

# VERSIÓN TAQUIGRÁFICA

BUENOS AIRES – 8 DE OCTUBRE DE 2019

## REUNIÓN DE LAS COMISIÓN DE JUSTICIA Y ASUNTOS PENALES

---

SALÓN EVA PERÓN – SENADO DE LA NACIÓN

- *En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el Salón Eva Perón del H. Senado de la Nación, a las 14:12 del martes 8 de octubre de 2019:*

**Sr. Presidente (Guastavino).**- Buenas tardes. Vamos a dar comienzo a la reunión de senadores de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales.

Vamos a continuar con el tratamiento del nuevo Código Penal, para lo cual hoy tenemos cinco invitados.

Señora locutora...

**Locutora.**- Cómo no, señor presidente.

Convocamos, en primer lugar, al estrado al doctor Nelson Ramón Pessoa. Si es tan amable, doctor.

- *Ingresa al estrado el señor Pessoa.*

**Locutora.**- A través de este encuentro, que es transmitido a través de nuestra señal, Senado Televisión, les comentamos que el señor Nelson Ramón Pessoa es profesor titular de Derecho Penal de la Universidad Nacional del Nordeste; juez de la Cámara en lo Criminal número 2 de la ciudad de Corrientes; autor de las siguientes obras: *La tentativa. Distinción entre actos impunes y actos de ejecución de delitos; Delito imposible y Teoría de la unidad y pluralidad delictiva*, entre otras obras destacadas.

Doctor Nelson Ramón Pessoa, le damos la palabra.

**Sr. Pessoa.**- Muy buenas tardes.

En primer lugar, quiero agradecer a la Comisión de Legislación Penal del Senado, en la persona de su presidente, a los señores senadores de la Comisión, a los señores asesores, a los ilustres colegas que me acompañan esta tarde, a los fines de plantear algunas reflexiones en torno al proyecto de Código Penal.

Antes que nada, quisiera señalar una cuestión para poner de manifiesto la perspectiva desde la que pienso el mundo del Derecho Penal. Siendo muy joven, yo me formé en una línea teórica que fue diseñada por el profesor de Bonn, el profesor Hans Welzel. Él formó una escuela; y, tal vez producto de mi edad –en ese momento, si ustedes me permiten, era la moda–, yo me formé en esa escuela.

Yo creo en el modelo teórico del profesor Welzel y Kaufmann; pienso desde allí. No desconozco que con posterioridad a estos maestros alemanes se ha gestado una muy sólida construcción teórica en Alemania y en Europa –todos conocemos la producción de Roxin, de Jakobs, de Hirsch–, pero sigo pensando en el modelo de Welzel.

Hecha esta aclaración, cuando leía el proyecto y, especialmente, la exposición de motivos, había una aclaración que decía que se tomó como base el código vigente de 1921. Me parece una buena idea. Personalmente, creo que el código vigente, el proyecto de 1921 –obra de Moreno, Rivarola, Jofré, de los grandes juristas de ese momento–, es un muy buen Código Penal. Es un código austero, pero de reglas que personalmente creo que no están superadas, y voy a hacer mención a algunas de ellas.

Sobre ese texto de 1921 se hizo la construcción dogmática de dos grandes maestros del Derecho Penal argentino: Sebastián Soler y Ricardo Núñez, dos grandes maestros. Yo creo que hay muchos momentos de la obras de estos dos juristas que no fue superada en Argentina.

Hecha esta pequeña aclaración, quisiera señalar también que los códigos penales básicamente tienen un conjunto de reglas básicas sobre las que se construye, llamémosle así, la responsabilidad penal. En general, las leyes penales

establecen lo que podríamos llamar el conjunto de condiciones o requisitos básicos que deben darse para que haya la responsabilidad penal. Eso, en términos teóricos, se llama delito.

El delito, según hoy decimos en el ámbito del Derecho Penal, está dado por un conjunto de condiciones: acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Pero, afortunadamente, las leyes penales no dicen eso, no dan esa definición. Lo que las leyes penales consagran es un conjunto de reglas de las cuales se infiere esa idea, esa exigencia. En consecuencia, generalmente, las leyes penales establecen causales donde esos requisitos no se dan, de manera que por vía de inferencia tenemos que construir conceptualmente cuáles son los requisitos.

La ley penal enumera, en el artículo 34 de nuestro código, las causas por las cuales no hay responsabilidad penal. Y de ellas inferimos básicamente cuáles son las condiciones que deben darse para que haya responsabilidad penal; obviamente, sin prescindir del texto constitucional.

En función de eso, quiero tomar el artículo 34 del proyecto, que ha mantenido, digamos así, el texto hoy vigente. No obstante eso, se hacen algunas modificaciones, y en torno a eso quisiera plantear algunas ideas, que son básicamente las siguientes.

Creo conveniente que se introduzcan en el proyecto dos causales que eximen o que eliminan la responsabilidad penal, que son lo que se llama hoy en teoría penal –y tiene un alto grado de consenso tanto en doctrina como en jurisprudencia– el error de tipo y el error de prohibición. Creo que es conveniente que lo tenga.

He visto que en el artículo 34, inciso 1), del proyecto se elimina el error de hecho, que había generado justamente una discusión en virtud de la cual se eliminaba –se decía– la posibilidad del llamado error de derecho. En consecuencia, considero que es conveniente que se incluyan dentro del artículo 34, como dos causas que eximen de responsabilidad penal, el error de tipo y, luego, el error de prohibición.

En consecuencia, sugiero que se tome como base... El primer código que introdujo esto es el Código Penal alemán, y a partir del Código Penal alemán, se comenzó a difundir esta idea de tener el error de tipo y el error de prohibición.

En Paraguay, el profesor Wolfgang Schöne, que es un discípulo de Armin Kaufmann, redactó justamente el Código Penal de Paraguay, y allí se introducen estas dos causales que eximen de responsabilidad penal: el error de tipo y el error de prohibición.

Dicho en un lenguaje muy simple, muchas veces no sabemos lo que estamos haciendo. Yo puedo matar a una persona creyendo que es un animal, que es un oso, y en este error –llamémosle así– yo llevo a cabo la muerte; y entonces se plantea el problema de cómo elimino la responsabilidad penal en un derecho penal de culpabilidad. Y entonces, justamente, la herramienta de “error de tipo” es la herramienta conceptual que me permite eliminar la ausencia de responsabilidad penal en este tipo de casos. Esto es lo que los alemanes llaman “el error sobre las circunstancias del tipo”.

Entonces, yo sugiero que se tome como modelo el texto del Código de Paraguay, que ha incorporado a esa ley el error de tipo, que me parece que es una herramienta teórica muy buena para solucionar problemas concretos que se pueden dar en la vida real, o sea, este tipo de situaciones.

Y, por el otro lado, creo que es conveniente que se incorpore el error de prohibición, que también tiene su origen en el Código Penal alemán, y que en

nuestra región el Código de Paraguay ha incorporado.

Creo que esto implica, obviamente, una superación, porque recordarán ustedes que nuestros grandes maestros Soler y Núñez decían que el error de derecho no excusaba y hacían la distinción entre el error de derecho penal, no penal, etcétera, etcétera.

Claro, hoy, producto de la evolución de la teoría penal, nosotros trabajamos con una teoría normativa de la culpabilidad y, en consecuencia, producto de ese grado... ¿En qué consiste la culpabilidad? La culpabilidad consiste, básicamente, en una desobediencia a la norma: no matarás, no robarás, etcétera, etcétera. Y, entonces, se introduce el error de prohibición. Pero se suele interpretar mal el pensamiento de Welzel cuando decía: "Cómo se va a invocar el error de prohibición en el mundo del derecho penal".

Welzel y los alemanes ya lo señalaron muy claramente cuando dicen que nadie puede venir a decir "Yo no sabía que estaba prohibido matar, robar". No. El error de prohibición funciona para situaciones muy excepcionales. A veces yo les digo a mis alumnos, en la facultad: ¿ustedes saben que cuando se van a Brasil no puede comprar moneda en la frontera? Eso está prohibido por la ley penal cambiaría. Y la gente no tiene la menor idea de que esto está prohibido. Y así los alemanes dicen que el error de prohibición funciona para normas penales muy excepcionales, generalmente para el campo del derecho penal económico, o normas muy sofisticadas. Y, en consecuencia, para esa situación es conveniente que se incorpore el error de prohibición. O sea, sugiero respetuosamente que se incorpore el error de tipo y el error de prohibición al proyecto de Código Penal.

Incluso, hay una situación que uno ve en la vida que se da, que es cuando, por ejemplo, ingresa a mi casa en la noche una persona y es mi hermano, o es mi hijo. Habrán visto ustedes que se dio el episodio en que se produjo la muerte de estas personas. Entonces, se plantea el problema teórico, y uno ve malas ideas cuando preguntan cómo se soluciona ese problema. Y este problema se soluciona por vía de esa herramienta teórica que se llama "error de prohibición indirecto", que creo que hay que incorporar también para solucionar este tipo de situaciones.

Piensen ustedes en una persona que salta el muro a la noche, alguien, y es el hijo, y le pega un balazo y lo mata. Entonces, digo: ¿cómo soluciono esto? Esto es lo que los alemanes llaman "error sobre los presupuestos del permiso". Claro, el presupuesto del permiso para agresión ilegítima no se da. Yo creo que, en consecuencia, hay que incorporar esto. También serían dos causales de eximente de responsabilidad penal que me parecen muy importantes.

Otra cuestión que me parece conveniente es... Vi cómo, en el artículo 34, se regulan las llamadas "causas de justificación". Se respetan las causas de justificación del Código vigente: estado de necesidad justificante, legítima defensa, ejercicio de un derecho, obediencia debida –esto está discutido; yo, personalmente, creo que es una causa de justificación la obediencia debida.

Y, en consecuencia, el proyecto creo que en un punto ha mejorado, por ejemplo, en el estado de necesidad justificante, lo que me parece un mérito del proyecto, y es en lo siguiente: qué pasa cuando yo sacrifico un bien para salvar otro mayor. Y entonces se planteaba el ejemplo que dice que con ese criterio yo puedo agarrar a una persona y sacarle un órgano para que no se muera otra persona. Esto hoy en teoría penal se mira y no puede ser.

Y he visto que en el proyecto hablan de un medio adecuado. En consecuencia, es un ajuste, me parece, técnicamente correcto el estado de necesidad de esta forma. Con una aclaración respecto de las causas de

justificación: yo sugeriría, conforme las leyes penales más modernas, que cuando se regula el estado de necesidad justificante, legítima defensa, obediencia debida, ejercicio de un derecho, se establezca en cada una de estas reglas “no actúa antijurídicamente”, señalando por qué. Porque estas son causas de justificación, y el Código Penal, en el artículo 34, enumera un conjunto de causas donde se elimina la responsabilidad penal.

Pero yo puedo no tener responsabilidad penal por ausencia de culpabilidad, artículo 34 , inciso 2); puedo no tener responsabilidad penal por una situación de fuerza física irresistible, artículo 34 , inciso 2), primera parte; y no es lo mismo que yo no sea penalmente responsable porque soy inculpable a que yo no sea penalmente responsable porque actúo justificadamente. ¿Por qué? Porque cuando yo actúo justificadamente no hay reparación patrimonial.

Y, además, esto permite solucionar problemas de participación criminal. Para que haya participación criminal se requiere que el autor realice un acto típico y antijurídico. En otras palabras, si yo ayudo a alguien, si le doy un arma para que se defienda y mate, yo no soy partícipe. Pero hay que señalar, por eso, que se consigne en estas causas de justificación que no actúa antijurídicamente. Esto es lo que yo sugiero, respetuosamente.

Lo que no me parece convincente, o por lo menos la redacción, es la introducción de lo que se llama hoy en teoría penal “estado de necesidad defensivo y ofensivo”. Yo sugiero que se mantenga el texto, que me parece bueno, del artículo 34, inciso 3), en cuanto a causar un mal por evitar otro mayor inminente, agregándole en la forma “que sea un medio adecuado”. O sea, sugiero mantener el artículo 34 en su redacción con ese pequeño agregado.

Hay una cuestión que simplemente la planteo porque sé que genera discusión. Quisiera referirme brevemente al tema de la tentativa. Me parece excelente que mantengan la fórmula del artículo 42 del Código Penal, que creo que es muy buena. La fórmula “comienzo de ejecución” del Código Penal de 1921 me parece excelente. Incluso, si miro el derecho comparado alemán, etcétera, etcétera, me parece que nuestro Código tiene una fórmula muy buena; y permite una muy buena construcción teórica; permite a la doctrina penal elaborar en qué consiste la tentativa. O sea, técnicamente nos obliga, desde el punto de vista dogmático, a saber qué es “comienzo de ejecución”. O sea, apoyo la idea del proyecto de mantener la fórmula “comienzo de ejecución”. Me parece excelente.

