de que tales cosas deben mantenerse en secreto”*.

El artículo 11 de la ley 11.732, que regula el ejercicio de la medicina, la odontología y las profesiones en colaboración con ambas, establece *“todo aquello que llegare a conocimiento de las personas cuya*

* Secretario del Tribunal Oral en lo Criminal, Buenos Aires.

** Secretario de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Criminal, Buenos Aires.

actividad se reglamenta en la presente ley, con motivo o en razón de su ejercicio, no podrá darse a conocer –salvo los casos que otras leyes así lo determinen o cuando se trate de evitar un mal mayor y sin perjuicio de lo previsto en el Código Penal– sino a instituciones, sociedades, revistas o publicaciones científicas, prohibiéndose facilitarlos con fines de propaganda, publicidad, lucro o beneficio personal”.

Por su parte, el Código de Ética de la Confederación Médica de la República Argentina establece, en el artículo 66, *“el secreto profesional es un deber que nace de la esencia misma de la profesión. El interés público, la seguridad de los enfermos, la honra de las familias, la respetabilidad del profesional y la dignidad del arte exigen el secreto. Los profesionales del arte de curar tienen el deber de conservar como secreto todo cuanto vean, oigan o descubran en el ejercicio de la profesión, por el hecho de su ministerio, y que no debe ser divulgado”.*

La ley penal tutela el deber de guardar ese secreto y sanciona su violación como delito contra la libertad. Resguarda la esfera de intimidad y reserva que rodea a la persona, ante la necesidad de revelar o verse expuesta a que se conozcan circunstancias que quizás ella misma ignore, cuando requiere la atención de terceros.

El bien jurídico protegido es la intimidad y reserva de la persona y, genéricamente, su libertad.

El fundamento de la incriminación reside en la necesidad en que se encuentran los hombres de acudir a los servicios de otros. Para que lo hagan libremente, la ley le garantiza que estos otros conservarán, en un secreto riguroso, todo lo que conozcan por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, que conciernen a quienes acudieron a su ministerio, ciencia, industria, trabajo o habilidad.

El individuo que acude a los conocimientos o servicios de un semejante, sabe que, en muchos casos, tendrá que poner a éste en posesión de ciertos aspectos de su vida personal cuya reserva le interesa mantener. El afán por guardar tales secretos gravita sobre el espíritu humano a veces con tal fuerza, que la persona en cuestión preferiría sufrir el perjuicio de prescindir de los conocimientos o servicios de sus semejantes, antes que poner a éstos en posesión de su secreto. Al brindarle la ley la seguridad, a través de la incriminación penal de su violación, que el secreto será reservado, garantiza la libertad personal, y facilita el libre desenvolvimiento de las actividades particulares.

2.2 El delito de violación del secreto profesional

El artículo 156 del Código Penal establece una pena de multa –de mil quinientos a noventa mil pesos– e inhabilitación especial por

seis meses a tres años para el que, *“teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa”*.

El hecho es secreto cuando no es conocido por un número indeterminado de personas ni está al alcance de ellas. Quizás ni el mismo paciente lo conozca, como por ejemplo, si se trata de alguna afección que surja del resultado de los estudios encomendados por el galeno. Pierde ese carácter cuando ha trascendido al público, sea por obra del interesado o por cualquier otra causa.

No deja de ser secreto porque sea conocido por un número determinado de personas que, a su vez, estén obligadas a guardarlo en reserva, pero sí cuando el titular manifiesta expresamente su desinterés por la reserva y admite que se comunique a terceros.

En definitiva, el secreto alcanza a todo aquello que quiere mantenerse reservado u oculto. Interesan el hecho mismo, en cuanto a su naturaleza y conocimiento por terceros, la situación en que el titular comunica el secreto y el depositario lo recibe, o éste accede al mismo, y la condición del depositario.

El médico o auxiliar de la medicina debe conocerlo con motivo o en ocasión del ejercicio de su profesión, empleo o arte, pero no es necesario que le haya sido confiado, es decir, comunicado bajo la condición de mantenerlo en reserva. La obligación del silencio deriva de la conexión real y ocasional con el desempeño de la profesión.

La ley no exige que la divulgación cause efectivamente un daño, sino que potencialmente pueda generarlo. Es un delito de peligro, que se consume con la mera divulgación. El daño puede ser de cualquier naturaleza, físico, moral, al honor, la fama, el patrimonio o cualquier otro bien jurídico, no necesariamente de la persona misma cuyo secreto se revela.

La especial condición del autor es exigida cuando se accede al secreto, pero no es necesario que perdure al momento de la revelación.

Si bien el legislador ha procurado evitar la divulgación, la acción típica se limita a revelar, aunque sea a una sola persona. Puede cometerse por acción o por omisión, dejando al alcance de alguien no autorizado la posibilidad de acceder al secreto.

El tipo penal consiste en la revelación del secreto sin justa causa. La justa causa de revelación, cuya presencia elimina la tipicidad, es un elemento normativo del tipo. Comprende a todas las causas de justificación, el estado de necesidad, la legítima defensa propia o de terceros, el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho.

Abarca aquellos casos en que existe colisión de intereses, y la ley privilegia otros por encima del derecho a la intimidad, tutelado por el secreto profesional.

Por la particular redacción del tipo penal, en este caso en particular, la "justa causa" elimina la tipicidad misma y no sólo la anti-juridicidad.

2.3 Supuestos de justa causa de revelación

a) El consentimiento del interesado

Si existe consentimiento del interesado, desaparece el carácter secreto del hecho. Así, el profesional que es convocado como testigo, si el interesado lo releva del secreto profesional, debe declarar.

El secreto profesional no ampara al médico o auxiliar de la medicina, sino al particular cuya esfera de reserva la ley tutela. Si hay interés de éste en que aquél declare, deberá hacerlo y no podrá ampararse en el secreto profesional.

Aquí no hay otro interés que el del particular. No hay un interés público subyacente, como en el caso del sacerdote, que está impedido de revelar secretos de confesión aun si el propio interesado lo releva, conforme al derecho canónico.

El artículo 244 del Código Procesal Penal de la Nación impone un deber de abstención "*sobre los hechos secretos que hubieran llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión, bajo pena de nulidad*" para "*los médicos, farmacéuticos, parteras y demás auxiliares del arte de curar...Sin embargo, estas personas no podrían negar su testimonio cuando sean liberadas del deber de guardar secreto por el interesado*".

Particular situación podrá verificarse cuando quien releve al profesional no sea el interesado sino el juez de la causa. En esos casos, la dispensa del tribunal configura la justa causa de revelación que elimina el delito.

Sin embargo, se ha sostenido que la decisión del juez de relevarlo del deber de guardar el secreto autoriza, pero no lo obliga. Y que el profesional podrá declarar si él cree que existe la justa causa requerida por la ley, pero podrá negarse en todos los casos en que crea que el secreto deba ser guardado. En las conclusiones, expondremos nuestra opinión al respecto.

b) Estado de necesidad

Hay estado de necesidad cuando se procura evitar un mal mayor —al que el profesional resulta ajeno— que la revelación del secreto. Por

ejemplo, cuando el médico pone en conocimiento de parientes del enfermo algún peligro de contagio, o cuando el psiquiatra avisa a los familiares que el paciente manifestó su voluntad de suicidarse. También cuando informa al padre del menor alguna enfermedad del hijo.

Basta la buena fe del profesional, en cuanto a la valoración del caso, que eliminará el dolo, pues cualquier error al respecto restará tipicidad al hecho, atento a que no está prevista una figura culposa.

c) Ejercicio de un derecho

Como ejemplos de ejercicio de un derecho o de la necesidad de defensa de un interés legítimo, están los supuestos en los que el profesional actúa como parte en un juicio, cuando se encuentra en pleito con su cliente acerca de sus honorarios, demandado por mala praxis, o procesado por lesiones.

En esos casos, el deber de guardar secreto puede hallarse en colisión con bienes jurídicos del propio depositario, y éste puede necesitar efectuar alguna revelación en resguardo a aquéllos. En tales supuestos, también habría justa causa de revelación.

Al respecto, el artículo 73 del Código de Ética Médica ya citado, dispone *“cuando el médico se vea obligado a reclamar judicialmente sus honorarios, se limitará a indicar el número de visitas y consultas, especificando las diurnas y nocturnas, las que haya realizado fuera del radio urbano y a qué distancia, las intervenciones que haya practicado. Será circunspecto en la revelación del diagnóstico y naturaleza de ciertas afecciones, reservándose para exponer detalles ante los peritos médicos designados o ante la entidad gremial correspondiente”*.

En cambio, para el supuesto de una demanda de mala praxis, el artículo 69 inciso “g” del citado código lo releva del deber de confidencialidad.

d) Cumplimiento de un deber

Ejemplos de cumplimiento de un deber los brindan determinadas leyes de profilaxis de enfermedades contagiosas, que obligan a los profesionales de la salud a revelar el hecho a ciertas personas, que a su vez también deben guardar el secreto profesional.

Otro ejemplo son las denuncias que impone la legislación civil sobre hechos relativos a la existencia y capacidad de las personas.

Por otra parte, la ley 24.417, de Protección contra la Violencia Familiar, impone a los profesionales de la salud —entre otros obligados, como los que integran los servicios asistenciales, sociales, educa-

tivos, públicos y privados, y a todo funcionario público en razón de su labor— a denunciar ante la autoridad competente los malos tratos y lesiones en el ámbito familiar.

La norma tiene un fin tuitivo respecto de menores, incapaces, ancianos y discapacitados, y la obligación de denunciar se fundamenta en el mandato ético de la tutela del desprotegido. En estos casos, el secreto profesional protegería sólo al victimario.

El profesional está obligado tanto si ejerce la profesión en forma privada, como si lo hace integrando un servicio de salud. Su relación con la víctima puede ser permanente, ocasional o transitoria. Sin duda, mayor será la responsabilidad en el primer caso.

La obligación nace con la sospecha de maltrato ante la evidencia psíquica o física.

Por último, resta analizar si constituye un supuesto de justa causa de revelación, el deber de denunciar los delitos de acción pública contra la vida y la integridad física que establecen, para los profesionales de la salud, las normas procesales.

Éste constituye al nudo de la cuestión analizada, el aparente conflicto entre el deber de guardar el secreto profesional y el deber de denunciar, y a él nos dedicaremos a continuación.

2.4 El deber de denunciar delitos de acción pública y el secreto profesional

Por regla general, de acuerdo a la norma procesal, no es obligatorio denunciar los delitos que pueden investigarse de oficio. No hay, en principio, obligación de denunciar delitos, sean estos dependientes de instancia privada o de acción pública. El término “podrá” del artículo 174 del Código Procesal Penal de la Nación no deja dudas al respecto. Sin embargo, existen dos excepciones vinculadas a dicho precepto, tal como se desprende de la lectura del artículo 177 del citado cuerpo legal; la primera de ellas, la relativa a los funcionarios o empleados públicos que conozcan delitos de acción pública en el ejercicio de sus funciones y la segunda —que aquí interesa—, la impuesta a los médicos, parteras y demás personas que ejerzan cualquier rama del arte de curar, en cuanto a los delitos contra la vida y la integridad física que conozcan al prestar los auxilios de su profesión.

Para este grupo de personas, en principio, se puede afirmar que tienen obligación de denunciar los delitos de instancia pública que lleguen a su conocimiento en el ejercicio de sus funciones, con la limitación establecida en cuanto a que sólo la obligación de denunciar

queda limitada a los delitos contra la vida y la integridad física de las personas, salvo que los hechos conocidos estén bajo el amparo del secreto profesional.

Cuando se presenta la disyuntiva de denunciar el delito o de guardar el secreto profesional, no se puede soslayar que en realidad se trata de un supuesto conflicto de deberes, cuya solución ha dividido a la doctrina y a la jurisprudencia durante décadas, sin perjuicio del franco predominio que ha tenido la que otorga primacía al secreto profesional.

Como hemos visto, la garantía de reserva del secreto no es absoluta, sino relativa, ante la necesidad de tutelar otros bienes jurídicos o el interés público. Ello surge de manera diáfana de la redacción del artículo 156 del Código Penal, que elimina la tipicidad cuando existe "justa causa".

La cuestión radica en determinar si la obligación de denunciar que fijan las leyes procesales, configura uno de los supuestos de "justa causa" de revelación.

El problema se acentúa porque, además, en el artículo 277 del Código Penal —en el inciso primero, apartado "d" del texto vigente, conforme a la ley 25.246— se sanciona al que "*no denunciare la perpetración de un delito ...cuando estuviere obligado a promover la persecución penal*".

Con lo cual, aparentemente el profesional de la salud se puede encontrar en la difícil encrucijada de verse imputado del delito de violación de secretos, si formula la denuncia, o de encubrimiento, si omite hacerlo.

En el ámbito federal y en la ciudad de Buenos Aires, el artículo 177 del Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984), como ya se dijo, establece la obligación de denunciar los delitos que pueden ser perseguidos de oficio, en el inciso primero, a los funcionarios o empleados públicos que los conozcan en el ejercicio de sus funciones y, en el segundo, a "*los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier rama del arte de curar, en cuanto a los delitos contra la vida y la integridad física que conozcan al prestar los auxilios de su profesión, salvo que los hechos conocidos estén bajo el amparo del secreto profesional*".

La norma resulta más clara que su semejante del anterior régimen, el artículo 167 del Código de Procedimientos en Materia Penal (ley 2372), que circunscribía la excepción, en el caso de que los profesionales de la salud "*hubieran tenido conocimiento del delito por revelaciones que le fueren hechas bajo el secreto profesional*".

Se discutía entonces si la excepción al deber de denunciar se circunscribía al secreto confiado bajo condición de reserva, como parecía sugerir la palabra revelaciones. Pero esa interpretación favorecía la impunidad del delincuente advertido, respecto del inadvertido y de aquel que hubiese sido llevado a la asistencia médica privado de conciencia, resultado que parecía injusto. Además, si el secreto profesional está amparado en la ley penal en todos los casos, confiado o no, era irrazonable que una norma procesal limitara su alcance.

Ahora ha quedado claro que la excepción opera cuando el conocimiento se verifica en el ejercicio de la profesión, independientemente de que el paciente requiera reserva o nada exprese al respecto.

También se ha mejorado la normativa relativa a la declaración testimonial de los profesionales de la salud. El artículo 275 inciso quinto del Código de Procedimientos en Materia Penal (ley 2372), establecía que *“no podrán ser admitidos como testigos... los médicos, farmacéuticos, parteras y toda otra persona, sobre los hechos que por razón de su profesión les hayan sido revelados”*. En cambio, en el artículo 244 del Código Procesal Penal vigente (ley 23.984), se dispone que *“deberán abstenerse de declarar sobre los hechos secretos que hubieren llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión, bajo pena de nulidad: ... los médicos, farmacéuticos, parteras y demás auxiliares del arte de curar”*.

De manera que ahora la regla es que pueden declarar, y el límite está dado, únicamente, respecto de los hechos amparados por el secreto profesional. Siempre y cuando, como ya se dijo, no hayan sido relevados por el interesado. En cambio, en el régimen anterior, parecía que, de existir en el conocimiento del profesional hechos amparados por el secreto, no era posible su testimonio.

La interpretación tradicional

La doctrina tradicional consideró que prevalecía la ley de fondo, en cuanto sanciona la violación del secreto profesional, sobre la obligación de denunciar establecida en las leyes procesales. Ésta *no existe nunca que medie el secreto* decía Soler, y se circunscribía a los casos de socorro prestado a la víctima.

En este sentido, se ha sostenido *“la regla es... la obligación de guardar el secreto revelado; la excepción, en cambio, su denuncia... En otras palabras, el deber de las personas que ejerzan cualquier rama del arte de curar será, en principio, el de guardar reserva de los delitos contra la vida y la integridad física, perseguibles de oficio, que*

conozcan al prestar auxilio de su profesión, si se da la concurrencia de los requisitos que marca el artículo 156 del Código Penal, esto es, que exista un hecho secreto, que el profesional tenga noticia de él por razón de su ejercicio profesional, que la divulgación del secreto pueda causar daño y que no concurra una justa causa para hacer la revelación (Navarro-Daray "Código Procesal Penal", pág. 366).

Si se trata de delitos de acción pública, los sujetos comprendidos en este inciso segundo tienen obligación de denunciar, siempre que atiendan a la víctima del hecho, a menos que se haya exigido reserva. En cambio, cuando se auxilia profesionalmente al autor, impera la obligación de guardar secreto, aun cuando éste resulte prófugo de la justicia. Idéntica solución corresponde cuando el profesional cumple funciones en un establecimiento oficial, porque la solución contraria—imponerle la obligación de denunciar en estos casos— importa directamente sancionar un privilegio de clase altamente inmoral, pues las pobres gentes que concurran a la Asistencia Pública o a los hospitales de caridad se pondrían automáticamente en manos de la justicia. En cambio, al mismo médico, después de atender su servicio hospitalario gratuito sería posible en su consultorio, comprarle junto con la tarjeta, el silencio profesional... (Soler, *Derecho...* t. IV, págs 132/134).

Al interés genérico en la tutela de la intimidad, se sumaba la situación de necesidad en que ocurría la intervención médica. Y se estimaba que la ley optaba, frente al conflicto de bienes, a favor del necesitado, aun cuando fuera un delincuente.

No existe deber de denunciar y sí el de guardar secreto, cuando la denuncia expone al necesitado a proceso.

La eventual comisión del delito de acción pública debió haber sido conocida por el galeno en el ejercicio de sus funciones, sean estas pública o privada y si dichas circunstancias no se manifiestan, es evidente que no hay obligación de denunciar el hecho. El conocimiento del hecho debe haberse obtenido también con motivo y al ejercerse la profesión, y no por otra vía, en cuyo caso no estará obligado a informar quien ejerce una profesión sanitaria. Si el conocimiento se adquiere por causa distinta a la profesión, no se presenta la hipótesis presentada en la ley. Sobre este aspecto se ha sostenido que "...si el conocimiento se adquiere por una causa distinta a la de la profesión, no se presenta la hipótesis contemplada en la ley" (Washington Ábalos, Raúl, *Derecho Procesal Penal*, t. III, pág. 207).

Los códigos procesales hacen expresa excepción al imperativo de denuncia previsto para los profesionales en cualquier rama del arte de curar, cuando se trate de casos que caigan bajo el amparo del se-

creto profesional. En principio, en ningún caso podrá formularse denuncia cuando con ella haya de violarse el secreto profesional (Clariá Olmedo, *Derecho Procesal Penal*, t. II, pág. 433).

Debe primar la obligación del médico de atender la salud de su paciente, lo que implica el deber de guardar el secreto profesional. Sobre este punto ha sostenido la doctrina que "...*la reserva encuentra su razón de ser en la prioridad que la ley atribuye al interés de la salud del paciente, ...sobre el interés social de la persecución y castigo de los delincuentes*".

No hay duda de que el médico es uno de los destinatarios directos de la prohibición del artículo 156 del Código Penal, por lo que rige el mandato legal de no revelar el secreto del paciente, en cuyo ámbito entró en razón de su profesión, de manera que aun siendo funcionario, debe proceder como médico para su preservación" (Tozzini, Carlos, *La violación del secreto profesional*, pág 156. Obra citada por Donna en *Derecho Penal*, II A, parte especial, pág 371).

No puede una disposición procesal derogar una disposición de fondo en la materia que le es específica. Como señala Soler "la ley, frente a un grave conflicto, entre dos bienes jurídicos, se pronuncia a favor de la tutela de la persona, aun a costa de sacrificar bienes de altísimos valor."

La vinculación del asunto con el aborto

Como bien señala Francisco D'Albora, "el problema se ha planteado en los casos de aborto causado o consentido por la propia mujer. El profesional del arte de curar que conoció el hecho en ejercicio de su profesión o empleo —oficial o no— debe abstenerse de formular la denuncia que involucre en un proceso penal a la mujer, aunque le corresponde hacerlo en todos los casos de coautores, instigadores o cómplices... Si bien está claro que un médico no puede denunciar el aborto si conoció el hecho a través de la confidencia hecha por su paciente, tampoco cabe aceptar que la mujer transmita la noticia a través de su testimonio; se la colocaría en la situación de declarar bajo juramento sin respetar la imposibilidad de hacerlo cuando pueden derivarse consecuencias adversas —artículo 18 de la Constitución Nacional—; también porque se la coloca en la violencia moral de tener que pronunciarse sobre una cuestión inherente a su más profunda intimidad. En lo que no hay discusión es en evitar que el autor de un hecho doloso quede privado del auxilio curativo, ante la disyuntiva de ser sometido a proceso o arriesgar su vida. En esta situación, el derecho considera justa causa la reserva profesional".

En la Capital Federal, esa doctrina se plasmó en el plenario “Natividad Frías”, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, resuelto el 26 de agosto de 1966, que ha mantenido vigencia a través del tiempo.

Allí se estableció que no podía instruirse sumario criminal en contra de una mujer que haya causado su propio aborto o consentido en que otro se lo causare, sobre la base de la denuncia efectuada por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en el ejercicio de su profesión o empleo —oficial o no— pero sí correspondía hacerlo en todos los casos respecto de sus coautores, instigadores o cómplices.

En dicho fallo se ha expresado *para el médico, en efecto, la abortante, es antes que nada una paciente a la que está obligado a asistir y procurar curación; obligarle, en tales condiciones, a denunciar a su propia cliente, sobre recargar su conciencia y constituir una flagrante violación del secreto profesional, redundaría a buen seguro en grave perjuicio y riesgo a las asistidas, pues muchas de ellas, ante el fundado temor de que la consulta médica sirviese de antesala a la prisión y al deshonor, preferirían ocultar su estado o seguir entregadas al arbitrio de comadres o curanderos.*

Así como también *“quien recurre a un médico por una afección autoprovocada, aun delictuosa como el aborto, goza de la seguridad de que su secreto no será hecho público”.*

De manera concordante, se ha sostenido que *...la obligación de denuncia sólo existe en los casos en que el profesional sanitario haya prestado su asistencia; por lo tanto, si se anoticia indirectamente, la obligación no existe. La segunda limitación opera en cuanto a los delitos que obligan a hacer la denuncia, estableciéndose que estos sólo serán los delitos contra la vida o la integridad física que hayan sido conocidos al prestar los auxilios de su profesión. El problema aparece cuando los hechos son conocidos bajo el amparo del secreto profesional y, por ello, condicionada su revelación por el delito de violación de secretos. De todas formas este es un típico caso de colisión de deberes, por lo cual, según la doctrina mayoritaria la solución se hallaría en la ausencia de culpabilidad del autor.*

Si el médico tiene conocimiento de la comisión de un delito de acción pública de boca de quien sería su autor y es quien está siendo asistido por él, debe en primer lugar cumplir con su mandato, esto es, practicar las curaciones necesarias para mejorar el estado de salud de dicha persona, por lo cual si denunciara el hecho cometería el deli-

to de violación de secreto previsto en el artículo 156 del Código Penal, aun cuando no se le haya exigido reserva expresa del caso. En el mencionado fallo plenario "Natividad Frías", se ha sostenido, en concordancia con esta postura que, *no podemos admitir, de manera alguna, que la ley exija que la reserva haya sido solicitada en forma expresa. El enfermo que busca los auxilios de un médico piensa que lo hace con la seguridad de que sus males no serán dados a conocer, porque el secreto más estricto los ampara. Es algo sobreentendido, que no es necesario renovar en cada visita o asistencia.*

Como explica Fontán Balestra¹, la Cámara del Crimen de la Capital, hasta el año 1966, había sostenido que era obligación de los médicos que atendían en los hospitales públicos, denunciar los hechos delictuosos que conocían en su actividad, en particular, cuando asistían a la mujer que había abortado, pues el ejercicio de un cargo oficial les relevaba de cumplir con el deber de guardar secreto.

En el plenario Natividad Frías se modificó ese criterio, con algunas disidencias.

Allí se sostuvo, como ya ha sido expuesto, que el profesional, en cargos públicos o en el ejercicio privado de la profesión, debía guardar el secreto profesional. Se consideró inadmisibles y contradictorio que el orden jurídico se valiera, para imponer penas, de denuncias delictivas, en violación a ese secreto; que la mujer se encontraba ante la opción de elegir entre la cárcel y la vida, frente al peligro de muerte si procuraba lograr la impunidad; y se destacó la discriminación sociológica que implicaba para las mujeres de escasos recursos, que terminaban lesionadas luego de abortos clandestinos, con escasa garantía de higiene y salubridad, en tanto las que gozaban de una posición acomodada, podían abortar impunemente en clínicas privadas, con auxilio profesional obligado al secreto.

