DPyC

REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

DELITOS ECONÓMICOS • CONTRAVENCIONAL • GARANTÍAS CONSTITUCIONALES • PROCESAL PENAL • EJECUCIÓN DE LA PENA

DIRECTOR:
EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

Año XI | Número 3 | Abril 2021

ISSN: 0034-7914

INCLUYE VERSIÓN DIGITAL

THOMSON REUTERS
LA LEY

ISSN: 0034-7914
RNPI: En trámite

Todos los derechos reservados
© **La Ley S.A. Editora e Impresora**

Dirección, administración y redacción
Tucumán 1471 (C1050AAC)
laley.redaccionjuridica@tr.com

Ventas
CASA CENTRAL
Tucumán 1471 (C1050AAC)
Tel.: 4378-4700 / 0810-266-4444

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA
Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Tel. / Fax: 4806-5106

Atención al cliente: 0810-266-4444
Buenos Aires - Argentina

Hecho el depósito que establece la ley 11.723.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.

Nota de la Dirección: Las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

Se terminó de imprimir en la 2da. quincena de marzo de 2021, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I., Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

DPyC

REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

DELITOS ECONÓMICOS • CONTRAVENCIONAL • GARANTÍAS CONSTITUCIONALES • PROCESAL PENAL • EJECUCIÓN DE LA PENA

Director:
EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

Año XI | Número 3 | Abril 2021

INCLUYE VERSIÓN **DIGITAL**

THOMSON REUTERS
LA LEY

DIRECTOR
Eugenio Raúl Zaffaroni

ÁREA PROCESAL
Miguel Á. Almeyra

COORDINADORES
Matías Bailone
Gabriel Ignacio Anitua

EDITOR RESPONSABLE
Francisco J. Crocioni

COMITÉ ACADÉMICO
Eduardo Aguirre Obarrio (Argentina, 1923-2011)
Carlos Julio Lascano (Argentina)
Lola Aniyar de Castro (Venezuela, 1937-2015)
Luis Arroyo Zapatero (España)
David Baigún (Argentina, 1926-2015)
Nilo Batista (Brasil)
Roberto Bergalli (Argentina, 1936- 2020)
Jorge de la Rúa (Argentina, 1942-2015)
Edgardo Alberto Donna (Argentina)
Luigi Ferrajoli (Italia)
José Luis Guzmán Dalbora (Chile)
Julio B. J. Maier (Argentina, 1939-2020)
Sergio Moccia (Italia)
Francisco Muñoz Conde (España)
Esteban Righi (Argentina, 1938-2019)
Gladys Romero (Argentina, 1933-2014)
Norberto Spolansky (Argentina, 1939-2018)
Juarez Tavares (Brasil)
John Vervaele (Holanda)
José Sáez Capel (España)

COMITÉ DE REDACCIÓN

Gabriel Ignacio Anitúa
María Laura Böhm
José Ángel Brandariz García
Leonardo Brond
Javier de Luca
Rubén E. Figari
Mariano Gutiérrez
Manuel Maroto Calatayud
Juliana Oliva
Jorge Paladines Rodríguez
Marcela Paura
Jonathan Polansky
Rodrigo M. Raskovsky
Marcelo Riquert
Cristina Sánchez Henríquez
Máximo Sozzo
Valeria Vegh Weis
Myrna Villegas Díaz
Diego Zysman Quirós
Facundo Maggio
Solange Capuya
Sofía Lanzilotta
Marcos Frezzini
Luciano Bianchi
Gustavo Aboso
María Pilar Marco Francia
Gabriela Gusis
Nadia Espina

CON EL AUSPICIO DE

ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA (ALPEC)

DIRECCIÓN ACADÉMICA
Mónica Pinto

COMITÉ HONORARIO

Agustín Gordillo
Aída Kemelmajer
Alberto J. Bueres
Carlos Etala
Cecilia Grosman
Eugenio Bulygin
Eugenio R. Zaffaroni
Héctor Alegria
José Tobías
Julio C. Rivera
Nelly Minyersky
Noemí Lidia Nicolau

COMITÉ ACADÉMICO

Administrativo
Carlos F. Balbín
Fernando R. García Pullés
Ernesto A. Marcer
Guido Santiago Tawil

Constitucional
Alberto B. Bianchi
Roberto Gargarella
María Angélica Gelli
Juan V. Sola

Internacional Privado
María Susana Najurieta
Alfredo Mario Soto
María Elsa Uzal

Internacional Público
Susana Ruiz Cerutti
Silvina González Napolitano
Raúl Vinuesa

Familia
Carlos Arianna
Luis Ugarte
Adriana Wagmaister

Civil
Carlos Hernández
Sebastián Picasso
Sandra Wierzba
Diego Zentner

Penal
Mary Beloff
Alberto Edgardo Donna
Daniel Pastor

Laboral
Mario Ackerman
Adrián Goldin
Julio César Simón

Comercial
Rafael Mariano Manóvil
Horacio Roitman

Filosofía
Ricardo Guibourg
Rodolfo Vigo

Derechos Humanos
Laura Giosa
Roberto Saba

Ambiental
Néstor Cafferatta
Leila Devia
Silvia Nonna

COMITÉ EDITORIAL

Penal
Fernando Córdoba
Fernando Díaz Cantón
Ivana Bloch
Marcelo Ferrante
Marcos Salt
Marcelo Sgro

Criminología
Gabriel Ignacio Anitua
Matías Bailone
Máximo Sozzo

Familia
Silvia Eugenia Fernández
Eleonora Lamm
Ida Scherman

Civil
Carlos Calvo Costa
Luis Daniel Crovi
María Victoria Famá
Adriana Krasnow
Luis F. P. Leiva Fernández
Carlos Parellada
Máximo Gonzalo Sozzo

Laboral
Lucas Caparrós
Juan Pablo Mugnolo
Claudia Priore

Constitucional
María Gabriela Ábalos
Marcela Basterra
María Laura Clérico
César Sebastián Vega

COMITÉ EDITORIAL *(Continuación)*

Internacional Público
Emiliano Buis
Alejandro Chehtman
Natalia Luterstein
Nahuel Maisley

Internacional Privado
Paula María All
Nieve Rubaja
Luciana Scotti

Administrativo
Alfonso Buteler
María Paula Renella
Susana Vega

Comercial
Hugo Acciarri
Pablo Heredia
Lorena Schneider
Pamela Tolosa

Filosofía
Marcelo Alegre
Claudio Eduardo Martyniuk
Renato Rabbi-Baldi Cabanillas

Derechos Humanos
Leonardo Filippini
Calógero Pizzolo
Silvina Zimerman

Ambiental
Mariana Catalano
José Esaín

Director Editorial
Fulvio G. Santarelli

Jefa de Redacción
Yamila Cagliero

Editores
Nicolás R. Acerbi Valderrama
Florencia Candia
Elia Reátegui Hehn
Marlene Slattery

ÍNDICE

IN MEMORIAM

Homenaje a Carmen Antony García. (15/03/1930 - 19/11/2020)
Myrna Villegas Díaz - Mariana Bell Santos 3

DERECHO PENAL

DOCTRINA

Estudio criminal del femicidio

La importancia de investigar con perspectiva de género y sobre la base de razonamientos lógicos, verificación empírica, pensamiento y método crítico
Luciano Bianchi 9

Alcance del delito de femicidio en el Código Penal Argentino
Gonzalo Anzorreguy 16

COVID-19: art. 205 del Cód. Penal. Análisis integral, problemática casuística actual y justicia restaurativa
Matías Morón 23

NOTA A FALLO

ESTUPEFACIENTES
Imputado que es adicto a las drogas. Pena. 41

Consumo de drogas y Código Penal español
Matías A. Manfredi 43

PROCESAL PENAL

Doctrina

¿Qué tiene de perpetua la pena de prisión perpetua? Una reconstrucción legislativa
Carlos H. González Bellene 51

El impacto y actualidad de la declaración de ilegalidad de la designación de fiscales *ad hoc* y subrogantes por la Corte Suprema de Justicia de la Nación
Mario Augusto Fernández Moreno 66

Los medios de prueba y las desobediencias a las prohibiciones de contacto en los casos de violencia de género: notificaciones electrónicas y nuevas tecnologías
Gisela Santangelo 73

Criterios de oportunidad y suspensión del juicio a prueba
Lucas I. Walter 88

Nota a Fallo

JUICIO POR JURADOS
Requisito de unanimidad del jurado. Decisión condenatoria. *Stare Decisis.* Nulidad del precedente. Disidencia. 97

El caso "Ramos v. Louisiana"
Marcela Alejandra Dimundo 129

La unanimidad en los juicios por jurados: a propósito del fallo "Ramos vs. Louisiana" de la Suprema Corte de los EE.UU. y su diferencia con el fallo "Canales" de la CS. ¿Es necesaria la unanimidad para resolver la culpabilidad de delitos graves o basta con una mayoría?
José L. Alvero 141

PENAL ECONÓMICO

La tributación de las ganancias ilícitas en México
Jesús Amaro Mauricio 171

Asociación ilícita tributaria en la ley 27.430: tendencias doctrinarias y jurisprudenciales
Leonardo G. Brond 186

EJECUCIÓN DE LA PENA

HOMICIDIO
Absolución de la imputada. Delito cometido en estado de enajenación mental. 199

¿Una medida de seguridad o una pena por peligrosidad pronosticada?
Gabriela Pino 200

TESIS, TESINAS Y TRABAJOS FINALES

La pena en el derecho penal juvenil: análisis jurisprudencia y derecho comparado
Nicolás Ezequiel Llamas 207

COMENTARIO BIBLIOGRÁFICO

Criterios de oportunidad en el proceso penal. Su análisis desde los derechos y garantías constitucionales
Juan Cruz Artico 283

Derecho penal, Parte General, I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito
Bonn Günther Jakobs 288

IN MEMORIAM

Homenaje a Carmen Antony García

(15/03/1930 - 19/11/2020)

Myrna Villegas Díaz

Mariana Bell Santos

Carmen Antony García, mujer, profesora, defensora de derechos humanos, amiga, madre, abuela y referente en la Criminología crítica latinoamericana. Nació en Santiago de Chile. Cursó sus estudios secundarios en el Liceo No. 1 de Niñas y de licenciatura en derecho en la Universidad Católica de Chile, obteniendo el título de abogada.

Posteriormente, realizó una maestría en Criminología en la Universidad del Zulia en Venezuela y formó parte de la generación dorada de la criminología latinoamericana, integrada en ese entonces por Lola Aniyar, Rosa del Olmo, Raúl Zaffaroni, Roberto Bergalli, Emiro Sandoval, así como del penalismo progresista de Juan Bustos, David Baigún, Manuel de Rivacoba, Hernán Hormazábal, entre otros, y Eduardo Novoa Monreal, siendo este último quien la inspiró según ella misma relataba.

En esta época dorada de la criminología, identificada con la criminología crítica, el abolicionismo y con un compromiso real con los más débiles, Carmen Antony fue pionera de la criminología latinoamericana feminista, con sus aportes en victimología, enfoque de género y la defensa a los derechos de las mujeres, especialmente en el campo de las mujeres privadas de libertad.

El interés y la solidaridad por los más vulnerables y especialmente hacia las mujeres, estuvo presente en toda su vida. Desde muy joven, trabajó con personas de escasos recursos en populosos barrios de Santiago. Tuvo a su cargo un programa en la televisión chilena, y trabajó para la Revista Paloma, revista de la mujer en los años 70, editada por la editorial Quimantú. Asimismo, fue directora del Personal de la Línea Aérea Nacional Chilena durante el Gobierno del Presidente Salvador Allende. Es en esta época que la sorprendió el Golpe Militar, siendo exonerada. Volvió a ejercer como abogada para ayudar a quienes sufrían la brutal represión de la dictadura, hasta 1975, año en que partió rumbo al doloroso exilio a Panamá, lugar en que posteriormente recibió la carta de naturalización.

Allí se desempeñó como investigadora Asociada del Instituto de Criminología de la Universidad de Panamá en temas de Derechos Humanos, Victimología, Género, Derecho Penitenciario y Criminología. Se incorporó a los Grupos Latinoamericanos de Criminología Comparada y Criminología Crítica, con su gran amiga Lolita Aniyar y Rosa del Olmo, quienes fueron de las pocas mujeres latinoamericanas que formaban parte del grupo. También se integró al Grupo Latinoamericano de Teoría Crítica del Control Social, y firmó junto con ellos el "Manifiesto" de 1981, mítico documento que pretendió desafiar a todas las estructuras del control social formal e informal a través de su denuncia.

Fue profesora titular durante casi dos décadas en la cátedra de Criminología en la Universidad Nacional de Panamá, publicando sus trabajos a través de los Cuadernos Panameños de Criminología. En 1991 retornó a Chile, llegando a ser la primera decana de la carrera de Derecho en la Universidad de Antofagasta (1991-1994). Posteriormente, impartió docencia en las Universidades de Chile, Arcis y Central, hasta mediados de

2001, año en el que regresó a Panamá y se reincorporó a la Universidad de Panamá.

Entre sus publicaciones se encuentran: "Las mujeres confinadas"**(1)**, "Estudio sobre violencia de género: Mujeres trasgresoras"**(2)**, "Protección de Víctimas. Ley 31 y su aplicación"**(3)**, "Mujeres desaparecidas en Panamá" en colaboración con Gladys Miller (2015) y "Hacia una criminología feminista"**(4)**. Asimismo, publicó varios artículos y capítulos de libro, entre los que destacan: "Mujeres desaparecidas. Vivas las llevan, vivas las queremos"**(5)**, "El desastre humanitario"**(6)**, "Violencia contra la Mujer en el Sistema Penitenciario"**(7)**, "Seguridad Ciudadana: y la perspectiva de género"**(8)**, "Androcentrismo en la Criminología y Sistema Penal"**(9)**, "Muertes violentas de mujeres en América Latina: Los femicidios".

Su solidaridad, entusiasmo y generosidad en compartir sus conocimientos la llevaron a colaborar como experta nacional e internacional para diversos organismos tales como el Alto Comisionado para los Derechos Humanos, el Fondo Mixto de Cooperación Hispano Panameño, la Procuraduría de la Nación de Buenos Aires, el Instituto Latinoamericano de Prevención del Delito (ILANUD), la Oficina Regional para el Empleo (OIT), el Instituto de Criminología de la Universidad de Panamá, y el Comité Latinoamericano y del Caribe para la defensa de los derechos de la Mujer (CLADEM), entre muchos otros. Así, entre sus más importantes aportes se encuentra su participación en la redacción de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos del Comité Permanente de América Latina.

Su labor fue reconocida a través de múltiples reconocimientos y distinciones tanto en Chile como en Panamá: "Cien Mujeres por la vida y la dignidad nacional", de la Facultad de Humanidades, Universidad de Panamá (2004); distinciones por la Defensoría del Pueblo de Panamá, por su compromiso en el trabajo en beneficio de las mujeres panameñas (2010 y 2011); Miembro Honoraria del Comité Consultivo del Comité Latinoamericano y del Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM); y del Instituto de Criminología de la Universidad de Zulia (Maracaibo, Venezuela).

La profesora Antony, formó a decenas de mujeres en el área de la criminología, siendo una inspiración para quienes han tomado sus textos como referentes al momento de proponer cambios con enfoque de género, lo que fue reconocido en Chile durante sus últimos años. Así, fue invitada de honor en el 4to Congreso estudiantil de Derecho Penal de la Universidad de Chile en 2017, mismo año en que inauguró el Primer Encuentro de Mujeres Penalistas y criminólogas chilenas (2017).

En su última visita a Chile, en noviembre de 2019, se le rindió un sentido homenaje en la Universidad de Valparaíso, en reconocimiento a sus aportes a la criminología feminista. Asimismo, fue nombrada Miembro Honoraria por la Dirección de Estudios de Derecho Penal de la Asociación de Abogadas Feministas de Chile (ABOFEM).

Finalmente, su muerte, ocurrió justamente, mientras se desarrollaba el III Encuentro Nacional de mujeres penalistas y criminólogas de Chile, 19 y 20 de noviembre de 2020, en donde se le dedico y rindió homenaje por parte de las académicas a lo largo de toda la jornada, pues hasta el día de su muerte formó parte activa de este grupo.

A escasos días de su partida, queremos darte las gracias, Carmen, por tu legado, por tu energía y tu vitalidad, y por el privilegio de haber contado con tus enseñanzas. Tenemos la convicción de que tus discípulas y discípulos, así como todas y todos quienes compartimos tus ideas continuaremos con la tarea que iniciaste.

(1) Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000.

(2) Editorial Universitaria, Panamá, 2005.

(3) CEFA, Panamá, 2007.

(4) Editorial UNDOC, Buenos Aires, 2017.

(5) Revista de Derecho Penal y Criminología, año 10 no. 7, Buenos Aires, agosto del 2014

(6) Revista de Derecho Penal y Criminología, Buenos Aires, 2014;

(7) Revista del Centro de Estudios de Derecho Penal y Penitenciario, Universidad Mayor de Chile diciembre 2013 Marzo del 2014.

(8) Revista Convivir, Cámara de Comercio de Panamá, 2014.

(9) En Androcentrismo en las ciencias, Imprenta Universitaria, Panamá, 2013.

DERECHO PENAL

Doctrina

Estudio criminal del femicidio

La importancia de investigar con perspectiva de género y sobre la base de razonamientos lógicos, verificación empírica, pensamiento y método crítico

Luciano Bianchi (*)

Sumario: I. Introducción.— Femicidio: aspectos generales. Lo social y cultura como construcción de subjetividades.— III. Estudio criminal del femicidio: tesis analítica.

I. Introducción

En tren de revisionismo, cualquiera sea el hemisferio en el que se sitúe el lector, la violencia representa -desde siempre- fuerza física y del poder. Los romanos la citaban *vis*, *vires*; vigor que permite que la voluntad de uno se imponga sobre la de otro.

La historia de la humanidad ha exhibido un alto grado de condescendencia con esa forma de interacción humana. El patriarcado, su visión androcentrista y los procesos de reproducción simbólica adjetiviza esa idea de fuerza y poder: hombres que albergan el deseo de dominar; finalmente, mujeres que son subyugadas.

La aceptación servil de mujeres que se dejan dominar no es otra cosa que una aserción determinada por estereotipos culturales de género **(1)**.

El reconocimiento de la desigualdad y discriminación estructural ha sido la punta de lanza para afrontar el paradigma estereotipado por una cultura machista y de discriminación basada en el género **(2)**. La positivización **(3)** del derecho de las mujeres

(*) Abogado. Egresado de la Universidad Nacional de Mar del Plata, Facultad de Derecho. Docente en la materia Derecho Penal Parte Especial, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata. Fue colaborador en Programas y Planes de Capacitación auspiciados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Cursó estudios de posgrado y por ante la Escuela Judicial Iberoamericana. Secretario por ante la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, a cargo de la Secretaría de Derechos Humanos del tribunal.

(1) Los estereotipos de género son las creencias existentes sobre las características que se consideran apropiadas para varones y para mujeres; simplificaciones basadas en prejuicios que se toman como ciertas y naturales, que impiden ver que hay muchas formas de ser mujer y varón. Lo esperable es que esto se manifieste en una expresión comportamental clara, a partir de los cuales los estereotipos operan como verdades dadas, aceptadas en la mente de las personas, promoviendo distorsiones cognitivas en la interpretación de los comportamientos.

(2) "Género", no es igual a "sexo" (atributo fisiológico que identifica a una persona como varón o mujer o intersexual). De allí, "género" debe ser entendido como una construcción social, política, histórica y cultural. Es decir, el conjunto de atributos, características, valores y conductas que socialmente se esperan de las personas de acuerdo con si son mujeres y varones. Estas conductas y características se imponen y reproducen a través de procesos de socialización mantenidos y reforzados por las ideologías e instituciones patriarcales (familia, escuela, clubes, poder judicial, medios de comunicación y otros.).

(3) Los instrumentos internacionales más importantes en la región son la Conv. sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Denominada CEDAW, ap. por la Asamblea Gral. de

a una vida sin violencia; y, la tipificación de delitos de género ha venido a reafirmar y reforzar la garantía a partir de la cual se intenta proteger ese derecho.

El femicidio, es uno de los crímenes incorporados al Cód. penal argentino. Será, entonces, esa tipología legal la que excitará al leyente a principiar en el maravilloso universo del estudio criminológico que presenta la hipótesis delictiva en trato; para, finalmente, invitar a pensar cuán importante es comprender el fenómeno criminal femicida bajo una perspectiva de género y sobre la base de razonamientos lógicos, verificación empírica, pensamiento y método crítico.

II. Femicidio: aspectos generales. Lo social y cultura como construcción de subjetividades

Se incorpora al catálogo punitivo argentino, como un agravante del homicidio simple (art. 80, inc. 11, Cod. Penal) **(4)**.

El bien jurídico protegido es la vida humana de las mujeres. Pese a ello, consta mucha literatura jurídica de buena factura que considera que el femicidio afecta —también— su libertad, integridad psicofísica y dignidad; de allí, lo juzgan un comportamiento pluriofensivo.

Femicidio **(5)** es la muerte de una mujer **(6)** causada por un hombre, si mediare violencia de género; expresión que difiere de la de feminicidio **(7)**, dado que esta última terminología, desde mi enfoque, denota una significación política adjetivada por la falta de respuesta del Estado; o que la respuesta sea la omisión, inercia, silencio o inactividad para prevenir, erradicar, investigar y sancionar esas muertes de mujeres causadas por hombres.

Naciones Unidas en 1979 y ratificado por Arg. en 1985, cfr. ley 23.179, y la dotó de jerarquía constitucional, CN 1994, art. 75, inc. 22); y, la Conv. Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Conc. Belén Do Pará, rat. por Arg. por ley 24.632, de 1996, arts. 1, 2 ss. y cctes.). En Argentina la ley 24.417 de "protección contra la violencia familiar" (1994), establece dispositivos de tutela para miembros del grupo familiar y personas con mayor grado de vulnerabilidad. La ley 26.485 (2009) de "protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos que desarrollen sus relaciones interpersonales", preserva a la mujer de actos violentos perpetrados por fuera del ámbito doméstico/familiar. Finalmente, la ley 26.791 (2012), incorpora al Cód. penal el femicidio y otras conductas criminales afines. Toda esta tarea legislativa viene a satisfacer la obligación que nace de los instrumentos internacionales; al tiempo que da respuestas al clamor de todo un pueblo cristalizado en el reclamo de políticas públicas de género. Corolario, la ley 27.499 (Ley Micaela), acude a sellar el tópico, dado que implanta la capacitación obligatoria en género para quienes se desempeñen en la función pública y en los poderes públicos estatales.

(4) Art. 80, inc. 11, Cod. Penal ["Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el art. 52, al que matare: (...) 11. A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género"].

(5) Existen distintas modalidades delictivas: a) femicidio íntimo: es la muerte de una mujer cometida por un hombre con quien la víctima tenía o había tenido una relación o vínculo íntimo; b) femicidio no íntimo: es la muerte de una mujer cometida por un hombre con quien la víctima no tenía ningún tipo de relación; c) femicidio por conexión: es la muerte de una mujer en la línea de fuego por parte de un hombre en el mismo lugar en el que la mata o intenta matar a otra mujer.

(6) El término "mujer, a los efectos del encuadre típico comprende —a mi modo de ver— no solo a quien nace bilógicamente como tal, sino del mismo modo a quien efectúa la elección que permite la ley de rectificación registral del sexo acorde a la identidad de género autorpercibida, independientemente que haya cambiado su morfología corporal o haya iniciado los trámites formales de registro (mujer en sentido jurídico, ley 26.743). Así lo ha resuelto la jurisprudencia *in re* "C.F.A." — CCrim. Y Correc. de 9 Nominación de Córdoba — 11/09/2019 — C. SAC6764069. En igual sentido, "M.G.D." — T, Oral Crim. nº 4 — Bs. As. — 18/5/2018 - C. 62.162/2015 y otros. Para su mayor abundamiento, ver BIANCHI, Luciano, "Delitos de género en el Código Penal (L. 26.791). La perspectiva de género como política estatal. Algo más que una forma estereotipada de legislar" - Errius -Temas de derecho penal y procesal penal - abril - 2020. Cita digital IUSDC287270A. En contra a esa posición, ver Buompadre, Jorge E. "Violencia de género, femicidio y derecho penal. Los nuevos delitos de género" - Ed. Alveroni, 2015, pág. 161 y ss. y Tazza, Alejandro "Código Penal de la Nación Argentino Comentado" - Ed. Rubinzal Culzoni - Santa Fe - 2018, t. 1, p. 92, quienes enseñan que de acuerdo con el texto de la ley solo es comprensible la mujer en sentido biológico y no jurídico.

(7) Ver, "Caso González y otras ('Campo Algodonero') vs. México (CIDH, sentencia del 16/11/2009, serie C. nº. 205, párr. 143). Asimismo, BUOMPADRE, Jorge E., "Violencia de género, femicidio y derecho penal. Los nuevos delitos de género" - Ed. Alveroni, 2015, p. 122 y ss.

Subjetivamente, el hecho es doloso (dolo directo), comprensible del conocimiento de que el autor mata a una mujer y que media violencia de género. Admite todas las formas de participación y puede quedar en grado de conato (femicidio tentado).

Finalmente, la violencia de género dota de identidad propia esa expresión criminal; lo que la distingue de otras tipologías. En términos de Grisetti **(8)**, remite a valoraciones culturales y, por mi parte, añado "jurídicas"**(9)**. En efecto, "el patriarcado, su orden social y tejido androcentista es la abstracción de cada uno de los actos de violencia de género"**(10)**.

En un trabajo presentado ante la Universidad Abierta Interamericana **(11)**, la licenciada en psicología Rossi **(12)**, ha logrado adentrarme en

(8) GRISETTI, Ricardo: "Femicidios y otros nuevos homicidios agravados" - Ed. El Fuste - Jujuy - 2014 - pág. 83, expresa "...'violencia de género' es una noción que, a diferencia de la idea de 'odio de género', no repara en la cuestión biológica de la condición orgánica masculina o femenina de hombres y mujeres, sino en el aspecto cultural de la construcción de roles derivada de las estructuras sociales de naturaleza patriarcal, en las que un aprendizaje cultural de signo machista ha consagrado desigualdades sensibles entre una identidad masculina y un subordinado conjunto de rasgos inherentes a 'lo femenino'...".

(9) Es un elemento normativo extralegal, el que hay que visualizarlo en todo el corpus iuris, instrumentos de *soft law y* jurisprudencia. Así, el art. 4° (ley 26.485) expresa "Se entiende por violencia contra la mujer toda conducta, acción, u omisión que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica, o patrimonial, como así también su seguridad personal. Queda comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes". El dec. nº 1011/2010 (art. 4°), adjetiviza el término "relación desigual de poder" como "aquella que se configura por prácticas socioculturales históricas basadas en la idea de inferioridad de las mujeres y la superioridad de los varones, o en conductas estereotipadas de hombres y mujeres que limitan total o parcialmente el reconocimiento o goce de los derechos de estas en cualquier ámbito en que desarrollen sus condiciones interpersonales". Además, fija una pauta hermenéutica "Las definiciones de violencia (...) en ningún caso pueden interpretarse en sentido restrictivo ni taxativo...". Debe adicionársele a ello, que la ley 26.485 (art. 2°) no limita la operatividad de sancionar la violencia contra la mujer, dada la expresión "cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos". Las Reglas de Brasilia formulan precisiones en punto a la violencia "cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado, mediante el empleo de la violencia física o psíquica". El art. 2° de la Conv. Belén Do Para "incluye la violencia física, sexual, psicológica: a) que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal...; b) que tenga lugar en la comunidad, y sea perpetrada por cualquier persona..., y c) que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra". La jurisprudencia -también- ha tomado posición; el Máximo tribunal de Mendoza in re "Spila, María Victoria" — SCJ Mendoza, Sala 1, 25/06/2014, C. 110.161, ha dicho "es aquella que utiliza el varón contra la mujer cuando usa su poder y su injustificada supremacía cultural y/o económica y se da no solamente en la pareja heterosexual de adultos, sino también en todos los grupos sociales. No solo abarca la violencia doméstica o actos de violencia física, sexual, psicológica, emocional, económica, dentro del ámbito familiar, sino que abarca la perpetrada en la comunidad en general, que puede ir desde los actos como el abuso sexual, la trata de mujeres o la prostitución forzada, hasta el acoso y las intimidaciones en el trabajo o en instituciones educativas". El TOF en lo crim. nº 16 in re "H.A.E." —31/05/2013— c. 4026, dijo "La violencia contra las mujeres abarca una serie de atentados cuyo común denominador no es otro que la presencia de un sujeto pasivo femenino que es objeto de maltrato por su pertenencia a ese género y cuyo agresor se caracteriza por pertenecer al género opuesto. La violencia de género tiene también, además de esa caracterización binaria de sus protagonistas (hombre-mujer), un componente subjetivo, misógino, que es el que guía la conducta del autor: causar un daño por el hecho de ser mujer. Por lo tanto y como antes se dijo, no cualquier ejercicio de violencia contra una mujer es violencia de género, sino solo aquella que se realiza contra una persona por el hecho de pertenecer al género femenino". La CIDH in re "Caso Perozo y otros vs. Venezuela —28/01/2009— p. 293" ha resuelto que para que se configure la violencia de genero la agresión sufrida por la victima debe tener como motivo o finalidad, o al menos una connotación o efecto, el género o sexo de la víctima.

(10) BIANCHI, art. cit. en nota 6.

(11) Trabajo presentado ante la Universidad Abierta Interamericana (diciembre 2020), en el curso de Criminología Aplicada, cuyos contenidos se reproducen en el presente artículo.

(12) María Eugenia Rossi (Universidad Nacional Mar del Plata, mat. 46962). Conforme entrevista celebrada el día 19 de nov. 2020 -para este específico trabajo, en la parte que importa, expresó "no nacemos con un aparato psíquico a pleno rendimiento sino más bien con un conjunto de posibilidades que pueden ser desplegadas o no y en muchas direcciones. Y para que esto ocurra es fundamental que alguien esté ahí en disponibilidad

el maravilloso mundo del psicoanálisis, y exhibir el modo en el que ese marco social de prelacía construye subjetividades bajo la modalidad de mandatos de masculinidad. Derivación metódica que -paradójicamente- sitúa al hombre en un dilema antitético: como primera víctima del patriarcado y potencial victimario de infracciones de género.

Como se enseñara en un trabajo anterior **(13)**, la violencia de género, como elemento normativo extrapenal, debe analizarse a la luz de un cristal exegético amplio y de acuerdo con una percepción jurídica y no biológica. Y ello es tan cierto, no bien sea tenido en cuenta el art. 6° del dec. 1011/2010 cuando expresa: "Las definiciones de violencia (...) en ningún caso pueden interpretarse en sentido restrictivo ni taxativo como excluyente de hechos considerados como violencia contra las mujeres por otras normas. Para ello debe interpretarse la norma de forma armónica y sistemática con lo establecido en el art. 4°, segundo párrafo de la ley 26.485, y con lo dispuesto en la Convención Interamericana para prevenir, Erradicar, la Violencia contra la Mujer, la Convención sobre Eliminación de Todas Formas de Discriminación contra la Mujer, la recomendación General 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, los demás tratados internacionales de derechos humanos, y las observaciones y recomendaciones que efectúen sus respectivos órganos de aplicación". En igual sentido, debe juzgarse que ese tipo de violencia puede manifestarse a la luz de una multiplicidad de "*formas*

psíquica —madre, padre o quienes cumplan la función- alojando, sosteniendo, amparando y decidiendo hacerse cargo de ese cachorro -que es el ser humano al nacer- para que pueda advenir como un sujeto. Vale decir nos constituimos como sujetos en una historia vincular, donde la complejidad del desarrollo de lo anímico va armándose. Las pulsiones sexuales, el yo, las defensas, el superyó y el ideal del yo se van organizando en los caminos de la subjetivación". Con cita a Silvia Bleichmar, continuó diciendo "No hay subjetividad que no se inscriba en el marco de lo social, vale decir de las relaciones con el otro humano que la produce. Es el otro humano quien transmite la cultura de la Sociedad a la cual pertenece, vehiculizándola a través de su discurso. Somos seres sociales, es en virtud de nuestro desamparo y prematurez al nacer que necesitamos de un otro que empáticamente cuide y sostenga desde la ternura ofreciendo lugares, caricias, palabras...o por el contrario gritos, golpes, etc. vivencias calmantes que tienden a complejizar el armado de lo psíquico vs. vivencias de dolor que tienden a la descomplejización, desorganización y fragilidad del armado psíquico. Vale decir reconocimiento de otro como sujeto con necesidades que deben ser satisfechas vs desconocimiento del otro como sujeto y consideración del mismo como objeto de su propio goce. La Violencia implica la no consideración del otro como otro diferente pero semejante, la anulación del otro como sujeto. Resulta interesante pensar en los cambios en la producción de la subjetividad, esto es posible, a condición de que los ubiquemos en la intersección de dos ejes que tienen en sus extremos polaridades que determinan diferencias y conjunciones: por una parte, el que está marcado por la producción de subjetividad, el otro, por la producción psíquica. Diferenciar entre condiciones de producción de subjetividad y condiciones de constitución psíquica puede definirse en los siguientes términos: la constitución del psiquismo está dada por variables cuya permanencia trascienden ciertos modelos sociales e históricos, y que pueden ser cercadas en el campo específico conceptual de pertenencia. La producción de subjetividad, por su parte, incluye todos aquellos aspectos que hacen a la construcción social del sujeto, en términos de producción y reproducción ideológica y de articulación con las variables sociales que lo inscriben en un tiempo y espacio particulares desde el punto de vista de la historia política. Es acá donde se torna necesario revisar el modo con el cual el eje "producción psíquica" se ve recubierto por el eje "producción de subjetividad". Allí radica —a mi entender— la naturalización, cristalización que se produce acerca de determinados modos de funcionamiento característicos del Patriarcado, tal como lo plantea Rita Segato, como orden político que se disfraza de costumbre y moralidad. Orden normativo y fundante de toda desigualdad. Pero por detrás de ese disfraz lo que existe es un orden desigual de prestigio, poder y expropiación del valor de la voz —va de suyo que la voz que vale es la del hombre—. Quien se aparte de la norma, se convertirá rápidamente en una amenaza y probable víctima. Insisto, me refiero

a modos de producción y reproducción social que por lo tanto se transmiten de generación en generación bajo la modalidad de —entre otros— los llamados "mandatos de masculinidad" cuya primera víctima en orden cronológico de aparición es el hombre. Siendo un niño se produce el podamiento de su sensibilidad, sufre las censuras, quien no ha escuchado: "no llores... parecés una nena". Primero sufre él y después pasa a ejercer su crueldad de varias formas: moral, simbólica, financiera, sexual y feminicida sobre las mujeres. Resulta por ello muy interesante abrir interrogantes acerca estos temas tan complejos que convocan diferentes voces y requieren de la interdisciplina para empezar a desobedecer a ese mandato de masculinidad que no es otra cosa que un mandato de crueldad e insensibilidad que nos empobrece psíquicamente y como Sociedad en la transformación de un mundo más benigno. La ternura neutraliza a la violencia...".

(13) BIANCHI, artículo cit., nota 6.

y ámbitos" (cfr. art. 2°, ley 26.485); "dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal", "en la comunidad y sea perpetrado por cualquier persona" (cfr. art. 2°, aps. a), y b) de la Conv. Belén Do Pará).

Puede colegirse entonces que la violencia de género adjetiviza el comportamiento criminal, dotándolo de identidad propia, al tiempo que sella positivamente la idea de pensar esta expresión criminal por fuera de cualquier juicio explicativo ajustado a lo biológico u orgánico. Conferenciamos, violencia de género y no de sexo.

Por lo demás, no requiere que exista un tiempo previo de los sujetos involucrados (victima/victimario) para que se manifiesten actos de violencia, y tampoco que esos episodios deban perpetrarse entre personas con algún tipo de relación previa. Por el contrario, desde nuestra perspectiva, alcanza si la violencia es concomitante al hecho criminal **(14)**.

III. Estudio criminal del femicidio: tesis analítica

Pese a la pena prevista para el delito en trato, que —por cierto— es de las máximas en la legislación argentina, los femicidios no han cesado **(15)**. De allí, la comprensión de este fenómeno criminal convoca sea atendido de modo multidisciplinario, sin exclusividades técnicas **(16)** ni mezquindades fácticas **(17)**; dado que lo que está en juego no es ni más ni menos que el ejercicio de ciudadanía femenina **(18)** y, a consecuencia de su práctica, la vida de las mujeres.

En lo que aquí interesa, desde mi enfoque, y a partir del análisis casuístico y función epistemológica, la criminología aplicada de campo contribuirá —en parte— con determinadas explicaciones técnicas y teóricas de este flagelo; de modo que por derivación logre analizarse el crimen en sí **(19)**, al criminal **(20)** y la criminalidad producida **(21)**.

Esa labor de campo a la que se viene haciendo referencia corresponde —a mi juicio— sea emprendida por expertos en la materia con perspectiva de género. Se quiere decir con ello, que

(14) Ver artículo, BIANCHI, art. cit. en nota 6. En esa oportunidad sostuvimos "lo que deviene forzoso examinar son las circunstancias específicas en las que tuvo lugar el hecho delictivo que causó la muerte de la mujer y no —únicamente— el tipo y demás particularidades de la relación previa que pudiera haber tenido la víctima con el victimario. Es decir, si el hombre dominó a la víctima, ejerció control o negó la autoafirmación de la mujer como sujeto de derecho a través del uso de la violencia, cualquiera haya sido el modo y el ámbito en la que se perpetro, no puede concluirse que no medió violencia de género y, si en ese momento ocurre la acusación de la muerte de la mujer, entonces —sí— encuadraría en la hipótesis criminal en comentario, siendo irrelevante que no haya habido violencia en un tiempo previo, bastando la concomitante al hecho. Y todo ello es así, dado el trance indicador que representa que la mujer se encontró subyugada al poderío u autoridad del hombre y reducida al punto de no poder ejercitar —por un instante— los derechos fundamentales y personalísimos que le son inherentes por su condición de persona humana, provocando —todo ello— a partir de una posición de dominación e imposición machista".

(15) Ello si se tiene en cuenta las estadísticas que obran en los registros de la Oficina de la Mujer, dependiente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (año 2017: 273 femicidios; año 2018: 278 femicidios; año 2019: 268). Cfr. https://www.csjn.gov.ar/omrecopilacion/omfemicidio/homefemicidio.html, consultado el día 30 de nov. de 2020.

(16) Es decir, que ultrapase las fronteras del campo del derecho, para aglomerar la ciencia antropológica, social, científica, y otras.

(17) Los medios de comunicación y redes sociales muchas veces normalizan la violencia e incluso llegan a promoverla, al exhibir la vida criminal como algo aspiraciones, colocando a los "machos" como grandes protagonistas de la historia.

(18) Para MAINGOT, ciudadanía implica "reconocimiento y ejercicio de los derechos, no solo a los ojos del Estado sino ante los propios ciudadanos..." (cfr. MAINGON, T. (2010). Ciudadanía y Elecciones en Venezuela: ¿campos en tensión? en CHERESKY, Isidoro (2010), *Ciudadanos y política en los albores del siglo XXI*, Manantial-Clacso, Buenos Aires, ps. 149/168).

(19) Es decir, estudiar la conducta antisocial del sujeto, buscando cuales son o pueden ser las causas del comportamiento.

(20) Estudiar al autor del hecho; es decir, analizar lo que el sujeto es y que ha hecho.

(21) Es decir, estudiar el conjunto de conductas criminales y sus características en su dimensión espacio/temporal para inferir los tipos de criminalidad por zonas/regiones y por el tipo o hipótesis penal.

el especialista prescinda de toda deificación o envilecimiento de la víctima/victimario y subjetividades basadas en su moral personal e ideas preconcebidas para evitar análisis apáticos; y, procurar —sí— observar el fenómeno de acuerdo con el contexto en el que ocurren los hechos delictivos y los resultados objetivos que arroje la pesquisa.

Así, el cometido casuístico de los hechos ocurridos en una zona o región del país habrá de centrarse en: *a)* experimentar e interpretar todos los elementos coligados a la motivación criminal que hace que el autor ataque a la/s mujeres; *b)* en qué grado la expresión comportamental, o plan de vida elegida por la mujer se ajusta/ba o no a las expectativas y roles establecidos como apropiados o corrientes por la cultura machista; *c)* de qué modo la percepción o autodefinición de la mujer incide, o pudo haber incidido cognitiva y emocionalmente en el hombre a la hora de ejecutar la muerte; *d)* la repercusión que tiene o pudo haber tenido en el agresor el suceso violento, en términos de estímulo o galardón; *e)* analizar el lugar del hecho, las evidencias físicas halladas y los elementos materiales para establecer las acciones del criminal, como su método de aproximación, método de ataque, método de control y actos de prevención; *f)* el análisis conductual **(22)**; *g)* el análisis del perfil criminal **(23)**; y *h)* en la vinculación de casos **(24)** por firma y *modus operandi*.

Identificar en la conducta del victimario los elementos y motivaciones de género; y, personificarla de acuerdo con las singularidades **(25)** en las que ocurrió la muerte de la mujer **(26)** (método deductivo), proveerá la evidencia fáctica (interacción del trinomio: victima/victimario/lugar del hecho), para —seguidamente— construir datos estadísticos que permitan correlacionar características del delito en trato con otras muertes ocurridas con iguales tipologías en el territorio, e inferir —en último lugar— rasgos sistémicos del femicidio (método inductivo).

Y si bien es cierto que los femicidios presentan características comunes, también lo es que la acción criminal —muchas veces— se expresará de manera diferente en cada caso a partir del componente individual. Pese a ello, no se alterará, a mi juicio, lo identitario del fenómeno; esto es: la expresión criminal violenta con la que el autor sella el resentimiento, las frustraciones y la ofensa que siente cuando la mujer decide autodeterminarse y autodefinirse de acuerdo con el ejercicio de ciudadanía de la que es plausible.

En efecto, a consecuencia de los resultados que arroje el estudio casuístico que efectúe la criminología de campo; y, sobre la base del razonamiento lógico, verificación empírica, pen-

(22) Es la interpretación de las características del lugar del hecho, a partir del análisis de la evidencia conductal (acciones desplegadas por el criminal y la víctima, exhibidas en la escena), la interacción posible que ocurrió o pudo haber ocurrido entre el agresor, la víctima y el lugar del delito.

(23) Técnica mediante la cual las características probables de un femicida se predicen sobre la base de los comportamientos exhibidos en la comisión de un delito.

(24) Consiste en determinar si dos o más delitos están relacionados con el mismo criminal; implica el estudio del modus operandi y aspectos rituales que conforman la firma criminal.

(25) Vinculados con el contexto, escenarios, sujetos activo/pasivo, formas/modo/tiempos de violencia; y otros.

(26) A modo de nota, estos son algunos de los signos e indicios de un femicidio; a saber: a) sitio donde ocurrió, que puede variar si se trata de femicidios íntimos (mayormente ocurren en el domicilio en común), no íntimos (domicilio victima/victimario o vía pública), o por conexión (indistinto); b) modo en el que ocurrió: b.1.- la escena del crimen mayormente muestra signos de una agresión excesiva, extrema, con ensañamiento, crueldad, y -también- de una violencia simbólica (rotura de objetos o daño a mascotas o personas con significado especial para la víctima), b.2.- la autopsia puede revelar la utilización de una violencia excesiva por parte del victimario, múltiples heridas en zonas vitales, lesiones en las partes privadas e inverecundas de la mujer, utilización de varios mecanismos para matar (uso de armas, manos, instrumentos caseros, asfixia, etc.), etc., b.3.- la autopsia psicológica, para casos en donde el hecho quedó en grado de tentativa, puede aportar evidencias de alteraciones físicas y en la psiquis de la víctima producto de la violencia a la que ha sido sometida, tales como sangrado vaginal, disminución de la libio, abortos inducidos, partos prematuros, infecciones de tracto urinario, depresión, baja autoestima, estrés, tendencias suicidas, etc.; c) móvil del femicidio: separación, divorcio o amenaza de ruptura instado por la mujer, desconfianza o no correspondencia, denuncias previas de violencia ante autoridad competente, autodeterminación de la mujer para salir a trabajar, independencia económica de la mujer, entre otras.

samiento y método crítico, se obtendrá -por fin- datos seguros que den cuenta de cuál es la grafía del perfil criminal femicida y potenciales víctimas, las razones por las que se comete un femicidio, la explicación de sus causas, las nuevas formas de criminalidad, el control social, las posibles formas de prevención, en suma, el estudio cabal del flagelo en sí.

Es a partir de esos estudios criminológicos lo que permitirá articular políticas públicas serias y eficientes que atiendan toda la problemática en trato, al punto de servir de ensayo para que las autoridades jurisdiccionales o ministeriales competentes encargadas de la prevención, investigación, juzgamiento y sanción adecúen sus prácticas, protocolos y modelos de ejercicio a la realidad que exhiben los datos duros -pero axiomáticos- que fueran participados por la criminología aplicada de campo. En efecto, cuando la comisión de muertes de mujeres por la acción de hombres denote una motivación especial o un contexto que se erija en una cultura de violencia y discriminación por razones de género, la investigación penal tendrá que centrarse y focalizarse con perspectiva de género **(27)**.

Para hacer frente con la máxima eficacia el flagelo del femicidio se requiere entonces de aportes multidisciplinario, así como también del inagotable esfuerzo por parte de las fuerzas vivas de toda una sociedad consternada por las muertes violentas de mujeres en contextos de violencia género. Sin embargo, los datos duros con soporte empírico no lograrán extraerse sino de la tarea de campo de la criminología que ineludiblemente debe ocurrir como antesala de todo programa de política pública a partir de la cual se intente dar un giro copernicano y dejar atrás la cultura machista que le sirve de plafón a las infracciones de género, tiene en vilo una sociedad toda y neutraliza el ejercicio de ciudadanía femenina efectiva. He aquí, mi tesis analítica.

(27) Esto es, analizar el contexto de la muerte; circunstancias de la muerte y disposición del cuerpo; antecedentes de violencia entre víctima y victimario; modus operandi y tipo de violencia usado antes y *pos morten;* relaciones de familia, de intimidad, personales, comunitarias, laborales, educativas o sanitarias que vinculen a la víctima y el o los victimarios; situación de riesgo o vulnerabilidad de la víctima al momento de la muerte; desigualdad de poder existente entre la víctima y victimario al momento de la muerte; evitar juicios de valor sobre las conductas o el comportamiento anterior de la víctima y romper con la carga cultural y social que responsabiliza a la víctima por lo que paso; entre otras.

Alcance del delito de femicidio en el Código Penal Argentino

Gonzalo Anzorreguy (*)

Sumario: I. Introducción. — II. Concepto de femicidio. — III. El Femicidio en el ordenamiento Código Penal Argentino. — IV. Conclusiones. — V. Bibliografía.

I. Introducción

El presente artículo tendrá como eje de análisis el delito de "femicidio", el cual fue incorporado al ordenamiento jurídico argentino durante el año 2012 a través de la ley 26.791 que reformara el art. 80 del Cód. Penal.

Específicamente se hará foco en la noción del concepto "femicidio", como así también en la determinación de los distintos elementos que deben encontrarse presentes a los efectos de tener por configurado el delito en cuestión.

Asimismo, con el objetivo de establecer el alcance y significado del "femicidio", se procederá a efectuar un estudio de las normativas relacionadas, de la postura al respecto de diversa doctrina, como así también de los antecedentes jurisprudenciales de la Cámara Nacional de Casación Penal.

II. Concepto de femicidio

El 14 de noviembre del año 2012 se sancionó en la Argentina la ley 26.791 mediante la cual se reformó el art. 80 del Cód. Penal que contempla determinadas circunstancias agravantes del delito de homicidio.

La reforma introducida por la ley 26.791 —mediante la cual se modificaron los incs. 1° y 4°, y se agregaron los incs. 11 y 12—, tuvo como fundamento la problemática de género que en los últimos años se ha ido insertando en toda la región, sin embargo, cabría preguntarse cuál de estas modificaciones receptó de forma más ajustada el concepto de "femicidio".

A los efectos de despejar tal interrogante correspondería adentrarse a establecer cuál es esencialmente el sentido del concepto "femicidio".

En este sentido cabe señalar que el origen del concepto "femicidio" estuvo dado en la década de 1970 en primer lugar por Carol Orlock **(1)** y luego por Diana Russel, quien lo definiera como "los asesinatos realizados por varones motivados por un sentido de tener derecho a ello o superioridad sobre las mujeres, por placer o deseos sádicos hacia ellas, o por la suposición de propiedad sobre las mujeres"**(2)**.

En términos similares se ha dicho que el "femicidio" implica "una forma de violencia contra las mujeres... significativo del desprecio por la vida de las mujeres, a veces en el ámbito familiar, aunque no necesariamente se circunscribe al mismo"**(3)**.

(*) Abogado (UCA). Secretario de Fiscalía Nacional en lo Criminal y Correccional Federal en Capital Federal. Diplomado en Litigación Oral Penal (American University College of Law / CEJA). Especialista en Recuperación de Activos (OCDE). Especializando en Derecho Penal (UBA).

(1) FELLINI, Zulita - MORALES DEGANUT, Carolina., "Violencia contra las mujeres", Hammurabi, Buenos Aires, 2019, 2da. Edición, p. 294.

(2) OACNUDH, "Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio)", p. 13. Recuperado en: https://www.ohchr.org/documents/issues/women/wrgs/protocololatinoamericanodeinvestigacion.pdf.

(3) FELLINI, Zulita - MORALES DEGANUT, Carolina., ob. cit., pp. 290-291.

Con el transcurso del tiempo las cuestiones referidas a los derechos de las mujeres fueron adentrándose en el ámbito jurídico de distintos países, debiéndose destacar en tal sentido la sanción en el año 1994 de la "Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer" también denominada "Convención Belem do Pará", la cual fuera ratificada por la Argentina en el año 1996.

Esta convención instauró mecanismos de protección y defensa de los derechos de las mujeres, estableciendo el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia, habiéndose definido en el año 2008 al "femicidio" como: "la muerte violenta de mujeres por razones de género, ya sea que tenga lugar dentro de la familia, unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal; en la comunidad, por parte de cualquier persona, o que sea perpetrada o tolerada por el Estado y sus agentes, por acción u omisión"**(4)**. Esta definición fue citada por la Dra. Llerena al momento de expedirse en un caso en donde se analizaran cuestiones vinculadas a la violencia de género **(5)**.

Asimismo, corresponde destacar, conforme surge de la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal, que "la Organización de las Naciones Unidas (...) estipula que ‹el término femicidio es entendido como el asesinato de mujeres porque son mujeres, ya sea cometido dentro de la familia, una sociedad doméstica, o cualquier otra relación interpersonal, o por alguien en la comunidad, o que sea cometido o tolerado por el Estado o sus agentes›, y lo define como ‹la muerte dolosamente causada por un hombre a una mujer, mediando violencia de género. En otras palabras, se trata de la privación arbitraria de la vida de una mujer por parte de un hombre, en un contexto de violencia de género, o sea, la muerte dolosa de una mujer a manos de un hombre por el solo hecho de ser, aquella, mujer"**(6)**.

En este orden de ideas, la doctrina tiene dicho respecto de la figura del "femicidio" que alcanza a "toda muerte de una mujer basada en su género o, en otras palabras, que se explique por la pertenencia al género femenino de la víctima. (...) Todos estos hechos tienen en común que se trata de expresiones extremas de violencia, pero de un tipo de violencia específico, que está directamente vinculado al género de la víctima (...) De ahí que se llame a este tipo de violencia, ‹violencia de género contra las mujeres›, o ‹violencia contra las mujeres basada en el género› o ‹violencia contra las mujeres por el hecho de ser mujeres›"**(7)**.

En la actualidad la Real Academia Española define al "femicidio" (también conocido como "feminicidio") como el "Asesinato de una mujer a manos de un hombre por machismo o misoginia"**(8)**.

Por su parte la Real Academia Española define:

- "machismo" como una "Actitud de prepotencia de los varones respecto de las mujeres" o "Forma de sexismo caracterizada por la prevalencia del varón"**(9)**.

- "misoginia" como "Aversión a las mujeres"**(10)**.

En definitiva, teniendo en cuenta las distintas definiciones aludidas precedentemente, podría sostenerse que *solo habrá "femicidio" cuando un hombre mate a una mujer y se den alguna de las siguientes modalidades, a saber:*

1. Por odio —sinónimo de aversión— al género mujer.

(4) CEVI, "Declaración sobre el Femicidio", Washington, 15 de agosto de 2008. Recuperado en: https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/declaracionfemicidio-es.pdf.

(5) CNCas. en lo Crim. y Correcc., Sala 1, 26/06/2018, CCC 67729/2014/TO1/CNC1, Llerena, Patricia.

(6) CNCas. en lo Crim. y Correcc., Sala 3, 19/03/2018, CCC 43587/2014/TO1/CNC2, Jantus, Pablo.

(7) PZELLINSKY, Romina - PIQUÉ, María L., citado en CNCas. en lo Crim. y Correcc., Sala 2, 7/06/2017, CCC 29907/2013/TO2/CNC2, Sarrabayrouse, Eduardo.

(8) Diccionario de la Real Academia Española, 2020. Recuperado en: https://dle.rae.es/?id=Hjt6Vqr.

(9) Diccionario de la Real Academia Española, 2020. Recuperado en: https://dle.rae.es/?id=NnO8B9D.

(10) Diccionario de la Real Academia Española, 2020. Recuperado en: https://dle.rae.es/?id=PP4dmnK

2. En virtud de tener una visión "machista" que implica creer que existe cierta superioridad del hombre sobre la mujer.

III. El Femicidio en el ordenamiento Código Penal Argentino

De acuerdo con la definición previamente expuesta, parecería que la única norma del Código Penal que recepta con mayor justeza el "femicidio" —en su segunda modalidad referida al "machismo"— resulta ser el inc. 11 del art. 80, el cual sanciona el homicidio de una mujer perpetrado por un hombre mediando violencia de género.

En este sentido corresponde destacar que si bien ciertas opiniones indican que las agravantes del inc. 1° y 12 habrían receptado lo que se conoce como "femicidio íntimo", "femicidio familiar" y "femicidio vinculado", la realidad es que de sus lecturas no surge ninguna nota característica del "femicidio".

Los incisos aludidos hablan solamente de los casos en que existe un vínculo entre los sujetos activo y pasivo —inc. 1°—, o que exista una intención de causar un sufrimiento —inc. 12—, sin desprenderse de ellos como exigencia que el sujeto activo sea hombre, ni que el sujeto pasivo sea mujer, como así tampoco que se verifique una violencia específica.

Lo expuesto precedentemente no implica negar la existencia de los conceptos de "femicidio íntimo", "femicidio familiar" y "femicidio vinculado", sino simplemente sostener que ellos no se encontrarían receptados de forma explícita en el Código Penal, pudiendo solamente darse tal circunstancia a través del concurso de delitos.

En el caso del inc. 4° del art. 80 del Cód. Penal. podrían ser encuadrados aquellos homicidios perpetrados por hombres contra mujeres que tengan lugar por odio a su género, conductas que podrían ser calificadas como *"femicidio" en su primera modalidad —por odio al género mujer—.*

Con relación a esta agravante se ha dicho: "[C]aptura aquellos femicidios que están guiados exclusivamente por odio contra las mujeres. Estos hechos, llamados ‹femicidios por misoginia› integran el conjunto de los crímenes de odio"**(11)**.

Sin embargo, resulta oportuno destacar que este inciso no exige que el sujeto activo sea un hombre ni que el sujeto pasivo sea una mujer, por lo cual no se observa que se encuentre receptado técnicamente como una categoría autónoma y en toda su esencia el "femicidio". Ello así, en tanto que en esta podrían ser encuadradas no solo homicidios causados por hombres por odio al género mujer, sino todo homicidio realizado por cualquier persona y por odio a cualquier género.

Finalmente cabe hacer referencia al inc. 11 del art. 80 del Cód. Penal, figura que agrava los homicidios cuando es un hombre el que mata, una mujer es la víctima y media violencia de género.

Con relación a ella debería destacarse que, a diferencia del resto de los incisos mencionados, específicamente exige que sea un hombre el autor y una mujer la víctima.

Además, esta agravante exige que la acción haya tenido lugar mediando "violencia de género" que resulta ser un elemento normativo que corresponde que sea delimitado para poder establecer si estamos frente a algunas de las modalidades ya definidas de "femicidio", como así también cuando aquel se encuentra presente o ausente.

Es decir que estamos frente a una ley penal en blanco, un tipo penal incompleto y abierto, el cual corresponde que sea completado de acuerdo con alguna norma del ordenamiento jurídico que puede encontrarse "en la misma ley, en otra ley emanada de la misma instancia legislativa, o en otra norma de menor jerarquía"**(12)**.

Respecto a este concepto normativo corresponde indicar en primer lugar que ha generado diversas discusiones doctrinarias y jurisprudenciales, habiéndose afirmado que "es el elemento

(11) PZELLINSKY, Romina - PIQUÉ, María L., citado en CNCas. en lo Crim. y Correcc., Sala 2, 07/06/2017CCC 29907/2013/TO2/CNC2, Sarrabayrouse, Eduardo.

(12) FELLINI, Zulita - MORALES DEGANUT, Carolina., ob. cit., p. 309.

normativo que quizás exige mayores esfuerzos interpretativos"**(13)**.

Así, cabe destacar en primer lugar que algunas posturas lo utilizan como un sinónimo de "violencia contra las mujeres", sin embargo, corresponde aclarar que la "mujer" no es el único "género" existente.

En virtud de ello, cabría establecer que significa el "género" para en definitiva poder delimitar el verdadero alcance del concepto "violencia de género".

En este sentido en la doctrina se ha sostenido: "La expresión ‹género› alude a características, roles, jerarquías, actitudes, valores y símbolos que cada cultura atribuye e impone a cada sexo como su deber ser...la expresión ‹violencia de género› como equivalente a violencia contra las mujeres no es pacífica...No puede consensuarse que ‹mujer› y ‹género› sean términos sinónimos...Tampoco el término ‹género› debe utilizarse en sustitución del vocablo ‹mujer› (...) Reiterando una vez más los conceptos vertidos, puede señalarse que una aceptación comprometida de la realidad lleva a privilegiar el concepto de violencia contra las mujeres entendiendo que se hace mención al género femenino"**(14)**.

En este mismo orden de ideas se ha dicho: "el término ‹género› no es un sinónimo ni un equivalente de ‹mujer›: refiere a un sistema de relaciones sociales que involucra o afecta a mujeres y hombres. Género es el distinto significado social que tiene el hecho de ser mujer y ser hombre en una cultura determinada; el conjunto de características sociales, culturales, políticas, jurídicas y económicas asignadas socialmente en función del sexo de nacimiento. En un gran número de sociedades, este sistema sexo género ha desarrollado relaciones de desigualdad, exclusión y discriminación contra las mujeres en la mayor parte de las esferas de la vida. Esto se traduce en menos oportunidades, en un menor acceso y control de los recursos, y en una menor valoración y reconocimiento a sus actividades y a sí mismas (conf. con todo ello, "Guía práctica para la incorporación del enfoque de género en el trabajo legislativo", elaborado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), publicado en www.pnud.org.ar)"**(15)**.

Asimismo, la doctrina ha afirmado: "[E]l género se constituye en el resultado de un proceso de construcción social mediante el cual se adjudican simbólicamente las expectativas y valores que cada cultura atribuye a sus varones y mujeres. Fruto de este aprendizaje cultural de signo machista, unos y otras exhiben los roles e identidades que le han sido asignadas bajo la etiqueta del género. De ahí, la prepotencia de lo masculino y la subalternidad de lo femenino. Son los ingredientes esenciales de este orden simbólico que definen a las relaciones de poder sobre las mujeres, origen de la violencia de género. Esa explicación de la violencia contra las mujeres en clave cultural, no biológica, es la que define la violencia de género"**(16)**.

Lo expuesto resulta aún mucho más claro si se lo analiza con relación al inc. 11 del art. 80 del Cód. Penal, en tanto que allí el concepto "violencia de género" se enmarca en una figura donde la víctima solo puede ser una mujer por lo cual la única "violencia de género" sería contra el género "mujer".

Así las cosas, si bien la figura bajo análisis habla de "violencia de género", lo más acertado resulta ser que se establezca el verdadero alcance del concepto "violencia contra la mujer basada en su género".

A tal fin, parecería oportuno que se haga una remisión a la normativa referida a la violencia contra las mujeres con base en su género vigente en el orden nacional e internacional.

En virtud de ello, resulta pertinente hacer referencia a la ley 26.485 denominada "Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones in-

(13) CNCas. en lo Crim. y Correcc., Sala 2, 07/06/2017, CCC 29907/2013/TO2/CNC2, Sarrabayrouse, Eduardo.

(14) FELLINI, Zulita - MORALES DEGANUT, Carolina., ob. cit., pp. 45-46.

(15) CNCas. en lo Crim. y Correcc., Sala 3, 19/03/2018, CCC 43587/2014/TO1/CNC2, Huarte Petite, Alberto.

(16) MAQUEDA ABREU, María Luisa, citado en CNCas. en lo Crim. y Correcc., Sala 3, 19/03/2018, CCC 43587/2014/TO1/CNC2, Huarte Petite.

terpersonales", la cual fue sancionada en el mes de marzo del año 2009, dándole fuerza de ley nacional a la ya aludida "Convención de Belém do Pará" ratificado por Argentina en el año 1996.

La mencionada ley 26.485 establece en su art. 4to: "Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una *relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón".*

Esta postura mediante la cual se efectúa una remisión a la ley 26.485 para determinar el verdadero alcance del elemento normativo "violencia de género", es coincidente con lo expresado tanto por la doctrina como la jurisprudencia.

En este sentido se ha dicho: "El inc. 11 del art. 80 del Cód. Penal establece que debe mediar violencia de género. Sería más correcto si dijera ‹mediare violencia contra la mujer víctima", ya que la referencia debe buscarse en la ley 26.485 de Protección Integral a las Mujeres" **(17)**.