Lo que sí planteo como punto de reflexión es lo siguiente, y aquí sí –como ustedes verán– se ponen de manifiesto mis convicciones teóricas del finalismo. En general, en el mundo del Derecho Penal hay un axioma, hay un dogma sagrado que no se puede discutir. Ese dogma sagrado hoy dice que el delito consumado es más grave que el delito tentado; el delito consumado es más grave que el delito tentado. Este es un axioma, un dogma sagrado, que no se puede discutir, so pena de ir a la hoguera.

Quienes compartimos las ideas del finalismo, especialmente de Armin Kaufmann, pensamos que el profesor Armin Kaufmann ha planteado algunas ideas que nos hacen repensar. Yo también creía en ese dogma hasta que, leyendo la obra de Armin Kaufmann, me hizo repensar la cosa.

Simplemente, les planteo un ejemplo para que se piense, nada más, la cuestión. El ejemplo no es mío; en alguna medida yo lo reelaboro sobre las ideas de Kaufmann.

Yo decido matar a una persona y para matar a esta persona le coloco veneno en las reuniones de café que tenemos de lunes a viernes, y un día esa persona

muere. ¿Y de qué muere? Obviamente muere de mi acción de ponerle veneno de lunes a viernes. Entonces, la pregunta que uno se tiene que hacer es la siguiente: yo le pongo la misma cantidad de veneno a esa persona, pero termina de tomar el café, cruza la calle y lo atropella un auto o lo asalta un ladrón y lo mata; la pregunta que se planteaba el profesor Armin Kaufmann es: ¿Mi acción es menos mala jurídicamente hablando porque el azar me salvó?

Yo comparto la opinión del finalismo que dice que desde el punto de vista teórico lo que está pasando es que, como decía *Welzel*, el injusto no está en el resultado de muerte, sino que el injusto está en la conducta. Tanto es así que, como culminación de esta herejía, se dice que el injusto penal es solamente la conducta y el resultado no agrega ni quita nada. Esto es un dogma que está en la Argentina. Junto con el profesor Sancinetti compartimos esto de criticar estos dogmas.

Entonces, la idea sería pensar que habría tentativas que merecen una pena casi equivalente a la del delito consumado. Esto ha llevado al código alemán a elaborar una forma de punición de la tentativa que permite, precisamente, la posibilidad de castigar en determinados supuestos a la tentativa de la misma forma que el delito consumado. Esta idea se introdujo en el código de Paraguay por obra del profesor *Wolfgang Schöne*, también, que me parece por lo menos interesante. Pero bueno, es una idea nada más.

Otro acierto del proyecto es mantener la fórmula del artículo 45 de nuestro código para la construcción del concepto de autor. Creo que es una muy buena idea mantener el artículo 45. Entonces, claro, viene la pregunta: ¿quién es el autor? Yo digo que en el Código Penal está, es el que ejecuta el hecho. En el artículo 45 dice: “Los que tomasen parte en la ejecución del hecho...”. Ahí está la definición. Y, en consecuencia, viene después la pregunta: ¿quién ejecuta el hecho? Yo digo que ejecuta el hecho el que realiza el comportamiento típico. Como dice Roxin, la persona que lleva a cabo el comportamiento descrito por la ley penal.

Esa fórmula me parece que obliga a la doctrina penal y a la jurisprudencia a definir quién es autor. Entonces digo: Tengo delitos activos, dolosos, de dominio – como los llama Roxin –, tengo delitos imprudentes, tengo delitos omisivos, propios e impropios en caso de que uno admita que son inconstitucionales –yo tengo mis dudas–, y los famosos delitos de infracción de deber, como dice Roxin, que creo que es una categoría que uno la puede perfectamente aplicar al Código Penal argentino sin modificar la ley penal. O sea, la fórmula del código argentino de ejecución del hecho me parece excelente. Y creo que es un acierto del proyecto. Introducen ahora una fórmula con la que se puede introducir el famoso autor mediato, que siempre se discutía, que es cuando yo uso a alguien, es decir, le doy veneno a alguien por intermedio de otro. A mi enfermero le digo que le dé una vitamina y en realidad no es una vitamina, sino que es veneno. Esto es lo que los alemanes llaman “error de tipo” y, en este caso, soy autor mediato.

En el proyecto esto está tomado del Código Penal alemán. El Código Penal alemán, en la fórmula en que lo redactaron, se lo comete en forma personal o por medio de otro. Me parece no porque venga del código, sino porque es una muy buena idea del proyecto tal cual está redactado en el artículo 45 del código.

Me parece bueno. Creo que hay que dejar: los que tomasen parte por sí o por medio de otro –ahí metieron la autoría mediata– en la ejecución del hecho. Me parece excelente esta fórmula. No hay que tocarla. Es muy bueno el código del 21. O sea, nuestro código vigente es excelente en materia de tentativa y en materia de participación.

Y por exclusión tenemos a los cómplices y el código me da la salida. ¿Quién

es el cómplice? El que colabora con el autor, como dice el Código Penal. Después tengo el instigador y con eso tengo perfecto el panorama para autor o participe –ya sea como cómplice o sea como instigador–, que está en la última parte de nuestro artículo 45. El artículo 45 de nuestro código a mí me parece muy bueno, realmente.

Otro acierto del código es el tema de cómo define el concurso de delitos. El concurso de delitos, vean ustedes, plantea una cantidad de cuestiones. En el artículo 54 tenemos el concurso ideal, en el 55 tenemos el concurso real, que es cuando hay una pluralidad de hechos independientes como dice con muy buena terminología nuestro Código Penal; y después generalmente en el derecho penal comparado se dice ¿cómo solucionamos cuando hay una pluralidad de delito? Hay algunos códigos que dicen: le impongo la pena por A, le impongo la pena por B, por C y después sumo. Me parece muy malo ese sistema. El sistema del código argentino es muy bueno y lo mantiene. Todos sabemos que en el sistema del Código Penal argentino tengo que tomar todas las escalas penales y formar una escala cuyo mínimo es el mínimo mayor y el máximo es la suma de los máximos. Mantiene esto y me parece muy bueno.

Por otro lado, soluciona una cuestión que los que estamos en la práctica profesional, los que actuamos como jueces o como abogados, nos encontramos. Hay un problema serio que es cuando después de la primera condena se tiene que juzgar a la persona por un nuevo hecho. En la práctica sabemos que se arma un verdadero caos.

Hace poco tuve una experiencia profesional que me está motivando, justamente, a un recurso de casación. Entonces, ¿qué pasa? Una persona cometió un hecho determinado y se le tiene que juzgar por otro hecho. Entonces, la doctrina dice que tiene que ver si ese hecho por el cual se le juzga es anterior o posterior a la sentencia condenatoria. El código vigente en ese aspecto hoy no hace esta distinción. El proyecto sí lo hace y esto me parece un mérito; en el artículo 57 del proyecto, si un condenado por sentencia firme lo fuera nuevamente por uno o más hechos cometidos antes de la primera condena. Después, en otra regla, establece que cuando una persona es condenada y lo tienen que juzgar por un hecho posterior a la condena, que son supuestos distintos, separan las dos, con una aclaración que me permito hacer.

Imaginemos que una persona tiene para cumplir cinco años y ahora va a ser condenado por un delito equis, y ese delito equis tiene una escala penal equis, con un mínimo y un máximo; entonces, lo que propongo es que se aclare que la nueva escala se va a formar con el mínimo de la escala penal más lo que le resta por cumplir. Se le agrega eso al mínimo y también al máximo hay que agregárselo, porque si no puede estar con una escala menor, inferior a la que le corresponde o le resta en materia de pena. Esa sería la única observación que le hago al proyecto.

Una observación por algo que no comparto, que es la redacción que se le da al tema de la prescripción de la acción en los delitos de abuso sexual, etcétera, etcétera. Y tiene una fórmula que personalmente creo que no es compatible con un Estado de derecho, con un derecho penal liberal creo que no es compatible.

Las reglas jurídicas tienen que dar seguridad jurídica. Y vean ustedes que prácticamente mantiene el artículo 67, el texto actual del artículo 67 que se incorporó. Me voy a permitir leer esto. Artículo 67: en los casos de los delitos previstos en los artículos 119, 120, etcétera –fíjense ustedes la prescripción que es la regla actual–... está suspendida –dice– mientras la víctima fuese una persona menor de edad. En el hecho la víctima tenía diez años, hay que esperar a que llegue a los dieciocho años para que comience a correr la prescripción. Y, después,

hay que esperar a si esa persona hace la denuncia o ratifica o no la denuncia, con lo que se genera un margen de incertidumbre que realmente esto es incompatible con derecho penal liberal. El derecho penal liberal tiene que dar reglas jurídicas precisas que deben operar como limitadores del poder punitivo estatal.

El derecho penal liberal no solamente genera garantías a favor de las personas sometidas a proceso sino que también pone límites al poder punitivo del Estado.

Por eso yo, personalmente, soy partidario de suprimir el artículo de referencia. Incluso el que está vigente hoy en el Código Penal me parece una muy mala regla, dicho con todo respeto. Creo que viola las reglas básicas de seguridad jurídica.

Hay otras reglas dentro del artículo 40 que quisiera señalar, que son las reglas de determinación de la pena. Confieso –obviamente– que mi convicción es la del derecho penal liberal. Yo soy liberal en el sentido técnico jurídico de la palabra; comparto el derecho penal de la ilustración; son mis convicciones personales.

En consecuencia viene la pregunta de cómo se determina la pena en un derecho penal liberal. Y yo digo: Mire, hay solamente dos factores y nada más que dos factores para determinar la pena a una persona ¿Cuáles son los dos factores? El injusto penal y la culpabilidad; no hay otros. El injusto es el acto típico y antijurídico; y luego viene la culpabilidad. Pero primero tengo que tener en cuenta el injusto: ¿qué hizo el autor?

Siempre digo a mis alumnos de la facultad: Si tenemos que juzgar un hurto, lo primero que tenemos que hacer es ver qué hurtó esta persona, porque una cosa es que hurte un millón de dólares y otra cosa es que hurte un paquete de cigarrillos y una botella de Coca Cola.

La magnitud del injusto es lo primero que yo tengo que tener en cuenta y luego veo el nivel de culpabilidad que tiene esta persona. Pero él responde en primer lugar por el hecho típico y antijurídico: el injusto. Y luego la culpabilidad.

En el proyecto, en el artículo 40, se toma como elemento preponderante la culpabilidad. Acá se habla de la reprochabilidad. Aquí hay una idea "welzeliana" también y me alegro de esto, pero en el artículo 40 del proyecto, se toma como elemento preponderante... Fíjense ustedes: "La determinación de las penas impuestas a las personas físicas, tendrá como fundamento preponderante la reprochabilidad de la conducta."

Yo creo que en primer lugar tiene que estar el injusto –la magnitud del injusto– y, en segundo lugar, la culpabilidad. Porque yo soy culpable de lo que yo hice, del injusto, del acto típico y antijurídico, de la afectación del bien jurídico.

En función de eso, me parece incluso... El Código Penal argentino es muy bueno en sus artículos 40 y 41, porque ¿qué es lo primero que tiene en cuenta? La magnitud del injusto, el daño, los medios empleados, la conducta; y el inciso 2º –del 41–, las condiciones personales.

Por eso creo que en este proyecto es conveniente tomar primero el injusto, luego la culpabilidad del autor y, en función de eso, dice: La naturaleza y la gravedad del hecho. Esto sí, esto tiene que venir en primer lugar. La importancia de los deberes transgredidos y después dice: Los motivos y actitudes, etcétera. O sea, primero el injusto y después creo que tiene que venir la culpabilidad del autor.

Y concluyo: hay una regla que me preocupa porque va en contra también de un derecho penal liberal. El artículo 2º, cuando consagra el principio de la ley penal más benigna. En el último párrafo, como consecuencia de hechos que todos conocemos, como el fallo "Muiña", etcétera; dice: Sin perjuicio de los establecido en



el primer párrafo, si la pena prevista para el delito se modificase durante su comisión, se aplicará la vigente al momento de la conclusión de este, aunque la pena establecida por esa ley fuera más grave.

Imaginemos que yo tengo una privación de la libertad. ¿Qué dice este texto? Había una ley vigente en el momento en que comenzó y había otra ley en el momento en que concluyó. Se aplica esta última, aunque sea más grave. Esto me parece lesivo del principio constitucional de la ley más benigna, que hoy tiene rango constitucional por Costa Rica. Y creo que también es lesivo del principio de nuestro importantísimo artículo 18 constitucional: nadie puede ser penado sin juicio previo y fundado en ley anterior al hecho. Y acá me estarían aplicando una ley penal en forma retroactiva, porque la ley que es más grave ahora, no regía en el momento que comenzó.

Piensen ustedes que no solamente se va a dar para los delitos, llamémosle permanentes, sino que se puede dar para otros tipos de delitos. Porque el delito permanente, como todos sabemos, es aquel donde la consumación se prolonga en el tiempo. El ejemplo en nuestro Código es la privación de libertad, secuestro, etcétera.