También se destacó que la admisibilidad de la denuncia de los médicos, en esos casos, implicaba una violación a la garantía constitucional contra la auto-incriminación, pues la mujer se encontraba, obligada por la necesidad de atender su salud, brindando testimonio vivo, con su propio cuerpo, del delito cometido.

En sentido similar, se expidieron también en pleno las Cámaras de Apelaciones de San Martín, el 5 de julio de 1985², y de Morón, el 8 de julio de 1986³.

¹ En la obra citada en la bibliografía, pág. 412, nota al pie.

² Causa "L.D.B y otros sobre aborto", JA, 1985-III-282.

³ Causa "R., R. s/aborto", JA, 1986-III-593.

En cambio, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, también en una causa por el delito de aborto⁴, entendió que la circunstancia de que el médico no esté obligado a denunciar, no implicaba que le estuviera prohibido hacerlo. Y pese a que hubiese cometido el delito de violación de secreto, ello no ocasionaba la anulación de lo actuado.

La identificación del problema analizado, con las cuestiones de política criminal vinculadas al aborto⁵, cuya desincriminación muchos proponen, a nuestro modo de ver complica la cuestión, pues a veces se extreman argumentos, en uno u otro sentido, que tienen más que ver con la postura asumida respecto de este delito, que con el problema que representa para el médico, la reserva del secreto profesional, frente a la obligación de denunciar delitos de acción pública.

Lo demuestran algunos de los argumentos esgrimidos en los mencionados plenarios, como así también su crítica y la versión opuesta, en la jurisprudencia de otros tribunales⁶.

La reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

En la causa “Zambrana Daza, Norma Beatriz s/infracción a la ley 23.737”, resuelta el 12 de agosto de 1997, el Alto Tribunal resolvió de manera diferente al plenario “Natividad Frías”, cuya línea había seguido la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, al anular todo lo actuado desde la instrucción del sumario, a partir de la denuncia de un profesional de la salud.

No era un caso de aborto sino de transporte de estupefacientes. La mujer se había atendido en un hospital público, a raíz de que habían explotado bombitas de látex alojadas en su estómago para el transporte de clorhidrato de cocaína desde Bolivia.

En fallo dividido, se anuló la decisión del tribunal de alzada.

⁴ Causa “I, D.I.”, LL, 1994-B-553.

⁵ Que excede el objeto de este trabajo, de modo que nada diremos al respecto.

⁶ Conf. El fallo de la Corte Suprema de la Provincia de Santa Fe, del 12 de agosto de 1998, en la causa “I, M –aborto provocado- recurso de inconstitucionalidad”, publicado en *La Ley Litoral*, 1998-1490, con enjundioso voto del doctor Vigo, y la crítica de Bidart Campos en la nota publicada en *La Ley*, 1998-F, página 545, citada en la bibliografía, como así también el voto del doctor Héctor P. Iribarne –en minoría, pues se resolvió igual que el plenario Natividad Frías– en el fallo del Tribunal Superior del Neuquén, del 14 de abril de 1988, en la causa “M, M. E. y otra”, ED, 129-388, con el comentario de Jorge Guillermo Portela y Nemesio González, citado en la bibliografía.

La mayoría, integrada por los Ministros Nazareno, Moliné O'Connor, López y Vázquez, consideró que, como los agravios conducían a determinar el alcance de las garantías del debido proceso legal y la prohibición de la autoincriminación, existía cuestión federal que habilitaba el recurso extraordinario.

En cuanto al fondo del asunto, entendió que *era inadmisibile interpretar la referida garantía, de modo que conduzca inevitablemente a calificar de ilegítimas las pruebas incriminatorias obtenidas del organismo del imputado en todos los casos en que el individuo que delinque requiera asistencia médica en un hospital público. La debida tutela de la mencionada garantía constitucional, en necesaria relación con el debido proceso legal, requiere un examen exhaustivo de las circunstancias que rodearon cada situación en concreto, para arribar a una conclusión acerca de la existencia de vicios que hayan podido afectar la voluntad del imputado.*

En el caso, la autoridad pública se había limitado a proporcionar asistencia médica requerida por la imputada, sin requerir de ella una activa cooperación en el aporte de pruebas incriminatorias. No existía la menor presunción de que la expulsión de las cápsulas con sustancias estupefacientes hubiera sido generada con engaño o coacción, que viciara la voluntad de aquélla. Tampoco hubo una intromisión del Estado en su ámbito de privacidad, toda vez que fue la propia conducta discrecional de la mujer la que permitió dar a conocer a la autoridad los hechos delictivos.

El riesgo del sujeto que delinque y decide acudir a un hospital público en procura de asistencia médica, incluye el de que la autoridad tome conocimiento del delito cuando las evidencias son de índole material.

Lo que prohíbe la Constitución Nacional es compeler física o moralmente a una persona con el fin de procurar comunicaciones o expresiones que deben provenir de su libre voluntad, pero no incluye los casos en que las evidencias son de índole material y producto de la libre voluntad del procesado.

Era inadmisibile plantear la prohibición de la autoincriminación desde la opción prisión o muerte, pues el legítimo derecho de la imputada de obtener asistencia médica en un nosocomio debía relacionarse con los requerimientos fundamentales del debido proceso en la administración imparcial de la justicia penal. La idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse del delito sea conjugado con el del individuo sometido a proceso, de manera que ninguno de ellos sea sacrificado.

El privilegio contra la autoincriminación no podía ser invocado en el caso, donde no existía el más mínimo rastro de que la incautación de los efectos del delito hubiera sido obtenida por medios compulsivos para lograr la confesión.

Agregó que los jueces tenían el deber de resguardar, dentro del marco constitucional estricto, la razón de justicia que exige que el delito comprobado no rinda beneficios.

La nulidad de todo lo actuado era más grave en el caso, porque ese malentendido respeto a la garantía de defensa del imputado —que exige una afectación sustancial, que no había sido alegada por la imputada ni invocada por la defensa, y tampoco demostrada por la cámara de apelaciones— tornaba prácticamente imposible la persecución penal de graves delitos de acción pública, en cuya represión debía manifestarse la preocupación del Estado, como forma de mantener el delicado equilibrio entre los intereses en juego en todo proceso penal.

En el considerando 17, la mayoría entendió que por la función pública desempeñada por la médica del hospital, ésta tenía el deber de denunciar los delitos de acción pública, y no era aplicable en el caso la excepción del artículo 167 del Código de Procedimientos en Materia Penal. Destacó también que su omisión configuraba el delito de encubrimiento.

El doctor Boggiano también integró la mayoría, pero con un voto concurrente, donde compartió, con otros términos, casi todos los argumentos reseñados.

Sostuvo que la expulsión de las cápsulas con sustancias estupefacientes del organismo de la encartada se produjo como consecuencia de un tratamiento médico que en modo alguno resultó lesivo de la intimidad, pues tuvo el propósito de conjurar el peligro que se cernía sobre su salud.

Más adelante afirmó que no cabe equiparar en forma mecánica... los supuestos de autoincriminación forzada con la situación de quien delinque y concurre a un hospital exponiéndose a proceso. Este último realiza un acto voluntario con el propósito de remediar las consecuencias no queridas de un hecho ilícito deliberado. No es posible, en tal hipótesis, afirmar que existe estado de necesidad, pues el mal que se quiere evitar no ha sido ajeno al sujeto sino que, por el contrario, es el resultado de su propia conducta intencional (arg. art. 34 inc. 3 del Código Penal). En ese orden de ideas, no puede soslayarse que la enjuiciada, según surge de su confesión, “decidió poner fin a esta situación en que se vio involucrada y por tal motivo no dudó en

dirigirse al Hospital, sabiendo que (en) toda guardia se encontraba personal policial y quedaría detenida” ...Que, de lo expuesto, se sigue que no cabe construir –sobre la base del derecho de asistencia médica– una regla abstracta que conduzca inevitablemente a tachar de nulidad el proceso cuando el imputado recibe tratamiento en un hospital público, pues ello impediría la persecución de graves delitos de acción pública. En efecto, la idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito, sea conjugado con el del individuo sometido a proceso, en forma que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro, procurándose así conciliar el derecho del individuo a no sufrir persecución injusta con el interés general de no facilitar la impunidad del delincuente.

En cambio, se apartó del voto mayoritario en la interpretación del artículo 167 del Código de Procedimientos en Materia Penal, en cuanto si bien no menciona a los empleados o funcionarios públicos, tampoco establece una prohibición expresa de denuncia en esos supuestos, sino que se limita a disponer que aquélla no es obligatoria.

La minoría, integrada por los ministros Fayt, Belluscio, Petracchi y Bossert, por el contrario, entendió que el fallo impugnado se ajustaba a la doctrina especializada dominante en la materia, y a la jurisprudencia del fuero penal; que tenía suficiente sustento en el análisis armónico de las normas de derecho común –penal y procesal penal–; que no resultaba descalificable por arbitrariedad –limitada a los casos de absoluta carencia de fundamentación o apartamiento inequívoco de la solución normativa prevista para el caso–; y que la cuestión federal planteada –la garantía de la prohibición de la autoincriminación– no tenía incidencia fundamental, por cuanto los preceptos de derecho común y las cuestiones de hecho sobre los que se apoyaba el pronunciamiento impugnado, resultaban suficientes para la solución integral del caso, y el análisis de la aquélla no la modificaría eficazmente.

3. Conclusiones

Luego del relevamiento anterior de la cuestión a la luz de la doctrina y la jurisprudencia, en conjunto podemos decir que:

Creemos que la disposición del artículo 177 inciso segundo del Código Procesal Penal es clara en cuanto a que no existe, para el profesional de la salud, la obligación de denunciar los delitos de acción pública contra la vida y la integridad física, cuando los

conozcan bajo el amparo del secreto profesional. En consecuencia, tampoco cometerá encubrimiento, si omite formular la denuncia por respeto al secreto.

En este sentido, coincidimos con la doctrina mayoritaria en que no regirá aquella obligación, cuando la denuncia implique la posibilidad de que el paciente quede sometido a proceso, y sí cuando la persona atendida sea la víctima del delito. Siempre que, por los motivos que fueran, la víctima no solicite reserva al profesional. En ese supuesto, no existirá la obligación, porque el pedido expreso de reserva somete la situación al amparo del secreto profesional. Es que el pedido de reserva implica la consideración, del particular, de que la divulgación le acarreará un daño.

Como ha sostenido reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la primera regla de interpretación es la letra de la ley, conforme al sentido propio de las palabras empleadas por el legislador, sin violentar su significación específica (entre muchos otros, Fallos 295:376, 299:167 y 300:700). Y en el caso, la misma es clara y no deja lugar a dudas.

No cabe, entonces, acudir a otros métodos, en función de la personal concepción que se tenga sobre el tema, para privilegiar el interés social en la represión de los delitos contra la vida y la integridad física, cuando la voluntad del legislador, en cuanto a otorgar primacía al secreto profesional sobre aquél, ha sido clara y manifiesta.

También coincidimos con la interpretación tradicional de la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria, en que, mediando secreto profesional, cesa la obligación de denunciar para los profesionales de la salud, actúen en el ámbito privado o en servicios de asistencia pública. Pues ante la doble condición de funcionarios públicos y profesionales de la salud, prevalece la última, por su carácter especial frente a aquélla.

Además, el argumento de la igualdad –garantizada en el artículo 16 de la Constitución Nacional– es inobjetable, pues la principal diferencia para la atención del paciente en uno u otro sistema de salud, radica fundamentalmente en los medios económicos. Y no puede interpretarse, de manera razonable, que el legislador haya procurado establecer distinciones de clase, para favorecer con la garantía del secreto –y la consecuente impunidad– a los ricos, y a la vez negarla a los pobres, que por falta de recursos acuden al servicio público.

Sin perjuicio de esas conclusiones conjuntas, a continuación presentaremos otras en forma independiente, con la finalidad de enriquecer el trabajo.

Conclusiones del Dr. Fernando Mario Caunedo

La obligación de denunciar establecida en el artículo 177 del Código Procesal Penal no constituye "justa causa" para revelar el secreto profesional, porque precisamente en los supuestos en que éste rige, no existe esa obligación. Consecuentemente, tampoco habrá encubrimiento si el médico no formula denuncia.

Pero la circunstancia de que no haya obligación de denunciar, no implica que la denuncia en esos supuestos esté prohibida, como sostuvo con acierto el doctor Boggiano en la causa Zambrana Daza.

La prohibición no surge del texto legal. En todo caso, al eliminarse la obligación, rige el principio general de la facultad de denunciar, prevista en el artículo 174 del mismo código, para todo aquel que resulta damnificado de un delito de acción pública o, sin serlo, tenga noticias de él.

De modo que, si media la denuncia de un profesional de la salud, que haya conocido el delito en circunstancias en que lo obliga el secreto profesional, no cabe desechar la validez de esa denuncia de manera automática, por entender que, al no estar obligado a la denuncia, ésta es nula por violación del secreto.

La cuestión a determinar será si existe "justa causa" para la revelación, que en ese caso nada tendrá que ver con la norma del artículo 177 del Código Procesal Penal.

Creo que la cuestión se ha confundido a partir de la jurisprudencia sentada sobre la materia en los casos de aborto. Porque muchos han parcializado el enfoque, para convertirlo en un modo práctico de despenalizar ese delito, ya que como se trata de hechos que ocurren en la intimidad, si se veda la posibilidad del inicio del proceso cuando su complicación motiva que la mujer acuda a un centro de salud, pocas posibilidades quedan para que se sancione.

El peligro que representa la confusión temática señalada, es que todo lo que se afirme, en miras a desincriminar —fácticamente— el aborto o, cuanto menos, por la conmoción que puede generar la particular situación de las mujeres de escasos recursos que, tras manobras caseras o en condiciones precarias, ven peligrar su vida y deben acudir a la asistencia pública, valdrá para todos los casos en que un delincuente acuda al mismo lugar, y quizás en determinados supuestos no estaremos convencidos de que, axiológicamente, la solución deba ser la misma.

No cabe duda de que todo ser humano, por más delincuente que sea, merece la asistencia médica, si está afectada su integridad física

y, con más razón, si peligra su vida. Pero ello, de suyo, no implica que la asistencia que se le brinde conlleve también la impunidad de su delito.

Supongamos un hecho de suma violencia, como los que son noticia frecuente en la actualidad: un asalto llevado a cabo por varias personas en un lugar cerrado, lleno de público, con gran despliegue de armas de fuego, donde se toma como rehenes a particulares y, tras un tiroteo con la policía, uno de los delincuentes termina herido y luego de lograr huir del escenario de los hechos, acude a un hospital público. En ese caso, ¿sería tan clara la primacía del secreto profesional, respecto del interés público en la represión de los delitos, frente a un hecho que quizás mantiene en vilo a la población de un centro urbano durante horas, por la toma de rehenes, aunque tenga un final feliz, sin ninguna muerte ni heridos graves?

Y aun cuando admitamos que los profesionales de la salud que lo atienden, no estén alcanzados por la obligación de denunciar —debido al secreto profesional— prevista en el artículo 177 del Código Procesal Penal de la Nación, la obligación de guardar el secreto, ¿alcanzaría para negar a la autoridad policial y/o judicial toda información al respecto, que pudiese solicitar, si por prueba testimonial llega a conocer que uno de los prófugos ingresó al hospital? Téngase en cuenta que, como la cuestión se vincula con el secreto profesional, regirá la norma del artículo 244 del citado código.

Por eso creo que el análisis relativo a la “justa causa” deberá ser particular para cada caso. El juicio al respecto deberá ponderar los intereses en juego, de acuerdo a la preponderancia axiológica que pueda corresponder a uno u otro, y al principio de proporcionalidad, para medir la afectación del derecho que eventualmente deba sacrificarse y, consecuentemente, la razonabilidad de esa limitación, de acuerdo al interés superior que prevalece.

No corresponde establecer reglas generales al respecto, porque múltiples factores pueden incidir y deberán analizarse en cada caso en concreto.

Como se sostuvo antes, al tratar el secreto profesional a la luz de su tutela penal, la creencia del obligado al secreto de que existe justa causa para su revelación, si ésta no es absurda y tiene mínima razonabilidad, sin duda eliminará el dolo.

Pero el juicio al respecto, en el proceso penal iniciado en función de su denuncia, quizás exija un análisis más sutil y profundo. De modo que, aun cuando el médico no haya incurrido en el delito de

violación de secreto profesional, por falta de tipicidad subjetiva, probablemente el proceso se invalide, si el juicio de valor sobre el conflicto de intereses presentado en el caso, que efectúe el tribunal —como guardián del debido proceso legal y de la legitimidad de las pruebas reunidas— arroja la preeminencia del ámbito de intimidad que tutela el secreto profesional, sobre el interés social en la punición del delito.

Y esa evaluación también corresponderá al tribunal, para resolver el eventual relevamiento del secreto profesional, cuando el testimonio del médico pueda aportar elementos de importancia en la investigación de un delito. Si en el caso concreto, el análisis exhaustivo de todas las circunstancias, determina que el interés social prevalece sobre el individual que tutela el secreto, podrá relevarlo. Y entonces el médico no cometerá delito alguno, pues la dispensa del tribunal será, para él, la “justa causa” de revelación, como ya se dijo.

Lo mismo sucede en cuanto al aporte de prueba documental que pueda exigirse a un profesional de la medicina o a un centro de salud, si está amparado por el deber de confidencialidad.

De manera coherente con lo que venimos exponiendo, entiendo que en esos casos ni el profesional de la salud convocado a declarar como testigo —y relevado del secreto— ni el centro de salud requerido a aportar información o documentos confidenciales, pueden negarse legítimamente a la orden judicial.

Si lo hacen, pese a ser debidamente enterados de las excepcionales circunstancias que motivan al relevamiento —que tienen derecho a conocer— eventualmente podrán incurrir en el delito de desobediencia, previsto en el artículo 239 del Código Procesal Penal. Esta norma dispone que “*será reprimido con prisión de quince días a un año, el que ... desobedeciere a un funcionario en el ejercicio legítimo de sus funciones*”.

Es que es el juez quien decide en definitiva cómo debe resolverse un conflicto de intereses. Claro está que no de manera discrecional, sino a través de una decisión fundada, sujeta al contralor del tribunal superior, por la vía recursiva y, en definitiva, a la responsabilidad funcional, civil e inclusive penal, en el supuesto de un manifiesto y arbitrario abuso de poder.

Admitir lo contrario implica dejar la decisión en manos del profesional médico —o del centro de salud— en abierta oposición a legítimas razones de interés público, cuando éstas concurren, conforme a un adecuado análisis particular del caso.

Conforme a esta interpretación, pueden responderse las preguntas que formulé antes, en el ejemplo del asalto con toma de rehenes.

Seguramente el interés social, en ese caso, prevalecerá sobre el del delincuente por su impunidad. Y la llave para ello, constituirá la “justa causa” a que alude el artículo 156 del Código Penal, con cuya presencia no hay tipicidad por la revelación del secreto.

Un ejemplo del análisis particular de un caso concreto, ponderando los intereses en conflicto, la preponderancia de cada uno y la proporcionalidad de la eventual restricción de uno de ellos, a favor del otro, como se propone aquí, lo brinda el fallo “Z. v. Finlandia”, de la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH)⁷.

En varios procesos penales acumulados, se imputó a “X” la comisión de delitos sexuales –sucesivos en el tiempo– en perjuicio de distintas víctimas. En el curso de la investigación, se había tomado conocimiento de que “X” tenía sida y existía la posibilidad de que se hubiera contagiado de su esposa, “Y”, demandante ante la CEDH.

La condición de esposos del imputado y la demandante, y la transmisión sexual de la enfermedad, otorgaban importancia a la precisión de las fechas en que la mujer había enfermado, y del eventual contagio al imputado, porque si era anterior a la comisión de los hechos, era posible ampliar la imputación por violación, a tentativa de homicidio.

La mujer se negó a prestar testimonio contra su marido y el tribunal finlandés convocó entonces a los médicos que la habían tratado. Ante las objeciones de éstos, amparados en el secreto profesional –inclusive uno de ellos leyó una carta donde la mujer expresamente le había pedido silencio–, el tribunal les ordenó declarar, conforme lo autorizaba la ley finlandesa en supuestos de delitos graves, e incorporó toda la prueba relativa a la atención de la mujer, a puertas cerradas y con carácter confidencial. Luego la mujer terminó declarando como testigo, atento a que las cuestiones que a ella concernían, de todos modos habían sido abordadas por el tribunal. Entre otras cosas, dijo que ella no se había contagiado de su esposo.

Finalmente, la Corte de Apelación de Helsinki condenó a “X” por tentativa de homicidio en todos los hechos, porque entendió que por las fechas en que había enfermado su esposa y otras circunstancias particulares, aunque él no se había hecho los análisis enseguida, conocía la alta probabilidad de su contagio y, consecuentemente, había obrado con indiferencia respecto de la transmisión a sus víctimas de violación, es decir, intencionalmente.

⁷ Resuelto en Estrasburgo el 25 de febrero de 1997; Recueil 1997-I. He tomado una traducción de Mónica Karayan, de la versión oficial en inglés, y de Luis M. García, de la versión oficial en francés.

Junto con la condena, la Corte de Apelación confirmó la decisión del tribunal de Helsinki de que los documentos del caso debían permanecer confidenciales por un plazo de diez años.

En los periódicos finlandeses, que habían dado importante cobertura al caso, se mencionó el nombre de la demandante y su condición de enferma de sida.

Varias fueron las objeciones planteadas ante la CEDH, y una de ellas fue, precisamente, la que aquí nos ocupa.

La CEDH sostuvo *en lo que concierne a las órdenes obligando a los médicos y al psiquiatra de la requirente a testificar, la Corte destaca que ellas fueron expedidas a raíz de que Z había hecho uso del derecho que le ofrecía la legislación finlandesa de no deponer en contra de su marido... Ellas tenían por objeto establecer únicamente, a partir del testimonio de los médicos, en qué fecha X había conocido que él era seropositivo o tuvo razones para sospechar de ello. A la época de los hechos estos testimonios eran susceptibles de jugar un papel determinante para responder a la cuestión de saber si X era solamente culpable de infracciones sexuales o si también, lo que es más grave, de tentativa de homicidio, en lo que concierne a las dos infracciones perpetradas antes del 19 de marzo de 1992, fecha en la cual X había tenido conocimiento de los resultados positivos del test de detección. No da lugar a dudas de que las autoridades nacionales competentes estaban en el derecho de pensar que intereses públicos extremadamente serios militaban a favor de la conducción de una investigación y de una persecución contra X por el cargo de tentativa de homicidio por el conjunto de las cinco infracciones cometidas y no simplemente por tres de ellas. La Corte destaca, por otra parte que, en los términos de la legislación finlandesa pertinente, no es sino en pocos casos que los médicos de la requirente podían ser constreñidos a testificar respecto de la requirente sin su consentimiento informado: en el marco de la investigación y de la persecución por las infracciones penales graves penadas al menos con seis años de prisión... La audición tuvo lugar a puertas cerradas ante el tribunal de Helsinki, el cual había ordenado de antemano que su expediente, comprendidas en él las actas de declaración de los testigos, permaneciesen confidenciales. Todas las personas relacionadas con el procedimiento estaban obligadas a respetar la confidencialidad de estas informaciones, en su defecto, ello daba lugar a su responsabilidad civil y/o penal, de conformidad con la legislación finlandesa. La afectación a la vida privada y familiar de la requirente provocada por las medidas incriminadas estaba, pues, so-*

metida a importantes restricciones y provista de garantías efectivas y suficientes contra los abusos...La Corte juzga que las órdenes precitadas, citando a testificar a los médicos de la requirente, se fundaban en motivos pertinentes y suficientes, correspondientes a una exigencia imperiosa dictada por las finalidades legítimas perseguidas...existía una relación de razonable proporcionalidad entre estas medidas y las finalidades en cuestión...no ha habido violación del artículo 8...⁸.

Sí consideró, en cambio, que había existido violación de las normas de la Convención Europea de Derechos Humanos, en cuanto al término de confidencialidad de la información obtenida en el juicio y a la publicidad de la identidad de la reclamante y su enfermedad, de modo que condenó al estado finlandés a indemnizar a Z únicamente por ello.

En otro orden, entiendo, compartiendo el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo citado, que la cuestión analizada no se vincula con la prohibición de la autoincriminación, garantizada en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

Y es que la garantía rige respecto de la autoridad policial, fiscal o judicial, en el marco del proceso penal e históricamente tuvo un propósito claro y determinado: desterrar las antiguas prácticas de torturas para obtener la confesión. Fuera del proceso penal, la actividad del delincuente que libremente —en el sentido de no coaccionado por terceros, menos aún por autoridad alguna— acude a un centro de salud para reparar las consecuencias no deseadas de su delito, no contraría la prohibición constitucional.