Asimismo, se ha afirmado: "La violencia de género contra las mujeres parece ser una reacción contra su ya centenaria lucha por la igualdad. Hay sujetos de rasgos atávicos que son incapaces de admitir el cambio de modelo social que las mujeres merecen y reclaman. Son expresión de una actitud irracional que se manifiesta en el uso de la fuerza para impedir el progreso de la dignidad de la mujer...luego de analizar el concepto y los tipos de violencia contra la mujer definidos en la Ley 26.485 (arts. 4 y 5), sostiene que debe entenderse por violencia de género a aquella que se despliega contra una mujer y que, además, se muestra como una clara manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el varón y las personas de sexo femenino, puesto que se corresponde con la materialización del maltrato del hombre hacia la mujer (pp. 23 y 58/61). Se trata, en resumidas cuentas, dice, del hombre que mata a la mujer por el solo hecho de serlo, en virtud de un "componente cultural" en función del cual la concibe prácticamente como una cosa, o una sierva (p. 63)"**(18)**.

En el ámbito de la Cámara de Casación Penal también encontramos diversos antecedentes que hacen referencia a la ley 26.485 —por ende, la Convención Belem Do Para— para delimitar de forma acabada el concepto "violencia de género" que surge del inc. 11 del art. 80 del Cód. Penal **(19)(20)(21)(22)(23)**.

En uno de los precedentes de la Cámara de Casación Penal referidos se hizo referencia al dec. 1011/2010 reglamentario de la ley 26.485, toda vez que del mismo surge el significado que debe dársele al término "relación desigual de poder" que es utilizado por la ley para definir el concepto de "violencia contra las mujeres" **(24)(25)**.

En dicho precedente se destaca que en las consideraciones del decreto mencionado surge:

(17) FELLINI, Zulita - MORALES DEGANUT, Carolina., ob. cit., p. 309.

(18) AROCENA, Gustavo A., citado en CNCas. en lo Crim. y Correcc., Sala 3, 19/03/2018, CCC 43587/2014/TO1/CNC2, Jantus, Pablo.

(19) CNCas. en lo Crim. y Correcc., Sala 1, 26/06/2018, CCC 67729/2014/TO1/CNC1, Llerena, Patricia.

(20) CNCas. en lo Crim. y Correcc., Sala 2, 7/06/2017, CCC 29907/2013/TO2/CNC2, Sarrabayrouse, Eduardo.

(21) CNCas. en lo Crim. y Correcc., Sala 2, 7/08/2018, CCC 55357/2014/TO1/CNC2, Sarrabayrouse, Eugenio.

(22) Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala 3, CCC 43587/2014/TO1/CNC2, Huarte Petite, Alberto, 19 de marzo de 2018.

(23) CNCas. en lo Crim. y Correcc., Sala 3, 19/03/2018, CCC 43587/2014/TO1/CNC2, Jantus, Pablo.

(24) CNCas. en lo Crim. y Correcc., Sala 3, 19/03/2018, CCC 43587/2014/TO1/CNC2, Jantus, Pablo.

(25) CNCas. en lo Crim. y Correcc., Sala 3, 19/03/2018, CCC 43587/2014/TO1/CNC2, Huarte Petite, Alberto.

"[S]e evidencian en nuestra sociedad cambios graduales vinculados a transformaciones socioculturales que tienden a eliminar algunas diferencias de género. Que, sin embargo, persisten las inequidades basadas en un sistema jerárquico de relaciones sociales, políticas y económicas que, desde roles estereotipados de género y con la excusa de la diferencia biológica, fija las características de la masculinidad como parámetro de las concepciones humanas y así institucionaliza la desigualdad en perjuicio de las mujeres…Es una norma que rebasa las fronteras de la violencia doméstica para avanzar en la definitiva superación del modelo de dominación masculina, proporcionando una respuesta sistémica a la problemática, con una dimensión transversal que proyecta su influencia sobre todos los ámbitos de la vida".

Asimismo, en el aludido precedente se destaca que el dec. 1011/2010 establece en su art. 4to: "Se entiende por relación desigual de poder, la que se configura por prácticas socioculturales históricas basadas en la idea de la inferioridad de las mujeres o la superioridad de los varones, o en conductas estereotipadas de hombres y mujeres, que limitan total o parcialmente el reconocimiento o goce de los derechos de estas, en cualquier ámbito en que desarrollen sus relaciones interpersonales".

Sumado a todo esto, corresponde destacar que algunos integrantes de la Cámara de Casación Penal, a los efectos de circunscribir el concepto "violencia de género", también se hicieron eco del debate parlamentario de la ley 26.791, con la cual se introdujeran en el año 2012 las modificaciones al art. 80 del Cód. Penal.

Respecto a ello cabe destacar los dichos de la senadora Escudero, a saber: "¿Qué significa violencia de género? En nuestra legislación, en nuestro derecho, está perfectamente definido qué se entiende por violencia de género, tanto en la ley 26.485, de protección integral justamente para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, como en la que aprueba la Convención de Belem do Pará."**(26)(27)**.

Así las cosas, teniendo en cuenta la normativa nacional e internacional citada, como así también las interpretaciones surgidas de la doctrina como de la jurisprudencia, puede afirmarse que el concepto "violencia de género" que surge del inc. 11 del art. 80 del Cód. Penal abarca toda conducta que afecta a la mujer basada en una relación desigual de poder frente al hombre y/o que pone a la mujer en desventaja con respecto al hombre. Se trata de prácticas socioculturales históricas basadas en la idea de la inferioridad de las mujeres o la superioridad de los varones.

Lo expuesto descarta por completo la idea de que para tener por comprobado que se encuentra presente el elemento normativo "violencia de género" resulte necesario que exista una relación previa entre los sujetos activo y pasivo, o que exista de forma previa una reiteración de sucesos de violencia.

En este sentido se ha dicho: "[P]ara que se configure un caso de violencia de género puede bastar un episodio aislado; así como no todo acto contra una mujer será violencia de género, tampoco resulta necesaria su reiteración para que se configure…Ni el hecho de que se haya tratado de un suceso puntual y aislado, ni la ausencia de un cuadro de violencia o sometimiento previo en el trato entre el agresor y la víctima, descartan su calificación como un acto de violencia de género en los términos explicados"**(28)(29)**.

Sin dudas que tales circunstancias muchas veces pueden servir para comprobar la existencia de la "violencia de género", pero la ausencia de estas no implica descartar la posibilidad de estar frente a un "femicidio" en

(26) CNCas. en lo Crim. y Correcc., Sala 2, 7/06/2017, CCC 29907/2013/TO2/CNC2, Sarrabayrouse, Eugenio.

(27) CNCas. en lo Crim. y Correcc., Sala 2, 7/08/2018, CCC 55357/2014/TO1/CNC2, Sarrabayrouse, Eugenio.

(28) CNCas. en lo Crim. y Correcc., Sala 2, 7/06/2017, CCC 29907/2013/TO2/CNC2, Sarrabayrouse, Eugenio.

(29) CNCas. en lo Crim. y Correcc., Sala 2, 7/06/2018, CCC 55357/2014/TO1/CNC2, Sarrabayrouse, Eugenio.

los términos del inc. 11 del art. 80 del Código Penal **(30)(31)(32)(33)(34)(35)**.

IV. Conclusiones

Lo expuesto durante el presente trabajo ha permitido llegar a las siguientes conclusiones:

a. El "femicidio" es la muerte de la mujer en manos del hombre por odio a su género o por una visión de superioridad respecto de la mujer —"machismo"—.

b. El Código Penal Argentino en su art. 80, inc. 11, recepta la figura de "femicidio" en su segunda acepción —"machismo"— que implica creer que existe cierta superioridad sobre la mujer.

c. El elemento normativo "violencia de género" del inc. 11 del art. 80 del Cód. Penal abarca toda acción basada en una idea que concibe a la mujer como inferior respecto del hombre.

c. A los efectos de tener por comprobado el elemento normativo "violencia de género" no resulta necesario que exista una relación previa o una reiteración de sucesos de violencia.

V. Bibliografía

CNCas. en lo Crim. y Correcc., Sala 1, 26/06/2018, CCC 67729/2014/TO1/CNC1.

CNCas. en lo Crim. y Correcc., Sala 2, 7/07/2018, CCC 29907/2013/TO2/CNC2.

CNCas. en lo Crim. y Correcc., Sala 2, 7/08/2018, CCC 55357/2014/TO1/CNC2.

CNCas. en lo Crim. y Correcc., Sala 3, 19/03/2018, CCC 43587/2014/TO1/CNC2.

CEVI, "Declaración sobre el Femicidio", Washington, 15 de agosto de 2008. Recuperado en: https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/declaracionfemicidio-es.pdf.

Diccionario de la Real Academia Española.

FELLINI, Zulita - MORALES DEGANUT, Carolina., "Violencia contra las mujeres", Hammurabi, Buenos Aires, 2019, 2da. Edición.

OACNUDH, "Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio)", p. 13. Recuperado en: https://www.ohchr.org/documents/issues/women/wrgs/protocololatinoamericanodeinvestigacion.pdf

(30) CNCas. en lo Crim. y Correcc., Sala I, 26/06/2018, CCC 67729/2014/TO1/CNC1, Llerena, Patricia.

(31) CNCas. en lo Crim. y Correcc., Sala 2, 7/06/2017, CCC 29907/2013/TO2/CNC2, Sarrabayrouse, Eugenio.

(32) CNCas. en lo Crim. y Correcc., Sala 2, 7/08/2018, CCC 55357/2014/TO1/CNC2, Sarrabayrouse, Eugenio.

(33) CNCas. en lo Crim. y Correcc., Sala 2, 7/08/2018, CCC 55357/2014/TO1/CNC2, Morin, Daniel.

(34) CNCas. en lo Crim. y Correcc., Sala 3, 7/03/2018, CCC 43587/2014/TO1/CNC2, Huarte Petite, Alberto.

(35) CNCas. en lo Crim. y Correcc., Sala 3, 19/03/2018, CCC 43587/2014/TO1/CNC2, Jantus, Pablo.

COVID-19: art. 205 del Cód. Penal

Análisis integral, problemática casuística actual y justicia restaurativa

Matías Morón(*)

Sumario: I. Introducción y problemática.— II. El art. 205.— III. Análisis casuístico. Problemáticas y soluciones.— IV. Las nuevas herramientas del Código Procesal Penal Federal.— V. El principio de oportunidad.— VI. La suspensión del juicio a prueba.— VII. La justicia restaurativa: la solución más adecuada.— VIII. Conclusiones.

I. Introducción y problemática

Frente a la conocida pandemia que azota nuestros tiempos, a través del dictado del DNU 260/2020 del 12 de marzo, el Poder Ejecutivo Nacional decidió ampliar la emergencia pública en materia sanitaria establecida por ley 27.541. Ante el avance de los contagios, entre otras medidas de prevención y control, se dispuso el aislamiento obligatorio para las personas comprendidas en los supuestos detallados por la norma y se advirtió que en caso de verificarse el incumplimiento del aislamiento indicado y demás obligaciones allí establecidas se estarían infringiendo los arts. 205, 239 y concordantes del Cód. Penal de la Nación **(1)**.

Debido al avance de la propagación del COVID-19, el potencial impacto en el sistema sanitario del país y el hecho de no contarse con un tratamiento antiviral efectivo o vacunas que previniesen los contagios, el 19 de marzo el PEN dictó el DNU 297/2020. En este, el gobierno nacional adoptó una medida más drástica disponiendo el "aislamiento social, preventivo y obligatorio"**(2)** para todas las personas que habitaran en el país o se encontrasen en él.

Allí se puso de manifiesto el rol de vital importancia que las medidas de aislamiento y distanciamiento social revisten para hacer frente a la situación epidemiológica y mitigar el impacto sanitario del COVID-19, con el objetivo de proteger la salud pública. Durante el plazo de vigencia de esta medida (desde el 20 hasta el 31 de marzo inclusive) todas las personas debían permanecer en sus residencias habituales o en el lugar en que se encontrasen y abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo. El art. 4° de esta disposición, al igual que la anterior, determinó que cuando se constatare una infracción al cumplimiento del ASPO u a otras normas dispuestas para la protección de la salud pública en el marco de la emergencia sanitaria, se procedería de inmediato a hacer cesar la conducta infractora y se daría actuación a la autoridad competente, en el marco de los arts. 205, 239 y concordantes del Cód. Penal.

Como es de público conocimiento las medidas de aislamiento fueron prorrogadas con variaciones en su intensidad respecto de las diferentes zonas del país, de acuerdo con un criterio que contempló la cantidad de infecciones, el número de habitantes concentrados en una

(*) Abogado. Especialista en derecho judicial por el Consejo General del Poder Judicial de España. Relator de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata. Docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

(1) Art. 22 del DNU 260/2020.

(2) Aislamiento social, preventivo y obligatorio en adelante ASPO, Código Penal de la Nación en adelante Cód. Penal.

zona geográfica y la capacidad de los sistemas de salud locales para dar respuesta a las demandas sanitarias.

Ahora bien, sin perjuicio de que las medidas dispuestas por el poder ejecutivo tuvieron un gran porcentaje de cumplimiento por parte de la población, desde el decreto del 12 de marzo hasta la actualidad, se judicializaron miles de denuncias por infracciones a las medidas dictadas.

En este sentido, el último informe publicado por el portal oficial de noticias del Ministerio Público Fiscal **(3)** de fecha 8 de mayo da cuenta de la numerosa cantidad de causas iniciadas, enumerando los ejemplos en algunas dependencias **(4)**. En tal sentido, se informó que en la Fiscalía Federal N° 1 de San Isidro, durante el turno de marzo, fueron tramitadas 933 causas por violación al ASPO. Por su parte, la Fiscalía Federal N° 2 de Lomas de Zamora registró 637 causas iniciadas por infracción al art. 205 del Cód. Penal, en las cuales se imputaron a 1.020 personas, mientras que en la Fiscalía Federal de Quilmes fueron tramitadas 850 causas.

Por su parte, en la Fiscalía Federal n° 1 de Morón, que inició su turno el 1° de mayo, registraron 321 causas nuevas en el lapso de 7 días.

Solo por nombrar algunos casos más para comprender la magnitud de la cantidad de causas judicializadas, cabe señalar que en Necochea se registraron cerca de 4000 expedientes iniciados, en Dolores 1541, en Mar del Plata cerca de 12.900, en la jurisdicción de Santa Fe más de 6300 y en las de Río Negro y Neuquén más de mil (hasta el 8 de mayo).

Sin perjuicio de que las estadísticas no abundan, la magnitud de los datos reseñados nos da una pauta del impacto respecto de la carga de trabajo y de la utilización de los limitados recursos jurisdiccionales que se deberán poner en marcha para resolver estas causas.

En este sentido, se sostuvo: "[A] raíz de las medidas dispuestas por el PEN para evitar la propagación del COVID-19, la labor jurisdiccional no solo se ve afectada por una cantidad de causas inusuales, relacionadas con presuntas infracciones a las disposiciones sanitarias, sino además, toda la jurisdicción, pero sobre todo la justicia de primera instancia —Juzgados y Fiscalías— afronta una transición radical en sus prácticas forenses, lidiando entre otras cosas con el traspaso del expediente formato papel a lo digital, adaptando permanentemente la utilización del sistema informático a la necesidad de dar respuesta a los diferentes planteos de los justiciables con la mayor celeridad posible"**(5)**[...].

Dicho esto, focalizaremos este trabajo en analizar las cuestiones fundamentales relativas al art. 205 del Código Penal —cuya infracción provocó el inicio de la mayor parte del gran acervo de causas de referencia— para, posteriormente, repensar cuáles son las mejores herramientas que posee el sistema para resolverlas, teniendo en consideración las problemáticas judiciales actuales.

II. El art. 205

Esta figura penal se encuentra ubicada en el Capítulo IV - "Delitos contra la salud pública" del Título VII —"Delitos contra la seguridad pública"— del Código Penal de la Nación. De ello se colige que los bienes jurídicos protegidos por la norma son la seguridad y la salud pública.

El artículo establece: "[S]erá reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia".

(3) Véase en https://www.fiscales.gob.ar/fiscalias/nuevo-informe-sobre-la-actuacion-de-35-fiscalias-federales-en-casos-de-violacion-del-aislamiento-social-preventivo-y-obligatorio/.

(4) En este relevamiento, la página web oficial de noticias del MPF de la Nación informa sobre las intervenciones de las dependencias del MPF en Lomas de Zamora, San Isidro, Quilmes, Morón, Hurlingham, Pehuajó, Santiago del Estero, Salta, Orán-Tartagal, Mar del Plata, Necochea, Tandil, Azul, Dolores, Santa Fe, Rosario, Venado Tuerto, Rafaela, San Nicolás, Catamarca, Formosa, Oberá, Gualeguaychú, La Rioja, Neuquén, Zapala, Bariloche, Viedma y Ushuaia (https://www.fiscales.gob.ar/).

(5) Res. Interlocutoria, CFed. de Apel. de Bahía Blanca, 12/06/2020 en el marco de la causa "Schmidt, F. A. s/ Violación de medidas-propagación epidemia (art. 205)".

En relación con esta figura, Donna **(6)** sostuvo: "[E]n el fondo se trata de una mera desobediencia a las órdenes de las autoridades competentes que, dado el interés social de evitar una epidemia, recibe un castigo penal especial. Se mira a lo social y a la obligación que tienen los ciudadanos hacia el bien común".

II.1. Ley penal en blanco

De la lectura del artículo se desprende que la figura se trata de una ley penal en blanco, es decir que para ser aplicable precisa de otra norma, decreto u ordenanza —emanadas de la autoridad competente— que la complemente. Ésta puede ser de orden nacional, provincial o municipal.

Nótese, al respecto, que no se trata de cualquier clase de medidas, sino de mandatos expresos o prohibiciones de carácter general o particular tendientes a evitar la producción o extensión de la epidemia **(7)**.

Como lo expresa D´Alessio **(8)** en términos más sencillos "para concretar el mandato o la prohibición; es necesario remitirse a otra ley".

En el caso que nos compete ya hemos señalado cuáles fueron los decretos a través de los cuales se establecieron las medidas para evitar la propagación de la pandemia. Parte de la doctrina más crítica acerca de este punto **(9)** sostiene que el hecho de que se complemente la norma mencionada con un instrumento de emergencia dictado por el poder ejecutivo violenta las competencias establecidas por la Carta Magna con motivo de que el congreso nacional es el único órgano habilitado para legislar en materia penal.

Sin ahondar profundamente en esta discusión **(10)** —que por cierto es de vieja data— cabe señalar que disiento con la postura enunciada ya que las medidas que le dan virtualidad a la norma pueden ser dictadas por una ley, pero también por una resolución ministerial o un decreto **(11)**. En tal sentido, cabe destacar que la autoridad competente en materia de salubridad suele ser un organismo del Poder Ejecutivo. Por otra parte, la emergencia **(12)** y envergadura de la situación sanitaria justifican la vía utilizada para complementar la norma penal.

Cabe señalar que, por un lado, en el caso bajo análisis se cumple con la "cláusula de la remisión inversa", que significa la obligación de que la o las normas complementarias —en este caso los decretos de necesidad y urgencia— hagan remisión en su texto a la disposición penal que fija la pena -en este caso el art. 205 del Cód. Penal **(13)**.

Asimismo, Henaín **(14)** sostuvo: "[L]os DNU que complementan el tipo penal del delito de ‹violación de medidas contra epidemia›, no infringen la prohibición constitucional prevista en

(6) DONNA, "Derecho Penal. Parte Especial", Ed. Rubinzal-Culzoní, Santa Fe, 2002, 1ª Ed., tomo II-C, p. 248.

(7) BUOMPADRE, "Manual de Derecho Penal, Parte Especial", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2012, 1ª Ed., p. 585.

(8) D´ALESSIO, A. J. (Dir.), "Código Penal: comentado y anotado: Parte especial, Ed. LA LEY, Buenos Aires, 2004, 1ª Ed., p. 656.

(9) MALAGARRIGA, entre otros, sostuvo: "Las penas, según la Constitución, solo se imponen por infracciones legales y no son tales las que prevé el artículo, que no se refieren a ley alguna sino a medidas que pueden adoptar las autoridades competentes, es decir, no solo el Poder Ejecutivo, sino las municipalidades, policiales y aun las técnicas, como el Consejo nacional de higiene o ciertos provinciales análogos" (MALAGARRIGA, "Derecho Penal", T. III, citado por DONNA, ob. cit. p. 247).

(10) DONNA plantea el debate con las diferentes posturas con más profundidad, sin perjuicio de que en una nota de su obra manifiesta que se puede hallar de manera más abundante en SCHMIDT-ASSMANN, "La teoría general del derecho administrativo como sistema", Ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 211 y ss. (DONNA, ob. cit., ps. 244-247).

(11) En ese sentido, DONNA ha expresado: "[L]a concretización del mandato o de la prohibición depende de otra ley, en especial otra disposición legal o un acto administrativo" (Donna, ob. cit., p. 245 con cita de MAUNZ-DÜRJG, "Grundgesetz Koinentar", Ed. C. H. Beck, Múnich, 1994, 1ª ed., en especial el comentario al § 103, II, efectuado por SCHMIDT-ASSMANN).

(12) "Que la evolución de la situación epidemiológica exige que se adopten medidas rápidas, eficaces y urgentes, por lo que deviene imposible seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes" (DNU 260/2020).

(13) Art. 22 del DNU 260/2020.

(14) HENAÍN, D. D., "El delito de violación de las medidas contra epidemias", Dossier Legislativo de la Biblioteca del Congreso de la Nación Argentina, Año VIII, 9° Entrega, mayo 2020, ISSN 2314-3215.

el art. 99, inc. 3°, párrafo tercero de la CN, dado que el Poder Ejecutivo no creó ningún nuevo tipo penal ni incidió en los alcances de la prohibición ni clase o monto de la pena, sino solo precisó aspectos relativos al comportamiento delictivo que, en su configuración esencial, está contemplado en el art. 205 del Cód. Penal".

En esa línea, Basílico y Bello **(15)** han sostenido: "[E]l carácter de ley penal en blanco de la norma se encuentra perfectamente justificado, en la medida en que la regulación en materia sanitaria es fluctuante y, consecuentemente, requiere de una versatilidad mayor a la que puede ofrecer una ley en sentido estricto".

Por su parte, la CS ha expresado: "La existencia de las leyes penales en blanco hallan justificación en la peculiar naturaleza de las materias que regulan; como es el caso de las infracciones a las leyes reglamentarias de la policía económica y de salubridad, las cuales al vincularse a situaciones sociales asaz **(16)** fluctuantes, exigen una legislación de oportunidad, requisito que solo está en condiciones de satisfacer una norma extrapenal" (Fallos: 323:3426).

Asimismo, el más Alto Tribunal del país sostuvo: "[T]ratándose de materias que presentan contornos o aspectos tan peculiares, distintos y variables que al legislador no le sea posible prever anticipadamente la manifestación concreta que tendrán en los hechos, no puede juzgarse inválido, en principio, el reconocimiento legal de atribuciones que queden libradas al arbitrio razonable del órgano ejecutivo" (Fallos: 246:345) **(17)**.

Por otro lado, Núñez **(18)** establece ciertos requisitos para la validez de las normas complementarios que, a mi juicio, se han cumplido en este caso. Tales son [...] "la naturaleza y finalidad de las medidas, su respaldo normativo, su debida publicidad y la competencia de la autoridad que las ha dictado".

En suma, sin pretender agotar la discusión, estimo que las medidas dictadas son válidas, constitucionales y le otorgan la virtualidad necesaria a la figura penal bajo análisis.

II.2. Un delito de peligro

Por otra parte, cabe señalar que el delito bajo examen es de los denominados de peligro. Ello, en palabras sencillas y en la praxis, significa que para su comisión no es necesario que se materialice la introducción o propagación de la enfermedad, sino que se desplieguen los actos tendientes para que ello pueda ocurrir.

Así, el momento de la comisión ocurre cuando se consuma el acto a través del cual se desobedece alguna de las medidas adoptadas por las autoridades competentes **(19)**.

Dicho esto, cabe señalar que en la doctrina existe el debate acerca de si se trata de un delito de peligro concreto o abstracto.

Entre los que sostienen la primera postura, que por cierto no comparto, hallamos a Riquert quien indicó que "para sancionar es necesario que hubiera existido un real peligro de propagación o introducción de una epidemia" y que "si la infracción (no respetar la obligación de cuarentena) la comete alguien que luego se determina que no era portador del virus, la salud pública no corrió efectivo peligro y, entonces, no sería penalmente responsable"**(20)**. En ese sentido, también se ha expresado Zanazzi **(21)** y Aboso **(22)**.

(15) BASÍLICO, R. Á — BELLO, L., "Delitos contra la salud pública en época de pandemia", Legister, cita: IJ-CMXVI-763.

(16) Diccionario RAE: adv. cult. Bastante, muy.

(17) Ver también Fallos: 148:430; 199:483; 280:25.

(18) NÚÑEZ, R. C., "Tratado de Derecho Penal", Ed. Lerner, Buenos Aires, 1971, T. VI, p. 153.

(19) CFed. de San Martín, 26/08/1992, LA LEY, 1993-E, 338, citado por D´ALESSIO, A. J. (Dir.), ob. cit., p. 646.

(20) RIQUERT, M. A., "¿Qué delitos pueden cometerse si no se cumplen las normas de aislamiento social preventivo obligatorio?", Erreius Online, marzo 2020.

(21) ZANAZZI S., "Violación de medidas contra epidemias (art. 205)", Código Penal Comentado de acceso libre, Asociación Pensamiento Penal, link web: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20200408_03.pdf.

(22) ABOSO, G. E., "Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado con jurisprudencia",

En contraposición, Basílico y Bello **(23)** sostienen que la existencia del peligro concreto no se encuentra supeditado a la posesión —o no— del virus por parte de quien incurre en la inobservancia de la cuarentena social, preventiva y obligatoria.

En efecto, el contexto indica que no son potencialmente peligrosos para la salud pública quienes posean efectivamente la enfermedad sino también aquellos que por incumplir las medidas puedan contraerla y, consecuentemente, difundirla en otros ámbitos de la sociedad.

En términos prácticos: el que quebranta la medida de cuarenta se expone a contraer la enfermedad y de expandirla a otros integrantes de la sociedad, cuya evitación persigue la norma, por lo que su conducta intrínsecamente trae aparejado un incremento de un riesgo jurídicamente desaprobado por el ordenamiento jurídico.

En este sentido, considero que para la consumación no es necesario que se verifique que el sujeto introdujo o propagó la enfermedad. El solo hecho de haber violado las medidas dictadas tendientes a evitar su propagación son suficientes para considerar consumado el hecho.

Para arribar a esa conclusión, estimo que corresponde ponderar el tipo de enfermedad que se intenta evitar propagar. Así, el COVID-19, además de ser un virus altamente contagioso, puede ser portado por sujetos que no presenten síntomas, que a su vez pueden contagiar a otros. Lo que se castiga es la potencialidad del contagio, no el hecho de contagiar.

Por otra parte, la experiencia en otros países nos ha mostrado que la letalidad de la enfermedad está estrictamente relacionada con la capacidad de los sistemas de salud para atender los casos que se presenten, por lo que un aumento en los contagios, ineludiblemente y ante la finitud de los recursos en materia sanitaria, trae aparejado un aumento en la tasa de mortalidad.

Ed. B de F, Buenos Aires, 2019, 5ª ed., p. 1229 (habla del "peligro concreto de contagio").

(23) BASÍLICO - BELLO, ob. cit.

II.3. Un delito doloso

Por otro lado, cabe señalar que se trata de un delito doloso. Es decir que quien comete el acto disvalioso debe conocer las disposiciones que lo restringen.

En este sentido, resulta necesario que "las medidas adoptadas por las autoridades competentes" tengan una amplia difusión para ser conocidas por la totalidad de la población.

Al respecto, considero que en esta situación en particular dicho requisito se ha cumplido ampliamente ya que, por un lado, la carga mediática que tuvo y tiene el COVID-19 y las medidas para impedir su propagación ha sido muy alta. Por otro lado, el PEN, a través de los canales oficiales y de diferentes vías, ha difundido, a mi juicio, con suficiencia todos los recaudos que debía tomar la población frente al riesgo de la enfermedad y ha comunicado las medidas adoptadas tendientes a evitar su propagación **(24)** —haciendo hincapié en su obligatoriedad—. En tal sentido, parece difícil que tenga acogida un planteo que aluda el desconocimiento de dichas medidas en carácter de excusa absolutoria.

II.4. Competencia

Se han suscitado controversias, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, respecto de cuál es el fuero de la justicia competente para intervenir en las causas originadas a partir de la infracción dispuesta en el art. 205.

(24) Art. 2° del DNU 260/2020: "Facúltese al Ministerio de Salud, como autoridad de aplicación, y en el marco de la emergencia declarada, a: [...] 2. Difundir en medios de comunicación masiva y a través de los espacios publicitarios gratuitos asignados a tal fin en los términos del artículo 76 de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual 26.522, las medidas sanitarias que se adopten; 3. Realizar campañas educativas y de difusión para brindar información a la comunidad [...].Art. 3: "Información a la población: El Ministerio de Salud dará información diaria sobre las "zonas afectadas" y la situación epidemiológica, respecto a la propagación, contención, y mitigación de esta enfermedad, debiendo guardar confidencialidad acerca de la identidad de las personas afectadas y dando cumplimiento a la normativa de resguardo de secreto profesional.

Por un lado, se encuentran quienes sostienen que la justicia provincial u ordinaria debe ser quien entienda en estos casos. En este sentido, el Fiscal Federal General de Mar del Plata, quien a su vez se encuentra a cargo interinamente de la Fiscalía Federal n° 2, encomendó a que las fuerzas de seguridad remitieran las denuncias por violaciones al ASPO a los juzgados con competencia penal de la provincia de Buenos Aires. Así, sostuvo **(25)**: "[E]ncontrándonos frente a una situación de cuarentena que provincializa y municipaliza las normas que integran el art. 205 del Cód. Penal corresponde comunicar a las fuerzas de seguridad que actúen durante el turno de la fiscalía federal a mi cargo que deberán dar intervención a la autoridad local correspondiente, a excepción de los casos que por razón del territorio o afectar un específico interés federal resultan competencia de la justicia de excepción".

En un sentido similar, el juez de Control en lo Penal Económico de la Provincia de Córdoba, compartiendo el criterio del titular de la Unidad Fiscal de Emergencia Sanitaria (UFES), resolvió que a la justicia provincial le corresponde intervenir en las causas iniciadas por infracciones al ASPO. El magistrado expresó que la competencia federal se caracteriza por ser de excepción, expresa y restrictiva, es decir, que las provincias deben administrar ordinariamente la justicia dentro de sus respectivos territorios y que la Nación lo hará en los casos de excepción que surgen de las facultades delegadas por las provincias al poder central y con las atribuciones limitadas a casos en determinadas materias, casos vinculados con determinados sujetos o por hechos realizados en determinados lugares **(26)**.

En este orden de ideas, sostuvo: "si bien existe un interés del Estado Nacional en la custodia de la salud pública, en la prevención del flagelo, como así también en la represión de los hechos delictivos relacionados al incumplimiento de las medidas preventivas, esto no convierte a la salud pública en un bien cuya tutela sea de incumbencia exclusiva de la Nación, sino más bien se trata de un interés compartido, concurrente con provincia y municipio".

En contraposición, la Procuraduría General de la Nación emitió un comunicado **(27)** el 13 de marzo en el que reconoció la naturaleza federal de esta infracción, basada en el DNU 260/2020 "y en el interés nacional que lo motivó [...]". Así, producto de tal reconocimiento, impartió la directiva específica a todos los Fiscales con competencia Criminal de la Nación para que procedieran a practicar, en el fuero de excepción, las respectivas investigaciones de hechos encuadrables en los arts. 202, 205 y 239 del Cód. Penal.

Comparto el criterio esgrimido por la PGN respecto de que es el fuero de excepción el competente para intervenir en las infracciones mencionadas. Ello no solo debido al interés general sino también teniendo en consideración que, por una parte, lo que se está violando son las disposiciones de una norma nacional que afecta, además de la salud pública, la seguridad nacional. En tal sentido, en el Cód. Proc. Penal de la Nación dispone que los jueces federales conocerán en [...] "Los (delitos) cometidos en el territorio de la Capital o en el de las provincias, en violación de las leyes nacionales, como son todos aquellos que ofendan la soberanía y seguridad de la Nación [...]. Sentado ello, no debe perderse de vista que el Título VII del código de fondo en el cual está contemplado el art. 205 se denomina "Delitos contra la seguridad pública".

Por otro lado, la CS en el precedente "Cintioni **(28)**", resuelto el 7 de junio de 2005, estableció que al tratarse de un hecho que en principio afecta o compromete la salud pública, es la justicia federal la encargada de su juzgamiento **(29)**.

(25) Fiscal Federal Daniel Adler. Https://www.fiscales.gob.ar/covid-19/.

(26) Vilchez, Eric C. s/ Violación de medidas sanitarias dispuestas por autoridad competente", Res. interlocutoria n° 60 del 12 de mayo de 2020.

(27) Res. 25/2020 del 22 de marzo y 27/2020 de la PGN del 26 de marzo.

(28) Fallos: 326:4906.

(29) Siguiendo lo dispuesto por el más alto tribunal de la Nación en el fallo "Rivero", resuelto el 11 de diciembre de 2003 (Competencia N° 1228. XXXIX. Rivero, Héctor Ignacio y otros s/ causa 195.505).

III. Análisis casuístico. Problemáticas y soluciones

Analizada la figura penal en cuestión, es hora de adentrarnos en la problemática, a mi juicio central, que tiene lugar en la práctica y que es la manera en que se resuelven la mayor parte de las causas judicializadas a través de los miles de denuncias a las que hemos hecho referencia. Denuncias por hechos que, en su mayoría, son leves y no revisten la envergadura suficiente que amerite transitar un proceso **(30)** que lo único que genera son perjuicios para la sociedad, traducidos en un dispendio jurisdiccional infructuoso.

Téngase en consideración que los hechos son recientes, por lo que la mayoría de estos expedientes se encuentran en un estado incipiente. Sin perjuicio de ello, se advierte una fuerte tendencia por parte de los juzgados federales de todo el país de procesar a las personas que *prima facie cometieron infracciones encuadradas en el* art. 205.

A mayor entendimiento de esta postura, plantearemos una situación hipotética que, con diversas variantes, ha sido un reflejo de las conductas que, con más frecuencia, han originado la gran cantidad de denuncias judicializadas.

Tal, es el caso del sujeto que, sin justificación válida, fue sorprendido por agentes preventores fuera de su domicilio, violando de esta manera el ASPO.

Sin perjuicio de la multiplicidad de variantes que se pueden suscitar en el proceso, describiremos el íter habitual, con los pasos procesales esenciales que tienen lugar en una causa que se encamina a ‹penalizar› este tipo de acciones.

Éste, es el proceso típico previsto en el Código Procesal Penal de la Nación vigente, en el que el fiscal toma conocimiento de la denuncia **(31)** e impulsa la acción penal a través del requerimiento de instrucción. Seguidamente, el juez de instrucción adopta las medidas de prueba elementales para dar sustento a la denuncia inicial y una vez efectuado ello (lo cual implica analizar si existen registros fílmicos, declaración de posibles testigos y de los agentes preventores) decide llamar al, a partir de allí, imputado a prestar declaración indagatoria por violar el ASPO —encuadrando provisoriamente el hecho en el art. 205—.

Con posterioridad, el magistrado de instrucción procesa al sujeto por ser autor del delito mencionado. La causa continúa su camino procesal, lo que implica que, en el tránsito, el auto de procesamiento puede ser apelado, y en caso de su confirmación, regresa a la instancia de origen en la que el fiscal solicita la elevación a juicio **(32)** (que también puede ser apelada) y el juez la dispone **(33)**.

Finalizadas las diligencias del art. 356 del CPPN, la causa se eleva a juicio, pasando a conocimiento del tribunal oral, en el cual —en caso de que llegue a debate— se efectuarán otros tantos pasos procesales.

Este brevísimo relato del proceso —con la omisión de varios pasos procesales, traslados, oficios, presentaciones y contingencias— muestra el largo camino que se está decidiendo adoptar para la mayor parte de estas causas **(34)**. La gran cantidad de expedientes iniciados por el art. 205, el quantum de la pena que establece, los limitados recursos de los tribunales orales, las pocas probabilidades de arribar a una condena y la existencia de otros expedientes de mayor gravedad y, por tanto, prioritarios, son razones suficientes para concluir que este no es el mejor camino.

(30) El proceso con miras hacia un juicio oral y público.

(31) Aclaremos que estamos hipotetizando con el conocimiento de que el devenir del proceso puede suscitarse de diversas maneras. Por ejemplo, que la denuncia no sea receptada por el fiscal sino directamente por el juez de instrucción (art. 180 del Cód. Proc. Penal de la Nación), entre otras variantes en las siguientes etapas del proceso relatadas.

(32) Art. 356 del Cód. Proc. Penal de la Nación.

(33) Art. 337 del Cód. Proc. Penal de la Nación.

(34) Vgr. Expte. N° FBB 809/2020/1/CA1 caratulado: "Legajo de apelación en autos: Chena, M. A. y Ojeda, M. A. s/ violación de medidas - propagación epidemia (art. 205), resistencia o desobediencia a funcionario público", resolución que confirma el procesamiento dispuesto por la instancia de grado del 9 de junio de 2020. Fuente: Centro de Información Judicial (CIJ); entre otros.

En tal sentido, téngase presente que la figura bajo estudio posee un máximo de pena de hasta dos años de prisión, por lo que una vez transcurrido ese plazo contando desde el último acto interruptivo, opera su prescripción **(35)**. Es decir que, en este contexto, resulta difícil imaginar que alguna de estas causas llegue a una etapa de resolución en un juicio oral y público.

Conectado a esto último, en un artículo muy interesante relativo a las alternativas a la pena de prisión, Zaffaroni **(36)** sostuvo: "[D]espués, se tienen otras alternativas: la prescripción, que es una forma de reducción del ámbito de la criminalización. Los países que tenemos juicio oral sabemos lo que se hace: llega a juicio oral la causa —claro está, sin preso (por supuesto no un homicidio o en una violación)—; se pone la causa en la pila y se van haciendo los juicios orales. Naturalmente, si el sujeto viene con otra causa, sacan la que está debajo de la pila y entonces se hacen dos juicios orales. Si no se quedan debajo y prescribe. Es una especie de libertad condicional de facto, sin supervisores penitenciarios".

Para transitar el infructuoso proceso relatado, con las consecuencias no deseadas que trae aparejado, propongo revisar las alternativas que existen en nuestro sistema procesal penal, que por cierto están siendo utilizadas por algunos proactivos operadores del sistema judicial.

Previo a adentrarnos en estas diversas herramientas cabe señalar que la decisión de resolver estos conflictos sin orientar los procesos a una pena privativa de la libertad obedece a una cuestión de política criminal **(37)** determinada que considero conveniente que se instaure en este tipo de causas.

IV. Las nuevas herramientas del Código Procesal Penal Federal

A partir del 10 de junio de 2019 la Comisión Bicameral de monitoreo e implementación del Código Procesal Penal Federal **(38)** dispuso la entrada en vigor del nuevo código adjetivo para las causas que se iniciasen en la jurisdicción de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta.

Ello se dio en el marco de la puesta en marcha progresiva del mencionado cuerpo legal en el país, tal como fuera establecido por el art. 2° de la ley 27.150.

El éxito que se avizoró en la mencionada jurisdicción respecto a la celeridad de los procesos también trajo como consecuencia varios planteos respecto a la desigualdad legal generada a nivel nacional, con fundamento en que el nuevo código permitía un mayor resguardo de las garantías constitucionales respecto de la protección los derechos de los justiciables en el marco del proceso penal.

Frente a ello, la mencionada comisión del congreso sancionó la res. 2/2019 a través de la cual avanzó con la implementación integral del código en nuevas jurisdicciones (Rosario y Mendoza) y, además, entraron en vigor varios artículos **(39)** en todos los tribunales con competencia en materia penal de todas las jurisdicciones federales del territorio nacional, a los fines de zanjar el desequilibrio generado.

En lo que aquí interesa entraron en vigor algunos institutos que considero que pueden ser una herramienta idónea y superadora para ha-

(35) Acorde el art. 62, inc. 2° del Cód. Penal.

(36) ZAFFARONI, R.E., "Qué hacer con la pena. Las alternativas a la prisión", SAIJ, 2007, Id: ACF070036.

(37) Aclaremos que me refiero a política criminal en el sentido otorgado por Binder, quien sostuvo que este término "se refiere al uso que hará ese Estado del poder penal, es decir, de la fuerza o coerción estatal en su expresión más radical. La política criminal es, en síntesis, el conjunto de decisiones, instrumentos y reglas que orientan el ejercicio de la violencia estatal (coerción penal) hacia determinados objetivos [...] la política criminal determina los conflictos en los que intervendrá el poder penal y regula la intensidad de ese poder penal (principio de selectividad), así como los instrumentos y el modo (reglas) como esos instrumentos se utilizarán [...] El poder penal es selectivo y la política criminal orienta esa selectividad [...]" (BINDER, A., "Política criminal. De la formulación a la praxis", Ad-Hoc, Bs. As., 1997, p. 42 y ss.).En esta línea, Zaffaroni expresó que "la política criminal, ya no podría ser definida como sería la política estatal de lucha contra el crimen, sino que pasaría a ser la ideología política que orienta el control social punitivo" (ZAFFARONI, E. R., "Criminología. Aproximación desde un margen", Temis, Santa Fe de Bogotá, 1998, p. 21).

(38) En adelante Cód. Proc. Penal de la Nación.

(39) Arts. 19, 21, 22, 31, 34, 54, 80, 81, 210, 221 y 222 del Cód. Proc. Penal de la Nación.

cer frente al gran acervo de causas que se iniciaron como consecuencia de las violaciones al ASPO.

Previo a adentrarnos en el estudio de dichos institutos considero oportuno señalar que, tal como lo expuso Daniel Erbetta **(40)**: "[...] [E]n el marco del paquete de leyes de implementación del nuevo Código Procesal Penal, se introduce una reforma al Código Penal (ley 27.147, promulgada el 17 de junio de 2015) y se modifican distintos dispositivos vinculados al ejercicio y extinción de la acción (...). En cualquier caso, como ha dicho Binder, el régimen de la acción proporciona una herramienta de política criminal por exclusión para la autolimitación en la persecución penal en razón del uso de mejores instrumentos y de una concepción restrictiva del uso de instrumentos violentos, tanto que última ratio y mínima intervención juegan como fundamentos de los criterios de oportunidad y es en ese sentido que lejos de una excepción que se explicita por la relación regla/ excepción tienen un sustento autónomo y representan un modelo de comprensión diverso sobre la tarea y las misiones de la justicia penal [...]*". Seguidamente analizaremos cada uno de estos.*

V. El principio de oportunidad

Uno de los institutos implementados es la disponibilidad de la acción aplicando el criterio de oportunidad, previsto en el art. 31 del Cód. Proc. Penal Federal.

Dicha normativa establece que los representantes del Ministerio Público Fiscal podrán prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal pública o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho en cuatro supuestos. El primero, se da si se tratara de un hecho que por su insignificancia no afectara gravemente el interés público. El segundo, si la intervención del imputado se estimara de menor relevancia, y pudiera corresponder pena de multa, inhabilitación o condena condicional. El tercero, si el imputado hubiera sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que tornara innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena. El último supuesto se da si la pena que pudiera imponerse por el hecho careciera de importancia en consideración a la sanción ya impuesta, o a la que deba esperarse por los restantes hechos investigados en el mismo u otro proceso, o a la que se impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero.

Ahora bien, ante ello cabe preguntarse ¿Es aplicable este instituto a los hechos encuadrables en el art 205? A primera vista, dicha pregunta no tiene una respuesta sencilla.

En primer lugar, hay que señalar que, de encuadrar en algún supuesto, sería en el primero, es decir "un hecho que por su insignificancia no afectara gravemente el interés público".

Luego, habrá que distinguir cada caso en particular. No es lo mismo una violación simple y de menor relevancia al ASPO, que un hecho en el cual se provocó, por ejemplo, una gran aglomeración de personas generando un peligro de mayor envergadura.

Aun así, frente al primer tipo de casos, habrá que preguntarse si existen violación al ASPO que puedan considerarse insignificantes y que no afecten de manera grave, sopesando la delicada situación epidemiológica que, aun hoy, seguimos atravesando.

Es una discusión que considero difícil de analizar en abstracto y que, dicho análisis, debe ser efectuado en cada caso concreto. Sin perjuicio de ello y en una mirada general, a mi juicio, existen hechos en este orden que resultan insignificantes para iniciar un proceso judicial y que la disponibilidad de la acción puede ser un buen mecanismo para evitar un dispendio jurisdiccional que afecte el sistema sin razón de ser.

En esta línea, se ha resuelto una causa **(41)** a partir del dictamen emitido por el titular de la Unidad Fiscal Federal de Jujuy que prescindió de la acción en un caso acontecido en la Ciudad

(40) ERBETTA, D., "La Reforma Penal (Ley 27.147) y Procesal Penal (Ley 27.063). El Régimen de la Acción y la Política de Persecución Penal", en Revista de Derecho Procesal Penal, "El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación", Nro. 2, Buenos Aires, Ed. Rubinzal Culzoni, 2015, ps. 64, 65 y 69.

(41) Véase en https://www.fiscales.gob.ar/acusatorio/jujuy-benefician-a-un-hogar-de-personas-mayores-con-una-reparacion-economica-por-violacion-del-aspo/.

de San Salvador en el que un sujeto que se encontraba conduciendo colisionó contra el guardarraíl "en el kilómetro 1.703 de la ruta 9, a la altura de San Pablo de Reyes", sin contar con el permiso de circulación y en franca violación al ASPO.

Del hecho no resultaron heridos y el infractor se ofreció a reparar el daño causado con su conducta, haciendo una entrega voluntaria con fines de asistencia social de insumos de limpieza con destino a un hogar de la tercera edad.

Como adelantamos el fiscal dispuso de la acción **(42)** y expresó: "[D]ebe tenerse presente que la conducta realizada por el nombrado se agotó con el comportamiento descripto, sin que se haya verificado propagación alguna de la pandemia. En ese contexto entonces, y luego de las corroboraciones practicadas, el hecho atribuido configura un suceso de menor gravedad con relación al bien jurídico protegido ya que no afectó finalmente de manera grave el mismo ni el interés público".

Agregó además: "[L]a pena de prisión que amenaza la conducta, en consecuencia, no aparece en principio como la respuesta más adecuada en atención al principio de última ratio del derecho penal".

En tal sentido, otras voces —específicamente de la doctrina— se han alzado y hecho hincapié en que el derecho penal no parece la mejor solución para resolver los hechos que son encuadrados en el art. 205, por considerar que son infracciones de orden administrativo y no penal.

Así, Rafecas **(43)** sostuvo: "A menudo la doctrina crítica la inclinación que tiene el legislador a procurar solucionar cuestiones administrativas con una herramienta tan sensible como la penal.

Práctica esta que ha llevado al ámbito penal a sus actuales desproporcionadas dimensiones, lejos de la idea de *ultima ratio con la cual se lo diseñó teóricamente. Los* arts. 205 y 206 son un claro ejemplo de ello, y forman parte de las numerosas disposiciones que conforman esta suerte de administrativización del derecho penal".

Dicho esto, nos adentraremos brevemente en el aspecto operativo del instituto previsto por el art. 31 del Cód. Proc. Penal Federal. Al respecto, cabe señalar que —según la reglamentación— en caso de que un fiscal de primera instancia considere oportuno disponer de la acción y no hubiere víctimas directas del hecho, la aplicación del criterio de oportunidad deberá ser evaluada necesariamente por el fiscal superior dentro de los tres días. En ambos casos, si la pretensión del fiscal no es ratificada por su superior se dispondrá la continuidad de la investigación. Pero, "si el fiscal superior confirma la aplicación del criterio de oportunidad o si no fue cuestionado por parte de la víctima, dadas las características del sistema procesal vigente, la causa deberá ser remitida al órgano jurisdiccional para que disponga lo que corresponda dentro de su ámbito de competencia **(44)**".

Cabe señalar que esta reglamentación le otorga la última palabra al juez interviniente "para que disponga lo que corresponda dentro de su ámbito de competencia" ya que se ha implementado el art. 31, pero no el 32 del Cód. Proc. Penal Federal.

A mayor entendimiento, el art. 32 **(45)** versa acerca de los efectos de la disponibilidad de la acción. En este sentido, salvo excepciones, esta decisión del representante del MPF acarrea la extinción de la acción penal. Pero ello no se ha implementado en la mayoría del país ya que se encuentra en vigencia el sistema mixto en el

(42) Recordemos que en la jurisdicción del caso que se está haciendo referencia se encuentra íntegramente en vigencia el Código Procesal Penal de la Nación.

(43) RAFECAS, Daniel E., comentario al artículo 143 inciso 4to. del Cód. Penal, "Delitos contra la Libertad", "Código Penal Comentado" de MIÑO, Luis F. — MARTÍNEZ, Stella Maris, Ed. Ad-Hoc, 2010, 2ª ed., p. 139.

(44) Cfr. la Res. PGN n° 97/19 a través de la cual el Procurador General de la Nación interino, Eduardo Casal, reglamentó dicho instituto.

(45) Artículo 32.- Efectos. La decisión que prescinda de la persecución penal pública por aplicación de criterios de oportunidad permitirá declarar extinguida la acción pública con relación a la persona en cuyo favor se decide, salvo que se proceda de acuerdo con lo establecido en el último párrafo del art. 219.

cual, más allá de lo que el fiscal dictamine, el juez tiene la decisión final en lo que respecta a la investigación y su desenlace.

Considero que cuando se implemente de manera integral el Código Procesal Penal Federal, que contempla un sistema acusatorio, el dictamen orientado a disponer de la acción por parte del fiscal será vinculante.

En suma, habiendo planteado las cuestiones fundamentales de esta herramienta que estimo válida para afrontar la situación planteada, concluyo citando lo expuesto en la res. PGN 97/2019 **(46)**, que establece que a través de la disponibilidad de la acción "se le podrá otorgar prioridad al tratamiento de aquellos casos que deberán ser resueltos indiscutiblemente por el sistema penal, gestionando la carga de trabajo de forma más efectiva, de modo de orientar mayores esfuerzos de investigación a los casos complejos, como una forma de consolidar una clara y direccionada política de persecución penal".

VI. La suspensión del juicio a prueba

Si bien este instituto, también denominado *probation,* no es novedoso ya que fue instaurado en 1994 **(47)**, resulta una de las herramientas más convenientes para abreviar el proceso y evitar consecuencias indeseadas en casos de escasa entidad punitiva.

Se encuentra legislado en los arts. 76 *bis, ter y quater del Código Penal y su cumplimiento es una de las causales de extinción de la pena acorde al art. 59*, inc. 7° del código de fondo. Resulta aplicable a quien cometió un delito de acción pública, conminado con una pena que no exceda de tres años de prisión **(48)**.

Según Marino **(49)** la suspensión del procedimiento a prueba es un instrumento procesal que permite detener el ejercicio de la acción penal a favor de un sujeto imputado por la comisión de un ilícito, quien se somete, durante un plazo, a una prueba en la cual deberá cumplir satisfactoriamente con ciertas y determinadas obligaciones legales e instrucciones que le imparta el tribunal para el caso concreto, a cuyo término se declara extinguida la acción penal, sin consecuencias jurídico-penales posteriores.

Tal como señala Vitale **(50)**, uno de los fines político-criminales que dan sustento a esta suspensión del juicio a prueba es evitar las consecuencias negativas que la intervención penal produce en el imputado.

En la discusión del proyecto de ley que tuvo lugar en la Cámara de Diputados de la Nación, a través del cual posteriormente se incorporó este instituto, se sostuvo **(51)** que estaba orientado a sentar las bases de una nueva política criminal "en tanto posibilitaba poner el énfasis en el juzgamiento de los delitos más graves que se producen en la sociedad y que tienen una gran importancia sobre la base de la situación de colapso por la que atraviesa el sistema penal, lo que principalmente implica una ‹descongestión› procesal importante, y que permite que los tribunales no se vean perturbados por el tratamiento de las causas más leves".

En la sesión parlamentaria de referencia se hizo hincapié en el efecto negativo que genera la aplicación de penas cortas, sobre todo en cuanto a la resocialización del condenado y por esto la ley 24.316 tiene la finalidad de evitar la estigmatización del individuo, ya que al aplicarse este instituto, suspendiéndose el juicio a prueba -siempre que no se cometa un nuevo delito, se reparen los daños y se cumplan las reglas de

(46) Cfr. Res. PGN 97/2019

(47) Incorporada al Código Penal por la Ley 24.316.

(48) Como excede el alcance de este trabajo, para ahondar acerca de los debates suscitados en torno a la interpretación del quantum de la pena enunciado recomiendo la lectura de los fallos "Kosuta" (Plenario n° 5 de la CNCP, "Kosuta, T. R. s/ Recurso de casación", del 17/08/1999), "Cura" (causa n° 914, "Cura, J. D. s/ robo en grado de tentativa", TOCrim n° 7, del 20/06/2000), "Acosta" (CSJN, Fallos: 331:858 del 23/04/08).

(49) MARINO, E., "Suspensión del procedimiento a prueba" en "El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico", Ed. Editores del Puerto, Bs. As., 1993, p. 29 y ss.

(50) VITALE, G., "Suspensión del proceso penal a prueba", Ed. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 57 y ss.

(51) Alocución del, entonces, Diputado Nacional Hernández, "Diario de sesiones", Cámara de Diputados de la Nación, 02/06/1993, p. 1320.

conducta impuestas- se extingue la acción penal, lo cual significa que el imputado no cargará con el estigma social que representa ser un condenado.

En ese sentido, en el mensaje del PEN que acompañó el proyecto enviado al congreso para su tratamiento **(52)** se sostuvo: "[E]s menester acudir a alternativas realistas que prescindan de la aplicación de las reacciones más gravosas, cuando estas pueden sustituirse por recursos que satisfagan igualmente las necesidades de la comunidad. Precisamente, junto con las penas y las medidas de seguridad, la condena condicional y los mecanismos que moderadamente se utilizan para limitar la aplicación de la pena, constituyen el pilar sobre el cual se apoya la política criminal. No se deja sin respuesta el delito, sino que se trata de evitar el mal de la aplicación de la pena o reducirlo lo más posible".

En suma, los beneficios de la aplicación de la *probation* en la gran cantidad de causas objeto de análisis resulta, a todas luces, conveniente.

Por un lado, el imputado se compromete a reparar el daño, que en estos casos al no existir un damnificado directo se puede comprometer a realizar alguna donación o un servicio social en favor de la comunidad. Por otra parte, se evita —en principio— que el sujeto vuelva a cometer algún delito ya que si lo hiciera en el tiempo de suspensión fijado por el juez **(53)**, no se extinguirá la acción penal por el primer hecho.

Asimismo, se evita el dispendio jurisdiccional y la estigmatización del individuo, ya mencionada **(54)**.

VII. La justicia restaurativa: la solución más adecuada

En el nuevo marco legal, dentro del abanico de posibilidades que se presentan frente a la gran cantidad de causas generadas a partir de la violación del artículo bajo análisis, hallamos a la extinción de la pena "por conciliación o reparación integral del perjuicio", a mi juicio, como la mejor opción.

Ello, implica la extinción de la pena a través de un acuerdo entre el representante legal del imputado **(55)** y el Ministerio Público Fiscal que, para tener validez, debe ser homologado por el juez competente. Mediante este acuerdo el imputado se compromete a reparar el daño ocasionado a la sociedad, ya sea económicamente o a través de servicios a la comunidad. Frecuentemente, en estos acuerdos se busca que, ya sea la reparación económica o la prestación de servicios, estén destinadas a un área o institución relacionada a la infracción cometida.

Para la homologación por parte del juez se requiere, en todos los casos, la anuencia del representante del Ministerio Público Fiscal, que es el encargado de velar por los intereses de la sociedad y del control de legalidad de los actos procesales.

A diferencia de la *probation,* una vez reparado el daño a través de la prestación del infractor, se declara extinguida la pena, sin tener que esperar el plazo de uno a tres años fijado por el juez en la suspensión del juicio a prueba.

Dicho esto, cabe señalar que los beneficios de arribar a este tipo de acuerdos son varios. Por un lado, se evita el dispendio jurisdiccional que ocasiona la tramitación de esta clase de delitos que, en la práctica y la mayoría de los casos, terminan prescribiendo o con el juicio suspendido a prueba.

Por otra parte, permite que tanto el órgano jurisdiccional como el ministerio público fiscal enfoquen y orienten sus recursos humanos y económicos en las causas que revisten una gravedad y trascendencia institucional más compleja.

Además, se evita dilatar un proceso estéril con finalidades retributivas **(56)** cuyo desenlace no

(52) Orden del Día N° 1174, Cámara de Diputados de la Nación, p. 6928.

(53) Que puede ser de uno a tres años.

(54) Para un abordaje integral acerca de las diferentes aristas de este instituto recomiendo la obra de Nardiello (Nardiello, "Técnica del procedimiento penal", Hammurabi, Buenos Aires, 2014, 1ª ed., p. 373 y ss.), entre otras.

(55) Lógicamente con su anuencia.

(56) Al respecto, Roxin al referirse a las finalidades retributivas de la pena sostuvo en 1992: "[L]a teoría de

es utilitario para la sociedad. En este sentido, cabe resaltar que estas afirmaciones están enmarcadas dentro de una perspectiva utilitarista, enfocada en la télesis de los procesos judiciales de este tipo.

Ello, en palabras sencillas, significa que los procesos judiciales deben tener en miras que su resultado sea útil y beneficioso para todos los miembros de la sociedad (incluyendo al imputado, procesado o condenado). En tal sentido, orientar el proceso en búsqueda de una pena retributiva en este tipo de infracciones, a mi juicio, no resulta un camino que traiga algún tipo de provecho.

Otra cuestión positiva respecto de la resolución del conflicto por esta vía es que la compensación que el imputado debe aportar puede ser destinada a algún fin benéfico relacionado con el tipo de delito que se le imputa, lo que hace que la recomposición que la acción disvaliosa generó sea más efectiva.

Un ejemplo en la práctica de la solución que aquí planteamos ha sido plasmado en la causa "Aybar"**(57)**, resuelta el 25 de junio de este año por el Juzgado Federal de Primera Instancia de Gualeguaychú.

En el caso una persona con domicilio en la República Oriental del Uruguay había ingresado con su vehículo al país para asistir al funeral de su madre, que había fallecido el día anterior. Al traspasar las fronteras fue notificado de que debía asilarse durante 14 días acorde lo previsto por el art. 7° del DNU 260/2020 del PEN.

Habiendo pasado solamente cinco días, Aybar fue aprehendido por Gendarmería Nacional intentando regresar a su domicilio en Montevideo, razón por la cual labraron un acta ante la posible infracción al art. 205 del Cód. Penal.

Ahora bien, en el fallo de referencia el magistrado relata que en el marco de la causa presentaron un escrito conjunto el fiscal federal interviniente y el defensor del nombrado en el que solicitaban que el juez homologare el acuerdo al que ambas partes habían arribado.

En dicho acuerdo, Aybar se comprometía a donar una suma de dinero ($50.000) en concepto de "reparación integral del perjuicio causado" a disposición del Hospital Centenario de la Ciudad de Gualeguaychú, Provincia de Entre Ríos. Asimismo, el cumplimiento del compromiso traía aparejada la extinción de la acción penal en contra del nombrado.

El referido acuerdo se sustentó normativamente en lo dispuesto por el art. 59, inc. 6° del CPPN **(58)**, el art. 22 del Cód. Proc. Penal Federal **(59)**, el art. 9°, inc. e) de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal 27.148 **(60)** y el art. 42,

la retribución hoy ya no es sostenible científicamente. Si la misión del derecho penal consiste en la protección subsidiaria de los bienes jurídicos, entonces, para el cumplimiento de esa tarea, no puede servirse de una pena que prescinda de toda finalidad social [...] También hablan en contra de la teoría de la retribución sus consecuencias sociopolíticas no deseadas. Una ejecución penal que parte del principio de la imposición de un daño no puede curar los daños en la socialización que frecuentemente son causa de la comisión de hecho punibles, y por ello, no resulta un instrumento adecuado para la lucha contra el delito (ROXIN, C., "Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad", traducción del original alemán "strafrecht. Allgemeiner Teil", Ed. C.H. Beck, Munich, 1992, § 3, T. I, pp. 26-47 contenido en Comp. MAIER J. B. J., "Determinación judicial de la pena", Ed. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 20 y ss.).

(57) Causa n° FPA 1581/2020 caratulada "Aybar, O. R. s/ Violación de medidas propagación de epidemia (Art. 205, Cód. Penal)", resuelta por el Juzgado Federal de Primera Instancia de Gualeguaychú el 25 de junio de 2020. https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Aybar%20(causa%20N%C2%B0%201581).pdf.

(58) Art. 59, inc. 6°: La acción penal se extinguirá: [...] "Por conciliación o reparación integral del perjuicio de conformidad con lo previsto en este Código y las leyes procesales correspondientes".

(59) Art. 22: Solución de conflictos. Los jueces y los representantes del Ministerio Público procurarán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho punible, dando preferencia a las soluciones que mejor se adecúen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social

(60) Art. 9 - Principios funcionales. El Ministerio Público Fiscal de la Nación ejercerá sus funciones de acuerdo con los siguientes principios: [...] Gestión de los conflictos: procurará la solución de los conflictos con la finalidad de restablecer la armonía entre sus protagonistas y la paz social.

inc. d) de la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa 27.149 **(61)**.

En el acuerdo las partes estimaron que era la mejor solución ya que:

1) No se trata de un delito complejo y la pena máxima es baja (dos años);

2) al haberse trasladado dentro de su vehículo, disminuyó el potencial riesgo de propagación del virus con otras personas;

3) la conclusión del conflicto penal favorece a todas las partes involucradas, ya que permite que los recursos económicos y humanos, tanto del Poder Judicial como del Ministerio Público Fiscal, se concentren en la investigación de causa penales graves;

4) el imputado se ve beneficiado por poner fin a la persecución penal;

5) se vería favorecida la sociedad en su conjunto ya que, al no existir en el presente una víctima determinada, y siendo el Ministerio Público Fiscal quien representa los intereses de la sociedad en la persecución penal, con la aceptación de la donación del imputado al Hospital zonal se permitirá la compra de suministros, medicamentos y demás elementos para hacer frente a la pandemia.