Pero yo me planteo una administración infiel o fraudulenta, el artículo 173, séptimo de nuestro Código Penal y que se mantiene en el proyecto. Una persona realiza un conjunto de actos de administración infiel. En general, la teoría penal dice: En el delito de administración infiel no hay un concurso real por cada uno de los actos sino que hay una unidad jurídica; hay una pluralidad material, pero técnicamente hay una unidad jurídica. Entonces, con este criterio, comenzó con el primer acto y, en el cuarto o quinto acto, cambió la ley penal en materia de administración infiel. Entonces, en forma retroactiva, le vamos a aplicar la ley penal más gravosa.

Yo creo que se está violando otra vez un axioma central del derecho penal liberal; y esto se podría dar en delitos como, por ejemplo, la falsificación de moneda. Durante un tiempo yo falsifico moneda. O pensemos también en el ejercicio ilegal de la Medicina; nuestro artículo 108, que es un conjunto de actos que se prolonga en el tiempo. Se modifica el tipo penal del ejercicio ilegal de la Medicina y entonces, en forma retroactiva, se aplica la ley penal en forma más gravosa.

En concreto, propongo que se suprima este último párrafo del artículo 2º del Código Penal, porque es lesivo del principio constitucional de ley más benigna y creo que también se está violando nuestro artículo 18 de la Constitución.

Estas son las muy modestas ideas que quería aportar a la comisión. Muchas gracias.

**Sr. Presidente (Guastavino).**- Muchas gracias.

**Locutora.**- Fue la palabra del doctor Nelson Ramón Pessoa. Gracias, doctor.

A continuación, convocamos al estrado al doctor Santiago Ottaviano.

- *Ingresa al estrado el señor Ottaviano.*

**Locutora.**- El doctor Ottaviano es doctor en Derecho por la Universidad Austral, magíster en Administración de Justicia Criminal por la San Jose State University de Estados Unidos, abogado por la Universidad de Buenos Aires, profesor de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, tanto en grado como en posgrado, en la Universidad Austral y en la Universidad del Museo Social Argentino.

El doctor Santiago Ottaviano es miembro de la sección de Derecho Penal de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Es autor de diversas publicaciones académicas sobre temas penales y procesales penales. Y es defensor público oficial en el fuero criminal y correccional de la Justicia nacional.

En este encuentro, el doctor Santiago Ottaviano tiene la palabra.

**Sr. Ottaviano.-** Muchas gracias. Al igual que el doctor Pessoa, doy mi agradecimiento a la Comisión por la posibilidad de tener este debate plural y amplio sobre un proyecto que, sin duda, es muy importante para nuestro país.

En este sentido, lo primero que quiero recalcar es la necesidad de la reforma. Estamos ante una legislación penal que está absolutamente descodificada. Hoy por hoy, la cantidad de delitos que tenemos dispersos en distintas normas, por razones históricas, hace indispensable que avancemos en un proceso de codificación. Casi me animaría a decir que cualquiera que este sea, en la medida en que tengamos una perspectiva integral e integradora de todo el conjunto de normas penales que han quedado realmente dispersas.

En este sentido, creo que la cuestión de la codificación es un imperativo constitucional, surge del texto expreso de la Constitución. Ya el artículo 17, cuando nos habla de la confiscación de bienes, queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Por supuesto, en el 75, inciso 12, cuando habla de las atribuciones del Congreso; y paralelamente el 126, cuando habla de la prohibición a las provincias de regular sobre materias delegadas, habla del Código Penal. Esto implica una opción constituyente fuerte por esta sistematicidad.

Está claro que la Constitución surgió en un contexto histórico. Está claro que no podemos entender las ínfulas del movimiento codificador con ese exceso de optimismo de la posibilidad de una perfecta codificación racional y acaparar todos los problemas de la vida social en una única norma. Ciertamente, si se quiere, ese racionalismo ingenuo que estuvo vinculado al movimiento codificador ha quedado superado.

Pero, así y todo, las exigencias de racionalidad y sistematicidad son importantes; enriquecen y prestigian la actividad legislativa y, además, facilitan muchísimo la aplicación judicial. Hay, además, por supuesto, una dimensión de garantía para el ciudadano en lo que respecta al conocimiento real de la ley que hace además al presupuesto de la culpabilidad. Es decir, la posibilidad de adecuar la conducta a la norma implica el conocimiento de la norma. Este conocimiento, para que sea algo real, para que sea algo operativo, tiene que estar en una norma penal accesible y no en un conjunto de leyes dispersas por allí.

Esto también es especialmente importante en un país como el nuestro, que tiene una composición multicultural, en una sociedad cada vez más globalizada y en un país que sigue siendo de recepción de inmigración. Entonces, el hecho de que nuestras leyes más importantes sean un factor de unificación es realmente importante.

Dicho esto como introducción general, creo que hay un conjunto de aciertos muy importantes en la sistemática del proyecto. Por lo pronto, la cuestión del mantenimiento de la ubicación de los delitos y las cuestiones de la parte general facilitan muchísimo la comprensión, la aplicación y se inserta en una tradición legislativa muy importante, que el profesor Pessoa ha resaltado con muchísima claridad.

Puede ser que para algunos penalistas esto parezca un defecto. Sin embargo, creo que es importante que no se intente tampoco inventar la rueda en materia penal. En este sentido, yo valoro el mantenimiento, por ejemplo, del artículo 34 y una terminología más bien neutra en cuanto a los conceptos jurídicos que están, quizá, más apegados a ciertas corrientes dogmáticas.

Las corrientes dogmáticas cambian seguro más rápido que los códigos, seguro más rápido que el nuestro, que ya va a cumplir cien años. Entonces, el

esfuerzo de la comisión de reforma por mantener, a pesar de las transformaciones que son necesarias para actualizar nuestro Código Penal, un lenguaje neutro no excesivamente apegado a una sola visión, creo que es una riqueza.

En este sentido, me permito disentir con el profesor Pessoa sobre la cuestión, por ejemplo, del error de tipo o error de previsión. Estas son categorías dogmáticas que se insertan en una discusión concreta; inclusive en el ámbito del error de prohibición, se atribuyen consecuencias distintas si es error vencible o si es invencible. Dejemos que eso sea producto de una reflexión teórica, que la jurisprudencia vaya receptando.

A mí me parece un acierto que haya habido un particular esfuerzo de los autores del proyecto por mantener, al contrario, el lenguaje más neutro en este sentido.

Esto posibilita además un balance adecuado entre lo que es la actividad legislativa y la actividad interpretativa. Un Código Penal no se puede estar renovando permanentemente; y por eso es importante que no se juegue demasiado por una corriente dogmática penal que, por ahí, diez años después deja de ser la moda. Es importante.

Es muy difícil, además, alcanzar consensos en este punto. Como dije antes, para mí es imperativo, sobre todo en lo que hace la parte especial, avanzar en el proyecto de reforma. Entonces, que la parte general no se transforme en un obstáculo para el avance de un proyecto, justamente, porque quedamos prendidos en rencillas de escuela o en cuestiones dogmáticas que bien pueden quedar en la vía de la interpretación posterior.

De hecho, como bien resaltó también el profesor Pessoa, el artículo 34 histórico ha permitido el desarrollo de una dogmática muy importante en la Argentina, reconocida por el maestro Jiménez de Asúa cuando tuvo que instalarse aquí como consecuencia de su exilio de España. Él mismo reconoció la profundidad y el valor de la ciencia penal argentina, no obstante, insertarse en montones de disputas. Es decir, nuestro Código Penal ha permitido obras monumentales de corrientes causalistas, de corrientes finalistas y esto fue posible. No hace falta que el Código Penal en su parte general se juegue por una de estas corrientes.

Dicho esto como abordaje general a las cuestiones de la parte general, me permito hacer algunas observaciones. Ciertamente, el tiempo no da para atacar todo. Así que he seleccionado algunas cuestiones puntuales.

La primera, por ejemplo, que me llamó la atención fue la cuestión del decomiso en el artículo 23. Por lo pronto, puede parecer una pavada, pero hay una cuestión terminológica. El decomiso es de dinero, cosas, bienes o cualquier clase de activos. Esto técnicamente me parece inconsistente con el Código Civil y Comercial, que en su artículo 16 da, como formulación más genérica, la palabra "bienes". "Las cosas son bienes materiales" es la propia definición de la legislación civil. Tratar de articular esta terminología y economizar palabras en función de lo que dispone la legislación civil sobre el punto, me parece, como criterio, importante.

De hecho, también el artículo 15: los bienes integran el patrimonio, con lo cual tampoco la referencia a "activos" agregaría nada en relación con esta norma.

El inciso 6) del artículo 23 habla de que cuando no es posible decomisar por cualquier circunstancia fáctica o legal, se puede proceder sobre cualquiera de los bienes que integrasen el patrimonio hasta alcanzar el valor equivalente de lo que no se haya podido decomisar. Inclusive se llega a hablar de esto, que genera un crédito a favor del Estado.

Entiendo que esta fórmula presenta varios problemas. Por lo pronto, este

inciso 6) parece referirse a cualquier clase de decomiso: de instrumentos, de objetos y también del producido. Acá entiendo que hay una inconsecuencia con el artículo 32, inciso 3), del proyecto, que cuando fija el orden de privilegio de lo que se deben cobrar las responsabilidades pecuniarias, parece solo restringido en lo que respecta a ir contra el patrimonio de la persona condenada al decomiso del producto.

Entiendo, entonces, que en el inciso 6) también sería razonable que esto quedara limitado al decomiso del producto, que entiendo además que es lo que está detrás de ciertas formas de criminalidad compleja como el lavado de dinero, donde justamente de lo que se trata es, a través de la vía del decomiso, de desincentivar económicamente ese tipo de conductas. Entonces, me parece mucho más razonable centrar también esta forma adicional de decomiso de los bienes del patrimonio hasta alcanzar el valor equivalente, por lo menos a este aspecto del producto. Y no, como digo, si por una razón jurídica no es posible decomisar un instrumento del delito, un objeto del delito, que también el Estado tenga un crédito a favor para estos casos, me parece excesivo.

Es cierto, nobleza obliga, la misma norma en su inciso 4) limita, en términos de proporcionalidad, cuando esto implica un ataque importante a los bienes, al patrimonio del autor. Y esta fórmula de proporcionalidad es importante, porque el decomiso no deja de ser una restricción en el derecho constitucional de propiedad. Desde esta perspectiva, entonces, es necesario analizarlo.

Además, es importante también tener en cuenta que en la praxis jurisprudencial, a la hora de decidir una sentencia condenatoria, el decomiso es una decisión casi automática como consecuencia de la condena; pero no hay una discusión profunda en la justificación judicial y en la motivación de la sentencia, no suele haber, sobre los bienes a decomisar, su procedencia.

Es importante entonces que esto, si se va a mantener, vaya acompañado de una articulación procesal consistente que permita o que incluya en la motivación, ya sea que se incluya en la cesura de juicio, por ejemplo, a la hora de imponer la pena, también estas penas accesorias, como puede ser el decomiso, algunas exigencias mayores de motivación y fundamentación, porque no es menor, sobre todo cuando, reitero, si justamente no se pudo secuestrar el producido, cómo se determina, cuánto habría sido ese producido que no llegamos a decomisar, de qué modo se establece con claridad esto.

Esto debe posibilitar también las más amplias facultades de defensa en el momento concreto de discutir estas cuestiones; y si esto queda como la Cenicienta del proceso en un rincón, porque todo el proceso penal, obviamente, el énfasis en la decisión sobre la culpabilidad y el énfasis en la pena privativa de la libertad es como que acapara o centraliza la discusión. Esto me parece muy importante.

Hay otros problemas que veo también. Sé que es una tendencia fuerte hacia el tema del decomiso previo a la sentencia. Entiendo que el profesor Filozof se va a pronunciar sobre esto. Así que para no superponernos voy a dejar el tema allí.

Hay otro aspecto que también me parece muy importante, que tiene que ver con las pautas para la determinación de la pena; en el 40 inciso 1º), el profesor Pessoa hizo referencia a la cuestión de la culpabilidad como fundamento preponderante.

Además de la distinción que el profesor señaló sobre el tema de la culpabilidad y el injusto, lo que más me preocupa es la referencia "fundamento preponderante".

Entiendo que a la hora de individualizar la pena es importante tener en cuenta elementos que hacen a la gravedad de la culpabilidad, como así también aspectos

que hacen a la necesidad de pena en función del fin resocializador. Pero entiendo que la cuestión de la culpabilidad debe quedar siempre como límite máximo en un derecho penal de acto, en un derecho penal de la culpabilidad. Entonces, más allá de la referencia preponderante, debía haber sido más explícita la referencia "límite máximo" para la imposición de una pena, sin perjuicio de que en la discusión posterior sobre la necesidad de pena pueda computarse atenuaciones o no atenuaciones.