La “necesidad” que lo mueve, para preservar su salud, no puede equipararse a la “obligación” prohibida en el artículo 18 de la Constitución Nacional, en cuanto dispone que “...nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo...”.

Tampoco puede equipararse la evidencia material que surja del examen de su cuerpo, o la manifestación que efectúe al profesional de la salud, con la “declaración” a que alude la disposición constitucional, que mira al procedimiento penal, de acuerdo al contexto donde se encuentra ubicada.

⁸ El artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos dispone “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No puede haber injerencia de una autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y que ella constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria a la seguridad nacional, a la seguridad pública, al bienestar económico del país, a la defensa del orden y a la prevención de infracciones penales, a la protección de la salud o de la moral, o a la protección de los derechos y libertades de otros”.

Si bien la interpretación analógica efectuada en la jurisprudencia analizada, beneficia al imputado, no por esa sola razón corresponde aceptarla sin más, cuando constituye una exagerada ampliación de la garantía constitucional, cuya aplicación en todos los casos arroja un resultado injusto. Máxime cuando la eventual afectación de la garantía así interpretada, acarrea el vicio de la inconstitucionalidad y nulidad de sus consecuencias, más allá de la voluntad expresa del constituyente.

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en su interpretación de la enmienda V, ha circunscripto la referida garantía a la prohibición de la obligación de testificar contra uno mismo. En "Holt vs. United States", sostuvo que la prohibición de compeler a un hombre a atestiguar contra sí mismo en un proceso criminal, impide el uso de la fuerza física o moral para obtener su declaración, pero no excluye a su cuerpo como evidencia cuando sea de tipo material. Y en "Schmerber", que el privilegio protege a un acusado sólo de ser compelido a atestiguar en su contra, o de proveer al Estado con evidencia de naturaleza testimonial o comunicativa⁹.

En síntesis, mis conclusiones son las siguientes:

- 1) Las obligaciones legales impuestas a los médicos en las leyes de profilaxis de enfermedades contagiosas, las denuncias que impone la legislación civil sobre hechos relativos a la existencia y capacidad de las personas, y las obligaciones de los profesionales de la salud previstas en la ley 24.417 –de Protección contra la Violencia Familiar– constituyen justa causa de revelación del secreto profesional;
- 2) En cambio, no constituye justa causa de revelación el deber de denunciar los delitos de acción pública contra la vida y la integridad física que establecen, para los profesionales de la salud, las normas procesales, cuando expresamente se exceptúan del deber los hechos conocidos al amparo del secreto profesional. En esos casos los profesionales de la salud no están obligados a formular denuncia y, consecuentemente, tampoco están expuestos al delito de encubrimiento si guardan silencio;
- 3) En la Capital Federal, está vigente el fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccio-

⁹ Precedentes citados por ROJAS y GARCÍA, en la obra mencionada en la bibliografía.

nal dictado en la causa "Natividad Frías", conforme al cual no puede instruirse sumario criminal en contra de una mujer que haya causado su propio aborto o consentido en que otro se lo causare, sobre la base de la denuncia efectuada por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en el ejercicio de su profesión o empleo —oficial o no— pero sí corresponde hacerlo en todos los casos respecto de sus coautores, instigadores o cómplices. De modo que en esa materia específica del aborto, conforme a la interpretación jurisprudencial, está prohibida la denuncia del profesional de la salud;

4) En los otros delitos contra la vida o la integridad física, fuera de los casos de aborto, no existe la obligación de denunciar prevista en los códigos procesales, pero subsiste la facultad de hacerlo si el médico entiende que existe "justa causa" que, conforme al artículo 156 del Código Penal, lo releva del secreto profesional. El análisis deberá efectuarse en cada caso, ponderando los intereses en conflicto. En general, si el motivo es razonable, aunque el criterio del juez que reciba la denuncia no coincida con el del médico que la efectúa, éste no cometerá delito, por falta de tipicidad subjetiva;

5) En los procesos que no se inician con la denuncia del profesional de la salud, éste puede ser convocado como testigo y ser relevado del secreto profesional por el juez, cuando el particular análisis del conflicto de intereses permita concluir que prevalece el interés público sobre el secreto profesional. Igualmente, podrá requerirse información a los centros de salud, pese al deber de confidencialidad, cuando el interés público prevalezca sobre el secreto que protege al paciente. En ambos casos, ni los médicos ni los responsables de los centros de salud cometerán el delito de violación del secreto profesional, porque para ellos el requerimiento judicial constituirá la "justa causa" prevista en el artículo 156 del Código Penal;

6) En los supuestos mencionados en el punto anterior, los profesionales de la salud no podrán negarse ante el requerimiento judicial, argumentando el secreto profesional. Si bien tienen derecho a conocer las excepcionales circunstancias que motivan el relevamiento de la obligación de secreto, si pese a ser debidamente informados de ellas se niegan, podrán incurrir en el delito de desobediencia, previsto en el artículo 239 del Código Penal.

Conclusiones del Dr. Manuel Gorostiaga

En ningún caso corresponde iniciar proceso penal por denuncia del médico que atendió al paciente que podría resultar imputado de un delito. El proceso tendría un origen ilícito ya que se habría iniciado por un acto ilegítimo concretado por parte del facultativo. A mi juicio, debe primar, en todos los casos, la obligación de guardar el secreto profesional por parte del médico o de quien ejerza cualquier rama del arte de curar, si es que conoce el hecho en el ejercicio de su profesión.

Surge como más acertado el argumento expuesto por los jueces de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, al analizar el caso "Zambrana Daza" —dispusieron la nulidad de todo lo actuado y la absolución de la imputada—, al señalar que la médica que la atendió había transgredido el secreto profesional que amparaba a aquélla y que su calidad de funcionaria pública no la revelaba de su obligación de guardar dicho secreto.

En este sentido, se ha sostenido que el voto mayoritario del fallo de la Corte desatiende algunas cuestiones importantes. Por lo pronto, parece valiosa la idea que subyace en el fallo de la Cámara, acerca de que la garantía contra la autoincriminación significa algo adicional a la proscripción de coaccionar a una persona para que declare en su contra. Toda la construcción de la Corte estadounidense en el caso "Miranda", atendió a imaginar qué escenarios eran potencialmente destructivos de la libertad de que debe gozar un individuo al decir si opta o no por incriminarse. Las mismas razones que llevaron a los tribunales a decir que no puede ser procesada la mujer que concurre a un hospital para atenderse de las lesiones provocadas por un aborto que ella ha consentido previamente, son las que la Cámara de Apelaciones tuvo en cuenta en este caso para considerar nula la denuncia de la médica que atendió a la imputada.

La idea es que no por haber delinquido una persona pierde la protección de la Constitución, pues lo que se pretende es evitar que esa persona se vea forzada a producir evidencias que la incriminan¹⁰.

Resulta inadmisibles que el Estado se beneficie con un hecho ilícito —violación del secreto profesional— para facilitar la investigación de delitos en los que el propio paciente podría estar involucrado. La garantía de no estar obligado a declarar contra sí mismo presupone, justamente, que aquel que asumió voluntariamente la posibilidad de

¹⁰ CARRIÓ, Alejandro, *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*, 4ta. ed., Hammurabi, pág 395.

ser penado, a pesar de ello, no esté obligado a denunciarse, de modo que el haber cometido un delito no sólo no reduce el valor de la garantía, sino que es, precisamente, lo que le otorga sentido. La principal función del médico, o de quien ejerce el arte de curar, es restablecer la salud de su paciente y no producir, a partir de dicha atención, un proceso penal en contra de quien a él le confió su salud o vida.

Sobre este punto, la jurisprudencia ha sostenido que no constituye justa causa —lo que excluiría la antijuridicidad de la revelación del secreto profesional— la denuncia de un delito de acción pública. Por ello, es nulo todo lo actuado como consecuencia de lo manifestado por un abogado que, actuando como patrocinante de un síndico, lo denuncia como autor de un delito del que tomó conocimiento por dicha relación profesional¹¹. El paralelo entre esta situación y el punto bajo análisis es bien imaginable y ello refuerza aún más esta posición.

Distinto sería el supuesto en que las actuaciones criminales se iniciaran como consecuencia de la actividad prevencional desplegada por parte del personal policial que se encuentra frecuentemente de guardia en los centros de atención a la salud, toda vez que si el proceso se iniciara como consecuencia de esta actividad, ningún obstáculo constitucional existiría para la prosecución de las actuaciones y el descubrimiento de la verdad, por lo menos, desde mi punto de vista.

BIBLIOGRAFÍA

- BATTAGLIA, Alfredo, "Aborto. Secreto profesional. Derecho Penal y Política Criminal", en *ED*, 182-1342/1354.
- BIDART CAMPOS, Germán J., "Denuncia de aborto y secreto profesional del médico (nota a fallo)", en *ED*, 166-224-225.
- "Deber de denuncia penal y secreto profesional del médico (entre medio: aborto, vida, salud, igualdad)", *LL*, 1998-F-545-551.
- CARRIÓ, Alejandro D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*, cuarta edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Hammurabi, 2000, págs. 392-396.
- CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Derecho Procesal Penal*, Ediciones jurídicas Cuyo, t. III.
- CREUS, Carlos, *Derecho Penal, Parte Especial*, 4ª. edición actualizada, Buenos Aires, Astrea, 1993, t. I, págs. 386-391.

- D'ALBORA, Francisco J., *Código Procesal Penal de la Nación, ley 23.984, anotado, comentado y concordado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, págs. 253-254.
- DONNA, Edgardo, *Derecho Penal-Parte Especial*, t. II-A, Rubinzal-Culzoni.
- DONNA, Edgardo y MAIZA, Cecilia, *Código Procesal Penal comentado*, Buenos Aires, Astrea, 1994.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, Parte Especial, segunda edición actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, t. V, págs. 383-418.
- LAMBERTI, Silvio y VIAR, Juan Pablo M., "El profesional de la salud frente al secreto profesional", en *Bioética y Bioderecho, cuestiones actuales*, AAVV, Blanco, Luis Guillermo, compilador, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2002, págs. 135-171.
- LEVENE (h.), CASANOVAS, Hortel, *Código Procesal Penal de la Nación*, Buenos Aires, Depalma, 1992.
- MOBILIO, José, *Práctica de Buena-Praxis, para médicos y abogados, procedimientos legales, urgencias, emergencias*, con prólogo del doctor Alberto J. Bueres, Buenos Aires, Nuevo Pensamiento Judicial, 2000.
- MOLINARIO, Alfredo, "El secreto profesional y la obligación de denunciar delitos", en *Revista de psiquiatría y criminología, órgano de la Sociedad Argentina de Criminología y de la Sociedad de Psiquiatría y Medicina Legal de La Plata*, julio-agosto de 1944, año 9, 48, págs. 237-258.
- NAVARRO-DARAY, *Código Procesal Penal de la Nación*, Pensamiento Jurídico Editora, t. I., págs. 364/369.
- NÚÑEZ, Ricardo C., "¿Constituye el aborto justa causa para revelar el secreto profesional? (nota a fallo)", en *Revista del Colegio de Abogados de Córdoba*, 1983, N° 18, págs. 98-100.
- *Tratado de Derecho Penal*, segunda reimpresión, Editora Córdoba, octubre de 1989, t. IV.
- PÉREZ MORENO, Eugenio, "El secreto profesional frente al deber de testimoniar y a la obligación de denunciar", en *Cuadernos de los Institutos*, N° 101, Instituto de Derecho Procesal, N° VIII, año 1968, Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, págs. 79-112.
- PORTELA, Jorge Guillermo y GONZÁLEZ, Nemesio, "Sobre si son válidos los procedimientos judiciales seguidos contra la mujer abortante en los casos previstos en el artículo 88 del Código Penal", *ED*, 129-388.

- ROJAS, Ricardo M. y GARCÍA, Luis M., "Las inspecciones corporales en el proceso penal. Un punto de tensión entre la libertad individual y el interés en la averiguación de la verdad", en *Doctrina Penal*", Buenos Aires, 1990, N° 53-54.
- SEGAL, María Cristina, "El aborto: ¿facultad de denunciar o violación del secreto profesional? Secreto médico y deber de denunciar", en *Los nuevos daños. Soluciones modernas de reparación*, AAVV, Ghersi, Carlos A., coordinador, Buenos Aires, Hammurabi, 2000, págs. 203-265.
- SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1978, t. IV, págs. 98-137.
- WASHINGTON ÁBALOS, Raúl, *Derecho Procesal Penal*, Ediciones Jurídicas Cuyo, t. III.



LA LEGISLACIÓN ARGENTINA ANTE LOS DELITOS COMPLEJOS

LUIS ENRIQUE VELASCO*

Delitos complejos, nuestra legislación

Los delitos llamados complejos o delincuencia organizada o crimen organizado abarca una cantidad de figuras delictivas que resultan difícil de circunscribir, aunque a título de ejemplo podemos mencionar el tráfico ilegal de estupefacientes, el secuestro extorsivo, el lavado de dinero o capitales, el tráfico de armas, de automotores sustraídos, la falsificación de moneda, la corrupción de funcionarios públicos, etcétera, que sólo forman una parte de la lista de 32 hechos punibles vinculados con el crimen organizado y transnacional a que se refiere la Unión Europea al elaborar el mandamiento de detención y entrega europeo en su lucha contra el terrorismo internacional.

Nuestro país cuenta para la lucha contra ese tipo de delitos con una legislación muy pobre, y en estos momentos tachada de ineficiente por casi toda la sociedad, aun para aquellos delitos llamados comunes. Numerosos han sido los intentos para reformar la ley procesal y el dictado de leyes especiales para poder paliar esa ineficiencia aludida.

Así vemos que cuando el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires envía a la legislatura un proyecto de modificación del Código Procesal Penal menciona en su presentación que *con el incremento de la actividad delictiva y la consecuente sensación de inseguridad de la población, puede verificarse el deterioro de la imagen del sistema penal al omitir ofrecer una respuesta ajustada al fenómeno* y termina

* Profesor Adjunto de Derecho Penal II. UCA.

sentando que *No debe olvidarse que es misión básica del Estado la protección de los bienes jurídicos del ciudadano y la comunidad como valores esenciales de la vida en sociedad.*

Muchas más son las iniciativas llevadas a cabo pero con muy poca repercusión y lo que es peor, con muy poca trascendencia en la legislación.

Situación que afecta mucho más en lo que hace a los delitos complejos vinculados con el terrorismo internacional, ya que esos hechos delictivos no pueden ser atacados como actos aislados, pues normalmente son sólo un objetivo o bien el objetivo final de lo que puede dar en llamarse la empresa terrorista, como se señalara en el Primer Congreso Internacional sobre Terrorismo, realizado en Buenos Aires, en diciembre de 1997, donde se utilizó esta expresión como un cierto número de actos, pero que representan una actividad en conjunto.

En consecuencia, hay que intentar contrarrestar ese conjunto de actos de la empresa terrorista, para lo cual hay que tener la legislación adecuada con los institutos necesarios para contar con estrategias de respuesta a esa actividad, que hoy en día ha tomado, por los hechos ocurridos en Estados Unidos y que son del dominio público, trascendencia y actualidad.

Esto ha ocurrido ahora y lejos nuestro, pero no debemos olvidar los dos atentados del terrorismo internacional sufridos en nuestro país, uno en la Embajada de Israel (1992) y el otro en la Asociación Mutual Israelí (1994), investigación llevada adelante la primera por la Corte Suprema y la segunda por la Justicia Federal, siendo innumerables los inconvenientes que ambas investigaciones tuvieron y tienen debido a la falta de la legislación pertinente de la que el Juez Federal hace mención detallada en el auto de elevación a juicio y de donde he tomado algunos datos.

Ante estos graves atentados la Cámara de Diputados creó la Comisión Bicameral Especial de Seguimiento de ambas investigaciones, siendo su labor la elaboración de proyectos de ley antiterrorista y reforma a los Códigos Penal y Procesal Penal, pero pese a ello hoy en día no se cuenta con la legislación adecuada aunque los proyectos así lo requerían.

La única disposición legal actualizada y que cuenta con los institutos adecuados es la ley de drogas n 23.737, de octubre de 1989, a la que la ley 24.424 del 17 de septiembre de 1991 agregó los mismos. Así dicha ley cuenta con el *artículo 26* que dispone que para los delitos previstos en esa ley no habrá reserva bancaria o tributaria alguna.

El *artículo 29 ter*, que trata la figura del arrepentido; el artículo 31 que determina la ampliación de la jurisdicción al autorizar a las fuerzas de seguridad a actuar en otras jurisdicciones en persecución de delincuentes sospechosos de haber infringido la ley de estupefacientes.

El *artículo 31 bis*, que permite que agentes de las fuerzas de seguridad en actividad, actuando en forma encubierta se introduzcan como integrantes de organizaciones delictivas que tengan entre sus fines la comisión de delitos previstos por la ley y el artículo 866 del Código Aduanero (Contrabando).

El *artículo 33*, que autoriza en este tipo de delitos la postergación de una detención o secuestro de estupefacientes cuando se estime que con ello se pueda comprometer el éxito de la investigación.

El *artículo 33 bis* (Testigo Protegido).

En realidad, todos estos institutos que resultan necesarios y existen para la lucha contra el narcotráfico en forma exclusiva, deberían legislarse y ampliarse para la lucha contra la empresa terrorista.

Afortunadamente, ya existe conciencia de ello y algo se ha legislado dejando de lado algunas quejas respecto de las que nos ocuparemos luego.

Así, surgió la ley 25.241 del 15 de marzo de 2000, que resulta de suma importancia ya que propicia el trato preferencial, mediante la disminución de la pena, ya sea aplicándole la prevista para la tentativa, o limitándola a la mitad, al imputado que antes del dictado de la sentencia definitiva, colabore eficazmente con la investigación (figura del arrepentido), por supuesto que únicamente en los hechos de terrorismo, los que define en su artículo 1 como *las acciones delictivas cometidas por integrantes de asociaciones ilícitas u organizaciones constituidas con el fin de causar alarma o temor, y que se realicen empleando sustancias explosivas, inflamables, armas o en general elementos de elevado poder ofensivo, siempre que sean idóneos para poner en peligro la vida o integridad de un número indeterminado de personas.*

La Unidad de Información Financiera

También seguidamente, y como ley 25.246, sancionada el 13/4/2000 y promulgada el 5/5/2000, se modificaron los artículos 277, 278 y 279 del Código Penal (encubrimiento) –artículos 1 a 4 de la ley–, y en el artículo 5 se crea la Unidad de Información Financiera (U. I. F.),

que será encargada del análisis, tratamiento y transmisión de información a los efectos de prevenir e impedir el lavado de activos provenientes del narcotráfico, contrabando de armas, asociaciones ilícitas organizadas para cometer delitos por fines políticos o raciales, prostitución de menores, etcétera.

Desgraciadamente, si bien la figura de encubrimiento reformada rige desde dicha fecha, debieron transcurrir dos años para que empezara a funcionar la U. I. F., ya que por falta de presupuesto se proponía reducirla en su integración en virtud de que el Gobierno estudiaba un decreto para poner en funcionamiento dicha Unidad, pero no ya con los once miembros que establece la ley, sino con solo tres o cinco.

Por consiguiente, se debió suspender el ya atrasado proceso de selección que dispone la ley, mediante concursos internos y públicos de oposición y antecedentes de los futuros integrantes de la U. I. F.

El sistema de integración determinado por la ley fue el producto de intensas y dilatadas discusiones parlamentarias que levantaron voces altamente autorizadas y que aconsejaron ese sistema para lograr un funcionamiento eficaz y de calidad donde estén representados los organismos necesarios para su debido control, debiendo primar los principios de idoneidad, capacidad y honestidad que surgirían del mecanismo de concursos.

De todos modos, el criterio generalizado es que mantener una Unidad de Información Financiera con un número muy elevado de integrantes torna imposible mantener la confidencialidad de las operaciones bancarias.

Así, la experiencia que surge de observar a los organismos de otros países indicaría que el número ideal y más apropiado sería el de cinco integrantes, que deberán acreditar su solvencia y honestidad. En este caso, la discusión se centra en representación de qué organismos actuarán los miembros a fin de mantener el equilibrio previsto en la ley.

Cabe recordar que la ley 25.246 fue sancionada a instancia del Gobierno norteamericano, con el seguimiento de los países que integran el Grupo de Acción Financiera (G. A. F. I.), con la amenaza de ser la Argentina incluida entre los países que no lucha contra el dinero sucio.

Ya en diciembre de 1996, al participar en Washington D. C. en un curso dictado para jueces argentinos sobre las leyes de lavado de dinero, se puso especial énfasis justamente en que los delitos complejos

a que venimos haciendo referencia están especialmente vinculados con el lavado de dinero y que es en ese sentido en el que hay que legislar para desalentar la comisión de los otros delitos y privar así a los órganos delictivos que vengo llamando empresa terrorista de su producido, con mira a su objetivo final.

En dicha oportunidad, no sólo se nos informó de todas las disposiciones legales vigentes en ese sentido, sino que se nos abrieron las puertas y recorrimos en su totalidad el edificio donde funciona el F. I. N. C. E. N., organismo que controla la actividad financiera de los Estados Unidos, determinándose que para esa lucha deben unificarse todos los países y compartir la información.

Pasaron cinco años y aún se continuaba discutiendo si lo deben integrar once o cinco o tres miembros y si hay fondos para ello, sin tenerse en cuenta que la propia ley determina cómo se deberá mantener la U. I. F. Por fortuna, finalmente y por medio del decreto 1500/2001 del 22/11/2001 se modificó la ley 25.246 reformándose su art. 8, reduciéndose de 11 a 5 los miembros que integrarán la U.I.F., aduciéndose que era necesario adecuar las normas de esa ley con el objeto de combatir el crimen organizado y de darle una mayor eficacia a su organización.

Asimismo, aclara que la integración de la Unidad de Información Financiera se hará de acuerdo a las siguientes pautas: a) Un funcionario del Banco Central de la República Argentina; b) Un funcionario de la Comisión Nacional de Valores; c) Un experto de la Sec. de Prog. para la Prev. de la Drogadicción y d) Dos expertos financieros, penalistas, criminólogos u otros profesionales.

Ahora, si bien esta Unidad estaba constituida para marzo de 2002, recién fue operativa en el mes de octubre de dicho año.

El arrepentido en la legislación argentina y comparada

Ya que hablamos de herramientas, voy a volver sobre la figura del llamado "arrepentido" y lo digo encomillado dado que no estoy del todo de acuerdo con este nombre sino más bien con el de colaborador, pues quien presta la información a que hace referencia la ley lo hace sólo para obtener un beneficio y no porque esté arrepentido, y además como lo ha sostenido Piero Luigi Vigna (Procurador Nacional Anti Mafia de Italia), lo que a la justicia realmente le importa es la información que ayuda a la investigación y por eso da un beneficio, no porque estuviera arrepentido que es un acto moral que no interviene

en la decisión. O, como dice Jakobs, si uno procede según los intereses, en lugar de actuar según las categorías, el parámetro lo configura el mercado y no la justicia.

En otros países, como en Alemania, se lo conoce con el nombre de testigo de la corona (traducción de la palabra *Kronzeuge*), determinada en la llamada Ley de Artículos del año 1988, de la que surge, en su exposición de motivos, el porqué del dictado de esa ley que tuvo considerables oposiciones por parte de los penalistas alemanes. En dicha exposición de motivos se señala: la reglamentación del testigo de la corona tiene como objetivo, sacar miembros de asociaciones terroristas no totalmente fijados en la ideología terrorista de la asociación, para la concesión de una reducción extensiva de la pena a cambio de informaciones adecuadas para el esclarecimiento, facilitándoles simultáneamente el retorno a la sociedad. Además, la reglamentación resulta útil para confundir a los miembros de una asociación terrorista... reduciendo la confianza mutua de los particulares y así ir debilitando la unidad organizativa.

En España, se los denominó como terrorista arrepentido mediante la Ley Orgánica 9 de 1984 con la salvedad de que la excusión de la pena quedaría condicionada a que el reo no vuelva a cometer cualquiera de los delitos previstos en dicha ley.

En Italia, mediante la ley 304 de 1982 se lo llamó *pentiti*, donde utilizaron la figura sólo para la lucha antiterrorista primero y luego, a partir del año 1988 para la lucha contra el narcotráfico, las mafias, las camorras y la corrupción de funcionarios públicos. Y en Chile se lo denominó declaración compensada.

Aclarado esto, tengo conocimiento de que actualmente se está trabajando para actualizar la legislación del terrorismo y en especial para incluir cambios en la ley del arrepentido y la instrumentación de nuevas figuras penales en concordancia con los acuerdos internacionales ratificados por la Argentina.