Quedan a la luz los beneficios que incorpora esta nueva herramienta prevista por el art. 22 del nuevo código de forma y el 59, inc. 6° del de fondo, en tanto es una manera innovadora de resolver el conflicto de una forma más eficiente, procurar el verdadero restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y un mecanismo para contribuir a la paz social.

En la resolución referida, en la que el magistrado interviniente homologó el acuerdo, expresó las siguientes consideraciones que estimo relevantes y van en la línea de lo hasta ahora expuesto:

"Claramente, el encuadre al caso de la figura penal de la reparación del perjuicio se corresponde con la entelequia de la justicia restaurativa, la cual tiene en miras que el encausado responda de forma directa con el daño causado.

Incluso juristas como Roxin —trayendo a colación las nociones de reparación y pena que oportunamente había expuesto Binding—, han explicado que la reparación implica un tipo de pena (cfr. ROXIN, Claus ‹La reparación en el sistema de los fines de la pena› en ‹De los delitos y de las víctimas›, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, año 1992, p. 135).

En este carril de ideas se ha dicho que la justicia restaurativa ‹reconoce que el delito... es pernicioso y no debe ocurrir, pero también admite que después de acontecido, existen tanto riesgos como oportunidades›; ‹permite enmendar las cosas tanto como sea posible e incluye la atención de las necesidades creadas por el acto delictuoso...›. En ese marco, el ‹infractor debe responsabilizarse de sus propias acciones y sus consecuencias. Se intenta imponer al ofensor el reconocimiento del verdadero impacto humano de su conducta y darle una oportunidad de tomar responsabilidad directa para enderezar las cosas" (cfr. HIGHTON — ÁLVAREZ — GREGORIO, ‹Resolución alternativa de disputas y sistema penal›, Ed. Ad hoc, pp. 83/4 y 85/6, Buenos Aires, 1998)".

En otro caso que estimo oportuno resaltar, la Cámara Federal de Mar del Plata —con voto de los vocales Tazza y Jiménez— confirmó la resolución de primera instancia en la que se había dispuesto el procesamiento de un sujeto que había violado en más de una oportunidad el ASPO por considerarlo autor penalmente responsable del delito previsto en el art. 205.

Sin perjuicio del temperamento adoptado, cabe destacar lo sostenido al finalizar la resolución. En tal sentido, sostuvieron que "sin perjuicio de todo lo expuesto, y aun cuando no pueda disponerse la suspensión del recurso y de la causa en razón de su estado procesal, comparte esta Alzada lo manifestado por el Ministerio Pú-

(61) Art. 42 - Deberes y atribuciones. Los Defensores Públicos Oficiales, en las instancias y fueros en los que actúan, tienen los siguientes deberes y atribuciones específicos, sin perjuicio de los demás propios de la naturaleza del cargo: [...] d) Intentar la conciliación y ofrecer medios alternativos a la resolución judicial de conflictos, con carácter previo a la promoción de un proceso en los casos, materias y fueros que corresponda. En su caso, presentan a los jueces los acuerdos alcanzados para su homologación.

blico Fiscal en su escrito de fecha [...], en cuanto a que podrían adoptarse en autos los recaudos necesarios tendientes a procurar una composición alternativa al proceso penal, tendientes a evitar dispendios jurisdiccionales innecesarios; motivo por el cual, esta Alzada considera que, devueltos que fueran los autos a instancia de grado, y previa continuación del normal devenir del proceso, el magistrado efectúe lo que estime corresponder a efectos de encontrar una solución alternativa al presente pleito (‹Abelenda, Mariano s/ Infracción Ley 22.362›, registrada bajo el nro. FMP 11367/2014, resuelta el 19/11/2015)".

Parece ser que el volumen de causas generado a partir de esta situación anómala puso de resalto los beneficios de este tipo de soluciones alternativas. En este sentido, la Fiscalía Federal n° 1 del Neuquén informó que desde el comienzo del ASPO se obtuvieron $ 1.500.000 en virtud de las entregas de dinero por parte de quienes infringieron el art. 205 del Cód. Penal. La mayor parte de esos bienes fueron destinados al Hospital Público de la Ciudad del Neuquén **(62)**.

Por su parte, en la jurisdicción de Salta —en donde, recordemos, se encuentra en vigencia de manera íntegra el Código Procesal Penal Federal— se arribó a un acuerdo según lo previsto por el art. 22 del Cód. Penal de forma y el 59, inc. 6° del de fondo a través del cual un grupo de pescadores se comprometió a efectuar donaciones cuyos beneficiaron fueron dos hospitales, un hogar de personas mayores y un centro de bomberos voluntarios, además de la realización de tareas comunitarias por el término de 48 horas durante tres meses —es decir 16 horas mensuales— consistentes en el arreglo de mobiliario y limpieza en dos instituciones educativas **(63)**.

En el dictamen que suscribió, el Fiscal Federal Ricardo Toranzos sostuvo que la solución de conflicto "se logra a través de la autorización de criterios para la disposición de la acción penal pública por parte del Ministerio Público Fiscal, tantas veces reclamados para brindar respuestas menos violentas y de mejor calidad [...]". Manifestó que "en el nuevo paradigma del sistema de enjuiciamiento penal, las soluciones alternativas tienen un rol destacado como herramientas para resolver el conflicto penal como concepto que aparece reemplazando la noción de ‹infracción penal o normativa›. Recalcó que "el hecho objeto de investigación no revistió circunstancias agravantes especiales que puedan significar una situación socialmente alarmante y como tal disuasiva de la admisibilidad de la conciliación".

La resolución del caso de referencia despeja la incógnita de si las personas que carecen de medios económicos para solventar alguna de las compensaciones a efectos de concretar la reparación pueden acceder a este tipo de acuerdos.

Sin perjuicio de que no está receptado en el código, la infracción puede ser reparada, aunque el infractor no posea medios económicos ya que lo contrario implicaría una discriminación que no es aceptable en nuestro sistema legal.

Esta solución, por todos los motivos expuestos, aparece como la más adecuada para resolver este tipo de conflictos penales. Esperamos que los ejemplos mencionados se repliquen y que este instituto comience a ser aplicado masivamente, para lo que debe existir una voluntad en este sentido y un rol proactivo por parte de los integrantes de los Ministerios Públicos Fiscales y los defensores.

VIII. Conclusiones

Como se ha podido apreciar en el trabajo son numerosos los casos que han sido judicializados y el sistema judicial tendrá que dar respuesta de alguna manera.

En primera medida, considero oportuno volver a aclarar que, más allá de las opciones que, a juicio de quien suscribe, aparecen como las más eficaces y eficientes para resolver estas causas, habrá que analizar cada caso concreto y sus respectivas particularidades.

Efectuada esta salvedad, han quedado de resalto los beneficios que las soluciones alterna-

(62) Véase en https://www.fiscales.gob.ar/fiscalias/neuquen-se-obtuvieron-mas-de-un-1-500-000-de-pesos-como-donaciones-por-incumplir-con-el-aislamiento/.

(63) Véase en https://www.fiscales.gob.ar/fiscalias/por-un-acuerdo-conciliatorio-seis-entidades-del-valle-de-lerma-seran-beneficiadas/.

tivas y con miras a una perspectiva restaurativa de la justicia pueden traer para la sociedad y para un mejor funcionamiento del sistema judicial.

Y cuando me refiero a la sociedad, quiero remarcar que incluyo expresamente al imputado o infractor.

Así, la posibilidad de gestionar de manera inteligente y con las herramientas a disposición este cúmulo de causas, procurando restaurar la grieta que se produjo entre los infractores y la sociedad, nos permite avanzar hacia una justicia práctica, real y eficiente.

Para ello, es necesaria una participación activa de los defensores y de los representantes del ministerio público fiscal, que comiencen a proponer la utilización masiva de los institutos orientados a resolver las controversias con miras a las finalidades señaladas.

Nota a Fallo

ESTUPEFACIENTES

Imputado que es adicto a las drogas. Pena.

Con nota de Matías A. Manfredi

> Acreditado que el acusado era adicto al consumo de drogas de abuso, financiando éste con las ganancias obtenidas de su reparto a terceros, presentando consumo moderado de cocaína y anfetaminas, y alto de cannabis, esto es constitutivo del delito contra la salud pública de tráfico de drogas respecto de sustancias que causan grave daño a la salud, y concurre la circunstancia atenuante de drogadicción, por lo que procede imponerle las pena de tres años y tres meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de cinco mil euros, con una responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago por insolvencia de treinta días.

Audiencia Provincial, Cáceres, 07/02/2020. - Sentencia 00045/2020[Cita on line: ES/JUR/3/2020]

Cáceres, febrero 7 de 2020.

Vista en juicio oral y público, ante la Sección Segunda de esta Ilma. Audiencia Provincial de Cáceres, la causa seguida ante el Juzgado de Instrucción n° 2 de Cáceres, por un delito sobre sustancias nocivas para la salud, contra el inculpado Eutimio provisto de DNI n° ... estando representado por la Procuradora Sra. Muñoz García y defendido por el Letrado, Sr. Jiménez Bustamante y siendo parte el Ministerio Fiscal.

Antecedentes de hechos

Primero.- Que por el Ministerio Fiscal se calificaron los hechos como constitutivos de un delito contra la salud pública por tráfico de drogas del art. 368.1 (sustancias que causan grave daño a la salud) del Código Penal. Es autor del delito de lesiones el acusado. No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Procede imponer al acusado la pena de 4 años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 8000€ con responsabilidad subsidiaria en caso de impago de 10 días de privación de libertad, además deberá decretarse el comiso de las cantidades y efectos intervenidos conforme lo dispuesto en el art. 374 del CP. Abono de costas.

Segundo.- Que evacuado el traslado conferido a la defensa del acusado para calificación, expresa su disconformidad con los hechos del M° Fiscal, manifestando que al no existir hechos delictivos no existe delito alguno, por lo que si no hay delito ni responsabilidad, no hay circunstancias modificativas, solicitando la libre absolución de su defendido.

Tercero.- Que previa a la celebración del Juicio Oral el día cinco de febrero de dos mil veinte se presenta escrito de conformidad por el Fiscal, conjuntamente con el acusado y su letrado en los siguientes términos: los hechos narrados son constitutivos de un delito contra la salud pública por tráfico de drogas del art. 368.1 (sustancias que causan grave daño a la salud) del Código Penal. Es autor del delito el acusado. Concurre la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante de grave adicción del art. 21.2 CP. Procede imponer al acusado la pena de 3 años y 3 meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 5000 euros con responsabilidad subsidiaria en caso de impago de 30 días de privación de libertad, además deberá decretarse el comiso de las cantidades y efectos intervenidos conforme a lo dispuesto en el art. 374 del CP. Abono de costas.

Cuarto.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales. Vistos y siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Presidente Don Valentín Pérez Aparicio.

Hechos probados

El acusado Eutimio, mayor de edad y con antecedentes no computables a efectos de reincidencia, viene dedicándose en la ciudad de Cáceres a la venta de sustancias estupefacientes, en concreto Speed, MDMA ("éxtasis"), cocaína y marihuana, para lo que acude a diversos establecimientos, o bien se desplaza a lugares convenidos con los compradores.

El día 21 de diciembre de 2018, aproximadamente a las siete horas, tras constatarse, en una vigilancia policial realizada tras comunicaciones anónimas, que se llevaba a cabo en el establecimiento "Rita" de la plaza de Albatros de Cáceres la venta y consumo de sustancias estupefacientes, se realizó un registro e identificaron al acusado al que ocuparon: Una bolsita transparente conteniendo una pastilla de éxtasis de color rosa; un bote de plástico conteniendo 1,35 gramos de marihuana, un cigarro porro de marihuana, una caja metálica conteniendo siete envoltorios conteniendo Speed con pesos de 0,18 gr., 1,45 gr., 1,12 gr., 1,21 gr., 1,36 gr., 0,35 gr., y 0,10 gr.; un teléfono móvil y 75 € fruto de dicha ilícita actividad.

Ese mismo día se practicó una diligencia de entrada y registro en el domicilio del acusado debidamente autorizada por auto de la misma fecha, ocupándose un total de 5,14 gr. de cocaína, 80,20 gr. de Speed, 71 gr. de marihuana, y 31 pastillas de éxtasis (MDMA),

además de 2 básculas de precisión, varios botes de distintos formatos conteniendo cafeína, varios blíster de pastillas de paracetamol, bolsas de plástico con recortes, agendas y libretas con anotaciones de nombres y cantidades, 50 € en metálico y, una pizarra con anotaciones que se fotografió.

Las sustancias intervenidas, están valoradas en 3572, 19 € el total de los 85,87 gr. de Speed, en 381,27 € los 71 gr. de marihuana, y, en 323,33 las 32 pastillas de éxtasis.

Una vez analizadas las sustancias intervenidas, arrojaron como resultado 5,14 grs. de cocaína con una pureza del 3,03%; 59,61 grs. de anfetamina con una riqueza media de 14,3 % los 58,41 grs. y 29,1 % los restantes 1,2 grs.; 54,33 grs. de cannabis con una riqueza del 3,69 % y, por último, 11,71 grs. de MDMA con una riqueza de 36,68%.

El acusado era adicto al consumo de drogas de abuso, financiando éste con las ganancias obtenidas de su reparto a terceros, presentando consumo moderado de cocaína y anfetaminas, y alto de cannabis.

Fundamentos jurídicos

Primero.- Antes de la práctica de la prueba en el juicio, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 787.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Ministerio Fiscal y la defensa presentaron escrito de calificación de conformidad, que se detalla en los antecedentes de esta resolución.

Entendiendo la Sala que a partir de la descripción de los hechos acordada por las partes la calificación aceptada era correcta y que la pena resultaba procedente según dicha calificación, se procedió a informar al acusado del contenido de la calificación, de su significado y de sus consecuencias, prestando su consentimiento.

Cumplidos los requisitos legales, esta sentencia se dicta de conformidad con lo manifestado por la defensa.

Segundo.- Los hechos declarados probados son constitutivos un delito contra la salud pública de tráfico de drogas respecto de sustancias que causan grave daño a la salud del artículo 368.1 del Código Penal.

Tercero.- De tal delito es responsable en concepto de autor el acusado.

Cuarto.- Concurre la circunstancia atenuante de drogadicción del artículo 21.2 del Código Penal.

Quinto.- Procede imponer al acusado las penas de tres años y tres meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de cinco mil euros, con una responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago por insolvencia de treinta días.

Sexto.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 374 del Código Penal, procede decretar el comiso de las sustancias estupefacientes, cantidades y efectos incautados, a todo lo cual se dará el destino reglamentariamente previsto.

Séptimo.- El art. 123 del Código Penal dispone que las costas procesales se entienden impuestas por la ley a los criminalmente responsables de todo delito. Siendo condenatoria la presente sentencia es procedente imponer al acusado al que se condena las costas de esta instancia, en el modo y forma en que se acuerda en la parte dispositiva de la presente resolución.

Vistos los preceptos citados, los artículos 1, 15, 27, 28, 33, 50, 58, 61, 66, 109 a 122, 123 y 124 del Código Penal y 141, 142, 203, 239, 240, 741, 742 y 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, demás de general y pertinente aplicación, en nombre del Rey y por la Autoridad que nos confiere el Pueblo Español

Fallamos:

Debemos Condenar y condenamos al acusado Eutimio, como autor responsable de un delito contra la Salud Pública ya definido, concurriendo la circunstancia atenuante de Drogadicción, a las penas de Tres años y tres meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y Multa de cinco mil euros (5.000 €), con una responsabilidad personal subsidiaria de treinta días. Se decreta el Comiso de las sustancias estupefacientes, cantidades y efectos incautados, a todo lo cual se dará el destino legalmente establecido. Las costas procesales de esta causa se imponen al acusado. Recábese debidamente cumplimentada del Juzgado de Instrucción la pieza de responsabilidad civil del condenado. Conforme a lo dispuesto en el apartado sexto de la Instrucción 1/2011 del CGPJ, practíquense las notificaciones que puedan realizarse a través del sistema de gestión de notificaciones telemáticas Lexnet, e imprímanse las copias necesarias para el resto de las partes cuyos datos se encuentren debidamente registrados en el sistema de gestión procesal, a las que se unirán las cédulas de notificación que genere automáticamente el sistema informático, y remítanse al Servicio Común que corresponda para su notificación. Devuélvanse los autos al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento con certificación literal de esta resolución para la práctica del resto de las notificaciones legalmente previstas, seguimiento de todas las realizadas, cumplimiento y ejecución de lo acordado. Se informa de que esta sentencia es recurrible únicamente por el motivo de no haberse respetado los requisitos o térmi-

nos de la conformidad prestada; en otro caso, contra esta sentencia no cabe ulterior recurso, sin perjuicio de la posibilidad de solicitar Aclaración respecto de algún concepto que se considere oscuro o para rectificar cualquier error material del que pudiera adolecer, solicitud a formular para ante este Tribunal, dentro de los dos días siguientes al de notificación de la presente resolución (art. 267.1 y 2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial); o para corregir errores materiales manifiestos o aritméticos, en este caso sin sujeción a plazo alguno (art. 267.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial). Si se hubieran omitido en esta resolución manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en esta instancia podrá igualmente solicitarse en el plazo de cinco días que se complete la resolución en la forma expuesta en el artículo 267.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; todo ello referido a la parte dispositiva de la resolución. Así mismo, podrá instar la parte, si a su derecho conviniere y hubiere motivo para ello, que se declare la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de esta sentencia, conforme a lo dispuesto en el art. 241 de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial, según modificación operada por Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, derecho a ejercitar en el plazo de veinte días contados desde la notificación de la resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de la indefensión, sin que, en este último caso, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la resolución. Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Publicación.- Dada, leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando el Tribunal celebrando audiencia pública y ordinaria en el siguiente día de su fecha. Certifico. *— Jesús M. Gómez Flores. — Julia Domínguez Domínguez.*

Consumo de drogas y Código Penal español

Matías A. Manfredi (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Acuerdo.— III. Análisis.— IV. Conclusión.— V. Bibliografía.

I. Introducción

El presente fallo en comentario se trata de una sentencia de la Sala de Segunda Sección de la Audiencia Provincial de Cáceres, Reino de España, en la cual el Ministerio Fiscal acusó a una persona por hechos constitutivos de un delito contra la salud pública por tráfico de drogas previsto en el art. 368.1 (sustancias que causan grave daño a la salud) del Código Penal español **(1)**. Asimismo, se le imputó al acusado la autoría del delito de lesiones. Para ello, se solicitó imponer a este la pena de 4 años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena

(*) Abogado por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Especialista en Crimen Organizado, Corrupción y Terrorismo por la Universidad de Salamanca, Reino de España. Docente en la Facultad de Derecho — UBA—. Secretario del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nro. 2.

(1) Ver art. 368, primera parte del Cód. Penal español por cuanto tipifica: "Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos" (cfr. https://www.boe.es/ buscar/ act.php?id=BOE-A-1995-25444).

y multa de 8000 con responsabilidad subsidiaria en caso de impago de 10 días de privación de libertad, proponiéndose el comiso de las cantidades y efectos intervenidos conforme lo dispuesto en el art. 374 del Cód. Penal español **(2)**, más el abono de costas.

II. Acuerdo

Seguido a ello, y conforme lo permite la normativa procesal española, una vez efectuada la acusación, y previo a la celebración del Juicio Oral, se presentó un escrito de conformidad por el Fiscal **(3)**, juntamente con el acusado y su letrado defensor, acordándose que los hechos narrados eran constitutivos de un delito contra la salud pública por tráfico de drogas del art. 368.1 (sustancias que causan grave daño a la salud) del Cód. Penal —español—, que el acusado era autor de tal delito, y que concurría en el hecho la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante por grave adicción del art. 21.2, Cód. Penal español **(4)**, por lo cual procedía imponer al acusado una pena menor de 3 años y 3 meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 5000 euros con responsabilidad subsidiaria en caso de impago de 30 días de privación de libertad, con el comiso de las cantidades y efectos intervenidos conforme a lo dispuesto en el art. 374 del Cód. Penal, sumado al abono de las costas.

III. Análisis

El presente fallo en comentario, toca tres cuestiones interesantes, la primera de corte procesal, esto es la homologación de un acuerdo entre las partes litigantes (Ministerio Público y la Defensa del acusado), cuyo régimen estaría emparentado con el juicio abreviado de nuestro ordenamiento procesal federal vigente **(5)**, mientras que la segunda y la tercera, se relacionan, por un lado, a la atenuación de la pena legislada para delitos de comercialización de sustancias estupefacientes o similares, cuando estos no sean de entidad suficientemente grave (tal, p. ej., el denominado narco menudeo o de baja escala), es decir, que operaría una reducción por el hecho, y por otro, el referido a la circunstancia de atenuación por adicción a los estupefacientes, esto es, por las circunstancias personales del autor.

Como se puede apreciar, si bien, esta modalidad de tráfico de estupefacientes, sería en principio, y a la hora de mesurar la pena, menos grave que el comercio a gran escala o el efectuado por organización criminal —así lo distingue en el Cód. Penal español en sus arts. 369 a 370 y ss.—, se destaca que la reducción de pena se hace con base en el art. 21, inc. 2º de la parte general de dicho Código, es decir, por la dependencia a estupefacientes del autor, y no con motivo de la segunda parte del art. 368 por el que se le condena, que expresa "... los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable...."

En este caso, el método del Cód. Penal español de reducción de penas para este tipo de

(2) Art. 374 del Cód. Penal español dice al respecto: "En los delitos previstos en el párrafo segundo del apart. 1º del art. 301 y en los arts. 368 a 372, además, de las penas que corresponda imponer por el delito cometido, serán objeto de decomiso las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el art. 371, así como los bienes, medios, instrumentos y ganancias con sujeción a lo dispuesto en los arts. 127 a 128 y a las siguientes normas especiales...".

(3) Ver en este sentido el art. 781.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española que prevé: "Antes de iniciarse la práctica de la prueba, la defensa, con la conformidad del acusado presente, podrá pedir al Juez o Tribunal que proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, o con el que se presentará en ese acto, que no podrá referirse a hecho distinto, ni contener calificación más grave que la del escrito de acusación anterior. Si la pena, no excediere de seis años de prisión, el Juez o Tribunal dictará sentencia de conformidad, con la manifestada por la defensa, ¿si concurren los requisitos establecidos en los apartados siguientes" (cfr. https://www.boe.es/ buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036).

(4) El art. 21.2 del Cód. Penal español prevé: "Son circunstancias atenuantes: ... 2.ª La de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el nro. 2º del artículo anterior".

(5) Ver los arts. 431 bis del CPPN según ley 23.984 y art. 323 del CPPF según ley 27.063.

procesos brinda a los operadores judiciales variadas herramientas normativas, que incluyen perforar el piso de la pena que corresponde al delito de comercio de estupefacientes, cuestión que nuestra legislación no permite la ley 23.737 **(6)** donde la escala penal es la misma para ambas modalidades de comercio **(7)**. Por otra parte, en el orden nacional argentino, la mesura de la pena se deja librada al razonamiento judicial a través de los arts. 40 y 41 de la parte general de nuestro Código Penal **(8)**, es decir que la mesura e intensidad con que se debe penar al autor de un delito, teniendo en cuenta las circunstancias personales de este, y la intensidad del daño provocado, dependerá del arbitrio del juez o jueces en caso de tribunales colegiados. Sin perjuicio de ello, y continuando en el ámbito nacional, ninguna norma prevé perforar los límites legales en caso de comercio de estupefacientes. Las escalas penales solo se reducen en virtud de algunas excepciones legales **(9)**, que no se relacionan en sí con las circunstancias personales del autor o la menor gravedad de un hecho de tráfico, como lo podría ser el narcomenudeo con relación al tráfico a gran escala.

En el caso en concreto, y de lo que allí surge, el autor del delito poseía en su poder material estupefaciente, que por sus características se trataban de sustancias peligrosas para la salud de las personas, solo que la modalidad tipificada en el art. 368, primera parte del Código de Fondo español permite reducir legalmente la pena por la dependencia a estupefacientes del autor, hecho que alude principalmente a la necesidad de sustento para su consumo. Asimismo, permite esta tipificación también, en caso de que el hecho no sea de entidad particularmente grave, por lo que de esta manera se podría reducir la pena por debajo del mínimo, circunstancia que brinda un equilibrio a la hora de aplicar una sanción penal **(10)**.

IV. Conclusión

Este fallo, refleja cierta flexibilidad normativa prevista en el Código Penal español a la hora de aplicar sanciones por hechos que en expectativa y de acuerdo con la escala penal son especialmente graves, pero que, sin perjuicio de ello, a medida que se avanza y se lo contrasta a ciertas realidades, esa gravedad —siempre teniendo en cuenta el hecho y la circunstancias que lo rodean—, va diluyéndose y ajustándose a criterios más pragmáticos, dando paso a una más cercana realidad que tiene como eje, el ser humano y sus circunstancias.

V. Bibliografía

V.1. Web consultadas

https://www.boe.es/ buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444 (Código Penal Español).

(6) En contra y en un interesante análisis, sin perjuicio de no compartirlo por no ser facultad del Poder Judicial arrogarse la modificación de la escala penal de una norma por ser atribución propia del Congreso de la Nación, el TSJ Córdoba, declaró la inconstitucionalidad de la escala penal prevista en el art. 5º, inc. C de la ley 23.737 en función del art. 34, inc. 1º para la pena prevista en la misma ley, estableciéndola en tres a diez años de reclusión o prisión, ver TSJ Córdoba, Sala Penal, in re "Loyola, Sergio A. s/ comercialización de estupefacientes, etc. —recurso de inconstitucionalidad—", res. 470, t. 13, Fº 3751-3784, rta. el 27/10/2016.

(7) Ver art. 5º, inc. C de la ley 23.737 cuya escala penal para los delitos tráfico en la modalidad de comercialización de sustancias estupefacientes va de los 4 a los 15 años.

(8) Para ampliar el tema, específicamente ver DIAS, Horacio, "Código Penal de la Nación Argentina Comentado. Parte General", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, ps. 325-44.

(9) Estas excepciones se encontrarían legisladas para los casos de delación premiada, tanto en el art. 41 ter del Cód. Penal según ley 27.304 como en el art. 29 bis, último párrafo de la ley 23.737, entre otros.

(10) En nuestro ordenamiento jurídico, desde el punto de vista legal, no hay posibilidad de perforar los mínimos de las escalas penales de los delitos, aunque ello favorezca al imputado, salvo en los supuestos especialmente legislados para la reducción de pena (tentativa, delación premiada, etc.), aunque haya algunas voces a favor de que ello pueda realizarse, por caso en el delito de comercio de estupefacientes, esta cuestión entiendo sería una invasión a la función legislativa que debería preverlo taxativamente.

https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036 (Ley de Enjuiciamiento Criminal Española).

http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/ 0-4999/138/texact.htm (ley 23.737).

http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/383/texact.htm (Código Procesal Penal de la Nación según ley 23.984).

http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm (Código Procesal Penal de la Nación).

PROCESAL PENAL

Doctrina

¿Qué tiene de perpetua la pena de prisión perpetua? Una reconstrucción legislativa

Carlos H. González Bellene (*)

Sumario: I. Introducción.— II. La regulación de la prisión perpetua vigente en Argentina.— III. Un poco de historia. Los principales "momentos legislativos" de la prisión perpetua en Argentina.— IV. Conclusiones.— V. Bibliografía.

I. Introducción (1)

La prisión perpetua es quizás uno de los institutos de nuestro derecho penal más reformados y menos conocidos. Ello responde, principalmente, a que las sucesivas enmiendas legislativas al Código Penal y a la Ley de Ejecución de la pena privativa de la libertad han modificado aspectos que resultan esenciales para comprender su configuración. Esta breve contribución se propone echar luz sobre las reformas de que ha sido objeto y clarificar las consecuencias que —en la práctica— tiene la imposición de una pena de prisión perpetua.

El debate público en la provincia de Mendoza sobre la constitucionalidad de la prisión perpetua en octubre del año 2020 puso de resalto la necesidad de esclarecer de qué hablamos cuando aludimos a "prisión perpetua"**(2)**. Las numerosas reformas al Código Penal de la Nación Argentina han resultado en una legislación intrincada, de difícil comprensión incluso para los profesionales del derecho, que requiere un detallado análisis y deriva en diferentes regulaciones jurídicas simultáneamente aplicables.

Este artículo no pretende indagar en la búsqueda de un elemento esencial o constitutivo de la prisión perpetua, ni identificar sus puntos cuestionables **(3)** sino determinar cuánto de *nominal* y cuánto de *ontológico* tiene la prisión perpetua. Por eso, el propósito aquí —desde una perspectiva predominantemente descriptiva— es reconstruir de qué hablamos cuando nos referimos a prisión perpetua, lo cual no es una tarea sencilla por al menos tres motivos.

(*) Abogado (UNCuyo). Magíster en Global Rule of Law & Constitutional Democracy (Universidades de Génova y Girona). Maestrando en Derecho Penal y Ciencias Penales (UNCuyo). Exbecario del DAAD. Becario del Istituto Tarello per la Filosofía del Diritto. Profesor adscripto de las cátedras de Derecho Penal, parte general y Filosofía del Derecho (UNCuyo).

(1) Agradezco a Milagros Noli, Juan Zelaya, Virginia Rodríguez y Emanuel González por sus enriquecedores y exhaustivos comentarios a una versión previa de este trabajo.

(2) A raíz de diferentes planteos de inconstitucionalidad de la prisión perpetua formulados por defensores en tres casos de condenas por homicidios agravados, la Suprema Corte de Mendoza dispuso emitir un pronunciamiento plenario sobre el punto, posibilidad que se encuentra contenida en la Constitución de la provincia de Mendoza y ha sido reglamentada por la ley 4969. En ese marco, se convocó a una audiencia pública —que tuvo lugar los días 22 y 23 de octubre de 2020— con el objeto de abrir al diálogo democrático la decisión. Tanto en la discusión periodística previa como durante las audiencias públicas hubo voces del ámbito jurídico que causaron algún equívoco al afirmar —incondicionadamente— que quienes fueran condenados a prisión perpetua podrían acceder a la libertad condicional una vez cumplidos 35 años de condena, v. https://www.mendozapost.com/nota/164041-la-prision-perpetua-es-constitucional/.

(3) Un análisis de diferentes cuestionamientos a la prisión perpetua puede verse en GONZÁLEZ BELLENE, Carlos H., "Tensiones y contradicciones entre la prisión perpetua y el Estado de derecho", Revista de Derecho Penal y Criminología, LA LEY, año IX, n° 8, septiembre 2019, pp. 187-198.

En primer lugar, porque los sentidos jurídico y coloquial o común de "perpetuo" no se identifican. Si bien en el lenguaje común la idea de pena de prisión perpetua remite a una sanción privativa de libertad "sin límite de tiempo", jurídicamente no es inherente a ella la restricción absoluta de la posibilidad de recuperar la libertad. El derecho comparado ofrece una variedad de ejemplos de penas de prisión a las que se llama "perpetuas", pero que materialmente no duran lo mismo que "lo que resta de vida luego de la condena", pues prevén diferentes mecanismos para determinar un momento —anterior a la muerte de la persona condenada— para su finalización **(4)**.

Las otras dos razones se vinculan a las reformas legislativas introducidas tanto en el Código Penal como en las regulaciones sobre la ejecución de las penas privativas de libertad, que conducen a que no toda condena a prisión perpetua tenga los mismos efectos. Así, existen supuestos de condenas a prisión perpetua que admiten la posibilidad de libertad condicional y otros que no, y lo mismo ocurre con las salidas previstas en los regímenes de ejecución penal, lo cual tiene dos consecuencias que complejizan el análisis.

Una de ellas se vincula a los regímenes jurídicos sucesivos. En virtud del principio de irretroactividad de la ley penal —cuya única excepción es la ley penal más benigna, conf. art. 2° del Cód. Penal—, a quienes se condena bajo una ley no se les puede aplicar las reformas posteriores que agravan la pena o sus consecuencias. La otra se asocia a la variedad de secuelas de la prisión perpetua según el delito cometido. Aún dentro del ordenamiento actualmente vigente, existen diferencias en la prisión perpetua que se aplica a distintos delitos, de forma tal que no es posible realizar una única reconstrucción de la pena de prisión perpetua que sea general y aplicable a todos los casos.

(4) Algunos ejemplos de ello son Chile, donde se permite el acceso a la libertad condicional a las personas condenadas a prisión perpetua una vez cumplidos cuarenta años de pena (art. 32 bis Código Penal chileno); Alemania, que lo posibilita una vez cumplidos quince años de prisión (sección 57a, Strafgesetzbuch); o Francia, donde ocurre a partir de los quince años (art. 132.23 Código Penal francés).

Para explicar todo esto es conveniente realizar un breve repaso en clave cronológica de la legislación relativa a la prisión perpetua, lo que necesariamente incluye el estudio de aquellos institutos jurídicos aledaños que contribuyen a delimitar sus implicaciones y configuración. La exposición será dividida en dos partes. En un primer apartado se describirá la actual regulación de la prisión perpetua en Argentina (II), para lo cual se identificarán los delitos conminados con esta pena (II.a) y los institutos jurídicos que contribuyen a delimitar las implicaciones que acarrea su imposición (II.b). Con ese punto de partida, en un segundo apartado se repasarán tres "momentos legislativos" que permiten comprender el recorrido que derivó en la actual regulación. La primera etapa incluye el Código Penal sancionado en el año 1921 y la Ley de Ejecución de la pena privativa de la libertad del año 1996 (III.a). En el segundo momento se examinará el impacto de las denominadas "leyes Blumberg" en la legislación de la prisión perpetua (III.b) y, en una tercera etapa, se explicará cómo se conformó el sistema actualmente vigente (III.c). Con algo de arbitrariedad, se introduce un brevísimo excurso sobre la legislación de ejecución penal de la provincia del autor (III.d) para, finalmente, ofrecer una recapitulación a modo de conclusión (IV).

II. La regulación de la prisión perpetua vigente en Argentina

II.1. Delitos conminados con prisión perpetua

En nuestro sistema jurídico existen delitos conminados con pena de prisión perpetua en dos cuerpos normativos: el Código Penal y la ley 26.200.

En el Código Penal la prisión perpetua está prevista como *pena única* para los homicidios agravados tipificados en el art. 80; los casos de abuso sexual previstos en los arts. 119 y 120, siempre que resultare la muerte de la víctima (art. 124); la privación ilegal de la libertad coactiva, cuando se causare intencionalmente la muerte a la víctima (art. 142 *bis*, anteúltimo párrafo); la desaparición forzada de personas cuando resultare la muerte o la víctima sea una persona embarazada, menor de 18 años, mayor de 70 o con discapacidad, o cuando naciera una persona durante la desaparición forzada

de su madre (art. 142 *ter* penúltimo párrafo); la imposición de torturas cuando de ella resulte la muerte de la víctima (art. 144 *ter, inc. 2°*); el secuestro extorsivo, cuando se causare intencionalmente la muerte de la víctima (art. 170); y los casos de traición agravada (art. 215).

Sólo un delito del Código Penal prevé la prisión perpetua *de manera alternativa a una pena con escala*: el delito de traición no agravada, tipo que se encuentra conminado con 10 a 25 años de prisión o prisión perpetua de modo alternativo (art. 214 del Cód. Penal).

Fuera del Código Penal la prisión perpetua se encuentra prevista —como *pena única*— en la ley 26.200. Esta ley, denominada "Ley de Implementación del Estatuto de Roma", incorporó a nuestro derecho nacional los delitos tipificados por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (art. 2°, ley 26.200). Sin embargo, las escalas penales en la ley 26.200 y el Estatuto no son iguales.

El Estatuto de Roma tipifica los crímenes de genocidio, lesa humanidad, agresión y los crímenes de guerra, a los que conmina con la pena de reclusión sin mínimo temporal y con máximo de 30 años. Sólo excepcionalmente, "cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado", estos delitos pueden dar lugar a la pena de reclusión perpetua (arts. 5° y 77, inc. 1°, Estatuto de Roma).

En la ley 26.200 la pena aplicable es de 5 a 25 años de prisión para el delito de genocidio y de 3 a 25 para los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra (arts. 8°, 9° y 10). En todos esos delitos "[s]i ocurre la muerte, la pena será de prisión perpetua" (arts. 8°, 9° y 10 *in fine*), de modo que esos tipos penales agravados tienen a la prisión perpetua como *pena única*.

Pese a que se advierte una incoherencia —tanto en el plano de racionalidad legislativa como en el político-criminal— entre los órdenes nacional e internacional en punto a la magnitud de las penas, esta diversa regulación no puede ser entendida como una reserva de orden nacional frente al tratado por dos motivos. En primer lugar, porque en la materia rige el principio *aut dedere aut judicare,* de modo que el Estatuto de Roma es carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales **(5)**. Esto significa que al suscribirlo Argentina asume la obligación de juzgar o extraditar **(6)**. En segundo lugar, puesto que el Estatuto excluye expresamente la posibilidad de efectuar reservas **(7)** en su art.

(5) La intervención de la Corte Penal Internacional debe ser instada por el Fiscal previsto en el Estatuto de Roma, quien puede actuar de oficio o por solicitud del Consejo de Seguridad de la ONU o de un Estado Parte (conf. art. 13, Estatuto de Roma). La ley 26.200 establece un sistema autónomo de competencia local, ejercida por los Tribunales Federales con competencia en lo penal (art. 5, Ley 26.200). En este orden, dispone que las conductas previstas en los artículos 6º, 7º, 8º y 70 del Estatuto de Roma, así como "todos aquellos delitos y crímenes que en lo sucesivo sean de competencia de la Corte Penal Internacional" son punibles para la República Argentina en la forma que lo prevé esa ley (art. 2, Ley 26.200), siempre que se cometan o produzcan sus efectos en Argentina o lugares sometidos a su jurisdicción (art. 3, inc. a), o se cometan en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo (inc. b), o por nacionales argentinos o personas domiciliadas en Argentina, siempre que el imputado no haya sido absuelto o condenado en el extranjero o, en este último caso, no haya cumplido la pena (inc. c). La aparente superposición de competencias se explica por el principio *aut dedere aut judicare* adoptado tanto por la Ley 26.200 (art. 4) como en el Estatuto de Roma (art. 18).

(6) La obligación de extraditar o juzgar es una cláusula procesal en virtud de la cual el Estado que halla en su territorio a un presunto criminal, tiene la obligación de elegir entre una de las siguientes opciones: o lo extradita a un Estado que, habiéndolo reclamado, tenga jurisdicción para conocer del delito de que se trate o abre un procedimiento para que sus tribunales investiguen y enjuicien directamente los hechos. Se trata de una cláusula presente en la costumbre internacional que puede remontarse a Grocio, quien en De *iure belli ac pacis* presentó una primera versión como aut dedere aut punire: "Mas, no soliendo permitir las ciudades que otra ciudad armada penetre en su territorio a título de exigir una pena, ni convenga esto, síguese que la ciudad en la cual mora el que es convicto de culpa debe hacer una de las dos cosas, o castigar, requerida ella, al delincuente, según su mérito, o permitir que se le castigue al arbitrio del interpelante; esto último es entregar, lo cual frecuentísimamente ocurre en las historias" (SOSA NAVARRO, Marta, "Aut dedere aut judicare", Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad, 2015, N°8, pp. 171-182).

(7) Una reserva en Derecho internacional es "[...] una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de

120 **(8)**. Sin embargo, en tanto la cuestión relativa a las penas del Estatuto no es esencial para comprender la configuración actual de la prisión perpetua en Argentina, no se profundizará aquí sobre este punto.

II.2. Implicaciones de la imposición de una pena a prisión perpetua

Establecido el abanico de supuestos que prevén la pena de prisión perpetua en nuestro sistema jurídico corresponde hacernos la siguiente pregunta: ¿cuántos años de prisión efectivamente debe cumplir una persona condenada a prisión perpetua? Ninguna de las normas hasta ahora aludidas aclara este punto.

Hay quienes consideran que el máximo de pena de prisión que establece el art. 55 del Cod. Penal para los casos de concurso real de delitos —esto es, 50 años— es el máximo de la *especie* de pena de prisión, y que por ello las penas de prisión perpetua pueden extenderse hasta por 50 años, pero no más **(9)**. Sin embargo, no hay en el texto actual de esa norma ningún elemento que contribuya a trasladar el límite —previsto para supuestos de hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena— a delitos que consisten en un solo hecho conminado con una pena indivisible **(10)**. De manera tal que el art. 55 del Código Penal no es útil a los efectos de determinar la duración efectiva de la pena de prisión perpetua, que no está asociada al límite máximo de pena del concurso real de delitos.

Tampoco los institutos del indulto, la conmutación de penas o la amnistía previstos por la Constitución Nacional **(11)** resultan idóneos

ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado" (art. 2.d, Convención de Viena sobre el derecho de los tratados) y, en este sentido, la naturaleza jurídica de la reserva es "[...] la de un acto unilateral sobre la base de su carácter revocable (Art. 22 sobre revocación de las reservas). Lo medular de una reserva es su carácter de condición. El estado está dispuesto a obligarse por el tratado a condición del respeto de sus exigencias, esto es, la no aplicación de determinadas normas del tratado o la alteración de sus efectos" (conf. BENAVÍDES CASALS, María Angélica, "Reservas en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", Revista Iuris et Praxis, año XIII, n° 1, pp. 167-204). Las previsiones de la ley 26.200 sobre la prisión perpetua como pena única para los delitos del Estatuto de Roma cuando causaren muertes no pueden ser entendidas como reservas. De hecho, una reserva prohibida por el tratado —como en este caso— no puede formularse válidamente (según el art. 19 inc. a de la Convención de Viena) y en el caso, además, habría sido extemporánea dado que las reservas pueden efectuarse solo en el momento de firmar un tratado o de ratificarlo, aceptarlo, aprobarlo o adherirse a él (art. 19 de la Convención de Viena), algo que Argentina ya había realizado respecto del Estatuto de Roma (firmado el 08/01/99, aprobado por ley 25.390 y ratificado el 16/01/01).

(8) El art. 120 del Estatuto de Roma prevé con claridad que "No se admitirán reservas al presente Estatuto".

(9) Este artículo dispone que "Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo tendrá como mínimo, el mínimo mayor y como máximo, la suma aritmética de las penas máximas correspondientes a los diversos hechos. Sin embargo, esta suma no podrá exceder de cincuenta años de reclusión o prisión".

(10) La idea de que el art. 55 del Cód. Penal establece la pena máxima posible para la especie de pena de prisión se asocia a su redacción anterior a la ley 25.928, pues al final disponía "Sin embargo, esta suma no podrá exceder del máximum legal de la especie de pena de que se trate". La reforma modificó esta última parte, que actualmente no tiene ninguna alusión a especies de pena, de modo que no hay elementos que permitan trasladar este monto a penas indivisibles. Zaffaroni, haciendo uso de un método de interpretación racional, sistemático y reconstructivo ha considerado que, tras la sanción de la ley 26.200, el límite del art. 55 Cód. Penal ha quedado reconfigurado en 25 años de prisión. Ello puesto que la ley 26.200 incorpora a nuestra legislación los delitos más graves posibles, de modo que la pena para los delitos comunes previstos en el Código Penal no puede superar en gravedad la conminación para los delitos de lesa humanidad. Lo contrario, señala, implicaría asumir que el legislador es irracional (véase ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "El máximo de la pena de prisión en el derecho vigente", LA LEY, 2010-C, 966, LJU Tomo 147, DEXT-23, cita online: AR/DOC/3149/2010). Sin embargo, tal criterio no ha tenido acogida en la doctrina ni jurisprudencia mayoritaria.

(11) En su art. 99 inc. 5° la CN dispone que entre las atribuciones del Presidente de la Nación se encuentra la de "[...] indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal, previo informe del tribunal correspondiente, excepto en los casos de acusación por la Cámara de Diputados". A su vez, el texto constitucional otorga al Congreso de la Nación la atribución de "conceder amnistías generales" (art. 75, inc. 20). En la Constitución de Mendoza, el art. 128 inc. 5 establece como facultad del Gobernador la de indultar o conmutar penas por delitos sujetos a la jurisdicción provincial, "[...] previo informe motivado de la Suprema Corte sobre la oportunidad y conveniencia del indulto o conmutación

para determinar la duración efectiva de la prisión perpetua en nuestro sistema jurídico, dado su carácter discrecional, ajeno al Poder Judicial y excepcional. La mera existencia de estos institutos jurídicos no resulta suficiente para afirmar que existe un límite a la perpetuidad de esta pena, en tanto se mantenga discrecional y no constituya una garantía de quienes resulten condenados **(12)**.

Determinar la posible extensión temporal de la prisión perpetua requiere aludir a tres institutos vinculados a la ejecución de la pena: (i) la libertad condicional prevista en el Código Penal, (ii) las posibilidades de salida estatuidas en las leyes de ejecución; y (iii) la revisión de reducción de pena que permite el Estatuto de Roma. Sin embargo, antes de comenzar corresponde poner de resalto que la configuración de esta pena no es igual para todos los delitos que la prevén. Veamos.

II.2.a. Libertad condicional

El Código Penal prevé la posibilidad de *libertad condicional*, un instituto que permite la liberación anticipada de las personas que han cumplido la mayor parte de la pena impuesta, con la obligación de cumplir durante el resto del tiempo de condena ciertas reglas de conducta impuestas por el juez. La pena se extingue si la persona liberada cumple las reglas establecidas al término de la condena.

En los casos de penas divisibles, el Código Penal dispone que, si la pena impuesta es de tres años de prisión o menos, para acceder a la libertad condicional deben cumplirse 8 meses de prisión; si es mayor de tres años, deben cumplirse dos tercios de la condena. La condicionalidad se extiende por la parte restante de pena, es decir, que la persona liberada debe cumplir las reglas que se impongan hasta alcanzar el total de la pena. En el caso de la prisión perpetua, como no existe una norma que establezca un límite temporal para esta pena, el Código Penal dispone que puede solicitarse la libertad condicional a los 35 años, y el término por el cual deben cumplirse las reglas de conducta es de hasta 10 años **(13)**.

Luego, conforme al art. 16 del Cód. Penal, la pena se extingue: "Transcurrido el término de la condena, o el plazo de cinco años señalado en el art. 13 sin que la libertad condicional haya sido revocada, la pena quedará extinguida, lo mismo que la inhabilitación absoluta del artículo 12". El plazo de 5 años al que alude esta norma remite a los 10 años mencionados en el art. 13, término que en la redacción original era de 5 años. Una reforma introducida por la ley 25.892 se extendió de 5 a 10 años el período de tiempo de condicionalidad de la liberación para las penas perpetuas, pero no modificó el art. 16, que sigue refiriendo al plazo de 5 años anterior.

Sin embargo, algunos delitos se encuentran excluidos de la posibilidad de solicitar la libertad condicional. En lo que a delitos conminados con prisión perpetua respecta, el art. 14 del Código Penal vigente exceptúa de la libertad condicional a los reincidentes y a quienes fueran condenados por homicidios agravados previsto en el art. 80 del Cód. Penal, abuso sexual cuando resultare la muerte de la víctima (art. 124 del Cód. Penal), privación ilegal de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte

y con arreglo a la ley reglamentaria que determinará los casos y la forma en que pueda solicitarse", aunque la ley reglamentaria a la que alude la norma no ha sido sancionada al momento.

(12) Así lo ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al resolver en relación con el régimen jurídico del Reino Unido (v. TEDH, Gran Sala, 09/07/2013, "Vinter vs. Reino Unido", párr. 129; véase también TEDH, Gran Sala, 17/01/2017, "Hutchinson vs. Reino Unido"). El TEDH ha enfatizado la necesidad de que exista una posibilidad jurídica y de facto de revisar la eventual liberación, mediante un procedimiento con suficientes garantías y revisable judicialmente (v. TEDH, Gran Sala, 27/04/2016, caso "Murray vs. Países Bajos", párrs. 99-100).

(13) El art. 13 del Código Penal dispone en relación con la prisión perpetua que "[e]l condenado a reclusión o prisión perpetua que hubiera cumplido treinta y cinco años de condena [...] observando con regularidad los reglamentos carcelarios, podrán obtener la libertad por resolución judicial, previo informe de la dirección del establecimiento e informe de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social, bajo las siguientes condiciones [...]. Estas condiciones, a las que el juez podrá añadir cualquiera de las reglas de conducta contempladas en el art. 27 bis, regirán hasta el vencimiento de los términos de las penas temporales y hasta diez años más en las perpetuas, a contar desde el día del otorgamiento de la libertad condicional".

de la persona ofendida (art. 142 *bis*, anteúltimo párrafo del Cód. Penal), torturas seguidas de muerte de la víctima (art. 144 *ter,* inc. 2° del Cód. Penal) y secuestro extorsivo, cuando se causare intencionalmente la muerte de la víctima (art. 170 del Cód. Penal). Como puede verse, se trata de la mayoría de los delitos que prevén la pena de prisión perpetua como pena única en el Código Penal.

II.2.b. Salidas previstas en las leyes de ejecución de la pena

Además del Código Penal, la Ley 24.660 de Ejecución de la pena privativa de libertad —complementaria del Código Penal (art. 229)— también contiene algunas previsiones que contribuyen a delimitar la prisión perpetua. Esta ley establece un sistema progresivo de ejecución de la pena, que permite en un momento acceder a un "período de prueba" que incluye instancias de liberación anticipada: prisión discontinua o semidetención, y libertad asistida.

De los delitos conminados con pena de prisión perpetua, el art. 56 *bis* de la ley 24.660 excluye de los beneficios comprendidos en el período de prueba a los condenados por homicidios agravados previstos en el art. 80 del Cód. Penal, abuso sexual con resultado de muerte de la víctima (art. 124 del Cód. Penal), privación ilegal de la libertad coactiva, cuando se causare intencionalmente la muerte a la víctima (art. 142 *bis* del Cód. Penal); tortura seguida de muerte de la víctima (art. 144 *ter,* inc. 2° del Cód. Penal) y secuestro extorsivo, cuando se causare intencionalmente la muerte de la víctima (art. 170, anteúltimo párrafo del Cód. Penal). A las personas condenadas por estos delitos expresamente se le veda el acceso a prisión discontinua o semidetención y libertad asistida.

II.2.c. El examen de reducción de pena del Estatuto de Roma

Para terminar de reconstruir la caracterización de la prisión perpetua actualmente vigente debe aludirse al instituto de la "reducción de pena" que prevé el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional para los más graves crímenes internacionales **(14)**.

En su art. 110, el Estatuto establece la regla según la cual "[e]l Estado de ejecución no pondrá en libertad al recluso antes de que haya cumplido la pena impuesta por la Corte" (inc. 1°). Luego agrega: "Solo la Corte podrá decidir la reducción de la pena y se pronunciará al respecto después de escuchar al recluso" (inc. 2°). El plazo de cumplimiento de pena necesario para acceder al examen de reducción está fijado en el inc. 3°: "Cuando el recluso haya cumplido las dos terceras partes de la pena o 25 años de prisión en caso de cadena perpetua, la Corte examinará la pena para determinar si esta puede reducirse. El examen no se llevará a cabo antes de cumplidos esos plazos".

Una vez definido que la procedencia del instituto puede ser analizada —por haberse cumplido los mínimos de pena necesarios para ello— entra en consideración el inc. 5° del art. 110 citado que establece criterios para decidir: "Al proceder al examen con arreglo al párrafo 3, la Corte podrá reducir la pena si considera que concurren uno o más de los siguientes factores: a) Si el recluso ha manifestado desde el principio y de manera continua su voluntad de cooperar con la Corte en sus investigaciones y enjuiciamientos; b) Si el recluso ha facilitado

(14) Sobre la aplicación de reglas del Estatuto de Roma en materia de ejecución de la pena corresponde señalar que cuando el procedimiento es llevado adelante por la Corte Penal Internacional, rige el art. 106.2 del Estatuto que dispone que "Las condiciones de reclusión se regirán por la legislación del Estado de ejecución y se ajustarán a las normas generalmente aceptadas de las convenciones internacionales sobre el tratamiento de los reclusos; en todo caso, no serán ni más ni menos favorables que las aplicadas a los reclusos condenados por delitos similares en el Estado de ejecución", de lo cual puede derivarse que las previsiones sobre libertad condicional y régimen progresivo de ejecución de la pena previstas en el Código Penal y la ley 24.660 se aplican cuando la pena se ejecutare en Argentina. Por su parte, la ley 26.200 en su art. 48 prevé que "El Servicio Penitenciario Federal, en caso de que la República Argentina integre la lista de Estados dispuestos a recibir condenados, tendrá a su cargo la ejecución de la sentencia conforme las reglas del Estatuto de Roma y las normas establecidas en el Código Procesal Penal de la Nación". No existe sustento normativo para extender el examen de reducción de pena previsto en el Estatuto de Roma a los delitos previstos en nuestro sistema penal local.

de manera espontánea la ejecución de las decisiones y órdenes de la Corte en otros casos, en particular ayudando a esta en la localización de los bienes sobre los que recaigan las multas, las órdenes de decomiso o de reparación que puedan usarse en beneficio de las víctimas; o c) Otros factores indicados en las Reglas de Procedimiento y Prueba que permitan determinar un cambio en las circunstancias suficientemente claro e importante como para justificar la reducción de la pena".

Debe tenerse presente que esta instancia de reducción de pena solamente es procedente para los delitos previstos en el Estatuto de Roma, juzgados por la Corte Penal Internacional. La ley 26.200 de Implementación del Estatuto de Roma incorporó los delitos de lesa humanidad allí tipificados a nuestro sistema jurídico, pero aclaró que son punibles en nuestro país del modo en que lo determina esa misma ley, que no contiene referencias al examen de reducción de pena analizado.

II.2.d. Recapitulación

No hay en nuestro sistema jurídico normas que establezcan con claridad cuál es la duración efectiva de la pena de prisión perpetua, que en consecuencia debe considerarse *efectivamente* perpetua. Sin embargo, existen institutos jurídicos que —en casos excepcionales— permiten el acceso a instancias jurídicas de libertad para las personas condenadas a prisión perpetua. Una recapitulación del régimen actualmente vigente sobre el punto puede hacerse del modo que sigue:

1) *Libertad condicional*: quienes cometen delitos conminados con prisión perpetua no pueden acceder a libertad condicional, *salvo* que esos delitos sean los de desaparición forzada de personas, traición y traición agravada (arts. 142 *ter,* segundo párrafo, 214 y 215 del Cód. Penal) o los delitos previstos en la ley 26.200. Tampoco pueden acceder a la libertad condicional los reincidentes.

2) *Salidas previstas en leyes de ejecución penal*: al igual que en el caso anterior, del grupo de personas condenadas a prisión perpetua solo pueden acceder a salidas previstas en las leyes 24.660 quienes hubieran cometido los delitos de desaparición forzada de personas, traición y traición agravada (arts. 142 *ter,* segundo párrafo, 214 y 215 del Cód. Penal) o los delitos previstos en la ley 26.200.

3) *Examen de reducción de pena*: solamente quienes fueran condenados a prisión perpetua por la Corte Penal Internacional por la comisión de delitos previstos en el Estatuto de Roma —pena de excepción en el sistema del Estatuto—, pueden acceder a un examen de reducción de pena una vez cumplidos 25 años de prisión.

4) Las personas condenadas a prisión perpetua que no pueden acceder a las instancias descriptas, no tienen fecha de cumplimiento de pena alguna prevista en las leyes.

Como puede verse, en el sistema jurídico actualmente vigente la posibilidad de recupero de libertad para las personas condenadas a prisión perpetua es esencialmente excepcional. La regla es que quienes son condenados a prisión perpetua deberán agotar la pena en prisión, por lo cual es posible afirmar que los aspectos *nominal* y *ontológico* de la prisión perpetua coinciden.

Ahora bien, esta legislación es el resultado de numerosas reformas a cada uno de los institutos mencionados. En lo que sigue, se abordará con perspectiva histórica el devenir legislativo que condujo a la actual regulación de la prisión perpetua.

III. Un poco de historia. Los principales "momentos legislativos" de la prisión perpetua en Argentina

III.1. Primer momento: Código Penal de la Nación Argentina de 1921 y Ley nacional de Ejecución de la pena privativa de la libertad de 1996.

El 29 de octubre de 1921 el Congreso de la Nación, en cumplimiento del mandato impuesto por el entonces art. 67 de la CN, sancionó la ley 11.179 y dictó así el Código Penal que, con numerosas reformas, se encuentra vigente desde su promulgación el 03 de noviembre de 1921 hasta la actualidad.

Comenzar el análisis desde este punto responde solamente a una necesidad metodológica de acotación y no significa que antes de la

sanción del Código Penal no existieran las penas a perpetuidad en nuestro país. De hecho, la legislación previa al código de 1921 da cuenta de la paulatina sustitución de las penas de muerte y trabajos forzados para los delitos graves por la pena de prisión **(15)**. Hitos principales en este proceso los constituyen la ley 49 del año 1863, el Código Penal para la Provincia de Buenos Aires de 1877, el Código Penal de la Nación de 1886 y su reforma de 1903. La ley 49 del año 1863 no preveía la prisión perpetua y conminaba con pena de muerte a los delitos de traición y piratería agravada, aunque, en este último caso, también preveía la pena alternativa de trabajos forzados por diez años. Por su parte, el código penal proyectado por Carlos Tejedor —inspirado en buena medida en el Código de Baviera de Paul Johann Anselm von Feuerbach— se declaró Código Penal de la Provincia de Buenos Aires en 1877 hasta que el Congreso de la Nación dictase el código nacional. Este código disponía la pena de muerte para una serie de delitos y la pena de presidio o penitenciaría por tiempo indeterminado para el homicidio de ciertos familiares. En 1886 el Congreso de la Nación sancionó la ley 1920 por la cual aprobó para toda la República Argentina el proyecto de Carlos Tejedor, con algunas modificaciones. Entre ellas —en lo que aquí interesa— se encontraba la extensión del presidio por tiempo indeterminado a otros homicidios, robos seguidos de muerte, de lesiones graves o cometidos en despoblado y banda y al incendio agravado. En este código, quienes fueran condenados a presidio por tiempo indeterminado y hubieran dado "pruebas de reforma positiva" durante los ocho últimos años, podían pedir la gracia del resto de la pena una vez cumplidos quince años de condena. Posteriormente, en 1903, se reformó profundamente este código y se dispuso la pena de *penitenciaría por tiempo indeterminado* para una serie de homicidios, robos y estragos seguidos de muerte **(16)**.

Durante este período y hasta la sanción del código de 1921 se discutieron numerosos proyectos que no alcanzaron sanción en el Congreso: entre ellos, la revisión del código de Tejedor que llevaron a cabo Sixto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan Agustín García que suprimía el presidio por tiempo indeterminado por oponerse a la posibilidad de graduar las penas (1881); un proyecto de Norberto Piñero, Rodolfo Rivarola y José Nicolás Matienzo que reintrodujo el presidio a perpetuidad (1891); otro de Lisandro Segovia, que restauraba la posibilidad de gracia a los 15 años para el presidio por tiempo indeterminado (1895); y un proyecto elaborado por Francisco Beazley, Rodolfo Rivarola, Diego Saavedra, Cornelio Moyano, Norberto Piñero y José Ramos Mejía que limitaba el presidio por tiempo indeterminado a veinte años cuando se hubieren observado con regularidad los reglamentos carcelarios e introducía, por primera vez, la excepción de este beneficio a los reincidentes (1906) **(17)**. Para el momento en que se sancionó el actual Código Penal en 1921 la materia penal se encontraba en medio de un proceso de cambio *epocal* que implicaba —entre otras cosas— la sustitución de la pena de muerte y los trabajos forzados por la prisión.

El código de 1921 ha sido objeto de periódicas reformas, aunque continúa vigente. En su redacción original preveía para ciertos delitos la pena de prisión perpetua y, aunque no indicaba cuánto duraba aquella pena a perpetuidad, podía considerarse que finalizaba a los veinticinco años. Esto porque se permitía que los condenados a prisión perpetua accedieran a la libertad condicional una vez que hubieran cumplido veinte años de prisión (art. 13 del Cód. Penal). Para ello, solo requería observar "con regularidad los reglamentos carcelarios [...] previo informe de la dirección del establecimiento". La libertad condicional supone que el condenado puede recuperar su libertad, aunque debe ate-

(15) Un estudio que explica las razones económicas, sociales, religiosas y políticas —la genealogía teórica e histórica— del nacimiento y aceptación generalizada de la prisión como institución penitenciaria en Inglaterra, Francia y Estados Unidos ha sido realizado por Foucault, véase FOUCAULT, Michel, "La sociedad punitiva", Fondo de Cultura Económica, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, 1°ed.

(16) Conf. JULIANO, Mario Alberto - ÁVILA, Fernando, "Contra la prisión perpetua. Una visión histórica y comparada de las penas a perpetuidad", Editores del Puerto, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2012, pp. 35-44.

(17) Ibídem, pp. 39-45.

nerse al cumplimiento de ciertas pautas de conducta. Originariamente, de cumplirlas durante cinco años la pena de prisión perpetua se extinguía, tal como lo disponían los arts. 13 y 16 del Cód. Penal. Solamente se encontraban excluidos de este instituto los reincidentes, pues el art. 14 del Cód. Penal disponía con claridad que "[l]a libertad condicional no se concederá a los reincidentes".

En consonancia con esta regulación, el 19 de junio de 1996 el Congreso de la Nación sancionó la ley 24.660 de Ejecución de la pena privativa de la libertad —vigente desde el 16 de julio de 1996— **(18)**. Esta norma fue parte de un proceso histórico de reconocimiento progresivo de los Derechos Humanos que había comenzado con el retorno a la democracia en el año 1983 y que había implicado la sucesiva ratificación por parte del Congreso de la Nación de tratados internacionales de Derechos Humanos **(19)**, hasta su incorporación en el texto de la Constitución Nacional en la reforma que tuvo lugar en el año 1994.