Me parece muy valiosa también la introducción de eximentes incompletas y supuestos de culpabilidad disminuida. Y la posibilidad de atenuación, conforme la escala de la tentativa, es la presencia de circunstancias extraordinarias. Las circunstancias extraordinarias de atenuación aparecían en el artículo 80, ahora aparecen formuladas como criterio general. Esto me parece muy importante porque actualmente la jurisprudencia avanza a los tumbos sobre la posibilidad de perforar mínimos cuando la pena aparece muy desproporcionada, en el caso concreto, y se hace sí un anclaje legal sólido al borde de la legalidad. Entiendo que dar un instrumento concreto de definición, que permita una atenuación concreta de legales, es algo realmente muy positivo y valorable del proyecto.

Otro aspecto también muy importante del artículo 40, inciso 1º), es que expresamente establece la prohibición de doble valoración. Es decir que no corresponde valorar, a los fines de la individualización de la pena, aquellas circunstancias que ya aparecen como elementos del tipo. Ahora bien, en el inciso 3º) se fija un catálogo de circunstancias especialmente agravantes que permiten fijar la pena en el tercio superior. Estas circunstancias especialmente agravantes suelen aparecer en montones de delitos como elementos que perfilan un tipo agravado. Yo creo que, por vía de interpretación, se va a llegar también a que la prohibición de doble valoración alcance también a estas circunstancias.

Creo que sería bueno aclararlo también en el inciso 3º) porque existe el riesgo de que se entienda que es siempre el tercio superior cuando, en rigor, si esta circunstancia de agravación ya está prevista en el tipo penal, no sería necesario porque ya lo prevé la propia escala penal de la figura agravada. Así que entiendo, para mayor claridad, dado el peso que se le atribuye a esas circunstancias agravantes, que sería bueno reforzarlo allí.

También quiero referirme, por una cuestión de tiempo y porque somos varios expositores hoy, a la cuestión del seguimiento socio judicial previsto en el artículo 10, que nos trae la problemática de las medidas de seguridad postdelictuales: cómo adiciona la pena y tras el cumplimiento de la pena.

Desde la perspectiva de un derecho penal liberal centrado en la culpabilidad, ciertamente resulta algo preocupante. Es cierto que está restringido a un catálogo de delitos como, por ejemplo, en el artículo 80. Y, justamente, también es cierto que se ha eliminado, del texto tradicional del artículo 52, la reclusión por tiempo indeterminado en los casos del artículo 80. Con lo cual, de algún modo, mejora al menos en la situación con el artículo 80; no en situación con los delitos sexuales donde también están previstas estas medidas de seguridad postdelictuales.

También es claro que hay un esfuerzo limitador: que sea hasta diez años y se establecen controles periódicos para definir la necesidad de mantener esta medida. Así y todo, la utilización de medidas de seguridad para personas capaces de culpabilidad, sólo por la clase del delito cometido -y además cuando ya han cumplido su pena-, implica una clara incursión en una lógica de derecho penal de autor que prescinde definitivamente de la culpabilidad individual.

El lenguaje actual es el de la "prevención de riesgos" que, desde mi

perspectiva, no es nada más que una renovación discursiva de los parámetros tradicionales del positivismo criminológico que se entendían superados. No desconozco que existe en otros países, donde existen cláusulas similares -la comisión tomó en cuenta la legislación francesa y la española a la hora de regularlas-, el problema es que siguen implicando una instrumentalización de la persona humana tratada como mera fuente de peligro y, además -lo que es más riesgoso-, sin base racional suficiente.

La propia Corte Suprema, en el fallo Gramajo, ya había señalado que nunca es posible establecer con claridad un pronóstico de riesgo de reincidencia confiable respecto de un sujeto determinado.

La idea de que sólo por la comisión de ciertos delitos es necesario un control, porque se presupone que el sujeto va a reincidir, está todavía más alejada de un análisis concreto de la prevención de riesgos respecto de un sujeto específico. De hecho, desde la lógica de la prevención de riesgos, al menos deberían haberse evaluado ciertos criterios de determinación de la peligrosidad -si era esto lo que se quería hacer-, y no sólo la atribución de responsabilidad en vinculación con un delito. Es cierto, reitero, está la posibilidad de que en el control judicial esto se discuta, pero no se dan pautas. ¿Cuáles son las pautas para tomar en consideración?

Este discurso de la peligrosidad, de la prevención de riesgos, tiene su origen en la política criminal norteamericana desde fines de los años 70, sobre todo en los años 80 en la época de Reagan, con el desarrollo de estrategias de inocuización selectiva para los denominados "*career criminals*". Ahí empezó este discurso. Esto implica -si se quiere- la desilusión con el paradigma resocializador que había imperado tiempo antes. Ahora bien, este discurso de la prevención de riesgos, este discurso gerencialista trasladado a la cuestión penal, no ha podido dar -por lo menos que yo conozca- resultados concluyentes ni siquiera sobre cuáles serían criterios decisivos para esto.

Acá tampoco aparece, en la regulación de estas medidas de control posterior al cumplimiento de la pena -al seguimiento socio judicial-, cuál sería la base criminológica para la selección de estos delitos en la Argentina. ¿Por qué se presume la mayor reincidencia en estos delitos?, ¿sobre qué bases?

Además, hay otras cuestiones también: ¿qué porcentaje de reducción delictiva se espera lograr y cómo se va a evaluar esta estrategia de prevención, si se trata de una estrategia de prevención? Ya es una decisión de tipo político criminal que debería tener bases científicas más consistentes.

¿Qué costos va a implicar la implementación de este control socio judicial? Y hasta que punto es factible en un sistema judicial que ya está sobrecargado de casos, donde los mecanismos de control de las personas que están en suspensión de juicio a prueba, o en condena de ejecución condicional, resulta difícil.

Hay una referencia en el proyecto a que se deben asignar los recursos, pero, para que esto no sea voluntarismo, tendría que decirse cuántos recursos, qué se espera, qué porcentaje y qué costo adicional va a significar este sistema de seguimiento y control. Fijense que esto es derecho común, con lo cual también va a impactar sobre las provincias. ¿Todas las provincias están en igualdad de condiciones para el seguimiento de estas cuestiones?

Además, repito, en esta propuesta no hay una referencia concreta respecto de qué variables se van a tomar en cuenta para la prevención de riesgos, sino que se elige el delito. Aun en los sistemas *central guidance* o en los criterios de determinación de respuestas punitivas, sobre la base de criterios de determinación

de riesgos, también se plantea un problema, que ciertas categorías, que son indicativas de peligro o de posible peligro, plantean problemas de legitimidad constitucional. Una, por ejemplo: está muy asociada la reincidencia en delitos sexuales haber sido víctima de un delito sexual. Esto es un problema y es real. ¿Hasta que punto esta medida socio judicial de seguimiento no implica una revictimización de alguien que ha sufrido también una experiencia de abuso? Esto es problemático.

Yo creo que la política criminal desde esta tendencia, que viene de los Estados Unidos, avanzó hacia Europa y se traslada también a la Argentina -de la lógica de víctimas no entendida desde la perspectiva de la pura tutela, sino como una pura dicotomía-, es problemática. La maximización de la protección de la víctima implica la reducción de garantías, implica derecho penal de autor e implica énfasis en la prevención. Es problemática y es una dicotomía que no es del todo real.

Está claro, desde la perspectiva de los estudios criminológicos, que la configuración de los autores de hechos delictivos muchas veces proviene de haber sido previamente víctima. Y el caso de los delitos sexuales es uno de ellos. Es un elemento que hay que tomar en consideración -entiendo- para no caer en un peligrosísimo que se mueve con variables puramente dicotómicas.

Habría otros tantos temas para seguir tratando; no es mi idea monopolizar aquí la discusión. Agradezco mucho esta oportunidad, buenas tardes.

**Locutora.**- Finaliza su exposición el doctor Santiago Ottaviano. Gracias, doctor.

A continuación, convocamos al estado al doctor Juan Esteban Cicciaro.

El doctor Juan Esteban Cicciaro es abogado recibido en la Universidad de Buenos Aires, especialista en derecho penal por la Universidad Austral; magíster en derecho penal por esta misma casa de altos estudios. Ha participado con otros autores en diversos libros y ha escrito artículos vinculados al derecho penal y procesal penal.

El doctor Cicciaro es profesor universitario en la Universidad Austral y en la Universidad del Museo Argentino, y juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal desde el año 2004.

Doctor Juan Esteban Cicciaro, tiene usted la palabra.

**Sr. Cicciaro.**- Gracias.

En primer lugar, agradezco a la comisión -a los senadores presentes- por la invitación cursada. Tal vez mi contribución sirva, más que nada, por alguna experiencia que he adquirido en los veintiséis años como juez de instrucción y en los últimos quince en la Cámara de Apelaciones, llamada Cámara del Crimen, sin perjuicio de lo cual hablo a título personal.

Destaco también, en primer lugar, el trabajo de la Comisión, que me parece un trabajo concienzudo, con grandes especialistas y profesionales. Y, desde ese punto de vista, adhiero a la necesidad de la reforma si se tiene en cuenta que estamos por cumplir cien años del Código Moreno, que el Código Penal ha sufrido unas novecientas modificaciones y que en los últimos trece años hubo tres proyectos de reforma. Y, además, hay que ir receptando los nuevos bienes jurídicos que se consideran relevantes, justamente, para incluirlos en un solo cuerpo del Código Penal al que, además, hay que introducirle todas las leyes especiales. Así que la necesidad de la reforma me parece que es indudable.

Destaco también desde el punto de vista metodológico el hecho de respetar la numeración porque eso ayuda mucho al operador judicial, a la academia, a los formadores de Derecho y a los estudiantes. Lo digo sin perjuicio de lo que implica la

modernización del proyecto en nuevos títulos en la parte especial, lo cual no formaría parte de este tramo de estudio de la Comisión.

El Código Penal, en la parte general, tiene numerosos vínculos con lo procesal, y acá está la tensión sobre qué accede el Código Penal y qué es aquello que corresponde a las provincias, las cuales tienen sus regulaciones particulares.

Asistimos en este momento a una reforma de códigos provinciales.

Por ejemplo, en la provincia de Tucumán están conviviendo dos sistemas, un sistema más adversarial en determinados lugares, y otro con características más acusatorias, pero no del todo adversariales.

En el sistema federal sucede lo mismo. El Código Procesal Penal Federal que rige en la provincia de Salta y Jujuy no rige en el resto del territorio. Teóricamente, se va a poner en funciones progresivamente. Pero hay mucha vinculación en lo procesal.

Lo importante es que en este aspecto las normas que deban encasillarse en el Código Penal no dejen dudas respecto del legislador provincial. Ese es un aspecto que me parece importante.

El anteproyecto recogido en esto, normas de procedimiento especialmente en el Código Procesal Penal Federal, y, particularmente, los criterios de la Corte y de los tribunales inferiores... Y se nota esto en la exposición de motivos sustancialmente.

Como la parte general tiene muchísimos temas, preferí volcar algunas consideraciones en torno al ejercicio de la acción, la extinción de la acción, y a unas cuestiones vinculadas a la suspensión del juicio a prueba.

Fíjense que esto no es nada menos que el 23 por ciento de la parte general del Código porque abarca los artículos 59 a 78 de la parte general.

Respecto de la extinción de la acción penal, en el artículo 59, inciso 5), en cuanto la acción se extingue por aplicación de un criterio de oportunidad, lo hace de conformidad a lo previsto por este Código y en las leyes procesales correspondientes, de modo de evitar contradicciones con las regulaciones locales. Esto está aclarado en la exposición de motivos y sucede lo propio con las condiciones establecidas para la suspensión del juicio a prueba.

En el tema de la extinción de las acciones es rescatable algo que tomamos de algunos códigos procesales de las provincias, que es el régimen de caducidad por vencimiento de los plazos de la instrucción, por ejemplo. Me parece importante que las legislaciones procesales tiendan a eso, a establecer razones de caducidad para que el proceso se extinga y, por eso, el 59, inciso 6), lo prevé.

En cuanto a la prescripción de la acción penal, una de las causales de la extinción, se aclara en el artículo 63, y me parece bien, que comienza a correr en la medianoche del día en que cesó el delito, con lo cual estamos atrapando los casos de permanencia y continuidad y no como la fórmula actual desde la noche del día que se cometió. Me parece un progreso importante.

Una cuestión metodológica en el artículo 67, el encabezado dice la prescripción se suspende, pero no aclara que está hablando de la prescripción de la acción penal y no de la pena, que es el artículo anterior, el 66. El 66 habla de la prescripción de la pena y el 67 empieza diciendo que la prescripción se suspende sin aclarar que es de la acción, en realidad. Cosa a tener en cuenta.

Un avance en relación a la ley actual es la suspensión de la prescripción cuando hay funcionarios públicos porque la interpretación jurisprudencial es que esto sea así cuando el funcionario público impide o dificulta la investigación. Esta moción está ahora introducida en el proyecto, y me parece importante porque hay



discusiones jurisprudenciales sobre esto.

Dejo una idea en el tema de suspensión de la prescripción de la acción penal respecto del cómputo en aquellos casos donde el funcionario público ha sido sobreseído. ¿Qué pasa? ¿Computamos lo anterior o no en razón de suspensión? Sobre esto hay jurisprudencia contradictoria y hay fallos de la Cámara de Casación Federal y de nuestra Cámara en el sentido de que ese tiempo de suspensión no se computa. Es decir, se considera suspendido el transcurrido antes de esa resolución.