Se pretende así mejorar la ley del arrepentido ya que se sostiene que tal como está no se ha logrado su aplicación, y a su vez incorporar para los actos de terrorismo que surjan de una nueva definición las instituciones que sólo rigen para los delitos previstos en la ley de drogas y a las que ya he hecho referencia.

Claro que cada una de esas instituciones, si bien son de gran utilidad para la investigación de esos delitos, son blanco de duras críticas.

En el caso del arrepentido, varias fueron las voces que se levantaron en su contra, pero por suerte se impusieron quienes si bien

reconocían sus males, la estimaron necesaria, ya que se sostuvo que su implantación permitiría un gran avance en la investigación y que hace al interés político criminal, pues así se permitirá obtener efectos devastadores en las asociaciones criminales, ya que éstas funcionan secretamente y así se protegen.

En su tratado *De los Delitos y de las Penas* publicado en 1764, que fuera universalmente celebrado como una de las obras clásicas del derecho penal, César Bonessana, más conocido como el marqués de Beccaría, trata el instituto del arrepentido de la siguiente manera: Ciertos tribunales ofrecen la impunidad al cómplice de grave delito que denuncie a sus compañeros. Tal recurso tiene sus inconvenientes y sus ventajas. Los inconvenientes son que la nación autoriza la traición detestable aun entre criminales; porque son menos fatales para una nación los delitos de valor que los de vileza; porque el valor no es frecuente; porque no espera más que una fuerza benéfica y directora que lo haga contribuir al bien público; y la vileza, en cambio, es más común y contagiosa, y cada vez se concentra más en sí misma. Además, el tribunal delata su propia incertidumbre y la debilidad de la ley, que implora la ayuda de quien la ofende. Las ventajas son, el prevenir delitos importantes y que, siendo patentes los efectos y ocultos los autores, atemorizan al pueblo; además, se contribuye a mostrar que quien no guarda fidelidad a la ley, es decir, al público, no es probable que la guarde tampoco al particular. Pareceríame que una ley general que prometiese la impunidad al cómplice delator de algún delito, sería preferible a una simple declaración en un caso particular, pues de ese modo se prevendrían las uniones con el recíproco temor que cada uno de los cómplices tendría a no exponerse más que él mismo: el tribunal no haría audaces a los criminales a quienes en un caso particular se les pide socorro. Una tal ley, sin embargo, debería acompañar la impunidad con el destierro del delator...

Véase que tan grave consideraba la delación Beccaría que la asimilaba a la traición y aconsejaba el destierro, sanción que en las legislaciones medievales era una pena reservada a quienes no se sujetaban al poder común y que, por tanto, eran excluidos de la paz ciudadana y condenados a permanecer fuera del territorio comunal.

Así, la mayoría de los tratadistas clásicos, e incluso autores más recientes, están en contra de este instituto; entre los que encontramos a Ferrajoli que en su libro *Derecho y Razón* concluye, entre otras cosas, proscribiendo cualquier promesa o presión directa o indirecta sobre los imputados para inducirlos al arrepentimiento o a la colaboración con la acusación. También Carrara en *Programas* señala que

hay gobernantes que olvidan todos los principios de moral y de justicia, pues mientras todos los juristas modernos lanzan maldiciones contra la impunidad prometida a los cómplices de un delito en premio de haber delatado a sus compañeros, tan desesperada medida se mantiene.

Claro que algunos clásicos, como el inglés Jeremy Bentham, sostenían que el premio de la impunidad para el cómplice delator, que siempre es malo, podía justificarse si no había otro medio más eficaz para conocer la participación de los demás pues, la impunidad de uno sólo es un mal menor que la de muchos.

El agente encubierto en la legislación argentina y comparada

Otra herramienta importante a tener en cuenta para la lucha antiterrorista es la creación de la figura del llamado *agente encubierto* hoy legalizada exclusivamente por la ley de drogas reformada por la ley 24.424 de 1995, que en su artículo 31 bis lo incorpora exclusivamente para los delitos que prevé la ley de drogas o del artículo 866 del Código Aduanero a efectos de impedir su consumación, lograr la individualización o detención de los autores, partícipes o encubridores, o para obtener o asegurar los medios de prueba necesarios. Para ello autoriza al juez durante el curso de una investigación para que por resolución fundada y siempre que la investigación no pudiere ser lograda de otro modo, designe a agentes de las fuerzas de seguridad en actividad para que éstos actuando en forma encubierta, se introduzcan como integrantes de organizaciones delictivas e incluso que participen en la realización de algunos de los hechos que prevé la ley de drogas.

A su vez, en el artículo 31 ter de la ley de mención determina la impunidad del agente encubierto por las razones que allí explica.

Al igual que la figura anterior, ésta presenta ventajas y desventajas las que surgen claramente de los antecedentes de los Estados Unidos de Norteamérica cuya Carta Magna y Enmiendas, al igual que nuestra Constitución, no prevé el uso de agentes secretos y por el contrario defiende principios y garantías que podrían verse vulnerados.

Así podemos ver que la 4ta. enmienda de la Constitución de los Estados Unidos reconoce a la gente el derecho de estar segura, entre otras cosas, contra búsquedas y secuestros irrazonables. El precepto prohíbe la actividad policial que viola las expectativas razonables de

privacidad de una persona y dio lugar a importantes fallos de la Corte Suprema. Empezando por "López vs. United States" -373 U.S. 427,446 (1963), pág. 439-, allí se resolvió que los agentes secretos no amenazaban la privacidad lo suficientemente como para convertirse en una limitación de la Cuarta Enmienda. En ese caso, se había investigado la posible evasión del pago de impuestos federales en la explotación de un cabaret por parte del imputado, a quien el agente investigador Davis le había gravado una conversación de la cual surgía que le había ofrecido una suma de dinero para sobornarlo. Esa maniobra fue la base de la acusación; la defensa estuvo dirigida contra la grabación del diálogo, por cuanto había sido lograda mediante una violación a los derechos protegidos por la citada enmienda.

La Corte rechazó el planteo diciendo que no existía tal afectación, porque los aparatos mecánicos fueron usados sólo para obtener evidencia confiable de una conversación en la cual el agente del gobierno era sólo un participante y podía recordarla ante un tribunal.

En "Hoffa vs. United States" -383 U.S. 1.024 (1966)-; al apelar se señaló que la enmienda aplicable no protege la creencia del delincuente respecto a que voluntariamente dice una persona no será revelado por ésta. El tribunal reconoció en el caso la doctrina del riesgo, porque ser escuchado por quien no corresponde o ser seducido por un informante es la clase de riesgo que necesariamente se asume con cualquier persona que se habla.

En el caso "Lewis vs. United States" -382 U.S. 1024 (1966)- un agente federal de nárcóticos telefoneó al acusado para discutir la venta de marihuana, para lo que se identificó falsamente y realizó algunas operaciones con el apelante, por lo que este alegó que toda evidencia obtenida por el agente debía ser suprimida porque el consentimiento fue inducido por fraude y falsa representación. El rechazo de la Corte se fundó en que el apelante invitó al agente encubierto a su hogar con el específico propósito de realizar una venta de nárcóticos y que no podía ampararse en la Cuarta enmienda porque había convertido su hogar en un centro de comercio para la distribución de nárcóticos.

Si bien es notoria la tolerancia hacia el uso de los agentes secretos, por necesidad, es impreciso su control judicial, sea en la decisión de emplearlos, sea sobre las actividades realizadas. La autorización judicial debe requerirse periódicamente, a fin de asegurar que la continuación de las tácticas estén justificadas.

Respecto a la Quinta enmienda, nadie será privado de su vida, libertad o propiedad, sin el debido proceso de ley. El primero de los

casos mencionados fue "Hampton vs. United States"; en él, el imputado se quejó por haber sido conducido a una transacción en narcóticos que comenzó y terminó con el gobierno. La Corte resolvió que el debido proceso no había sido violado por el mero hecho de utilizar un acto encubierto por el cual se le suministraba contrabando de heroína a un sospechoso, quien posteriormente lo vendió a otro agente especial. El voto de la mayoría, debido al Juez Powell, fue que el concepto de justicia fundamental inherente a la garantía del debido proceso nunca impediría la condena de un delincuente predispuesto a pesar del comportamiento de la policía a la luz de las circunstancias que lo rodearon.

Para Philips Padovano, los factores que los jueces deben ponderar para decidir si el acto del agente de la autoridad conculca el debido proceso, son los siguientes: 1) si la iniciación del plan criminal estuvo a cargo del gobierno o del acusado; 2) el grado de dificultad en la investigación y la necesidad de participación del estado como una táctica para el cumplimiento de la ley; 3) la significación del trabajo de los funcionarios del gobierno; 4) si fueron estos quienes proveyeron los materiales esenciales o servicios y si los acusados podrían haber obtenido éstos en forma independiente; 5) la naturaleza del rol del sospechoso en la transacción, incluyendo el grado de su participación.

Intimamente ligada al instituto del agente encubierto en los Estados Unidos, se encuentra la defensa de *entrapment*, que está traducida como trampa o celada. La Corte Suprema americana ha resuelto que puede involucrarse cuando el informante o agente incita a una persona a cometer un delito.

Habrá *entrapment* cuando la policía para perseguir a un criminal induce a una persona a perpetrar un crimen, que ordinariamente no habría cometido. Si ello sucede, para los partidarios de la defensa, el acusado engañado a través de la trampa tiene derecho a una absolución.

Las Cortes americanas han desarrollado dos *tests* sobre el accionar policial. El objetivo se centra sobre la conducta policial e investiga si tal comportamiento induciría a una persona que normalmente evitaría cometer un crimen, a ceder a la tentación de perpetrarlo. El subjetivo, surge cuando la policía influye en la mente inocente del acusado para que cometa un crimen, de modo que este surge de la conducta del funcionario y no de la libre voluntad del autor, que es realmente inocente y no puede ser condenado.

El tema llegó a la Corte Suprema. En el precedente Sorrells, del año 1932, el tribunal acogió la defensa del *entrapment*, defendiéndolo como la concepción y el planteamiento de un delito por un funcio-

nario que procura su comisión por alguien que no lo habría perpetrado sino fuera por el truco, persuasión o fraude del agente inductor, receptando así la postura subjetiva. Es que las técnicas de incentivar actos ilícitos no pueden alcanzar el grado en que ellas constituyan una trampa.

Sin embargo, en 1958 la Corte cambió de criterio al decidir el caso "Sherman vs. United States". El apelante había sido condenado por vender narcóticos. En el caso, había actuado un informante del gobierno, Kalchinian, quien se había encontrado con el imputado en el consultorio que este atendía para ser tratado por cura de narcóticos. En ese lugar, el agente le pidió que lo ayudara a obtener la mercancía para su uso personal, hecho que fue demostrado por otras evidencias. El fallo de la Corte meritó la predisposición del acusado para cometer el delito, de modo que la conducta de un agente del gobierno puede ser permitida cuando induce a un crimen, si existe voluntad del autor para cometerlo.

En el caso "Rusell vs. United States", la Corte resolvió que la infiltración de agentes del gobierno era una aceptable técnica de investigación y que, cuando era necesario asegurar la confianza de sospechosos, los agentes podían hacer su trabajo a fin de suplir los recaudos necesarios para completar la empresa criminal. Dijo, entonces, que la defensa del *entrapment* no tiene rango constitucional.

La última referencia que estimo de interés es la operación del FBI conocida como Abscam-Abdul Enterprise, que había sido estructurada para probar la confianza que merecían los funcionarios de la alta jerarquía del gobierno. Para ello, se les brindó la oportunidad para que tomaran parte en actos corruptos. Como resultado de la investigación, veinticinco individuos, incluyendo un senador, seis representantes y otros funcionarios públicos y abogados, fueron acusados por llevar a cabo actos corruptos en varios estados -New York, Piladelphia y Columbia-.

Las legislaciones Europeas también prevén la figura del agente encubierto pudiendo darse a título de ejemplo la Ley de Criminalidad Organizada de la República Federal de Alemania del 22/09/92 que lo impone y que es reglamentado por los artículos 110 a) y 110 e) del Código de Procedimiento Penal.

En lo que hace a nuestra legislación, ya dijimos que esta figura sólo está prevista en la ley de drogas, pero como precedente para su utilización para otras figuras delictivas cabe tener en cuenta el fallo de nuestra Corte Suprema de Justicia n 400. XXII Fiscal c/ Fernán-

dez, Víctor Hugo del 11/12/90. T 313; P. 1305 donde se sostiene que: El empleo de un agente encubierto para la averiguación de los delitos no es por sí mismo contrario a garantías constitucionales. Además regula su actuación de la siguiente manera: La conformidad con el orden jurídico del empleo de agentes encubiertos requiere que el comportamiento de ese agente se mantenga dentro de los principios del Estado de Derecho, lo que no sucede cuando el agente encubierto se involucra de tal manera que hubiese creado o instigado la ofensa criminal en la cabeza del delincuente... Hay que distinguir los casos en que el agente encubierto o colaborador sólo se limita a reproducir para el proceso aquello de lo que fue testigo por la actitud voluntaria de quien tenía el derecho de exclusión sobre su ámbito constitucionalmente protegido, de aquellos en los que se configura una verdadera intrusión a la intimidad excediendo los límites de lo que el titular de ese derecho de exclusión admitía que fuera conocido por el extraño. Esto surge del voto del ministro Dr. Fayt al que adhirieron los magistrados Levene, Belluscio, Barra, Nazareno, Oyhanarte y Moliné O'Connor.

El sistema fue utilizado en la causa AMIA aunque no como prueba exclusiva, pero sí como pauta de ella para arribar a los procesamientos que fueron confirmados por la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, que acepta su viabilidad a la luz del principio de la libertad de prueba al señalar que la presencia de algún medio probatorio que no tenga regulación específica no obsta a su admisión si resulta pertinente para comprobar el objetivo de la prueba. Y sostiene que la actuación del agente no ha excedido de una vinculación con la organización criminal sin otra consecuencia que la de obtener algunos datos erigiéndose en un testigo estratégicamente introducido en el medio en que se desenvolvían los procesados.

Conclusiones

Lo cierto es que estos institutos, si bien han sido, a nivel mundial, blanco de muchas críticas, fueron adoptados por casi todas las legislaciones modernas como el mejor camino para desbaratar el Crimen Organizado.

Considerando que ante el avance de las organizaciones delictivas que ponen en peligro ya no sólo la seguridad de la población sino que afecta directamente la economía, cosa que trasciende lo nacional, es conveniente la aplicación de las normas adecuadas como las aquí tratadas por resultar más provechosos sus pro que sus contras.

Por ello es necesario que las normas previstas para la lucha contra el tráfico de drogas sean aplicadas a todos los delitos, hoy llamados complejos, debiéndose trabajar conjuntamente con la U.I.F., ya que es la forma más coherente y sistemática de enfrentar el lavado de activos en sus diferentes dimensiones y modalidades.

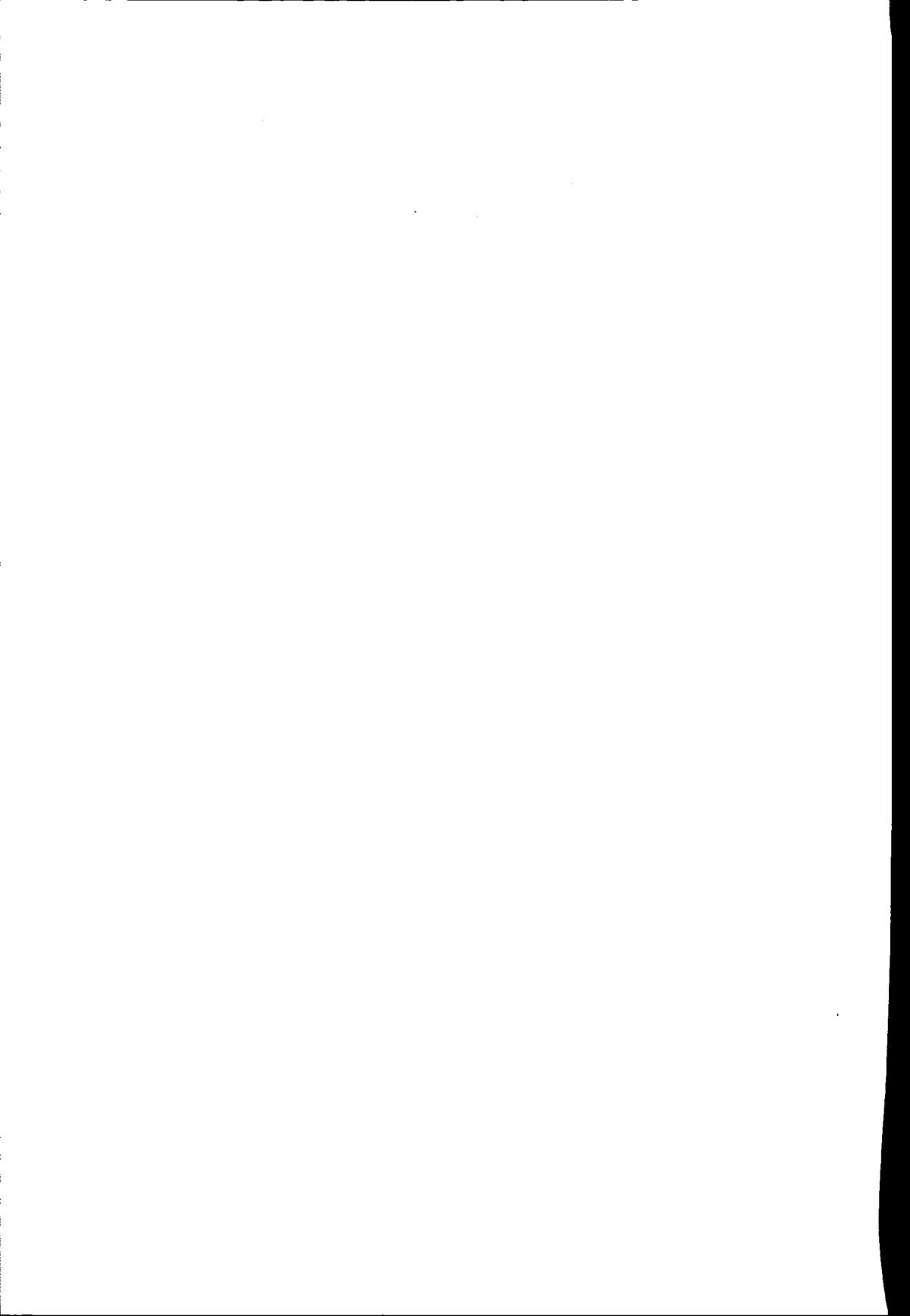
Asimismo, es necesario arribar al decomiso de los bienes que provienen de la actividad delictiva del crimen organizado ya que juntamente con la lucha contra el lavado de dinero sería una de las formas de desbaratar el poderío económico de este tipo de organizaciones.

BIBLIOGRAFÍA

- BECCARÍA, César, *De los Delitos y las Penas*, Ediciones Jurídicas Europa, traducción Sentis Melengo-Ayerra Redin, Buenos Aires, América, 1958, págs. 146/147.
- CABALLERO, José, "La Figura del Arrepentido", *LL*, 22/10/97.
- CARRARA, Francesco, *Programa*.
- JAKOBS, Günter, *Z St. W*, t. 104 (1992), pág. 84 y sigs.
- KAPLAN, Marcos, *El Estado Latinoamericano y el Narcotráfico*, México, Porrúa, 1991, págs. 161/171.
- LAJE Anaya, *Narcotráfico y Derecho Penal Argentino*, Lerner.
- LÓPEZ GARRIDO, Diego, *Terrorismo, Política y Derecho*, Madrid, Alianza, 1987.
- ROZO ACUÑA, Eduardo, "El Mandamiento de detención en el derecho penal europeo", *ED*, 198-802.
- *Trabajos de Investigación de Guillermo M. Sánchez en Cátedra de Derecho Penal Profundizado*, U.C.A., 2001, "La Figura del Arrepentido".
- *Trabajo de Investigación de Hercilia Moyano en Cátedra de Derecho Profundizado*, U.C.A., 2000, "El Agente Encubierto".
- Fallos Corte Suprema, F. 400.XXII, "Fiscal c/ Fernández, Víctor Hugo s/ av. infracción ley 20.771", 11/12/90, t. 313, pág. 1305.
- Causa AMIA, Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal N° 9, Auto de Elevación a Juicio.
- Página web, www.uif.gov.ar.



IN MEMORIAM



JUSTO LÓPEZ
(1923-2003)

La bondad y la justicia cantar quiero
(Salmo 100)

Pocas veces puede haber sido el nombre más adecuado a la personalidad de quien amó sin claudicaciones a la verdad y la justicia y se puso a su servicio en la magistratura judicial, en la cátedra y en las letras.

Evocarlo representa para mí el repaso de una senda que recorrimos durante sesenta años, a partir de nuestro encuentro en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales que tenía entonces su sede en la Avenida Las Heras. Una afinidad basada en una fe militante, que se exponía con firmeza desde los escudos de la Acción Católica que llevábamos en los ojales de nuestros sacos, fue creciendo al compartir las vicisitudes de nuestros estudios necesarios para completar el currículum de seis años en aquel entonces vigente.

Eran años agitados. La pasión política que armoniza con las intolerancias juveniles fue llevada a extremos por los enfrentamientos intensos que originó la segunda gran guerra y la crisis institucional desatada por el golpe militar de 1943. Justo no era un hombre de facciones, pero tenía arraigados principios y sólidas convicciones. Las hondas huellas que había dejado el horror de la Guerra Civil Española en los que todavía transcurríamos por la niñez cuando se inició, eran particularmente intensas en el caso de Justo que vivió en España durante sus prolegómenos.

Nacido en Buenos Aires, de muy niño fue con sus padres a radicarse en Cervo, Galicia. Enjuto, esmirriado, de salud delicada, los visibles rasgos de su fragilidad física tenían la compensación de su fortaleza espiritual y el vigor sin estridencias que sabía poner cuando era necesario. De ello da cuenta una anécdota que describe su tem-

prana entereza. Su abuelo, alcalde del pueblo, había recibido un injurioso y amenazante anónimo en esos días cargados de intemperancia y violencia que precedieron al desencadenamiento de la guerra y provocaron los primeros martirios. Ese ambiente amenazante no amilanó a Justo que, con sus once años, se encaminó al soto del poblado para denunciar de viva voz al autor de la cobarde agresión. Este episodio es la mejor semblanza de lo que fue su invariable personalidad. Amable, mesurado, modesto, parco en sus juicios y en su estilo, se tornaba vigoroso y enfático cuando era menester.

De regreso en Buenos Aires, instalada la familia en Flores al sur, formado bachiller en el Colegio Nacional Manuel Belgrano, se graduó de abogado en la UBA. Con una firme vocación filosófica, siguió cursos extrauniversitarios, especialmente con los padres dominicos, porque según nos decía con su recatado sentido del humor, se consideraba un tomista del siglo XIII.

En lo profesional, tempranamente se orientó hacia el derecho del trabajo. Compartimos con Héctor Patuel y Emilio Mignone nuestras primeras experiencias profesionales, entre las cuales el asesoramiento de un pequeño sindicato de trabajadores a domicilio, nacido de una iniciativa de la benemérita Marta Ecurra, propulsora del gremialismo cristiano. Poca vida tuvo esta asociación, ya que el Ministerio de Trabajo y Previsión le retiró la autorización para funcionar bajo el influjo del sindicalismo verticalista que sentó sus reales en los años cuarenta.

También por aquellos años compartimos tareas docentes en el Instituto del Profesorado del Consejo Superior de Educación Católica, dirigido por el inolvidable Hno. Septimio Walsh, donde Justo tuvo una cátedra de filosofía. Y en ese ambiente nos sorprendió la ofensiva gubernamental contra la Iglesia, con agresiones tan injustificadas como torpes. Recuerdo todavía la concurrencia a clase de los religiosos que eran nuestros alumnos, con sus hábitos reemplazados por ropaje de laicos para evitar incidentes callejeros. Obviamente Justo se enroló en una activa participación de esclarecimiento destinada a denunciar las falsedades que se difundían desde los medios, casi totalmente en manos del Estado. Escribíamos y distribuíamos: era la guerra de los panfletos, incruenta pero muy efectiva para formar un clima de resistencia pasiva. Aunque por otras vertientes se generaban resistencias más agresivas, la nuestra no tuvo otros instrumentos que la pluma y el mimeógrafo y alcanzó su pico cuando una do-

méstica nos denunció a raíz de comentarios que habíamos efectuado en mi casa. Fue así que con Justo y Patuel fuimos arrestados y procesados por delitos contra la seguridad del Estado, lo que evocado con la perspectiva que dan los años, es un episodio que tiene más de ridículo que de absurdo. Pero fue ocasión propicia para que se manifestase el temple de Justo. Ante el desconcierto del oficial de policía que nos interrogó —con bastante benevolencia debe admitirse, sintomática del clima de derrumbe que se vislumbraba— le recordó que no tenía derecho para preguntarle acerca de sus opiniones porque ello estaba reservado a Dios y exento de la autoridad de los magistrados según el artículo 19 de la Constitución. Claro está que invocar la Carta Magna ante la policía, en esos años, podía ser tomado como la manifestación de un gran coraje o el síntoma de una franca insania; y creo que el oficial no pudo disipar esa duda.