Imbuida de este espíritu, la ley 24.660 de ejecución penal declaraba que la prisionización tenía como finalidad, en todas sus formas, "[...] lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendolacomprensiónyelapoyodelasociedad" (art. 1°), de forma consistente con la finalidad de readaptación social que prevén la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 5.6) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 10.3). Para alcanzar ese objetivo, instauró el "régimen progresivo" de ejecución de la pena: "El régimen penitenciario se basará en la progresividad, procurando limitar la permanencia del condenado en establecimiento cerrados y promoviendo en lo posible y conforme su evolución favorable su incorporación a instituciones semiabiertas o abiertas o a secciones separadas regidas por el principio de autodisciplina" (art. 6°). Esto significa, en la práctica, posibilitar que la persona condenada avance a lo largo de "períodos", siendo el último de ellos la libertad condicional a la que alude el art. 13 del Cód. Penal: "El régimen penitenciario aplicable al condenado, cualquiera fuere la pena impuesta, se caracterizará por su progresividad y constará de: a) Período de observación; b) Período de tratamiento; c) Período de Prueba; d) Período de libertad condicional" (art. 12).

A su vez, cada una de estas etapas permite una paulatina morigeración de restricciones. Así, el período de tratamiento "[...] [P]odrá ser fraccionado en fases que importen para el condenado una paulatina atenuación de las restricciones inherentes a la pena. Estas fases podrán incluir el cambio de sección o grupo dentro del establecimiento o su traslado a otro" (art. 14); y el período de prueba "[...] comprenderá sucesivamente: a) la incorporación del condenado a establecimiento abierto o sección independiente de este, que se base en el principio de autodisciplina; b) la posibilidad de obtener salidas transitorias del establecimiento; c) la incorporación al régimen de la semilibertad" (art. 15).

Esta ley permitía a los condenados a prisión perpetua el acceso —como parte del período de prueba— a salidas transitorias y a semilibertad una vez cumplidos 15 años de prisión (arts. 17, inc. I.b y 23). Para ello exigía, además, "[p]oseer conducta ejemplar o el grado máximo susceptible de ser alcanzado según el tiempo de internación" y "[m]erecer, del organismo técnico-criminológico y del consejo correccional del establecimiento, concepto favorable respecto de su evolución y sobre el efecto beneficioso que las salidas o el régimen de semilibertad puedan tener para el futuro personal, fami-

(18) Hasta ese momento, la etapa de ejecución de la pena de prisión se regía por las reglas establecidas en el Decreto/Ley 412/1958 dictado por el gobierno militar de facto que ejercía el poder desde el golpe de Estado que tuvo lugar en 1955. Tal decreto fue sostenido una vez que retornó la democracia, mediante la ley 14.467 que convalidó todos los decretos/leyes no derogados por el Congreso de la Nación.

(19) Así, por ejemplo, el 1/03/1984 se aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Ley 23.054), el 08/05/1985 la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (Ley 23.179), el 17/04/1986 se aprobaron el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo (Ley 23.313), el 30/07/1986 la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Ley 23.338), y el 27/09/1990 la Convención sobre los Derechos del Niño (Ley 23.849), tratados a los que posteriormente se les otorgó jerarquía constitucional el art. 75 inc. 22 de la CN.

liar y social del condenado" (arts. 17, incs. III y IV, y 23).

Como vemos, la solución que ofrece la ley de ejecución penal nacional a los efectos de lograr la finalidad dispuesta en el art. 1° es la *progresividad de la ejecución* de la pena privativa de libertad. Esto supone el tránsito por un recorrido que comienza con instancias de privación de libertad total; continúa —previa incorporación de herramientas destinadas a facilitar la reinserción social de la persona condenada— por etapas de recupero parcial de la libertad —vgr. salidas transitorias o acceso a un régimen de trabajo extramuros—; y finaliza con un período de recupero total de libertad. El acceso y mantenimiento de esta liberación se encuentra sujeto a ciertas condiciones de comportamiento. El régimen progresivo concluye con la fecha judicial de cumplimiento de la pena, que puede alcanzarse luego de acceder a la libertad condicional o bien —con mayor cercanía a la fecha de cumplimiento de la pena impuesta en los casos de penas divisibles— mediante el otorgamiento de libertad asistida. Es importante destacar que la ley 24.660 no contiene previsiones respecto de los reincidentes, a diferencia del Código Penal que —como vimos— los excluye de la libertad condicional (art. 14, Cód. Penal).

Como conclusión parcial puede decirse que en este primer "momento legislativo" —que comienza en 1921— las personas condenadas a prisión perpetua podían cumplir su pena y recuperar la libertad si durante veinte años observaban con regularidad los reglamentos carcelarios —de forma tal de acceder a la libertad condicional— y luego cumplían las condiciones que se les impusieran por cinco años. Solamente se encontraban al margen de esta instancia los reincidentes condenados a prisión perpetua, aunque no estaban excluidos del régimen progresivo de ejecución de la pena previsto en la ley 24.660 y, por ello, podían acceder a las salidas propias del período de prueba.

III.2. Segundo momento: el impacto de las "leyes Blumberg"

*El régimen descripto fue reformado notoriamente con la sanción el 5 de mayo del año 2004 de la ley 25.892, pues modificó el régimen de libertad condicional previsto por el Código Penal original. Esta ley forma parte del grupo de las denominadas "leyes Blumberg"***(20)** —la respuesta política a demandas de ciertos sectores de la sociedad por mayor seguridad— y se encuentra vigente desde el 24 de mayo de 2004.

La ley 25.892 introdujo tres reformas sustanciales al art. 13 del Cód. Penal: i) incrementó de veinte a treinta y cinco la cantidad de años que las personas condenadas a prisión perpetua deben cumplir para poder solicitar la libertad condicional; ii) agregó al informe de la dirección del establecimiento sobre la "regular observancia de los reglamentos carcelarios" otro "informe de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social"; y iii) aumentó de cinco a diez años el plazo de duración de la condicionalidad de la libertad —aunque no modificó el art. 16 del Cód. Penal, que continúa exigiendo cinco años de cumplimiento de las condiciones para considerar extinguida la pena, de manera coherente con el previo art. 13 del Cód. Penal—.

Por otro lado, la ley 25.892 amplió el alcance de la exclusión de acceso a la libertad condicional prevista en el art. 14 el Cód. Penal, que hasta entonces solo alcanzaba a los reincidentes. La reforma incorporó algunos tipos delictivos, varios de ellos conminados con prisión perpetua. De este modo se vedó del acceso a libertad condicional a las personas condenadas por homicidios *criminis causa* (art. 80, inc. 7° de Cód.

(20) Carlos Blumberg, tras sufrir la pérdida de su hijo asesinado por secuestradores en 2004, se erigió como referente de manifestaciones populares que reclamaban el endurecimiento de leyes penales como medio para alcanzar mayor seguridad, véase en "https://www.lanacion.com.ar/seguridad/juan-carlos-blumberg-la-gente-que-cometio-un-delito-tiene-que-saber-que-eso-le-va-a-costar-caro-nid1946079/" https://www.lanacion.com.ar/seguridad/juan-carlos-blumberg-la-gente-que-cometio-un-delito-tiene-que-saber-que-eso-le-va-a-costar-caro-nid1946079/. Numerosas reformas al Código Penal sancionadas ese año se conocen como Leyes Blumberg, y han sido objeto de críticas pues, por su contexto, "la reforma introducida por la ley 25.892 fue producto de la improvisación y el reflejo de meros intereses en la búsqueda de rédito político (como consecuencia de previsiones mediáticas)", v. CESANO, José Daniel, "Contribución al estudio de la libertad condicional. Análisis dogmático y político criminal de acuerdo a la reforma de la ley 25.892", Mediterránea, Córdoba, 2008, p. 42.

Penal), abusos sexuales previstos en los arts. 119 y 120 del Cód. Penal, cuando resultare la muerte de la víctima (art. 124 del Cód. Penal), privación ilegal de la libertad coactiva, cuando se causare intencionalmente la muerte a la víctima (art. 142 *bis*, anteúltimo párrafo del Cód. Penal) y secuestro extorsivo, cuando se causare intencionalmente la muerte de la víctima (art. 170, anteúltimo párrafo del Cód. Penal).

Sin embargo, los condenados por estos delitos aún podían acceder a salidas en virtud del régimen de ejecución de la pena privativa de libertad. Como parte de un ya notorio —permítaseme— *populismo punitivo* **(21)**, el 20 de octubre de 2004 el Congreso de la Nación sancionó la ley 25.948 —vigente desde el 11 de noviembre de 2004— que, entre otras reformas, incorporó el art. 56 bis a la ley 24.660. Esta norma excluyó de los beneficios comprendidos en el período de prueba a las personas condenadas por los delitos previstos en los arts. 80, inc. 7°; 124, 142 *bis*, anteúltimo párrafo, y 170 anteúltimo párrafo del Cód. Penal, o sea, los mismos delitos que prevén prisión perpetua que se incluyeron en el art. 14 del Cód. Penal por la ley 25.892. El art. 56 *bis* aclara que también se encuentran vedadas la prisión discontinua o semidetención y la libertad asistida.

Es decir que, a partir de la entrada en vigor de estas leyes, las personas condenadas a prisión perpetua por la comisión de ese grupo de delitos dejaron de tener acceso a la libertad condicional y a las etapas más avanzadas del régimen progresivo de ejecución de la pena —y con ello, a las salidas parciales de los establecimientos carcelarios—. Los condenados a prisión perpetua por otros delitos no enumerados en los arts. 14 del Cód. Penal y 56 *bis* de la ley 24.660 mantenían el acceso a la libertad condicional —salvo que fueran reincidentes— y las salidas propias del período de prueba.

Como segunda conclusión puede afirmarse que quienes fueran condenados a prisión perpetua por los delitos enumerados en los párrafos precedentes cometidos luego de la entrada en vigor de las leyes 25.892 y 25.948 nunca agotan la pena, ni pueden acceder a salidas de los establecimientos penitenciarios.

III.3. Tercer momento: ley 27.375 y situación actual

La situación jurídica descripta hasta aquí se exasperó drásticamente con la sanción, el 5 de julio de 2017, de la ley 27.375 —vigente desde el 28 de julio de 2017 hasta la fecha—. Esta ley introdujo numerosas reformas en el Código Penal y en la ley 24.660 entre las cuales se incluye el incremento de los tipos delictivos conminados con prisión perpetua que no pueden acceder a la libertad condicional. Tras la modificación del art. 14 del Cód. Penal, actualmente tampoco puede concederse este instituto a quienes fueran condenados por cualquiera de los homicidios agravados previstos en el art. 80 del Cód. Penal o por tortura seguida de muerte (art. 144 *ter*, inc. 2° del Cód. Penal). Esos mismos delitos fueron incorporados al art. 56 *bis* de la ley 24.660, que establece los supuestos exceptuados de los beneficios comprendidos en el período de prueba.

(21) Entendido como "[...] una forma de hacer política-criminal y de moldear la cultura de una determinada sociedad a través de una serie de dispositivos, en la actualidad principalmente comunicativos, que explotan el potencial simbólico y emocional del delito y su castigo", caracterizada por i) por politizar el crimen y el castigo y colocarlo en el centro de la guerra política y cultural, como arma privilegiada de polarización de cohesión intragrupal y de creación de sentido en torno a estereotipos, marcos (*framing),* pánicos morales y otras estrategias comunicativas; (ii) fomentar una mirada emotiva y simplificadora de la realidad criminal, donde la voz de los expertos, burócratas e investigadores es percibida como desapegada y elitista, y en la que se prima por un lado la espectacularización mediática y, por otro, la voz de "la gente" o el "pueblo", el "sentido común", y especialmente la voz de las víctimas, que adquieren una posición central en el imaginario sobre el crimen y su prevención; (iii) presentando selectivamente a los criminales como un otro malvado, irreformable o monstruoso, al que hay que encerrar y apartar de la sociedad, pues no merece piedad ni segundas oportunidades, sino mano dura y escarmiento; (iv) y conduciendo, como consecuencia de i, ii y iii, a una hiperinflación e hiperutilización del sistema penal como forma de solucionar conflictos sociales, y un aumento correlativo —esto es: descontrolado— del encarcelamiento, el cual afecta selectivamente, como ha hecho siempre, a quienes forman parte de los grupos más estigmatizados y vulnerables de la sociedad, es decir, los pobres y los inmigrantes, como también a quienes manifiestan su disidencia frente al sistema o quienes cuestionan determinados tabús, conf. CIGÜELA SOLA, Javier, "Populismo penal y justicia paralela: un análisis político-cultural", Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2020, 22, n° 12.

De esta manera, la mayoría de las personas condenadas a prisión perpetua no pueden acceder a la libertad condicional ni a salidas durante su ejecución, ni se encuentra prevista una fecha de cumplimiento de pena o una forma de revisión de la posibilidad de reducción de la condena al modo del Estatuto de Roma. De los delitos previstos en el Código Penal conminados con prisión perpetua, solamente quedan fuera de esas restricciones los delitos de traición, traición agravada y desaparición forzada de personas cuando resultare la muerte o la víctima sea una persona embarazada, menor de 18 años, mayor de 70 o con discapacidad, o cuando naciera una persona durante la desaparición forzada de su madre (arts. 214, 215 y 142 *ter*, penúltimo párrafo del Cód. Penal). También quedan fuera de las restricciones los delitos de lesa humanidad tipificados por la ley 26.200. Paradojalmente, se trata de delitos que, si bien son menos frecuentes en su comisión, protegen bienes jurídicos con mayor relevancia institucional que los demás conminados con prisión perpetua y que sí están incluidos en las restricciones de los arts. 14 del Cód. Penal y 56 *bis* de la ley 24.660.

III.4. Breve excurso sobre la normativa de Mendoza

En Mendoza, mediante la ley 8465 —sancionada el 12 de septiembre de 2012 y vigente desde el 17 de octubre de 2012 **(22)**— se aprobó el Código de ejecución de la pena privativa de la libertad **(23)**. Este cuerpo normativo establece un sistema progresivo de ejecución de la pena muy similar al nacional.

Esta ley mendocina excluye de los beneficios del período de prueba —esto es, la prisión discontinua o semidetención y la libertad asistida— a quienes sean condenados por una serie de delitos (art. 72). Entre ellos se encuentran algunos que prevén la pena de prisión perpetua como pena única: los homicidios agravados (art. 80 del Cód. Penal), el abuso sexual con resultado de muerte de la víctima (art. 124 del Cód. Penal), y la tortura seguida de muerte (art. 144 *ter,* inc. 2° del Cód. Penal). Pero la regla también excluye a los reincidentes y a quienes no puedan acceder a la libertad condicional, de modo que a ese listado de delitos se agregan los delitos que la ley 25.892 incorporó al art. 14 del Cód. Penal en 2004. Los que luego agregó la ley 27.375 en 2017 al art. 14 del Cód. Penal, ya estaban enumerados en el art. 72 de la ley 8465.

La norma provincial también prevé: "[...] En los supuestos descriptos por el presente artículo no será procedente el indulto ni la conmutación de penas previstas en el artículo 128 de la Constitución de la Provincia y la Ley 3.645 en su Capítulo XVI".

Como conclusión, en Mendoza no pueden acceder a la libertad condicional, a las salidas previstas en el régimen de ejecución provincial sancionado en 2012, ni recibir indultos o conmutación de sus penas quienes cometen los siguientes delitos conminados con prisión perpetua: homicidios agravados (art. 80 del Cód. Penal), abuso sexual con resultado de muerte de la víctima (art. 124 del Cód. Penal), tortura seguida de muerte (art. 144 *ter* inc. 2° del Cód. Penal), privación ilegal de la libertad coactiva, cuando se causare intencionalmente la muerte a la víctima (art. 142 *bis*, anteúltimo párrafo del Cód. Penal) y secuestro extorsivo, cuando se

(22) De modo similar a lo ocurrido con las iniciativas de Carlos Blumberg, en Mendoza se produjo una polémica pública a raíz del homicidio de Matías Quiroga por parte de una banda integrada por personas que gozaban de libertad condicional. Su padre, Osvaldo Quiroga, lideró una serie de protestas canalizadas legislativamente por la UCR, que logró la sanción de una ley de ejecución penal provincial. Veáse http://www.politicaspublicas.uncu.edu.ar/novedades/index/ya-es-ley-la-restriccion-de-salidas-transitorias-de-las-carceles .

(23) Esta ley reclama su ámbito de aplicación a partir del art. 228 de la ley nacional 24.660, que —en aquel momento— afirmaba "[l]a Nación y las provincias procederán, dentro del plazo de un año a partir de la vigencia de esta ley, a revisar la legislación y las reglamentaciones penitenciarias existentes, a efectos de concordarlas con las disposiciones contenidas en la presente". Así, el art. 1 de la ley 8.465 señala "[e]stablécese el régimen de ejecución de la pena privativa de la libertad para la Provincia de Mendoza, en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 228 de la ley nacional 24.660 y en un todo de conformidad a la legislación nacional, la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional". En razón de ello, y desde entonces, el régimen de ejecución provincial sustituyó las disposiciones normativas de la ley 24.660 y sus modificatorias, que regían hasta ese momento en virtud de la adhesión a aquel régimen dispuesto por la ley provincial 6513, de 1997.

causare intencionalmente la muerte de la víctima (art. 170, anteúltimo párrafo del Cód. Penal).

IV. Conclusiones

Entonces ¿qué tiene de perpetua la prisión perpetua? Actualmente, lo *nominal* y lo *ontológicamente* perpetuo de esta pena en nuestro país —en la mayoría de los casos— equivalen.

La reconstrucción realizada muestra que, estrictamente, la prisión a perpetuidad implica consecuencias diferentes según el tipo de delito y la época de su comisión. El único rasgo normativo común que tienen todas las penas de prisión perpetua que se imponen en nuestro sistema jurídico —y que no tiene ninguna otra pena de prisión en el Código Penal— es que al momento de la imposición de la pena no se establece una fecha cierta de recupero de la libertad ambulatoria ni de cumplimiento de la pena. Dicho en otras palabras: coexisten diferentes sistemas de consecuencias jurídicas con especificidades según el delito, pero lo común a todos es la incertidumbre de la persona condenada acerca del momento en que eventualmente cumplirá la condena o podrá acceder a salidas. Rasgo que desde 2017 para la mayoría de los delitos se transformó en certidumbre negativa: no hay acceso a salidas, no hay fecha de cumplimiento de pena.

Así, algunos delitos conminados con pena de prisión perpetua pueden acceder a la libertad condicional, instituto que permite, bajo ciertas condiciones, la extinción de la pena. Otros tienen abierta la posibilidad de acceder a morigeraciones de la ejecución de la prisión —incorporación a establecimientos menos cerrados, salidas transitorias o semilibertad—; y otros —los previstos en el Estatuto de Roma y juzgados por la Corte Penal Internacional— pueden acceder a un examen de reducción de condena. Sin embargo, para el grupo predominante de delitos conminados con esta pena la perpetuidad equivale al encierro definitivo, *sine die*, que finaliza solo con la muerte de la persona condenada.

Es posible exponer los diversos casos incluidos en esa conclusión de diferentes formas. Aquí, y de acuerdo con el método reconstructivo seguido hasta este punto, se presentarán agrupándolos cronológicamente.

i. [1921-2004] *Desde la sanción del Código Penal vigente hasta la entrada en vigor de las leyes 25.892 y 25.948*: salvo los reincidentes, toda persona condenada a prisión perpetua podía acceder a libertad condicional una vez cumplidos veinte años de condena, y tras cumplir el período de condicionalidad de cinco años, operaría la extinción de la pena. Además, desde la sanción de la ley 24.660 (1996) podían acceder a las salidas previstas para el período de prueba durante la ejecución de la pena, incluidas las personas reincidentes, una vez cumplidos quince años de prisión.

ii. [2004-2017] *Desde la sanción de las leyes 25.892 y 25.948 hasta la entrada en vigor de la ley 27.375:* las personas condenadas a prisión perpetua por los delitos previstos en los arts. 80, inc. 7°, 124, 142 *bis* anteúltimo párrafo, y 170 anteúltimo párrafo del Cód. Penal, se incorporaron a los reincidentes en la exclusión de la libertad condicional, y también se les vedó el acceso a las salidas previstas para el período de prueba de la ley 24.660. Además, para acceder a la libertad condicional es necesario cumplir treinta y cinco años de prisión, contar con un informe favorable de peritos y la condicionalidad puede durar hasta diez años.

iii. [2017 a la fecha] *A partir de la sanción de la ley nacional 27.375:* las personas condenadas a prisión perpetua no pueden acceder a la libertad condicional ni a las salidas previstas para el período de prueba de la ley 24.660, salvo quienes fueran condenados a esa pena por delitos previstos en la ley 26.200 o por los delitos de traición, traición agravada y desaparición forzada de personas cuando resultare la muerte o la víctima sea una persona embarazada, menor de 18 años, mayor de 70 o con discapacidad, o cuando naciera una persona durante la desaparición forzada de su madre (arts. 214, 215 y 142 *ter*, penúltimo párrafo del Cód. Penal). Sin embargo, quienes fueran condenados por esos delitos y sean reincidentes, tampoco pueden acceder a libertad condicional.

iv. [Mendoza, desde 2012] *La situación en Mendoza y la sanción de la ley 8.465*: desde la entrada en vigor del Código de ejecución de la

pena privativa de la libertad de la provincia de Mendoza, los condenados a prisión perpetua por los delitos previstos en los arts. 80, 124, 144 *ter*, inc. 2° del Cód. Penal, los reincidentes y quienes no pudieran acceder a la libertad condicional según el Código Penal, no pueden acceder a salidas previstas en el período de prueba.

De acuerdo con ello, y a modo de conclusión, es posible afirmar que la diferencia entre el lenguaje ordinario y el lenguaje jurídico en torno a la *perpetuidad* que se señaló al comienzo de este trabajo progresivamente ha ido desapareciendo de nuestro sistema penal. Con el Código Penal tal como fue sancionado en 1921, la perpetuidad jurídica significaba en la mayoría de los casos una condena de 25 años de prisión; mientras que actualmente equivale a la perpetuidad ontológica —aquello que coloquialmente entendemos como "perpetuo" — en la mayoría de los casos.

Excepcionales y poco frecuentes delitos permiten la liberación condicional, salidas del régimen de ejecución o un examen de reducción de pena —paradójicamente, delitos de mayor gravedad desde el punto de vista institucional y de derechos humanos—. Sin embargo, la regla es que las personas condenadas a prisión perpetua por delitos del Código Penal no tienen la posibilidad jurídica ni práctica de conocer la fecha de cumplimiento de pena ni acceder a esas instancias.

De forma que la respuesta a la pregunta que titula este artículo —¿qué tiene de perpetua la prisión perpetua?—, no es otra, en la mayoría de los casos, que *"todo"*.

V. Bibliografía

BENAVÍDES CASALS, María Angélica, "Reservas en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", *Revista Iuris et Praxis*, año XIII, n° 1, pp. 167-204.

CESANO, José Daniel, "Contribución al estudio de la libertad condicional. Análisis dogmático y político criminal de acuerdo a la reforma de la ley 25.892", Mediterránea, Córdoba, 2008.

CIGÜELA SOLA, Javier, "Populismo penal y justicia paralela: un análisis político-cultural", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2020, 22, n° 12.

FOUCAULT, Michel, "La sociedad punitiva", Fondo de Cultura Económica, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, 1ª ed.

GONZÁLEZ BELLENE, Carlos H., "Tensiones y contradicciones entre la prisión perpetua y el Estado de derecho", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, LA LEY, año IX, n° 8, septiembre 2019, pp. 187-198.

JULIANO, Mario Alberto - ÁVILA, Fernando, "Contra la prisión perpetua. Una visión histórica y comparada de las penas a perpetuidad", Editores del Puerto, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2012.

SOSA NAVARRO, Marta, "Aut dedere aut judicare", *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 2015, N°8, pp. 171-182.

TAGLIANETTI, Esteban Federico, "Análisis constitucional del indulto y la conmutación de penas. ¿Qué requisitos se deben cumplir para su legítima emisión?", *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Universidad Nacional de La Plata, año 16, n° 49, pp. 195-224.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "El máximo de la pena de prisión en el derecho vigente", LA LEY, 2010-C, 966, LJU Tomo 147, DEXT-23, cita online: AR/DOC/3149/2010

Jurisprudencia

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, 09/07/2013, caso "Vinter vs. Reino Unido".

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, 17/01/2017, caso "Hutchinson vs. Reino Unido".

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, 27/04/2016, caso "Murray vs. Países Bajos".

Notas periodísticas

Mendoza Post, 19/10/2020, "La prisión perpetua es constitucional", https://www.

mendozapost.com/nota/164041-la-prision-perpetua-es-constitucional/.

La Nación, 11/10/2016, "Juan Carlos Blumberg: ´La gente que cometió un delito tiene que saber que eso le va a costar caro´", HYPERLINK "https://www.lanacion.com.ar/seguridad/juan-carlos-blumberg-la-gente-que-cometio-un-delito-tiene-que-saber-que-eso-le-va-a-costar-caro-nid1946079/" https://www.lanacion.com.ar/seguridad/juan-carlos-blumberg-la-gente-que-cometio-un-delito-tiene-que-saber-que-eso-le-va-a-costar-caro-nid1946079/.

Plataforma de Información para Políticas Públicas, 13/09/2012, "Ya es ley la restricción de salidas transitorias de las cárceles", http://www.politicaspublicas.uncu.edu.ar/novedades/index/ya-es-ley-la-restriccion-de-salidas-transitorias-de-las-carceles.

El impacto y actualidad de la declaración de ilegalidad de la designación de fiscales *ad hoc* y subrogantes por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (*)

Mario Augusto Fernández Moreno (**)

Sumario: I. Planteo del problema.— II. Análisis normativo.— III. Antecedentes jurisprudenciales.— IV. Conclusión.

I. Planteo del problema

La cuestión tiene un doble impacto, en dos órdenes totalmente diferentes. Por un lado, supone el nombramiento y la intervención de sujetos no admitidos legalmente en los procesos penales —e incluso civiles: acciones de amparo, hábeas data y en todas las cuestiones de competencia (cfr. art. 39, ley 24.946), y en otras materias no penales, como pueden ser las solicitudes de ciudadanía argentina (arts. 30 y 31 de la ley 27.148)— con la consecuente nulidad absoluta que ello puede acarrear (art. 167, incs. 1° y 2° y 168 del Cód. Proc. Penal de la Nación, ley 23.984; y art. 125 del Cód. Proc. Penal Federal, ley 27.063). Y por otro, significa la conformación de antecedentes curriculares inválidos respecto a dichos funcionarios, lo que naturalmente los favorece indebidamente en los procesos concursales para cubrir vacantes en el propio Ministerio Público Fiscal que integran, en el Ministerio Público de la Defensa, pero también en el Poder Judicial (de la Nación y de las provincias), e incluso en otros ámbitos (académico, de investigación, etc.).

II. Análisis normativo

Advierto al lector que se hará un examen conjunto de las leyes 24.946 (BO 23/03/1998) y 27.148 (BO 18/06/2015), principalmente porque muchas de las situaciones actuales que quedan bajo análisis en el presente, tienen su origen en la primera de las normas citadas; y subsidiariamente porque ello concuerda con el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación según el cual: 1. es regla de hermenéutica de las leyes atender a la armonía que ellas deben guardar con el orden jurídico restante y con las garantías de la Constitución, debiendo —en los casos no expresamente contemplados— preferirse la interpretación que favorece y no la que dificulta aquella armonía y los fines perseguidos legis-

(*) El presente artículo trata de un tema que quienes estamos en contacto con el proceso penal del fuero federal —pues se trata de un fenómeno que no ocurre en el fuero ordinario— aprendimos a convivir hace un tiempo, pero que tiene absoluta actualidad: se trata de la intervención de funcionarios del Ministerio Público Fiscal (mayormente Secretarios o Prosecretarios letrados) en calidad de fiscales denominados "subrogantes" y/o *ad hoc* (locución latina que significa, literalmente, "para esto", conforme la Real Academia Española), designados directamente por la Procuración General de la Nación.

(**) Secretario Federal del Juzgado Federal N° 1 de Bahía Blanca desde el año 2008. Diplomado Internacional en Derechos Humanos y en Corte Penal Internacional, ambos de la International University For Global Studies de la UNESCO. Actualmente integra la Lista de Conjueces para subrogar el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Bahía Blanca, aprobada por el Plenario del Consejo de la Magistratura de la Nación por Resolución 251/2020.

lativamente**(1)**; 2. las leyes deben interpretarse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones para adoptar como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto **(2)**; y 3. en materia de interpretación de la ley no es siempre método recomendable el atenerse estrictamente a las palabras de la ley, ya que el espíritu que las nutre es lo que debe rastrearse en procura de una aplicación racional **(3)**.

Aclaro de antemano que no se trata aquí de discutir la autonomía funcional y la autarquía financiera que constitucionalmente tiene el Ministerio Público Fiscal para garantizar su independencia con el fin de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad (art. 120 de la CN, art. 1° de las leyes 24.946 y 27.148), ni tampoco se pretende cuestionar la función que tiene de ejercer la acción penal pública (arts. 5° y 65 del Cód. Proc. Penal de la Nación, ley 23.984) o el impulso de la persecución penal y, ahora, la posibilidad de disponer de ella en determinados supuestos (art. 6°, 25 y 30 del Cód. Proc. Penal Federal, ley 27.063).

Ahora bien, la defensa de la legalidad, el impulso de la acción penal, y el éxito de las investigaciones no puede alcanzarse utilizando medios que puedan considerarse ilegales, y esto es lo que ha ocurrido en muchos casos, bajo el paraguas de valerse la Procuración General de la Nación de las facultades que le otorga la Ley Orgánica para revertir problemas organizacionales, de ineficiencia o inoperancia del Ministerio Público Fiscal [arts. 11 y 33 inc. g), ley 24.946; y art. 12 de la ley 27.148], o alegando los principios de subordinación jerárquica, unidad de actuación y coherencia institucional, o eficiencia y desformalización [art. 1° de la ley 24.946; y art. 9° incs. a), b) y h) de la ley 27.148].

En el mismo orden de ideas, si bien la ley 24.946 —modificada por la ley 27.148— establece la composición del Ministerio Público Fiscal y habilita al Procurador General a efectuar las designaciones necesarias en miras de alcanzar los objetivos y propósitos fijados por el art. 120 de la CN, lo cierto es que dicha norma también establece en su art. 74 que toda alteración de la estructura básica del Ministerio Público Fiscal que implique la afectación de los derechos emergentes de la relación de servicio de los magistrados, funcionarios y empleados en funciones, y la creación de cargos de magistrados, deberá ser previamente aprobada por el Congreso.

El art. 3° de la ley 24.946, enumera los magistrados que componen el Ministerio Público Fiscal, entre quienes enumera —en los incs. e) y f)— a los "fiscales ante los jueces de primera instancia" y a los "fiscales auxiliares de las fiscalías de primera instancia". Por su parte, el art. 44 la ley 27.148 especifica en los incs. e), f), g) y h) que integran dicho Ministerio —en lo que aquí interesa— los "fiscales" y "auxiliares fiscales" (nótese aquí que, respecto de la norma anterior, se invirtieron las palabras en la denominación de los auxiliares).

Cabe destacar que los arts. 5°, 6°, 7° y concordantes de la ley 24.946 regulan lo atinente a la designación y requisitos exigidos para los magistrados *titulares* del Ministerio Público Fiscal, estableciéndose los mecanismos para su designación (llamado a concurso y antecedentes, terna de candidatos al Poder Ejecutivo, de la cual este elegirá uno, cuyo nombramiento requerirá el acuerdo de la mayoría simple de los miembros presentes del Senado). La ley 27.148 también lo hace, fijando los requisitos necesarios en los arts. 45 a 47, refiriéndose expresamente al procedimiento para la designación de magistrados (es decir, fiscales) en el art. 48, donde se indica que para ello *"se llevarán adelante concursos públicos de oposición y antecedentes* (que en parte son regulados en los arts. 49 y 50)*, de los cuales surgirán las ternas de candidatos que el Procurador General de la Nación presentará* [cfr. art. 12, inc. l, ley 27.148] *al Poder Ejecutivo quien elegirá a uno de ellos, cuyo nombramiento requerirá el acuerdo de la mayoría simple de los miembros presentes del Senado."*

(1) Caso "Jauregui", del 07/08/1984, LA LEY, 1985-A, 382, cita online: AR/JUR/261/1984.

(2) *In re* "Wildman", del 26/06/1984, LA LEY, 1985-B, 291, cita online: AR/JUR/2119/1984.

(3) Autos "Sindicato de Mecánicos y Afines del Transporte Automotor", del 24/11/1983, LA LEY, 1984-B, 196, cita online: AR/JUR/2454/1983.

Para la designación de un fiscal titular —antes— debían seguirse los mecanismos previstos en la res. PGN 101/07 (Reglamento vigente hasta el concurso N° 93) o en la res. PGN 751/2013 (Reglamento vigente a partir del concurso N° 94 hasta el N° 110), y —ahora— debe observarse el Reglamento para la selección de Magistrados vigente, aprobado por res. PGN 1457/2017 y modificado por res. PGN 1962/2017 y PGN 19/2018.

En relación con el trámite legal, en el sitio https://www.argentina.gob.ar/justicia/argentina/seleccionmagistrados se explica minuciosamente el procedimiento, conforme a las pautas del dec. 588/2003, que incluye: 1. difusión en la página web oficial del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en el Boletín Oficial de la República Argentina y en dos diarios de circulación nacional (y en un diario de circulación en la jurisdicción respectiva, cuando el cargo tuviere asiento en las provincias), del cargo a cubrir, la integración de la respectiva terna, los puntajes obtenidos en las evaluaciones, y el *curriculum vitae* de cada uno de los ternados; 2. la posibilidad de que los particulares, los colegios profesionales, etc. puedan presentar observaciones, objeciones, posturas y demás circunstancias que consideren de interés; 3. presentación de los ternados de una declaración jurada patrimonial y pedido de informe a la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), preservando el secreto fiscal, relativo al cumplimiento por parte de los ternados de sus obligaciones impositivas y previsionales; y 4. elevación de las actuaciones por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, al Poder Ejecutivo Nacional, el que dispondrá la elevación de la propuesta de uno de los ternados al Senado de la Nación, a fin de recabar el acuerdo pertinente.

A su vez, el art. 11º de la ley 24.946 regula los reemplazos en los supuestos de recusación, excusación, impedimento, ausencia, licencia o vacancia, de los miembros del Ministerio Público, estableciendo: "[D]e no ser posible la subrogación entre sí, los magistrados del Ministerio Público serán remplazados por los integrantes de una lista de abogados que reúnan las condiciones para ser miembros de dicho Organismo, la cual será conformada por insaculación en el mes de diciembre de cada año", siendo esto último regulado en las res. PGN 13/1998 y 35/1998. La art. 60 de la ley 27.148 también prevé la posibilidad de sustitución en caso de recusación, excusación, impedimento, ausencia, licencia o vacancia de los miembros del Ministerio Público Fiscal de la Nación, autorizando su reemplazo "en la forma que establezcan las leyes o reglamentaciones correspondientes".

Finalmente, el inc. g) del art. 33 de la ley 24.946 autoriza al Procurador, cuando la importancia o dificultad de los asuntos lo hagan aconsejable, disponer: "...[F]undadamente (...) la actuación conjunta o alternativa de dos o más integrantes del Ministerio Público Fiscal de igual o diferente jerarquía, respetando la competencia en razón de la materia y del territorio...", quedando la actuación de los fiscales que se designen "sujeta a las directivas del titular". Lo propio hace la ley 27.148 en el art. 12, inc. d), que habilita al Titular del Ministerio Público Fiscal a: "Disponer la actuación conjunta o alternativa de dos o más integrantes del Ministerio Público Fiscal cuando la importancia o dificultad de un caso o fenómeno delictivo lo hagan aconsejable.", pero con dos modificaciones importantes, en tanto retira del texto normativo la necesidad de que esa disposición sea fundada, y deja a un lado la sujeción del fiscal asignado a las directivas del titular. Esta última, prevé también —en el art. 32— que el "Procurador General de la Nación podrá crear unidades fiscales especializadas con el objeto de investigar y abordar fenómenos generales que por su trascendencia pública o institucional o razones de especialización o eficiencia así lo requieran" y que designará a sus titulares "entre los fiscales generales y fiscales del Ministerio Público Fiscal de la Nación".

Nada dice la ley 24.946, ni tampoco la ley 27.148, en ninguno de sus artículos, sobre fiscales "subrogantes", ni tampoco sobre fiscales *ad hoc* [solo se hace referencia a esta última categoría en relación con los peritos, que pueden ser designados por los magistrados de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas: art. 50, inc. a), ley 24.946].

Frente a la reseña del plexo normativo que regula las designaciones de fiscales, las palabras del Dr. Ricardo Sáenz, dando una vuelta de tuerca más al tema, iluminan de forma precisa el *quid* de la cuestión bajo análisis: "No veo la forma en que una resolución del procurador general de la Nación pueda reemplazar este

mecanismo [refiriéndose a los concursos] constitucional y legal de designación de un fiscal en una vacante efectiva.", concluyendo después que la "facultad del procurador general de designar fiscales en cargos vacantes eludiendo el sistema de concursos, constituye una interpretación *contra legem*, violatoria de los principios consagrados en la ley" **(4)**.

III. Antecedentes jurisprudenciales

Lo dicho nos remite directamente al fallo "De Martino" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 336:1172), del 14/08/2013, en el que declaró la *ilegalidad* de una Resolución de la Procuradora General de la Nación (PGN 30/2012) que designaba en forma directa a una Secretaria como Procuradora Fiscal ante la Corte, con fundamento en que ello no se compadece con el régimen general previsto en el art. 11 de la ley 24.946, ni con la normativa reglamentaria establecida por medio de las res. PGN 13/1998 y 35/1998.

En concreto, la Corte Suprema fijó su postura, entendiendo que está prohibido —y es ilegal— la designación directa de abogados, de funcionarios o auxiliares del Ministerio Público, en el cargo de fiscal, ni siquiera como excepción; y que solo está permitido la designación como subrogantes de magistrados que ya revistaban antes en el cargo de fiscales. Allí la Corte Suprema consideró, entre otras cosas, que en ese caso advertía un quebrantamiento de principios fundamentales inherentes a la mejor y más correcta administración de justicia, al verificar la afectación de "la constitución legal misma de los tribunales federales, indispensable para fallar las causas" (resaltado en el fallo original), situación que extendió "naturalmente a la representación del Ministerio Público Fiscal", de acuerdo con su intervención necesaria en orden a lo dispuesto en la Constitución Nacional y la ley 24.946.

El mismo criterio ha seguido la Cámara Federal de Salta **(5)** declarando la ilegalidad de una Resolución de la Procuración General de la Nación (PGN 67/2012) y la invalidez de la triple designación que ella contiene de un abogado (antes apoderado de las víctimas querellantes), primero, en el cargo de Secretario de Fiscalía de Primera Instancia vacante en la estructura central de la Procuración General de la Nación, luego, como Secretario de Fiscalía de Primera Instancia interino, y después, como fiscal *ad hoc*. Como nota saliente, el fallo señala que, a pesar de tratarse de un supuesto de hecho parcialmente diferente, el precedente "De Martino" de la CS "resulta de aplicación al caso de autos por cuanto efectúa una clara interpretación y análisis de las mismas normas en cuestión y destaca los principios generales existentes en la normativa vigente para la subrogación o reemplazo en los casos previstos de los magistrados del Ministerio Público Fiscal".

En el mismo sentido, la Cámara Federal de Casación Penal **(6)**, con intervención de dos *amicus curiae* (el profesor Dr. Richard J. Goldstone y el C.E.L.S.), confirmó la sentencia citada en el párrafo anterior —con votos de los Dres. Eduardo Rafael Riggi y Juan Carlos Gemignani— por entender que "resulta ajustada a derecho y constituye una derivación razonada del texto de la ley 24.946 y del criterio seguido sobre el particular por la Corte Suprema de Justicia de la Nación"; y precisó que la designación de fiscales (titulares) como subrogantes tiene un único principio rector que consiste en que "magistrados del Ministerio Público Fiscal deben subrogarse entre sí", que cede únicamente en caso de no resultar posible, habilitando en forma excepcional el uso de las listas insaculadas conforme el art. 11 de la ley 24.946.

Cabe agregar, además, que en el citado fallo el Tribunal indicó específicamente: "Lo que nunca puede suceder, porque precisamente se encuentra fuera de la ley —y por añadidura de su correspondiente reglamentación—, es que se proceda a la designación directa de un funcionario o auxiliar del Ministerio Público Fiscal, sin observar el principio general allí mencio-

(4) Resaltado en el original, cfr. "Los traslados de Fiscales ¿una garantía contra la arbitrariedad, o una nueva forma de designarlos?", Publicado en: ADLA, 2005-C, 3609, Cita Online: AR/DOC/1577/2005.

(5) Expte. N° 012/2013 caratulado "Incidente de nulidad procesal presentado por la defensa de Carlos Pedro Tadeo Blaquier y Alberto Enrique Lemos en exptes. 195/2009 y 296/2009", del 22/10/2013.

(6) Sala IV, en la causa 1775/2013 "Blaquier, Carlos Pedro Tadeo y otro s/ recurso de casación", reg. N° 366.15.4, del 13/03/2015.

nado —subrogancia entre titulares entre sí— o sorteando la lista legalmente estipulada y confeccionada al efecto."

Respecto de los fiscales *ad hoc* o coadyuvantes, luego de analizar el art. 33, inc. g) de la ley 24.946, la Cámara Federal de Casación Penal se pronunció manifestando que uno de los requisitos que establece ese artículo es que las personas nominadas ya sean integrantes del Ministerio Público Fiscal y —por remisión al art. 3° de la citada norma— concluyeron que "el concepto de "integrante" del Ministerio Público Fiscal abarca solo a los fiscales de las distintas instancias y no a otros funcionarios o auxiliares del organismo." y que, por ello, la designación de fiscales *ad hoc* solo puede ser hecha respecto de magistrados que ya reúnan previamente la condición de fiscales (titulares), destacando que el artículo "establece que el ejercicio de esta atribución debe ejercerse ‹respetando la competencia en razón de la materia y del territorio›, lo que refuerza aún más la idea de que la norma efectivamente se refiere a personas que ya revisten la calidad de fiscales y no a otros funcionarios o auxiliares."

Su conclusión, a fin de cuentas, fue que la res. PGN 67/2012 analizada "es ilegal, en la medida en que se produjo por fuera de las normas legales y reglamentarias que debían sustentarla", quedando el nombramiento así ordenado "huérfano de sustento legal al no tener anclaje en las normas que rigen la materia", y sobre el final dejaron claro que los procesos legales para designar o nombrar fiscales, sean estos titulares, subrogantes o *ad hoc*, funcionan como un tamiz para garantizar su objetividad.

La Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal (en la causa N° CFP 10.120/2016/1/CA1, carat. "Fiscal General s/ nulidad de apelación de fiscal *ad-hoc* en autos NN s/ incompetencia", del 17/11/2016), siguió un temperamento más práctico, pues si bien no resolvió declarar la ilegalidad de la res. MP 1404/2015 que había designado a una fiscal *ad hoc* (prorrogada por Resoluciones MP 2387/2015, MP 3267/2015, entre otras), con cita de los fallos "De Martino" de la CS y "Blaquier" de la Cámara Federal de Casación Penal, resolvió declarar la nulidad de un recurso de apelación firmado por la referida funcionaria *ad hoc*. Como fundamentos nuevos, agregó que "es principio básico de nuestro ordenamiento constitucional que ningún poder puede arrogarse mayores facultades que las que le hayan sido conferidas expresamente (Fallos: 137:47, entre otros) pues la regla según la cual es inválido privar a alguien de lo que la ley no prohíbe, ha sido consagrada en beneficio de los particulares (art. 19 de la Constitución Nacional), no de los poderes públicos. Estos, para actuar legítimamente, requieren de una norma de habilitación (Fallos: 32:120, entre otros)".

Asimismo, más cerca en el tiempo, la Cámara Federal de La Plata [Sala III, Secretaria Penal, en autos Nº FLP 2440/2015/1/CA1, c. 8612/III, caratulados "Incidente de nulidad en autos ‹Mencia, Alejandro Eugenio s/ lesiones leves (art. 89) y resistencia o desobediencia a funcionario público›", del 01/03/2019], analizó la designación de un "Subsecretario Letrado" como fiscal *ad hoc* por Resolución directa de la Procuradora General de la Nación (MP 2996/15, prorrogada por res. 4199/2015, 750/2016, 1981/2016, 2985/2016, 4024/2016 y 1286/2017) y abordó también la cuestión de la designación de los titulares de las procuradurías especializadas previstas en el art. 22 de la ley 27.148.

Dicho Tribunal sostuvo que el nombrado subsecretario letrado, actuando como fiscal *ad hoc*, suscribió oficios de la fiscalía, ordenó remisiones, extracción de testimonios y pruebas, y actos procesales —como proveídos de convocatoria a audiencias testimoniales y su posterior recepción—, es decir, impulsó la instrucción del expediente, pese a que eran facultades propias y exclusivas del fiscal titular, que "en rigor, debieron ser refrendados cuanto menos por el fiscal titular".

Como resultado, siguiendo también un carácter pragmático, concluyó que en la instrucción "existió una suerte de delegación implícita de funciones en cabeza de un secretario, primero, y luego en la de un fiscal *ad hoc*, que contrasta con el marco normativo que diseña la organización, funciones y facultades de los integrantes del Ministerio Público Fiscal", y consecuentemente resolvió "la invalidez de los actos procesales que cumplió en la condición ya apuntada, como solución que resguarda la garantía de toda persona de ser acusada y/o juzgada por

funcionarios con capacidad y competencia para hacerlo (arts. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros)."

IV. Conclusión

Como punto de partida, es necesario recordar que preservar el ejercicio de las funciones que la ley encomienda al Ministerio Público Fiscal es indispensable (CS, caso "Lamparter", Fallos: 315:2255, y su cita de Fallos: 311:593), ya que este debe ajustar su actuación a la ley, en la medida que debe actuar como "guardián de la legalidad y del debido proceso" (CNCasación Penal, sala IV, causa 8295/2008, sent. del 10/09/2008), con la finalidad de garantizar la defensa en juicio del imputado, la paridad de armas entre acusación y defensa, la carga acusatoria de la prueba, la lealtad procesal y, por último, el mejor conocimiento de la verdad de lo ocurrido como presupuesto de la imposición de sanciones (castigos) contra el imputado (Guzmán, Nicolás: "La objetividad del fiscal o el espíritu de autocrítica. Con la mirada puesta en una futura reforma", en "Revista de Derecho Procesal Penal. La actividad procesal del Ministerio Público Fiscal", III, Buenos Aires, Rubinzal y Culzoni, 2008-2, p. 247).

Por ello, en primer lugar, y en vista a preservar la alta función que desempeñan los integrantes del Ministerio Público Fiscal, es innegable que la declaración por parte de la CS de la ilegalidad de la designación directa de abogados como fiscales subrogantes y/o *ad hoc*, debería ser doctrina a seguir sin hesitación por el resto de las instancias.

Ello así, antes que nada, porque los designados en forma directa por la Procuración General de la Nación como fiscales subrogantes y/o *ad hoc* no rindieron concurso para ello, no aprobaron examen alguno para las Fiscalías cuya titularidad dicen encabezar, no integraron ninguna terna al efecto, su propuesta no fue elevada por el Procurador, no fueron elegidos por el Poder Ejecutivo, no obtuvieron el pertinente acuerdo del Senado y tampoco juraron para desempeñar el cargo. Es decir, no reúnen ninguno de los requisitos procedimentales exigidos para ser considerados fiscales y, en consecuencia, no lo son, resultando ilegal su asimilación a ellos por vía de las referidas designaciones directas.

En todo caso, si no fuera por propia convicción, la ilegalidad de la designación directa de abogados como fiscales subrogantes y/o *ad hoc* debería ser declarada al unísono por los Tribunales en función de la doctrina judicial del leal acatamiento (Fallos: 245:429; 255:119; 264:443; 293:531, entre muchos otros y Gelli, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada" LA LEY, 2da. edición, 2004, p. 825 y ss.), indispensable para la tranquilidad pública, la paz social y la estabilidad de las instituciones (conf. CNPenal Económico, Sala III, 29/03/1983, "Mandra, Juan C.", publicado en LA LEY 1983-C, 580; AR/JUR/805/1983).

En segundo término, y con el mismo propósito, entiendo que la referida declaración de ilegalidad debería tener un correlato directo en la faz procesal de las causas en trámite, en particular, por vía de la declaración judicial de nulidad de todo lo actuado por los fiscales subrogantes y/o *ad hoc*, siempre que no sea posible mantener su validez por la actuación concomitante de un fiscal titular, pues es la única manera de brindar un efecto concreto y tangible a la susodicha tacha de ilegalidad.

De lo contrario, si pese a anularse judicialmente la designación de "fiscales" mal designados, se mantienen la validez de sus actos cumplidos durante el ejercicio irregular de sus desempeños, la solución correcta cae en un contrasentido insalvable, porque —a pesar de advertir la ilegalidad— deja a salvo el producto de esa actuación, que luego del pronunciamiento judicial, resulta a todas luces nulo de nulidad absoluta e insanable, por imperio de la norma procesal (art. 167, incs. 1 y 2 y 168 del Cód. Proc. Penal de la Nación, ley 23.984; y art. 125 del Cód. Proc. Penal Federal, ley 27.063).

Desde otro ángulo, está claro que el Estado no puede justificar el producido emanado de las designaciones ilegales de sus funcionarios so pretexto de garantizar alegadas razones de "seguridad jurídica", pues lo que efectivamente aseguraría la vigencia de ese principio es que se sancione con la nulidad aquellos hechos que lo merecen, máxime cuando están en juego principios y derechos constitucionales que tienen

que ver con el inviolable derecho de defensa y el debido proceso legal, con tanto o más peso que aquel.

La calificación de "ilegal" dada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y seguida por los Tribunales frente a las Resoluciones de la Procuración General de la Nación analizadas, es demasiado contundente para luego obviar su enorme trascendencia, y las consecuencias que de ella dimanan. La literalidad del término "ilegalidad" utilizado por nuestro Máximo Tribunal para referirse a la Resolución de la PGN que analizó, deja poco margen a la interpretación, aunque —ya en el terreno especulativo— entiendo que el término fue elegido para evitar calificar la designación cuestionada como simplemente "nula", porque de haberlo hecho de esta forma, habría resultado francamente contradictorio en el mismo decisorio mantener la validez de los actos cumplidos.

Afortunadamente, los últimos pronunciamientos analizados dan cuenta de un cambio de paradigma, y a la vez que citan el fallo "De Martino" de la CS, y califican de ilegales las designaciones directas cuestionadas, también se centran en el análisis de los actos procesales realizados por los fiscales así designados, y los anulan.

En este sentido, es un dato significativo que incluso los propios fiscales titulares han propiciado la declaración de nulidad de lo actuado por sus pretensos pares subrogantes y/o *ad hoc*, pudiendo darse como ejemplos los casos del Fiscal General Adjunto, Dr. Carlos E. Racedo, y del Fiscal General, Dr. Germán Moldes. Así surge de la causa CFP 10.120/2016/1/CA1, antes citada.

Por otra parte, sin pretender agotar el tema, dejo señalado que del fallo de la CS "De Martino" surge otro orden de consecuencias, en un plano diferente, que es el relacionado con los concursos públicos de oposición y antecedentes.

En este sentido, me aventuro a señalar que la inobservancia de las leyes 24.946 y 27.148 y de los reglamentos respectivos para la supuesta designación de fiscales subrogantes y /o *ad hoc*, pone en evidencia la ausencia manifiesta de andamiaje legal a los antecedentes laborales que exhiben los beneficiados por esos nombramientos (por ejemplo, en los rubros trayectoria y especialidad en los concursos que lleva adelante el Consejo de la Magistratura), lo que resulta inadmisible, en tanto y en cuanto los concursos deben estar regidos por los principios de objetividad, igualdad de oportunidades y transparencia (art. 49, ley 27.148).

Una designación reputada ilegal nunca podría ser el origen de una referencia curricular válida a considerar en un concurso público de oposición de antecedentes. Consecuentemente, jamás podrían atribuírsele a los nombrados fiscales subrogantes y/o *ad hoc* designados directamente, en el marco de concursos públicos —como de hecho ocurre— ni antigüedad como fiscales, ni antecedentes en el desempeño por dicha función, porque legalmente nunca reunieron las condiciones para poder considerarlos de ese modo.

De seguro, el impacto de este razonamiento es impredecible, pues el volumen de vacantes en el Poder Judicial de la Nación y provinciales, y en los respectivos Ministerios Públicos es enorme, y la cantidad de concursos en trámite no lo es menos. Por solo poner un ejemplo, de las Memorias Anuales del Consejo de la Magistratura de la Nación surge que —a octubre de 2020— existen 294 cargos vacantes sobre un total de 988 puestos totales (el 29,9% de los magistrados) conforme denuncia la Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial en su informe de "Estado de los Concursos en Trámite" y "Estado de los Concursos Finalizados" (publicados en el sitio web de la Comisión que surge de https://old.pjn.gov.ar/). Es decir, tomando solamente al Poder Judicial de la Nación, existen en la actualidad al menos 294 posibilidades para que aquellos sujetos designados en forma directa como fiscales subrogantes y/o *ad hoc* exhiban sus engañosos (por ilegales) antecedentes y los utilicen para obtener nuevas —y ahora legales— designaciones.

Los medios de prueba y las desobediencias a las prohibiciones de contacto en los casos de violencia de género: notificaciones electrónicas y nuevas tecnologías (*)

Gisela Santangelo (**)

Sumario: I. Introducción.— II. El deber de debida diligencia reforzada y las medidas de protección y seguridad en el derecho internacional de los derechos humanos.— III. Las medidas de protección en el ámbito local.— IV. Las notificaciones de las medidas de seguridad. Los medios existentes y la utilización de vías de comunicación tecnológicas.— V. Reflexiones finales.

I. Introducción

Frente a casos de violencias de género **(1)**, la Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres prevé la posibilidad de disponer medidas preventivas urgentes como, por ejemplo, la prohibición de acercamiento personal o por cualquier medio (art. 26, inc. 1°) **(2)**.

(*) Agradezco a Victoria Fraga y a Mariano G. Valentini por las observaciones, comentarios y aportes. También, agradezco a mis compañeras de trabajo de la Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres (UFEM) con quienes conversamos y debatimos temas como el que aquí se aborda, permitiéndome elaborar preguntas e ideas que sin lugar a duda nutrieron este trabajo.

(**) Abogada UBA. Magíster en Criminología y Sociología Jurídico-Penal de la Universidad Nacional de Mar del Plata y la Universidad de Barcelona, docente UBA, integrante de la Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres del Ministerio Público Fiscal de la Nación.

(1) Para este artículo preferiré utilizar nociones como "violencia de género", asumiendo la amplitud de dicho término pero que, pese a ello, resulta ser, a mi entender, más inclusivo de las diferentes formas de opresión estructural, sistemática e interseccional dirigidas hacia las personas en función de ciertas relaciones de poder, su identidad de género, expresión y orientación sexual, con la pretensión de abarcar, a través de dicha enunciación las diversas formas de desigualdad, discriminación y violencia que no solamente afectan a las mujeres cis. En ese sentido, téngase en cuenta lo dicho por la CIDH en cuanto que "ha entendido la perspectiva de género como un concepto que visibiliza la posición de desigualdad y subordinación estructural de las mujeres y niñas a los hombres, debido a su género, y como una herramienta clave para combatir la discriminación y la violencia contra las mujeres, así como contra las personas con diversidad sexual y de género, de conformidad con los estándares interamericanos en la materia" (CIDH, "Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes", OEA, 2019 p. 11. http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaMujeresNNA.pdf).Personalmente, adhiero a realizar los mayores esfuerzos por no convertir en sinónimos las nociones de "violencia contra las mujeres" y "violencia de género" cuando la primera forma parte de la segunda, la cual es sin duda más amplia.

(2) En nuestro país, la existencia de la Ley de Identidad de Género nos abre un paraguas legal para comprender las diversas expresiones y manifestaciones del género,

En el caso de que la persona desobedezca una medida dispuesta por quien ejerce la función pública podría recibir una sanción penal ya que su conducta se encontraría abarcada dentro de las previsiones del artículo de desobediencia a funcionario público, previsto en el art. 239 el Cód. Penal **(3)**. Sin embargo, para que ello suceda, lógicamente, la persona debe estar enterada de la existencia de una medida en su contra, dado que, de no ser así, no se podría responsabilizar a alguien por no haber cumplido una orden que desconocía.

Ahora bien, cabe preguntarse, ¿cuándo consideramos que una persona se encuentra debidamente notificada de la medida de seguridad dispuesta?, ¿en qué consiste una notificación fehaciente?, ¿la notificación electrónica o por medios virtuales lo es?

A partir de mi trabajo como integrante de la Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres del Ministerio Público Fiscal **(4)**, he tomado contacto con diversos casos de violencias de género, principalmente de violencia doméstica de varones cis hacia mujeres cis, en los que advertí que si bien tanto los juzgados civiles como los penales —como así también las fiscalías—, le otorgan prioridad al ordenamiento de medidas de protección, como botón antipánico o prohibición de contacto, a la hora de realizar las notificaciones de las prohibiciones de acercamiento aparecen ciertas dificultades que suelen atentar contra la materialización de la medida.

Vale destacar que, las medidas de prohibición de contacto pueden tener un efecto "simbólico" en la persona denunciante al percibir que le asiste razón con el ordenamiento de dicha medida y un efecto "real" ya que su vulneración configura un delito **(5)**. Sin embargo, muchas personas que realizan este tipo de denuncias experimentan insatisfacción frente a la inacción por parte de quienes desempeñan la función pública ante los incumplimientos de las órdenes dispuestas, de lo que, autoras como Elena Larrauri, deducen que resulta más beneficioso incrementar los medios de control de cumplimiento que las severidades en las respuestas **(6)**.

Asimismo, resulta atinado observar que, en muchas investigaciones, no se advierten los esfuerzos necesarios para notificar a quien comete el hecho delictivo, lo cual redunda en una desprotección de la persona que requiere la medida de seguridad. También sucede que, en un principio, el cumplimiento de la notificación para proteger a las personas se da por satisfecho con la notificación electrónica, prevista en la Ley 26.685. Sin embargo, luego, ante un caso de desobediencia, este medio no se valora como un elemento de prueba relevante o suficiente para tener por acreditada la notificación de la medida.

Incluso, en los casos en donde se suceden renovaciones reiteradas de la prohibición de acercamiento, donde algunas se notifican personalmente por medio de personal policial y otras no, tampoco se toman en cuenta elementos probatorios diferentes que podrían servir

---

más allá de la lógica binaria varón cis- mujer cis. La ley 26.743 define a la identidad de género como "(...) a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo" (art. 2°). Si consideramos que la noción "violencia de género" es respetuosa de la "identidad de género" a la que se refiere la ley mencionada, estaremos haciendo referencia a todas las experiencias de violencia en razón del género de las personas. Aun cuando varias de nuestras leyes solamente se refieren a las violencias perpetradas contra las mujeres. De manera que "(...) se invoca un marco que aparenta ser comprensivo de todas las experiencias de violencia motivadas por el género de las personas, pero que, en rigor, aplica a una fracción de ellas" (PÉREZ, Moira - RADI, Blas, "El concepto de ‹violencia de género› como espejismo hermenéutico. Igualdad, autonomía personal y derechos sociales", 8, 2018, p. 84).A lo largo del presente trabajo, cuando se haga referencia a aquellos ordenamientos, normativas, principios o reglas que solo se refieren a "mujeres", deberán analizarse a la luz de la Ley 26.743 de identidad de género.

(3) Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquel o en virtud de una obligación legal.

(4) Resolución PGN 1960/2015 y Res. PGN 427/2016.

(5) LARRAURI, Elena, "Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica", Editorial Bdef, Buenos Aires, 2008, p. 105.

(6) Ibidem.

para probar que la persona tenía conocimiento de que no podía acercarse a la denunciante.

En ese punto, vale preguntarse si los medios electrónicos —cédulas, correos, mensajes por redes sociales, entre otros—, son útiles y suficientes para dar por notificada a la persona.

Quienes denuncian violencias de los tipos y modalidades previstas en la Ley 26.485, recurren reiteradamente a la comisaría cercana, a la Oficina de Violencia Doméstica o a los Centros de Acceso a la Justicia (atajos), entre otros espacios, a los efectos de denunciar dichos acercamientos que usualmente son acompañados de otros delitos —como amenazas, lesiones, entre otros —. A partir de ello, me pregunto cómo podríamos mejorar los mecanismos para que las personas que denuncian casos de violencias de género reciban respuestas adecuadas por parte del sistema de administración de justicia y que, una prohibición de acercamiento no sea un mero papel, sino una medida de resguardo efectiva para quien denuncia.

En ese sentido, me parece interesante poner sobre la mesa la urgente necesidad de "*aggiornar*" nuestro sistema de justicia al uso de las nuevas tecnologías que permitan agilizar los medios de notificación, sin que ello represente una afectación de las garantías constitucionales de las personas imputadas.

En pos de contribuir a dicho propósito, a continuación, pasaré a analizar la legislación vigente en la materia, los estándares internacionales en materia de violencias de género y las herramientas que nos ofrece la jurisprudencia nacional en relación con las notificaciones de medidas de seguridad, para luego reflexionar acerca de la relevancia de los medios electrónicos como indicios probatorios válidos en las investigaciones judiciales.

II. El deber de debida diligencia reforzada y las medidas de protección y seguridad en el derecho internacional de los derechos humanos

La Argentina asumió compromisos internacionales en materia de violencias de género al suscribir la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará), la primera de ellas con jerarquía constitucional.

A través del recorrido por dichas Convenciones, como también por los principios, reglas y fallos del Sistema Interamericano, encontraremos la relevancia que se le imprime a las medidas de protección en el marco de investigaciones y procesos judiciales dirigidas, tanto a las personas que padecen violencias de género como también a quienes podrían aportar testimonios fundamentales.

La definición de discriminación contra las mujeres prevista en el art. 1° de la CEDAW "incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad"**(7)**.

Por su parte, el artículo 1° de la Convención de Belém do Pará define la violencia contra las mujeres como "cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado". Además, este instrumento establece que "toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado", que incluye "el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación" (arts. 3° y 6°).

En el ámbito local, la Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales (ley 26.485), en su artículo 4°, define la violencia contra las mujeres como "toda conducta, por acción u omisión, basada en razones de género, que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, participación polí-

(7) Comité CEDAW, Recomendación General N° 19, 11° Período de Sesiones (1992), párrs. 1, 6 y 8.

tica, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción, omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón".