Respecto de la interrupción de la prescripción de la acción penal, me parecen importantes dos cuestiones a las cuales adhiero sostenidamente. Me refiero a la incorporación de dos causales de interrupción. La primera es la rebeldía del imputado.

Les recuerdo que allá por el 2005 se reformó el aspecto vinculado a la interrupción de la prescripción de la acción. Teníamos centenariamente causales llamadas lógicamente de secuelas de juicio, que podían ser múltiples y eran a elección del operador judicial. El legislador del 2005, en la 25.990, las redujo y estableció cuáles eran puntualmente esas causales y, en particular, y les hablo desde mi postura porque lo veo en los expedientes todos los días, la rebeldía era una causal que debía haberse mantenido, y es lo que trae este proyecto y lo celebro.

La declaración de rebeldía como causal de interrupción es importante porque un proceso no puede desarrollarse en ausencia. Eso, en primer lugar. Y, además, se da la paradoja de que un imputado declarado rebelde ya no tiene delante causales interruptivas, que sí las tiene el imputado que está a derecho. Imaginemos un imputado que es llamado a indagatoria, primer causal de interrupción del curso de la prescripción, después tiene que soportar la interrupción con un requerimiento de elevación a juicio, con una citación de juicio y con una sentencia, aunque no esté firme.

Entonces, es medio paradójico que el imputado que está a derecho esté en mejores condiciones que uno declarado rebelde.

En el tema de declaración de rebeldía, además, hay una evolución inclusive dentro de nuestra propia Cámara. En los últimos años registramos muchas apelaciones, especialmente la defensa oficial, recalcando el valor que tiene esa declaración o no en función, por ejemplo, de excarcelaciones posteriores. Se valora esa declaración de rebeldía, obviamente, en forma negativa desde una excarcelación. Y lo mismo ha ocurrido con la evolución jurisprudencial, particularmente de nuestra Cámara, en aceptar las apelaciones, es decir, declarar admisibles las declaraciones de rebeldía, apeladas por el respectivo defensor.

La trascendencia de la declaración de rebeldía, además, haciendo alguna comparación con lo que sucede actualmente en la doctrina de la Corte, en cuanto a que la Corte ya no suspende el tratamiento de las quejas cuando verifica que el imputado está rebelde sino que ya declara inadmisibles el recurso, que no es lo mismo. Antes se suspendía ese tratamiento y esa doctrina que observamos y, por lo menos, registro un fallo Fernández de este año en el sentido de que el recurso de las quejas en la Corte y, obviamente, los demás recursos en las líneas inferiores, serán inadmisibles.

La importancia de la declaración de rebeldía también la veo en el proyecto, puesto que su comunicación a los entes oficiales ya no caduca al término de diez años; es decir, hay una excepción en el término de caducidad de la declaración de rebeldía.

La segunda causal relevante es la solicitud de extradición. Como ustedes

saben, la extradición es un procedimiento cuya solicitud la hace el juez requirente; supongamos un juez argentino respecto de un juez extranjero que tiene que llevar un proceso de características administrativas. Es decir, el tiempo insumido en el extranjero ya no es imputable al juez argentino en este caso; y el tiempo sigue corriendo y la prescripción suele suceder.

De hecho, si hacemos otra analogía, recuerdo un caso de la Corte, "Sánchez Reise", en el sentido de que el tiempo consumido e insumido en el exterior a raíz de una solicitud de extradición no se computa en términos de plazo razonable de la detención. Me pasó una vez, hace unos cuantos años, con un imputado traído desde un país limítrofe que a los tres años y dos meses pidió la excarcelación por vencimiento del plazo razonable, dos años más uno de prórroga, inmediatamente de llegado a la Argentina.

Bueno, la Corte en el caso "Sánchez Reise" dijo, respecto del tiempo insumido en el extranjero, que cuando la Convención habla del plazo razonable no le está hablando al juez argentino, sino al juez que tiene a su disposición al imputado. De modo que estas dos causales las celebro porque veo su incidencia en la práctica.

El proyecto define un tema que tiene nada menos que setenta años, que es lo que nosotros llamamos el famoso Plenario "Prinzo". Tiene setenta años porque es un fallo plenario de la Cámara del Crimen del año 49. Y es uno de los puntos más emblemáticos y que sigue suscitando jurisprudencia contradictoria, que es el problema de la interrupción del curso de la prescripción por la comisión de otro delito. Hay una línea jurisprudencial que requiere una sentencia condenatoria firme respecto de ese otro delito; y el Plenario "Prinzo" lo que hacía era suspender el pronunciamiento relativo a la declaración de prescripción hasta que se defina esa cuestión. En la reforma se interrumpe la prescripción por la mera ocurrencia del delito, aunque la sentencia que habrá de recaer por ese delito sea posterior y no se produzca dentro del plazo de prescripción del respectivo delito.

Entonces, lo que hacía en la práctica la interpretación contraria –es decir, requerir una sentencia firme en el plazo de prescripción– es, prácticamente, tornar inoperante esta causal de prescripción de la acción que guarda bastante analogía en el tratamiento del anteproyecto con lo vinculado a la comisión de delitos durante la libertad condicional y durante la suspensión del juicio a prueba. Al respecto, hace un mismo tratamiento el anteproyecto. Es más, a veces la praxis demuestra que la comisión de otro delito no se da en otro proceso llevado por otro tribunal, sino en el mismo proceso. La práctica nos demuestra, por ejemplo, en casos de violencia doméstica, de distintas amenazas o lesiones, que si los tomamos aisladamente, van prescribiendo conforme la teoría del paralelismo que tiene nuestro actual Código y que sigue receptando el anteproyecto.

Entonces, por lo menos mis votos en disidencia son en el sentido de que un delito va interrumpiendo la comisión de otro, y este proyecto lo recepta.

Hablaba de la tesis del paralelismo, es decir que la prescripción corre para cada delito y para cada persona. Tengo alguna duda de si podría aplicarse en caso de concurso ideal: dos figuras delictivas concurriendo en un solo hecho, porque el término de la prescripción debería regirse por esa unidad de hecho –esos dos delitos en un solo hecho– y no prescribir, obviamente, el de pena menor porque quedaría prescripto el hecho en sí y no se pueden seccionar calificaciones legales. Ese es un problema que veo y que, tal vez, habría que solucionarlo en el Código.

Otra cosa, que es una observación que hace el integrante de la comisión Pablo López Viñals, es que como tenemos causales de interrupción, la combinación

de estas causales podría ocasionar que un proceso no muy grave –imaginemos un delito de seis años, una estafa por ejemplo–, al combinar causales de interrupción –llamados a indagatoria, requerimiento de elevación a juicio, citación a juicio, sentencia condenatoria, bueno, ahora tendríamos la rebeldía y la solicitud de extradición–, esa combinación nos lleve a un proceso de muy larga duración que ha llevado a la doctrina de la Corte a lo que se llama insubsistencia de la acción, casos "Barra", "Kiperman", "Amadeo de Roth" .

Ahí, López Viñals trae una fórmula interesante que es de la legislación alemana, en el sentido de que no se puede pasar más allá del doble del tiempo previsto como plazo de prescripción previsto, justamente, para ese delito; es decir, un límite para no llegar a la doctrina de la insubsistencia de la acción, que es un delito que persiste, aunque matemáticamente no esté prescripto si hacemos todas las cuentas que nos trae el Código Penal.

Otra cosa positiva es llenar el vacío que existía en los delitos de acción privada, y que lo hemos ido solucionando jurisprudencialmente, en el sentido de cuál es la causal interruptiva. Los casos más comunes son los de calumnias e injurias. Jurisprudencialmente, hemos sostenido que la propia instauración de la querrela –que es una suerte de requerimiento de la elevación a juicio en acción privada que no tiene parte instructoria– debe operar como primer eslabón de interrupción del curso de la prescripción. Esto lo trae el proyecto. Y habría que ver si también la citación a juicio debería ser una causal interruptiva.

Otro problema que tenemos en la praxis son aquellos delitos que tienen penas alternativas o conjuntas, imagínense de prisión o de multi-inhabilitación, cuál prescribe: si la más grave, según el orden del artículo 5º, o la de más larga duración. Ahí pareciera que con el vocablo "únicamente", al referirse a las penas de multi-inhabilitación, estaría solucionándose el problema en el sentido de que si, aun, una pena de prisión tiene una menor duración que una de inhabilitación –esto sucede, por ejemplo, en el artículo 94 de lesiones culposas, con penas de prisión inferiores a la inhabilitación–, entonces, el anteproyecto traería una definición que estaría solucionando temas que vemos en la jurisprudencia.

En cuanto al ejercicio de la acción penal, el artículo 71 trae las reglas de disponibilidad que, básicamente, las define para unificar un poco la legislación en materia procesal en los casos de insignificancia, pena natural, irrelevancia de la pena en relación a una anterior y los casos de conciliación o acuerdos de partes. El anteproyecto exceptúa de estos casos, de los criterios de oportunidad, los supuestos de violencia de género y de discriminación; y ahí se ve el influjo de la Corte en el fallo "Góngora" en materia de violencia de género. Después, vamos a ver un segundito qué pasa en la suspensión del juicio a prueba.

En los casos de aceptación de un criterio de oportunidad, vemos lo que están trayendo los códigos procesales del interior, que es la conversión de eso que podría haber sido la acción pública en acción privada a partir de esta aplicación de regla de disponibilidad; es decir, al querellante que lo iba a hacer en acción pública no le queda más remedio que convertirse en un querellante al estilo de la acción privada por esta conversión.

En cuanto a delitos dependientes de instancia privada se recoge la ley actual, la 27.455 –se habló recientemente acá en la Comisión–, en los casos de los abusos sexuales, del estupro y del rapto, en el sentido de que la acción será pública en todos los casos en que la víctima fuere menor. Esto ha traído una problemática respecto de si en todos los casos, en hechos de abusos en donde son víctimas menores, debería ser pública la acción; está superada por el Congreso por esta ley,

pero ha traído algunos problemas, especialmente en los casos de abusos de menor entidad, abusos sexuales simples, que no son intrafamiliares, donde imaginemos un padre que no quiere instar la acción penal. Pero es un tema que, en realidad, el anteproyecto lo que hace es adquirir la nueva legislación en tal sentido y pareciera que esto está ya solucionado.

Luego, estoy de acuerdo con mantener la instancia en delitos, es decir que la instancia sea privada en las lesiones del 89 y 94. Y ahora se incluyen las de homicidio y lesiones en riña, manteniendo la fórmula tradicional de excepción en los casos de seguridad e interés públicos, conforme a la jurisprudencia de muchos años sobre este tópico.

Por razones de política criminal, a estos delitos dependientes de instancia privada se adicionan delitos que podrían reportar hechos menores como: daños, violación de domicilio, libramiento de cheque sin fondo y amenazas, que en muchos casos vemos que tienen poca significación y donde se necesita la instancia de la acción de la víctima para su promoción.

Las excepciones a la instancia privada también se mantienen en los casos de delitos contra un menor, obviamente, que no tenga representantes o cometidos por ellos, o con intereses contrapuestos entre quien podría instar y el propio menor, y ahí se actúa de oficio, de algún modo, reglamentando la Convención sobre los Derechos del Niño en esta materia. En este punto, como en estos casos, es el fiscal el que debe promover la investigación, de algún modo, ante quien quedaría la instancia.

Y recojo una disidencia parcial de la integrante de la Comisión Redactora, Yael Bendel, la asesora tutelar general de la Ciudad –y esto lo vi en algunas provincias–, ya que, de acuerdo al diseño de cada lugar, las asesorías tutelares o defensorías de menores, muchas veces, instan la acción. De hecho, nosotros tuvimos un caso de instancia de acción, ya no por el fiscal sino por el defensor que habla por el niño, el defensor de menores. Lo dejo como cuestión a tener en cuenta.

En los delitos de acción privada, celebro terminar con la discusión sobre si el que a sabiendas accede a un sistema de datos restringidos, si es un delito de acción privada o no, lo incluye entre aquellos de acción privada. Y en los casos de concurso ideal entre acción pública con los delitos dependientes de instancia privada, ver si es necesario fijar una regla en cuanto a la promoción y prescripción de la acción penal, porque acá se pueden generar discusiones.

Finalmente, algunas cuestiones vinculadas a la suspensión del juicio a prueba que es una actividad que nos lleva mucha tarea judicial todos los días. De hecho, hoy tuve más de una audiencia vinculada a este tema.

El instituto recoge y se rige por las disposiciones del Código Penal, pero respetando los sistemas provinciales que contienen reglas procesales. El título ya es significativo porque también soluciona algunos problemas. La actual alocución es "suspensión del juicio a prueba", de modo que hay alguna línea jurisprudencial en el sentido de que no procede este instituto en la etapa de instrucción, porque se habla de juicio a prueba. Mientras que me parece un adelanto del Código incluir la alocución "suspensión del proceso a prueba", y que recoge, incluso, legislaciones provinciales que atrapan este instituto desde la misma formalización de la imputación, que, además se ajusta a las disposiciones procesales del Código Procesal Penal Federal.