Con la Revolución Libertadora ingresó en la justicia nacional del trabajo, como juez de primera instancia. Sus sobrados méritos lo condujeron a la Cámara de Apelaciones donde cumplió memorable actuación y reconocimiento generalizado. Entre sus votos que formaron doctrina judicial, son especialmente importantes los emitidos en plenarios tales como “Ruiz, Silvio c. Atlético Platense” (1969), “Alegre c. Manufactura Algodonera Argentina” (1971), “Nauroth y Echeagaray y Ricardo Hans y otro c. D’Onofrío, Nicolás” (1973). Perdurables son también sus estudios como el relativo al salario en el Tratado dirigido por Deveali, que más tarde amplió en su libro *El salario*, el dedicado a la libertad sindical que integra la obra *El derecho colectivo del trabajo*, así como los que versan sobre la huelga como acto jurídico, la estabilidad y el despido arbitrario, el fraude laboral, etcétera. Fue colaborador de diversas publicaciones y cuando Deveali fundó la revista *Trabajo y Seguridad Social* lo convocó para integrar su Comité Científico.

Fecunda fue también su tarea en las cátedras de Filosofía del Derecho y de Derecho del Trabajo, de las que fue profesor titular ordinario durante largos años y que culminó con su designación como profesor emérito de la Universidad Católica Argentina.

Al así recordar el largo recorrido de su vida y de su obra, queda de manifiesto la superioridad espiritual y la singularidad de su inteligencia para generar tantos frutos perdurables, sobreponiéndose con entereza y ayudado por la cariñosa asistencia de su esposa Yusta Seewald, a esa fragilidad física que le provocó tantos padecimientos

desde su infancia. El 28 de marzo el Señor lo convocó al plenario definitivo y allá fue Justo a su encuentro atraído por el imán del amor de Dios. Nos deja su obra escrita, su ejemplaridad y para quienes compartimos con él los trabajos y los días, el privilegio de una amistad que no se extingue.

JAIME LUIS ANAYA

FRANCISCO JOSÉ D'ALBORA (1927-2003)

Personalidad notable y jurista indiscutido, Francisco José D'Albora falleció el 1 de abril de este año en la ciudad de Buenos Aires, donde vivía y desarrollaba desde hace años su labor docente y profesional. Abogado y doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales, estudió en la Universidad Nacional de la Plata, lugar en el que nació el 21 de julio de 1927.

Secretario primero y, más tarde, Fiscal Federal de reconocido prestigio; se convirtió luego en un querellante y defensor brillante. Ejerció hasta su muerte, con la nobleza y discreción de los abogados de siempre.

Desde sus inicios se dedicó a la docencia y a la investigación en el ámbito del derecho procesal. Dictó cátedra en nuestra Universidad Católica Argentina, en la de Buenos Aires y en la del Salvador. Disertó en innumerables conferencias y cursos de posgrado y su presencia era permanente en los congresos y seminarios de la materia en la que se distinguió.

Sus obras son por demás conocidas. *La Justicia Federal –Su Competencia Penal–*, premiada por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales; el *Curso de Derecho Procesal Penal*, que constituyó ...un instrumento eficaz para afrontar la etapa inicial en el conocimiento de la disciplina ... tal como su autor supo predecir; y el *Código Procesal Penal de la Nación –Anotado, Comentado y Concordado–* que, por resultar de lectura imprescindible para estudiosos, litigantes y magistrados, obligó a seis ediciones a las que D'Albora incorporaba nuevas y certeras reflexiones sobre las modificaciones legislativas y un análisis agudo de su aplicación concreta en los fallos.

Miembro titular de los Institutos Iberoamericano y Panamericano de Derecho Procesal y hombre de consulta por su versación jurídica, integró importantes comisiones redactoras de proyectos de ley.

Autor de múltiples artículos, dirigía el Suplemento de Jurisprudencia Penal de "*La Ley*" desde su creación en 1995 hasta la actualidad.

Su razonamiento lúcido y preciso al momento de desentrañar la dificultades en la aplicación de la ley procesal, se reveló también en el examen y la censura –a veces mordaz– de la jurisprudencia de nuestros tribunales.

Amante de la música clásica y de la lectura, cultivó múltiples amistades en los ámbitos que frecuentó. De fuerte temperamento, trabajaba y estudiaba sin descanso. Alguna vez escribió que ...*sólo la cotidiana labor libera de los pesares* ..., y sin duda, por sus méritos, figura entre los grandes maestros del derecho. Quienes lo vimos enseñar, colaborando con él, conocimos su rigor intelectual, su exigencia y su generosidad . Nos dejó su obra y su ejemplo.

MARÍA DE LAS MERCEDES LÓPEZ ALDUNCIN

JULIO JOSÉ MARTÍNEZ VIVOT
(1946/2002)

Nunca supe, hasta hoy, lo triste que es escribir sobre un amigo muerto. Julio, "Pony", "el Gordo", era mi amigo y nos tratábamos como hermanos.

Desde esa dimensión conocí al Julio íntimo: un hombre de principios, de gestos, de risa y de llanto, muy sensible a lo valioso, muy inmerso en su familia, practicante cabal de los valores cristianos y un profundo cultor de la amistad

Era muy difícil que Julio pasara por alguna reunión, congreso, asado, almuerzo, o lo que fuere, sin generar algún amigo.

Formó parte de muchísimas instituciones y en todas ellas forjó amistades auténticas.

Si algo especialmente lo caracterizó fue su capacidad para generar amigos y su lealtad hacia ellos. Dedicó parte importante de su tiempo a compartirlo con sus hermanos por elección: muchos congresos, jornadas académicas, almuerzos, copetines y reuniones de todo tipo se quedaron con una silla vacía que seguramente no podrá ser nuevamente ocupada, porque Julio era un "personaje" irremplazable.

Además, fue un anfitrión excepcional. Su hospitalidad era proverbial. Su casa siempre estaba abierta para sus amigos; le gustaba invitar y disfrutaba muchísimo con ello. Atendía hasta el más mínimo detalle. Muchas veces nos recibía con delantal, cocinando él mismo.

Tengo amigos que lo son gracias a Julio. Personas que conocí y frecuenté en su casa. Fue un puente entre amigos.

Fue también un hombre de buenos gestos: los realizaba permanentemente y valoraba los que recibía. Les daba mucha importancia.

Siempre fue muy emotivo y últimamente lo fue más. Recuerdo que en los últimos días de su enfermedad, ya cuando él sabía que su

vida terrenal se estaba agotando, me comentó desde su cama que ese día estaba muy contento, porque Ana, su mujer, le había leído una noticia del diario, que daba cuenta del éxito que estaba teniendo una tarea encarada por la Orden de Malta –a la que pertenecía como Caballero– para prevenir y curar el SIDA.

Recuerdo también cuando, con lágrimas en los ojos, en esos mismos últimos días, me comentaba que un alumno de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UCA, que se había ofrecido para donar sangre, no había querido dar su nombre, pues todavía no había rendido examen con él. “Qué lindo gesto”, decía emocionado, y agregaba: “algo habremos hecho”.

Es que Julio se emocionaba fuertemente con las manifestaciones trascendentes de la vida; no le eran ajenas.

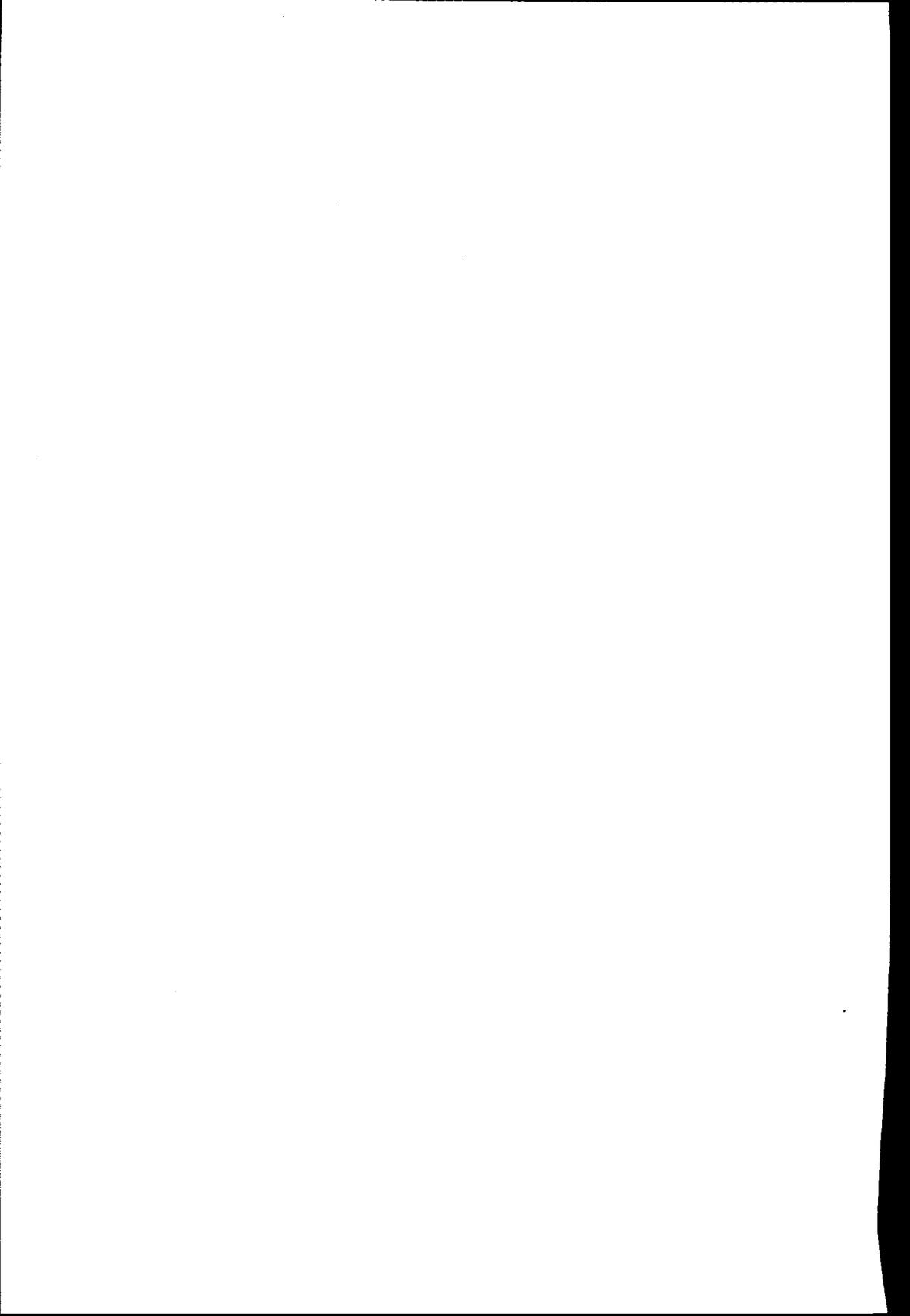
Queda como consuelo saber que supo disfrutar de la vida y que en su paso dejó huellas profundas; disfrutó de las pequeñas y de las grandes cosas y tanto énfasis puso en hablar con un hijo, en compartir momentos con su mujer, en dar una clase o escribir un artículo, como en hacer y compartir un asado o bailar un tango con firuletes.

Como Julio tenía un gran sentido del humor, me permito, apelando a ese humor, aunque con melancolía, imaginármelo organizando ahora la “Asociación de Residentes del Cielo”, la comida del segundo jueves de cada mes o el almuerzo del primer miércoles; todo bajo la mirada cariñosa y risueña de Dios.

Quede también como consuelo que murió en paz y “con la satisfacción del deber cumplido”. Me consta: conversé bastante con él en esos días y lo vi morir.

SERGIO A. VILLAMAYOR ALEMÁN

RECENSIONES



DERECHO PENAL: LENGUAJE Y CRISIS.

Marques Dip, Ricardo, H.

-I-

Ricardo Henry Marques Dip, en su *Derecho Penal: Lenguaje y Crisis*, encara frontalmente dos agudas problemáticas del Derecho Penal moderno que podrían determinarse y circunscribirse en dos conceptos de fundamental trascendencia: su expresión normativa –en sentido amplio– y la gravísima cuestión de su legitimidad, ya sea en cuanto a la misma necesidad de la existencia de esta última, como también en cuanto al órgano encargado de la aplicación de las normas penales.

Se preocupa el autor desde el comienzo en aclarar que el trabajo proviene, en parte, de borradores de una ponencia anterior verificada en España, en las II Jornadas Hispánicas de Derecho Natural, así como en otra de sus actividades académicas, precisamente en el Doctorado en Ciencias Jurídicas de esta Pontificia Universidad Católica. Sin embargo no por ello deja de ponerse de manifiesto en todo su contenido un versado conocimiento de los aludidos problemas –basta sólo con examinar el aspecto cualitativo y cuantitativo de la bibliografía tenida en cuenta–, sino que desde el punto de vista metodológico, le ha sabido dar un rigorismo científico relevante, así como una versatilidad expositiva atrayente.

Cierto es en tal sentido, que la exposición de los temas llevan permanentemente al plano trascendente, toda vez que, como él mismo lo señala, ellos han sido pensados “con los ojos puestos en la meta del saber filosófico”, a lo que añade su propia meditación sobre tales temas –sobre todo aquellos volcados dentro de los siete primeros capítulos–, pero cuyos rasgos de frescura y espontaneidad, se centran incuestionablemente en su propia aclaración de que, en su mayoría, fueron “dialogados” con sus discípulos. De allí que es razonable que

sostenga que, en definitiva y su conjunto, y a raíz de ello puede decirse, se instituyó verdaderamente “un pequeño movimiento de filosofía del derecho penal”.

Si bien ello podrá llegar a ser posible, y es deseable que así lo sea, y que esa ampliación no quede excluida, con su singular modestia insiste en que el trabajo constituye tan sólo un ensayo, “un proyecto para nuevos estudios”.

Lo cierto es que superada a esta altura del desarrollo del pensamiento penal, la reducción de la acción penal a un plano exclusivamente causal, esto es, que ella quede reducida a una voluntad ontológicamente consistente en la sola circunstancia de producir un resultado, “y no en su fuerza directora del curso del acontecer” al decir de Jescheck (§ 23, pág. 197, II, 1), superado esto repetimos, la recíproca relación entre crimen y crisis que se nos propone, va a desembocar en definitiva en uno de los aspectos legitimantes del Derecho Penal.

Nítidamente se nos revela la existencia de una crisis representada en el pasaje de la potencia al acto, el momento decisivo —la crisis—, en que el agente cae en el crimen, por ello concluye que en una perspectiva humano social, el crimen configura la superlativación de la crisis del derecho, *ultima ratio* ésta para la conservación de la paz social, mediante una justificación graduada de los medios y bienes que se seleccionan. Sujeto y objeto, se cita en este aspecto a Félix Lamas, “se esclarecen y determinan recíprocamente”.

Junto a esta “dialecticidad” del derecho, se añade —metodológicamente existe otra razón que la afirma—, es que la conclusión final ha de ser meramente “probable”, no un silogismo, donde la prudencia jurídica juega su relevante papel. Esta preocupación “prudencial y legitimadora”, no podrá ser substituida por normas constitucionales “movedizas” e inmanentes de un derecho sancionado que resulta desafinante, y cuyo resultado final es esa ilegitimidad hoy en inválida discusión, y que hace que en nuestros días, el derecho penal atraviese, citando ahora a Ferreira da Cunha, “una crisis profunda”.

Es crisis de la ciencia penal, de la magistratura penal, de la docencia penal, del concepto de culpabilidad, del concepto de delito, crisis en fin del concepto de pena, cerrándose la enumeración con un significativo concepto de Michel Villey: *le concept de peine est aussi malade*.

Se esclarece el pensamiento al respecto, y queda así suficientemente graficado, cuando se advierte con un perceptible sesgo acusa-

torio, que todo ello tiene su propia tragedia, su marca actual, y que está representada por esos hijos del relativismo ético, “esos pobres bastardos que cuentan con la indiferencia de sus mentores, y la indulgencia de los que no saben”, que desechan abiertamente el deber de infringir penas necesarias, renuncian a la autoridad y defraudan con su optimismo ingenuo: los criminales son buenos, los hombres son buenos, el mundo es bueno.

-II-

Es notorio que en la obra se destaca el segundo capítulo, donde se entra de lleno a considerar el lenguaje, y que al referirse al que hoy se usa, no se vacila en considerarlo sujeto al pecado original, lo que se cristaliza en su “ambigüedad y alguna vacuidad”. Rechaza así toda limitación a un mero sistema de signos verbales, pues ello sería “pensar un derecho sin lenguaje”. Son pues hartamente sugestivas las referencias a la necesaria latitud del concepto, esto es, que ha de extenderse al de los gestos, al de las instituciones, al de los monumentos e, incluso, al del silencio.

En definitiva, luego de analizar el papel que desempeña el lenguaje, se concluye en que el derecho penal es un punto de confluencia de todas sus funciones. Agudamente se pasa a señalar que en la tarea de obtener el sentido de la norma, ya sea desde el punto de vista semiótico o de aplicación sincrónica, no puede desconocerse que todo ello ha de tener necesariamente influencia decisiva en las “simples alteraciones de criterios interpretativos”, aún sin cambios en el derecho positivo.

Sin olvidar el viejo principio de que la norma, y más aún desde el punto de vista diacrónico, sobrevive a la mente del legislador, se recuerda que las decisiones judiciales son también palabras, son lenguaje a interpretar, y relevando el valor de la jurisprudencia, se acude a Aristóteles para sobrevalorar la conveniencia de que la ley debe dejar a los que juzgan lo menos posible, trayendo asimismo el pensamiento del aquinate para recordar “que tiene que evitarse el riesgo del gobierno de los jueces”, vicio institucional cada vez más adentrado, en forma por demás reiterada, a la vez que sistemática y pertinaz, en quienes han de administrar justicia, producto de una actividad jurisdiccional que no halla límites frente a la conformación ontológica y funcional del gobierno político de carácter republicano, que es fuerza reconocer de todos modos que, normativamente al menos, ha que-

dado instituido a nivel práctico estructural entre nosotros. La cuestión la vemos reproducirse diariamente entre nosotros, y así vemos inmiscuirse y enmarañarse la actividad jurisdiccional en las políticas de Gobierno, traspasándose los límites naturales y en detrimento de la estructura republicana que en su momento se estableciera para dar forma al Estado Nacional.

La abundancia de lenguaje legislativo es materia de tratamiento y de notoria preocupación que se percibe en esta parte del trabajo. La “patológica” inflación legislativa pasa a ser una especie de exorcismo legiferante para apaciguar a la opinión pública. En irónica comparación se señala con acierto que el vudú, el granizo, propios del paganismo, son hoy sustituidos, como tranquilizantes populares, por la sanción de leyes penales. La obvia conclusión, como elemental corolario es naturalmente legislar con el frecuente olvido de la virtud de la prudencia, suplantada en nuestros organismos legislativos por el factor ideológico disolvente.

El fárrago de normas penales que se ha ido formando en nuestro medio durante las últimas décadas, como inadecuados parches siempre improvisados, ya como súbitas derogaciones, modificaciones asistemáticas o apresurados restablecimientos normativos. Las inorgánicas incorporaciones institucionales, también poco analizadas, y con finalidades ajenas a ellas, son notorias realidades en tal sentido y que, para males mayores se sustentaron en leyes “constitucionalmente” proclamadas, y, su mayoría, teniendo por base razones que apuntaban a objetivos ideológicos, aun en detrimento de lo que se había logrado mediante reformas basadas en la hermenéutica doctrinaria y jurisprudencial experimentada que aportaron quienes eran considerados prestigiosos juristas del momento.

En cuanto al análisis del planteo de la obra que veníamos formulando, es de notar que se percibe, en toda su extensión, una específica reivindicación de la filosofía tradicional, cuando se concluye que un buen “justo medio”, sería incriminar sólo el “ilícito grave”, pero exigiendo un “entero y leal” respeto por los “propalados derechos humanos”, dentro de los que la vida, por ejemplo, sea el bien de mayor jerarquía a tutelar, sí, pero ha de serlo para todos y no sólo para algunos, como cuando se instauran solapadamente excusas absolutorias –o, añadiríamos nosotros, su terminante aceptación según el ordenamiento legislativo de que se trate– respecto del aborto o medios abortivos.

Con celosa sagacidad se pasa enseguida a considerar con especial decisión el campo crítico de la estructuración eminentemente “con-

ductista” –en muy atinada calificación– que es soporte reconocido hoy por hoy, del llamado despectivamente “derecho penal de autor”. En este plano se plantea con precisión que al centrar el delito en el “núcleo del verbo” (von Beling), en realidad se llega a una sobrevaloración del resultado. Ese lenguaje legislativo, digamos que a través del tiempo fuera prevalentemente impuesto, desprecia y desprestigia el elemento subjetivo. Basta el disvalor de la conducta y de la peligrosidad. Ya se adivina, se concluye, que “las aguas corren en dirección al preventismo”.

Se advierte así que aquel lenguaje “técnico-conductista” que hemos mencionado altera metodológicamente la teoría del delito. La norma –por detrás del precepto (Binding), aquella teoría que tanto alarmaba a Soler– conmina con pena en abstracto la punición, en cambio infringe a la persona en concreto. Ocurre entonces, que los factores que sustentaran la graduación de esa sanción, “deberían haber servido” en su momento para la concreta consideración del tipo. Hace así referencia específica al motivo para delinquir, a la cuantificación del dolo, a la culpabilidad, a sus consecuencias, a la personalidad del autor, a su vida anterior al hecho, todo lo que pone de relieve la importancia de esos datos para la *res justa* penal, y lo hace en forma bien distinta a la que emerge del lenguaje descriptivo-fáctico del tipo.

Partiendo entonces del principio de que la acción tiene “potencia de punibilidad”, y de que no debe confundirse la punibilidad con la punición misma, se llega a la conclusión de que la punibilidad esto es, la amenaza de una pena, es la nota distintiva del derecho penal. Su aclaración final deja patente su criterio, cuando compara que una cosa es la aptitud de ser sancionado y otra la punición al autor en razón de un hecho. Si la punibilidad estuviera fuera del “concepto objetivo de delito” (realidad), no sería éste punible, ni debería soportar una pena su autor.

-III-

Es de importancia la inserción que más adelante se formula de la crisis del Derecho penal, en la crisis general de la cultura, que, si bien se observa una abstención para penetrar en ella, no puede dejar de advertirse que también se señala que forma parte de una crisis general de nuestro tiempo, de las instituciones, incluso las jurídicas, crisis de almas. Con cita de López Oñate se concluye en que la crisis del derecho, y por ende la que se pone de manifiesto en el Derecho Penal, es un reflejo de una crisis general de la cultura.

Como un indicio del tema, y con referencia a lo sostenido por Gomes Canotilho, se percibe que se ha querido reconocer así en el positivismo legalista lo que es materialmente justo, naciendo así una suplantación del hecho legislativo, connotada con una inmanencia de la sociedad humana, en la que se inscribe como piedra fundamental el Estado de Derecho democrático, instrumentado en la constitución jurídicamente formalizada y con el que se confiere legitimidad al orden político.

Pero, y ello es de destacarse, se aclara de inmediato que la simple legalidad no legitima, sino que lo será a través de una conformidad substancial con la idea de derecho, con los valores, los intereses de un pueblo en un determinado momento histórico. Esto es el bien común general y la dignidad de la persona humana, que como bases principistas, asoman con claridad en estas conclusiones. La norma constitucional adquiriría legitimación por medio de un consenso social. Y nada se opondría a que se tratara de esos datos fundamentales y trascendentes pero, se advierte, por lo general ese consenso se ajusta a un marco positivista.

La superación del pacto social iluminista tendría que ser sucedido por una nueva base, no menos fabulado se aclara, en un diacrónico asentimiento *placet* popular. Pero de todos modos, hoy por hoy, no se persuade tan fácilmente como antes con el mito de la voluntad general. Lo preocupante es que los escavadores de la verdad no se conforman con los mitos de las generaciones pasadas (sucesos del 68). Con cita de Pablo Ferreira da Cunha, se concluye en que habría razón para preguntarse: "¿Cuando vengan los bárbaros, quién salvará a Roma? Porque cuando la borrasca quiebra los ramos y la arena, todo se transforma en desierto, pero no es que ella sea más fuerte, sino que se renunció abriéndose la puerta a los bárbaros".