El dec. 1011/2010, reglamentario de la ley 26.485, define "relación desigual de poder" como "la que se configura por prácticas socioculturales históricas basadas en la idea de la inferioridad de las mujeres o la superioridad de los varones, o en conductas estereotipadas de hombres y mujeres, que limitan total o parcialmente el reconocimiento o goce de los derechos de estas, en cualquier ámbito en que desarrollen sus relaciones interpersonales" (art. 4°).

En esa línea, la Argentina se comprometió a actuar con debida diligencia reforzada en los casos de violencias de género, obligación que nace genéricamente de la Convención Americana de Derechos Humanos, como también de las obligaciones específicas de la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar La Violencia Contra La Mujer "Convención De Belem Do Para".

La relevancia del deber de debida diligencia tiene anclaje en la responsabilidad estatal de llevar a cabo investigaciones eficientes, a través de una legislación adecuada, políticas públicas pertinentes y mecanismos judiciales eficaces en los que se inviertan recursos humanos y económicos.

Si las investigaciones se llevan a cabo de modo ineficiente, si no se toman medidas de protección para resguardar la vida y libertad de las personas denunciantes, testigos o familiares, el mensaje que se transmite es la tolerancia hacia la violencia y la discriminación, lo cual genera desconfianza en el sistema judicial y puede impactar en los niveles de impunidad en casos de delitos de género **(8)**.

En cuanto a la protección a víctimas y testigos en procesos penales, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) convoca a que los Estados miembros adopten aquellas medidas que sirvan para garantizar la vida y la integridad personal de quienes denuncian homicidios y violencias por prejuicios, ya sean perpetradas por agentes estatales o no estatales **(9)**.

Desde la normativa internacional y nacional, surge la responsabilidad del Estado argentino de llevar a cabo investigaciones respetuosas de los derechos humanos y la adopción de medidas tendientes a proteger la vida e integridad de las personas víctimas de violencias de género.

Para ello, los Estados deben adaptar su marco legal y jurídico, mejorar sus estrategias de intervención e implementar políticas de prevención que redunden en una actuación eficaz frente a las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, e incluye la adopción de medidas para prevenir los factores de riesgo y así proteger a las personas víctimas de delitos de género **(10)**.

---

(8) "La impunidad favorece la perpetuación y aceptación social del fenómeno y produce en las mujeres un sentimiento de inseguridad y una persistente desconfianza en el sistema de administración de justicia. Por lo tanto, esa ineficacia o indiferencia judicial constituye en sí misma una discriminación de la mujer en el acceso a la justicia" (PIQUÉ, María, "Revictimización, acceso a la justicia y violencia institucional en 'Género y justicia penal'", comp. Julieta Di Corleto, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2017 p. 314).La Corte IDH también ha expresado que "la impunidad de los delitos cometidos envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia" (Corte IDH, Caso Fernández Ortega y otros Vs. México, Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 193).Por su parte, la CIDH ha dicho que "(...) cuando los Estados no llevan a cabo investigaciones exhaustivas e imparciales sobre los casos de violencia contra las personas LGBTI, la impunidad contra estos crímenes transmite el mensaje social de que la violencia es condonada y tolerada, lo que, a su vez, alimenta aún más la violencia y produce la desconfianza de las víctimas en el sistema judicial" CIDH. Violencia contra personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América. OAS/Ser.L/V/II.rev.1. 36, 12 noviembre 2015, p. 267. Disponible en:

(9) CIDH. Violencia contra personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América. OAS/Ser.L/V/II.rev.1. 36, 12 noviembre 2015, p. 262. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf.

(10) Corte IDH, Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México, sentencia del 16 de noviembre de 2009, Serie C-205, párrafos 258 y 285.

En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha expresado que frente a actos de violencia contra las mujeres resulta de suma relevancia que las autoridades que llevan adelante las investigaciones lo hagan con determinación y eficacia, teniendo presente el deber de la sociedad de rechazar esas violencias y las obligaciones del Estado de erradicarlas y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones públicas para su protección **(11)**.

Específicamente, en materia de protección y medidas de seguridad, la Convención de Belém Do Pará promueve: "(...) d. [A]doptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad; (...) f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos" (art. 7°).

Asimismo, la CIDH en el caso Maria da Penha Maia Fernandes concluyó: "(La) negligencia y falta de efectividad del Estado para procesar y condenar a los agresores, (...) no solo viola la obligación de procesar y condenar, sino también la de prevenir estas prácticas degradantes. Esa inefectividad judicial general y discriminatoria crea el ambiente que facilita la violencia doméstica, al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad, para sancionar esos actos"**(12)**.

Precisamente, al hablar de prevención y protección, la CIDH verificó que las autoridades estatales, sobre todo las fuerzas policiales, no cumplían con plenitud su deber de proteger a las víctimas de violencias en razón del género. Principalmente, la CIDH indicó que los problemas más graves que se habían podido verificar tienen que ver con el cumplimiento y seguimiento de las órdenes de protección o medidas cautelares, las cuales señalan que representan una situación particularmente crítica en el ámbito de la violencia intrafamiliar **(13)**.

A través de las recomendaciones efectuadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Recomendación General n° 33), se insiste en la relevancia de actuar con la debida diligencia reforzada (51, a.).

En efecto, se sugiere la protección de las mujeres querellantes, testigos, demandadas y reclusas ante amenazas, hostigamiento y otros tipos de daños, ya sea durante o después de las actuaciones judiciales. También, recomienda se proporcionen presupuestos, recursos, orientaciones y vigilancia necesario, así como los marcos legislativos, con el objeto de garantizar que las medidas de protección funcionen de manera efectiva (18, g.).

Asimismo, se recomienda la adopción de aquellas medidas que permitan garantizar que las mujeres no deban soportar demoras indebidas en sus pedidos de protección y que en todos aquellos casos en los que se denuncia discriminación basada en el género que se hallen comprendidos en el derecho penal, incluida la violencia, se tramiten de manera oportuna e imparcial (51, j.)

Además, la Relatora de las Naciones Unidas sobre violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, expresó su preocupación sobre el rol de las policías y su falta de intervención para prevenir las violencias e implementar órdenes de protección. Dichos comportamientos, señaló, promueven "(...) la impunidad, la perpetuidad y la repetición de estos delitos, y menoscaba la obligación de los Estados de ejercer la debida diligencia para prevenir delitos de violencia contra las mujeres"**(14)**.

En ese sentido, se recomienda en materia de protección cautelar y preventiva: "Diseñar e institucionalizar programas de capacitación destinados a todos los funcionarios estatales involucrados en el seguimiento y supervisión de

(11) Corte IDH, Caso Fernández Ortega y otros Vs. México, Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 193.

(12) CIDH, "Maria Da Penha Maria Fernandes", Informe de fondo del 16 de abril de 2001, Informe Nº 54/01, párr. 56.

(13) CIDH "Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas" OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68 20 enero 2007, párr. 166, p. 72.

(14) Ibidem, p. 73.

medidas de protección y medidas preventivas de actos de violencia contra las mujeres, particularmente a la policía, sobre la necesidad de asegurar el debido cumplimiento de estas medidas y las consecuencias de su incumplimiento. Sancionar a los funcionarios estatales que no realizan el debido seguimiento de estas medidas. (...) Diseñar e implementar recursos judiciales de naturaleza cautelar, sencillos, rápidos y accesibles, que puedan funcionar como un remedio idóneo y efectivo, para prevenir situaciones de violencia contra las mujeres"**(15)**.

Sobre todo, si entendemos que en los casos de violencias de género el acceso a la justicia **(16)** constituye un derecho fundamental, para que pueda desarrollarse plenamente, lo pertinente será la adopción de medidas de protección efectivas para seguridad de las víctimas, testigos y familiares. En muchos casos, quienes son víctimas de estas formas de violencias, temen ser intimidadas o represaliadas y guardan expectativas de recibir alguna forma de protección por parte de la administración de justicia. Los temores se incrementan cuando existe algún tipo de vínculo estrecho entre la persona que agrede y la persona agredida o cuando la persona que agrede forma parte de alguna organización o grupo delictivo organizado **(17)**.

De acuerdo con el Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém Do Pará (MESECVI), las estructuras estatales deben responder efectivamente y de manera coordinada para que se cumplan las órdenes de protección dispuestas en casos de riesgo para la vida e integridad de las mujeres, lo cual constituye una forma de advertir a la persona denunciada que se abstenga de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida e integridad de las mujeres **(18)**.

Para ello, no basta únicamente con que se dicte la medida de seguridad —que deben ser rápidas y efectivas— sino que es de suma importancia acompañar dichas medidas de mecanismos de seguimiento y supervisión **(19)**.

Por esos motivos, el Comité de Expertas realizó dos recomendaciones. En la primera: "insta a los Estados a asegurar que las medidas de protección sean expedidas en todos los casos de violencia contra las mujeres, vigilando su proceso de aplicación; realizando evaluaciones y estudios sobre su implementación y efectividad" y en la segunda recomienda; "implementar mecanismos para su cumplimiento; asegurar fondos para traslados y mecanismos de rescate, traslado y protección"**(20)**.

La Corte IDH a través de diversos precedentes insiste en el derecho a obtener una respuesta judicial oportuna y efectiva. Ese deber fue destacado por la Corte al establecer: "[A]nte un acto de violencia contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra la mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección (cf. Corte IDH, "Caso Inés Fernández Ortega vs. México", sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C N° 215, párr. 193; y caso "Espinoza Gonzáles vs. Perú", sentencia de 20 de noviembre de 2014, Serie C N° 289, párr. 241)"**(21)**.

(15) Ibidem, ps. 125/126.

(16) "El derecho de acceso a la justicia es pluridimensional. Abarca la justiciabilidad, la disponibilidad, el acceso, la buena calidad, el suministro de recursos jurídicos para las víctimas y la rendición de cuentas de los sistemas de justicia". Comité CEDAW, Recomendación General núm. 33, sobre el acceso de las mujeres a la justicia, CEDAW/C/GC/33, 03/08/2015, párr. 1.

(17) UNODC, "Cuestiones intersectoriales, Víctimas y testigos. Manual de instrucciones para la evaluación de la justicia penal", Naciones Unidas, 2010, p. 15. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/crimeprevention/Victims_and_Witnesses_Spanish.pdf.

(18) Tercer Informe Hemisférico sobre la Implementación de la Convención de Belém do Pará. Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI), 2017, pág. 160, párr. 490.http://www.oas.org/es/mesecvi/docs/TercerInformeHemisferico.pdf

(19) Ibidem, párrs. 492/493, p. 161.

(20) Ibidem, párr. 495, p. 161.

(21) Dirección General de Derechos Humanos, Colección de dictámenes sobre derechos humanos, cuadernillo 5 "El derecho a la protección contra todas las formas de violencia de género. Dictámenes del Ministerio Público Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2012-2018)", Buenos Aires, MPF,

De acuerdo con todo el análisis realizado, del ámbito interamericano se desprende el deber de los Estados, y esto incluye a la Argentina, de tomar medidas que pongan en práctica los compromisos asumidos en materia de violencias de género. Lo cual, no se limita a evitar tratos revictimizantes **(22)** en los procesos judiciales —algo fundamental— o enfocar todos los esfuerzos en obtener una sanción penal —que no necesariamente debe ser la prisión **(23)**— sino que durante cualquier proceso —civil o penal— quienes operan el sistema de justicia deben procurar llevar a cabo aquellas medidas tendientes a la protección de las vidas de quienes padecen violencias de género, pero también de quienes mantienen un vínculo estrecho con dichas personas y cuyo testimonio puede resultar de suma relevancia garantizar, ya que muchas veces por temor no quieren declarar en las causas judiciales y si se ven forzado a hacerlo puede resultar contraproducente para la averiguación de la verdad.

El Sistema Interamericano nos insta a ello, de ahí la relevancia de sostener un sistema legal que se adecúe a dichas exigencias y a la puesta en práctica de medidas que resulten eficaces para garantizar la seguridad de quienes sufren violencias de género. Una de esas formas será a través de la disposición de medidas de protección que representen un freno al contacto y acercamiento por parte de la persona que ejerce la violencia. Por ende, la relevancia del control estatal sobre las notificaciones de dichas medidas.

III. Las medidas de protección en el ámbito local

Como se verá, en el ámbito local, las medidas de protección se encuentran consagradas a través de la legislación nacional que promueve su implementación en casos de violencias de género, para proteger la vida e integridad personal de quienes la padecen.

La Ley 26.485 de Protección Integral establece el deber estatal de promover y garantizar "el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia" (art. 2°, inc. b), "las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos" (art. 2°, inc. c), "la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres (art. 2°, inc. e), y "el acceso a la justicia de las mujeres que padecen violencia" (art. 2°, inc. f).

Asimismo, dicha norma fija los derechos y garantías mínimas de los procedimientos judiciales dentro del todo el territorio de la República Argentina, estipulando concretamente, el derecho a obtener de parte de la justicia, "una respuesta oportuna y efectiva" (art. 16, inc. b), "recibir protección judicial urgente y preventiva cuando se encuentren amenazados o vulnerados cualquiera de los derechos enunciados en el artículo 3º de la presente ley" (art. 16, inc. e), y

2018, p. 11. Disponible en: https://www.mpf.gob.ar/dgdh/wp-content/blogs.dir/66/files/2017/04/DGDH-cuadernillo-5-Proteccion-contra-la-Violencia-contra-las-Mujeres.pdf

(22) Al respecto, la ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delito, establece: "Las autoridades adoptarán todas las medidas que prevengan un injustificado aumento de las molestias que produzca la tramitación del proceso, concentrando las intervenciones de la víctima en la menor cantidad de actos posibles, evitando convocatorias recurrentes y contactos innecesarios con el imputado" (art. 10) y la ley 26.485 —junto con su dec. regl. 1110/2010—, obliga a los operadores judiciales a evitar toda conducta, acto u omisión que produzca revictimización (art. 3°, inc. k). Conforme lo establecido mediante el decreto reglamentario, por revictimización se entiende "(...) el sometimiento de la mujer agredida a demoras, derivaciones, consultas inconducentes o innecesarias, como así también a realizar declaraciones reiteradas, responder sobre cuestiones referidas a sus antecedentes o conductas no vinculadas al hecho denunciado y que excedan el ejercicio del derecho de defensa de parte; a tener que acreditar extremos no previstos normativamente, ser objeto de exámenes médicos repetidos, superfluos o excesivos y a toda práctica, proceso, medida, acto u omisión que implique un trato inadecuado, sea en el ámbito policial, judicial, de la salud o cualquier otro".

(23) Exceden los límites del presente trabajo, no obstante, solo mencionaré que la búsqueda de la verdad y el acceso a la justicia por parte de quienes padecen violencia de género no necesariamente significa que la sanción que reciba la persona acusada sea la cárcel. Existen otras alternativas, diferentes a la prisión, que pueden dar resultados sumamente interesantes y mucho más adecuados para la protección de una persona y el cese de actos de violencia.

"a la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos" (art. 16, inc. i).

Específicamente, en el art. 26 de la ley mencionada se enumeran ciertas medidas preventivas urgentes que en cualquier etapa del proceso se pueden ordenar, ya sea a pedido de parte o de oficio. En ese sentido se detallan las siguientes: "a. 1. Ordenar la prohibición de acercamiento del presunto agresor al lugar de residencia, trabajo, estudio, esparcimiento o a los lugares de habitual concurrencia de la mujer que padece violencia; a.2. Ordenar al presunto agresor que cese en los actos de perturbación o intimidación que, directa o indirectamente, realice hacia la mujer; a.3. Ordenar la restitución inmediata de los efectos personales a la parte peticionante, si esta se ha visto privada de los mismos; a.4. Prohibir al presunto agresor la compra y tenencia de armas, y ordenar el secuestro de las que estuvieren en su posesión; a.5. Proveer las medidas conducentes a brindar a quien padece o ejerce violencia, cuando así lo requieran, asistencia médica o psicológica, a través de los organismos públicos y organizaciones de la sociedad civil con formación especializada en la prevención y atención de la violencia contra las mujeres; a.6. Ordenar medidas de seguridad en el domicilio de la mujer".

Dichas medidas son de carácter enunciativo, ya que la autoridad judicial puede ordenar toda otra medida que considere necesaria a los efectos de garantizar la seguridad de quienes padecen violencias de género, hacer cesar con esa violencia y evitar que se repita cualquier acto de perturbación o intimidación, agresión y maltrato "del agresor hacia la mujer" (a.7.).

Luego, se indica una serie de medidas específicas que se pueden disponer en los casos de violencia doméstica (art. 26, inc. b). La autoridad judicial puede ordenar más de una medida simultáneamente, ya que no son excluyentes entre sí, determinando la duración y el plazo máximo de dichas medidas por auto fundado (art. 27).

Una vez que la medida es ordenada por la autoridad competente, se debe notificar a la persona imputada de la existencia de la orden de protección dispuesta. Ello, puede hacerlo el juzgado o la fiscalía, por intermedio de las fuerzas de seguridad. En ningún caso, se puede delegar esa notificación en la persona denunciante y depende de las autoridades competentes controlar la notificación fehaciente **(24)**.

En el año 2017 se sancionó la Ley 27.372 de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos, la cual establece el deber de "reconocer y garantizar los derechos de las víctimas del delito y de violaciones a derechos humanos, en especial, el derecho al asesoramiento, asistencia, representación, protección, verdad, acceso a la justicia, tratamiento justo, reparación, celeridad y todos los demás derechos consagrados en la Constitución Nacional, en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos de los que el Estado Argentino es parte, demás instrumentos legales internacionales ratificados por ley nacional, las constituciones provinciales y los ordenamientos locales" (art. 3°, inc. a)

Asimismo, se fijan ciertos derechos para las víctimas, entre los cuales se destaca: "a que se adopten prontamente las medidas de coerción o cautelares que fueren procedentes para impedir que el delito continúe en ejecución o alcance consecuencias ulteriores" (art. 5°, inc. n).

Ahora bien, de acuerdo con el análisis de la normativa internacional y local, como también de los principios y recomendaciones en el ámbito interamericano, las medidas de seguridad y protección ante violencias de género tienen un rol fundamental y constituyen herramientas que los Estados deben brindar y garantizar de forma expedita y efectiva. Como se pudo ver, no es suficiente el mero dictado de una orden de seguridad, sino que es necesario su seguimiento y supervisión.

En Argentina, las medidas de protección pueden ser dictadas por la autoridad judicial (sin que la ley especifique fuero alguno) en cualquier etapa del proceso y deben ser notificadas

(24) UFEM, "Guía de actuación en casos de violencia doméstica contra las mujeres", MPF, Buenos Aires, 2016, p. 24. Disponible en: https://www.mpf.gob.ar/ufem/files/2016/11/UFEM-Gu%C3%ADa-de-actuaci%C3%B3n-en-casos-de-violencia-dom%C3%A9stica-contra-las-mujeres.pdf

a la persona imputada de forma fehaciente para que cese en su accionar.

Resultan preocupantes aquellas prácticas que se ven en lo cotidiano al trabajar en este tipo de casos, como, por ejemplo, las que *ponen en cabeza de la persona denunciante el deber de notificar a la persona que denuncia, siendo el Estado quien debe llevar a cabo dicha actuación.*

La notificación fehaciente al imputado interesa principalmente para resguardar la vida e integridad de la víctima, pero también para que la persona que denuncia sepa que su accionar no es tolerado por las instituciones democráticas, las cuales tomarán medidas frente a las denuncias de violencias de género.

Además, si la persona se encuentra en conocimiento de la medida e incumple con ella, se encuentra desobedeciendo la decisión de quien desempeña la función pública, circunstancia que podría acarrear responsabilidad penal, conforme lo establecido en el art. 239 del Cód. Penal.

En base a todo lo señalado, cabe preguntarse: *¿cuándo consideramos que la persona imputada se encuentra notificada fehacientemente de una medida de protección como para garantizar la seguridad necesaria a la persona víctima como también para proceder a una imputación penal en caso de desobediencia?*

IV. Las notificaciones de las medidas de seguridad. Los medios existentes y la utilización de vías de comunicación tecnológicas

El hecho de desobedecer una orden de prohibición de acercamiento puede acarrear responsabilidad penal al incumplir con la disposición de quien desempeña la función pública.

La figura de desobediencia se encuentra prevista en el art. 239 del Cód. Penal, el que establece: "Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquel o en virtud de una obligación legal".

La acción típica es desobedecer a quien desempeña la función pública en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquel o en virtud de una obligación legal **(25)**.

La figura penal requiere que exista una "orden" emanada por quien desempeña la función pública, la cual debe estar dirigida a una persona individualizada y a quien debe notificarse a esos efectos.

El tipo penal analizado se trata de un delito doloso, en que la persona debe saber que está desobedeciendo una orden legítima dispuesta por la autoridad pública y en consiguiente, debe tener la voluntad de obrar con la finalidad de no acatar dicha orden **(26)**.

Un método clásico de notificación de las medidas dispuestas contra una persona imputada es a través de las fuerzas de seguridad, quienes dejan constancia de la recepción de la orden por parte de la persona destinataria.

Sin embargo, el objeto de la notificación es que la persona tome conocimiento de la orden, sin importar el medio —legítimo, claro— por el cual se haga, ya que lo relevante es que se entere de que hay una disposición en su contra.

Asimismo, la propia ley —26.685— que autoriza todo lo relativo a los expedientes y domicilios electrónicos es la que establece —en su art. 1°— la eficacia jurídica y el valor probatorio de esos medios **(27)**.

En los casos ante la Oficina de Violencia Doméstica de la CSJN, se envían copias del legajo al fuero pertinente de acuerdo con el contenido de la denuncia. Y aunque la ley establece que

(25) DONNA, Edgardo Alberto, "Derecho Penal. Parte Especial", Tomo III, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, ps. 85-86.

(26) D'ALESSIO, Andrés José - DIVITO, Mauro, "Código Penal de la Nación, comentado y anotado", Buenos Aires, 2009, vol. 2, ps. 1184/86.

(27) Art. 1°: "Autorizase la utilización de expedientes electrónicos, documentos electrónicos, firmas electrónicas, firmas digitales, comunicaciones electrónicas y domicilios electrónicos constituidos, en todos los procesos judiciales y administrativos que se tramitan ante el Poder Judicial de la Nación, con idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales".

cualquier juzgado puede ordenar la prohibición de contacto, esta suele ser dispuesta por la justicia civil **(28)**.

Más allá de que en algunos casos se toma el recaudo de llevar a cabo las notificaciones por medio de personal policial, en los expedientes, las partes deben constituir domicilio electrónico junto con su patrocinante **(29)**, y es mediante dicha vía que la administración de justicia pone en conocimiento de las actuaciones del caso, entre ellas, de las medidas de prohibición de contacto.

Sobre este punto, resulta ilustrativo lo sucedido en un caso sobre violencia doméstica, donde el juzgado nacional en lo criminal y correccional de primera instancia resolvió sobreseer al imputado del delito de desobediencia —entre otros delitos— toda vez que la orden por medio de la cual se imponía la prohibición de acercamiento había sido notificada a través del domicilio electrónico aportado por el imputado y su patrocinante, el cual no fue considerado como un medio fehaciente **(30)**.

Para fundar su decisión, el juzgado de primera instancia se valió de un precedente de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional (CNCC), por medio del cual la Sala I analizó el agravio planteado por la defensa de la imputada, a quien el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial nro. 9, intimó a abstenerse de permitir el ingreso de nuevos residentes al establecimiento geriátrico bajo su dirección, bajo apercibimiento de incurrir en el delito previsto en el artículo 239 del Cód. Proc. Penal de la Nación. Los hechos de este caso giraron en torno a que la notificación de tal decisión jurisdiccional —que fue incumplida por la imputada— había sido efectuada mediante cédula electrónica a la dirección del establecimiento que la imputada presidía y no a ella en términos personales, planteándose así la controversia de la falta de notificación en términos personales en el marco de la imputación del delito de desobediencia **(31)**.

Sin embargo, las circunstancias del caso citado difieren del caso bajo análisis. En "Y. E. G. s/ procesamiento" se debate si la presidenta de una institución geriátrica es penalmente responsable por incumplir una orden judicial notificada electrónicamente al domicilio de la persona jurídica. En el otro caso, se trata de una persona que durante años ejerció violencia doméstica sobre la denunciante y cuya defensa se agravia de la falta de notificación personal fehaciente, debido a que la cédula electrónica correspondiente fue cursada al domicilio legal constituido, es decir, al domicilio de la misma defensa, no de una persona jurídica.

Visto desde el enfoque que pretendo presentar, el contexto en el que se dan los hechos resulta relevante a la hora de analizar los conflictos, sobre todo en casos donde existen sendas notificaciones realizadas, por diversos medios y a domicilios de personas físicas.

No obstante, la decisión de primera instancia fue revocada por la Sala 7 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, la cual dispuso el procesamiento del imputado ya que consideró que se hallaba debidamente notificado por medio de la cédula electrónica y sostuvo: "Al propio tiempo, cabe consignar que en los mismos autos se glosaron varias presentaciones del causante, con patrocinio letrado, y la constitución de un domicilio electrónico para ser notificado. A partir de ello, la magistrada civil dispuso que ese fuera el medio por el que C... debía tomar conocimiento de las interdicciones y, según puede inferirse de los cuestionamientos que este formuló respecto de las medidas, es dable concluir en que efectivamente llegaron a su conocimiento"**(32)**.

En dicho precedente, la Sala se apoyó en otro pronunciamiento anterior, para resaltar la relevancia de recurrir a otras circunstancias —más allá de las notificaciones formales en el expe-

(28) UFEM, ob. cit., p. 38.

(29) Conforme lo previsto en la Ley 26.685 y las acordadas emitidas por la CSJN (n° 31/2011; 38/2013; 11/2014; 3/2015, entre otras que también establecen acuerdos en materia de notificaciones electrónicas).

(30) Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional n° 36, ccc 40.237/17, rta. 27/08/2019.

(31) CNCiv. y Com., Sala I, 30/08/2018, "Y., e. g. s/ procesamiento".

(32) CNCiv. y Com., Sala 7, ccc 40237/2017/CA1, 17/11/2020, "Corrales Flavio Ivis".

diente— que permitan tener por probado el conocimiento de la persona imputada de la medida de protección **(33)**.

Desde mi punto de vista considero que, el medio de notificación —electrónica— no solo es el legalmente previsto por nuestro ordenamiento procesal, sino que, si es el presentado por la persona para ser notificada y, a su vez, es aceptado por la autoridad judicial para llevar a cabo las notificaciones, exigir, además, las notificaciones por medio de personal policial, puede resultar exagerado y obstaculizador a la hora de juzgar la responsabilidad de quienes cometen delitos de violencias de género. Sobre todo, en tiempos en donde la tecnología puede aportar herramientas para mejorar los canales de comunicación y notificación.

Incluso aún en contextos tan extraños, como los que experimentamos con la propagación del COVID-19 y los consiguientes aislamientos y distanciamientos sociales, preventivos y obligatorios dispuestos a los fines de mitigar el daño de la pandemia en cuestión, hemos podido experimentar la utilidad y relevancia de las herramientas tecnológicas en los procesos judiciales.

Además, se debe tener en cuenta a la hora de fundar ciertas decisiones que gran parte de la doctrina citada a los fines de descartar las notificaciones por medios electrónicos, data de tiempos en los que no existían medios de comunicación digital. Con lo cual, por supuesto que, a la luz de la época en donde no había ciertas vías de comunicación, eran impensadas las notificaciones por fuera de las que se hacían físicamente.

En ese sentido, frente a casos de violencias de género, la administración de justicia ha comenzado a ampliar las vías de notificación de las personas imputadas en aras de aumentar la protección de quienes denuncian.

Así lo ha decido la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil al establecer lo siguiente: "Corresponde ordenar que la resolución que dispuso la prohibición de acercamiento o de cualquier tipo de contacto con su hija para el progenitor que fue condenado por la tentativa de homicidio de la madre de la denunciante, sea notificada por medio de la aplicación de mensajería WhatsApp, debido a que la medida no pudo notificarse por la entrada en vigencia del aislamiento social preventivo y obligatorio dispuesto por el Decreto 297/2020 y sus posteriores prórrogas. Cabe destacar que existen circunstancias especiales en el caso que justifican la necesidad de autorizar la modalidad de notificación pretendida, como la situación de altísimo riesgo en que se encuentra la recurrente, a partir de la valoración del cuerpo interdisciplinario"**(34)**.

Si bien en el caso citado, la decisión se basó, en parte, en el complejo contexto social atravesado por la propagación del COVID-19, lo cierto es que la administración de justicia debe adecuarse a los medios de comunicación que existen actualmente, sobre todo cuando son los ofrecidos por las personas imputadas como medios de notificación a sabiendas que su incumplimiento no solo tiene un impacto en materia procesal sino también pueden constituir reproche penal.

Además, desde hace algunos años, diferentes salas de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional como así también de la Cámara Federal de Casación Penal han rechazado aquellos recursos por medio de los cuales las partes intentan sostener no haberse notificado de alguna resolución tras no haber recibido las notificaciones electrónicas pertinentes **(35)**.

Y, tal como se dijo anteriormente es la propia ley —26.685— que otorga valor probatorio a los medios electrónicos previstos.

Por lo tanto, en casos donde se disponen medidas de protección, se debe llegar a un acuerdo sobre el medio de notificación: o bien, la notificación electrónica es el medio elegido para salvaguardar la vida de la persona que demanda la

(33) Ibidem.

(34) CNCiv., 8/5/2020, M., J. L. c. M., D. A. J. s/ denuncia por violencia familiar.

(35) CNCiv. y Com., 11/07/2014, Sala IV, "Testa Guillermo D.", c. 61601/13; Sala IV, 18/09/2015, "Gallardo Héctor Rubén", c. 15701/15; Sala V, "Rey Méndez Rodríguez, Ramiro H.", c. 20.686/15, CFCód. Penal, Sala III, 12/11/2015, "Sadous Eduardo Alberto s/ recurso de casación".

protección del Estado y por lo tanto es un elemento probatorio válido frente a un caso de desobediencia, o no es suficiente para ninguna de esas cuestiones.

Lo que considero que no puede suceder es que la autoridad judicial notifique una prohibición de contacto únicamente por cédula electrónica, siendo así la única vía por la cual está cumpliendo con aquellas medidas de seguridad para la protección de una persona y luego, frente al incumplimiento de dicha orden, considerar que el medio no fue el adecuado para su notificación. Si no lo era, ¿por qué no notificó la medida de otro modo?

Si se considera que la cédula electrónica no es un medio fehaciente para notificar a alguien de una prohibición de acercamiento, la contracara es que la persona que denunció el delito, entonces, nunca estuvo debidamente protegida.

En ese punto, no debemos dejar de mencionar que la segmentación de fueros puede resultar problemática y negativa a la hora de abordar conflictos, sobre todo frente a casos de violencia doméstica en donde se abren, por lo menos, dos expedientes; uno civil y uno penal. En el civil, se suelen ordenar las medidas de protección —lo cual, como se dijo, nada impide que eso se realice en el fuero penal— y en el fuero penal, se lleva a cabo la investigación por las conductas que se encontrarían tipificadas a través del Código Penal.

La división de un mismo conflicto en diversos juzgados y fueros suele conducir a que, lejos de que todos cumplan con sus deberes, nadie lo haga. El juzgado civil, generalmente se conforma con cursar la notificación electrónica sin indagar mucho más. El juzgado penal, por su parte, en muchos casos se conforma con el dictado de la orden de protección emitida por el juzgado civil, sin tomarse el trabajo de corroborar que la persona denunciada se encuentre fehacientemente notificada.

Me adelanto a proponer que, en los casos de violencias de género, y sobre todo en casos de violencia doméstica, una alternativa interesante sería la unificación de fueros, o bien, hasta que ello suceda, que se remita a los juzgados penales copia de los expedientes civiles sin dilaciones para que se cursen las notificaciones fehacientes y así materializar la protección de quienes hacen las denuncias **(36)**.

Ahora bien, por otro lado, puede ocurrir que sea difícil ubicar a la persona imputada, ya sea por falta de datos o bien, porque deliberadamente busca eludir el actuar judicial.

En esos casos, sobre todo en los que la persona denunciada no tiene interés de ser ubicada y, por ende, continúa violando las prohibiciones de acercamiento —que supuestamente desconoce—, cabe preguntarse; *¿Cómo se puede, desde el sistema de justicia, mejorar los mecanismos para cumplir con el deber de protección de las personas víctimas de violencias de género, sin que ello implique un avasallamiento a las garantías constitucionales en materia de persecución penal?*

En la era de las tecnologías y las redes sociales, los canales de comunicación han ido ampliándose y diversificándose. Más aún, como se mencionó precedentemente, el aislamiento y distanciamiento social, preventivo y obligatorio durante el 2020 obligó al sistema de justicia a avanzar en el trabajo remoto y la tecnologización de la gestión de expedientes judiciales (por ejemplo: audiencias remotas, firma digital, declaraciones testimoniales por plataformas virtuales, entre otras).

Desde mi punto de vista, la administración de justicia debe hacer uso de las herramientas disponibles como los correos electrónicos, los mensajes privados a través de redes sociales, las cédulas electrónicas y los mensajes con su debida confirmación de recepción, entre otros, para la notificación de órdenes judiciales.

Por supuesto, no cualquier medida se puede notificar de cualquier manera y no cualquier vía de notificación es admisible en todos los casos. Sobre todo, porque nunca debemos perder de vista que las principales interesadas en que se lleve a cabo la notificación son las personas que procuran salvaguardar su vida e integridad. Por lo tanto, debe buscarse que el medio de notificación sea idóneo para poner en conocimiento de la persona imputada la existencia de la orden ju-

(36) UFEM, ob. cit., p. 38.

dicial, dentro de los parámetros legales y en respeto a las garantías constitucionales **(37)**.

Resulta importante subrayar que, nuestro nuevo Código Procesal Penal Federal prevé la posibilidad de notificar por vías electrónicas, por ejemplo, disposiciones jurisdiccionales de allanamientos. Precisamente, el art. 137 señala: "En casos graves y urgentes, la comunicación de la orden a quien se le encomiende el allanamiento podrá realizarse por medios electrónicos o por cualquier otro medio idóneo, con constancia fehaciente sobre el modo de comunicación utilizado y de la identificación del receptor. El destinatario de la orden comunicará inmediatamente su recepción al juez emisor y corroborará que los datos referidos en el segundo párrafo sean correctos. Podrá usarse la firma digital".

Como se advierte, frente a medidas que implican consecuencias jurídicas trascendentes, la legislación habilita el uso de medios electrónicos y lo hace, además, para "casos graves y urgentes", circunstancias que suelen presentarse en los casos de violencias de género a los que nos estamos refiriendo aquí.

Además, volviendo a la cédula electrónica, si este medio es el elegido por la persona denunciada para conocer las actuaciones del caso, no debería asumirse que la persona no ha sido fehacientemente notificada pese a que se le cursó la correspondiente notificación electrónica, sin acudir a elementos de prueba complementarios que así lo establezcan.

Por ejemplo, en aquellos casos donde la orden de prohibición de acercamiento suele ser renovada recurrentemente y la justicia ordena su notificación, algunas veces a través de las fuerzas policiales y otras mediante cédula electrónica, sería un poco absurdo sostener un análisis segmentado para cada orden en particular y no promover un estudio global del caso, que permita concluir si la persona denunciada conocía efectivamente o no las órdenes dispuestas.

El análisis integral de las actuaciones del caso judicial permitirá valorar en su conjunto si la persona denunciada tenía conocimiento o no de la medida de prohibición de contacto. En ese sentido, es que no pueden desecharse *a priori* las notificaciones electrónicas, las cuales resultan ser un indicio sumamente relevante para evaluar la conducta típica del art. 239 del Cód. Penal.

Además, tampoco deben descartarse ni minimizarse otros elementos o indicios que podrían servir como prueba de la puesta en conocimiento de la medida de protección. Principalmente, el testimonio de la víctima, cuando denuncia haberle dicho a la persona imputada que no podía acercarse a ella ni contactarla y pese a lo cual incumple; o también los intercambios por mensajes de texto u otras redes sociales de cuyo contenido emanan indicios relevantes sobre el conocimiento que tiene la persona imputada de la orden judicial en cuestión.

En algunos supuestos, se puede recolectar información de interés proveniente de establecimientos educativos, si es que existen hijos/as en cuestión, donde personal escolar es quien se ocupan de avisarle a la persona denunciada que no puede retirar al niño/a debido a la existencia de la orden de prohibición de contacto. La recepción de esos testimonios cobra relevancia, como también el testimonio de alguna otra persona que colabore en la notificación informalmente.

Todos esos medios constituyen indicios sumamente valiosos para tener por configurado el delito de desobediencia ante el incumplimiento de la medida de protección.

En ese sentido, la doctrina especializada tiene dicho que "[e]n general, aunque no de manera excluyente ni exclusiva, estos hechos ocurren en el ámbito de la intimidad o en espacios donde el autor ha predispuesto un escenario para no ser fácilmente observado. Por ello, acercarse al conocimiento de lo realmente acontecido exige recurrir de manera preeminente a la decla-

(37) Ello, pues "la decisión judicial contraria al interés del portador de la garantía no puede ser fundada en elementos de prueba obtenidos mediante su inobservancia o con violación de las formas previstas en resguardo de la garantía". MAIER, Julio B.J., "Derecho procesal penal I. Fundamentos", Editores del Puerto, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2012, p. 696.

ración de la víctima, pero también acudir a otro tipo de elementos probatorios"**(38)**.

La amplitud probatoria no significa la existencia del testimonio único de la víctima desprovisto de otros elementos probatorios. Sino que es necesaria la ponderación del testimonio desde una perspectiva de género a los efectos de una mejor recolección y valoración de otros elementos de prueba relevantes para la hipótesis fáctica que, en muchos casos, suelen ser invisibilizados y por ende no valorados pese a su importancia fundamental para el caso penal.

A modo de conclusión, de una lectura y valoración, individual e integral, de los medios de prueba recolectados **(39)**, en los casos en los que se investiga violencias de género, se debe evaluar si la persona se hallaba notificada de la medida de protección, aun cuando no exista una notificación policial. En esa línea, los mensajes y comunicaciones telefónicas, las notificaciones que realizan incluso las propias víctimas y de las cuales dejan constancia mediante declaraciones testimoniales, como así también de otros elementos de prueba, se puede extraer información que contribuya a tener por acreditada las desobediencias. Sobre todo, se destaca el peso que debe otorgársele a las notificaciones por medio de cédula electrónica en el domicilio constituido por la persona imputada, pues es esta quien propone ese canal para ser anoticiada de las repercusiones del caso.

V. Reflexiones finales

A la hora de pensar líneas de trabajo en casos judiciales, sobre todo penales, debemos tener cuidado de no caer en respuestas violatorias de los derechos y las garantías de las personas imputadas, pero, también, debemos atender los derechos de las personas que denuncian violencias de género.

En muchos casos, la ausencia de herramientas adecuadas para garantizar la seguridad de las personas que denuncian genera desconfianza en el sistema de administración de justicia **(40)**.

Es nuestro deber, debatir y pensar estrategias que mejoren el funcionamiento de la administración de justicia y ello significa, entre otras cosas, adecuar los medios de notificación a las herramientas que actualmente existen, como también, mejorar nuestro sistema probatorio para investigar eficaz y eficientemente aquellos hechos de relevancia penal, como puede ser la desobediencia de una prohibición de acercamiento en un caso de violencias de género.

En ese sentido, la CIDH "(...) reitera a los Estados la necesidad de mejorar la respuesta judicial para cumplir plenamente con su obligación de debida diligencia"**(41)**.

Todo lo expuesto, en nada significa desechar la actuación policial como una herramienta fundamental para llevar a cabo las notificaciones pertinentes. Por el contrario, debe mejorarse la articulación de trabajo entre las fuerzas de seguridad y la administración de justicia para lograr celeridad en los mecanismos de notificación.

También resulta relevante, sobre todo para los casos de violencia doméstica, la unificación de los fueros civiles y penales, o hasta tanto ello suceda, alcanzar una coordinación más fluida

(38) DI CORLETO, Julieta, "Igualdad y diferencia en la valoración de la prueba: estándares probatorios en casos de violencia de género" en Di Corleto Julieta Género y Justicia Penal, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2017, p. 304.

(39) FERRER BELTRÁN, Jordi, "La valoración racional de la prueba", Editorial Marcial Pons, Buenos Aires, 2007, ps. 54/55 y 91.

(40) En ese sentido, "La CIDH observa con especial preocupación la baja utilización del sistema de justicia por parte de las víctimas de violencia contra las mujeres y su persistente desconfianza en que las instancias judiciales sean capaces de remediar los hechos sufridos. Entre las razones acreditadas se encuentran la victimización secundaria que pueden recibir al intentar denunciar los hechos sufridos; la falta de protecciones y garantías judiciales para proteger su dignidad, seguridad y privacidad durante el proceso, así como la de los testigos; el costo económico de los procesos judiciales; y la ubicación geográfica de las instancias judiciales receptoras de denuncias. De la misma manera, la CIDH destaca con preocupación la falta de información disponible a las víctimas y sus familiares sobre la forma de acceder a instancias judiciales de protección y el procesamiento de los casos". CIDH "Acceso a la Justicia...", ob. cit., párr. 172, p. 75.

(41) Ibidem, párr. 294, p. 122.

que permita la remisión de las actuaciones civiles hacia el fuero penal de forma más veloz y así evitar dilaciones innecesarias y conseguir mejoras en las investigaciones. Si cualquier juzgado puede ordenar la medida de prohibición de contacto, y eso incluye al civil y al penal, ambos deben ocuparse de que la notificación se cumpla y de conocer las consecuencias que dicho incumplimiento podría acarrear.

En términos propositivos, considero que, en tiempos de redes sociales y de comunicaciones virtuales, no podemos ignorar estas herramientas como medios válidos para llevar a cabo notificaciones de medidas de seguridad.

En todo caso, sea de forma virtual o bien de forma presencial, la autoridad judicial que ordena una medida de este estilo debe cerciorarse de su debida notificación. Y si se consideró que la persona se encontraba debidamente notificada a través de una cédula electrónica, entonces se deben considerar esos medios como válidos.

El punto no es cumplir con una mera formalidad procesal. Muy por el contrario, se trata de garantizar de la forma más eficiente posible, la materialización de una medida de seguridad que busca prevenir daños a la integridad de personas que han denunciado violencias de géneros. Ello, claro está, más allá del dictado de otras medidas cautelares orientadas a los mismos fines.

Por tales motivos, debemos prestarle suma atención a las herramientas que nos brindan las nuevas tecnologías y hacer uso de ellas para la notificación de las prohibiciones de contacto, como también, como medios de prueba relevantes en casos de desobediencia.

Criterios de oportunidad y suspensión del juicio a prueba

Lucas I. Walter (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Desarrollo.— III. Encuadre legal.— IV. Conclusiones.— V. Bibliografía.

I. Introducción

En la presente ponencia se intentará analizar en forma general el instituto vigente creado por ley en el año 1994. ¿Cumple actualmente con la naturaleza jurídica y el fin con el que fue creado? —¿Merece un análisis dogmático con relación al derecho penal todo?— El mal de las *automatizaciones* y la desorientación en su aplicación ante la falta de política criminal.

Cuando hablamos del instituto de la suspensión de juicio a prueba o la comúnmente denominada "*probation*", solemos asociar el concepto con los criterios de oportunidad en relación con la disposición de la acción.

En esa línea, nos detendremos a analizar las eventuales implicancias que una concepción deliberativa del Derecho Penal podría proyectar sobre el instituto mencionado y cómo ello repercutiría en el modo de entender el texto de los arts. 76 y siguientes del Cód. Penal, que determinan su actual régimen legal.

II. Desarrollo

- Criterios de oportunidad: El principio de oportunidad es la facultad que tiene el órgano acusador para dejar de investigar ciertos delitos o procurar mecanismos de solución alternativa al juicio penal. Principio de oportunidad: a) *oportunidad libre* b) *oportunidad reglada* (CPPBA). En el primero se le otorgan amplias facultades a la Fiscalía para ejercer la acción, detenerla o modificarla (sistema anglosajón). En el segundo, régimen de provincia, se admiten excepciones al principio de legalidad procesal sobre la base de criterios taxativamente enumerados en la ley adjetiva. Incluyendo soluciones alternativas al conflicto y reparación del daño. (Discusión sobre la validez/invalidez en legislar sobre principios de oportunidad como potestad provincial).

Cómo el Derecho Penal de una comunidad democrática debería considerar y aplicar el castigo penal y de qué manera esa concepción proyectaría determinadas consecuencias sobre la manera de interpretar el instituto de la suspensión del juicio a prueba y algunas de las cuestiones problemáticas que se presentan en su actual régimen legal. Concepto, este último, de política criminal. Concepción del Derecho penal como *última ratio.*

Otro de los conceptos vinculados a la temática es el de la *justicia restaurativa*; referida básicamente a una forma de intervención en las problemáticas sociales delictivas (delitos), mediante la cual el Estado cede su monopolio de respuesta punitiva y lo comparte con los implicados en el conflicto, con el fin de restaurar el vínculo entre la víctima y ofensor, y de reconstruir las relaciones entre la víctima, ofensor y sociedad. Si bien existen muchas variaciones sobre esta forma de intervención, hay tres elementos centrales, *conocidos como las "3R"*, en que todas las conceptualizaciones y prácticas encuentran su denominador común: *Responsabilización del infractor (concepto distinto al de responsabilización/ culpabilidad penal), Restauración de la víctima y Reintegración del infractor en la sociedad.*

(*) Abogado (UNR). Especialista en Derecho Penal (UNR). Profesor de Derecho Penal. Director del Instituto de Derecho Penal y Procesal Penal del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Pergamino. Doctorando en Derecho UNR 2020.

La suspensión del juicio o del proceso a prueba en materia penal está contemplada como un principio de oportunidad reglado, por medio del cual se busca solucionar un conflicto, teniendo en cuenta para ello varios aspectos, a saber: 1) la víctima, cuyo daño se pretende reparar en la medida de las posibilidades; 2) el acusado, de forma tal de evitar —si es posible— su sometimiento a juicio y, en consecuencia, su eventual sentencia condenatoria; 3) el servicio de administración de justicia, en el sentido de descomprimir su carga laboral, para buscar que los recursos materiales y humanos se destinen a la atención de otros asuntos y/o procesos que, por su mayor entidad o gravedad, no pueden ser resueltos por esta vía; y 4) la sociedad en general, que verá incrementada las posibilidades de integrar a la comunidad a las personas que se encuentran sometidas a proceso penal.

El principio de oportunidad se presenta como un mecanismo que permite revertir la desigualdad a la que conduce la aplicación irrestricta del principio de legalidad procesal, mediante la racionalización de la selectividad de los casos que son captados por el sistema penal (De la Suspensión del Juicio a Prueba — Cód. Penal de la Nación Comentado — Horacio Días — p. 637, Ed. Rubinzal-Culzoni, Ed. 2018).

Maier define el principio señalado como "la posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible o inclusive, frente a la prueba más o menos completa de su perpetración formal o informalmente, por motivos de utilidad social o razones político-criminales (MAIER, ob. cit., p 836).

El Agente Fiscal puede disponer de la acción penal pública en los siguientes casos: a) criterios de oportunidad; b) conversión de la acción; c) conciliación; d) suspensión del proceso a prueba.

III. Encuadre legal

Art. 76 *bis*.- El imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba.

En casos de concurso de delitos, el imputado también podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba si el máximo de la pena de reclusión o prisión aplicable no excediese de tres años.

Al presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente. El juez decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada. La parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso, si la realización del juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente.

Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal, el Tribunal podrá suspender la realización del juicio.

Si el delito o alguno de los delitos que integran el concurso estuviera reprimido con pena de multa aplicable en forma conjunta o alternativa con la de prisión, será condición, además, que se pague el mínimo de la multa correspondiente.

El imputado deberá abandonar en favor del estado, los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso de que recayera condena.

No procederá la suspensión del juicio cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito.

Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos reprimidos con pena de inhabilitación.

Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los ilícitos reprimidos por las leyes 22.415 y 24.769 y sus respectivas modificaciones. *(Párrafo incorporado por art. 19 de la ley 26.735 BO 28/12/2011)*

(Artículo incorporado por art. 3° de la ley 24.316 BO 19/05/1994)

En referencia a este último punto, mediante la ley 24.316, sancionada el 4 de mayo de 1994 y promulgada el 13 del mismo mes y año (BO

15/05/1994), se introdujo a nuestra legislación vigente la denominada "suspensión del juicio a prueba". En efecto, la suspensión del juicio a prueba constituye una manifestación del principio de oportunidad reglado, en tanto la aplicación se encuentra prevista por la ley penal y sujeta al control judicial de legalidad formal (VITALE, Gustavo, "Suspensión del proceso penal a prueba", p. 35). Ello reforzado por los ordenamientos procesales en relación con la regulación del proceso; en nuestro caso el art. 404 Cód. Proc. Penal de Buenos Aires.

Si el *imputado cumple* con las reglas de conducta impuesta en el término fijado (véase art. 27 Cód. Penal), se declarará extinguida la acción penal y se dispondrá su *sobreseimiento*.

En cuanto a la *finalidad* del instituto, las mismas pueden resumirse en las siguientes:

a) Introducir cuotas de racionalidad a la selectividad del problema (cómo manifestación del principio de oportunidad procesal).

b) Brindarle protección a la víctima (teniendo como requisito para la procedibilidad del instituto que el acusado repare el daño causado a la víctima).

c) Lograr o mantener cierta cuota de integración social de los imputados.

d) Evitar un antecedente condenatorio.

e) Evitar el cumplimiento de penas cortas.

Todo ello se vincula directamente, además de lo expuesto, en busca de racionalizar los recursos de la justicia logrando, al mismo tiempo y solo cuando sea necesario, efectos preventivo-especiales sobre el presunto infractor.

- Discusión en referencia a Tesis amplia/ Tesis restrictiva; a partir del fallo "*Acosta*" 23 de abril de 2008 CJSN, zanjó esta discusión por lo que no nos detendremos mayormente en su análisis; sí debiendo mencionar lineamentos actuales para su entendimiento.

En lo sustancial, el máximo tribunal, consideró que el principio de legalidad exigía priorizar una interpretación restrictiva del cuerpo legal, en consonancia con el principio político criminal del Derecho Penal de *ultima ratio*, y con el principio *pro homine*. Puntualmente afirmó: "el criterio que limita el alcance del beneficio previsto en el art 76 bis a los delitos que tienen prevista una pena de reclusión o prisión cuyo máximo no supere los tres años se funda en una exegesis irrazonable de la norma que no armoniza con los principios enumerados, toda vez que consagra una interpretación extensiva de la punibilidad que niega el derecho que la propia ley reconoce, otorgando una indebida preeminencia a sus dos primeros párrafos sobre el cuarto al que deja inoperante.

En definitiva, tras el pronunciamiento de la CSJN es posible afirmar que existen dos grandes grupos de casos en los que se aplica la suspensión del juicio a prueba: 1) Delitos de acción pública reprimidos con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años —2) delitos que permitan que la pena pueda ser de ejecución condicional, es decir cuyo mínimo sea menor a tres años— teniendo en cuenta posibilidad de monto de pena en abstracto.

Avanzando en el análisis de los requisitos tipificados, merece una breve mención el concepto de la reparación. En cuanto al alcance y contenido de esta, el concepto de reparación *no debe confundirse con el de pago de una suma de dinero*, sino que debe entenderse como cualquier solución que objetiva o simbólicamente restituya la situación al estado anterior a la comisión del hecho y satisfaga a la víctima.

Control judicial de la *razonabilidad de la oferta de reparación del daño* Bovino, afirma que el ofrecimiento "será razonable" cuando satisfaga a la víctima y, además, todo ofrecimiento que cubra el total del daño reparable conforme a las reglas del Derecho Privado. En referencia a esto último, cuando el imputado alega que el cumplimiento íntegro de la reparación del daño no está en la medida de sus posibilidades el tribunal deberá verificar la existencia de tales limitaciones y su influencia en su capacidad personal para hacer frente a la reparación, precisando luego que el *tribunal debe anteponer* la situación del imputado a las necesidades de la víctima, pues esta siempre conserva la facultad de rechazar el ofrecimiento y acudir a la justicia ci-

vil para reclamar la realización íntegra de su derecho **(1)**.

-La suspensión del juicio a prueba, ¿un derecho del imputado? **(2)**. Un sector de la doctrina argentina entiende que la suspensión del juicio a prueba es un derecho del imputado. Así, v. gr., Bovino (2006), luego de recordar cuáles serían las razones del instituto (limitar el poder punitivo del Estado racionalizando la respuesta penal solo ante los casos que fuesen imprescindibles en términos de resocialización; atender a los intereses de la víctima; combatir el colapso del sistema judicial), considera que la figura es un derecho del imputado a evitar la persecución penal y, eventualmente, la condena. Concebir la suspensión del juicio a prueba como un derecho del imputado trae consigo una serie de consecuencias. En primer término, implica *considerar al instituto desde la óptica de las garantías constitucionales* de un imputado sometido a proceso.

Por otro lado, afirmar que el imputado tiene un derecho a evitar el juicio, produciendo eventualmente la extinción de la acción penal, bloquea cualquier pretensión estatal en contrario.

Si aquella es un derecho y si, como tal, este no puede serle negado al imputado que solicita su aplicación, se estaría generando una suerte de "cheque en blanco" o "impunidad a la carta" cada ocho años.

Un posible contraargumento podría decir que el imputado tiene derecho a solicitar el instituto pero que la concesión de este no depende de su persona sino de la evaluación que realice el juez. Sin embargo, este razonamiento no agregaría nada a la discusión (al fin y al cabo, nadie discute que el imputado puede pedir su aplicación), reduciendo tal requerimiento a una petición vacía ante las autoridades.

En tercer lugar, considerar la suspensión del juicio a prueba como un derecho del imputado de evitar el juicio, que sería *per se* negativo, produce una suerte de *privatización inversa del proceso: ya no sería el acusador privado quien llevaría adelante la acusación pese a la oposición firme del Estado, sino sería el propio imputado el que privaría a la comunidad del juicio.*

Finalmente, la suspensión del juicio a prueba, entendida como un derecho, *contrasta* con el lugar que actualmente se le reconoce a la *víctima* en el proceso penal.

Lo que no se puede hacer es realizar dos afirmaciones que se excluyen entre sí: *si el imputado tiene derecho a evitar el juicio, la víctima no puede tener un derecho autónomo a que continúe la acción penal; y si la víctima tiene un derecho a lograr la condena de quien resultara culpable, el juicio nunca puede suspenderse sin su consentimiento.*

Considero que es importante el análisis, traspasando el corte netamente conceptual, ya que ello nos acercará a una mejor posición al monto de realizar una fundamentación en cuanto a por qué correspondería (o no) la aplicación del instituto en cuestión.

-Casos de violencia de género.

Una de las cuestiones más controvertidas resulta si a la luz de lo dispuesto por la CSJN en el fallo "Góngora" puede ser aplicable la suspensión del juicio a prueba en casos "iniciados" por violencia de género (23/04/2013).

La CSJN entendió que la cámara de casación desatendió el compromiso del Estado de sancionar hechos de violencia contra la mujer. Refirió al art. 7° de la "Convención de Belem do Pará, a saber: prevenir, sancionar y erradicar todas las formas de violencia contra la mujer (cfr. art. 7°, primer párrafo).

En esta línea, siguiendo una interpretación que vincula los objetivos mencionados con la necesidad de establecer un procedimiento legal, justo y eficaz para la mujer, que incluya un "juicio oportuno" (inc. f del art. 7°), la norma en cuestión impone considerar que en el marco de un ordenamiento jurídico que ha incorpora-

(1) Control jcial. de razonabilidad —Susp. Del Juicio a Prueba— Cód. Penal comentado Horacio Días - Rubinzal Culzoni, 2018, p. 650.

(2) Democracia deliberativa y suspensión del juicio a prueba: una reflexión sobre sus posibles conexiones (Grbavac, H. D. Democracia deliberativa y suspensión del juicio a prueba: una reflexión sobre sus posibles conexiones. Derecho y Ciencias Sociales. Octubre 2018. Nº ps. 75-92 ISNN 1852-2971. Instituto de Cultura Jurídica).

do al referido instrumento internacional, tal el caso de nuestro país, la adopción de alternativas distintas a la definición del caso en la instancia del debate oral es improcedente". Luego añadió: "el sentido del término juicio expresado en la cláusula en examen resulta congruente con el significado que en los ordenamientos procesales se otorga a la etapa final del procedimiento criminal, en tanto únicamente de allí puede derivar el pronunciamiento definitivo sobre la culpabilidad o inocencia del imputado, es decir, verificarse la posibilidad de sancionar esta clase de hechos exigida por la Convención". Además, destaca el desarrollo del proceso con el fin de que la víctima asuma facultad de comparecer y efectivizar el acceso efectivo al proceso en pos de hacer valer su pretensión sancionatoria; cuestión que esta última se encuentra ausente en la suspensión del juicio a prueba.

En función de ello, *la Corte consideró que la suspensión del proceso a prueba frustraría la posibilidad de dilucidar en un juicio oral "...la existencia de hechos que* prima facie *han sido calificados como violencia contra la mujer, junto con la determinación de la responsabilidad de quien ha sido imputado de cometerlos y de la sanción que, en su caso, podría corresponderle"* y destacó que "el desarrollo del debate es de trascendencia capital a efectos de posibilitar que la víctima asuma la facultad de comparecer para efectivizar el acceso efectivo al proceso (cf. también inc. f del art 7° de la Convención) de la manera más amplia posible, en pos de hacer valer su pretensión sancionatoria", la que —se aclaró— no integra el marco legal que regula la suspensión del proceso a prueba (considerando 7).

Sin perjuicio de ello, en posiciones diferentes —en hora buena— ha llevado a tribunales (cada vez menos) a continuar aplicando la suspensión de juicio a prueba en tales supuestos.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belem Do Para", *no prohíbe la aplicación del instituto*; deja sujeto el texto —de jerarquía constitucional— a la interpretación en armonía con el resto del ordenamiento legal.

Resta leer atentamente el cuerpo legal de la Convención y allí nos daremos cuenta de que la prohibición como tal del instituto de la suspensión del juicio a prueba, no existe. Sino que ella es producto de una interpretación jurisprudencial (sujeta a la valoración de las interpretaciones y a la jurisprudencia como fuente del derecho en nuestro país).

El caso "Riquelme" (causa 4216/2104), la sala II de la CNCC - integrada por los jueces Morin, Sarrabayrouse y Bruzzone, sostuvo que aún en los supuestos de violencia de género resulta posible analizar si, por las circunstancias del caso concreto, la suspensión del juicio a prueba resulta aplicable. Destacaron *los magistrados que los tribunales no resuelven cuestiones teóricas y deben atenerse a los hechos que motivan el caso*. Las sentencias no pueden interpretarse como leyes, atrayéndoselas de las específicas circunstancias que motivan un pronunciamiento. *No todas las causas vinculadas a violencia de género son iguales a Góngora.*

En cada caso concreto se debe analizar si la suspensión del juicio a prueba puede ser una alternativa, sin establecer el patrón general y absoluto, que implique denegarla o concederla de manera automática.

¿Qué pasaría si las personas son del mismo sexo? ¿Sería aplicable el concepto automatizado de Góngora? ¿Podría aplicarse una suspensión del juicio a prueba? Si la víctima fuese un masculino y la imputada un femenino, ¿podría acceder al instituto? Algunas de las preguntas que nos merecemos hacer con el propósito de entender el grave error y enorme perjuicio que ocasiona en el derecho la automatización de respuestas. Automatizaciones que se dan como consecuencia, entre otras cosas, de no analizar las actuaciones en profundidad, de incorporar erróneamente conceptos de derechos que llevados a la práctica colisionan con derechos y garantías constitucionales.

"Convención de Belem Do Para"- Deberes de los Estados - *art. 7°*- Los Estados Parte condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas, orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

f. Establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a

violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;

g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y

La selectividad del sistema penal operaría como el factor de *desigualdad en la aplicación igualitaria de la ley penal*, mientras que la suspensión del juicio a prueba actuaría como el acto disruptor que —analizado en términos ideales— lesionaría el principio de igualdad al introducir supuestos en los que deliberadamente puede suspenderse y extinguirse la acción penal.

IV. Conclusiones

Atento a lo expuesto brevemente, lo que se intenta dejar en evidencia y con responsabilidad de las partes, en especial de los tribunales que —en definitiva— son quienes hacen el control judicial de razonabilidad de su aplicación —como consecuencia de no tener en claro una determinada política criminal, como así también ante la inexistencia de un criterio de aplicación desde la procuración general (léase definición de política criminal— disponibilidad de la acción penal); nos empuja hacia el vicio de la automatización de respuestas en planteos similares (no iguales) perdiendo de vista y análisis los componentes subjetivos y objetivos de cada caso.

Automatización de respuesta en la no aplicación del instituto en casos especiales: como ser los vinculados a violencia de género, aún con consentimiento de la víctima; o la inaplicabilidad de la suspensión en homicidios culposos. No desarrollado este último por razones de tiempo de la ponencia, pero no por ello menos importante. A modo de disparador, dentro de la temática, merece que reflexionemos si corresponde su aplicación en los homicidios culposos. Con base en ello es correcto que no pasemos por alto las distintas posiciones adoptadas en cuanto a este último tipo penal. Lamentablemente, en la realidad existe una gran influencia de otro elemento: el "*factor mediático" en determinadas causas que —sin dudas— influye en el momento de permitir o no la aplicación del instituto. Siendo el derecho el mismo en todas las situaciones.*

El instituto de la suspensión de juicio a prueba ha sufrido cambios desde su creación y probablemente ha perdido en el camino parte de aquella identidad vinculada a la esencia de este y del fin con el que fue incorporado a nuestra legislación.

El derecho desde el análisis de la dogmática y el pensamiento de la teoría del delito, no en su forma teórica exclusivamente, sino también desde la comprensión en la forma práctica y del funcionamiento de la teoría aplicada, merece un análisis integral. De lo contrario, aplicar el instituto como se está haciendo en la actualidad, implica contradecir conceptos generales del derecho penal, entre ellos derecho de autor —incongruencia del instituto con el fin de la pena (teoría de la pena en el derecho penal argentino)— implicancias en la reincidencia —política criminal— poder punitivo del Estado.