En el sistema actual, el imputado lo solicita y en el anteproyecto, en el proyecto ingresado, lo acuerda con el imputado. Es decir, si no hay acuerdo, no hay suspensión del proceso a prueba. Con lo cual termina con las discusiones de todos

los días sobre la oposición del fiscal si es vinculante o no. Como hay un acuerdo, eso ya implica superar esta cuestión y todas las cuestiones que derivaron en los fallos plenarios conocidos, como “Kosuta”, y en el fallo de la Corte “Acosta”.

Claro que podríamos tener algunos delitos que algunos podrían considerar graves si la suspensión de juicio a prueba procede en los casos de delitos que es posible la condena y el juicio condicional, lo es, por ejemplo, en un robo a un poblado con la intervención de tres personas o más, que tiene una pena mínima de tres años y una máxima de diez. Según lo que interpreto, podría dar lugar a la suspensión de juicio a prueba.

Las excepciones son: la intervención del funcionario; los contextos de violencia de género -que es el caso “Góngora”-; los homicidios culposos; lesiones gravísimas, y delitos fiscales y aduaneros.

En el tema Góngora, el fallo de la Corte, según el cual –interpretando la Convención de Belém do Pará–, esta estaría diciendo que los casos de violencia de género deberían ir a juicio. Es una línea jurisprudencial mayoritariamente aceptada en los tribunales inferiores, pero no por todos.

Ahí hay una observación para estudiar de la doctora Llerena, como integrante de la comisión, en los casos en que el contexto de violencia es muy pretérito y la condena ulterior podría generar mayores conflictos. Serían casos para tener en cuenta porque esto también lo vemos en la praxis.

Hoy se da en este aspecto, al incluir la posibilidad de delitos con pena de inhabilitación, que el sistema actual los veda, es decir, veda la suspensión del juicio a prueba cuando impide la inhabilitación, el anteproyecto lo prevé, y terminamos con esa paradoja de que en un delito doloso, intencional, el imputado pueda pedir una suspensión de juicio a prueba y no lo pueda hacer en un delito imprudente porque lo prohíbe la pena de la inhabilitación, entonces, están todas esas salidas jurisprudenciales en el sentido de autoinhabilitarse, etcétera. Con eso quedaría superada la cuestión.

En el tema de suspensión del proceso a prueba, me parece importante –y también en concordancia con la nueva la ley de víctimas, la 27.372– justamente, la participación de la víctima, aunque no fuera constituida como querellante, cuestión que rige en otros institutos procesales en el ámbito nacional y federal y su derecho de ser informada. Y siempre, y esto me parece bien, la legalidad de ese acuerdo queda sujeto, obviamente, a la homologación del juez respectivo que tiene que ver si ese consentimiento no es viciado.

En la causal, en el instituto de la suspensión del proceso a prueba, al igual que en la libertad condicional y en la interrupción por la comisión de otro delito, la suspensión se deja sin efecto, reitero, por la comisión de otro delito, aunque la sentencia firme, que así lo declare, hubiese recaído con posterioridad al momento que habría de darse por cumplido el plazo de suspensión. Esta es una discusión de todos los días que plantean muchos defensores oficiales y creo que varios de los cinco jueces de ejecución de la Capital Federal sostienen que la revocación de la suspensión de juicio a prueba por la comisión de otro delito tiene que darse en el mismo plazo de la suspensión, cosa que es absolutamente imposible, muchas veces, especialmente por los incumplimientos verificados en el último término de prueba.

Entonces, me parece que razonablemente esto que ha sido llevado... no es requisito que la revocación tenga lugar en el plazo de suspensión y, razonablemente, el proyecto impone, de todos modos, un plazo máximo de cinco años, desde que debe darse por cumplido ese plazo para que no lo haga

absolutamente improrrogable.

En esto propongo también o sugiero, en materia de libertad condicional, interrupción por la comisión de otro delito en la prescripción y la suspensión de juicio a prueba, unificar el lenguaje porque en algunos casos se habla “por la mera ocurrencia del hecho” y no en otros.

Finalmente, una cuestión debatida, que habría que pensar si lo dejamos diferido a las reglamentaciones procesales o no, es si el mismo juez que decidió la suspensión de prueba es el que la revoca. Incluso, hay cuestiones de competencia hoy en día en esa cuestión.

Como pueden ver, participo de muchas de las ideas del proyecto, me parece satisfactorio, más allá de algunas cosas puntuales que he señalado, y agradezco a la comisión por la invitación.

**Locutora.-** Ha sido la presentación del doctor Juan Esteban Cicciaro.

A continuación, convocamos al estrado para que nos acompañe al doctor Carlos Manuel Romero Berdullas. Doctor en Derecho Penal y Ciencias Penales por la Universidad del Salvador; especialista en Derecho Penal por la Pontificia Universidad Católica Argentina y abogado por la Universidad de Buenos Aires. El doctor Romero Berdullas es coautor de los libros *Planteos actuales de la política criminal* y *Proceso constitucional acusatorio*, y de la obra colectiva *Comentarios al proyecto de Código Penal*. El doctor Romero Berdullas se desempeña como árbitro evaluador de artículos para diferentes revistas académicas y fue profesor invitado en la carrera de Especialización en Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata.

Doctor Carlos Manuel Romero Berdullas, tiene usted la palabra.

**Sr. Romero Berdullas.-** Muchas gracias.

Ante todo, deseo expresar mi gratitud a la UCA por haberme propuesto para esta intervención y a la Comisión de Justicia y Asuntos Penales del Honorable Senado de la Nación por hacerme partícipe de esta importante reunión, en donde vamos a tratar una cuestión de suma trascendencia para todos los argentinos, pues la reforma del Código Penal de la Nación es un asunto de máxima relevancia nacional, que concierne a toda la comunidad política, en vistas a la conquista de la concordia social y el bien común.

Dado el exiguo tiempo con el que contamos, la especificidad del temario propuesto por la comisión y que no quiero correr el riesgo de volverme tedioso – pues hace tiempo ya que estamos acá–, creo conveniente limitar en concreto cuál va a ser el objeto de esta exposición, a fin de no anidar en el auditorio vanas expectativas ni esperanzas incumplidas. El propósito de esta intervención es compartir con ustedes las conclusiones inferidas luego de estudiar cuál es el alcance que puede tener el principio de oportunidad a través de la insignificancia regulada en el artículo 71, inciso 1), del proyecto, y explicarles cuáles son las posibles consecuencias a las cuales puede conducir su aplicación.

Aclarado esto, ahora sí nos hallamos en condiciones de iniciar esta exposición afirmando que, tradicionalmente, en la República Argentina rigió el principio de legalidad procesal, que es la obligación que tienen los fiscales de ejercer de oficio la acción penal ante la noticia de la posible comisión de un delito de acción pública e imposibilidad de suspender, interrumpir y prescindir de la persecución penal, salvo en las circunstancias expresamente previstas en la ley. Sin embargo, si observamos el horizonte normativo, nos topamos con la incursión de un principio de oportunidad ajeno a nuestra rica tradición histórica; a priori, susceptible de definirse como aquella facultad discrecional otorgada a los fiscales para

prescindir de la persecución penal bajo razones pragmáticas o político-criminales.

Vale destacar que la doctrina tiende a caracterizar a los sistemas normativos que regulan la oportunidad como libres o bien reglados: el clásico modelo libre es el anglosajón o estadounidense, donde se le otorga a los fiscales una vasta discrecionalidad a la hora de decidir qué van a perseguir y qué no; y el reglado es el vigente en Alemania, donde el legislador, con cierta acribia, intenta determinar cuáles son los supuestos para prescindir de la persecución penal.

Antes de proseguir, a colación de esto creo que amerita invocar la voz de Daniel Pastor, traerla a este salón, quien justamente plantea que solo tiene cierto valor reflexionar sobre el principio de oportunidad libre y no sobre la oportunidad reglada, por cuanto la oportunidad reglada –valga la redundancia– es la oportunidad de terminación abstracta, general y propia del congreso representativo, y no una decisión en concreto del fiscal de no perseguir penalmente de modo autónomo. De hecho, autores españoles, como Armenta Deu, plantean que es un contrasentido en los propios términos hablar de oportunidad reglada, o incluso Ruiz Vadillo estipula que la oportunidad reglada no es más que una manifestación más del principio de legalidad.

Aclarado esto, ahora sí vale destacar que solo tiene cierta significancia reflexionar sobre el principio de oportunidad libre o, a lo sumo, de la oportunidad reglada en tanto y en cuanto a través de este concepto o este rótulo se solape un principio de oportunidad libre, tal como parece acontecer en el proyecto de reforma del Código Penal. Nótese que el artículo 71, inciso 1), faculta a los fiscales a disponer de la acción penal cuando un hecho sea de menor significación o insignificante o no afectare gravemente el interés público, en tanto y en cuanto se subsane el daño causado en la mayor medida posible y que el delito no sea cometido en un contexto de violencia de género o por razones discriminatorias.

De modo que aquí cabe hacer un distinguo entre esta clase de insignificancia y la insignificancia material; entre esta clase de insignificancia que asumo que es derecho penal de fondo, porque el legislador y el proyecto lo están estipulando en el Código Penal, y la insignificancia material, que ya todos conocemos, la preconizada por Roxin, que puede resumirse en aquel adagio que el tribunal lo trata con menudencias o pequeñeces y que, justamente, mediante categorías dogmáticas tiende a plantear la tipicidad de determinadas conductas por la nimia afectación de los bienes jurídicos.

Esta insignificancia que regula el proyecto es un concepto relativo, justificado esencialmente en la necesidad de reorientar la capacidad operativa del Ministerio Público Fiscal para perseguir los hechos penales más relevantes bajo un criterio de racionalidad: tratar de racionalizar los escasos recursos con los que cuenta el Estado, administrar eficientemente la justicia, brindar respuestas de calidad, en línea con las prioridades político-criminales trazadas.

Ahora bien, expuesto esto, lo primero que me pregunto es si de esta manera no estamos franqueando el camino hacia la arbitrariedad, pues los fiscales se encuentran habilitados a disponer de la acción penal mediante la aplicación de conceptos indeterminados, pues se advierten no pocas dificultades a la hora de precisar qué es un hecho de menor significación o un hecho que no afecta gravemente el interés público. Me pregunto: si es un hecho menor, ¿por qué tipificarlo como delito, como aquella conducta más antijurídica, como aquella infracción más grave a la ley? ¿Cuál es el sentido de introducir justamente determinadas conductas por su dañosidad social y afectación al interés público en el Código Penal y, al mismo tiempo, dotar a los fiscales de esta carta blanca?

Verdaderamente, se encuentran no pocos escollos, pues a esto cabe sumar como interrogante qué clase de garantías ofrecen las vagas y genéricas condiciones de aplicabilidad de este principio de oportunidad o de esta manifestación a través de la insignificancia, cuando justamente hay una ausencia de cánones objetivos y conceptos indeterminados. Pareciera que de esta forma estamos abriendo el grifo hacia los veleidosos, pues los fiscales podrían disponer del ejercicio de la acción penal so capa razones pragmáticas o político-criminales, sin contralores republicanos ni controles constitucionales aptos e, incluso, señeramente en estadios iniciales de las investigaciones, donde existe una escasa visibilidad. De hecho, ¿qué puede impedir ante esta regulación que un fiscal decida no perseguir el delito de infanticidio, previsto en el proyecto; el delito de aborto; el transporte de estupefacientes o cualquier otro delito, en tanto y en cuanto no sea realizado en un contexto de violencia de género o por razones discriminatorias?

Intento buscar racionalidad al proyecto.

Entonces, es importante ver cómo conjugamos esto con el proceso acusatorio, al cual por lo general la doctrina reformista tiende a apelar para justificar la aplicación de esta insignificancia y este principio de oportunidad.

Lo cierto es que si, tal cual lo expresa la Corte Suprema en Quiroga y en Llerena, los elementos definitorios de un proceso acusatorio son la división de funciones acusatorias y decisorias en distintos órganos y la preservación de la imparcialidad del juez, vale preguntarse cómo se conjuga esto con esta posibilidad de los fiscales de disponer de la acción penal ante la acreditación de hechos punibles, pues pareciera que se genera una ineludible confusión de funciones en un mismo órgano e, incluso, un avasallamiento de la misión conferida a los jueces.

Si es imperativo acusar en procura de restaurar el orden de justicia conculcado, igualar esa desigualdad generada por el delito para lograr el bien común e impedir la justicia por mano propia, vale preguntarse cómo se conjuga este criterio con el bien común, pues si seguimos los postulados del proceso acusatorio, sin acusador, el juez se verá impedido de administrar la justicia para pacificar la sociedad.