Cualquier ataque a la legitimación en Derecho, tiene más serias consecuencias cuando se trata del Derecho Penal. No se pueden ignorar complicaciones en este campo, se trata de "la primera especie de leyes odiosas", donde además se mezcla un componente político": es el sistema "normalizador" y "neutralizador" efectiva o intimidante de los "rebeldes del sistema" transformándose en un medio de control social y una forma de "defensa" político-punitiva. De esta forma se despersonaliza el ordenamiento penal, "como si el hombre que padece la pena fuese el objeto de una intervención defensiva y no el sujeto, mediante cuyo padecer, el fin de la pena es realizado" (Mauro Ronco).

No ha de rechazarse del todo del lenguaje penal, como, por ejemplo, la referencia a la vigencia del principio de legalidad con la fórmu-

la acostumbrada, aunque ello de por sí pueda ya significar un “anclaje” en un planteo “ilustracionista”, ya que por el contrario, aquél posee raigambre hispánica y puede ubicarse en un estrato del jus-naturalismo tradicional.

La reducción del Derecho Penal a una textualización normativa como garantizador de los derechos fundamentales, no podría fundamentar un derecho penal justo fuera de la objetiva iluminista. Bajo ese ropaje de fidelidad al texto, se conservaría la ideología iluminista, pero silenciosa en cuanto a su legitimación de fondo. En conclusión: “fue el derecho penal liberal el que fracasó”.

En cuanto al cuadro que configuran la primacía de la prevención, las medidas de seguridad, la peligrosidad, lo cierto es que dan margen a una culpabilidad sólo como presupuesto del accionar penal, no como *restitutio* y, paradójicamente, la integral lógica del preventismo llevaría consigo la innecesidad de la culpabilidad y a la inutilidad misma de la conducta.

-IV-

El lenguaje fue antes que el derecho, y en cuanto al promulgador divino, mejor es designarlo como *fas* (lo sagrado), porque la virtud de la justicia, cuyo objeto es el derecho, exige igualdad, y en relación con Dios, no hay equivalencia posible.

En referencia al origen de la crisis, aquél es el primer vínculo interhumano, y después viene el derecho. Al darse el nombre verdadero a cada animal, nace una “vocalidad” universal que permaneció en los tiempos. Y, Yavhé, al darle a Adán la mujer, instituyó entonces el lenguaje y el derecho como exigencias de sociabilidad. Surge el primer precepto, su trasgresión y el primer proceso criminal.

Pero ésta se produce, en sentido relacional humano, no por aquella desobediencia, sino cuando la mujer indujo a Adán al pecado y a su repercusión social-hereditaria. El hombre, animal social (Aristóteles, Santo Tomás), muestra, no sólo el derecho, sino el lenguaje como la esencia de sociabilidad. Con aquel término verbal *fas* (lo sagrado) aparece, como se vio, la virtud de la justicia y es por medio de las leyes que apreciamos la igualdad que establece la justicia (Domingo de Soto).

En resumen, aquella “vocalidad universal”, aunque debilitada por el pecado, cuya permanencia en la historia se destacó, y relacionando *nomen et numen*, cada palabra adecuada develó el misterio de

las cosas. Con Adán, Yavhé autoriza el lenguaje y después crea a la mujer y nace así la primera sociedad, instituyéndose el derecho como ordenamiento de la justicia: *ubi societas, ibi jus* (Plutarco). Ese ser social, dice Santo Tomás siguiendo a Aristóteles, hizo que se hiciera necesario que los conocimientos de unos se transmitiesen a otros.

El hombre, es el único animal que tiene palabra, por aquella sociabilidad natural, y la eternidad de la justicia divina, desde el primer principio prohibitivo, se refería a materia jurídica, y ese quebrantamiento original, se transmitió jurídicamente al hombre. En sí misma, Eva no realizó una conducta antijurídica, sino contra el *fas*. Solo tuvo esa característica en el momento que indujo en forma participativa a Adán, y lo fue, como se adelantó, con repercusión social-hereditaria.

Fue con la palabra, con el verbo interior, que se dio la *mise en scene* de la serpiente, y es por ello que en la antigüedad se decía que la mujer y la serpiente habían formado una verdadera solidaridad en el mal. Así se comprende las increpaciones de San Tiago (*sic*): *lingua...universitas iniquitatum, inquietum malum, plena veneno mortífero* (Epíst., 3-6 y 8).

A ese primer hecho antijurídico, sucedió entonces el primer proceso criminal contra el hombre donde asoma la admirable manifestación del derecho natural de defensa: ensayóse el derecho concediéndose la palabra. Después del diálogo entonces, surge el primer proceso contra el hombre y su primera condena.

Volviendo en concreto al lenguaje como instrumento, y desechando la pretensión de algunos autores (John Wilkins) de intentar un idioma mundial "fantasioso e infructuoso", "artificial", construido *more geometrico*, se trae la consideración de San Agustín referida a los oficios asignados a cada uno de los dioses romanos, donde cada nombre correspondía a un *numen* e implicaba un instrumento de comprensión del *mysterium rerum* y de revelación del imperio de lo divino, más allá de su paganismo. Esta afirmación ritual del ligamen entre *nomen et numen* vino a rectificarse con la recepción de la formulación cristiana, en la que cada uno de los *nomina* era, no una divinidad autónoma, sino un atributo de *Deus unus*.

Luego, un canto de modernidad recrearía nuevas divinidades (sátiros, centauros, ogros, diablas), que crean el riesgo del mal uso de la palabra. Crisis de la palabra, crisis antigua, crisis persistente. Si por el Verbo vino la reparación, finalmente tendremos la hora terrible de la palabra y del derecho que proclamará el veredicto final e incorregible.

Si alguna vez la crisis de la palabra no implica necesariamente una crisis del derecho, la crisis del derecho en todo caso tendría que traer consigo una crisis de la palabra, porque si la palabra, aunque a la larga se hiciese sin razón, puede pronunciarse sin la presencia de otro, mientras que el derecho, al suponer otra presencia, exige la palabra.

-V-

Circunscribiéndose al “lenguaje del crimen”, se indica que como hecho social que es, éste no puede prescindir de él. Cada forma delictual tiene el suyo, incluyendo la omisiva, al que se lo llama lenguaje del silencio, y se acude al criterio del aquinate cuando decía que independientemente del papel que las palabras tienen como signos, ello no impide que los hechos puedan expresar alguna cosa, así como el lenguaje corporal (gestos ofensivos), o la particular importancia del silencio en los testimonios.

Se recuerda por lo demás, la profusión del pecado por medio del lenguaje corporizado, como la blasfemia, la murmuración, mendacidad, falso testimonio, improprio, oprobio, vituperio, injuria, calumnia, adulación, jactancia, etcétera. La legislación moderna, ha dejado de lado todo ello, aunque se destaca que en el código brasileño subsiste “el vilipendio público” de los actos de culto religioso, lo que, se considera, abarca la blasfemia.

En cuanto a la mentira, se la ve en varias formas delictivas, como el estelionato. Lo referente a la permisión de mentir del imputado, bajo la pátina de la prohibición constitucional de no declarar contra sí mismo, nos recuerda, ante el deber de no mentir ante el Juez, lo que enseña Santo Tomás en el sentido de que lo que no tiene impedimento es callar verdades. Y De Soto añade, “nadie está obligado a propalar la verdad, sino sólo aquella que pueda o deba exigir el Juez según las formalidades del derecho”. De lo que se sigue que corresponde a la ley positiva regular las oportunidades en que pueda obligarse al imputado a decir positivamente la verdad.

La violación del deber de verdad procesal del reo, no puede tenerse como una violación del deber moral de verdad. Si esto se reconociese en la ley ella afectaría a la ética a la que está subordinada. Lo que la ley protege es el silencio del imputado, y ha de entenderse como la excepción de punir, dentro de los límites fácticos del ilícito, objeto del proceso. En cierto sentido la regla excepciona el deber moral de veracidad. El derecho procesal del autor —contrapartida de la

acusación— corresponde, principalmente la protección del silencio autodefensivo.

En una sugerente serie de ejemplos históricos (Ordenanzas Filipinas, Fuero Juzgo, Ordenanzas de Felipe II), así como con cita de hechos concretos de indudable interés, y que en su momento escogieron autores de la envidia de Radbruch y Carrara, a través de la mención de ilícitos como el falso testimonio, la contumelia, los delitos contra el honor, el estelionato mismo, se deja demostrado que el lenguaje verbal del crimen ha sido y es frecuente, e incorpora a la conformación típica, como sucede en la actualidad, lenguaje que es acompañado, en muchas oportunidades, de un aparato escénico *ad hoc* y para engaño de la víctima.

-VI-

Profundizando y en referencia crítica a la crisis actual, se dice (W.Nauke) que ya ha nacido algo distinto al Derecho Penal, “pero no es en absoluto algo mejor que el Derecho Penal”. Si se orienta definitivamente hacia una predominante prevención o reforma del original retribucionismo, acabará por dejar de ser un Derecho Penal. Así se explica que el Código Penal soviético, no obstante seguir la teoría de la prevención especial hasta sus últimas consecuencias, debe sustituir la palabra “pena”, por las de “sanción” o “medida de defensa social”.

Sobre aquella primitiva y particular influencia del principio de legalidad, ahora se lo ve, por el contrario, reducido a su mera textualización normativa. Hoy se ha abandonado toda referencia al *justo penal*, de donde se ve que si no se habla de justicia, no es posible hablar de derecho. La crisis va al núcleo, toda vez que no puede hablarse de una cabal legitimación de un Derecho Penal soterrado en un mundo en el que no se ve la existencia de valores.

Oscurcida en él la idea de *res justa*, se pasa a la “utilidad” de la pena en función de aquella “prevención” o “defensa social”, con singular olvido de que, sin una raíz de recta proporción de pena conminada para cada delito, nada puede construirse. Actualmente Armin Kaufmann ha destacado que hoy muchos se avergüenzan del término retribución.

También la *redención* se cumple aunque, secundaria y contingentemente, como fin *natural* y como restauradora de los valores ético-jurídicos, esto es la *restitutio* del ser. Emergiendo la pena como

efectiva reprobación del crimen se llega así a su conversión interior, reintegración social, reconocimiento del ser jurídico del condenado (función liberatoria de la pena) y expiación del propio delito (función compensatoria). En conclusión el fin de la pena es *único*: la restauración del orden jurídico, una recomposición moral, y, en consecuencia, una reintegración del ser, la reincursión del condenado a una situación penitencial.

Sin entrar en las raíces históricas de la *vindictio*, la suplantación tendencial a que se viene aludiendo, se ha hecho a través de un “mero pretexto de supuestas racionalizaciones *inmanentistas*, nacidas, sin decir cómo, en una civilización tan inclinada al nominalismo, como lo es la nuestra ‘occidental’ del siglo veinte”.

La retribución tiene dos predicados indisputables: 1. su carácter efectivamente penal, a la inversa que las retribucionistas; 2. es el único sustento racional de la pena (Roger Merle). Se habla de un renacer de la retribución –más bien debería decirse “de una permanencia”, se quiere aclarar–, con una creciente referencia al autor robusteciendo su valoración personal. Es decir se podría llegar, digamos, a un auténtico *garantismo de coexistencia* (Francersco D’Agostino), que apunta a relaciones más justas en la vida política: si el jurista sostiene que una pena es más racional que un linchamiento no se lo hace por que sea más eficaz, sino por que la primera es justa y el segundo no.

El Derecho Penal tiene algo de constitucional, debe ser una *pequeña constitución* por las consecuencias que acarrea: a favor de todos para librarlos de unos pocos; para librarse de venganzas injustas; para prevenir hechos futuros y efectos secundarios, siempre que se trate, naturalmente, de los que sirven para la *restitutio* del ser en los que la pena retribuya la culpa y restituya el orden violado. La pena es acto de justicia conmutativa (Santo Tomás), retribuye de manera humana, no divina, revestida de clemencia, en medio de la excesiva severidad y de la excesiva indulgencia. No es necesario ni oportuno que el Juez esté obligado a punir la totalidad de la culpa (Mauro Ronco), la pena debe *ser justa*, porque no rinde, ni demasiado grave porque cuesta demasiado (Carnelutti).

En la búsqueda de la *res justa* cabe la pregunta, ¿qué es el Derecho Penal? o, lo que es lo mismo, ¿qué legitima la pena? El mito del contrato social se ha debilitado. Hasta se dice que la ley, no tiene ya que expresar la voluntad general, sino que la dictan unos pocos, *propietarios* (Locke), o una *clase dominante* (Marx). Se dice que hay téc-

nicas más eficaces, la reeducación, los asilos psiquiátricos, pero todo conduce al caos. Se llega a esta crisis a través de Hobbes, “el hombre hace solo su derecho, no existe el derecho natural” (Michel Villey). La conclusión es que antes que crisis del derecho, ha de admitirse que se trata de una crisis filosófica, de los principios, crisis en las almas, en la que se asoma la pérdida de la tradición.

A ello se sumó la pérdida del sentido de las cosas. Se agitan utopías con fines difusos, de cuyos resultados deberían responder sus corifeos, con una aparente carencia de poder político, pero que declina con lógica irrefragable, desembocando en un mundo nuevo, en el que, por miedo ó propaganda, se implorará por el control total, donde la utopía garantista será el epílogo de las libertades: policialismo, con pan y circo. “Un modelo garantista, está a la vista, es un modelo de *coherente rumbo totalitario*”.

-VII-

Analizando el lenguaje de los jueces, lenguaje insular, resulta de importancia reclamarles precisión y claridad en su función jurisdiccional. Acosados por el “vetetismo” (síndrome de Hollywood), pero que, en realidad, es defensivo de las críticas, usan una técnica literaria ocultista con palabras oscuras y misteriosas. “El hermetismo sirve de línea de montaje”.

Se burocratiza el juzgamiento con modelos informáticos que aparentan servir para muchos casos, se aleja *la res justa penal*, debajo de modelos producidos “en serie”. Son los modelos “prêt-à-porter” guardados en archivos informáticos que conducen a la burocratización de los juzgados. Así vemos muletillas reiteradas como “amplia jurisprudencia apoya...”; “tendencias del Derecho Penal moderno...”. Se olvida que la función del Juez encaminada hacia la aquella *res justa*, sólo excepcionalmente “se amolda a construcciones estereotipadas”. Aquellos recursos informáticos, que economizan tiempo y neuronas, aunque incrementan la acción perniciosa del agnosticismo jurídico, y esas resoluciones mecánicas, a veces de léxico misterioso revelan un síntoma *voluntarista*, que en el lenguaje normativo penal *transita* por la mediación judicial.

Cuando se puntualiza el caso de la determinación de las penas privativas de libertad, con harta razón se señala que el legislador debe brindar criterios esclarecidos para uso racional del Juez, aunque cierto es también que debe admitirse que en ella hay un compo-

nente irracional de imposible erradicación. Existe en este aspecto una mayor y estricta vinculación del Juez Penal al contenido de la ley (Jescheck), y ello se debe precisamente a la delicadeza ética de la materia tratada (Giuseppe Graneris).

Después de señalar los riesgos que se corren al concretarse las penas en manos “de un destino ciego y obtuso”, con acertadas transcripciones de nuestro Borges, se concluye de manera muy gráfica en que realmente el Juez se ve tentado a pendular entre una “arbitrariedad plúmbea”, donde se condena al inocente, y una “arbitrariedad rosa”, donde absuelve a culpables. Y aún hay quienes, ante una responsabilidad colectiva o sistémica, llegan a ejercitar una actividad catártica absolviendo al culpable individualmente, pero incriminando a la sociedad o a su sistema político, económico, etcétera.

El relativismo predominante desemboca en posturas vacilantes. El movimiento pendular parece imponerse en la crisis: predominio de severidad en los delitos imprudentes frente a los dolosos. El resultado es: crisis de conciencia, dudas existenciales, perplejidades casuísticas, complacencias burocráticas, violación del deber de estudio, inclinaciones arribistas, compromisos políticos, todo contribuye a la oscilación entre lo plúmbeo y lo rosa. En definitiva, es la *justicia lote-ría* de Peyreffite.

Con cita de S.S. Pío XII, luego de señalar que las sentencias de los jueces, humanamente justas o no, han de conformarse al fin con los designios de Dios. Y ello es así porque debe tenerse en cuenta que en la labor jurisdiccional no se trata de deshojar margaritas, sino de “reinstalar nuevamente en el orden del deber, al violador del derecho”. El lenguaje entonces, debe subordinarse al servicio del *justo castigo*. Y se pregunta, cómo designarlo hoy al “castigo” con la confusión de nuestro tiempo y de nuestro lenguaje, sobre todo en una sociedad que se tornó voluntarista, nominalista, subjertivista. Por eso lo que sucede es que hay crisis de lenguaje, crisis del derecho, crisis de almas.

De la destrucción del derecho penal de la ilustración se accede a la falencia del derecho penal moderno y contemporáneo. “Más difícil es su reconstrucción o, al menos, construir una política criminal de buen sentido” (Michèle-Laure Rassat).

Hay una dura crítica a los llamados principios de la dogmática penal moderna, como el de legalidad, teniendo como tales a ciertas directivas inmanentes que no son más que “indicaciones endógenas de normativa” sin el carácter de *principios universales*, esto es, sólo

parámetros positivados que tienen bajo suyo la ideología iluminista. La segunda tragedia de la dogmática de nuestro tiempo, reside en no querer comprometerse con la realidad de las cosas, acudiendo a fantasías, a principios extranormativos, a los que califica de míticos y fantasiosos, como el contrato social. Sensatamente nos dice que se quiere así desideologizar fuera de la verdad, creando por el contrario una nueva ideología. Es que a la metástasis ideológica no cabe oponérsele un *relativismo*, por caso, no menos dogmático. Ha de enfrentársela con una proposición de compromiso con la verdad, y no sólo una negativa como un simple antidogmatismo.

Con el injusto penal pasa lo mismo. En impecable razonamiento considera que la antijuridicidad ha dejado de ser un presupuesto condicionante del derecho penal, para pasar a serlo de la normatización, producto de las *razones de Estado* —el de turno, “social y democrático de derecho” (Mir Puig)—, es decir el derecho penal al servicio de una cierta concepción política. Lo cierto es que así serviría tanto a una comunidad jurídica como, al decir de Baumann, a una banda de ladrones. Basta la rigurosa observancia del proceso legiferante y el consenso, “no importa de qué tenor”.

Esta crisis ha mostrado también su lado contendiente. Cae en una preponderancia de la mecánica estatal, hegemonía de las normas constitucionales. La limitada concesión de poderes es una reminiscencia de la venganza privada. Las propuestas *penal-diversionistas*, con trasfondo ideológico, no sirven para una necesaria reconstrucción social. Este consensualismo reinstaura el mito del *bon sauvage* o del *lupus* hobbesiano.

Se desconocen de tal manera los poderes y antecedentes extraestatales, propios de una soberanía social bien entendida. Con sólidas conceptualizaciones, pasa a sostener que es necesaria una ontología social con base representativa de los grupos sociales y no “un imaginario sumatorio, masivo y anónimo de individuos”. La democracia es uno de los *vudus* de nuestro tiempo, con pergaminos oficiales. También ha podido observarse que algunas veces todo ello contó con su propio descrédito: “algunos querían deliberaciones y juzgamientos a la luz de las miradas de las gentes”, pero esta “aclimatación” de lo antiguo a los tiempos nuevos, lleva “el riesgo de una fabulación idealista”.

La globalización permitió una dogmática casi universal. El problema está en la carencia de una constelación de valores sobre los que se erija el derecho penal; no valores de una época o un lugar sino de

valores esenciales tutelados por el derecho natural. Únicamente un sólido sistema de principios puede dar fundamento a un sistema penal. Sólo los llamados abolicionistas pueden proponerse como técnica *despenalizar*. Ni “garantía de los individuos”, “ni evitar el retroceso”, “ni exigencias democráticas”, etc., ninguna de esas referencias tópicas servirán, si no se tiene en cuenta que el sujeto de la pena debe ubicarse sobre el soporte *doctrinario antropológico*.

La pregunta que surge de inmediato es la de qué valor pueden tener esas referencias a la persona humana, su valor, su dignidad, para quienes, enarbolando esos enlistados “derechos humanos”, niegan la realidad y el concepto de *naturaleza humana*. Para quienes confunden derechos humanos con el rol de aquellos enlistados en organizaciones internacionales, ningún valor tiene la *realidad* de la persona. Ha de plantearse ¿de qué humanismo se trata –naturalista, cristiano?–, porque cuando falta unidad en la concepción antropológica, será imposible llegar a un consenso sobre “derecho penal”.

Una ontología social de cuño europeo sobre base tradicional con experiencia histórica –con responsabilidad matriz en todo occidente– y una sólida concepción antropológica, puede ser el paradigma. No sólo traen problemas para su recepción las vicisitudes extra-europeas o periféricas, y ello es más grave, aquello que podemos llamar *la crisis de la idea de Europa*. La metáfora de Francisco Elías de Tejada es válida: “no se hace una Europa cultural unitaria con “la mera transposición de los Pirineos” ni con la reunión de las naciones en parlamentos únicos, y podríamos agregar nosotros hoy, ni con “monedas únicas”. Tampoco “germanizando” la doctrina penal española o la portuguesa, a las que nosotros añadiríamos sin hesitación alguna las que dominan el pensamiento penal latinoamericano XX.

Es inadmisibile que la dogmática revolucione conceptos y juicios, porque de tal manera se fractura el principio de legalidad. En efecto la importación de reconstrucciones dogmáticas conduce a la realineación de las normas y, ateniéndonos a esos nuevos y arbitrarios enunciados dogmáticos, se produce la pérdida del papel tópico de la tradición jurídica, de la tradición de la norma. Se hace nacer una nueva comprensión de los significados normativos Ese abstraccionismo hace nacer el tema de las “particularidades del caso” y, perdido el topos de la autoridad de la dogmática tradicional, probada en la sucesión temporal de generaciones de jurisprudencias, aparece finalmente un mecanismo compensatorio. De un *saber de reglas* se pasa un *saber de precedentes*: la casuística, que ya no guía a manera de recurso epistémico,

a la manera de un molde, sobre el que se recorta el caso dado, que es concreto, peculiar e irrepetible. La casuística se hace sucedánea de la dogmática.

La recuperación de la dogmática tradicional, actuando como un topos, será un paso metódico en la actividad jurisdiccional, para restablecer un derecho penal equitativo y comprometido con la *cosa justa*. Así hallaremos un derecho penal eficiente. Eficiente porque es justo. Se trataría, se admite, de un paso referido al método: "ni poco, ni mucho: es un paso, en todo caso".

-VIII-

El Derecho natural ha ido perdiendo su antigua vigencia y prestigio académico por la idea de *homo creator*. Debe ser preocupación didáctica recuperar el crédito perdido, teniendo en cuenta el clima de este siglo. Se justificaría un cierto pesimismo, y hasta catastrófico, respecto de los destinatarios de esta actualización sometidos a un bombardeo constante de un espíritu secularizante generalizado, que, sin embargo, no jugaría respecto de quienes conservan una perspectiva escatológica que, por el contrario, recibirían con interés la difusión insistente de la verdad.

Desde otro ángulo, se analiza lo sorpresivo que resulta que la universidad, hoy día, apenas sobrevive, es una universidad moribunda, hasta no poder amoldarse a lo largo del siglo pasado, que fuera llamado por Corçao, *el siglo de la nada*. La prueba está, se continúa razonando, que más tiempo vivió el hombre sin universidad que con ella. Una crisis que permitió una codificación como la de Nüremberg, disparatadamente concebida como ético-legitimadora, toda vez que sólo habría podido satisfacerse con los basamentos que el Derecho Natural puede brindar.

Es oportuno indicar a este respecto, acotamos nosotros, que ese desconocimiento durante aquellos sucesos, condujo a una revisión del concepto de la antijuridicidad. Y que fuera sorprendente por ser formulados por hombres del positivismo, y que los obligó a acudir al desmañado subterfugio de que "la existencia de determinados principios, considerados inviolables de la conducta humana y que se han ido formado a lo largo del tiempo en todos los pueblos civilizados", han de tenerse como *jurídicamente obligatorios* con independencia – indicaban – del contenido de las *particulares prescripciones* de los ordenamientos jurídicos nacionales que llegaran a permitir que se des-

cartaran esos principios, toda vez que las *disposiciones legales que no persiguen la justicia* y la igualdad, y que se vinculan al valor y la dignidad de la personalidad humana, “no crean derecho alguno” y, en consecuencia, “las conductas adecuadas a tales disposiciones conti-núan siendo ilícitas”.