La necesidad de la aplicación del instituto en cada caso particular, ej: si se encuentra cumplido el tipo objetivo y el tipo subjetivo del mismo; necesidad de pensar al aplicar el derecho penal con un esquema causalista. "Transferir la teoría a la práctica".

La negativa a caer en la automatización de respuestas y/o rechazos en la aplicación del instituto sin realizar un análisis pormenorizado de cada caso en particular va en detrimento de la naturaleza jurídica y del propósito con el que fue creado el mismo.

Para ello requiere cambios en varios aspectos, no solo en la forma de pensar el derecho y aplicarlo; sino también en la necesidad de diseño de política criminal a nivel Nacional - Provincial, como así también diseño de esta por parte de quien tiene encomendada la investigación (Ministerio Público Fiscal).

Se expuso el ejemplo de la temática de la violencia de género por ser una temática de auge dese hace unos años a la fecha, y está muy bien que así lo sea; lo que no está bien es amoldar los conceptos del derecho a movimientos temporales ya que ello indefectiblemente acarrea

como resultado —entre otros— la inseguridad jurídica.

La suspensión del juicio a prueba, al permitir la suspensión de un proceso penal iniciado contra un imputado, se encuentra estrechamente conectada con los presupuestos que deben estar presentes para imponer o, en este caso, no imponer, a un sujeto una sanción penal. Es por ello que deviene necesario reflexionar sobre la teoría de la pena que podría ser compatible con un derecho penal deliberativo.

Las implicancias que se derivarían para esta figura desde esta concepción y cuestionamos las interpretaciones que consideran que la suspensión del juicio a prueba es un derecho del imputado. Ello cambia sustancialmente la aplicación de este.

En un derecho penal deliberativo, comprometido con la maximización del diálogo y la comunicación entre todas las partes involucradas (la víctima, el posible ofensor y la comunidad) como medio para promover la integración social de sus miembros y reducción de los niveles de castigo.

Así, una visión deliberativa del derecho penal tiene mucho que decir sobre el modo en que entendemos: i) la facultad que tienen los jueces ante una solicitud presentada por un imputado para acceder al beneficio; ii) la relevancia que tendría la oposición de la víctima ante aquella solicitud; iii) el modo en que interpretamos la exclusión de la figura cuando se trata de delitos reprimidos con pena de inhabilitación; y iv) la influencia de ciertos tratados internacionales suscriptos por el Estado argentino para la aplicación (o no) de la suspensión del juicio a prueba.

V. Bibliografía

-Código Penal de la Nación Argentina Comentado — Parte General — Horacio Días (Rubinzal Culzoni — 2018).

-Código Penal de la Nación — Horacio J. Romero Villanueva — Séptima edición ampliada y actualizada - (AbeledoPerrot 2015).

-Implementación de la Suspensión del Juicio a Prueba — Dir. Maria Laura Böhm — (Fabián Di Plácido- 2020).

-Corte Suprema de Justicia de la Nación — Máximos Precedentes — Derecho Penal Parte General — Mauro A. Divito — Santiago Vismara — (LA LEY — 2013).

-Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar Y Erradicar La Violencia Contra La Mujer -"Convención De Belem Do Para"-, suscripta en Belem do Pará - República Federativa del Brasil - 9 de junio de 1994.

-Ley 24.632 - Sancionada: marzo 13 de 1996 -Promulgada: Abril 1 de 1996 - (reglamentación de la mencionada Convención).

-Democracia deliberativa y suspensión del juicio a prueba: una reflexión sobre sus posibles conexiones —*Deliberative democracy and diversion: a reflection on its posible conections*— Hernán Darío Grbavac (Grbavac, H. D. Democracia deliberativa y suspensión del juicio a prueba: una reflexión sobre sus posibles conexiones. *Derecho y Ciencias Sociales*. Octubre 2018. Nº ps 75-92 ISNN 1852-2971. Instituto de Cultura Jurídica).

Nota a Fallo

JUICIO POR JURADOS

Requisito de unanimidad del jurado. Decisión condenatoria. *Stare Decisis*. Nulidad del precedente. Disidencia.

Con notas de Marcela Alejandra Dimundo y José L. Alvero

1. — El derecho de la Sexta Enmienda a un juicio por jurado, incorporado por la Decimocuarta Enmienda, requiere un veredicto unánime para condenar a un acusado por delitos graves (*serious offense*).

2. — El texto y la estructura de la Constitución claramente sugiere que el término "Juicio por un jurado imparcial" tiene significado sobre el contenido y los requisitos de este proceso, y uno de ellos es la unanimidad.

3. — Cuando el poder del Estado para privar de libertar a un imputado descansa sobre una errónea interpretación del derecho a un Juicio por Jurados, la Suprema Corte de los Estados Unidos no debería dudar en reconsiderar sus precedentes (voto de la jueza Sotomayor).

4. — La doctrina del *stare decisis* no significa que la Suprema Corte de los Estados Unidos nunca deba anular precedentes erróneos, tal como es el caso del precedente "Apodaca v. Oregon" (406 U.S. 404, 1972), donde se determinó que la Sexta Enmienda crea un derecho a un veredicto unánime solamente en juicios federales (voto del juez Kavanaugh).

5. — Para que exista *stare decisis* se requiere: calidad de razonamiento del precedente; coherencia del precedente con decisiones anteriores o posteriores; modificación de la legislación desde la decisión anterior; modificación de los hechos desde la decisión anterior; la viabilidad del precedente; los intereses de quienes se han basado en el precedente; y el tiempo del precedente (voto del juez Kavanaugh).

6. — La pregunta, en el caso, no es si la Constitución prohíbe los jurados no unánimes. La pregunta es si es posible anular un precedente constitucional erróneo que permitió jurados no unánimes. Y para ello, observar los efectos racialmente discriminatorios de jurados no unánimes en Louisiana y Oregon (voto del juez Kavanaugh).

7. — Es dable decir, dentro de las interpretaciones posibles de la Sexta Enmienda, que incluye una protección contra veredictos de culpabilidad no unánimes (voto del juez Thomas).

8. — "Apodaca v. Oregon" (406 U.S. 404, 1972), es un precedente y si la Suprema Corte de los Estados Unidos desea anularlo, debe explicar por qué la nulidad es consistente con la doctrina del *stare decisis* (voto disidente de los jueces Alito Roberts y Kagan).

SC Estados Unidos, 20/04/2020. - Ramos c. Louisiana.

[Cita on line: US/JUR/1/2020]

Ramos v. Louisiana

Certiorari to the court of appeal of Louisiana, fourth circuit

No. 18-5924. Argued October 7, 2019-Decided April 20, 2020

In 48 States and federal court, a single juror's vote to acquit is enough to prevent a conviction. But two States, Louisiana and Oregon, have long punished people based on 10-to-2 verdicts. In this case, petitioner Evangelisto Ramos was convicted of a serious crime in a Louisiana court by a 10-to-2 jury verdict. Instead of the mistrial he would have received almost anywhere else, Ramos was sentenced to life without parole. He contests his conviction by a nonunanimous jury as an unconstitutional denial of the Sixth Amendment right to a jury trial.

Held: The judgment is reversed.

2016-1199 (La. App. 4 Cir. 11/2/17), 231 So. 3d 44, reversed.

GORSUCH, J., announced the judgment of the Court, and delivered the opinion of the Court with respect to Parts I, II-A, III, and IV-B-1, in which GINSBURG, BREYER, SOTOMAYOR, and KAVANAUGH, JJ., joined, an opinion with respect to Parts II-B, IV-B-2, and V, in which GINSBURG, BREYER, and SOTOMAYOR, JJ., joined, and an opinion with respect to Part IV-A, in which GINSBURG and BREYER, JJ., joined. SOTOMAYOR, J., filed an opinion concurring as to all but Part IV-A. KAVANAUGH, J., filed an opinion concurring in part. THOMAS, J., filed an opinion concurring in the judgment. ALITO, J., filed a dissenting opinion, in which ROBERTS, C. J., joined, and in which KAGAN, J., joined as to all but Part III-D.

NOTICE: This opinion is subject to formal revision before publication in the preliminary print of the United States Reports. Readers are requested to notify the Reporter of Decisions, Supreme Court of the United States, Washington, D. C. 20543, of any typographical

or other formal errors, in order that corrections may be made before the preliminary print goes to press.

Opinion of the Court

Supreme Court of the United States

No. 18-5924

Evangelisto Ramos, Petitioner v. Louisiana

On writ of certiorari to the court of appeal of Louisiana, fourth circuit

[April 20, 2020]

JUSTICE GORSUCH announced the judgment of the Court and delivered the opinion of the Court with respect to Parts I, II-A, III, and IV-B-1, an opinion with respect to Parts II-B, IV-B-2, and V, in which JUSTICE GINSBURG, JUSTICE BREYER, and JUSTICE SOTOMAYOR join, and an opinion with respect to Part IV-A, in which JUSTICE GINSBURG and JUSTICE BREYER join.

Accused of a serious crime, Evangelisto Ramos insisted on his innocence and invoked his right to a jury trial. Eventually, 10 jurors found the evidence against him persuasive. But a pair of jurors believed that the State of Louisiana had failed to prove Mr. Ramos's guilt beyond reasonable doubt; they voted to acquit.

In 48 States and federal court, a single juror's vote to acquit is enough to prevent a conviction. But not in Louisiana. Along with Oregon, Louisiana has long punished people based on 10-to-2 verdicts like the one here. So instead of the mistrial he would have received almost anywhere else, Mr. Ramos was sentenced to life in prison without the possibility of parole.

Why do Louisiana and Oregon allow nonunanimous convictions? Though it's hard to say why these laws persist, their origins are clear. Louisiana first endorsed nonunanimous verdicts for serious crimes at a constitutional convention in 1898. According to one committee chairman, the avowed purpose of that convention was to "establish the supremacy of the white race," and the resulting document included many of the trappings of the Jim Crow era: a poll tax, a combined literacy and property ownership test, and a grandfather clause that in practice exempted white residents from the most onerous of these requirements .

Nor was it only the prospect of African-Americans voting that concerned the delegates. Just a week before the convention, the U. S. Senate passed a resolution calling for an investigation into whether Louisiana was systemically excluding African-Americans from juries . Seeking to avoid unwanted national attention, and aware that this Court would strike down any policy of overt discrimination against African-American jurors as a violation of the Fourteenth Amendment , the delegates sought to undermine African-American participation on juries in another way. With a careful eye on racial demographics, the convention delegates sculpted a "facially race-neutral" rule permitting 10-to-2 verdicts in order "to ensure that African-American juror service would be meaningless" .

Adopted in the 1930s, Oregon's rule permitting nonunanimous verdicts can be similarly traced to the rise of the Ku Klux Klan and efforts to dilute "the influence of racial, ethnic, and religious minorities on Oregon juries" . In fact, no one before us contests any of this; courts in both Louisiana and Oregon have frankly acknowledged that race was a motivating factor in the adoption of their States' respective nonunanimity rules .

We took this case to decide whether the Sixth Amendment right to a jury trial-as incorporated against the States by way of the Fourteenth Amendment-requires a unanimous verdict to convict a defendant of a serious offense . Louisiana insists that this Court has never definitively passed on the question and urges us to find its practice consistent with the Sixth Amendment. By contrast, the dissent doesn't try to defend Louisiana's law on Sixth or Fourteenth Amendment grounds; tacitly, it seems to admit that the Constitution forbids States from using nonunanimous juries. Yet, unprompted by Louisiana, the dissent suggests our precedent requires us to rule for the State anyway. What explains all this? To answer the puzzle, it's necessary to say a bit more about the merits of the question presented, the relevant precedent, and, at last, the consequences that follow from saying what we know to be true.

I

The Sixth Amendment promises that "[i]n all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law." The Amendment goes on to preserve other rights for criminal defendants but says nothing else about what a "trial by an impartial jury" entails.

Still, the promise of a jury trial surely meant something-otherwise, there would have been no reason to write it down. Nor would it have made any sense to spell out the places from which jurors should be drawn if their powers as jurors could be freely abridged by statute. Imagine a constitution that allowed a "jury trial" to mean nothing but a single person rub-

berstamping convictions without hearing any evidence-but simultaneously insisting that the lone juror come from a specific judicial district "previously ascertained by law." And if that's not enough, imagine a constitution that included the same hollow guarantee twice-not only in the Sixth Amendment, but also in Article III . No: The text and structure of the Constitution clearly suggest that the term "trial by an impartial jury" carried with it some meaning about the content and requirements of a jury trial.

One of these requirements was unanimity. Wherever we might look to determine what the term "trial by an impartial jury trial" meant at the time of the Sixth Amendment's adoption-whether it's the common law, state practices in the founding era, or opinions and treatises written soon afterward-the answer is unmistakable. A jury must reach a unanimous verdict in order to convict.

The requirement of juror unanimity emerged in 14th-century England and was soon accepted as a vital right protected by the common law . As Blackstone explained, no person could be found guilty of a serious crime unless "the truth of every accusation ... should ... be confirmed by the unanimous suffrage of twelve of his equals and neighbors, indifferently chosen, and superior to all suspicion" . A "'verdict, taken from eleven, was no verdict'" at all .

This same rule applied in the young American States. Six State Constitutions explicitly required unanimity . Another four preserved the right to a jury trial in more general terms . But the variations did not matter much; consistent with the common law, state courts appeared to regard unanimity as an essential feature of the jury trial .

It was against this backdrop that James Madison drafted and the States ratified the Sixth Amendment in 1791. By that time, unanimous verdicts had been required for about 400 years . If the term "trial by an impartial jury" carried any meaning at all, it surely included a requirement as long and widely accepted as unanimity.

Influential, postadoption treatises confirm this understanding. For example, in 1824, Nathan Dane reported as fact that the U. S. Constitution required unanimity in criminal jury trials for serious offenses . A few years later, Justice Story explained in his Commentaries on the Constitution that "in common cases, the law not only presumes every man innocent, until he is proved guilty; but unanimity in the verdict of the jury is indispensable" . Similar statements can be found in American legal treatises throughout the 19th century .

Nor is this a case where the original public meaning was lost to time and only recently recovered. This Court has, repeatedly and over many years, recognized that the Sixth Amendment requires unanimity. As early as 1898, the Court said that a defendant enjoys a "constitutional right to demand that his liberty should not be taken from him except by the joint action of the court and the unanimous verdict of a jury of twelve persons" . A few decades later, the Court elaborated that the Sixth Amendment affords a right to "a trial by jury as understood and applied at common law, ... includ[ing] all the essential elements as they were recognized in this country and England when the Constitution was adopted" . And, the Court observed, this includes a requirement "that the verdict should be unanimous" . In all, this Court has commented on the Sixth Amendment's unanimity requirement no fewer than 13 times over more than 120 years .

There can be no question either that the Sixth Amendment's unanimity requirement applies to state and federal criminal trials equally. This Court has long explained that the Sixth Amendment right to a jury trial is "fundamental to the American scheme of justice" and incorporated against the States under the Fourteenth Amendment . This Court has long explained, too, that incorporated provisions of the Bill of Rights bear the same content when asserted against States as they do when asserted against the federal government . So if the Sixth Amendment's right to a jury trial requires a unanimous verdict to support a conviction in federal court, it requires no less in state court.

II

A

How, despite these seemingly straightforward principles, have Louisiana's and Oregon's laws managed to hang on for so long? It turns out that the Sixth Amendment's otherwise simple story took a strange turn in 1972. That year, the Court confronted these States' unconventional schemes for the first time-in Apodaca v. Oregon and a companion case, Johnson v. Louisiana . Ultimately, the Court could do no more than issue a badly fractured set of opinions. Four dissenting Justices would not have hesitated to strike down the States' laws, recognizing that the Sixth Amendment requires unanimity and that this guarantee is fully applicable against the States under the Fourteenth Amendment . But a four-Justice plurality took a very different view of the Sixth Amendment. These Justices declared that the real question before them was whether unanimity serves an important "function" in "contemporary society" . Then, having reframed the question, the plurality wasted few words before concluding that unanimity's costs outweigh its

benefits in the modern era, so the Sixth Amendment should not stand in the way of Louisiana or Oregon.

The ninth Member of the Court adopted a position that was neither here nor there. On the one hand, Justice Powell agreed that, as a matter of "history and precedent, ... the Sixth Amendment requires a unanimous jury verdict to convict" . But, on the other hand, he argued that the Fourteenth Amendment does not render this guarantee against the federal government fully applicable against the States.

In this way, Justice Powell doubled down on his belief in "dual-track" incorporation-the idea that a single right can mean two different things depending on whether it is being invoked against the federal or a state government.

Justice Powell acknowledged that his argument for dual-track incorporation came "late in the day" . Late it was. The Court had already, nearly a decade earlier, "rejected the notion that the Fourteenth Amendment applies to the States only a 'watered-down, subjective version of the individual guarantees of the Bill of Rights'" . It's a point we've restated many times since, too, including as recently as last year . Still, Justice Powell frankly explained, he was "unwillin[g]" to follow the Court's precedents . So he offered up the essential fifth vote to uphold Mr. Apodaca's conviction-if based only on a view of the Fourteenth Amendment that he knew was (and remains) foreclosed by precedent.

B

In the years following Apodaca, both Louisiana and Oregon chose to continue allowing nonunanimous verdicts. But their practices have always stood on shaky ground. After all, while Justice Powell's vote secured a favorable judgment for the States in Apodaca, it's never been clear what rationale could support a similar result in future cases. Only two possibilities exist: Either the Sixth Amendment allows nonunanimous verdicts, or the Sixth Amendment's guarantee of a jury trial applies with less force to the States under the Fourteenth Amendment. Yet, as we've seen, both bear their problems. In Apodaca itself, a majority of Justices-including Justice Powell-recognized that the Sixth Amendment demands unanimity, just as our cases have long said. And this Court's precedents, both then and now, prevent the Court from applying the Sixth Amendment to the States in some mutated and diminished form under the Fourteenth Amendment. So what could we possibly describe as the "holding" of Apodaca?

Really, no one has found a way to make sense of it. In later cases, this Court has labeled Apodaca an "exception," "unusual," and in any event "not an endorsement" of Justice Powell's view of incorporation . At the same time, we have continued to recognize the historical need for unanimity . We've been studiously ambiguous, even inconsistent, about what Apodaca might mean . To its credit, Louisiana acknowledges the problem. The State expressly tells us it is not "asking the Court to accord Justice Powell's solo opinion in Apodaca precedential force" . Instead, in an effort to win today's case, Louisiana embraces the idea that everything is up for grabs. It contends that this Court has never definitively ruled on the propriety of nonunanimous juries under the Sixth Amendment-and that we should use this case to hold for the first time that nonunanimous juries are permissible in state and federal courts alike.

III

Louisiana's approach may not be quite as tough as trying to defend Justice Powell's dual-track theory of incorporation, but it's pretty close. How does the State deal with the fact this Court has said 13 times over 120 years that the Sixth Amendment does require unanimity? Or the fact that five Justices in Apodaca said the same? The best the State can offer is to suggest that all these statements came in dicta . But even supposing (without granting) that Louisiana is right and it's dicta all the way down, why would the Court now walk away from many of its own statements about the Constitution's meaning? And what about the prior 400 years of English and American cases requiring unanimity-should we dismiss all those as dicta too?

Sensibly, Louisiana doesn't dispute that the common law required unanimity. Instead, it argues that the drafting history of the Sixth Amendment reveals an intent by the framers to leave this particular feature behind. The State points to the fact that Madison's proposal for the Sixth Amendment originally read: "The trial of all crimes ... shall be by an impartial jury of freeholders of the vicinage, with the requisite of unanimity for conviction, of the right of challenge, and other accustomed requisites. ..." . Louisiana notes that the House of Representatives approved this text with minor modifications. Yet, the State stresses, the Senate replaced "impartial jury of freeholders of the vicinage" with "impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed" and also removed the explicit references to unanimity, the right of challenge, and "other accustomed requisites." In light of these revisions, Louisiana would have us infer an intent to abandon the common law's traditional unanimity requirement.

But this snippet of drafting history could just as easily support the opposite inference. Maybe the Senate deleted the language about unanimity, the right of

challenge, and "other accustomed prerequisites" because all this was so plainly included in the promise of a "trial by an impartial jury" that Senators considered the language surplusage. The truth is that we have little contemporaneous evidence shedding light on why the Senate acted as it did . So rather than dwelling on text left on the cutting room floor, we are much better served by interpreting the language Congress retained and the States ratified. And, as we've seen, at the time of the Amendment's adoption, the right to a jury trial meant a trial in which the jury renders a unanimous verdict.

Further undermining Louisiana's inference about the drafting history is the fact it proves too much. If the Senate's deletion of the word "unanimity" changed the meaning of the text that remains, then the same would seemingly have to follow for the other deleted words as well. So it's not just unanimity that died in the Senate, but all the "other accustomed requisites" associated with the common law jury trial right-i.e., everything history might have taught us about what it means to have a jury trial. Taking the State's argument from drafting history to its logical conclusion would thus leave the right to a "trial by jury" devoid of meaning. A right mentioned twice in the Constitution would be reduced to an empty promise. That can't be right.

Faced with this hard fact, Louisiana's only remaining option is to invite us to distinguish between the historic features of common law jury trials that (we think) serve "important enough" functions to migrate silently into the Sixth Amendment and those that don't. And, on the State's account, we should conclude that unanimity isn't worthy enough to make the trip.

But to see the dangers of Louisiana's overwise approach, there's no need to look any further than Apodaca itself. There, four Justices, pursuing the functionalist approach Louisiana espouses, began by describing the "'essential'" benefit of a jury trial as "'the interposition ... of the commonsense judgment of a group of laymen'" between the defendant and the possibility of an "'overzealous prosecutor'" . And measured against that muddy yardstick, they quickly concluded that requiring 12 rather than 10 votes to convict offers no meaningful improvement . Meanwhile, these Justices argued, States have good and important reasons for dispensing with unanimity, such as seeking to reduce the rate of hung juries .

Who can profess confidence in a breezy cost-benefit analysis like that? Lost in the accounting are the racially discriminatory reasons that Louisiana and Oregon adopted their peculiar rules in the first place . What's more, the plurality never explained why the promised benefit of abandoning unanimity-reducing the rate of hung juries-always scores as a credit, not a cost. But who can say whether any particular hung jury is a waste, rather than an example of a jury doing exactly what the plurality said it should-deliberating carefully and safeguarding against overzealous prosecutions? And what about the fact, too, that some studies suggest that the elimination of unanimity has only a small effect on the rate of hung juries? . Or the fact that others profess to have found that requiring unanimity may provide other possible benefits, including more open-minded and more thorough deliberations? . It seems the Apodaca plurality never even conceived of such possibilities.

Our real objection here isn't that the Apodaca plurality's cost-benefit analysis was too skimpy. The deeper problem is that the plurality subjected the ancient guarantee of a unanimous jury verdict to its own functionalist assessment in the first place. And Louisiana asks us to repeat the error today, just replacing Apodaca's functionalist assessment with our own updated version. All this overlooks the fact that, at the time of the Sixth Amendment's adoption, the right to trial by jury included a right to a unanimous verdict. When the American people chose to enshrine that right in the Constitution, they weren't suggesting fruitful topics for future cost-benefit analyses. They were seeking to ensure that their children's children would enjoy the same hard-won liberty they enjoyed. As judges, it is not our role to reassess whether the right to a unanimous jury is "important enough" to retain. With humility, we must accept that this right may serve purposes evading our current notice. We are entrusted to preserve and protect that liberty, not balance it away aided by no more than social statistics .

IV

A

If Louisiana's path to an affirmance is a difficult one, the dissent's is trickier still. The dissent doesn't dispute that the Sixth Amendment protects the right to a unanimous jury verdict, or that the Fourteenth Amendment extends this right to state-court trials. But, it insists, we must affirm Mr. Ramos's conviction anyway. Why? Because the doctrine of stare decisis supposedly commands it. There are two independent reasons why that answer falls short.

In the first place and as we've seen, not even Louisiana tries to suggest that Apodaca supplies a governing precedent. Remember, Justice Powell agreed that the Sixth

Amendment requires a unanimous verdict to convict, so he would have no objection to that aspect of our holding today.

Justice Powell reached a different result only by relying on a dual-track theory of incorporation that a majority of the Court had already rejected (and continues to reject). And to accept that reasoning as precedential, we would have to embrace a new and dubious proposition: that a single Justice writing only for himself has the authority to bind this Court to propositions it has already rejected.

This is not the rule, and for good reason-it would do more to destabilize than honor precedent. To see how, consider a hypothetical. Suppose we face a question of first impression under the Fourth Amendment: whether a State must obtain a warrant before reading a citizen's email in the hands of an Internet provider and using that email as evidence in a criminal trial. Imagine this question splits the Court, with four Justices finding the Fourth Amendment requires a warrant and four Justices finding no such requirement. The ninth Justice agrees that the Fourth Amendment requires a warrant, but takes an idiosyncratic view of the consequences of violating that right. In her view, the exclusionary rule has gone too far, and should only apply when the defendant is prosecuted for a felony. Because the case before her happens to involve only a misdemeanor, she provides the ninth vote to affirm a conviction based on evidence secured by a warrantless search. Of course, this Court has longstanding precedent requiring the suppression of all evidence obtained in unconstitutional searches and seizures. Mapp v. Ohio, 367 U. S. 643 (1961). But like Justice Powell, our hypothetical ninth Justice sticks to her view and expressly rejects this Court's precedent. Like Justice Powell, this Justice's vote would be essential to the judgment. So if, as the dissent suggests, that is enough to displace precedent, would Mapp's exclusionary rule now be limited to felony prosecutions?

Admittedly, this example comes from our imagination. It has to, because no case has before suggested that a single Justice may overrule precedent. But if the Court were to embrace the dissent's view of stare decisis, it would not stay imaginary for long. Every occasion on which the Court is evenly split would present an opportunity for single Justices to overturn precedent to bind future majorities. Rather than advancing the goals of predictability and reliance lying behind the doctrine of stare decisis, such an approach would impair them.

The dissent contends that, in saying this much, we risk defying Marks v. United States . According to Marks, when "a fragmented Court decides a case and no single rationale explaining the result enjoys the assent of five Justices, 'the holding of the Court may be viewed as that position taken by those Members who concurred in the judgments on the narrowest grounds'" . But notice that the dissent never actually gets around to telling us which opinion in Apodaca it considers to be the narrowest and controlling one under Marks-or why. So while the dissent worries that we defy a Marks precedent, it is oddly coy about where exactly that precedent might be found.

The parties recognize what the dissent does not: Marks has nothing to do with this case. Unlike a Marks dispute where the litigants duel over which opinion represents the narrowest and controlling one, the parties before us accept that Apodaca yielded no controlling opinion at all. In particular, both sides admit that Justice Powell's opinion cannot bind us-precisely because he relied on a dual-track rule of incorporation that an unbroken line of majority opinions before and after Apodaca has rejected. Still, the dissent presses the issue, suggesting that a single Justice's opinion can overrule prior precedents under "the logic" of Marks . But, as the dissent itself implicitly acknowledges, Marks never sought to offer or defend such a rule. And, as we have seen, too, a rule like that would do more to harm than advance stare decisis.

The dissent's backup argument fares no better. In the end, even the dissent is forced to concede that Justice Powell's reasoning in Apodaca lacks controlling force . So far, so good. But then the dissent suggests Apodaca somehow still manages to supply a controlling precedent as to its result . Look closely, though. The dissent's account of Apodaca's result looks suspiciously like the reasoning of Justice Powell's opinion: "In Apodaca, this means that when a defendant is convicted in state court, at least 10 of the 12 jurors vote to convict, and the defendant argues that the conviction violates the Constitution because the vote was not unanimous, the challenge fails" . Where does the convenient "state court" qualification come from? Neither the Apodaca plurality nor the dissent included any limitation like that-their opinions turned on the meaning of the Sixth Amendment. What the dissent characterizes as Apodaca's result turns out to be nothing more than Justice Powell's reasoning about dual-track incorporation dressed up to look like a logical proof.

All of this does no more than highlight an old truth. It is usually a judicial decision's reasoning-its ratio decidendi-that allows it to have life and effect in the disposition of future cases . As this Court has repeatedly explained in the context of summary affirmances, "'unexplicated'" decisions may "'settl[e] the issues for the parties, [but they are] not to be read as a renunciation by this Court of doctrines previously announced in our opinions'" . Much the same may be

said here. Apodaca's judgment line resolved that case for the parties in that case. It is binding in that sense. But stripped from any reasoning, its judgment alone cannot be read to repudiate this Court's repeated pre-existing teachings on the Sixth and Fourteenth Amendments .

B

1

There's another obstacle the dissent must overcome. Even if we accepted the premise that Apodaca established a precedent, no one on the Court today is prepared to say it was rightly decided, and stare decisis isn't supposed to be the art of methodically ignoring what everyone knows to be true . Of course, the precedents of this Court warrant our deep respect as embodying the considered views of those who have come before. But stare decisis has never been treated as "an inexorable command" . And the doctrine is "at its weakest when we interpret the Constitution" because a mistaken judicial interpretation of that supreme law is often "practically impossible" to correct through other means . To balance these considerations, when it revisits a precedent this Court has traditionally considered "the quality of the decision's reasoning; its consistency with related decisions; legal developments since the decision; and reliance on the decision" . In this case, each factor points in the same direction.

Start with the quality of the reasoning. Whether we look to the plurality opinion or Justice Powell's separate concurrence, Apodaca was gravely mistaken; again, no Member of the Court today defends either as rightly decided. Without repeating what we've already explained in detail, it's just an implacable fact that the plurality spent almost no time grappling with the historical meaning of the Sixth Amendment's jury trial right, this Court's long-repeated statements that it demands unanimity, or the racist origins of Louisiana's and Oregon's laws. Instead, the plurality subjected the Constitution's jury trial right to an incomplete functionalist analysis of its own creation for which it spared one paragraph. And, of course, five Justices expressly rejected the plurality's conclusion that the Sixth Amendment does not require unanimity. Meanwhile, Justice Powell refused to follow this Court's incorporation precedents. Nine Justices (including Justice Powell) recognized this for what it was; eight called it an error.

Looking to Apodaca's consistency with related decisions and recent legal developments compounds the reasons for concern. Apodaca sits uneasily with 120 years of preceding case law. Given how unmoored it was from the start, it might seem unlikely that later developments could have done more to undermine the decision. Yet they have. While Justice Powell's dual-track theory of incorporation was already foreclosed in 1972, some at that time still argued that it might have a role to play outside the realm of criminal procedure. Since then, the Court has held otherwise . Until recently, dual-track incorporation attracted at least a measure of support in dissent. But this Court has now roundly rejected it . Nor has the plurality's rejection of the Sixth Amendment's historical unanimity requirement aged more gracefully. As we've seen, in the years since Apodaca, this Court has spoken inconsistently about its meaning-but nonetheless referred to the traditional unanimity requirement on at least eight occasions . In light of all this, calling Apodaca an outlier would be perhaps too suggestive of the possibility of company.

When it comes to reliance interests, it's notable that neither Louisiana nor Oregon claims anything like the prospective economic, regulatory, or social disruption litigants seeking to preserve precedent usually invoke. No one, it seems, has signed a contract, entered a marriage, purchased a home, or opened a business based on the expectation that, should a crime occur, at least the accused may be sent away by a 10-to-2 verdict . Nor does anyone suggest that nonunanimous verdicts have "become part of our national culture" . It would be quite surprising if they had, given that nonunanimous verdicts are insufficient to convict in 48 States and federal court.

Instead, the only reliance interests that might be asserted here fall into two categories. The first concerns the fact Louisiana and Oregon may need to retry defendants convicted of felonies by nonunanimous verdicts whose cases are still pending on direct appeal. The dissent claims that this fact supplies the winning argument for retaining Apodaca because it has generated "enormous reliance interests" and overturning the case would provoke a "crushing" "tsunami" of follow-on litigation .

The overstatement may be forgiven as intended for dramatic effect, but prior convictions in only two States are potentially affected by our judgment. Those States credibly claim that the number of nonunanimous felony convictions still on direct appeal are somewhere in the hundreds , and retrying or plea bargaining these cases will surely impose a cost. But new rules of criminal procedures usually do, often affecting significant numbers of pending cases across the whole country. For example, after Booker v. United States held that the Federal Sentencing Guidelines must be advisory rather than mandatory, this Court vacated and remanded nearly 800 decisions to the courts of appeals. Similar consequences likely followed when Crawford v. Washington overturned

prior interpretations of the Confrontation Clause or Arizona v. Gant changed the law for searches incident to arrests . Our decision here promises to cause less, and certainly nothing before us supports the dissent's surmise that it will cause wildly more, disruption than these other decisions.

2

The second and related reliance interest the dissent seizes upon involves the interest Louisiana and Oregon have in the security of their final criminal judgments. In light of our decision today, the dissent worries that defendants whose appeals are already complete might seek to challenge their nonunanimous convictions through collateral (i.e., habeas) review.

But again the worries outstrip the facts. Under Teague v. Lane, newly recognized rules of criminal procedure do not normally apply in collateral review . True, Teague left open the possibility of an exception for "watershed rules" "implicat[ing] the fundamental fairness [and accuracy] of the trial" . But, as this language suggests, Teague's test is a demanding one, so much so that this Court has yet to announce a new rule of criminal procedure capable of meeting it . And the test is demanding by design, expressly calibrated to address the reliance interests States have in the finality of their criminal judgments .

Nor is the Teague question even before us. Whether the right to jury unanimity applies to cases on collateral review is a question for a future case where the parties will have a chance to brief the issue and we will benefit from their adversarial presentation. That litigation is sure to come, and will rightly take into account the States' interest in the finality of their criminal convictions. In this way, Teague frees us to say what we know to be true about the rights of the accused under our Constitution today, while leaving questions about the reliance interest States possess in their final judgments for later proceedings crafted to account for them. It would hardly make sense to ignore that two-step process and count the State's reliance interests in final judgments both here and again there. Certainly the dissent cites no authority for such double counting.

Instead, the dissent suggests that the feeble reliance interests it identifies should get a boost because the right to a unanimous jury trial has "little practical importance going forward" . In the dissent's telling, Louisiana has "abolished" nonunanimous verdicts and Oregon "seemed on the verge of doing the same until the Court intervened" . But, as the dissent itself concedes, a ruling for Louisiana would invite other States to relax their own unanimity requirements . In fact, 14 jurisdictions have already told us that they would value the right to "experiment" with nonunanimous juries . Besides, Louisiana's law bears only prospective effect, so the State continues to allow nonunanimous verdicts for crimes committed before 2019 . And while the dissent speculates that our grant of certiorari contributed to the failure of legal reform efforts in Oregon, its citation does not support its surmise. No doubt, too, those who risk being subjected to nonunanimous juries in Louisiana and Oregon today, and elsewhere tomorrow, would dispute the dissent's suggestion that their Sixth Amendment rights are of "little practical importance."

That point suggests another. In its valiant search for reliance interests, the dissent somehow misses maybe the most important one: the reliance interests of the American people. Taken at its word, the dissent would have us discard a Sixth Amendment right in perpetuity rather than ask two States to retry a slice of their prior criminal cases.

Whether that slice turns out to be large or small, it cannot outweigh the interest we all share in the preservation of our constitutionally promised liberties. Indeed, the dissent can cite no case in which the one-time need to retry defendants has ever been sufficient to inter a constitutional right forever.

In the final accounting, the dissent's stare decisis arguments round to zero. We have an admittedly mistaken decision, on a constitutional issue, an outlier on the day it was decided, one that's become lonelier with time. In arguing otherwise, the dissent must elide the reliance the American people place in their constitutionally protected liberties, overplay the competing interests of two States, count some of those interests twice, and make no small amount of new precedent all its own.

V

On what ground would anyone have us leave Mr. Ramos in prison for the rest of his life? Not a single Member of this Court is prepared to say Louisiana secured his conviction constitutionally under the Sixth Amendment. No one before us suggests that the error was harmless. Louisiana does not claim precedent commands an affirmance. In the end, the best anyone can seem to muster against Mr. Ramos is that, if we dared to admit in his case what we all know to be true about the Sixth Amendment, we might have to say the same in some others. But where is the justice in that? Every judge must learn to live with the fact he or she will make some mistakes; it comes with the territory. But it is something else entirely to perpetuate something we all know to be wrong only because we fear the consequences of being right. The judgment of the Court of Appeals is Reversed.

Official Journal of the Proceedings of the Constitutional Convention of the State of Louisiana 374 (H. Hearsey ed. 1898); Eaton, The Suffrage Clause in the New Constitution of Louisiana, 13 Harv. L. Rev. 279, 286-287 (1899); Louisiana v. United States, 380 U. S. 145, 151-153 (1965).

See 31 Cong. Rec. 1019 (1898).

Strauder v. West Virginia, 100 U. S. 303, 310 (1880).

State v. Maxie, No. 13-CR-72522 (La. 11th Jud. Dist., Oct. 11, 2018), App. 56-57; see also Frampton, The Jim Crow Jury, 71 Vand. L. Rev. 1593 (2018).

State v. Williams, No. 15-CR-58698 (C. C. Ore., Dec. 15, 2016), App. 104.

Maxie, App. 82; Williams, App. 104.

Under existing precedent and consistent with a common law tradition not at issue here, a defendant may be tried for certain "petty offenses" without a jury. Cheff v. Schnackenberg, 384 U. S. 373, 379 (1966).

See Art. III, §2.

See J. Thayer, Evidence at the Common Law 86-90 (1898) (Thayer); W. Forsyth, History of Trial by Jury 200 (J. Morgan ed., 2d ed. 1875); 1 W. Holdsworth, A History of English Law 318 (rev. 7th ed. 1956); Smith, The Historical and Constitutional Contexts of Jury Reform, 25 Hofstra L. Rev. 377, 397 (1996).

4 W. Blackstone, Commentaries on the Laws of England 343 (1769).

Thayer 88-89, n. 4 (quoting Anonymous Case, 41 Lib. Assisarum 11 (1367)); see also 1 M. Hale, Pleas of the Crown 33 (1736).

See Del. Declaration of Rights §14 (1776), in 1 The Bill of Rights: A Documentary History 278 (1971); Md. Declaration of Rights §XIX, in 3 Federal and State Constitutions 1688 (F. Thorpe ed. 1909) (Thorpe); N. C. Declaration of Rights §IX (1776), in 5 id., at 2787; Pa. Declaration of Rights §IX (1776), in 5 id., at 3083; Vt. Declaration of Rights, ch. I, §XI (1786), in 6 id., at 3753; Va. Declaration of Rights §8 (1776), in 7 id., at 3813.

See Ga. Const., Art. IV, §3 (1789), in 2 id., at 789; N. J. Const., Art. XXII (1776), in 5 id., at 2598; N. Y. Const., Art. XLI (1777), in 5 id., at 2637; S. C. Const., Art. IX, §6 (1790), in 6 id., at 3264.

See, e.g., Commonwealth v. Bowden, 9 Mass. 494, 495 (1813); People v. Denton, 2 Johns. Cas. 275, 277 (N. Y. 1801); Commonwealth v. Fells, 36 Va. 613, 614-615 (1838); State v. Doon & Dimond, 1 R. Charlton 1, 2 (Ga. Super. Ct. 1811); see also Respublica v. Oswald, 1 Dall. 319, 323 (Pa. 1788) (reporting Chief Justice McKean's observations that unanimity would have been required even if the Pennsylvania Constitution had not said so explicitly).

To be sure, a few of the Colonies had relaxed (and then restored) the unanimity requirement well before the founding. For example, during a two decade period in the late 17th century, the Carolinas experimented with a non-common law system designed to encourage a feudal social structure; this "reactionary" constitution permitted conviction by majority vote. See Carolina Const., Art. 69 (1669), in 5 Thorpe 2781; Reinsch, The English Common Law in the Early American Colonies, in 1 Select Essays in Anglo-American Legal History 407 (1907). But, as Louisiana admits, by the time of the Sixth Amendment's adoption, unanimity had again become the accepted rule. See Brief for Respondent 17.

6 N. Dane, Digest of American Law, ch. LXXXII, Art. 2, §1, p. 226 (1824).

2 J. Story, Commentaries on the Constitution of the United States §777, p. 248 (1833).

See, e.g., J. Pomeroy, An Introduction to Municipal Law §135, p. 78 (1864); J. Tiffany, Government and Constitutional Law §549, p. 367 (1867); T. Cooley, Constitutional Limitations 319-320 (1868); 1 J. Bishop, Criminal Procedure §897 (rev. 2d ed. 1872).

Thompson v. Utah, 170 U. S. 343, 351 (1898). See also Maxwell v. Dow, 176 U. S. 581, 586 (1900).

Patton v. United States, 281 U. S. 276, 288 (1930).

Ibid. See also Andres v. United States, 333 U. S. 740, 748 (1948) ("Unanimity in jury verdicts is required where the Sixth and Seventh Amendments apply").

In addition to Thompson, Maxwell, Patton, and Andres, see Johnson v. Louisiana, 406 U. S. 356, 369 (1972) (Powell, J., concurring); United States v. Gaudin, 515 U. S. 506, 510 (1995); Richardson v. United States, 526 U. S. 813, 817 (1999); Apprendi v. New Jersey, 530 U. S. 466, 477 (2000); Southern Union Co. v. United States, 567 U. S. 343, 356 (2012); Blakely v. Washington, 542 U. S. 296, 301-302 (2004); United States v. Booker, 543 U. S. 220, 233-239 (2005); Descamps v. United States, 570 U. S. 254, 269 (2013); United States v. Haymond, 588 U. S. __, __-__ (2019) (plurality opinion) (slip op., at 6-7).

Duncan v. Louisiana, 391 U. S. 145, 148-150 (1968).

Malloy v. Hogan, 378 U. S. 1, 10-11 (1964).

406 U. S. 404 (plurality opinion).

406 U. S. 356.

See Apodaca, 406 U. S., at 414-415 (Stewart, J., joined by Marshall and Brennan, JJ., dissenting) ("Until today, it has been universally understood that a unanimous verdict is an essential element of a Sixth Amendment jury trial. . . . I would follow these settled Sixth Amendment precedents"); Johnson, 406 U. S., at 382-383, 391-393 (Douglas, J., joined by Marshall and Brennan, JJ., dissenting).

Apodaca, 406 U. S., at 410.

Johnson, 406 U. S., at 371 (concurring opinion).

Id., at 375.

Id., at 384 (Douglas, J., dissenting) (quoting Malloy, 378 U. S., at 10- 11); Johnson, 406 U. S., at 395-396 (Brennan, J., dissenting) (collecting cases).

See, e.g., Timbs v. Indiana, 586 U. S. __, __ (2019) (slip op., at 3) (unanimously rejecting arguments for dual-track incorporation).

Johnson, 406 U. S., at 375-376, and n. 15 (concurring opinion).

McDonald v. Chicago, 561 U. S. 742, 766, n. 14 (2010); see also Timbs, 586 U. S., at (slip op., at 3) (quoting McDonald, 561 U. S., at 766, n. 14).

Gaudin, 515 U. S., at 510; Richardson, 526 U. S., at 817; Apprendi, 530 U. S., at 477; Southern Union Co., 567 U. S., at 356; Blakely, 542 U. S., at 301-302; Booker, 543 U. S., at 238; Descamps, 570 U. S., at 269; Haymond, 588 U. S., at - (plurality opinion) (slip op., at 6-7).

See, e.g., Burch v. Louisiana, 441 U. S. 130, 136, and n. 9 (1979) (describing both plurality opinion and Justice Powell's separate writing); Brown v. Louisiana, 447 U. S. 323, 331 (1980) (plurality opinion) (describing neither); see also McKoy v. North Carolina, 494 U. S. 433, 468 (1990) (Scalia, J., dissenting) (same). On a few occasions we've suggested that perhaps Apodaca means the Sixth Amendment does not require unanimity at all. See Ludwig v. Massachusetts, 427 U. S. 618, 625 (1976) (quoting Apodaca plurality); Gaudin, 515 U. S., at 510, n. 2 (same); see also Holland v. Illinois, 493 U. S. 474, 511 (1990) (Stevens, J., dissenting) (same). But on another occasion, we suggested that it could make a difference whether a particular right was rooted in the Sixth Amendment's jury trial guarantee or Fourteenth Amendment due process guarantee. See Schad v. Arizona, 501 U. S. 624, 634, n. 5 (1991) (plurality opinion). The dissent contends that these cases have "reiterated time and again what Apodaca had established." Post, at 6 (opinion of ALITO, J.). More accurately, these "reiterations" have suggested different things at different times.

See Brief for Respondent 47; Tr. of Oral Arg. 37-38.

In at least some of these cases, that may be a fair characterization. For example, while Thompson was quick to say that the U. S. Constitution requires "the unanimous verdict of a jury of twelve persons," the question before the Court was whether, in the circumstances of the defendant's case, a trial by eight jurors in a Utah state court would violate the Ex Post Facto Clause. 170 U. S., at 351. The Sixth Amendment's unanimity requirement was unnecessary to the outcome, and the Utah Constitution required unanimity either way. Id., at 345.

1 Annals of Cong. 435 (1789).

In private writings, Madison did explain some of the Senate's objections with his original phrasing of the vicinage requirement. See 5 Writings of James Madison 420-424 (G. Hunt ed. 1904) (letters to E. Pendleton, Sept. 14 and 23, 1789). But this is little help in explaining the other changes made in the Senate.

406 U. S., at 410 (plurality opinion) (quoting Williams v. Florida, 399 U. S. 78, 100 (1970), and Duncan, 391 U. S., at 156).

406 U. S., at 410-411.

Id., at 411.

The dissent chides us for acknowledging the racist history of Louisiana's and Oregon's laws, and commends the Apodaca plurality's decision to disregard these facts. Post, at 2-5, 14. But if the Sixth Amendment calls on judges to assess the functional benefits of jury rules, as the Apodaca plurality suggested, how can that analysis proceed to ignore the very functions those rules were adopted to serve? The dissent answers that Louisiana and Oregon eventually recodified their nonunanimous jury laws in new proceedings untainted by racism. See post, at 3-4, n. 3. But that cannot explain Apodaca's omission: The States' proceedings took place only after the Court's decision. Nor can our shared respect for "rational and civil discourse," post, at 5, supply an excuse for leaving an uncomfortable past unexamined. Still, the dissent is right about one thing-a jurisdiction adopting a nonunanimous jury rule even for benign reasons would still violate the Sixth Amendment.

See H. Kalven & H. Zeisel, The American Jury 461 (1966); Diamond, Rose, & Murphy, Revisiting the Unanimity Requirement: The Behavior of the Nonu-

nanimous Civil Jury, 100 Nw. U. L. Rev. 201, 207-208 (2006).

Devine et al., Jury Decision Making: 45 Years of Empirical Research on Deliberating Groups, 7 Psych. Pub. Pol'y & L. 622, 669 (2001); R. Hastie, S. Penrod, & N. Pennington, Inside the Jury 115, 164-165 (1983); Hans, The Power of Twelve: The Impact of Jury Size and Unanimity on Civil Jury Decision Making, 4 Del. L. Rev. 1, 24-25 (2001).

. The dissent seems to suggest that we must abandon the Sixth Amendment's historical meaning in favor of Apodaca's functionalism because a parade of horribles would follow otherwise. In particular, the dissent reminds us that, at points and places in our history, women were not permitted to sit on juries. See post, at 15-16. But we hardly need Apodaca's functionalism to avoid repeating that wrong. Unlike the rule of unanimity, rules about who qualified as a defendant's "peer" varied considerably at common law at the time of the Sixth Amendment's adoption. Reflecting that fact, the Judiciary Act of 1789-adopted by the same Congress that passed the Sixth Amendment-initially pegged the qualifications for federal jury service to the relevant state jury qualification requirements. 1 Stat. 88. As a result, for much of this Nation's early history the composition of federal juries varied both geographically and over time. See Hickey, Federal Legislation: Improvement of the Jury System in Federal Courts, 35 Geo. L. J. 500, 506-507 (1947); Taylor v. Louisiana, 419 U. S. 522, 536 (1975). Ultimately, however, the people themselves adopted further constitutional amendments that prohibit invidious discrimination. So today the Sixth Amendment's promise of a jury of one's peers means a jury selected from a representative crosssection of the entire community. See Strauder, 100 U. S., at 307-308; Smith v. Texas, 311 U. S. 128, 130 (1940); Taylor, 419 U. S., at 527. Relatedly, the dissent suggests that, before doing anything here, we should survey all changes in jury practices since 1791. See post, at 16, n. 26. It sounds like an interesting study-but not one that could alter the plain meaning of the Constitution or obliviate its undisputed unanimity requirement.

430 U. S. 188 (1977).

Id., at 193.

Post, at 10-11.

Post, at 11-12.

Post, at 8.

Ibid. See also post, at 11, n. 6 (KAVANAUGH, J., concurring in part) (offering the same argument by contending that "[t]he result of Apodaca" means "state criminal juries need not be unanimous").

See J. Salmond, Jurisprudence §62, p. 191 (G. Williams ed., 10th ed. 1947) ("The concrete decision is binding between the parties to it, but is the abstract ratio decidendi which alone has the force of law as regards the world at large"); F. Schauer, Precedent, in Routledge Companion to Philosophy of Law 129 (A. Marmor ed. 2012) ("[T]he traditional answer to the question of what is a precedent is that subsequent cases falling within the ratio decidendi-or rationale-of the precedent case are controlled by that case"); N. Duxbury, The Nature and Authority of Precedent 65-66 (2008).

Mandel v. Bradley, 432 U. S. 173, 176 (1977) (per curiam) (quoting Fusari v. Steinberg, 419 U. S. 379, 392 (1975) (Burger, C. J., concurring); see also Bush v. Vera, 517 U. S. 952, 1001-1002 (1996) (THOMAS, J., concurring in judgment).

The dissent floats a different theory when it suggests this Court's denials of certiorari in cases seeking to clarify Apodaca is evidence of Apodaca's precedential force. Post, at 7. But "[t]he significance of a denial of a petition for certiorari ought no longer ... require discussion. This Court has said again and again and again that such a denial has no legal significance whatever bearing on the merits of the claim." Darr v. Burford, 339 U. S. 200, 226 (1950) (Frankfurter, J., dissenting).

R. Cross & J. Harris, Precedent in English Law 1 (4th ed. 1991) (attributing this aphorism to Jeremy Bentham).

Pearson v. Callahan, 555 U. S. 223, 233 (2009) (internal quotation marks omitted).

Agostini v. Felton, 521 U. S. 203, 235 (1997).

Payne v. Tennessee, 501 U. S. 808, 828 (1991) (internal quotation marks omitted).

Franchise Tax Bd. of Cal. v. Hyatt, 587 U. S. , (2019) (slip op., at 17).

McDonald, 561 U. S., at 765-766.

Timbs, 586 U. S., at (slip op., at 3). Contrary to the dissent's suggestion, this Court's longstanding rejection of dual-track incorporation does not necessarily imply that the Fourteenth Amendment renders the entire Bill of Rights applicable to the States. See post, at 17-18. The scope of an incorporated right and whether a right is incorporated at all are two different questions. See Timbs, 586 U. S., at - (slip op., at 2-3) ("[I]f a Bill of Rights protection is incorporated, there

is no daylight between the federal and state conduct it prohibits or requires").

See n. 35, supra.

Cf. Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., 551 U. S. 877, 925-926 (2007) (BREYER, J., dissenting).

Dickerson v. United States, 530 U. S. 428, 443 (2000).

Post, at 1, 19.

Brief for State of Oregon as Amicus Curiae 13 ("In 2018 alone ... there were 673 felony jury trials in Oregon, and studies suggest that as many as two-thirds of those cases would have had a non-unanimous verdict"). At most, Oregon says the number of cases remaining on direct appeal and affected by today's decision "easily may eclipse a thousand." Id., at 12 (emphasis added).

541 U. S. 36, 60-63 (2004).

556 U. S. 332, 345-347 (2009).

489 U. S. 288, 311-312 (1989) (plurality opinion).

Ibid.

See Whorton v. Bockting, 549 U. S. 406, 417-418 (2007).

See Stringer v. Black, 503 U. S. 222, 227-228 (1992).

Post, at 2.

Ibid.

Post, at 3.

Brief for State of Utah et al. as Amici Curiae 1.

See 2018 La. Reg. Sess., Act 722.

SOTOMAYOR, J., concurring in part

Supreme Court of the United States

No. 18-5924

Evangelisto Ramos, Petitioner v. Louisiana

On writ of certiorari to the court of appeal of Louisiana, fourth circuit

[April 20, 2020]

JUSTICE SOTOMAYOR, concurring as to all but Part IV-A. I agree with most of the Court's rationale, and so I join all but Part IV-A of its opinion. I write separately, however, to underscore three points. First, overruling precedent here is not only warranted, but compelled. Second, the interests at stake point far more clearly to that outcome than those in other recent cases. And finally, the racially biased origins of the Louisiana and Oregon laws uniquely matter here.

I

Both the majority and the dissent rightly emphasize that stare decisis "has been a fundamental part of our jurisprudence since the founding." Post, at 12 (opinion of ALITO, J.); see ante, at 20. Indeed, "[w]e generally adhere to our prior decisions, even if we question their soundness, because doing so 'promotes the evenhanded, predictable, and consistent development of legal principles, fosters reliance on judicial decisions, and contributes to the actual and perceived integrity of the judicial process.'" Alleyne v. United States, 570 U. S. 99, 118 (2013) (SOTOMAYOR, J., concurring) (quoting Payne v. Tennessee, 501 U. S. 808, 827 (1991)).

But put simply, this is not a case where we cast aside precedent "simply because a majority of this Court now disagrees with" it. Alleyne, 570 U. S., at 133 (ALITO, J., dissenting). Rather, Apodaca v. Oregon, 406 U. S. 464 (1972), was on shaky ground from the start. That was not because of the functionalist analysis of that Court's plurality: Reasonable minds have disagreed over time-and continue to disagree-about the best mode of constitutional interpretation. That the plurality in Apodaca used different interpretive tools from the majority here is not a reason on its own to discard precedent.

What matters instead is that, as the majority rightly stresses, Apodaca is a universe of one-an opinion uniquely irreconcilable with not just one, but two, strands of constitutional precedent well established both before and after the decision. The Court has long recognized that the Sixth Amendment requires unanimity. Ante, at 11, 20-22. Five Justices in Apodaca itself disagreed with that plurality's contrary view of the Sixth Amendment. Justice Powell's theory of dual-track incorporation also fared no better: He recognized that his argument on that score came "late in the day." Johnson v. Louisiana, 406 U. S. 356, 375 (1972) (concurring opinion).

Moreover, "[t]he force of stare decisis is at its nadir in cases concerning [criminal] procedur[e] rules that implicate fundamental constitutional protections." Alleyne, 570 U. S., at 116, n. 5. And the constitutional protection here ranks among the most essential: the

right to put the State to its burden, in a jury trial that comports with the Sixth Amendment, before facing criminal punishment. See Codispoti v. Pennsylvania, 418 U. S. 506, 515-516 (1974) ("The Sixth Amendment represents a deep commitment of the Nation to the right of jury trial in serious criminal cases as a defense against arbitrary law enforcement" (internal quotation marks omitted)). Where the State's power to imprison those like Ramos rests on an erroneous interpretation of the jury-trial right, the Court should not hesitate to reconsider its precedents.

II

In contrast to the criminal-procedure context, "[c] onsiderations in favor of stare decisis are at their acme in cases involving property and contract rights." Payne, 501 U. S., at 828. Despite that fact, the Court has recently overruled precedent where the Court's shift threatened vast regulatory and economic consequences. Janus v. State, County, and Municipal Employees, 585 U. S. (2018); id., at (KAGAN, J., dissenting) (slip op., at 23) (noting that the Court's opinion called into question "thousands of ... contracts covering millions of workers"); see South Dakota v. Wayfair, Inc., 585 U. S. , (2018) (slip op., at 21) (noting the "legitimate" burdens that the Court's overruling of precedent would place on vendors who had started businesses in reliance on a previous decision).

This case, by contrast, threatens no broad upheaval of private economic rights. Particularly when compared to the interests of private parties who have structured their affairs in reliance on our decisions, the States' interests here in avoiding a modest number of retrials-emphasized at such length by the dissent-are much less weighty. They are certainly not new: Opinions that force changes in a State's criminal procedure typically impose such costs. And were this Court to take the dissent's approach-defending criminal-procedure opinions as wrong as Apodaca simply to avoid burdening criminal justice systems-it would never correct its criminal jurisprudence at all.

To pick up on the majority's point, ante, at 23, in that alternate universe, a trial judge alone could still decide the critical facts necessary to sentence a defendant to death. Walton v. Arizona, 497 U. S. 639 (1990), overruled by Ring v. Arizona, 536 U. S. 584 (2002). An officer would still be able to search a car upon the arrest of any one of its recent occupants. New York v. Belton, 453 U. S. 454 (1981), hold- ing limited by Arizona v. Gant, 556 U. S. 332 (2009). And States could still deprive a defendant of the right to confront her accuser so long as the incriminating statement was "reliable." Ohio v. Roberts, 448 U. S. 56 (1980), abrogated by Crawford v. Washington, 541 U. S. 36 (2004). The Constitution demands more than the continued use of flawed criminal procedures-all because the Court fears the consequences of changing course.

III

Finally, the majority vividly describes the legacy of racism that generated Louisiana's and Oregon's laws. Ante, at 1-2, 13-14, and n. 44. Although Ramos does not bring an equal protection challenge, the history is worthy of this Court's attention. That is not simply because that legacy existed in the first place-unfortunately, many laws and policies in this country have had some history of racial animus-but also because the States' legislatures never truly grappled with the laws' sordid history in reenacting them. See generally United States v. Fordice, 505 U. S. 717, 729 (1992) (policies that are "traceable" to a State's de jure racial segregation and that still "have discriminatory effects" offend the Equal Protection Clause).

Where a law otherwise is untethered to racial bias-and perhaps also where a legislature actually confronts a law's tawdry past in reenacting it-the new law may well be free of discriminatory taint. That cannot be said of the laws at issue here. While the dissent points to the "legitimate" reasons for Louisiana's reenactment, post, at 3-4, Louisiana's perhaps only effort to contend with the law's discriminatory purpose and effects came recently, when the law was repealed altogether.

Today, Louisiana's and Oregon's laws are fully-and rightly-relegated to the dustbin of history. And so, too, is Apodaca. While overruling precedent must be rare, this Court should not shy away from correcting its errors where the right to avoid imprisonment pursuant to unconstitutional procedures hangs in the balance.

Kavanaugh, J., concurring in part

Supreme Court of the United States

No. 18-5924

Evangelisto Ramos, Petitioner v. Louisiana

On writ of certiorari to the court of appeal of Louisiana, fourth circuit

[April 20, 2020]

JUSTICE KAVANAUGH, concurring in part.

In Apodaca v. Oregon, this Court held that state juries need not be unanimous in order to convict a criminal defendant. 406 U. S. 404 (1972). Two States, Louisiana and Oregon, have continued to use non-unanimous juries in criminal cases. Today, the Court

overrules Apodaca and holds that state juries must be unanimous in order to convict a criminal defendant.

I agree with the Court that the time has come to overrule Apodaca. I therefore join the introduction and Parts I, II-A, III, and IV-B-1 of the Court's persuasive and important opinion. I write separately to explain my view of how stare decisis applies to this case.

I

The legal doctrine of stare decisis derives from the Latin maxim "stare decisis et non quieta movere," which means to stand by the thing decided and not disturb the calm. The doctrine reflects respect for the accumulated wisdom of judges who have previously tried to solve the same problem. In 1765, Blackstone-"the preeminent authority on English law for the founding generation," Alden v. Maine, 527 U. S. 706, 715 (1999)-wrote that "it is an established rule to abide by former precedents," to "keep the scale of justice even and steady, and not liable to waver with every new judge's opinion." 1 W. Blackstone, Commentaries on the Laws of England 69 (1765). The Framers of our Constitution understood that the doctrine of stare decisis is part of the "judicial Power" and rooted in Article III of the Constitution. Writing in Federalist 78, Alexander Hamilton emphasized the importance of stare decisis: To "avoid an arbitrary discretion in the courts, it is indispensable" that federal judges "should be bound down by strict rules and precedents, which serve to define and point out their duty in every particular case that comes before them." The Federalist No. 78, p. 529 (J. Cooke ed. 1961). In the words of THE CHIEF JUSTICE, stare decisis' "greatest purpose is to serve a constitutional ideal-the rule of law." Citizens United v. Federal Election Comm'n, 558 U. S. 310, 378 (2010) (concurring opinion).

This Court has repeatedly explained that stare decisis "promotes the evenhanded, predictable, and consistent development of legal principles, fosters reliance on judicial decisions, and contributes to the actual and perceived integrity of the judicial process." Payne v. Tennessee, 501 U. S. 808, 827 (1991). The doctrine "permits society to presume that bedrock principles are founded in the law rather than in the proclivities of individuals, and thereby contributes to the integrity of our constitutional system of government, both in appearance and in fact." Vasquez v. Hillery, 474 U. S. 254, 265-266 (1986).

The doctrine of stare decisis does not mean, of course, that the Court should never overrule erroneous precedents. All Justices now on this Court agree that it is sometimes appropriate for the Court to overrule erroneous decisions. Indeed, in just the last few Terms, every current Member of this Court has voted to overrule multiple constitutional precedents. See, e.g., Knick v. Township of Scott, 588 U. S. __ (2019); Franchise Tax Bd. of Cal. v. Hyatt, 587 U. S. __ (2019); Janus v. State, County, and Municipal Employees, 585 U. S. __ (2018); Hurst v. Florida, 577 U. S. __ (2016); Obergefell v. Hodges, 576 U. S. 644 (2015); Johnson v. United States, 576 U. S. 591 (2015); Alleyne v. United States, 570 U. S. 99 (2013); see also Baude, Precedent and Discretion, 2020 S. Ct. Rev. 1, 4 (forthcoming) ("Nobody on the Court believes in absolute stare decisis").