Y aquí me detengo un poco más, siguiendo el magisterio de la Corte en Quiroga: si el fiscal no puede ser imperado, obligado por los poderes Ejecutivo, Legislativo o Judicial a desarrollar persecuciones penales ni acusaciones, vale preguntarse cómo se conjuga esto con la ocasional revisión de las decisiones desestimatorias de los fiscales desarrolladas por un mismo fiscal dentro de un mismo organismo; un organismo que, sabemos, se caracteriza por ser monocrático, vertical, jerárquico y presenta la peculiar nota de que sus autoridades no son elegidas mediante el sufragio universal de lo que parte de la doctrina denomina "soberanía del pueblo". Lo cierto es que al sustituir el firme control intrínseco del principio de legalidad procesal por un contralor endogámico de una misma sección de poder, afloran tensiones entre este criterio y el paradigma de no autocontrol, y el sistema de frenos y contrapesos, ambos rubricados en las Constituciones modernas.

Y si bien se intenta subsanar esto con la conversión de la acción pública en privada y la creación del defensor público de las víctimas bajo la órbita de la Defensoría de la Nación en el ámbito federal y nacional, ciertamente, no se logra cumplir el designio propuesto. ¿Y por qué digo esto? Porque ningún otro actor desarrolla un control externo y similar respecto, justamente, del interés público afectado en todo delito de acción pública. Y aquí creo que es necesario reivindicar la noción de "delito", que no es lo mismo que "conflicto", aunque parte de la doctrina



abolicionista tienda a confundirlos e intente, incluso, reemplazar la palabra “delito” por “conflicto”. Pues, ante la comisión de delito de acción pública siempre hay una doble afectación, una doble razón de gravamen y de demérito: hay una afectación a la víctima particular pero, a su vez, de modo prevalente, hay una afectación a la comunidad política, a la víctima comunidad política; hay una afectación a un interés público que debe restaurarse, tal cual lo explica Sancinetti en una de sus obras, y de la cual no se puede disponer. De hecho, por eso hablamos de delitos de acción pública, porque hay una afectación a la cosa pública.

Y, visto esto, también cabe preguntarse cómo compatibilizamos esta herramienta que intentamos dar con la medida razonabilidad de los legisladores. Pues, cuál es la racionalidad de otorgarles a los fiscales un margen de discrecionalidad para sopesar si determinados hechos afectan o no gravemente el interés público, cuando justamente ese fue el motivo y el móvil que llevó al legislador a introducir esas conductas por su especial nocividad y gravedad en el Código Penal. Acá advierto una aporía irresoluble, una contradicción axiológica *ad intra* del proyecto, insalvable a mi entender, pero que además me mueve a religarla también al fin pedagógico de la ley penal, y a la medida de razonabilidad del legislador, quien es guiado por la finalidad y la meta de rectificar conductas humanas por cuanto la sociedad, para su preservación, necesita la institución de normas básicas y fundamentales en pos de la pacífica convivencia. Y lo cierto es que, muy probablemente, ante la inactividad de los fiscales y la no persecución de determinados delitos, se genere en gran parte de la ciudadanía una pregunta o una reflexión, y es: en definitiva, si no se persiguen estos hechos es porque no son tan graves y no ameritan de su aprobación. Con lo cual, esto es sumamente peligroso, porque gradualmente puede degenerar en una distensión del juicio ético social y en diferencia moral frente a hechos no solo inmorales, siguiendo el artículo 19 de la Constitución Nacional cuando habla de moral pública, sino que son tipificados como delitos precisamente por su lesividad y nocividad social. Vale preguntarse, también, si esta facultad es delegable.

Lo cierto es que esta manifestación del principio de oportunidad no se salva por una ley penal de fondo o procesal, pues no se salva con una ley que pervierta o destruya todo el orden normativo material. Y el legislador no puede sujetar la apreciación sobre los intereses generales de la sociedad respecto de qué hechos deben ser perseguidos y cuáles ameritan reproche penal en el fiscal. Pues, de hacerlo, conculcaría la división de poderes; el sistema representativo, ya que trocaría al fiscal en legislador. Y me pregunto: si sucediera eso, ¿cómo lo conjugamos con el artículo 29 de la Constitución Nacional, que justamente prohíbe a los poderes legislativos nacional y provinciales conferir a los poderes ejecutivos respectivos la suma del poder público, facultades extraordinarias, supremacías o sumisiones, mediante los cuales quede a merced de persona alguna la vida, fortuna y honor de los argentinos, bajo la pena de nulidad insanable y la sanción penal correspondiente a los infames traidores a la patria a quienes consientan, adscriban o formulen estas concesiones? Me pregunto: ante esta prohibición, ¿por qué el Poder Legislativo podría librar a la mera voluntad de los fiscales la libertad y seguridad de todos los argentinos?

Y si me afincó en los presupuestos del derecho penal moderno, que –vale resaltar– no condicen con los del realismo clásico, a los cuales yo adscribo, pero hoy están en boga, si me afincó en esos presupuestos, tengo que partir de la base de que el principio supremo de moralidad y la medida de racionalidad convergen en la autonomía de la voluntad del hombre que se expresa en esa capacidad de dictar

su propia ley y cuyo cenit se encuentra en un estado constitucional de derecho; justamente donde, a través de los representantes del pueblo, luego del correspondiente debate democrático –escuchar todas las voces y minorías–, se establece qué conductas, por su especial gravedad, deben ser tipificadas y sancionadas penalmente. Se advierte claramente cómo es difícil conjugar esta premisa pues se tiende a generar una relación agonal con la actuación del fiscal, ya que el fiscal podría disponer de la acción penal y horadar los valores democráticos e igualitarios de la ley penal a fuer de analizar o sopesar la oportunidad, conveniencia e intereses generales de la sociedad afectados por determinados delitos.

Pero vayamos un poco más profundamente. Observamos que es implícita esta insignificancia a la utilización de conceptos indeterminados, tal cual acabamos de exponer. Entonces, me pregunto si esta utilización de conceptos indeterminados es, en realidad, sistemática a la cifra dorada del delito. Pues, de esta forma, les estaríamos otorgando a los fiscales la posibilidad de tener un campo más propicio para dar un trato diferenciado o privilegiado a determinados casos imputados por venalidad en la función, mediante tráfico de influencias, preventas o dádivas económicas. Más aún, sigamos estudiando estos conceptos indeterminados y vamos a ver que se incrementan las posibilidades de lesionar la delicada prenda de la igualdad. Pues, evidentemente, ante la aplicación de conceptos subjetivos y abstractos, muy probablemente distintos fiscales, ante hechos circunstanciados por iguales condiciones, ofrezcan disímiles respuestas. Y acá tomo el candente tema del aborto: cómo van a proceder los fiscales ante estos criterios indeterminados frente al aborto. Muy probablemente, algunos decidan perseguirlo y otros no, lo cual claramente va a conducir a una dispar y desigual protección penal de los niños por nacer.

Tampoco encuentro medida de racionalidad cuando intento compatibilizar esta manifestación del principio de oportunidad con el principio de legalidad material del cual hablaba Pessoa antes, que justamente, según el derecho penal moderno, fue erigido para proteger al individuo frente al posible ejercicio arbitrario del poder. Lo cierto es que autores de la talla de Wolfgang Naucke y Peter-Alexis Albrecht plantean la importancia del principio de legalidad procesal por cuanto a través suyo el principio de legalidad material obtiene sustento en el proceso. Y esto es importante destacarlo, honorables senadores. La ciudadanía mece expectativas, deposita esperanzas en la aplicación de la ley penal. Y lo cierto es que el principio de oportunidad y esta manifestación no pueden asegurar ni la seguridad jurídica, ni la previsibilidad, ya sea a la ciudadanía, a las víctimas o a los imputados. Y no se salva esta manifestación de principio de oportunidad tampoco con la querrela instituida por selectiva aplicación de la ley penal, por cuanto este discurso, justamente, la crítica a lo selectivo por arbitrario, injusto y desigual nos mueve y nos obliga a poner todos los medios que se encuentren a nuestro alcance para desarrollar persecuciones penales signadas por la igualdad, aunque esto pueda no acontecer siempre por la propia defectividad del hombre. De modo que esta querrela incurre en el principio lógico de no contradicción, pues se critica la selectividad por arbitraria, injusta y desigual, pero al mismo tiempo se ofrece una falsa alternativa, pues es otra selectividad revestida de otro signo. Todos sabemos que está revestida de otro signo y bajo una proclama demagógica –diría yo–, porque esta proclama de perseguir solo a los más poderosos obvia, como todos sabemos, que los delitos desarrollados por los más poderosos también en otros eslabones actúan clases sociales más vulnerables. De modo que aquí da en el clavo el catedrático Silva Sánchez cuando plantea que la aplicación de la ley penal y el respeto a las

garantías no pueden hacer acepción de personas.

Tampoco me persuade la pragmática de lograr una administración de servicios de justicia más eficientes mediante esta herramienta. ¿Y por qué? Si bien este argumento aparenta tener cierto viso de razonabilidad, lo cierto es que yerra en la conclusión, porque no explica por qué descartamos el principio de legalidad procesal y no apelamos a otras posibles alternativas. Lo cierto es que, en rigor, decidir no perseguir determinadas conductas penales para perseguir otras, según los criterios de cada fiscal, desnuda una variable de ineficacia, desnuda un discurso jurídico construido para excusar y legitimar, de algún modo legal, el incumplimiento de las funciones asumidas. Y si recalamos en estos presupuestos de derecho penal moderno, de los cuales hablábamos antes, tenemos que partir de la premisa de que se concibe al Estado como una suerte de titan todopoderoso, omnipotente, en el cual hay que preservar a ese menudo hombre frente a ese poder avasallador mediante garantías que puedan resguardarlo de la arbitrariedad. Si partimos de esta base, surgen dos interrogantes sin respuestas. El primero de ellos es: ¿cómo puede escudarse, excusarse este Estado omnipotente en su propia ineficacia e ineficiencia? Y la segunda de ellas es: si este Estado, tal como lo dice Zaffaroni, que detenta la *potentia puniendi* –no es el depositario monopólico de *ius puniendi*–, ¿en qué puede medrar ofrecer un más vasto campo hacia la arbitrariedad?

Por cierto, según la perspectiva del derecho penal moderno, su racionalidad abreva en las garantías constitucionalizadas y pareciera que la implementación de medios honestos es un presupuesto de una persecución penal eficaz, útil y racional. Luego, al conculcar todas estas garantías y principios de los que venimos hablando y esta manifestación del principio de oportunidad, se advierte entonces que como no se ajusta a la medida de racionalidad de la constitución política, por ende, no conduce ni a persecuciones penales útiles, eficaces, ni racionales.

Ya concluyendo, es importante dejar en claro que de esta forma estamos sumiendo a la ley penal a una precariedad latente, constituyéndola en cierta manera en una manifestación de un derecho penal líquido. Y me pregunto entonces si al otorgar a los fiscales esta carta blanca o comodín, no los estamos convirtiendo en amos y señores del proceso y las libertades. Y aquí me voy a tomar una licencia y voy a apelar a la palabra de Mallarmé, retratando a Hamlet, y a palabras de Shakespeare, que justamente se pregunta si de esta forma no estamos sentenciando al derecho penal a transformarse en el señor latente que no pudo llegar a ser, y no estamos convirtiendo a la acción penal en un juguete de la fortuna en manos de un funcionario todopoderoso, un fiscal devenido también en legislador y juez; en definitiva, un analogado del cesarismo desde siempre enfrentado a la República.

Muchas gracias a todos.

**Locutora.-** La presentación del doctor Carlos Manuel Romero Berdullas.

En este encuentro, en el Salón Eva Perón del Senado Argentino, convocamos al estrado al doctor Mario Filozof.

El doctor Mario Filozof es representante del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Desde 1988 es juez nacional a cargo del Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 24 de la Capital Federal. Entre 1993 y 2016 fue juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, cuya Presidencia ejerció entre los años 2007 y 2010. El doctor Mario Filozof se desempeña como docente en la Universidad de Belgrano y en la Universidad de Lomas de Zamora.

Doctor Mario Filozof, tiene usted la palabra.

**Sr. Filozof.-** Muchas gracias.

Como mis anteriores predecesores, quiero agradecer al señor presidente de la comisión, a los integrantes de la comisión y también al Colegio Público de Abogados que me brindó el honor, a esta altura del partido, de poder poner un granito de arena en algo que, como bien se dijo, es sustancial para la República Argentina, ya sea que se convierta en ley o no.

Voy a empezar, antes de hacer algunos comentarios, por ponderar el proyecto en dos sentidos, al menos. El primer sentido es que es un acopio de normas. Toda la vida los operadores del sistema judicial penal hemos tenido que andar buscando por todos lados, y mucho más cuando dejaron de publicarse los anales del derecho y de la ley. Los que ya manejan el Google puede ser que sí los encuentren, pero a los que no lo manejamos bien del todo, se nos complica un poco. La verdad es que era hora de que se hiciera un acopio de estas normas.