Estos fueron los argumentos que en los tiempos de la posguerra, fueron esgrimidos por el Superior Tribunal Penal Alemán, en varias ocasiones en que debió pronunciarse contra el derecho sancionado por el régimen nacional socialista, y respecto de aquellos que se vieron obligados a acatarlo, por haber sido formalmente instituido y ser, en consecuencia, obligatorio para todo el pueblo alemán. Esto es, se exigía, con vergonzante reconocimiento de lo que *no quisieron* denominar Derecho Natural, que no se hubiera cumplido con esas normas, no obstante tratarse de un derecho vigente. Y se imponían condenas en consecuencia, aunque se tratara de quienes se habían visto obligados a respetarlas.

Volviendo a nuestro autor, con acierto sigue su exposición, sosteniendo que la universidad ha abdicado a su autoridad moral e intelectual apartándose de la tradición cultural; ella agoniza, y no se apartan de ello las designadas como católicas. No caben minuciosas apreciaciones, el modelo no excluye sino que exige, lo que puede llamarse la recuperación de la verdad en el derecho.

Por todas estas razones, debemos felicitarlos, se dice, de haber iniciado personalmente un nuevo modelo como práctica universitaria, considerando que de tal manera se quiebra “la unanimidad aparente de las prédicas irracionalistas”, alimentándose “un cierto debate y combate por la verdad”.

-IX-

Respecto de la crisis de la docencia jurídica, el análisis parte de las enseñanzas de Santo Tomás quien señala que el maestro causa la ciencia a aquellos que aprenden, haciéndola pasar de ciencia a acto. El maestro no produce directamente especies inteligibles sino que, mediante su enseñanza mueve al discípulo a que su intelecto forme concepciones inteligibles. El maestro enseña al discípulo “a aprender a aprender”, que su intelecto forme concepciones inteligibles.

Se rompe el principio de la inmanencia, se busca la esencia o naturaleza de las cosas. Una metafísica que ordene y unifique. Eso da actualidad al sistema tomista y hace que el Derecho Natural *auténtico* se apoye en la filosofía de Aristóteles y Santo Tomás. En ella se inserta el concepto de que el ente es el objeto propio del entendi-

miento, a donde se dirige nuestra inteligencia en forma natural, y en él se funda la noción de los primeros principios, y aunque conoce directamente lo universal, puede también conocer lo singular (*per quamdam reflexionem*).

Así el conocimiento jurídico que tiene por objeto las acciones humanas es, por ello, un conocimiento práctico. Al singularizar conductas apunta a realizar el objeto de la justicia, dar a cada uno lo suyo, por tanto no es una abstracción, sino algo concreto, *hic et nunc*, respecto de una acción determinada. No cualquier bien, sino el debido a otro, no cualquier mal, sino el nocivo a otro. La determinación del derecho es cuestión práctica dirigida a configurar la *res iusta* y concretar *quod iustum est* (Vallet de Goytisolo). Estas conclusiones dan pie para señalar por nuestra parte que, por ser saber práctico, es que se vincula dentro de un plano trascendente, con “bienes y fines”, vueltos principios, que se convierten finalmente en caminos de legitimación. Negar este aspecto práctico, lleva en sí la crisis (Yacobucci).

Ordenar una acción entonces, es conocerla y reconocer quién la impuso, continúa el autor. Debe ser descartado el *homo creator*, la total materialidad de la naturaleza, y el solo uso de la razón humana en este menester. El orden cósmico se constituye con el reconocimiento de que el orden natural precede a la naturaleza humana, como la creación de una inteligencia ordenadora distinta y anterior al hombre. Y el hombre puede naturalmente conocerla “porque es intimado por ciertas leyes o principios ordenadores, *scriptas in cordibus hominum*. Se encuentra ínsito en este concepto que la única forma de arribar a una legitimación auténtica es admitiendo su dependencia de una base antropológica y sus consecuentes bienes en juego, sin lo cual se hace imposible “un saber penal adecuado sin referirse a fines y valores, desconocidos o ignorados en la tradicional dogmática (aut. cit.).

La naturaleza humana es manifestativa y no constitutiva del orden y de la ley suprema, de manera que los actos humanos deben ser regulados por la regla de la acción humana, norma esa entonces “deducida de las cosas creadas que podemos conocer naturalmente y, de modo ulterior, por las reglas de ley divina”.

Este el fundamento inamovible de las cosas mudables “para fundar objetivamente la normatividad del hacer”. No sólo mueve la conducta humana y es fundamento de toda ley y de todo derecho, sino que lleva incuestionablemente a admitir así la *primacía del ser*. A él deben añadirse por un lado *la verdad* y por el otro *el bien*, que encuentran específica apoyatura en el principio de la suprema ordenación de todas las cosas que está en Dios.

Muchos tipos de saber concurren en los intereses del jurista (gnoseología, epistemología) porque el derecho ocupa una gran parte de la vida social. El saber jurídico ha de mostrar una adecuada subordinación a la ética y a la metafísica.

Éthos (usos y costumbres de un grupo social) y *êthos* (en sentido de carácter, modo de ser), implican: el primero, regulación de conductas aprobando actos de costumbres y repudio de los comportamientos adversos, esto es, una espiritualización de la *praxis*, ya no en una normatización externa, sino que se trata de su valoración, de sus directrices. En cambio, en segundo lugar, el *êthos* con su sentido de morada, relacionándose con el *éthos*, importa morada de costumbre, morada habitual. Las costumbres se fundan en el carácter, interiorizándose.

Con el adjetivo "ético" se da a entender lo "racional", lo que se conforma con las "exigencias de la razón", lo voluntario, lo que se guía por su propio espíritu. No lo espontáneo, no lo autónomo (*simpliciter*). La conducta guiada por un criterio objetivo.

En un plano objetivo la ética es el saber que se dirige al bien, pero es también una singular codificación del comportamiento humano. Y no constituye una unidad como la ética filosófica o la teología moral, que son saberes por las causas. En realidad es un saber intuitivo, saber evidente, los principios primeros de la razón práctica, que se obtiene con la sola posesión de la inteligencia.

El saber jurídico, en todos sus tipos es un saber práctico, su objeto las acciones humanas, pero no todas sólo las sociales y que en él se estudian bajo la perspectiva de la justicia. Así los saberes jurídicos, sin perjuicio de sus principios propios, sólo pueden especializar su objeto a la luz de una ciencia que es superior y subalternante: la ética.

Entre ética social y saber jurídico hay una especificación entre el bien a buscar y el mal a evitar, el *bien* debido a otro y el *mal* de lo que es nocivo a otros, siempre bajo la luz de una ciencia que le es superior: la ética. Sin embargo no cabe una identificación o sometimiento absoluto de derecho y ética (eticismo jurídico), porque significaría confrontar el bien común, ignorando la relevancia de la seguridad jurídica, que es un interés de la justicia, pero que puede producir ocasionales violaciones de la justicia material.

Se podría estar tentado de situar al juez al servicio inmediato de la ley natural, de la que la ley positiva obtiene su índole jurídica. Debemos preguntarnos si la ley natural consiste en realizar en cada caso la justicia material, o más bien, en no perder de vista el sistema del ordenamiento jurídico considerado como un todo, en el cual tiene papel capital la seguridad jurídica (Arthur Fridolin Utz).

En busca de eliminar injusticias materiales, aparece la equidad (*sanatio ex aequitate*), pero antes que eso aparece un *positivismo judicial*: la aplicación –nominalista o situacionista– de normas *ad hoc*, formuladas en concurrencia con un juicio *de legibus* aun cuando la ley humana esté amoldada a la ley natural. Se ha incurrido en la paradoja de llamar derecho a la injusticia efectiva, a las sentencias contradictorias, a la rebelión de los jueces contra tal o cual norma positiva, prescindiendo de la consideración de su justicia o injusticia (Vallet de Goytisolo).

El Derecho Natural, merece destacarse entonces, porque es la instancia superior de control de la justicia de las normas y de las conductas, y se prolonga en la ley positiva. Al positivismo normativista –ese fundamentalismo laico siempre criticado–, la doctrina clásica del Derecho Natural no opone como respuesta otro modelo de positivismo: el judicial. Derrumbados los mitos del normativismo, se ha pensado en erigir otro mito: el de la doctrina del derecho libre, como alguien dijo “con impiedad”, una doctrina libre del derecho.

A la distinción entre la generalidad y la abstracción de las reglas naturales por un lado y, por otro, la singularidad de reclamar lo justo en concreto, lo que el derecho natural impone es un cambio gnoseológico común en doble sentido. No se observa la ley natural sin su aplicación a una cosa, por una parte, ni tampoco se realiza el derecho natural cuando, aprehendida la realidad singular, no se consideran las exigencias íntegras de esa ley natural.

Señalar puntos fundamentales, “es ya, como quiera que sea, arremangarse y ponerse en camino del debate y del combate por la verdad. El Derecho Natural precisa de filósofos, científicos, jueces, abogados, escribanos, registradores, gobernantes. Pero por encima de todo precisa de maestros que lo enseñen y difundan, para los conceptos profundos cuanto para los pequeños, “pues parodiando a Paulo Ferreira da Cuna, es de pequeño que se aprende a aprender el Derecho”.

ALFREDO BATAGGLIA

MUERTE Y SUPERVIVENCIA.

Scheler, Max, Madrid, Ediciones Encuentro, 2001; 92 págs.

La prematura e inesperada muerte de Max Scheler a los 53 años, en 1928, a causa de un ataque al corazón, interrumpió varios trabajos de este insigne filósofo. Uno de ellos, hallado en unos cuadernos que llevaban fecha de 1911 y 1916, publicado póstumamente en 1933, trata el tema de la muerte. Su única edición castellana data de 1934 y ahora se reedita por primera vez, con traducción de X. Zubiri.

Muerte y Supervivencia es una reflexión sobre la muerte y la vida, y la vida más allá de la muerte. Es un libro profundo, si bien breve. Su lectura nos ha traído muchas reflexiones. Quien se acerque a esta obra habrá de tener las suyas, esto es seguro. Nuestra tarea ahora es mencionar algunas de las de Scheler; sólo algunas, pues, pese a la brevedad del opúsculo, son ciertamente muchas las ideas que contiene. ¿A la luz de la experiencia humana, se puede creer en la supervivencia de la persona ocurrida la muerte? Esta es la pregunta que intenta contestar el libro.

La división de los temas que sigue no es la del autor. Al no haber estado listo el trabajo para su publicación, fue necesario agrupar las ideas que se tratan en distintos lugares de la obra. El ensayo presenta sólo dos partes, *Naufragio de la creencia en la supervivencia de la persona* y *Tipos de la creencia filosófica en la supervivencia personal*; y un *Apéndice*, que vuelve sobre los temas tratados.

Las que siguen son las reflexiones de Scheler.

Fe y supervivencia. Es un prejuicio de la opinión moderna, nacida de la ilustración intelectual, la pretensión de haber acabado o destruido por refutación los sistemas de creencias religiosas. Ninguna ciencia, por más avanzado que su estado sea puede ser causa de muerte de una religión. *Las religiones no se demuestran ni se refutan*; y, en todo caso, se da el fenómeno contrario: los fines que la ciencia se propone se hallan determinados por el contenido de las concepciones religiosas. En el cruce de ambas, es la religión la que influye sobre la ciencia y no ésta sobre aquélla.

En el campo religioso, la *supervivencia* de la persona es un hecho que no se discute. El hombre antiguo, religioso por naturaleza, era bien consciente de la muerte, y más aún, *vivía en vista de ella*. El hombre moderno, en cambio, por su modo de vida y la clase de sus ocupaciones *expele* la muerte de la zona clara de su conciencia, y no se preocupa por la vida de un más allá; es que al huirle al tema de la

muerte, paso previo a la supervivencia, se inhabilita para su aceptación. Así lo había dicho Pascal: *los hombres, no habiendo podido remediar la muerte, la miseria, la ignorancia, han convenido, para ser felices, en no pensar en ello.*

Vida y envejecimiento. La vida consiste en un *proceso de dirección* en el que se da un crecimiento de lo pasado a costa de la extensión de lo futuro. Bergson lo sugería con aquella metáfora según la cual *el pasado muere cada vez más fuertemente sobre el futuro*; y el hombre moderno en este proceso es víctima de la ansiedad y el escepticismo. La ansiedad le lleva a vivir aceleradamente; el escepticismo lo vuelve incrédulo. Busca “vivir a toda costa”, se consume en un *continuo apurar lo vivible*.

Este apuro por vivir es distinto en cada etapa de la vida. El presente se muestra para el niño como *una ancha y clara superficie del más abigarrado ser*; para el adolescente y el muchacho, en cambio, como *un ancho y claro camino que se extiende hasta perderse de vista, como un inmenso espacio libre en el cual el deseo, el anhelo, la fantasía dibujan mil figuras*. Por cada trozo o momento de la vida este espacio libre de vivir se angosta sensiblemente. Y esta vivencia, que está siempre ahí, constituye el fenómeno fundamental del *envejecer*; fenómeno que no existe para el mundo muerto. *Las cosas muertas no envejecen*.

La edad natural del hombre es algo muy distinto de esa artificial indicación numérica de los años vividos; es tan sólo la fracción de vida que ya ha vivido en relación con la muerte natural que ha de sobrevenirle. Sólo así es comprensible el que pueda decirse de alguien, con perfecto sentido: es mucho más joven de la edad que tiene (refiriéndose a la edad artificial), o, está muy viejo para sus años.

Muerte y experiencia. La muerte no es en nosotros un conocimiento empírico. Sin embargo, tenemos certeza de ella. ¿Cómo sabemos que tarde o temprano habremos de enfrentarnos con la muerte? ¿Sólo porque vemos morir a los demás? ¿O por algo interior? La muerte forma parte de la experiencia de toda vida, desde dentro y desde fuera. Toda nuestra conducta está signada por este hecho, todos los actos de nuestra vida llevan su impronta. Actuamos, conscientes o no de ello, *con miras a la muerte*, a punto tal que no podemos imaginar nuestra vida sin ella. No debe sorprendernos como una experiencia contingente, *como un muro contra el cual chocásemos*. La muerte no es algo que aparece contingentemente, sino que es un elemento necesario y evidente en la experiencia interna del proceso vital.

Existen diversas maneras y grados en que la idea de la muerte se da en el hombre, y según estas maneras se producen comportamientos: el miedo, el tranquilo aguardar, la entrega... y hay *oscurecimientos*, e *iluminaciones* de este saber la muerte. La *represión* es un modo de oscurecimiento, que puede ser *general y normal* o *particular* (y anormal); éste último es el del *hombre moderno*.

El primero, *normal*, es de gran utilidad vital, pues si tuviésemos siempre presente la muerte y el corto tiempo que vamos a morar aquí no le concederíamos ninguna importancia a los asuntos del día, a nuestros trabajos y a nuestras ocupaciones. Porque de aclararse la idea de la muerte, la serenidad que habita en el hombre sería imposible; de allí que el peculiar sentimiento de seguridad que anida en el hombre sea uno de los fenómenos más asombrosos que existen. Esta *oscuridad*, que parte de un *impulso vital*, es lo que permite aquel fenómeno que Scheler denomina *frivolidad metafísica*, e.d., *ese inquietante sosiego y jovialidad ante el grave e importante problema de la muerte*.

El segundo modo de represión, *anormal*, se da en el gran cuadro unitario del hombre occidental de Europa, *un hombre que vive para el trabajo y la ganancia*. Faenas que para el hombre antiguo estaban limitadas por las necesidades vitales, se convierten para el hombre moderno en *impulsos propios infinitos*. *Este hombre mide la generación, cuenta los hijos, su número se hace dependiente de la estructura económica; "pobre" significa para él "desesperado"; los hijos ya no son para él "el regocijo de los regocijos". Las relaciones humanas quedan signadas por la desconfianza. Las antiguas virtudes basadas en la lealtad y la fidelidad se fundan ahora en arbitrarios contratos. "Pensar" es ahora "calcular", y todos los valores vitales tienden a subordinarse, incluidos la moral y el derecho, a la utilidad y a la máquina. Su hábitat no es para este hombre el hogar orgánico y lleno de calor de antaño, sino un frío objeto de cálculo, algo que no es amado y contemplado, sino calculado y elaborado. Las cosas son un medio de canje para el dinero, no es el dinero un medio de canje para las cosas. En este contexto el poder es cada vez más una secuela de la riqueza. Todos estos impulsos han de fundamentar una nueva actitud interna ante la muerte. El resultado íntimo es la ilusión de una interminable continuación de la vida, cuyo correlativo sucedáneo es el *trabajar y ganar* sin fin, el llamado *progreso*, en el cual el progresar mismo se convierte en el sentido del progreso. A este hombre la muerte le sobreviene como una catástrofe. En el hombre antiguo, en cambio, la muerte era un poder rector y conformador de su vida.*

Muerte e inmortalidad del alma. La inmortalidad del alma no es algo que pueda demostrarse; simplemente porque es algo negativo y como tal no susceptible de demostración. La carga de la prueba recae entonces sobre quien afirma la muerte de la persona. Porque el no ver a la persona como tal no significa nada. *Invisible* es también en cierto sentido la persona en su íntegra conformación de materia y espíritu, y lo es —primero que nada— *el espíritu de la persona o la persona en tanto espíritu, aun cuando hablo con ella y cuando se expresa o me ve*. El que no la veamos después de la muerte quiere decir muy poco, puesto que nunca se puede ver a la persona (en su íntegra conformación) con los sentidos. *¿Sería una prueba contra su existencia el que la persona no fuese visible ni perceptible después de la muerte? No lo sería, porque no era visible ni perceptible ni siquiera durante su vida; éranlo solo sus piernas, sus músculos, su cabeza, etc. El que los fenómenos de expresión desaparezcan después de la muerte es una razón tan sólo para que yo no pueda entender a la persona; pero no una razón para suponer que no exista*. No está escrito en ninguna parte que la persona deba perdurar siempre, pero la falta de fenómenos de expresión no es un motivo para admitir que no perdure. Lo único que puede deducirse es que ha variado el “escenario” de su expresión. Un hecho cierto el de la existencia de ciertas relaciones *que no mueren* (“relaciones de sentido”). *La amistad puede dejar de existir si yo desilusiono al amigo o violo el lazo de amistad. Pero no se puede decir que eso acontecerá si yo muero. ¿Podrían los efectos de una bala o la calcificación de las arterias perturbar, anular o alterar estas relaciones de sentido? Esto solo puede ser negado por un positivismo y un biologismo que desconoce las cosas más elementales.*

Kant y Goethe. Kant justifica la supervivencia de la persona en la infinita tarea moral que el *imperativo categórico* plantea. Si se mira, a la vez, la finitud de la vida y la debilidad de las fuerzas humanas frente a esa tarea, se deduce una existencia personal después de la muerte para cumplir dicha exigencia. Este es el argumento kantiano en favor de la justificación de supervivencia. Goethe, menos formalista y más romántico, esgrime otro argumento, al que Scheler declara mayor simpatía. Funda la supervivencia de la persona en la conciencia inmediata del excedente de energía del espíritu, en la inadecuación entre la *afirmación infinita* con el *destino seguro y claro de un cuerpo que envejece*. “Aquéllos que no esperan en otra vida están también muertos para ésta”, podría decir el gran escritor con Lorenzo de Médicis, señala Scheler; o en las propias palabras de Goethe: “*Este*

pensamiento (de la muerte) me deja absolutamente tranquilo, porque tengo la persuasión firme de que nuestro espíritu es una esencia de naturaleza indestructible, es algo que continúa actuando por una eternidad de eternidades, semejante al sol, que parece ponerse solamente ante nuestros ojos terrestres, pero que en realidad no se pone nunca, sino que continúa brillando incesantemente”.

JAVIER H. BARBIERI

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO.

**Álvarez Londoño, Luis Fernando S.J., Santafé de Bogotá.
Pontificia Universidad Javeriana, 1998, 540 págs.**

La presente obra, cuyo autor es Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, sita en Santafé de Bogotá, constituye un nuevo aporte para el estudio del Derecho Internacional Público (DIP), tan necesario para el habla castellana.

Su contenido parte del estudio de las características del DIP que, como bien afirma el autor, lo hacen un derecho “peculiar y difícil (no obstante su importancia en el mundo contemporáneo)...”(pág. 32).

Álvarez Londoño ubica este Derecho dentro de las ramas del Derecho, una de ellas entonces es, el DIP.

La problemática de su ubicación como rama, continúa con las definiciones propuestas para demarcarlo, las cuales permiten obtener perspectivas muy disímiles según el ángulo desde el cual parte su definición, dichos ángulos de referencia autorales son: según los destinatarios o Sujetos, según la materia o contenido, y, según la técnica de producción o fuente dimanante o creadora. De las tres propuestas la tercera nos ofrece un interrogante atento que el DIP sería un “conjunto de normas para un momento dado y que, sin tener en cuenta el objeto ordenado y el sujeto obligado, se ha convertido, como consecuencia de un procedimiento, en internacional”(pág.33), es decir, el procedimiento creador soslayaría a nuestro entender el objeto y los Sujetos al cual estaría destinado. Nos queda –decíamos– el interrogante sobre quiénes serían los que ponen en marcha el “procedimiento creador” si no son los propios Sujetos. Por ello es que entendemos que según la definiciones propuestas será la visión que se tenga de esta materia, tan “peculiar y difícil” por cierto, en especial, para la llamada América Latina.

Tras enumerar a los Sujetos de DIP y la evolución del contenido, resulta interesante el mencionar la temática del fundamento, tema por cierto olvidado o dejado de lado por otros autores.

Continúa con el estudio de las fuentes, e ingresa en la "competencia internacional del Estado" o poder jurídico conferido o reconocido por el DIP, en sus dos vertientes, sobre las personas y sobre el territorio. Luego, la "Solución de conflictos" en forma pacífica o mediante el recurso del uso de fuerza, tema que antecede el final de la obra con el capítulo sobre "Hacia una Moral Internacional".

Moral Internacional que lo lleva a ponderar el papel internacional de las organizaciones internacionales sobre los Estados (entendidos éstos según nuestro parecer –atemporalmente– como sociedades perfectas para el logro del Bien Común). Ellas tendrían que ser las que deben trabajar para el interés común por encima de los intereses particulares, respetando la individualidad de los pueblos (pueblo como célula constitutiva de la humanidad).

Esta conclusión es derivada de su pensamiento "Si se quiere evitar los argumentos ideológicos, los desenfrenos del poder, los temores estratégicos y las presiones de las potencias, es necesario definir el *principio de la jurisdicción obligatoria para todas las diferencias, tanto políticas como jurídicas*, y darle a las organizaciones internacionales los medios para asegurar su ejecución forzosa. Sólo así será posible pasar de un estado de no guerra o una estado de paz; pues una situación sostenida en la fuerza dirigida hacia la operación y los procesos de las *relaciones entre los Estados* únicamente permite una disuasión y una estrategia" (pág.289, el resaltado nos pertenece).

Completan el libro, siete Anexos portantes de Tratados Internacionales de especial relevancia: la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (I), sobre el Derecho del Mar (II), sobre Relaciones Diplomáticas (III) y Consulares (IV), Carta de las Naciones Unidas (V), Estatuto de la Corte I de Justicia (VI) y Carta de la Organización de Estados Americanos (VII) cuya versión –post edición– fuera ordenada según sus cuatro Protocolos de Reformas.

Por último, la próxima presencia del autor en nuestra Universidad con motivo de la realización de las *Jornadas sobre los Derechos Fundamentales de la Persona Humana*, entre la Universidad Lateranense y nuestra Casa hacen más que oportuna la difusión de su obra.

LILIA R. Y V. DE HUBEŇÁK

LOS TALIBÁN. EL ISLAM, EL PETRÓLEO Y EL NUEVO “GRAN JUEGO” EN ASIA CENTRAL.

Rashid, Ahmed, Barcelona, Península, 2001, 375 págs.

Ahmed Rashid, periodista del *Daily Telegraph* y de la *Far Eastern Economic Review* se ha convertido en los últimos años en uno de los periodistas más conocidos –y reconocidos– del mundo por la circunstancia de haberse especializado en el Asia Central. Profundo conocedor de la problemática de Afganistán, Irán y de las nuevas “naciones” centro-asiáticas, surgidas del desmembramiento de la Unión Soviética, los acontecimientos del último lustro le han colocado en la primera fila internacional, incluyendo en lengua española, sus colaboraciones en *El País* o *La Vanguardia*. Con posterioridad al libro que estamos reseñando ha publicado un estudio sobre la *yihad*, convertido en *best-seller* con motivo de la reciente guerra de Irán y al que esperamos referirnos en una próxima oportunidad.