Historically, moreover, some of the Court's most notable and consequential decisions have entailed overruling prec- edent. See, e.g., Obergefell v. Hodges, 576 U. S. 644 (2015); Citizens United v. Federal Election Comm'n, 558 U. S. 310 (2010); Montejo v. Louisiana, 556 U. S. 778 (2009); Craw- ford v. Washington, 541 U. S. 36 (2004); Lawrence v. Texas, 539 U. S. 558 (2003); Ring v. Arizona, 536 U. S. 584 (2002); Agostini v. Felton, 521 U. S. 203 (1997); Seminole Tribe of Fla. v. Florida, 517 U. S. 44 (1996); Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey, 505 U. S. 833 (1992); Payne v. Tennessee, 501 U. S. 808 (1991); Batson v. Kentucky, 476 U. S. 79 (1986); Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority, 469 U. S. 528 (1985); Illinois v. Gates, 462 U. S. 213 (1983); United States v. Scott, 437 U. S. 82 (1978); Craig v. Boren, 429 U. S. 190 (1976); Taylor v. Louisiana, 419 U. S. 522 (1975); Brandenburg v. Ohio, 395 U. S. 444 (1969) (per curiam); Katz v. United States, 389 U. S. 347 (1967); Miranda v. Arizona, 384 U. S. 436 (1966); Malloy v. Hogan, 378 U. S. 1 (1964); Wesberry v. Sanders, 376 U. S. 1 (1964); Gideon v. Wainwright, 372 U. S. 335 (1963); Baker v. Carr, 369 U. S. 186 (1962); Mapp v. Ohio, 367 U. S. 643 (1961); Brown v. Board of Education, 347 U. S. 483 (1954); Smith v. Allwright, 321 U. S. 649 (1944); West Virginia Bd. of Ed. v. Barnette, 319 U. S. 624 (1943); United States v. Darby, 312 U. S. 100 (1941); Erie R. Co. v. Tompkins, 304 U. S. 64 (1938); West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U. S. 379 (1937).

The lengthy and extraordinary list of landmark cases that overruled precedent includes the single most important and greatest decision in this Court's history, Brown v. Board of Education, which repudiated the separate but equal doctrine of Plessy v. Ferguson, 163 U. S. 537 (1896).

As those many examples demonstrate, the doctrine of stare decisis does not dictate, and no one seriously maintains, that the Court should never overrule erroneous precedent. As the Court has often stated and repeats today, stare decisis is not an "inexorable command." E.g., ante, at 20.

On the other hand, as Justice Jackson explained, just "because one should avoid Scylla is no reason for crashing into Charybdis." Jackson, Decisional Law

and Stare Decisis, 30 A. B. A. J. 334 (1944). So no one advocates that the Court should always overrule erroneous precedent.

Rather, applying the doctrine of stare decisis, this Court ordinarily adheres to precedent, but sometimes overrules precedent. The difficult question, then, is when to overrule an erroneous precedent.

To begin with, the Court's precedents on precedent distinguish statutory cases from constitutional cases.

In statutory cases, stare decisis is comparatively strict, as history shows and the Court has often stated. That is because Congress and the President can alter a statutory precedent by enacting new legislation. To be sure, enacting new legislation requires finding room in a crowded legislative docket and securing the agreement of the House, the Senate (in effect, 60 Senators), and the President. Both by design and as a matter of fact, enacting new legislation is difficult-and far more difficult than the Court's cases sometimes seem to assume. Nonetheless, the Court has ordinarily left the updating or correction of erroneous statutory precedents to the legislative process. See, e.g., Kimble v. Marvel Entertainment, LLC, 576 U. S. 446, 456-457 (2015); Patterson v. McLean Credit Union, 491 U. S. 164, 172-173 (1989); Flood v. Kuhn, 407 U. S. 258, 283-284 (1972). The principle that "it is more important that the applicable rule of law be settled than that it be settled right" is "commonly true even where the error is a matter of serious concern, provided correction can be had by legislation." Burnet v. Coronado Oil & Gas Co., 285 U. S. 393, 406 (1932) (Brandeis, J., dissenting) (emphasis added) .

In constitutional cases, by contrast, the Court has repeatedly said-and says again today-that the doctrine of stare decisis is not as "inflexible." Burnet, 285 U. S., at 406 (Brandeis, J., dissenting); see also ante, at 20; Payne, 501 U. S., at 828; Scott, 437 U. S., at 101. The reason is straightforward: As Justice O'Connor once wrote for the Court, stare decisis is not as strict "when we interpret the Constitution because our interpretation can be altered only by constitutional amendment or by overruling our prior decisions." Agostini, 521 U. S., at 235. The Court therefore "must balance the importance of having constitutional questions decided against the importance of having them decided right." Citizens United, 558 U. S., at 378 (ROBERTS, C. J., concurring). It follows "that in the unusual circumstance when fidelity to any particular precedent does more to damage this constitutional ideal than to advance it, we must be more willing to depart from that precedent." Ibid. In his canonical opinion in Burnet, Justice Brandeis described the Court's practice with respect to stare decisis in constitutional cases in a way that was accurate then and remains accurate now: In "cases involving the Federal Constitution, where correction through legislative action is practically impossible, this Court has often overruled its earlier decisions." 285 U. S., at 406-407 (dissenting opinion).

That said, in constitutional as in statutory cases, to "overrule an important precedent is serious business." Jackson, 30 A. B. A. J., at 334. In constitutional as in statutory cases, adherence to precedent is the norm. To overrule a constitutional decision, the Court's precedents on precedent still require a "special justification," Allen v. Cooper, 589 U. S. __, __ (2020) (slip op., at 9) (internal quotation marks omitted); Arizona v. Rumsey, 467 U. S. 203, 212 (1984), or otherwise stated, "strong grounds," Janus, 585 U. S., at __ (slip op., at 34).

In particular, to overrule a constitutional precedent, the Court requires something "over and above the belief that the precedent was wrongly decided." Allen, 589 U. S., at __ (slip op., at 9) (internal quotation marks omitted). As Justice Scalia put it, the doctrine of stare decisis always requires "reasons that go beyond mere demonstration that the overruled opinion was wrong," for "otherwise the doctrine would be no doctrine at all." Hubbard v. United States, 514 U. S. 695, 716 (1995) (opinion concurring in part and concurring in judgment). To overrule, the Court demands a special justification or strong grounds.

But the "special justification" or "strong grounds" formulation elides a key question: What constitutes a special justification or strong grounds? . In other words, in deciding whether to overrule an erroneous constitutional decision, how does the Court know when to overrule and when to stand pat?

As the Court has exercised the "judicial Power" over time, the Court has identified various stare decisis factors. In articulating and applying those factors, the Court has, to borrow James Madison's words, sought to liquidate and ascertain the meaning of the Article III "judicial Power" with respect to precedent. The Federalist No. 37, at 236.

The stare decisis factors identified by the Court in its past cases include:

- the quality of the precedent's reasoning;

- the precedent's consistency and coherence with previous or subsequent decisions;

- changed law since the prior decision;

- changed facts since the prior decision;

- the workability of the precedent;

- the reliance interests of those who have relied on the precedent; and

- the age of the precedent.

But the Court has articulated and applied those various individual factors without establishing any consistent methodology or roadmap for how to analyze all of the factors taken together. And in my view, that muddle poses a problem for the rule of law and for this Court, as the Court attempts to apply stare decisis principles in a neutral and consistent manner.

As I read the Court's cases on precedent, those varied and somewhat elastic stare decisis factors fold into three broad considerations that, in my view, can help guide the inquiry and help determine what constitutes a "special justification" or "strong grounds" to overrule a prior constitutional decision.

First, is the prior decision not just wrong, but grievously or egregiously wrong? A garden-variety error or disagreement does not suffice to overrule. In the view of the Court that is considering whether to overrule, the precedent must be egregiously wrong as a matter of law in order for the Court to overrule it. In conducting that inquiry, the Court may examine the quality of the precedent's reasoning, consistency and coherence with other decisions, changed law, changed facts, and workability, among other factors. A case may be egregiously wrong when decided, see, e.g., Korematsu v. United States, 323 U. S. 214 (1944); Plessy v. Ferguson, 163 U. S. 537 (1896), or may be unmasked as egregiously wrong based on later legal or factual understandings or developments, see, e.g., Nevada v. Hall, 440 U. S. 410 (1979), or both, ibid.

Second, has the prior decision caused significant negative jurisprudential or real-world consequences? In conducting that inquiry, the Court may consider jurisprudential consequences (some of which are also relevant to the first inquiry), such as workability, as well as consistency and coherence with other decisions, among other factors. Importantly, the Court may also scrutinize the precedent's real-world effects on the citizenry, not just its effects on the law and the legal system. See, e.g., Brown v. Board of Education, 347 U. S., at 494-495; Barnette, 319 U. S., at 630-642; see also Payne, 501 U. S., at 825-827.

Third, would overruling the prior decision unduly upset reliance interests? This consideration focuses on the legitimate expectations of those who have reasonably relied on the precedent. In conducting that inquiry, the Court may examine a variety of reliance interests and the age of the precedent, among other factors.

In short, the first consideration requires inquiry into how wrong the precedent is as a matter of law. The second and third considerations together demand, in Justice Jackson's words, a "sober appraisal of the disadvantages of the innovation as well as those of the questioned case, a weighing of practical effects of one against the other." Jackson, 30 A. B. A. J., at 334.

Those three considerations together provide a structured methodology and roadmap for determining whether to overrule an erroneous constitutional precedent. The three considerations correspond to the Court's historical practice and encompass the various individual factors that the Court has applied over the years as part of the stare decisis calculus. And they are consistent with the Founding understanding and, for example, Blackstone's shorthand description that overruling is warranted when (and only when) a precedent is "manifestly absurd or unjust." 1 Blackstone, Commentaries on the Laws of England, at 70.

Taken together, those three considerations set a high (but not insurmountable) bar for overruling a precedent, and they therefore limit the number of overrulings and maintain stability in the law . Those three considerations also constrain judicial discretion in deciding when to overrule an erroneous precedent. To be sure, applying those considerations is not a purely mechanical exercise, and I do not claim otherwise. I suggest only that those three considerations may better structure how to consider the many traditional stare decisis factors.

It is inevitable that judges of good faith applying the stare decisis considerations will sometimes disagree about when to overrule an erroneous constitutional precedent, as the Court does in this case. To begin with, judges may disagree about whether a prior decision is wrong in the first placeand importantly, that disagreement is sometimes the real dispute when judges joust over stare decisis. But even when judges agree that a prior decision is wrong, they may disagree about whether the decision is so egregiously wrong as to justify an overruling. Judges may likewise disagree about the severity of the jurisprudential or real-world consequences caused by the erroneous decision and, therefore, whether the decision is worth overruling. In that regard, some judges may think that the negative consequences can be addressed by narrowing the precedent (or just living with it) rather than outright overruling it. Judges may also disagree about how to measure the relevant reliance interests that might be affected by an overruling. And on top of all of that, judges may also disagree about how to weigh and balance all of those competing considerations in a given case .

This case illustrates that point. No Member of the Court contends that the result in Apodaca is correct. But the Members of the Court vehemently disagree about whether to overrule Apodaca.

II

Applying the three broad stare decisis considerations to this case, I agree with the Court's decision to overrule Apodaca.

First, Apodaca is egregiously wrong. The original meaning and this Court's precedents establish that the Sixth Amendment requires a unanimous jury. Ante, at 6-7; see, e.g., Patton v. United States, 281 U. S. 276, 288 (1930); Thompson v. Utah, 170 U. S. 343, 351 (1898). And the original meaning and this Court's precedents establish that the Fourteenth Amendment incorporates the Sixth Amendment jury trial right against the States. See Duncan v. Louisiana, 391 U. S. 145, 149 (1968); id., at 166 (Black, J., concurring); see also Malloy, 378 U. S., at 10-11; see generally Timbs v. Indiana, 586 U. S. __ (2019); McDonald v. Chicago, 561 U. S. 742 (2010). When Apodaca was decided, it was already an outlier in the Court's jurisprudence, and over time it has become even more of an outlier. As the Court today persuasively explains, the original meaning of the Sixth and Fourteenth Amendments and this Court's two lines of decisions-the Sixth Amendment jury cases and the Fourteenth Amendment incorporation cases-overwhelmingly demonstrate that Apodaca's holding is egregiously wrong .

Second, Apodaca causes significant negative consequences. It is true that Apodaca is workable. But Apodaca sanctions the conviction at trial or by guilty plea of some defendants who might not be convicted under the proper constitutional rule (although exactly how many is of course unknowable). That consequence has traditionally supplied some support for overruling an egregiously wrong criminalprocedure precedent. See generally Malloy, 378 U. S. 1.

In addition, and significant to my analysis of this case, the origins and effects of the non-unanimous jury rule strongly support overruling Apodaca. Louisiana achieved statehood in 1812. And throughout most of the 1800s, the State required unanimous juries in criminal cases. But at its 1898 state constitutional convention, Louisiana enshrined non-unanimous juries into the state constitution. Why the change? The State wanted to diminish the influence of black jurors, who had won the right to serve on juries through the Fourteenth Amendment in 1868 and the Civil Rights Act of 1875. See Strauder v. West Virginia, 100 U. S. 303, 308-310 (1880); T. Aiello, Jim Crow's Last Stand: Nonunanimous Criminal Jury Verdicts in Louisiana 16, 19 (2015). Coming on the heels of the State's 1896 victory in Plessy v. Ferguson, 163 U. S. 537, the 1898 constitutional convention expressly sought to "establish the supremacy of the white race." Semmes, Chairman of the Committee on the Judiciary, Address at the Louisiana Constitutional Convention in 1898, in Official Journal of the Proceedings of the Constitutional Convention of the State of Louisiana 375 (H. Hearsey ed. 1898). And the convention approved nonunanimous juries as one pillar of a comprehensive and brutal program of racist Jim Crow measures against African-Americans, especially in voting and jury service. See Aiello, supra, at 16-26; Frampton, The Jim Crow Jury, 71 Vand. L. Rev. 1593, 1620 (2018) .

In light of the racist origins of the non-unanimous jury, it is no surprise that non-unanimous juries can make a difference in practice, especially in cases involving black defendants, victims, or jurors. After all, that was the whole point of adopting the non-unanimous jury requirement in the first place. And the math has not changed. Then and now, non-unanimous juries can silence the voices and negate the votes of black jurors, especially in cases with black defendants or black victims, and only one or two black jurors. The 10 jurors "can simply ignore the views of their fellow panel members of a different race or class." Johnson v. Louisiana, 406 U. S. 356, 397 (1972) (Stewart, J., dissenting). That reality-and the resulting perception of unfairness and racial bias-can undermine confidence in and respect for the criminal justice system. The non-unanimous jury operates much the same as the unfettered peremptory challenge, a practice that for many decades likewise functioned as an engine of discrimination against black defendants, victims, and jurors. In effect, the non-unanimous jury allows backdoor and unreviewable peremptory strikes against up to 2 of the 12 jurors.

In its 1986 decision in Batson v. Kentucky, the Court recognized the pervasive racial discrimination woven into the traditional system of unfettered peremptory challenges. See 476 U. S., at 85-89, 91. The Court therefore overruled a prior decision, Swain v. Alabama, 380 U. S. 202 (1965), that had allowed those challenges. See generally Flowers v. Mississippi, 588 U. S. __ (2019).

In my view, Apodaca warrants the same fate as Swain. After all, the "requirements of unanimity and impartial selection thus complement each other in ensuring the fair performance of the vital functions of a criminal court jury." Johnson, 406 U. S., at 398 (Stewart, J., dissenting). And as Justice Thurgood Marshall forcefully explained in dissent in Apodaca, to "fence out a dissenting juror fences out a voice from the community, and undermines the principle on which our whole notion of the jury now rests."

Johnson, 406 U. S., at 402 (Marshall, J., dissenting in both Johnson and Apodaca).

To be clear, one could advocate for and justify a nonunanimous jury rule by resort to neutral and legitimate principles. England has employed non-unanimous juries, and various legal organizations in the United States have at times championed non-unanimous juries. See, e.g., Juries Act 1974, ch. 23, §17 (Eng.); ABA Project on Standards for Criminal Justice, Trial By Jury §1.1, p. 7 (App. Draft 1968); ALI, Code of Criminal Procedure §355, p. 99 (1930). And Louisiana's modern policy decision to retain nonunanimous juries-as distinct from its original decision in the late 1800s to adopt non-unanimous juries-may have been motivated by neutral principles (or just by inertia).

But the question at this point is not whether the Constitution prohibits non-unanimous juries. It does. Rather, the disputed question here is whether to overrule an erroneous constitutional precedent that allowed non-unanimous juries. And on that question-the question whether to overrule-the Jim Crow origins and racially discriminatory effects (and the perception thereof) of non-unanimous juries in Louisiana and Oregon should matter and should count heavily in favor of overruling, in my respectful view. After all, the non-unanimous jury "is today the last of Louisiana's Jim Crow laws." Aiello, supra, at 63. And this Court has emphasized time and again the "imperative to purge racial prejudice from the administration of justice" generally and from the jury system in particular. Pena-Rodriguez v. Colorado, 580 U. S. , - (2017) (slip op., at 13-14) (collecting cases).

To state the point in simple terms: Why stick by an erroneous precedent that is egregiously wrong as a matter of constitutional law, that allows convictions of some who would not be convicted under the proper constitutional rule, and that tolerates and reinforces a practice that is thoroughly racist in its origins and has continuing racially discriminatory effects?

Third, overruling Apodaca would not unduly upset reliance interests. Only Louisiana and Oregon employ nonunanimous juries in criminal cases. To be sure, in those two States, the Court's decision today will invalidate some non-unanimous convictions where the issue is preserved and the case is still on direct review. But that consequence almost always ensues when a criminal-procedure precedent that favors the government is overruled. See Ring, 536 U. S. 584; Batson, 476 U. S. 79. And here, at least, I would "count that a small price to pay for the uprooting of this weed." Hubbard, 514 U. S., at 717 (Scalia, J., concurring in part and concurring in judgment).

Except for the effects on that limited class of direct-review cases, it will be relatively easy going forward for Louisiana and Oregon to transition to the unanimous jury rule that the other 48 States and the federal courts use. Indeed, in 2018, Louisiana amended its constitution to require jury unanimity in criminal trials for crimes committed on or after January 1, 2019, meaning that the transition is already well under way in Louisiana.

Importantly, moreover, this Court applies a separate non-retroactivity doctrine to mitigate the disruptive effects of overrulings in criminal cases. Under the Court's precedents, new constitutional rules apply on direct review, but generally do not apply retroactively on habeas corpus review. See Teague v. Lane, 489 U. S. 288, 311 (1989) (plurality opinion); Griffith v. Kentucky, 479 U. S. 314, 328 (1987). Teague recognizes only two exceptions to that general habeas non-retroactivity principle: "if the rule is substantive or the rule is a 'watershed rul[e] of criminal procedure' implicating the fundamental fairness and accuracy of the criminal proceeding." Whorton v. Bockting, 549 U. S. 406, 416 (2007) (internal quotation marks omitted). The new rule announced today-namely, that state criminal juries must be unanimous-does not fall within either of those two narrow Teague exceptions and therefore, as a matter of federal law, should not apply retroactively on habeas corpus review.

The first Teague exception does not apply because today's new rule is procedural, not substantive: It affects "only the manner of determining the defendant's culpability." Schriro v. Summerlin, 542 U. S. 348, 353 (2004).

The second Teague exception does not apply because today's new rule, while undoubtedly important, is not a "watershed" procedural rule. This Court has flatly stated that "it is unlikely that any such rules" have "yet to emerge." Whorton, 549 U. S., at 417 (internal quotation marks omitted). In "the years since Teague, we have rejected every claim that a new rule satisfied the requirements for watershed status." Id., at 418, 421 (rejecting retroactivity for Crawford v. Washington, 541 U. S. 36 (2004)); see, e.g., Beard v. Banks, 542 U. S. 406, 420 (2004) (rejecting retroactivity for Mills v. Maryland, 486 U. S. 367 (1988)); Summerlin, 542 U. S., at 358 (rejecting retroactivity for Ring v. Arizona, 536 U. S. 584 (2002)); O'Dell v. Netherland, 521 U. S. 151, 167-168 (1997) (rejecting retroactivity for Simmons v. South Carolina, 512 U. S. 154 (1994)); Lambrix v. Singletary, 520 U. S. 518, 539-540 (1997) (rejecting retroactivity for Espinosa v. Florida, 505 U. S. 1079 (1992) (per curiam)); Sawyer v. Smith, 497 U. S. 227, 241-245 (1990) (rejecting retroactivity for Caldwell v. Mississippi, 472 U. S. 320 (1985)); see also Allen v. Hardy, 478 U. S. 255, 261 (1986) (per curiam) (rejec-

ting retroactivity for Batson v. Kentucky, 476 U. S. 79 (1986)); DeStefano v. Woods, 392 U. S. 631, 635 (1968) (per curiam) (rejecting retroactivity for Duncan, 391 U. S. 145).

So assuming that the Court faithfully applies Teague, today's decision will not apply retroactively on federal habeas corpus review and will not disturb convictions that are final .

In addition, as to ineffective-assistance-of-counsel claims, an attorney presumably would not have been deficient for failing to raise a constitutional jury-unanimity argument before today's decision-or at the very least, before the Court granted certiorari in this case. Before today, after all, this Court's precedents had repeatedly allowed nonunanimous juries in state criminal cases. In that situation, the Courts of Appeals have consistently held that an attorney is not ineffective for failing to anticipate or advocate for the overruling of a constitutional precedent of this Court. See, e.g., Walker v. United States, 810 F. 3d 568, 577 (CA8 2016); United States v. Smith, 241 F. 3d 546, 548 (CA7 2001); Honeycutt v. Mahoney, 698 F. 2d 213, 216-217 (CA4 1983); see also Steiner v. United States, 940 F. 3d 1282, 1293 (CA11 2019) (per curiam); Snider v. United States, 908 F. 3d 183, 192 (CA6 2018); Green v. Johnson, 116 F. 3d 1115, 1125 (CA5 1997).

For those reasons, the reliance interests at stake in this case are not especially substantial, and they do not mandate adherence to Apodaca .

In sum, Apodaca is egregiously wrong, it has significant negative consequences, and overruling it would not unduly upset reliance interests. I therefore agree with the Court's decision to overrule Apodaca .

In Casey, the Court reaffirmed what it described as the "central holding" of Roe v. Wade, 410 U. S. 113 (1973), the Court expressly rejected Roe's trimester framework, and the Court expressly overruled two other important abortion precedents, Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc., 462 U. S. 416 (1983), and Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists, 476 U. S. 747 (1986). See Casey, 505 U. S., at 861; id., at 870, 873 (plurality opinion).

The Court's precedents applying common-law statutes and pronouncing the Court's own interpretive methods and principles typically do not fall within that category of stringent statutory stare decisis. See Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., 551 U. S. 877, 899-907 (2007); Kisor v. Wilkie, 588 U. S. __, __-__ (2019) (GORSUCH, J., concurring in judgment) (slip op., at 34-36).

The Court first used the term "special justification" in the stare decisis context in 1984, without explaining what the term might entail. See Arizona v. Rumsey, 467 U. S. 203, 212. In employing that term, the Court did not suggest that it was imposing a new stare decisis requirement as opposed to merely describing the Court's historical practice with respect to stare decisis.

Another important factor that limits the number of overrulings is that the Court typically does not overrule a precedent unless a party requests overruling, or at least unless the Court receives briefing and argument on the stare decisis question.

To be clear, the stare decisis issue in this case is one of horizontal stare decisis-that is, the respect that this Court owes to its own precedents and the circumstances under which this Court may appropriately overrule a precedent. By contrast, vertical stare decisis is absolute, as it must be in a hierarchical system with "one supreme Court." U. S. Const., Art III, §1. In other words, the state courts and the other federal courts have a constitutional obligation to follow a precedent of this Court unless and until it is overruled by this Court. See Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express, Inc., 490 U. S. 477, 484 (1989).

Notwithstanding the splintered 4-1-4 decision in Apodaca, its bottomline result carried precedential force. In the American system of stare decisis, the result and the reasoning each independently have precedential force, and courts are therefore bound to follow both the result and the reasoning of a prior decision. See Seminole Tribe of Fla. v. Florida, 517 U. S. 44, 67 (1996); Randall v. Sorrell, 548 U. S. 230, 243 (2006) (opinion of BREYER, J.); County of Allegheny v. American Civil Liberties Union, Greater Pittsburgh Chapter, 492 U. S. 573, 668 (1989) (Kennedy, J., concurring in judgment in part and dissenting in part). The result of Apodaca was that state criminal juries need not be unanimous. That precedential result has been followed by this Court and the other federal and state courts for the last 48 years. To be sure, Apodaca had no majority opinion. When the Court's decision is splintered, courts follow the result, and they also follow the reasoning or standards set forth in the opinion constituting the "narrowest grounds" of the Justices in the majority. See Marks v. United States, 430 U. S. 188, 193 (1977). That Marks rule is ordinarily commonsensical to apply and usually means that courts in essence heed the opinion that occupies the middle-ground position between (i) the broadest opinion among the Justices in the majority and (ii) the dissenting opinion. See United States v. Duvall, 740 F. 3d 604, 610-611 (CADC 2013) (Kavanaugh, J., concurring in denial of rehearing en banc). On very rare occasions, as in Apodaca, it can be difficult to discern which opinion's reasoning has precedential effect

under Marks. See also Nichols v. United States, 511 U. S. 738, 745-746 (1994) (analyzing Baldasar v. Illinois, 446 U. S. 222 (1980) (per curiam)). But even when that happens, the result of the decision still constitutes a binding precedent for the federal and state courts, and for this Court, unless and until it is overruled by this Court. As I read the Court's various opinions today, six Justices treat the result in Apodaca as a precedent for purposes of stare decisis analysis. A different group of six Justices concludes that Apodaca should be and is overruled.

Oregon adopted the non-unanimous jury practice in 1934-one manifestation of the extensive 19thand early 20th-century history of racist and anti-Semitic sentiment in that State. See Kaplan & Saack, Overturning Apodaca v. Oregon Should Be Easy: Nonunanimous Jury Verdicts in Criminal Cases Undermine the Credibility of Our Justice System, 95 Ore. L. Rev. 1, 3, 43-51 (2016); Mooney, Remembering 1857, 87 Ore. L. Rev. 731, 778, n. 174 (2008).

In Allen v. Hardy, 478 U. S. 255 (1986) (per curiam), this Court concluded-without briefing or oral argument-that Batson would not apply retroactively. Under the well-settled Teague principles, there should be no doubt that today's decision likewise will not apply retroactively on collateral review.

JUSTICE ALITO's characteristically incisive dissent rests largely on his view of the States' reliance interests. My respectful disagreement with JUSTICE ALITO primarily boils down to our different assessments of those reliance interests-in particular, our different evaluations of how readily Louisiana and Oregon can adjust to an overruling of Apodaca.

As noted above, I join the introduction and Parts I, II-A, III, and IV-B-1 of JUSTICE GORSUCH's opinion for the Court. The remainder of JUSTICE GORSUCH's opinion does not command a majority. That point is important with respect to Part IV-A, which only three Justices have joined. It appears that six Justices of the Court treat the result in Apodaca as a precedent and therefore do not subscribe to the analysis in Part IV-A of JUSTICE GORSUCH's opinion.

Thomas, J., concurring in judgment

Supreme Court of the United States

No. 18-5924

Evangelisto Ramos, Petitioner v. Louisiana

On writ of certiorari to the court of appeal of Louisiana, fourth circuit

[April 20, 2020]

JUSTICE THOMAS, concurring in the judgment.

I agree with the Court that petitioner Evangelisto Ramos' felony conviction by a nonunanimous jury was unconstitutional. I write separately because I would resolve this case based on the Court's longstanding view that the Sixth Amendment includes a protection against nonunanimous felony guilty verdicts, without undertaking a fresh analysis of the meaning of "trial ... by an impartial jury." I also would make clear that this right applies against the States through the Privileges or Immunities Clause of the Fourteenth Amendment, not the Due Process Clause.

I

I begin with the parties' dispute as to whether the Sixth Amendment right to a trial by jury includes a protection against nonunanimous felony guilty verdicts. On this question, I do not write on a blank slate. As the Court acknowledges, our decisions have long recognized that unanimity is required. See ante, at 6-7. Because this interpretation is not demonstrably erroneous, I would resolve the Sixth Amendment question on that basis.

A

This Court first decided that the Sixth Amendment protected a right to unanimity in Thompson v. Utah, 170 U. S. 343 (1898). The Court reasoned that Thompson, a Utah prisoner, was protected by the Sixth Amendment when Utah was still a Territory because "the right of trial by jury in suits at common law appl[ied] to the Territories of the United States." Id., at 346. The Court then stated that this right "made it impossible to deprive him of his liberty except by [a] unanimous verdict." Id., at 355; see also id., at 351, 353.

The Court has repeatedly reaffirmed the Sixth Amendment's unanimity requirement. In Patton v. United States, 281 U. S. 276 (1930), the Court stated that the Sixth Amendment protects the right "that the verdict should be unanimous," id., at 288. In Andres v. United States, 333 U. S. 740 (1948), the Court repeated that "[u]nanimity in jury verdicts is required" by the Sixth Amendment, id., at 748. And in Apodaca v. Oregon, 406 U. S. 404 (1972), five Justices agreed that "the Sixth Amendment's guarantee of trial by jury embraces a guarantee that the verdict of the jury must be unanimous," id., at 414 (Stewart, J., joined by Brennan and Marshall, JJ., dissenting); see also Johnson v. Louisiana, 406 U. S. 356, 371 (1972) (Powell, J., concurring) (explaining views in Apodaca and its companion case); id., at 382-383 (Douglas, J., joined by Brennan and Marshall, JJ., dissenting) (same). We have accepted this interpretation of the Sixth Amendment in recent cases. See Southern Union Co. v. United States,

567 U. S. 343, 356 (2012); Blakely v. Washington, 542 U. S. 296, 301 (2004); Apprendi v. New Jersey, 530 U. S. 466, 477 (2000).

B

The question then becomes whether these decisions are entitled to stare decisis effect. As I have previously explained, "the Court's typical formulation of the stare decisis standard does not comport with our judicial duty under Article III because it elevates demonstrably erroneous decisions-meaning decisions outside the realm of permissible interpretation-over the text of the Constitution and other duly enacted federal law." Gamble v. United States, 587 U. S. __, __ (2019) (concurring opinion) (slip op., at 2). There is considerable evidence that the phrase "trial ... by ... jury" in the Sixth Amendment was understood since the founding to require that a felony guilty verdict be unanimous. Because our precedents are thus not outside the realm of permissible interpretation, I will apply them.

1

Blackstone-"the preeminent authority on English law for the founding generation," Alden v. Maine, 527 U. S. 706, 715 (1999)-wrote that no subject can "be affected either in his property, his liberty, or his person, but by the unanimous consent" of a jury, 3 W. Blackstone, Commentaries on the Laws of England 379 (1772); see also 4 id., at 343. Another influential treatise author, Hale, wrote that "the law of England hath afforded the best method of trial, that is possible, ... namely by a jury ... all concurring in the same judgment." 1 M. Hale, Pleas of the Crown 33 (1736) (emphasis deleted). Such views continued in scholarly works throughout the early Republic. See, e.g., 2 J. Story, Commentaries on the Constitution of the United States §777, p. 248 (1833); 6 N. Dane, Digest of American Law, ch. LXXXII, Art. 2, §1, p. 226 (1824); 2 J. Wilson, Works of the Honourable James Wilson 349-350 (1804).

The uniform practice among the States was in accord. Despite isolated 17th-century colonial practices allowing nonunanimous juries, "unanimity became the accepted rule during the 18th century, as Americans became more familiar with the details of English common law and adopted those details in their own colonial legal systems." Apodaca, supra, at 408, n. 3 (plurality opinion). In the founding era, six States explicitly mentioned unanimity in their constitutions. See Del. Declaration of Rights §14 (1776); Md. Declaration of Rights, Art. XIX (1776); N. C. Declaration of Rights §IX (1776); Pa. Declaration of Rights, Art. IX (1776); Vt. Const., Art. XI (1786); Va. Declaration of Rights §8 (1776). Four more States clearly referred to the commonlaw jury right, which included unanimity. Ky. Const., Art. XII, §6 (1792); N. J. Const., Art. XXII (1776); N. Y. Const., Art. XLI (1777); S. C. Const., Art. IX, §6 (1790). Some States did not explicitly refer to either the common law or unanimity. See, e.g., Ga. Const., Art. LXI (1777); Mass. Declaration of Rights, Art. XII (1780). But there is reason to believe that they nevertheless understood unanimity to be required. See, e.g., Rouse v. State, 4 Ga. 136, 147 (1848).

In light of the express language used in some State Constitutions, respondent Louisiana argues that the omission of an express unanimity requirement in the Sixth Amendment reflects a deliberate choice. This argument fails to establish that the Court's decisions are demonstrably erroneous. The House of Representatives passed a version of the amendment providing that "[t]he trial of all crimes ... shall be by an impartial jury of freeholders of the vicinage, with the requisite of unanimity for conviction, of the right of challenge, and other accustomed requisites," 1 Annals of Cong. 435 (1789), but the final Amendment contained no reference to vicinage or unanimity. See Amdt. 6. I agree with Justice Harlan and the Court that "the meaning of this change is wholly speculative" and that there is "no concrete evidence" that the Senate rejected the requirement of unanimity. Baldwin v. New York, 399 U. S. 66, 123, n. 9 (1970) (Harlan, J., dissenting); see also ante, at 11-12; Letter from J. Madison to E. Pendleton (Sept. 14, 1789), in 1 Letters and Other Writings of James Madison 491 (1867). There is thus sufficient evidence to support this Court's prior interpretation that the Sixth Amendment right to a trial by jury requires unanimity.

2

There is also considerable evidence that this understanding persisted up to the time of the Fourteenth Amendment's ratification. State courts, for example, continued to interpret the phrase "trial by jury" to require unanimity in felony guilty verdicts. The New Hampshire Superior Court of Judicature expounded on the point:

"The terms 'jury,' and 'trial by jury,' are, and for ages have been well known in the language of the law. They were used at the adoption of the constitution, and always, it is believed, before that time, and almost always since, in a single sense.

"A jury for the trial of a cause ... must return their unanimous verdict upon the issue submitted to them.

"All the books of the law describe a trial jury substantially as we have stated it. And a 'trial by jury' is a trial by such a body, so constituted and conducted. So far as our knowledge extends, these expressions were

used at the adoption of the constitution and always before, in these senses alone by all classes of writers and speakers." Opinion of Justices, 41 N. H. 550, 551-552 (1860).

Other state courts held the same view. The Missouri Supreme Court in 1860 called unanimity one of the "essential requisites in a jury trial," Vaughn v. Scade, 30 Mo. 600, 603, and the Ohio Supreme Court in 1853 called it one of "the essential and distinguishing features of the trial by jury, as known at common law, and generally, if not universally, adopted in this country," Work v. State, 2 Ohio St. 296, 306.

Treatises from the Reconstruction era likewise adopted this position. A leading work on criminal procedure explained that if a "statute authorizes [a jury] to find a verdict upon anything short of ... unanimous consent," it "is void." 1 J. Bishop, Criminal Procedure §761, p. 532 (1866). A widely read treatise on constitutional law reiterated that "'by a jury' is generally understood to mean" a body that "must unanimously concur in the guilt of the accused before a conviction can be had." G. Paschal, The Constitution of the United States 210 (1876) (capitalization omitted). And a volume on the jury trial was in agreement. See J. Proffatt, Trial by Jury §77, p. 112 (1877).

* * *

Based on this evidence, the Court's prior interpretation of the Sixth Amendment's guarantee is not demonstrably erroneous. It is within the realm of permissible interpretations to say that "trial ... by ... jury" in that Amendment includes a protection against nonunanimous felony guilty verdicts.

II

The remaining question is whether that right is protected against the States. In my view, the Privileges or Immunities Clause provides this protection. I do not adhere to this Court's decisions applying due process incorporation, including Apodaca and-it seems-the Court's opinion in this case.

The Privileges or Immunities Clause provides that "[n]o State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States." Amdt. 14, §1. At the time of the Fourteenth Amendment's ratification, "the terms 'privileges' and 'immunities' had an established meaning as synonyms of 'rights.'" McDonald v. Chicago, 561 U. S. 742, 813 (2010) (THOMAS, J., concurring in part and concurring in judgment). "[T]he ratifying public understood the Privileges or Immunities Clause to protect constitutionally enumerated rights" against abridgment by the States. Id., at 837. The Sixth Amendment right to a trial by jury is certainly a constitutionally enumerated right. See Maxwell v. Dow, 176 U. S. 581, 606-608 (1900) (Harlan, J., dissenting).

The Court, however, has made the Due Process Clause serve the function that the Privileges or Immunities Clause should serve. Although the Privileges or Immunities Clause grants "United States citizens a certain collection of rights-i.e., privileges or immunities-attributable to that status," the Court has interpreted the Clause "quite narrowly." McDonald, 561 U. S., at 808 (opinion of THOMAS, J.). Perhaps to compensate for this limited view of the Privileges or Immunities Clause, it has incorporated individual rights against the States through the Due Process Clause. Id., at 809.

Due process incorporation is a demonstrably erroneous interpretation of the Fourteenth Amendment. As I have explained before, "[t]he notion that a constitutional provision that guarantees only 'process' before a person is deprived of life, liberty, or property could define the substance of those rights strains credulity for even the most casual user of words." Id., at 811. The unreasonableness of this interpretation is underscored by the Court's struggle to find a "guiding principle to distinguish 'fundamental' rights that warrant protection from non fundamental rights that do not," ibid., as well as its many incorrect decisions based on this theory, see Obergefell v. Hodges, 576 U. S. 644 (2015); Roe v. Wade, 410 U. S. 113 (1973); Dred Scott v. Sandford, 19 How. 393 (1857).

I "decline to apply the legal fiction" of due process incorporation. Timbs v. Indiana, 586 U. S. __, __ (2019) (THOMAS, J., concurring in judgment) (slip op., at 3) (internal quotation marks omitted). As a result, I part ways with the Court on both its affirmative argument about the Fourteenth Amendment and its treatment of Apodaca, in which five Justices agreed the Sixth Amendment included a right to unanimity but a different majority concluded that the right did not apply to the States. See ante, at 7-11.

I would accept petitioner's invitation to decide this case under the Privileges or Immunities Clause. The Court conspicuously avoids saying which clause it analyzes. See, e.g., ante, at 3, 7. But one assumes from its silence that the Court is either following our due process incorporation precedents or believes that "nothing in this case turns on" which clause applies, Timbs, supra, at (GORSUCH, J., concurring) (slip op., at 1).

I have already rejected our due process incorporation cases as demonstrably erroneous, and I fundamentally disagree with applying that theory of incorporation simply because it reaches the same result in

the case before us. Close enough is for horseshoes and hand grenades, not constitutional interpretation. The textual difference between protecting "citizens" (in the Privileges or Immunities Clause) and "person[s]" (in the Due Process Clause) will surely be relevant in another case. And our judicial duty-not to mention the candor we owe to our fellow citizens-requires us to put an end to this Court's due process prestidigitation, which no one is willing to defend on the merits.

I would simply hold that, because all of the opinions in Apodaca addressed the Due Process Clause, its Fourteenth Amendment ruling does not bind us because the proper question here is the scope of the Privileges or Immunities Clause. I cannot understand why the Court, having decided to abandon Apodaca, refuses to correctly root its holding in the Privileges or Immunities Clause .

III

There is no need to prove the original meaning of the Sixth Amendment right to a trial by jury in this case . The evidence that I have recounted is enough to establish that our previous interpretations of the Sixth Amendment are not demonstrably erroneous. What is necessary, however, is a clear understanding of the means by which the Sixth Amendment right applies against the States. We should rely on the Privileges or Immunities Clause, not the Due Process Clause or the Fourteenth Amendment in some vague sense. Accordingly, I concur only in the judgment.

I also note that, under my approach to stare decisis, there is no need to decide which reliance interests are important enough to save an incorrect precedent. I doubt that this question is susceptible of principled resolution in this case, compare ante, at 22-26 (principal opinion), with ante, at 3 (SOTOMAYOR, J., concurring); ante, at 15-17 (KAVANAUGH, J., concurring); and post, at 19-26 (ALITO, J., dissenting), or in any other case for that matter, see, e.g., Kimble v. Marvel Entertainment, LLC, 576 U. S. 446, 457-458 (2015); Lawrence v. Texas, 539 U. S. 558, 577 (2003); Dickerson v. United States, 530 U. S. 428, 443 (2000); Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey, 505 U. S. 833, 855-856 (1992).

Similarly, I express no view on how fundamental the right to unanimity is, what other attributes of a criminal jury are protected by the Privileges or Immunities Clause, what rights are protected in misdemeanor cases, or what rights are protected in civil trials.

Alito, J., dissenting

Supreme Court of the United States

No. 18-5924

Evangelisto Ramos, Petitioner v. Louisiana

On writ of certiorari to the court of appeal of Louisiana, fourth circuit

[April 20, 2020]

JUSTICE ALITO, with whom THE CHIEF JUSTICE joins, and with whom JUSTICE KAGAN joins as to all but Part III-D, dissenting.

The doctrine of stare decisis gets rough treatment in today's decision. Lowering the bar for overruling our precedents, a badly fractured majority casts aside an important and long-established decision with little regard for the enormous reliance the decision has engendered. If the majority's approach is not just a way to dispose of this one case, the decision marks an important turn.

Nearly a half century ago in Apodaca v. Oregon, 406 U. S. 404 (1972), the Court held that the Sixth Amendment permits non-unanimous verdicts in state criminal trials, and in all the years since then, no Justice has even hinted that Apodaca should be reconsidered. Understandably thinking that Apodaca was good law, the state courts in Louisiana and Oregon have tried thousands of cases under rules that permit such verdicts. But today, the Court does away with Apodaca and, in so doing, imposes a potentially crushing burden on the courts and criminal justice systems of those States. The Court, however, brushes aside these consequences and even suggests that the States should have known better than to count on our decision.

To add insult to injury, the Court tars Louisiana and Oregon with the charge of racism for permitting nonunanimous verdicts-even though this Court found such verdicts to be constitutional and even though there are entirely legitimate arguments for allowing them.

I would not overrule Apodaca. Whatever one may think about the correctness of the decision, it has elicited enormous and entirely reasonable reliance. And before this Court decided to intervene, the decision appeared to have little practical importance going forward. Louisiana has now abolished non-unanimous verdicts, and Oregon seemed on the verge of doing the same until the Court intervened .

In Part II of this opinion, I will address the surprising argument, advanced by three Justices in the majority, that Apodaca was never a precedent at all, and in Part III, I will explain why stare decisis supports retention of that precedent. But before reaching those

issues, I must say something about the rhetoric with which the majority has seen fit to begin its opinion.

I

Too much public discourse today is sullied by ad hominem rhetoric, that is, attempts to discredit an argument not by proving that it is unsound but by attacking the character or motives of the argument's proponents. The majority regrettably succumbs to this trend. At the start of its opinion, the majority asks this rhetorical question: "Why do Louisiana and Oregon allow nonunanimous convictions?" Ante, at 1. And the answer it suggests? Racism, white supremacy, the Ku Klux Klan. Ante, at 1-2. Non-unanimous verdicts, the Court implies, are of a piece with Jim Crow laws, the poll tax, and other devices once used to disfranchise AfricanAmericans. Ibid.

If Louisiana and Oregon originally adopted their laws allowing non-unanimous verdicts for these reasons . that is deplorable, but what does that have to do with the broad constitutional question before us? The answer is: nothing.

For one thing, whatever the reasons why Louisiana and Oregon originally adopted their rules many years ago, both States readopted their rules under different circumstances in later years. Louisiana's constitutional convention of 1974 adopted a new, narrower rule, and its stated purpose was "judicial efficiency." State v. Hankton, 2012-0375, p. 19 (La. App. 4 Cir. 8/2/13), 122 So. 3d 1028, 1038. "In that debate no mention was made of race." Ibid.; 7 Records of the Louisiana Constitutional Convention of 1973: Con- vention Transcripts 1184-1189 (La. Constitutional Convention Records Comm'n 1977). The people of Louisiana ratified the new Constitution. The majority makes no effort to show either that the delegates to the constitutional convention retained the rule for discriminatory purposes or that proponents of the new Constitution made racial appeals when approval was submitted to the people. The same is true for Oregon's revisions and reenactments. Ore. Const., Art. I, §11 (amended May 18, 1934); Ore. Rev. Stat. §136.450 (1997); §136.610 (1971).

The more important point, however, is that today's decision is not limited to anything particular about Louisiana or Oregon. The Court holds that the Sixth Amendment requires jury unanimity in all state criminal trials. If at some future time another State wanted to allow non-unanimous verdicts, today's decision would rule that out-even if all that State's lawmakers were angels.

For this reason, the origins of the Louisiana and Oregon rules have no bearing on the broad constitutional question that the Court decides. That history would be relevant if there were no legitimate reasons why anyone might think that allowing non-unanimous verdicts is good policy. But that is undeniably false .

Some years ago the British Parliament enacted a law allowing non-unanimous verdicts . Was Parliament under the sway of the Klan? The Constitution of Puerto Rico permits non-unanimous verdicts . Were the framers of that Constitution racists? Non-unanimous verdicts were once advocated by the American Law Institute and the American Bar Association . Was their aim to promote white supremacy? And how about the prominent scholars who have taken the same position? . Racists all? Of course not. So all the talk about the Klan, etc., is entirely out of place . We should set an example of rational and civil discourse instead of contributing to the worst current trends.

II

Now to what matters.

A

I begin with the question whether Apodaca was a precedent at all. It is remarkable that it is even necessary to address this question, but in Part IV-A of the principal opinion, three Justices take the position that Apodaca was never a precedent. The only truly fitting response to this argument is: "Really?"

Consider what it would mean if Apodaca was never a precedent. It would mean that the entire legal profession was fooled for the past 48 years. Believing that Apodaca was a precedent, the courts of Louisiana and Oregon tried thousands of cases under rules allowing conviction by a vote of 11 to 1 or 10 to 2, and appellate courts in those States upheld these convictions based on Apodaca . But according to three Justices in the majority, these courts were deluded.

This Court, for its part, apparently helped to perpetuate the illusion, since it reiterated time and again what Apodaca had established. See Timbs v. Indiana, 586 U. S. __,

__, n. 1 (2019) (slip op., at 3, n. 1) (Apodaca held "that the Sixth Amendment requires jury unanimity in federal, but not state, criminal proceedings"); McDonald v. Chicago, 561 U. S. 742, 766, n. 14 (2010) (Sixth Amendment "does not require a unanimous jury verdict in state criminal trials"); United States v. Gaudin, 515 U. S. 506, 511, n. 2 (1995) (Apodaca "conclude[d] that jury unanimity is not constitutionally required"); Schad v. Arizona, 501 U. S. 624, 634, n. 5 (1991) (plurality opinion) ("[A] state criminal defendant, at least

in noncapital cases, has no federal right to a unanimous jury verdict"); Brown v. Louisiana, 447 U. S. 323, 330-331 (1980) (plurality opinion) ("[T]he constitutional guarantee of trial by jury" does not prescribe "the exact proportion of the jury that must concur in the verdict"); Burch v. Louisiana, 441 U. S. 130, 136 (1979) (Apodaca "conclude[d] that a jury's verdict need not be unanimous to satisfy constitutional requirements"); Ludwig v. Massachusetts, 427 U. S. 618, 625 (1976) ("holding" in Apodaca was that "the jury's verdict need not be unanimous"); see also Holland v. Illinois, 493 U. S. 474, 511 (1990) (Stevens, J., dissenting) ("we have permitted nonunanimous verdicts," citing Apodaca); McKoy v. North Carolina, 494 U. S. 433, 468 (1990) (Scalia, J., dissenting) (the Court has "approved verdicts by less than a unanimous jury," citing Apodaca).

Consistent with these statements of the governing law, whenever defendants convicted by non-unanimous verdicts sought review in this Court and asked that Apodaca be overruled, the Court denied those requests-without a single registered dissent . Even the legal academy, never shy about puncturing misconceptions, was taken in . Every-body thought Apodaca was a precedent. But, according to three of the Justices in the majority, everybody was fooled. Apodaca, the precedent, was a mirage. Can this be true?

No, it cannot. The idea that Apodaca was a phantom precedent defies belief. And it certainly disserves important objectives that stare decisis exists to promote, including evenhandedness, predictability, and the protection of legitimate reliance. See, e.g., Gamble v. United States, 587 U. S. , (2019); Kimble v. Marvel Entertainment, LLC, 576 U. S. 446, 455-456 (2015); Payne v. Tennessee, 501 U. S. 808, 827 (1991).

B

Under any reasonable understanding of the concept, Apodaca was a precedent, that is, "a decided case that furnishes a basis for determining later cases involving similar facts or issues." Black's Law Dictionary 1366 (10th ed. 2014); see also J. Salmond, Jurisprudence 191 (10th ed. 1947); M. Gerhardt, The Power of Precedent 3 (2008); Landes & Posner, Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis, 19 J. Law & Econ. 249, 250 (1976).

Even though there was no opinion of the Court, the decision satisfies even the narrowest understanding of a precedent as this Court has understood the concept: The decision prescribes a particular outcome when all the conditions in a clearly defined set are met. See Seminole Tribe of Fla. v. Florida, 517 U. S. 44, 67 (1996) (explaining that, at the very least, we are bound by the "result" in a prior case). In Apodaca, this means that when a defendant is convicted in state court , at least 10 of the 12 jurors vote to convict, and the defendant argues that the conviction violates the Constitution because the vote was not unanimous, the challenge fails. A majority of the Justices in Apodaca expressly agreed on that result, and that result is a precedent that had to be followed in subsequent cases until Apodaca was overruled.

That this result constituted a precedent follows a fortiori from our cases holding that even our summary affirmances of lower court decisions are precedents for "the precise issues presented and necessarily decided" by the judgment below. Mandel v. Bradley, 432 U. S. 173, 176 (1977) (per curiam). If the Apodaca Court had summarily affirmed a state-court decision holding that a jury vote of 10 to 2 did not violate the Sixth Amendment, that summary disposition would be a precedent. Accordingly, it is impossible to see how a full-blown decision of this Court reaching the same result can be regarded as a non-precedent .

C

What do our three colleagues say in response? They begin by suggesting that Louisiana conceded that Apodaca is not a precedent. See ante, at 16-17. This interpretation of the State's position is questionable , but even if Louisiana made that concession, how could that settle the matter? What about Oregon, the only State that still permits nonunanimous verdicts? Oregon certainly did not make such a concession. On the contrary, it submitted an amicus brief arguing strenuously that Apodaca is a precedent and that it should be retained. Brief for State of Oregon as Amicus Curiae 6-32. And what about any other State that might want to allow such verdicts in the future? So the majority's reliance on Louisiana's purported concession simply will not do.

Our three colleagues' next try is to argue that Apodaca is not binding because a case has no ratio decidendi when a majority does not agree on the reason for the result. Ante, at 19, and n. 54. This argument, made in passing, constitutes an attack on the rule that the Court adopted in Marks v. United States, 430 U. S. 188 (1977), for determining the holding of a decision when there is no majority opinion. Under the Marks rule, "[w]hen a fragmented Court decides a case and no single rationale explaining the result enjoys the assent of five Justices, the holding of the Court may be viewed as that position taken by those Members who concurred in the judgments on the narrowest grounds." Id., at 193 (internal quotation marks omitted). This rule ascribes precedential status to decisions made without majority agreement on the underlying rationale, and it is therefore squarely con-

trary to the argument of the three Justices who regard Apodaca as non-precedential.

The Marks rule is controversial, and two Terms ago, we granted review in a case that implicated its meaning. See Hughes v. United States, 584 U. S. (2018). But we ultimately decided the case on another ground and left the Marks rule intact. As long as that rule stands, it refutes the argument that Apodaca is not binding because a majority did not agree on a common rationale.

Finally, our three colleagues contend that treating Apodaca as a precedent would require the Court "to embrace a new and dubious proposition: that a single Justice writing only for himself has the authority to bind this Court to propositions it has already rejected." Ante, at 16. This argument appears to weave together three separate questions relating to the precedential effect of decisions in which there is no majority opinion. I will therefore attempt to untangle these questions and address each in turn.

An initial question is whether, in a case where there is no opinion of the Court, the position taken by a single Justice in the majority can constitute the binding rule for which the decision stands. Under Marks, the clear answer to this question is yes. The logic of Marks applies equally no matter what the division of the Justices in the majority, and I am aware of no case holding that the Marks rule is inapplicable when the narrowest ground is supported by only one Justice. Certainly the lower courts have understood Marks to apply in that situation .

The next question is whether the Marks rule applies any differently when the precedent that would be established by a fractured decision would overrule a prior precedent. Again, the logic of Marks dictates an affirmative answer, and I am aware of no case holding that the Marks rule applies any differently in this situation. But as far as the present case is concerned, this question is academic because Apodaca did not overrule any prior decision of this Court. At most, what the Court had "recognized," ante, at 6, in prior cases is that the Sixth Amendment guaranteed the right to a unanimous jury verdict in trials in federal and territorial courts . Whether the same rule applied in state prosecutions had not been decided, and indeed, until Duncan v. Louisiana, 391 U. S. 145, 154-158 (1968), was handed down just four years before Apodaca, the Sixth Amendment had not been held to apply to the States.

The final question is whether Justice Powell's reasoning in Apodaca-namely, his view that the Fourteenth Amendment did not incorporate every aspect of the Sixth Amendment jury-trial right-is a binding precedent, and the answer to that question is no. When, in the years after Apodaca, new questions arose about the scope of the jury-trial right in state court-as they did in cases like Apprendi v. New Jersey, 530 U. S. 466 (2000), and Blakely v. Washington, 542 U. S. 296 (2004)-nobody thought for a second that Apodaca committed the Court to Justice Powell's view that the right has different dimensions in state and federal cases. And no one on this Court or on a lower court had any trouble locating the narrow common ground between Justice Powell and the plurality in Apodaca: The States need not require unanimity to comply with the Constitution.

For all these reasons, Apodaca clearly was a precedent, and if the Court wishes to be done with it, it must explain why overruling Apodaca is consistent with the doctrine of stare decisis.

III

A

Stare decisis has been a fundamental part of our jurisprudence since the founding, and it is an important doctrine. But, as we have said many times, it is not an "inexorable command." Payne, 501 U. S., at 828; Gamble, 587 U. S., at __- __ (slip op., at 11-12). There are circumstances when past decisions must be overturned, but we begin with the presumption that we will follow precedent, and therefore when the Court decides to overrule, it has an obligation to provide an explanation for its decision.

This is imperative because the Court should have a body of neutral principles on the question of overruling precedent. The doctrine should not be transformed into a tool that favors particular outcomes .

B

What is the majority's justification for overruling Apodaca? With no apparent appreciation of the irony, today's majority, which is divided into four separate camps . criticizes the Apodaca majority as "badly fractured." Ante, at 8. But many important decisions currently regarded as precedents were decided without an opinion of the Court . Does the majority mean to suggest that all such precedents are fair game?

The majority's primary reason for overruling Apodaca is the supposedly poor "quality" of Justice White's plurality opinion and Justice Powell's separate opinion. Ante, at 19-21. The majority indicts Justice White's opinion on five grounds: it "spent almost no time grappling with the historical meaning of the Sixth Amendment's jury trial right" , it did not give due weight to the "Court's longrepeated statements that

[the right] demands unanimity" , it did not take into account "the racist origins of [the] Louisian[a] and Orego[n] laws" , it looked to the function of the jury-trial right , and it engaged in "a breezy cost-benefit analysis" that, in any event, did not properly weigh the costs and benefits . All these charges are overblown.

First, it is quite unfair to criticize Justice White for not engaging in a detailed discussion of the original meaning of the Sixth Amendment jury-trial right since he had already done that just two years before in his opinion for the Court in Williams v. Florida, 399 U. S. 78, 92-100 (1970). In Williams, after examining that history, he concluded that the Sixth Amendment did not incorporate every feature of the common-law right (a conclusion that the majority, by the way, does not dispute). And in Apodaca, he built on the analysis in Williams. Accordingly, there was no need to repeat what had been said before.

Second, it is similarly unfair to criticize Justice White for not discussing the prior decisions that commented on jury unanimity. None of those decisions went beyond saying that this was a feature of the common-law right or cursorily stating that unanimity was required . And as noted, Williams had already held that the Sixth Amendment did not preserve all aspects of the common-law right.

Third, the failure of Justice White (and Justice Powell) to take into account the supposedly racist origins of the Louisiana and Oregon laws should not be counted as a defect for the reasons already discussed. See supra, at 4-5.

Fourth, it is hard to know what to make of the functionalist charge. One Member of the majority explicitly disavows this criticism, see ante, at 2 (SOTOMAYOR, J., concurring in part), and it is most unlikely that all the Justices in the majority are ready to label all functionalist decisions as poorly reasoned. Most of the landmark criminal procedure decisions from roughly Apodaca's time fall into that category. See Mapp v. Ohio, 367 U. S. 643, 654 (1961) (Fourth Amendment); Miranda v. Arizona, 384 U. S. 436, 444 (1966) (Fifth Amendment); Gideon v. Wainwright, 372 U. S. 335, 344-345 (1963) (Sixth Amendment); Furman v. Georgia, 408 U. S. 238, 239 (1972) (per curiam) (Eighth Amendment) . Are they all now up for grabs?

The functionalist criticism dodges the knotty problem that led Justice White to look to the underlying purpose of the jury-trial right. Here is the problem. No one questions that the Sixth Amendment incorporated the core of the common-law jury-trial right, but did it incorporate every feature of the right? Did it constitutionalize the requirement that there be 12 jurors even though nobody can say why 12 is the magic number? And did it incorporate features that we now find highly objectionable, such as the exclusion of women from jury service? At the time of the adoption of the Sixth Amendment (and for many years thereafter), women were not regarded as fit to serve as a defendant's peers. Unless one is willing to freeze in place late 18th-century practice, it is necessary to find a principle to distinguish between the features that were incorporated and those that were not. To do this, Justice White's opinion for the Court in Williams looked to the underlying purpose of the jury-trial right, which it identified as interposing a jury of the defendant's peers to protect against oppression by a "'corrupt or overzealous prosecutor'" or a "'compliant, biased, or eccentric judge.'" 399 U. S., at 100 (quoting Duncan, 391 U. S., at 156).

The majority decries this "functionalist" approach but provides no alternative. It does not claim that the Sixth Amendment incorporated every feature of common-law practice, but it fails to identify any principle for identifying the features that were absorbed. On the question of jury service by women, the majority's only answer, buried in a footnote, is that the exclusion of women was outlawed by "further constitutional amendments," ante, at 15, n. 47, presumably the Fourteenth Amendment. Does that mean that the majority disagrees with the holding in Taylor v. Louisiana, 419 U. S. 522 (1975)-another opinion by Justice White-that the exclusion of women from jury service violates the Sixth Amendment? Id., at 531, 533-536 . Fifth, it is not accurate to say that Justice White based his conclusion on a cost-benefit analysis of requiring jury unanimity. His point, rather, was that what the Court had already identified as the fundamental purpose of the jurytrial right was not undermined by allowing a verdict of 11 to 1 or 10 to 2.

I cannot say that I would have agreed either with Justice White's analysis or his bottom line in Apodaca if I had sat on the Court at that time, but the majority's harsh criticism of his opinion is unwarranted.

What about Justice Powell's concurrence? The majority treats Justice Powell's view as idiosyncratic, but it does not merit that derision. Justice Powell's belief that the Constitution allows the States a degree of flexibility in the interpretation of certain constitutional rights, although not our dominant approach in recent years, McDonald, 561 U. S., at 759-766, has old and respectable roots. For a long time, that was the Court's approach. See id., at 759-761. Only gradually did the Court abandon this "two-tier" system, see id., at 762-767, and it was not until Duncan, supra, at 154-158, decided just four years before Apodaca, that the Sixth Amendment jury-trial right was held to apply to the States at all. Justice Powell's approach is also not without recent proponents, including, at least with

respect to the Second Amendment, Justices now in the majority .

Even now, our cases do not hold that every provision of the Bill of Rights applies in the same way to the Federal Government and the States. A notable exception is the Grand Jury Clause of the Fifth Amendment, a provision that, like the Sixth Amendment jury-trial right, reflects the importance that the founding generation attached to juries as safeguards against oppression. In Hurtado v. California, 110 U. S. 516, 538 (1884), the Court held that the Grand Jury Clause does not bind the States and that they may substitute preliminary hearings at which the decision to allow a prosecution to go forward is made by a judge rather than a defendant's peers. That decision was based on reasoning that is not easy to distinguish from Justice Powell's in Apodaca. Hurtado remains good law and is critically important to the 28 States that allow a defendant to be prosecuted for a felony without a grand jury indictment . If we took the same approach to the Hurtado question that the majority takes in this case, the holding in that case could be called into question.

The majority's only other reason for overruling Apodaca is that it is inconsistent with related decisions and recent legal developments. Ante, at 21; ante, at 2 (SOTOMAYOR, J., concurring in part). I agree that Justice Powell's view on incorporation is not in harmony with the bulk of our case law, but the majority's point about "recent legal developments" is an exaggeration. No subsequent Sixth Amendment decision has undercut the plurality. And while Justice Powell's view on incorporation has been further isolated by later cases holding that two additional provisions of the Bill of Rights apply with full force to the States, see Timbs, 586 U. S., at (slip op., at 2) (Eighth Amendment's Excessive Fines Clause); McDonald, supra, at 791 (plurality opinion) (Second Amendment), the project of complete incorporation was nearly done when Apodaca was handed down. See McDonald, supra, at 765, n. 13.

While the majority worries that Apodaca is inconsistent with our cases on incorporation, the majority ignores something far more important: the way in which Apodaca is intertwined with the body of our Sixth Amendment case law. As I have explained, see supra, at 15, the Apodaca plurality's reasoning was based on the same fundamental mode of analysis as that in Williams, 399 U. S. 78, which had held just two years earlier that the Sixth Amendment did not constitutionalize the common law's requirement that a jury have 12 members. Although only one State, Oregon, now permits non-unanimous verdicts, many more allow six-person juries . Repudiating the reasoning of Apodaca will almost certainly prompt calls to overrule Williams.

C

Up to this point, I have discussed the majority's reasons for overruling Apodaca, but that is only half the picture. What convinces me that Apodaca should be retained are the enormous reliance interests of Louisiana and Oregon. For 48 years, Louisiana and Oregon, trusting that Apodaca is good law, have conducted thousands and thousands of trials under rules allowing non-unanimous verdicts. Now, those States face a potential tsunami of litigation on the jury-unanimity issue.