También quiero destacar la eliminación de la pena de reclusión como algo para ponderar. ¿Por qué lo quiero destacar? Primero, porque si bien le correspondía al Estado poner sistemas de reclusos y sistemas de presos, eso ya no existe más y no creo que el Estado invierta un peso en modificar esta cosa que se ha convertido en uso y costumbre. Ya prácticamente la forma de cumplir la pena, la forma de obtener la libertad condicional o una serie de cosas que diferenciaban al recluso del preso, ya no existen en la realidad. Y me parece que es hora de que se tenga en cuenta que la reclusión era muy parecida a la pena cruel que prohíben los tratados internacionales.

El Colegio Público de Abogados, que en este momento me pidió que concurriera a verlos a ustedes –y que vuelvo a repetir que me siento recontra honrado de estar con ustedes en su representación–, está preparando un dictamen escrito que va a mandar a la comisión, y me pidió que me atenga a dos o tres temas que voy a tratar de sintetizar para no aburrirlos más, porque ya hubo larguísimas explicaciones y muy fundadas todas. Entonces, les voy a hablar solamente de tres temas.

Voy a empezar por recordar lo que pasó en el último Congreso que se hizo en el Colegio Público, y que integró el doctor Borinsky. El doctor Borinsky, que tenía que hablar del tema de estupefacientes, hizo –por lógica consecuencia– una exposición de la sistematización del Código. Aplaudo el hecho de que se haya respetado –por lo menos en la parte general– casi toda la numeración anterior del Código, porque eso facilita la comprensión, tanto de operadores como de los más importantes, que son las personas hacia quienes va dirigido.

Un sistema legal, civil, penal, cualquiera que fuera, pero especialmente el penal, tiene que hacer que los ciudadanos –y no solamente los operadores– comprendan qué es lo permitido y qué lo prohibido. Si no, como decía el profesor Pessoa, entramos en un error de prohibición o en un error de hecho.

Recuerdo dos casos que tuve la posibilidad de vivir: Eran dos ciudadanos extranjeros en cuyo país se permitía fumar marihuana por la calle. Fue muy famoso ese caso, muy mediático en su momento. Se los detuvo por fumar marihuana en la calle, pero ellos explicaron y probaron que en su país era lo más normal. Hacía 24 horas que estaban en la Argentina y no podían saber que había normas prohibitivas.

Lo que no termino de... perdóneme, con todo respeto... He citado tantas veces su libro que, cuando disiento, tengo que pedirle disculpas.

En cuanto al monto de lo sustraído en los casos que usted dio como ejemplo, muchas veces suele suceder que no se sabe cuánto es lo que se va a sustraer. Una persona va a sustraer lo que tengan en el bolsillo, pensando que pueden ser miles

de dólares y puede ser uno solo. Con lo cual el tema ahí es un poco difuso.

Volviendo al principio y lo hago muy cortito; cuando fue el tema de la conferencia del doctor Borinsky, hubo tres preguntas que yo me tomé el atrevimiento de anotar, porque traen –más allá de que el doctor Borinsky las aclaró– alguna confusión terminológica. Es referido a estupefacientes, pero lo traigo ahora a la parte general.

Por ejemplo: ¿Qué es mínima cantidad? ¿Quién dice qué es mínima cantidad? ¿De dónde sacamos qué es mínima cantidad? ¿Cada juez decide según el norte, según el sur, según el frío, según el calor? ¿Dónde está la mínima cantidad?

Esa norma también habla de “especial sufrimiento” ¿Cuándo es especial el sufrimiento? ¿En caso de alevosía? ¿En caso de ensañamiento, que ya está previsto en alguna figura del Código Penal? ¿Cuándo es especial el sufrimiento? Yo me hago la misma pregunta con el Código actual; cuando en el abuso sexual dice: gravemente ultrajante. Hago la pregunta al revés: ¿¿Cuándo un abuso sexual no es gravemente ultrajante?! ¿Qué hacen los jueces? ¿Le aplican el agravante cuya diferencia es abismal en cuanto a la pena? Porque a la víctima le causó más dolor, porque era menor, vaya a saber. El Código no lo establece claramente. ¿O va a la figura básica? Cada uno con su interpretación constitucional sabrá lo que tiene que hacer, pero eso no es claro.

La norma –y termino con esta parte– habla de “eslabones más peligrosos” ¿Qué son eslabones más peligrosos? Las palabras peligroso y peligrosista... años de tinta y hasta de sangre han costado en nuestro país y en el mundo. Yo creo que hay que eliminarla de todos los lugares en donde el Código pone la palabra peligroso, porque nadie puede definir qué es la palabra peligroso.

También eliminaría, por lo menos de dos lugares en que yo lo encontré en el Código: tanto en el tema de la pena de ejecución condicional, como en el tema de la igualación de la pena, la síntesis de lo que es personalidad moral. ¿¿Qué es personalidad moral?! ¿¿Quién me lo puede describir sin discusión?!

Vamos a tener infinidad de discusiones. ¿Con qué derecho un ser humano va a valorar que otro ser humano tiene una personalidad moral más o mejor enraizada en la sociedad? ¿Hay un medidor de personalidades morales?

Recuerdo que en el año 93 –si me permiten un segundo más– un señor Amanatto –es su apellido–, mientras estuvo detenido había inscrito a una mujer con la que había tenido un hijo, pero que ya había dejado de ser su concubina. Lo hizo para que el hijo lo pudiera visitar, porque era menor y tenía que ir con la madre. Cuando quiso inscribir a su verdadera concubina, el servicio penitenciario dijo que era una inmoralidad. El juez de ejecución al que le tocó el asunto, dijo exactamente lo mismo: que eso era una inmoralidad.

Llegó a la Cámara... Estoy hablando del año 93, y yo dije muy convencido que lo que se había resuelto era una hipocresía y que debía darse el permiso para que sea visitado por su concubina. Quedé en minoría absoluta y fue a la Corte. La Corte sacó el fallo “Amanatto”, donde le permitía ver a una y a otra concubina, y tuviera tanto las visitas íntimas como las visitas comunes.

Por eso me pregunto si las palabras personalidad moral no deberían ser eliminadas en todos los párrafos en que figuran en este proyecto que –como dije– tiene cosas más que ponderables.

Y voy a referirme al decomiso, ya que uno de mis predecesores me dio la posibilidad de hablar. En realidad, el decomiso tiene sesgos muy semejantes a lo que es la confiscación. Podemos hacer diferencias, por supuesto, pero sin olvidar

que la confiscación, cuyo procedimiento puede llegar a ser semejante, está prohibida por el artículo 22, expresamente en el artículo 75 y creo que en el 106 de nuestra Constitución Nacional. Entonces, las diferencias son: una es una pena accesoria, que es el decomiso, y la otra es una pena principal, que es la confiscación.

Me pregunto: en el decomiso sin sentencia firme... y lo establece la misma legislación: "cuando se hubiera comprobado ilicitud del origen o derecho material, y el imputado no pudiera ser enjuiciado". ¿Y el derecho a defensa en juicio? ¿Y el derecho a un juicio justo? Ni siquiera les hablo del derecho de propiedad. Estoy hablando de la Carta Magna y los requerimientos esenciales que toda persona debe exigir para tener una sanción. Esto no deja de ser una sanción, sea accesoria o no.

Creo que el doctor Cicciaro o su predecesor hablaron de las facultades del Fiscal... ¿Y si el fiscal no lo pide para que llegue a una sentencia, el juez se lo puede imponer? Entonces, me permito decir que creo que este decomiso, con el cual el Colegio coincide con que se practique; no es que no coincidamos con que se eliminen o se adquieran para el Estado todos los bienes producto del delito y aún subproductos, y ahí coincido con la terminología de "bienes y productos" y no detallar tanto... no recuerdo quién de mis antecesores lo mencionó.

Una de las cosas que dice: aunque se hubiera llegado a este estado por fuga o prescripción. Ahora, me pregunto: si hubo fuga o prescripción, ¿de quién es la culpa? ¿Del que se culpó, del que prescribió o del Estado que permitió que prescriba o que se fugara? Y si la responsabilidad es del Estado, ¿la vamos a cargar sobre un hombre para que no se pueda defender?

En realidad, me parece que necesitamos una ley de forma que establezca que en este tipo de casos –sin sentencia firme o sin condena al menos– no se pueda practicar el decomiso. Se puede hacer un embargo, una inhibición general de bienes, una medida de no innovar... Hay miles de medidas precautorias. ¡¿Pero sin derecho a defensa, señores?! ¡¿Sin juicio justo?!

Recién usted dijo: la sociedad está esperando un Código Penal. ¿Pero sabe qué? Con todo respeto, porque fue muy verborágico y muy bueno en su expresión, me parece que no es un tema que la sociedad está esperando; es que los hombres de Derecho sabemos que debe respetarse. Porque los medios se encargan de entrar a la casa de la gente, entrar a la mente de la gente y llenarlos de cosas que, quienes estamos en el Derecho, debemos explicarles que no son así. Tenemos una Carta Magna que está por encima de todas las leyes. Es la base de nuestro sistema legal, de nuestro sistema de vida y de nuestro sistema político.

Entonces, si no respetamos la Carta Magna... ¡Pobres de nosotros!

Voy a continuar. El defensor oficial habló antes acerca del decomiso y me cedió la palabra como un caballero, para que yo pudiera exponer sobre esto. Pero voy a hablar de una sola cosa del artículo 34, al que se refirió con mucha maestría el doctor Pessoa, como ya nos tiene acostumbrados. Yo lo he seguido en un principio, cuando se hablaba de la excarcelación y los puntos objetivos o subjetivos, que ahora nos ha vencido el tema del peligro de fuga y nos ha vencido el tema de la posible obstrucción de la justicia.

Usted, en su libro, explica con toda claridad que los principios objetivos... Le aclaro que yo creo que ha tenido razón, porque los defensores en los últimos años de mi gestión, yo hace tres años me jubilé y me dedico a la profesión, pero mientras estaban las audiencias, los defensores que hablaban de una excarcelación invocaban el famoso artículo 379 y los incisos que decían: la pena menor de tres años... hasta tres años y no mayor de ocho. Era lo primero que decían los

defensores oficiales. Después hablaban de que no había peligro de fuga, pero lo primero que invocaban era el Pacto Internacional de Derechos Humanos. Claro. Inclusive, los abogados, que pareciera que a veces en los medios son muy inquisitivos, luego venían las audiencias y lo primero que invocaban eran los pactos internacionales.

Entonces, de ese 34 hay un solo tema que voy a tocar para no aburrirlos tanto y es el inciso 4°). Lo voy a traer, si me dan un segundito nada más, porque a nosotros nos pareció que este inciso 4°) hasta podía tener nombre y apellido. Lo digo a sabiendas de lo que puede significar lo que digo.

Dice: No serán punibles... tema de inculpabilidad, lo que ustedes quieran, falta de responsabilidad... "El miembro de alguna fuerza de seguridad pública, policial o penitenciaria que, en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas en forma reglamentaria, cause lesiones o muerte." La primera deficiencia de esto es en forma reglamentaria. O sea, nosotros... no, perdón, ustedes, los legisladores, ¿van a permitir que esto se derive de un poder reglamentario a otro poder en un sistema penal? Sinceramente, yo no lo puedo compartir y pido encarecidamente que este párrafo sea eliminado. ¿Y saben por qué? Porque es redundante. Si ustedes miran el inciso 5°), el inciso 6°), el inciso 7°) y el inciso 8°), de alguna manera se remiten a lo mismo. Pero, aparte de eso, les voy a recordar una recomendación, 13b, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que exige que el uso de armas sea regulado por ley y se considere el último recurso. El Código de Conducta aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 17 de diciembre del 79, reiterado el 14 de diciembre del 90, los funcionarios pueden usar la fuerza cuando es estrictamente necesario.

Entonces, el hecho de que se le dé a la fuerza de seguridad la posibilidad de disparar por la espalda, como es el famoso caso que yo vengo mencionando sin mencionar, me pregunto... porque yo tengo hijos de 18 y 22 años y ellos salen todas las noches del fin de semana; y no vaya a pasar que una de esas noches, que son grupos de cinco, de ocho o de diez, vaya uno a saber, a uno se le ocurra romper un vidrio y aparezca un policía. ¿Qué van a hacer todos los chicos? Van a correr, señores. ¿Y el policía está autorizado a disparar por la espalda y a matar a uno de los chicos o, incluso, a uno de nuestros hijos? Me parece que la vida de un solo ser humano no amerita este riesgo. Les pido disculpas por todas las molestias y les estoy muy agradecido.

**Sr. Presidente (Guastavino).**- Un gusto.

**Locutora.**- Ha sido la exposición del doctor Mario Filozof.

Tiene la palabra el senador nacional Pedro Guastavino, presidente de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales de la Cámara Alta. Señor senador.

**Sr. Presidente (Guastavino).**- Gracias, señora locutora.

Gracias a todos los que vinieron a darnos su opinión. Realmente ha sido muy interesante. Hemos cumplido con el objetivo de hoy y damos por terminada la reunión. Ya nos convocaremos nuevamente. Gracias.

- *Son las 16:25.*