En este libro –que continúa su ya reseñado análisis sobre el resurgimiento del Asia Central– Rashid analiza cuidadosamente –y con conocimiento intelectual y en el lugar– la temática que desencadenó la invasión americana del Afganistán.

En primer lugar se refiere a los *talibán* –término que significa “estudiosos del Islam”– cuyas raíces –en las *madrasas* del Paquistán donde se formaban los *muhahidin*– y al desarrollo histórico desde el final de la guerra contra los soviéticos, que explica detalladamente, como también la experiencia adquirida durante sus estadías en el lugar, que incluyen entrevistas con sus “exóticos” líderes como el enigmático –y semi ciego– *mullah* Muhammad Umar, una especie de *Jusmaini* (Khomeini) afgano o con Ahmad Shah Masud, el “león de Panshir”. No están ausentes en la explicación tanto la problemática del trato a las mujeres, como los negocios de la droga –con la nueva mafia rusa– y la compraventa de armas.

El autor explica cómo “la aparición de los talibán coincidió con una yuxtaposición histórica afortunada, en la que la desintegración de la estructura de poder comunista era total, los dirigentes *muhayidín* estaban desacreditados y el liderazgo tribal tradicional había sido eliminado. Era relativamente sencillo para los talibán barrer los pocos restos del viejo liderazgo pashtún que quedaban” (pág. 152).

Una referencia aparte merece su análisis de las verdaderas vinculaciones entre los *talibán* y el complejo mundo del Islam, tan interesadamente simplificado en la prensa internacional relacionada con el “pensamiento político correcto” y tan “sencillamente complicado” en la vida cotidiana organizada por estos grupos cuando ejercieron el poder.

En la tercera parte el autor profundiza los acontecimientos que se producen en el Asia Central y que denomina “el gran juego”, cuya pieza fundamental ya eran los oleoductos de petróleo, donde no está ausente la empresa argentina Bidas. El propio Eltsin había declarado “Vemos sin poder evitarlo el tumulto que se arma en ciertos países europeos por los recursos energéticos del Caspio. Algunos tratan de excluir a Rusia del juego y socavar sus intereses. La llamada guerra de los oleoductos en la región forma parte de ese juego” (pág. 238). El Asia central es el punto fuerte de Rashid y en él surgen con nitidez los diferentes actores –y sus complejas jugadas– Rusia y sus “antiguos satélites” del Asia Central, Turquía, Paquistán, los Estados Unidos de América, Irán y la Arabia Saudí. A un lector ingenuo de nuestros días sorprendería la ausencia de Iraq, que para el autor tampoco parece vinculado al yemení-saudí *Usama ibn Ladin* (Osama ben Laden) y a su grupo *al-Qaidah*, ni a los talibán –incentivados por la C.I.A.– que le dieron acogida en tierras afganas.

Quedan por añadir interesantes apéndices con algunos decretos de los *talibán* al asumir el poder, cuadros de su estructura y ubicación de sus dirigentes, una cronología detallada de su acceso al poder hasta octubre de 1999 y una lista de los gasoductos –y empresas– en la región. Finalmente completa el libro una sucinta, pero bien seleccionada bibliografía.

Antes de terminar no puede omitirse una referencia específica a la diferente reacción que produce la lectura de un libro de estas características, apenas tres años después de haber sido escrito, a causa de la “aceleración de los signos de los tiempos”, que nos toca vivir y que cambian acentuadamente –y separan notablemente– la perspectiva tanto del escritor como del lector.

Hoy podemos comprobar como la intervención armada norteamericana al desmontar el “régimen puritano y fundamentalista de la *sharia*” que crearon para contener a los soviéticos, sólo logró evidenciar las múltiples disputas étnicas y religiosas preexistentes en Afganistán, conocido por sus ocupantes ingleses como “el reñidero de Asia”.

Un libro que –pese al escaso tiempo transcurrido desde su primera edición–, no puede dejar de leerse para tratar de entender con “algo de exactitud” la complejidad de la trama que sacude las tierras que conquistara –hace tantos siglos ya– únicamente, Alejandro Magno.

FLORENCIO HUBENÁK

NEGOCIANDO CON PRÍNCIPES.

De Callières, François, Madrid, La Esfera de los libros,
2001, 206 págs.

François de Callières –el autor– nació en 1645 en el castillo de Cherburgo, integrando una de las múltiples familias de la pequeña nobleza provincial francesa del siglo XVII, que logró hacer carrera en el siglo de Luis XIV.

Ya su padre había alcanzado, con su esfuerzo y habilidad, el cargo de mariscal de “los nacientes” ejércitos del Rey en tiempos de Richelieu.

Los datos biográficos del autor, necesarios para la comprensión de este libro, nos muestran claramente a un hombre que fue lentamente “escalando” posiciones en la estructura burocrática –y diplomática– de la corte del Rey Sol, convirtiéndose en un típico ejemplo del cortesano.

Así le encontramos en la década de los setenta, a los treinta y cinco años de edad, negociando con éxito la candidatura del Jan Sobieski al trono de Polonia y luego, al servicio del conde Mortin, trasladado a París se convirtió en un “hombre de moda” y evidentemente culto y relacionado, hay que en 1689 Richelieu le incorpora a su selecta creación intelectual: la Academia Francesa. En ella debutó dando a conocer un léxico para cortesanos, en la línea iniciada por el recordado Baltasar de Castiglione un siglo antes.

De allí en más lo encontramos repartiendo su tiempo entre los escritos de “modelos de cortesía”, heredados de su padre y la significativa actividad diplomática que le lleva a negociar la coronación del nieto de Luis XIV como rey de España (Felipe V), firmando el renombrado tratado de Ryswick en los Países Bajos. Su éxito le valió ser designado secretario de gabinete y en función de tal redactó *De l'utilité des Négociations, du choix des Ambassadeurs et des Envoyés, et des qualités nécessaires pour réussir dans ces, emplois*, ahora publicado por vez primera en castellano bajo el nombre de *Negociando con príncipes. Reglas de la diplomacia y el arte de la negociación*.

La obra, en la que se nota la influencia de Maquiavelo –y también del español Gracián– es un claro resultado de la experiencia de haber compartido veinticinco años al lado de Luis XIV, uno de los monarcas más renombrados de la historia, aun por el cáustico Voltaire. Callières pretende, por un lado defender la importancia de una elite dirigente –y culta– en la Corte, como por otro lado aconsejarle cómo deben actuar para lograr los objetivos necesarios a “la razón de Estado”: la mayor gloria del Rey.

Si para muestra basta un botón, transcribamos, casi al azar, este párrafo: “Una de las cualidades esenciales de un buen negociador es saber escuchar con atención todo lo que se le dice y responder exactamente a lo que se le pregunta, sin manifestar todo lo que sabe o lo que desearía decir. Hay que comenzar hablando del tema hasta sentar las bases del mismo, eligiendo cuidadosamente las palabras y regulando la conducta acorde a lo que se fuere sabiendo mediadas las respuestas del interlocutor, por sus gestos, tono, modales o demás aspectos que pudiesen ayudar a descubrir los pensamientos o los planes del mismo. Tras haber esbozado claramente la situación y haber captado el alcance de la inteligencia, las pasiones y los intereses de su interlocutor, el negociador empleará estos conocimientos en llevar paso a paso las negociaciones hasta el fin que se hubiere propuesto. Uno de los secretos mayores del arte de negociar es saber destilar gota a gota –por decirlo de esta manera– en la inteligencia de las personas con las que se negocia, aquello de lo que se estuviese interesado en persuadirlas. Infinidad son los hombres que jamás se decidirían a participar en una empresa, por ventajosa que ésta resultase para ellos, si se les presentaran todos los pormenores de la misma con todas sus implicaciones; y que en cambio colaborarían gustosos en igual hecho si se les fuera convenciendo poco a poco, porque el primer paso les llevaría a aceptar el segundo, y así sucesivamente” (págs. 132/3).

La lectura de esta obra –amena y meticulosa– resulta altamente aconsejable a quien desee incursionar en el campo de la diplomacia, pero es también un claro reflejo de la costumbres cortesanas y del “espíritu” del siglo de oro francés.

FLORENCIO HUBENÁK

RUSSIA ADDIO. COME SE COLONIZZA UN IMPERO.
Chiesa, Giuletto. Roma, Riuniti 2000, 279 págs.

El autor es indudablemente uno de los periodistas más entendidos en la temática rusa contemporánea, a la que ha dedicado casi dos décadas. Ha sido corresponsal de *Stampa* en Moscú desde 1999 en su carácter de *fellow* del *Wilson Center* y agregado del *Kennan Institute*, habiendo presenciado personalmente –y desde un lugar privilegiado– “la caída de la Unión Soviética”, narrada en obras suyas como *Cronaca del golpe rosso* (1992), *Da Mosca* (1993) y *Roulette russa* (1999).

Este libro –de alguna manera continuación de los anteriores– se ocupa de analizar detalladamente el controvertido –y hoy casi olvidado– gobierno de Eltsin, el hombre internacionalmente popularizado por un montaje fotográfico que le mostraba subido en un tanque para detener el golpe militar de agosto en la URSS.

A través de doscientas ochenta páginas el renombrado periodista italiano va mostrando pocos conocidos aspectos del gobierno del “hombre fuerte” que “rescató” a Rusia de la debacle de la Unión Soviética.

Así por ejemplo, en el segundo capítulo explica el “curioso operativo” de un grupo de publicistas norteamericanos (Moore, Gorton y Shumate) que trabajaron en Moscú, en la campaña electoral de 1996 para salvar la presidencia de Eltsin, que interesaba al gobierno norteamericano, ante el riesgo del regreso de dirigentes comunistas anticapitalistas (Zhuganov). Hace pocos años –con el cambio de gobierno en los USA –el secreto anticipado por Michael Kramer en *Time* se difundió al filmarse una película con J. Goldblum que narraba –públicamente– el tema.

El autor dedica un especial atención al equipo de colaboradores de Eltsin (Berezovski, Chubaj, Burbulis, Chernomyrdin, Gusinskiy y la inolvidable –y poderosa– Tatiana Eltsin, la “descubridora” del actual presidente Putin) –más interesados en ingresar en el mercado capitalista globalizado que en los intereses nacionales de Rusia– y sus curiosas interrelaciones con la nueva mafia rusa, nacida de la “mano de obra desocupada”.

El autor, al referirse a las nuevas empresas que intentan monopolizar la economía rusa, habla de las “magníficas siete” y cuenta algunos de sus “negociados”.

Tampoco es ajeno al contenido del libro el problema de Chechenia y la necesidad de recurrir al general Aleksandr Lebed, “héroe de la guerra afgana” para resolver la cuestión, en las vísperas electorales (pagado con la gobernación de la inagotable Siberia). Los ataúdes de soldados “muertos en guerras en el exterior” son tan peligrosos en los Estados Unidos norteamericanos como en Rusia.

Chiesa no duda de que Eltsin contó con el apoyo total norteamericano –interesado en dismantelar la URSS–, contra la opinión de quienes sostuvieron que su apoyo provenía de Alemania, inclinándose por el “americanismo” de Gorbachov. Y la información que aporta en este libro hace difícil desmentir su afirmación.

Pero el autor no duda en afirmar que “todo esto que pasó es el fruto de la clamorosa colusión de intereses entre el mundo de las grandes finanzas occidentales y la banda de *gangsters* que tuvieron Rusia en sus manos en estos años” (pág. 253).

La caída de la Unión Soviética trajo aparejada la festejada desaparición de los soviétólogos, pero de ninguna manera la desaparición de Rusia, más bien –en nuestra opinión– su renacimiento. ¡Los tiempos dirán!; pero por las dudas conviene mantenerse informado. Este es un buen libro para ello.

FLORENCIO HUBEŇÁK

**IL MITO DELLA NUOVA TERRA. CULTURE,
IDEE E PROBLEMI DELL'AMBIENTALISMO.
Livorsi, Franco, Milano, Giuffre, 2000, 545 págs.**

Mucho se habla –y menos se escribe– en los últimos años sobre la problemática ecológica o ambiental, pero la mayoría de los artículos periodísticos u opiniones se refieren a aspectos concretos de la deprecación que el sistema industrial-capitalista está produciendo en nuestro “planeta tierra”.

Este libro, en cambio, estudia la temática desde una óptica ideológica o política, pero acentuadamente mítica (la *nuova terra*). Su autor es profesor de Historia de las doctrinas políticas en la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad de Milán, habiéndose, además, especializado en psicología. A su vez es autor de una decena de libros, entre los que resaltamos *Utopia e totalitarismo. George Orwell, Maurice Merleau-Ponty e la storia della rivoluzione russa da Lenin a Stalin* (1979), *Stato e libertà. Questioni di storia del pensiero politico* (1992) y *Politica e Istituzioni. Lessico* (1996).

Señalemos en primer lugar que resulta difícil reseñar un libro de estas características en el escaso espacio disponible, ya que su interés y poco conocida temática tentarían a transcribirlo. Pero no siendo esa nuestra función, observemos que Livorsi intentó escribir una obra aclarando las intenciones del Partido Verde en Italia y Alemania –última parte de este texto– y terminó explicando las raíces –aún míticas– de la ecología, que denomina el *mito de la nueva tierra*.

En el primer capítulo expone detalladamente la opinión de los distintos autores que, desde el siglo XVIII se ocuparon –aunque sea indirectamente– de esta cuestión. La sola búsqueda del material justificaría este libro.

En el siguiente se ocupa del “espíritu” de la revolución poscapitalista, para continuar con el materialismo científico.

A partir del capítulo cuarto encontramos el eje de las ideas que maneja el autor sobre “la sacralización” de la Naturaleza desde “el mito del buen salvaje”, de Dionisios o de “la Madre Tierra” hasta el eclipse ambientalista de la post- segunda guerra mundial. A través de seis capítulos desfilan las ideas de autores presuntamente tan dispares como Francisco de Asís, Marsilio Ficino, Giordano Bruno, Wilhelm Leibnitz, Jean-Jacques Rousseau, J.W. Goethe, Henry Thoreau, Alexander Humboldt, Henri Bergson, unidos por un enfoque ambientalista.

El autor no duda de que la ecología resurge con fuerza en las últimas décadas, y entre una serie de nombres –y sus ideas– nos resultan más conocidos Konrad Lorenz, Edgar Morin, Hans Jonas y Fritjof Capra como representantes de la que llama “ecología profunda”, más que el polifacético Jeremy Rifkin o el exótico Vandana Shiva en sus ecologías “social” y “religiosa” respectivamente.

Respecto al siglo XX, además del análisis de las ideas, proporciona el nombre de una serie de autores y obras que puede resultar útil agregar: Rachel Carson (*Silent Spring*, 1962, *The Edge of the Sea*, 1979, *Under the Sea Wind*, 1996), el conocido ex vicepresidente americano Al Gore (*Earth in the Balance. Ecology and the Human Spirit*, 1993), Barry Conmoner (*The Closing Circle*, 1971; *The poverty of power, energy and economic crisis*, 1976), Ivan Ilich (*Deschooling society*, 1971), Murray Bookchin (*The Ecology of Freedom*, 1982), James O'Connor (*Capitalisme, Nature, Socialism*, 1988), Konrad Lorenz (*Los ocho pecados capitales de nuestra civilización*, orig. alemán 1974, hay edic. cast.), Edgar Morin y Anne Brigitte Kern (*Terre-Patrie*, 1993), Hans Jonas (*La religión gnóstica*, orig. alemán 1958, hay edic. cast. Trotta y otras obras filosófico-teológicas no traducidas al castellano incluyendo *Il concetto di Dio dopo Auschwitz. Una voce ebraica*, edic. 1990), Bill Devall y George Sessions (*Deep Ecology: Living as if Nature Mattered*, 1985), Arne Naess (en su versión inglesa del noruego: *Ecology, Community and Lifestyle: Outline of an Ecosofy*, 1976), Fritjof Capra (*The turning Point. Science, Society and the Rising Culture*, 1982 y *Uncommon Wisdom. Conversations with remarkable People*, 1988), Jeremy Rifkin (*The End of Work. The Decline of the Global Labor Force and the Dawn of the Post-Market Era*, 1995; *The Biotech Era*, 1998) y Vanda Shiva (*Monocultures of the Mind. Perspectives on Biodiversity and Biotechnology*, 1993; *Biopiracy. The Plunder of Nature and Knowledge*, 1997).

Un último capítulo dedicado a los problemas del ambientalismo contemporáneo con una serie de sugerencias interesantes y opinables –como ser la panacea de todos los problemas del mundo actual, la

buscada religiosidad laica, el nuevo paradigma—, cierran este erudito estudio que interesará no sólo —ni fundamentalmente— al hombre preocupado por su medio ambiente, sino al intelectual deseoso de incorporar un área de pensamiento socio-político casi desconocida.

El autor expone la conclusión de que “la naturaleza no solo político-social, sino también cultural, espiritual y religiosa del movimiento ambientalista contemporáneo, encuentra comprendida su expresión política en los Verdes de todo el mundo (al menos en la medida en que sean diversos de los tradicionales grupos progresistas de la izquierda” (pág. 338). No podemos dejar de señalar que en el trasfondo se respira una “atmósfera” *New Age*, al menos en algunos de sus aspectos y expositores [Cfr. nuestro: *Raíces ideológicas de la New Age*, en: *Ideas e imágenes*. 3- 125, La Nueva Provincia del 21-XII-1995].

Finalmente una excelente bibliografía le permitirá el acceso a material complementario de primer nivel para avanzar en cada uno de los aspectos y autores desarrollados.

FLORENCIO HUBEÑÁK

**EL DRAGÓN ANTE EL HURACÁN. RETOS
Y ESPERANZAS DE CHINA ANTE EL SIGLO XXI.
Fanjul, Enrique, Madrid, Biblioteca Nueva. 1999, 225 págs.**

Ya lo señalaba claramente Napoleón en el siglo XVIII al afirmar: “cuando China despierte, el mundo temblará”. La mayoría de los analistas americanos que programan el futuro “Imperio global” pronostican que ésta estará en condiciones de ser potencia mundial —al menos a nivel económico— hacia la segunda década del siglo XXI. Es conocida la tesis de que “la guerra por el petróleo” y el dominio del “Asia central” (ex soviética) tiene directa relación con el futuro abastecimiento del petróleo —o estrangulamiento petrolero— a China.

Por estos carriles circula esta obra de Enrique Fanjul, que no es un sinólogo internacional, sino un hombre experimentado en las cuestiones de la China, donde ha vivido durante varios años como consejero comercial de la Embajada de España, asistiendo activamente a las profundas modificaciones que se han producido en las últimas décadas. Su vívida experiencia le ha llevado a escribir previamente otros

dos libros: *Reforma y crisis en China* (Arias Montano, 1991) y *Revolución en la revolución. China del maoísmo a la reforma* (Alianza, 1994).

En este caso Fanjul comienza remarcando que “se ha dicho, y creo que con razón, que el cambio económico que se está registrando en China es la mayor revolución económica de la Historia, en el sentido de que nunca ha habido un colectivo tan grande de población que haya mejorado en forma tan intensa sus condiciones materiales de vida en un período de tiempo tan corto” (pág. 11).

El autor comienza explicando por qué —en su experimentada opinión— China no va a estallar, analizando, luego, el estilo —peculiar— de la reforma llevada a cabo en dicho extenso país, mediante una apertura económica zonal y limitada para aplicar la llamada “economía de mercado socialista”, como también una reforma paulatina de los cuadros intermedios del Partido, para lograr una nueva dirigencia “tecnocrática”, bajo la mirada experimentada y cautelosa de Deng Xiao-ping, el nuevo Mao.

Fanjul asimismo reflexiona si China es un peligro para el mundo, llegando a la conclusión de que la tradicional prudencia “confuciana” —prevista por Kissinger en su momento— llevará a los chinos a integrarse al sistema (?) y —agrega— que hay que colaborar en esa dirección.

De no menor interés es su análisis del papel unificador y modernista cumplidos por Mao y Deng en la China contemporánea, acentuando el pragmatismo —propiamente chino— del segundo que reemplazó la célebre frase maoísta de “no regalar pescado sino enseñar a pescar” y “hay que gobernar poco pero mal” por “poco pero bien”.

Finalmente merece un párrafo especial el capítulo final en que se estudia la conocida “matanza” de la plaza de Tiananmen, especialmente interesante por tratarse de las consideraciones de un testigo. De primera impresión cabe rescatar que los gobernantes tomaron conciencia del “costo social” de una reforma económica como la emprendida, sin olvidar los riesgos políticos sufridos en situaciones cercanas por Gorbachov en la cercana URSS. A la vez adoptaron medidas económico-sociales destinadas a morigerar dicho costo, como también cambiaron a los responsables más comprometidos de la elite dirigente (“los cabeza de turco”) como el secretario Zhao Ziyang por Jiang Zemin, secretario del Partido en la “reformista” Shangai y ajeno a los sucesos; recientemente “jubilado” por la línea más joven de la dirigencia. Sobre la crisis Fanjul concluye que “pocos años después de la crisis de Tiananmen, todo parecía indicar que ésta en gran medida

había sido olvidada por el pueblo. La apariencia de China había vuelto a la normalidad: se entraba en una nueva fase de auge de la reforma, la actividad económica volvía a ser frenética” (p. 221).

En cuanto a los comentaristas “catastróficos” el autor prevé: “No pienso que China vaya a estallar, ni creo que se vaya a desintegrar territorialmente. Tampoco preveo que se

puedan producir cambios fundamentales, al menos a medio y corto plazo, en su sistema político. El Partido Comunista seguirá siendo, durante un largo período de tiempo, el eje central del poder político” (pág. 14). Sobre el particular me atrevo a sugerir las reflexiones escritas el 17 de febrero de 1987 (¿Son marxistas los dirigentes chinos?, en: *Ideas e imágenes*. La Nueva Provincia).

La obra, sumamente ágil y amena, ilustra con conocimiento del tema, sobre los grandes cambios vividos en la sociedad china, especialmente en sus aspectos políticos y económicos y sugiere cuál es el futuro hacia el que marcha lenta, paciente –pero seguramente– el antiguo “Imperio del Medio”.

FLORENCIO HUBENÁK

UNA STORIA DELLA GIUSTIZIA.

Prodi, Paolo, Bologna, Il Mulino, 2000, 500 págs.

El autor –conocido de estas páginas por la reseña de otras de sus importantes obras como *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'Occidente* (1992) e *Il sovrano pontefice* (1998)– se desempeña en la cátedra de Historia Moderna en la Facultad de Letras y Filosofía de la Universidad de Bologna, habiendo estudiado con prestigiosos historiadores como Hubert Jedin y Delio Cantimori, e investiga en el Istituto Storico Italo-germánico en Trento, especialmente temas vinculados con las relaciones entre Iglesia y Estado.

En esta oportunidad nos referimos a su estudio sobre el desarrollo del concepto de justicia a través del tiempo, que subtitula *Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*.

En esta obra Prodi, retomando ideas ya desarrolladas en su citado *Il sacramento del potere*, realiza un sugestivo análisis dialéctico entre las normas jurídicas y las morales (“leyes de Dios” y “leyes de los hombres”) a través del desenvolvimiento temporal de la cultura occidental.

Partiendo de la tradición judeo-cristiana, encarnada en la Iglesia, el autor destaca el equilibrio logrado en la Modernidad, tanto en el área católica como en la protestante, entre ambos enfoques de la justicia.

A través de un largo derrotero –de quinientas páginas–, partiendo de la justicia vetero y neo-testamentaria, analiza el nacimiento de la ética en Abelardo y la importante elaboración eclesiástica –moral y jurídica– de la *poenitentia* como sacramento y encuadre de la justicia durante los tiempos “medievales”.

Más adelante ingresa en los aspectos jurídicos de los derechos natural, romano y penal (público), remarcando las diferencias entre el derecho canónico y el civil, temas que le permiten incursionar, con buena base, en el controvertido tema del conflicto entre “ley y conciencia”. Frente a esta cuestión analiza las respuestas evangélico-reformada y católico-tridentina, donde pecado y delito se entremezclan y diferencian a la vez.

Avanzada la Modernidad, el autor señala la importancia de la norma como “derecho de la moral” en la mejor línea kantiana, base del positivismo moderno para, desde allí, abordar el análisis de la “moral del derecho” “sacralizado” por el Estado.

Un capítulo de sugerentes conclusiones es la resultante de este ameno –y erudito– viaje a través de una historia de la justicia que, a diferencia de la mayoría de los textos, elude holgadamente el encierro positivista. Una obra que merece ser leída y meditada.

FLORENCIO HUBEŇÁK



Este libro se terminó de imprimir
en el mes de octubre de 2003
en IMPRESIONES SUD AMERICA
Andrés Ferreyra 3769 - Capital Federal
Edición de 1.500 ejemplares