At a minimum, all defendants whose cases are still on direct appeal will presumably be entitled to a new trial if they were convicted by a less-than-unanimous verdict and preserved the issue in the trial court. And at least in Oregon, even if no objection was voiced at trial, defendants may be able to challenge their convictions based on plain error. See Ore. Rule App. Proc. 5.45, and n. 1 (2019); State v. Serrano, 355 Ore. 172, 179, 324 P. 3d 1274, 1280 (2014).

Oregon asserts that more than a thousand defendants whose cases are still on direct appeal may be able to challenge their convictions if Apodaca is overruled. Brief for State of Oregon as Amicus Curiae 12-13 . The State also reports that "[d]efendants are arguing that an instruction allowing for non-unanimous verdicts is a structural error that requires reversal for all convictions, even for those for which the jury was not polled or those for which the jury was unanimous." Id., at 14.

Unimpressed by these potential consequences, the majority notes that we "vacated and remanded nearly 800 decisions" for resentencing after United States v. Booker, 543 U. S. 220 (2005), held that the Federal Sentencing Guidelines are not mandatory. Ante, at 23. But the burden of resentencing cannot be compared with the burden of retrying cases. And while resentencing was possible in all the cases affected by Booker, there is no guarantee that all the cases affected by today's ruling can be retried. In some cases, key witnesses may not be available, and it remains to be seen whether the criminal justice systems of Oregon and Louisiana have the resources to handle the volume of cases in which convictions will be reversed.

These cases on direct review are only the beginning. Prisoners whose direct appeals have ended will argue that today's decision allows them to challenge their convictions on collateral review, and if those claims succeed, the courts of Louisiana and Oregon are almost sure to be overwhelmed.

The majority's response to this possibility is evasive. It begins by hinting that today's decision will not apply

on collateral review under the framework adopted in Teague v. Lane, 489 U. S. 288, 315 (1989) (plurality opinion). Under Teague, "an old rule applies both on direct and collateral review," but if today's decision constitutes a new procedural rule, prisoners will be able to rely on it in a collateral proceeding only if it is what we have termed a "watershed rule" that implicates "the fundamental fairness and accuracy of the criminal proceeding." Whorton v. Bockting, 549 U. S. 406, 416 (2007). Noting that we have never found a new rule of criminal procedure to qualify as "watershed," the Court hints that the decision in this case is likely to meet the same fate.

But having feinted in this direction, the Court quickly changes course and says that the application of today's decision to prisoners whose appeals have ended should not concern us. Ante, at 23-24. That question, we are told, will be decided in a later case. Ibid.

The majority cannot have it both ways. As long as retroactive application on collateral review remains a real possibility, the crushing burden that this would entail cannot be ignored. And while it is true that this Court has been chary in recognizing new watershed rules, it is by no means clear that Teague will preclude the application of today's decision on collateral review.

Teague applies only to a "new rule," and the positions taken by some in the majority may lead to the conclusion that the rule announced today is an old rule. Take the proposition, adopted by three Members of the majority, that Apodaca was never a precedent. Those Justices, along with the rest of the majority, take the position that our cases established well before Apodaca both that the Sixth Amendment requires unanimity, ante, at 6-7, and that it applies in the same way in state and federal court, ante, at 9. Thus, if Apodaca was never a precedent and did not disturb what had previously been established, it may be argued that today's decision does not impose a new rule but instead merely recognizes what the correct rule has been for many years.

Two other Justices in the majority acknowledge that Apodaca was a precedent and thus would presumably regard today's decision as a "new rule," but the question remains whether today's decision qualifies as a "watershed rule." JUSTICE KAVANAUGH concludes that it does not and all but decides-without briefing or argument-that the decision will not apply retroactively on federal collateral review and similarly that there will be no successful claims of ineffective assistance of counsel for failing to challenge Apodaca. See ante, at 15-17 (opinion concurring in part).

The remaining Justices in the majority, and those of us in dissent, express no view on this question, but the majority's depiction of the unanimity requirement as a hallowed right that Louisiana and Oregon flouted for ignominious reasons certainly provides fuel for the argument that the rule announced today meets the test. And in Oregon, the State most severely impacted by today's decision, watershed status may not matter since the State Supreme Court has reserved decision on whether state law gives prisoners a greater opportunity to invoke new precedents in state collateral proceedings. See Verduzco v. State, 357 Ore. 553, 574, 355 P. 3d 902, 914 (2015) .

Whatever the ultimate resolution of the retroactivity question, the reliance here is not only massive; it is concrete. Cf. Dickerson v. United States, 530 U. S. 428, 443 (2000) (reliance weighed heavily in favor of precedent simply because the warnings in Miranda v. Arizona, 384 U. S. 436, had become "part of our national culture"). In my view, it weighs decisively against overruling Apodaca.

In reaching this conclusion, I do not disregard the interests of petitioner and others who were convicted by a less-than-unanimous vote. It is not accurate to imply that these defendants would have been spared conviction if unanimity had been required. In many cases, if a unanimous vote had been needed, the jury would have continued to deliberate and the one or two holdouts might well have ultimately voted to convict . This is almost certainly the situation in Oregon, where it is estimated that as many as two-thirds of all criminal trials have ended with a non-unanimous verdict. See Brief for State of Oregon as Amicus Curiae 12. It is impossible to believe that all these cases would have resulted in mistrials if unanimity had been demanded. Instead, after a vote of 11 to 1 or 10 to 2, it is likely that deliberations would have continued and unanimity would have been achieved.

Nevertheless, the plight of defendants convicted by nonunanimous votes is important and cannot be overlooked, but that alone cannot be dispositive of the stare decisis question. Otherwise, stare decisis would never apply in a case in which a criminal defendant challenges a precedent that led to conviction.

D

The reliance in this case far outstrips that asserted in recent cases in which past precedents were overruled. Last Term, when we overturned two past decisions, there were strenuous dissents voicing fears about the future of stare decisis. See Franchise Tax Bd. of Cal. v. Hyatt, 587 U. S. __, __ (2019) (BREYER, J., dissenting); Knick v. Township of Scott, 588 U. S. __, __

(2019) (KAGAN, J., dissenting). Yet in neither of those cases was there reliance like that present here.

In Franchise Tax Board, the dissent claimed only the airiest sort of reliance, the public's expectation that past decisions would remain on the books. 587 U. S., at - (opinion of BREYER, J.) (slip op., at 12-13). And in Knick, the dissent disclaimed any reliance at all. 588 U. S., __at __ (opinion of KAGAN, J.) (slip op., at 17). The same was true the year before in South Dakota v. Wayfair, Inc., 585 U. S. __ (2018), where the dissent did not contend that any legitimate reliance interests weighed in favor of preserving the decision that the Court overruled. Id., at __-__ (opinion of ROBERTS, C. J.) (slip op., at 1-2). And our unanimous decision in Pearson v. Callahan, 555 U. S. 223, 233 (2009), found that no reliance interests were involved.

In other cases overruling prior decisions, the dissents claimed that reliance interests were at stake, but whatever one may think about the weight of those interests, no one can argue that they are comparable to those in this case.

In Montejo v. Louisiana, 556 U. S. 778, 793-797 (2009), the Court abrogated a prophylactic rule that had been adopted in Michigan v. Jackson, 475 U. S. 625 (1986), to protect a defendant's right to counsel during post-arraignment interrogation. The dissent did not claim that any defendants had relied on this rule, arguing instead that the public at large had an interest "in knowing that counsel, once secured, may be reasonably relied upon as a medium between the accused and the power of the State." Montejo, supra, at 809 (opinion of Stevens, J.). This abstract interest, if it can be called reliance in any proper sense of the term, is a far cry from what is at stake here.

In Citizens United v. Federal Election Comm'n, 558 U. S. 310 (2010), where we overruled precedent allowing laws that prohibited corporations' election-related speech, we found that "[n]o serious reliance interests" were implicated, id., at 365, since the only reliance asserted by the dissent was the time and effort put in by federal and state lawmakers in adopting the provisions at issue, id., at 411-412 (Stevens, J., concurring in part and dissenting in part). In this case, by contrast, what is at stake is not the time and effort of Louisiana and Oregon lawmakers but a monumental litigation burden and the potential inability to retry cases that might well have ended with a unanimous verdict if that had been required.

Finally, in Janus v. State, County, and Municipal Employees, 585 U. S. __ (2018), where we overruled Abood v. Detroit Bd. of Ed., 431 U. S. 209 (1977), we carefully considered and addressed the question of reliance, and whatever one may think about the extent of the legitimate reliance in that case, it is not in the same league as that present here. Abood had held that a public sector employer may require non-union members to pay a portion of the dues collected from union members. 431 U. S., at 235-236. In overruling that decision, we acknowledged that existing labor contracts might have been negotiated in reliance on Abood, but we noted that most labor contracts are of short duration, that unions had been on notice for some time that the Court had serious misgivings about Abood, and that unions could have insisted on contractual provisions to protect their interests if Abood later fell. Janus, supra, at - (slip op., at 44-47) .

By striking down a precedent upon which there has been massive and entirely reasonable reliance, the majority sets an important precedent about stare decisis. I assume that those in the majority will apply the same standard in future cases.

* * *

Under the approach to stare decisis that we have taken in recent years, Apodaca should not be overruled. I would therefore affirm the judgment below, and I respectfully dissent.

See Brief for State of Oregon as Amicus Curiae 1-2.

Both States resist this suggestion. See Brief for Respondent 36-39; Brief for State of Oregon as Amicus Curiae 6-8.

Among other things, allowing non-unanimous verdicts prevents mistrials caused by a single rogue juror, that is, a juror who refuses to pay attention at trial, expressly defies the law, or spurns deliberation. When unanimity is demanded, the work of preventing this must be done in large measure by more intensive voir dire and more aggressive use of challenges for cause and peremptory challenges. See Amar, Reinventing Juries: Ten Suggested Reforms, 28 U. C. D. L. Rev. 1169, 1189-1191 (1995).

Juries Act 1974, ch. 23, §17 (replacing Criminal Justice Act 1967, ch. 80, §13). See Lloyd-Bostock & Thomas, Decline of the "Little Parliament": Juries and Jury Reform in England and Wales, 62 Law & Contemp. Prob. 7, 36 (Spring 1999); see also Leib, A Comparison of Criminal Jury Decision Rules in Democratic Countries, 5 Ohio St. J. Crim. L. 629, 642 (2008).

P. R. Const., Art. II, § 11 (establishing "verdict by a majority vote" of at least 9 of 12 jurors).

ALI, Code of Criminal Procedure §355 (1930); id., Comment, at 1027; ABA Project on Standards for Criminal Justice Compilation, Trial by Jury 318 (1974).

See, e.g., Amar, supra, at 1189-1191; Holland, Improving Criminal Jury Verdicts: Learning From the Court-Martial, 97 J. Crim. L. & C. 101, 125-141 (2006); Leib, Supermajoritarianism and the American Criminal Jury, 33 Hastings Const. L. Q. 141, 142 (2006).

The majority's defense of its reliance on the original reasons for the adoption of the Louisiana and Oregon rules is incoherent. On the one hand, it asks: "[I] f the Sixth Amendment calls on judges to assess the functional benefits of jury rules, as the Apodaca plurality suggested, how can that analysis proceed to ignore the very functions those rules were adopted to serve?" Ante, at 14, n. 44. But three sentences later it answers its own question when it observes that "a jurisdiction adopting a nonunanimous jury rule for benign reasons today would still violate the Sixth Amendment." Ibid. JUSTICE KAVANAUGH's defense, see ante, at 13-15 (opinion concurring in part), is essentially the same. After reiterating the history recounted by the majority, he eventually acknowledges that there are "neutral and legitimate" reasons for allowing nonunanimous verdicts and that Louisiana may have retained a version of its old rule for such reasons. He also agrees with the majority that a rule allowing nonunanimous verdicts would be unconstitutional no matter what the State's reasons. So what is the relevance of the original motivations for the Louisiana and Oregon rules? He offers no explanation. He does opine that allowing such verdicts works to the disadvantage of African-American defendants, but the effect of various jury decision rules is a complex question that has been the subject of much social-science research, none of which the opinion even acknowledges.

For Oregon, see, e.g., State v. Bowen, 215 Ore. App. 199, 168 P. 3d 1208 (2007), rev. denied, 345 Ore. 415, 197 P. 3d 1104 (2008), cert. denied, 558 U. S. 815 (2009); State v. Mayo, 13 Ore. App. 582, 511 P. 2d 456 (1973). For Louisiana, see, e.g., State v. Hodges, 349 So. 2d 250, 260 (La. 1977), cert. denied, 434 U. S. 1074 (1978); see also State v. Miller, 2010- 718, pp. 42-43 (La. App. 5 Cir. 12/28/11), 83 So. 3d 178, 204, writ denied, 2012-0282 (La. 5/18/12), 89 So. 3d 119, cert. denied, 568 U. S. 1157 (2013); State v. McElveen, 2010-0172, pp. 95-96 (La. App. 4 Cir. 9/28/11), 73 So. 3d 1033, 1092, writ denied, 2011-2567 (La. 4/19/12), 85 So. 3d 692, cert. denied, 568 U. S. 1163 (2013).

See, e.g., Magee v. Louisiana, 585 U. S. __ (2018); Sims v. Louisiana, 584 U. S. __ (2018); Baumberger v. Louisiana, 583 U. S. __ (2017); Jackson v. Louisiana, 572 U. S. 1088 (2014); McElveen v. Louisiana, 568 U. S. 1163 (2013); Miller v. Louisiana, 568 U. S. 1157 (2013); Bowen v. Oregon, 558 U. S. 815 (2009); Lee v. Louisiana, 555 U. S. 823 (2008); McIntyre v. Louisiana, 449 U. S. 871 (1980); Hodges v. Louisiana, 434 U. S. 1074 (1978). On June 7, 1972, shortly after Apodaca was handed down, the Court denied certiorari in a number of cases asking the Court to recognize a right to unanimity in state jury trials. Blevins v. Oregon, 406 U. S. 972; Martinka v. Oregon, 406 U. S. 973; Andrews v. Oregon, 406 U. S. 973; Planck v. Oregon, 406 U. S. 973; Riddell v. Oregon, 406 U. S. 973; Mitchell v. Oregon, 406 U. S. 973; Atkison v. Oregon, 406 U. S. 973; Temple v. Oregon, 406 U. S. 973; Davis v. Oregon, 406 U. S. 974; O'Dell v. Oregon, 406 U. S. 974; Miller v. Oregon, 406 U. S. 974. Contrary to the majority opinion, I am not arguing that the denial of certiorari is precedential. See ante, at 19, n. 56. My point, instead, is that the Court's pattern of denying review in cases presenting the question whether unanimity is required in state trials is evidence that this Court regarded Apodaca as a precedent.

D. Rudstein, C. Erlinder, & D. Thomas, 3 Criminal Constitutional Law §14.03[3] (2019); W. LaFave, J. Israel, N. King, & O. Kerr, 6 Criminal Procedure §22.1(e) (2015); W. Rich, 2 Modern Constitutional Law §30:27 (2011).

It is true, of course, that a summary affirmance has less precedential value than a decision on the merits, see, e.g., Comptroller of Treasury of Md. v. Wynne, 575 U. S. 542, 560-561 (2015), but we have never said the same about decisions on the merits that were reached without an opinion of the Court.

What the State appears to have meant is that Justice Powell's reasoning was not binding. See Brief for Respondent 47; Tr. of Oral Arg. 37-38.

See Grutter v. Bollinger, 539 U. S. 306, 321 (2003) (discussing lower court's treatment of Justice Powell's opinion in Regents of Univ. of Cal. v. Bakke, 438 U. S. 265 (1978)); Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey, 947 F. 2d 682, 694-698 (CA3 1991) (noting that "[t]he binding opinion from a splintered decision is as authoritative for lower courts as a nine-Justice opinion," and concluding based on opinions of Justice O'Connor that the test for the constitutionality of abortion regulations is undue burden), aff 'd in part and rev'd in part, 505 U. S. 833 (1992); Blum v. Witco Chemical Corp., 888 F. 2d 975, 981 (CA3 1989); see also United States v. Duvall, 705 F. 3d 479, 483, n. 1 (CADC 2013) (Kavanaugh, J., for the court).

See, e.g., Andres v. United States, 333 U. S. 740, 748 (1948); Thompson v. Utah, 170 U. S. 343, 351 (1898).

It is also important that the Court as a whole adhere to its "precedent[s] about precedent." Alleyne v. United States, 570 U. S. 99, 134 (2013) (ALITO, J., dissenting). If individual Justices apply different standards for overruling past decisions, the overall effects of the doctrine will not be neutral.

Three Justices join the principal opinion in its entirety. Two Justices do not join Part IV-A, but each of these Justices takes a position not embraced by portions of the principal opinion that they join. See ante, at 2 (SOTOMAYOR, J., concurring in part) (disavowing principal opinion's criticism of Justice White's Apodaca opinion as "functionalist"); ante, at 15-17 (KAVANAUGH, J., concurring in part) (opining that the decision in this case does not apply on collateral review). And JUSTICE THOMAS would decide the case on entirely different grounds and thus concurs only in the judgment. See ante, at 1.

See, e.g., National Federation of Independent Business v. Sebelius, 567 U. S. 519 (2012); Williams v. Illinois, 567 U. S. 50 (2012); J. McIntyre Machinery, Ltd. v. Nicastro, 564 U. S. 873 (2011); McDonald v. Chicago, 561 U. S. 742 (2010); Shady Grove Orthopedic Associates, P. A. v. Allstate Ins. Co., 559 U. S. 393 (2010); Baze v. Rees, 553 U. S. 35 (2008); Crawford v. Marion County Election Bd., 553 U. S. 181 (2008); Hamdan v. Rumsfeld, 548 U. S. 557 (2006); Medtronic, Inc. v. Lohr, 518 U. S. 470 (1996); Richmond v. J. A. Croson Co., 488 U. S. 469 (1989); Bakke, 438 U. S. 265; Gregg v. Georgia, 428 U. S. 153 (1976) (joint opinion of Stewart, Powell, and Stevens, JJ.).

Ante, at 20.

Ante, at 21.

Ibid.

Ibid.

Ante, at 13.

See, e.g., Andres, 333 U. S., at 748; Thompson, 170 U. S., at 351.

Five Justices in Furman found that the Eighth Amendment imposes an evolving standard of decency, 408 U. S., at 255-257 (Douglas, J., concurring); id., at 265-269 (Brennan, J., concurring); id., at 309-310 (Stewart, J., concurring); id., at 312-314 (White, J., concurring); id., at 316, 322-333 (Marshall, J., concurring), and our subsequent cases have done the same.

The majority also notes that the Judiciary Act of 1789 pegged the qualifications for service on federal juries to those used in the State in which a case was tried, ante, at 15, n. 47, but since all States barred women, see Taylor, 419 U. S., at 536, it is hard to see how the 1789 Act can provide a ground for distinguishing the common law's requirement of unanimity from its insistence that women were not fit to serve. Jury practice at the time of the founding differed from current practice in other important respects. Jurors were not selected at random. "[P]ublic officials called selectmen, supervisors, trustees, or 'sheriffs of the parish' exercised what Tocqueville called 'very extensive and very arbitrary' powers in summoning jurors." Alschuler & Deiss, A Brief History of the Criminal Jury in the United States, 61 U. Chi. L. Rev. 867, 879-880 (1994). And "American trial judges ... routinely summarized the evidence for jurors and often told jurors which witnesses they found most credible, and why." Sklansky, Evidentiary Instructions and the Jury as Other, 65 Stan. L. Rev. 407, 454 (2013). Any attempt to identify the aspects of late 18th-century practice that were incorporated into the Sixth Amendment should take the full picture into account and provide a principle for the distinction.

As recently as 2010, prominent advocates urged us to hold that a provision of the Bill of Rights applies differently to the Federal Government and the States. In McDonald, 561 U. S. 742, the city of Chicago and some of its amici argued that, despite our decision in District of Columbia v. Heller, 554 U. S. 570 (2008), States and cities should be given leeway to regulate the possession of a firearm in the home for selfdefense in accordance with the particular needs and desires of their citizens. 561 U. S., at 753. Although this argument did not prevail, four Justices, some now in the majority, appeared to take that view. See id., at 927 (BREYER, J., joined by GINSBURG and SOTOMAYOR, JJ., dissenting) (observing that "gun violence ... varies as between rural communities and cities" and arguing that States and cities should be free to adopt rules that meet local needs and preferences); id., at 866 (Stevens, J., dissenting) ("The rights protected against state infringement by the Fourteenth Amendment's Due Process Clause need not be identical in shape or scope to the rights protected against Federal Government infringement by the various provisions of the Bill of Rights").

See Ariz. Const., Art. 2, §30; Ark. Const., Amdt. 21, §1; Cal. Const., Art. I, §14; Colo. Rev. Stat. §16-5-205 (2019); Conn. Gen. Stat. §54-46 (2017); Haw. Const., Art. I, §10; Idaho Const., Art. I, §8; Ill. Comp. Stat., ch. 725, §5/111-2(a) (West 2018); Ind. Code §35-34-1-1(a) (2019); Iowa Ct. Rule 2.5 (2020); Kan. Stat. Ann. §22-3201 (2007); Md. Crim. Proc. Code Ann. §§4-102, 4-103 (2018); Mich. Comp. Laws §767.1 (1979); Mo. Const., Art. I, §17; Mont. Const., Art. II, §20; Neb. Rev. Stat. §29-1601 (2016); Nev. Const., Art. I, §8; N. M. Const., Art II, §14; N. D. Rule Crim. Proc. 7(a) (2018-2019); Okla. Const., Art II, §17; Ore. Const. (amended), Art. VII, §§5-; Pa. Const., Art. I, §10 (providing that "[e]ach of the several courts of common pleas may, with the approval of the Supreme Court, provide for the initiation of criminal proceedings therein by information"-a condition that has now been met in all counties); see also 42 Pa. Cons. Stat. §8931 (2015); S. D. Const., Art. VI, §10; Utah Const., Art. I, §13; Vt. Rule

Crim. Proc. 7(a) (2018); Wash. Rev. Code §10.37.015 (2019); Wis. Stat. §967.05 (2015-2016); Wyo. Stat. Ann. §7-1-106(a) (2019).

See Ariz. Rev. Stat. Ann. §21-102 (2013); Conn. Gen. Stat. §54-82; Fla. Rule Crim. Proc. §3.270 (2019); Ind. Code §35-37-1-1(b); Utah Code §78B-1-104 (2019).

The majority arrives at a different figure based on the number of felony jury trials in Oregon in 2018, see ante, at 22-23, and n. 68, but it does not take 2019 into account. And since we do not know how many cases remain on direct appeal, such calculations are unreliable.

Under our case law, a State must give retroactive effect to any constitutional decision that is retroactive under the standard in Teague v. Lane, 489 U. S. 288 (1989), but it may adopt a broader retroactivity rule. Montgomery v. Louisiana, 577 U. S. __, __ (2016); Danforth v. Minnesota, 552 U. S. 264, 275 (2008).

Studies show that when a supermajority votes for a verdict near the beginning of deliberations, a unanimous verdict is usually reached. See generally Devine, Clayton, Dunford, Seying, & Price, Jury Decision Making: 45 Years of Empirical Research on Deliberating Groups, 7 Psychology Pub. Pol'y & L. 622, 690-707 (2001).

The reliance in this case also far exceeds that in Arizona v. Gant, 556 U. S. 332 (2009), where the Court effectively overruled a decision, New York v. Belton, 453 U. S. 454 (1981), that allowed a police officer to search the entire passenger compartment of a car if the officer had probable cause to arrest the driver or a passenger. 556 U. S., at 335. Police departments had trained officers in reliance on the Belton rule, see Gant, supra, at 358-360 (ALITO, J., dissenting), but the burden of retraining cannot compare with conducting a large number of retrials and potentially releasing defendants who cannot be retried due to post-trial events.

El caso "Ramos v. Louisiana"

Marcela Alejandra Dimundo (*)

Sumario: I. El caso.— II. El Fallo. Fundamentos.— III. Cuestiones problemáticas.— IV. Conclusión.— V. Bibliografía.

I. El caso

La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos tomó intervención, por la apelación de Evangelisto Ramos, quien fue juzgado por un delito de asesinato en segundo grado de una mujer, Trinece Fedison, ante un jurado de doce y condenado a prisión perpetua, por un veredicto mayoritario —de diez a dos—, admitido por la ley de Louisiana. La Corte Suprema de Louisiana confirmó la condena, rechazando la impugnación del nombrado.

El recurrente había apelado su condena por un jurado no unánime como una denegación constitucional del derecho de la Sexta Enmienda que supone un "juicio con un jurado imparcial" interpretando que, se encontraba incorporado a través de la Decimocuarta Enmienda del debido proceso de ley para todos los estados. Precisó que ello significa que el juicio por jurados tiene un contenido delineado y una serie de requisitos, entre los que se encuentra que el jurado debe arribar a un veredicto unánime para condenar. En esa misma línea, Ramos insistió sobre su inocencia e invocó su derecho a juicio por jurado, pero sostuvo que el estado de Louisiana no pudo convencer de su culpabilidad a un par de jurados, más allá de toda duda razonable, motivo por el cual, ello era suficiente para no ser condenado.

II. El Fallo. Fundamentos

La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, a través de un voto mayoritario —de

(*) Abogada (UBA). Especialista en Derecho Penal. Fiscal de Juicio del Departamento Judicial Lomas de Zamora.

seis a tres—, declaró la inconstitucionalidad de las leyes de juicio por jurados de Louisiana y Oregón que hasta el presente toleraban veredictos decididos por mayorías de diez a dos y no, por unanimidad, tal como históricamente se sostiene para el resto de los cuarenta y ocho estados, además del sistema federal, que integran ese país.

Argumentos de tilde racista de esas leyes habían eliminado la exigencia de unanimidad, a pesar de que, en la tradición del *common law*, la garantía constitucional a un "juicio por jurados imparcial" incluye, necesaria e inconfundiblemente, a la exigencia de un consenso unánime. Así, la Corte revocó el veredicto mayoritario dispuesto contra Ramos y sostuvo que la unanimidad de votos del jurado para la condena establecida por la Sexta Enmienda también debe ser un derecho incorporado contra los estados, de la mano de la Decimocuarta Enmienda, alejándose así de los precedentes de "Apodaca v. Oregón"**(1)** y "Johnson vs. Louisiana"**(2)**.

En el voto que lidera el acuerdo, de gran riqueza histórica, el juez Neil Gorsuch **(3)**, examina los antecedentes remotos del instituto del jurado y puntualiza los alcances de las normas constitucionales, de sus enmiendas —en especial, la 6ª y 14— y de las leyes dictadas en su consecuencia, así como se hace cargo de soluciones diferentes de la Corte que integra, han dejado a un lado siglos de historia de los Estados Unidos. El magistrado se preocupa por resaltar con entusiasmo que la unanimidad forma parte de la enmienda 6ª en la medida que exige "un juicio por jurado imparcial" y, esta interpretación permanece inmutable para casos federales **(4)**. Así, utiliza el llamado originalismo constitucional como marco hermenéutico para solucionar el litigio **(5)**.

Por otra parte, el fallo constituye un hito histórico al expropiar a los estados locales **(6)** del poder de sostener una versión "suavizada" de la garantía de unanimidad, que reconoce como fuente del derecho, tanto en un proceso federal como en uno estadual, a la Sexta Enmienda y, de la mano de la Decimocuarta Enmienda, por imperio del principio de igualdad, torna a la máxima de unanimidad de aplicación obligatoria a todos los estados y no solo, al Gobierno Federal.

El juez preopinante lamenta que los estados de Louisiana y Oregón llevaran tanto tiempo castigando a personas mediantes veredictos que expresan la opinión de la mayoría del jurado y no de su totalidad. Repasando la historia, recuerda que Louisiana aprobó por primera vez la no unanimidad de los votos en veredictos para delitos graves en la convención constitucional en 1898 en búsqueda de establecer la "supremacía de la raza blanca". En ese camino, se trató de neutralizar la participación de los afroamericanos en el servicio de justicia a través de la instalación de veredictos mayoritarios de 10 a 2. Por su parte, agrega el cortesano, que el estado de Oregón en 1930 de la mano de la regla de Oregón permitió arribar a veredictos de culpabilidad a través de votos mayoritarios, a fin de diluir la influencia de las minorías raciales, étnicas, religiosas y localizar el surgimiento del KuKlux Klan. En definitiva, se pretendió llevar a la eternidad la segregación racial de la posguerra dentro del catálogo de las denominadas "leyes de Jim Crow".

En el fallo se destaca que el requisito de unanimidad del jurado se remonta al Siglo XIV, en Inglaterra, luego las colonias americanas se hicieron eco de esa tradición, y pronto fue aceptado y reconocido como un derecho vital, tutelado a lo largo de la historia por el derecho consuetudinario. Se puntualiza que, una persona no podría ser declarada culpable de un delito grave a menos que la verdad de la acusación fuera confirmada por el sufragio unánime de doce de sus vecinos iguales, libres de cualquier sospecha de parcialidad.

(1) 406 U.S. 404 (1972).

(2) 406 U.S. 356 (1972).

(3) Unida por los jueces Ruth Bader Ginsburg, Sonia Sotomayor, Stephen Breyer y Brett Kavanaugh.

(4) "Patton vs. United States" 281 U.S. 276 (1930) y "Thompson vs. Utah", 170 U.S. 343, 350.

(5) En el fallo comentado, ni siquiera se hace alusión a los hechos por los cuales Ramos fue condenado, evidenciando así una pura controversia de derecho.

(6) Jurado penal no unánime en Oregón y Louisiana.

III. Cuestiones problemáticas

III.1. Apartamiento del stare decisis

La decisión mayoritaria de la Corte supone desandar la histórica tradición anglosajona de respetar a rajatabla un precedente jurisprudencial. Por ello, se explica que en el voto mayoritario los cortesanos hayan profundizado la discusión sobre la función del *stare decisis*. Así es, "Ramos" abandona la doctrina que emerge de "Apodaca v. Oregón" y "Johnson v. Louisiana", sostenida desde 1972 en sendos estados.

En ese sentido, la opinión mayoritaria sin rodeos reconoce que los argumentos utilizados en Apodaca **(7)** no se compadecían con la propia jurisprudencia existente en ese momento **(8)**. Asimismo, destaca que el apartamiento a ese precedente supone una decisión indispensable para alejar al sistema de justicia de estructuras racistas fuertemente internalizadas durante siglos en ese país del norte.

A fin de distanciarse de Apodaca, el magistrado del primer voto expresa que en ese precedente cuatro jueces disidentes dictaminaron a favor de la regla de unanimidad, mientras que otros cuatro argumentaron que la función de esa máxima, en el seno de una sociedad contemporánea, implicaba mayores costos que beneficios. Finalmente, al parecer del juez Gorsuch, el noveno votante, el juez Powel, fue decisivo porque si bien no se unió a ninguna de esas argumentaciones enfrentadas, expresó que un derecho puede contener significados disímiles, según sea proclamado ante el gobierno federal u otro estado **(9)**.

En el fallo comentado se estima que esa doble diferenciación propuesta por el magistrado Powel conduce —sin retorno— a vaciar de contenido la exigencia constitucional del consenso unánime. En este sentido, el juez Gorsuch agrega que esa interpretación no se compadece con el espíritu que tuvieron en miras los constituyentes al delinear la Sexta Enmienda.

En definitiva, la decisión de la mayoría refleja que ni Apodaca ni Johnson se compadecen con la histórica característica esencial de la unanimidad del jurado que garantiza la Sexta Enmienda, incluso, esta exigencia sobrevivió en casos aislados de fiscales que intentaron flexibilizarla. Más aún, se señala que la interpretación sostenida en "Ramos" es compatible con el requisito de un veredicto unánime en la Declaración de Derechos **(10)**.

En su voto, el juez Gorsuch se hace cargo de los costos que su dictamen supone, pues no solo surtirá efectos en la situación procesal de Ramos, sino también en aquellos casos de condenas por veredictos no unánimes que se encuentren pendientes de apelación y, asimismo, es posible que alcancen a algunos condenados mediante sentencia firme, todo lo cual debiera ser evaluado oportunamente con base en los requisitos sentados en "Teague vs. Lane"**(11)**. En definitiva, entendió que afrontar tales costos en tan solo dos estados es indispensable a fin de reconocer y corregir un grosero error.

En "Ramos", el voto que lidera el acuerdo se pregunta por qué Louisiana y Oregón toleraron durante tanto tiempo el consenso no unánime,

---

(7) Tanto los fundamentos mayoritarios como minoritarios son absolutamente similares a los esgrimidos en "Johnson v. Louisiana".

(8) En "Duncan vs. Louisiana" 391 U.S. 145 (1968), la mayoría integrada por los votos del juez White, al que se unieron los jueces Warren, Black, Fortas, Douglas, Brennan y Marshall (estos tres últimos conformaron la disidencia en" Johnson vs. Louisiana") sostuvieron que el derecho a un juicio por jurados en casos de delitos graves es un derecho fundamental y, por lo tanto, debía ser reconocido por los estados locales en el marco de su obligación de extender el debido proceso de ley a todas las personas dentro de su jurisdicción.

(9) Este enfoque de la "doble vía" había sido rechazado por la Corte casi una década atrás, ver "Malloy vs. Hogan", lo cual no pasa inadvertido por el juez Gorsuch.

(10) "Se requiere unanimidad en los veredictos del jurado allí donde se apliquen la 6° y 7° enmiendas. En los casos penales, este requisito de unanimidad se extiende a todas las cuestiones que sean sometidas al jurado —tipo o grado del delito, la culpabilidad y la pena-. El veredicto encarna en una sola determinación las conclusiones alcanzadas por el jurado sobre todas las cuestiones planteadas." "Andrés vs. Los Estados Unidos", 333 U.S. en U.S. 748, citado en "Juicio por Jurados en la jurisprudencia nacional e internacional", Sentencias comentadas y opiniones académicas del conmon law, del civil law y de la Corte Europea de Derechos Humanos", BINDER, Alberto y HARFUCH, Andrés —directores-, 5-A, Ed. Ad. Hoc., 2016, p. 246.

(11) 489 U.S. 288 (1989).

admitiendo que es difícil justificar la persistencia de esas leyes **(12)**. En este sentido, cabe resaltar que otros condenados mediante votos mayoritarios en esos estados no corrieron con la misma suerte **(13)**, sin embargo, la apelación de Ramos tuvo la ventaja de ser planteada en un escenario político y social favorable para que prosperen sus agravios.

En efecto, el 06/11/2018 el Estado de Louisiana a través de una consulta popular restauró la regla de unanimidad para los veredictos de los juicios por jurados luego de cien años. La medida fue impulsada por una coalición de fiscales, defensores y legisladores que se unieron y, luego de atravesar el filtro del Parlamento, se concretó un referéndum en el Estado donde el 66% de la población votó a favor de peticionar veredictos unánimes.

Resulta patente, que la Corte en el fallo comentado se nutrió de esa opinión popular que, en definitiva, se compadece con la historia del instituto de juicio por jurados de ese país del norte y de otras jurisdicciones del *common law* **(14)** y, asimismo, con las recomendaciones de especialistas e investigaciones empíricas practicadas durante más de cuarenta años que aconsejan la integración del jurado de doce ciudadanos **(15)** porque aumenta la calidad de las deliberaciones y, a la vez, la regla de la unanimidad como única herramienta capaz de asegurar que las voces de las minorías sean escuchadas **(16)**.

Así, se ha observado que, si la mayoría sustancial de los miembros del jurado de manera independiente prefiere el mismo veredicto antes del comienzo de las deliberaciones, una razonable resolución al desacuerdo existente es que la visión más ampliamente compartida prevalecerá **(17)**. Aún en los casos en que la minoría no es convencida por el contenido del argumento de otro jurado — a esto la profesora e investigadora Shari Seidman Diamond llama influencia informativa—, la minoría podría aceptar la posición de la mayoría debido a la presión social percibida —lo que denomina influencia normativa— o, debido al procesamiento heurístico que asume que la posición de una mayoría sustancial ingresan a las deliberaciones con incertidumbre acerca del veredicto por ellos preferido y, la deliberación juega un rol vital para ayudarlos a resolver sus dudas iniciales y desarrollar sus preferencias de veredicto mientras comparan percepciones y llegan a un consenso **(18)**.

III.2. Tensión entre el principio de igualdad y la autonomía de los estados locales

Apodaca y Johnson, se asemejan por su vulnerable mayoría, de cinco contra cuatro votos.

(12) LETNER, Gustavo, "El Veredicto unánime y sus efectos sobre el funcionamiento del jurado", II Congreso Internacional de juicio por jurados, JUSBAIRES, octubre 2014, p. 73. Señala el autor que: "Las causas por las cuales la corte se niega a tratar las peticiones (Writ of Certiorari) o pedidos de revisión (...) la doctrina precedente (...) Nuevos juicios =mayores costos (...) Tendencia internacional: actualmente podría considerarse una predilección a nivel mundial por la regla del veredicto mayoritario por sobre la unanimidad. Equilibrio entre decisiones y valor de justicia: la corte interpreta que si bien la regla de unanimidad puede presentar mayores garantías, el veredicto mayoritario es una buena opción en términos de gestión y juicios justos".

(13) "Herrera v. Oregón", 562 U.S. 1135. En Oregón, Herrera fue condenado por el voto de 10 a 2 jurados y concurrió a la Corte Suprema bregando por una modificación de la doctrina legal que se satisfacía con veredictos mayoritarios. Sin embargo, en 2011 los cortesanos se aferraron al *stare decisis*, denegando esa pretensión.

(14) La regla de la unanimidad, junto con la de la integración numérica del jurado de doce ciudadanos y el carácter definitivo del veredicto del jurado rige en Australia, Canadá, Nueva Zelanda y el Reino Unido. El último de los países citados, en 1967 realizó una reforma, a saber: luego de un tiempo considerable de deliberación el jurado de doce no logra alcanzar la unanimidad, el juez está facultado a permitir veredictos con una mayoría de 10 a 2, incluso, la realización de otro juicio. Ver "*Amicus Curiae*" presentado en fallo "Canale", https://inecip.org/wp-content/uploads/Amicus-curiae-INECIP.pdf

(15) "Patton vs. United States", 281 U.S. 276(1930).

(16) HANS, Valerie P. y GASTIL, John, "El juicio por jurados: Investigaciones sobre la deliberación, el veredicto la democracia", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014. Ver también DIAMOND, Shari, "Las múltiples dimensiones del juicio por jurados: estudios sobre el comportamiento del jurado", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2016.

(17) DIAMOND, Shari, ROSE, Mary, MURPHY, Beth, "El Proceso de toma de decisión del Jurado", "II Congreso Internacional de Juicio por Jurados", ob. cit., p. 11.

(18) Ibidem.

En ellos, se había declarado que, si bien la exigencia de unanimidad se encontraba contenida en la garantía de juzgamiento imparcial por parte de un jurado a nivel federal, tal requisito no podía ser reclamado a los Estados sin entrometerse en su órbita de autonomía. Resulta de vital trascendencia destacar que, incluso, en los votos mayoritarios de estos fallos, los órganos judiciales invitaban a los Estados a mantener la regla de la unanimidad. Sin embargo, tuvieron que transcurrir muchos años para que la regla del "veredicto unánime" reine triunfante en la totalidad de los estados que conforman ese país del norte, como un requisito insoslayable de la garantía constitucional de un juicio por jurados imparcial.

"Ni Apodaca ni Johnson cuestionaron el rango constitucional de la unanimidad, sino discutieron si ella podía serle impuesta por el Estado Federal a los Estados locales. Por 5 a 4 la Corte declaró que no. La Corte Suprema dijo expresamente que, a nivel federal, la 6° Enmienda de la Constitución prohíbe jurados con veredictos mayoritarios. Cincuenta Estados continuaron inmutables con la unanimidad. Solo uno (Oregón) todavía retiene un veredicto mayoritario para ciertos delitos no tan graves, pues para los crímenes siempre exigió la unanimidad"**(19)**.

Se destaca que esos dos controvertidos precedentes conducen a decisiones injustas e inconsistentes, pues los bienes y propiedades de un hombre solo podrán ser sustraídos por el voto unánime de un jurado **(20)**, en cambio, ese mismo hombre en Oregón y Louisiana podría ser privado de su libertad ambulatoria en virtud de un estándar menor.

Así es, "Ramos" reivindica la máxima de la "unanimidad" como garantía constitucional, incluso, aceptando el costo, desde una mirada de la distribución federal de competencias, de entrometerse en el derecho que hasta ese momento reconocía a cada estado a regirse por sus propias instituciones debido a la soberanía absoluta detentada. Para tal fin, utiliza como herramienta la Decimocuarta Enmienda que exige a los distintos estados proveer una protección igualitaria ante la ley a todas las personas dentro de sus jurisdicciones **(21)**.

III.3. Tensión entre el principio de la duda y el veredicto de la mayoría

En realidad, tan arraigada a la cultura anglosajona se encuentra el consenso unánime de los miembros del jurado para arribar a un veredicto, como un requisito insoslayable para destruir la inocencia de un acusado, que en "Ramos" no se encuentra un esfuerzo argumental en ese sentido, como sí se hizo para desechar dos precedentes jurisprudenciales. Sin embargo, cuando los miembros de un jurado alcanzan con unanimidad un veredicto de culpabilidad, simultáneamente, están realizando un comunicado relevante, a saber: que el imputado es culpable "más allá de toda duda razonable"**(22)**.

Este estándar de prueba ha sido objeto de severas críticas **(23)**, no siendo posible en este tra-

(19) Nota 13 del "*Amicus Curiae*" presentado por el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales y Asociación de Juicio por Jurados ante la CS en causa "Canales", CS 461/2016/RH1, "Canales, Mariano Eduardo y otro s/ homicidio agravado- impugnación extraordinaria, 02/05/2019.

(20) Históricamente se interpretó que el jurado civil contenido en el 7° Enmienda debe ser unánime.

(21) DE Antoni, Román, "Juicio por jurados: ¿Es necesaria la unanimidad para resolver la culpabilidad de delitos graves o basta con una simple mayoría", consulta en http://palabrasdelderecho.com.ar/articulo.php?

(22) *In re* "Winship" 397 U.S. 358 (1970. Se sostuvo que el estándar probatorio de duda razonable, que es exigido por la cláusula constitucional de debido proceso en los juicios penales, está entre "los principios esenciales del debido proceso y del trato justo". Comentando este fallo, Andrés Harfuch sostiene que: "Lo que a nuestro juicio marca la diferencia entre el principio de *indubio pro reo* y el principio de más allá de duda razonable es el enorme esfuerzo realizado en el *common law* durante siglos para sistematizar qué debe entenderse por duda razonable (...) el *commow law* desarrolló todo un catálogo de estándares legales de prueba (...) Prueba más allá de duda razonable: El más exigente y poderoso de todos..." en BINDER, Alberto y HARFUCH, Andrés "El juicio por jurados en la jurisprudencia nacional e internacional", ob. cit., p. 195.

(23) El epistemólogo Larry Laudan sostiene que: "Un estándar intrínsecamente subjetivo no nos ofrece protección alguna contra los riesgos de las decisiones arbitrarias. (....) En vez de utilizar estándar de prueba subjetivo, como la convicción íntima o la ausencia de duda razonable, propongo aquí estándares objetivos y exigentes. Ellos son objetivos porque no dependen de

bajo ocuparse de la cuestión con la extensión necesaria. Cabe señalar que en las jurisdicciones del *common law* se reconoció explícitamente a este estándar de "más allá de toda duda razonable" rango constitucional, con base en la garantía del debido proceso y en la presunción de inocencia **(24)** y, las leyes de jurado vigentes en Argentina han seguido —por razones históricas— ese patrón probatorio **(25)**.

Cabe preguntarse si es compatible con el principio de igualdad (art. 3°, CN) y con la presunción de inocencia (art. 6° C.E.D.H.), el que se condene a una persona mediante una decisión mayoritaria de los miembros de un jurado. Ello supone que la declaración de culpabilidad se alcanzó, a pesar de que, uno, dos o, tres de los jurados votaron en disidencia. Se evidencia, así, que la dudas de, al menos, un solo juez lego es suficiente para demostrar que, en ese caso concreto, el estado ha fracasado en su tarea de probar más allá de toda duda razonable la culpabilidad del acusado. Es difícil representarse que el jurado ha alcanzado el ideal más cercano a la certeza absoluta, a través de un consenso no unánime **(26)**.

A diferencia de lo que ocurre en los procesos llevados a cabo ante jueces profesionales **(27)**, los miembros de un jurado están dispensados de exhibir sus motivos **(28)**, pues cualquier exigencia en ese sentido socavaría la existencia misma del sistema de jurados. Para simplificar el objeto de la discusión, si se parte de un sistema imparcial de selección del jurado, que culmina eligiendo a ciudadanos con sentido común, donde el proceso de deliberación de los miembros del jurado debe permanecer oculto **(29)**, de nada importa qué convicciones subjetivas, incluso, razones arbitrarias, caprichosas, prejuiciosas pueden llegar albergar al o los disidentes, pues en definitiva la concurrencia de una minoría, evidencia que el fiscal con base en la prueba presentada no logró persuadir a todos los juzgadores respecto de la culpabilidad del acusado.

---

los caprichos de si o no cierto juez tenga una convicción firme sobre la culpabilidad del acusado. Son exigentes porque no queremos condenar a alguien excepto que tengamos una prueba muy sólida y robusta". Ver "Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar", en Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 28 (2005), ISSN: 0214-8676, pág. 95/113, traducido por Raúl Calvo Soler.

(24) LAUDAN, Larry crítica a los fallos jurisprudenciales del mundo anglosajón porque parten de la idea que el juzgador, al comenzar el juicio, deben suponer que el acusado no cometió el hecho ilícito, vale decir, que es materialmente inocente. Así, propone que el juzgador de los hechos crea que la culpabilidad del acusado tiene que ser probada, a lo que denomina "presunción de inocencia probatoria", enfatizando que la única prueba relevante para su culpabilidad o inocencia es la prueba que será producida en el juicio. (ver ob. cit., "Por qué un estándar de prueba…."). El epistemólogo norteamericano pasa por alto que, al inicio del juicio, es razonable que el juzgador dé por sentado que el acusado es inocente —por imperio de la garantía constitucional que le suministra el abrigo necesario para resistir la acusación estatal- porque aún no se ha producido la prueba, recién podría cambiar de opinión luego del proceso de deliberación con sus pares, con base en la ponderación de elementos probatorios alcanzados por los litigantes.

(25) BINDER, Alberto y HARFUCH, Andrés, ob. cit., p. 193.

(26) Buenos Aires, sala II TCasación Penal, Buenos Aires, sala II, "Fernández, Gustavo M. s/recurso de casación", 15/06/2017. El juez Víctor Violini que lidera el acuerdo expresa: "…en primer lugar, que el Jurado declaró culpable a Gustavo Fernández con doce votos afirmativos, es decir, por unanimidad, y ello cobra relevancia a la hora de verificar la carencia de duda razonable en la decisión adoptada".

(27) Carrara los llamó "personas privilegiadas", al identificar en el instituto del jurado uno de los fundamentos del "cuadrilátero de las libertades constitucionales", no vaciló en manifestar "repugnancia" por los jueces burócratas, asalariados y dependientes del gobierno, tanto más cuanto menos motivasen sus decisiones. Citado por FERRAJOLI, Luigi, en "Derecho y razón", Editorial Trotta, Madrid, 2004, p. 577.

(28) Tanto la Corte Europea de Derechos Humanos, en "Taxquet vs. Belgium" (2010), como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en "V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua" (2018), han validado las características de este modelo de jurado popular.

(29) "Tanner vs. United States", 483 U.S. 107 (1987), n° 86-177, se mantuvo la Regla del Secreto del Jurado 606 (b), la cual data de 500 años en la jurisprudencia de los países del common law e, incluso ha sido ratificada por la Corte Europea de Derechos Humanos (*In re* "Gregory vs. The United Kingdom" (1997) y "Sanders vs. The United Kingdom" (2000), en BINDER, Alberto y HARFUCH; Andrés, ob. cit. Ver comentario al fallo de Luciano Hazan, p. 335.

En definitiva, la eficacia del sistema de administración de justicia debe hacerse cargo que, el estándar de "más allá de una duda razonable" tolera que alguna cantidad de personas culpables sean absueltas, en aras a la máxima de la presunción de inocencia **(30)**, si los integrantes de un jurado clásico no alcanzan el consenso unánime para arribar a una condena. No hay blindaje posible contra la irracionalidad de la duda de una minoría, pues una cuota de irracionalidad que ingresa al proceso deliberativo es precisamente la esencia del derecho a un juicio por jurados **(31)**.

En el sistema de juicio por jurados clásico solo se espera que sus miembros, luego de una deliberación acerca de la solidez de la prueba propuesta por cada uno de los litigantes, se expresen a favor o en contra de la acusación, por ello, es indispensable que el estándar probatorio de "más allá de una duda razonable" sea alcanzado por la totalidad de sus miembros. Si se relaja ese "estándar probatorio", al menos, para uno, dos o tres **(32)** jueces, simultáneamente, se estaría relajando el valor de la presunción de inocencia de la persona juzgada. ¿Puede ser un voto minoritario, del cual no es posible conocer sus motivos, una base suficiente para alcanzar la íntima convicción de la culpabilidad del acusado, o, en cambio, la fuerza del principio de presunción de inocencia no soporta albergar ni siquiera la duda de un solitario disidente?

En una radical toma de posición de Marcelo A. Sancinetti —quien no abogaría por la adopción de la institución del juicio por jurados al estilo anglosajón— en favor de la presunción de inocencia expresa: "La cantidad de culpables que el sistema estaría dispuesto a dejar impunes ha de tener un límite"**(33)**. Enseguida, menciona la famosa sentencia "Coffin v. United States", que sienta el principio de la presunción de inocencia como un valor fundamental para el *commow law* y, asimismo, alude a autores anglosajones que sí especifican cuantas personas culpables sería preferible que quedaran exentas de pena con tal que no sea penado un inocente: 20 (Fortescue), 10 (Blackstone), 5 (Lord Hale). En este sentido, Sancinetti también cita a Hoyer, quien alude a "tipo de cambio" que presupone que, cuantos más culpables se esté dispuesto a dejar impunes con tal que no responda un inocente, mayor será la exigencia del estándar probatorio objetivamente elevado, para habilitar una condena **(34)**.

En el sistema de juicio por jurados clásicos, integrado por doce miembros, el estándar probatorio de "más allá de toda duda razonable" se torna más exigente y elevado, reduciendo así el peligro de condenar a un inocente, si se requiere para la validez de un veredicto que sea alcanzado por el consenso de la totalidad de sus miembros. En efecto, es necesario que, durante las deliberaciones se escuchen a todas las voces, que cada uno de los miembros del jurado tenga la oportunidad de exponer sus puntos de vista respecto de la prueba arrimada por los litigantes, hasta alcanzar un veredicto **(35)** que

(30) Sancinetti señala que, en una temprana contribución sobre el principio in dubio pro reo, Wolfgang Frisch asume el valor consustancial a la tradición humanista, según la cual, la condena de un inocente constituye una injusticia mucho mayor que la absolución de un culpable, en SANCINETTI, Marcelo A., "Testimonio único y principio de la duda", consultar en https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/988.pdf

(31) "Johnson vs. Louisiana" cit, voto disidente del Juez Marshall, con quien el juez Brennan se une (esta opinión se aplica también a la causa n° 65046, "Apodaca vs. Oregón", post, p.406 U.S. 404).

(32) "Johnson vs. Louisiana" cit, el Juez Marshall sostiene: "La Corte afirma que, cuando un jurado vota 9 a 3 por la condena, las dudas de los tres no impugnan el veredicto de los nueve. El argumento parece ser que, desde "Williams", nueve jurados son suficientes para condenar y que los tres restantes son meros excedentes".

(33) SANCINETTI, Marcelo A., ob. cit.

(34) SANCINETTI, Marcelo A., ob. cit., concluye que una condena basada en un testimonio único —y muy especialmente si el testigo es el acusador del proceso- nunca tendría una base objetivamente suficiente como para alcanzar una "certeza personal".

(35) La doctrina juradista dominante reclama la aplicación de la regla de unanimidad del veredicto, tanto para declarar la culpabilidad como la absolución, ver HARFUCH, Andrés, "El veredicto del jurado", Ed. Ad-Hoc, 2019, p. 451 y ss. En igual sentido, PENNA, Cristián, "Primer paso de la Corte Suprema de Justicia hacia la consolidación del juicio por jurados", LA LEY 2019-C, 458, edición especial: Juicio por Jurados, Buenos Aires, 26/06/2019. El requisito de unanimidad para alcanzar un veredicto absolutorio, si bien sería viable por la mayor legitimación de la decisión, esa exigencia

solo aparece sólido y legitimado si logra reunir el voto unánime de ellos. Si se flexibiliza la regla de unanimidad, el veredicto de culpabilidad pondría en jaque el principio de presunción de inocencia **(36)**. Sin embargo, no se desconoce que esta exigencia de unanimidad ha sido "suavizada" en el derecho comparado **(37)** tal vez persiguiendo objetivos de celeridad y economía en la administración de justicia, abandonando —lamentablemente— el camino de las garantías del acusado **(38)**.

La presencia de un voto disidente permite asomar dudas porque supone que, al menos un jurado realizó una ponderación distinta de las pruebas a la efectuada por la mayoría, la cual puede llegar a ser mucho más razonable y certera que la del resto. La percepción mayoritaria de una determinada circunstancia no necesariamente informa sobre el acierto o error del objeto analizado. En el sistema de jueces populares, el secreto de los argumentos esbozados por cada uno de los ciudadanos siempre instala la duda de que el voto del o los disidentes pueden estar precedidos de una mayor contundencia, en consecuencia, esa duda siempre debe ser computada en favor del justiciable por imperio del principio de in dubio pro-reo, de cara a las garantías del imputado. Así, la Regla del Secreto también se presenta como un argumento en pro de la unanimidad.

III.4. ¿A partir del precedente "Ramos vs. Louisiana" nuestra Corte debería modificar la posición sostenida en el fallo "Canales"?

La Constitución argentina de 1853 tiene su origen en la Constitución norteamericana de 1787, ninguna de estas cartas fundamentales hace alusión expresa a la obligatoriedad del jurado de alcanzar un veredicto unánime a fin de resolver el litigio. Sin embargo, históricamente en ese país del norte se interpreta que la Sexta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos exige el consenso unánime del jurado. Ahora, con "Ramos" no queda ningún estado americano eximido de esa regla de unanimidad, en resguardo de la Decimocuarta Enmienda que impone —al menos, formalmente— un trato igualitario en los juicios estaduales locales.

La Corte en "Canales"**(39)**, por un lado, se conforma con el veredicto condenatorio logrado por una vulnerable mayoría, sin profundizar los agravios relacionados con la exigencia de unanimidad, lo cual hubiera sido sumamente auspicioso dado la fuente histórica de inspiración de nuestros constituyentes al instaurar el modelo de juez ciudadano y, por el otro, reconoce la competencia del poder legislativo de la provincia de Neuquén para establecer el juicio por jurados, sosteniendo la soberanía de cada provincia de la República Argentina para instalar esa institución federal y provincial **(40)**.

En relación con la primera cuestión, en "Canales" no se considera inconstitucional la ley

sería cuestionable desde el principio constitucional de presunción de inocencia, pues cuando el jurado absuelve con voto mayoritario, los disidentes como el resto de la comunidad deben tolerar una decisión adversa a la íntima convicción de la minoría en honor —precisamente - a ese postulado.

(36) PENNA, Cristián D., ob. cit., opina que este principio es un sólido sustento constitucional de la regla de unanimidad, ubicado como garantía implícita a la luz del art. 33, CN.

(37) En Inglaterra, como se explica en la nota 14, aunque la regla sigue siendo la unanimidad.

(38) En la República Argentina, las provincias que han establecido el jurado popular, solo Chaco, Mendoza y Entre Ríos exigen el voto unánime para un veredicto de culpabilidad. En cambio, Buenos Aires solo es necesario seguir esa regla para delitos que tienen previsto pena de prisión perpetua. Por su parte, Río Negro establece el requisito de unanimidad para imponer una condena, salvo el supuesto en que no se logre alcanzar el veredicto luego de un plazo razonable de deliberación, en cuyo caso a propuesta del juez, el jurado puede condenar con seis votos en los paneles de jurados de siete miembros y diez votos en los paneles de jurados conformados por doce personas. Para la provincia de Neuquén, basta una mayoría de ocho votos sobre doce para lograr una condena. (JULIANO, Mario A. y VARGAS, Nicolás O., en "Juicio por Jurados y veredicto ¿es necesaria la exigencia de unanimidad para dictar un veredicto condenatorio", Rubinzal- Culzoni, Cita:RC D 935/2019).

(39) Caso resuelto casi un año antes que "Ramos".

(40) El Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales y la Asociación Argentina de Juicios por Jurados cuando se presentan como "*Amicus Curiae*" ante la CS expresan que: "Es una reproducción bastante parecida a la tensión evidente por el reparto de poder entre los Estados locales y el Estado Federal en los Estados Unidos de América entre la 6 Enmienda y la 14 Enmienda, incorporada tras el retorno de los Estados Confederados del Sur luego de la Guerra Civil."

2784 de la provincia de Neuquén que prevé una mayoría especial de un mínimo de ocho votos sobre un total de doce para dictar un veredicto de culpabilidad, pues "no puede colegirse que comprometa la presunción constitucional de inocencia por la mera existencia de votos disidentes del jurado que adoptó, por mayoría, el apelado veredicto de culpabilidad. La voluntad popular puede expresarse mediante una decisión mayoritaria constitucionalmente válida, como la del caso en estudio que se encontraba conformada por las dos terceras partes del total, y respetuosa de las exigencias impuestas por el legislador"**(41)**.

En definitiva, la Corte concluye que la presunción de inocencia de los recurrentes subsiste en el momento que los cortesanos deciden el caso. Sin embargo, este argumento pasa por alto dos momentos absolutamente disímiles, a saber: el veredicto del jurado y la sentencia del juez profesional.

Así es, el pronunciamiento por sí o por no de los ciudadanos —es de por sí irrevisable— **(42)** porque se rigen por la Regla del Secreto **(43)**, por ello, si las leyes autorizan alcanzar un veredicto a través de una decisión meramente mayoritaria no se puede eliminar la posibilidad que, la prueba presentada por la acusación sea insuficiente para descartar "toda duda razonable" del pueblo soberano e imparcial en la resolución de ese pleito.

En este sentido, podría asegurarse que el veredicto alcanzado por un jurado de legos es irrecurrible, si bien el fallo es pasible de ser recurrido unilateralmente por la defensa **(44)**, el control amplio se realiza sobre la sentencia condenatoria dictada por el juez técnico **(45)**.

Por otra parte, si por la esencia misma del juicio por jurados clásico, el imputado no podrá nunca conocer los motivos que llevaron a esas doce personas a dictar un determinado veredicto y, a la vez, la íntima convicción de cada uno de esos ciudadanos es tan crucial como para cambiar su destino, resulta evidente que el arribo a un consenso unánime de los integrantes del jurado debería ser exigido en todos los casos **(46)**, a fin de otorgar mayor legitimación a esa decisión como para enfrentar la coraza de presunción de inocencia que protege a todo justiciable en un sistema republicano.

Respecto a la segunda cuestión, esto es, la competencia de las provincias para diseñar sus propias instituciones judiciales, en "Canales" se concluye que en virtud de la organización federal la administración de justicia es facultad no delegada por las provincias al gobierno nacional. En definitiva, la Corte reconoce al Congreso Federal facultad únicamente para legislar el instituto de juicio por jurados en el ámbito nacional y no, provincial.

Este criterio de "Canales" acerca del diseño federal aparece controvertido en "Ramos" de cara al principio de igualdad y, si se admite que el ju-

(41) "Canales", Considerando 17, Tomo La Ley 2019- C, Año LXXXIII n°118.

(42) GRANILLO FERNANDEZ, Héctor, "El veredicto y la sentencia: la diferente impugnación", en II Congreso Internacional de Juicio por Jurados, ob. cit., p. 61.

(43) HARFUCH, Andrés, "Firmeza (finalidad) del veredicto del Jurado", en "II Congreso...", ob. cit., p. 85. El destacado juradista expresa: "...como los jurados tienen la garantía de que nada de lo que se diga en el *jury room* va a hacerse público y como tampoco tendrán que exteriorizar los motivos de su decisión (...) pueden decir lo que verdaderamente piensan sin ninguna atadura ni complejo. El sistema de justicia quiere exactamente eso. El secreto (...) es la verdadera garantía constitucional del juicio por jurados, del mismo modo en que lo es para ejercitar el voto universal en una República libre y democrática (...) la Regla del Secreto del Jurado cumple la función crucial de asegurar la firmeza de los veredictos (...) el veredicto del jurado es final; el pleito se termina allí (...) la regla del secreto protege la firmeza del veredicto, el cual, una vez que es rendido, tiene fuerza de un pronunciamiento definitivo con autoridad de cosa juzgada material".

(44) "United States vs. Green", 355 U.S. 184, 188 (1957). Aquí la Corte Suprema pretende prohibir al Estado apelar decisiones absolutorias, a fin de "evitar someter a los acusados a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad". Ver "Breves apuntes sobre lo resuelto en el fallo Green", Luis Chiesa, en "El Juicio por jurados en la jurisprudencia nacional e internacional", ob. cit., p. 307.

(45) Sandro, Jorge A., en "La Corte Suprema alzó la voz a favor del juicio por jurados", LA LEY 2019-C, 468.

(46) En cambio, en el sistema de tribunales profesionales se acepta el voto disidente que, al expresar los motivos de su decisión, es posible ser controlado por jueces de alzada a fin de revisar el itinerario lógico seguido por el sentenciante en su votación minoritaria. Véase PENNA, Cristián, en ob. cit.

rado es una institución política-judicial y una pieza esencial de la administración de justicia, con los jurados ciudadanos como protagonistas centrales **(47)**, el régimen aplicable en materia de juicios por jurados sería el previsto por cada una de las provincias en ejercicio de sus facultades no delegadas al gobierno nacional, salvo que la futura ley de jurado federal sea más beneficiosa para el acusado **(48)**.

A pesar de estas consideraciones, en la República Argentina, el activismo de las provincias a fin de instaurar el modelo de juez popular **(49)** —ante la inercia del Estado Federal **(50)**— posibilitó a la Corte Suprema de Justicia en "Canales" pronunciarse por primera vez en un litigio decidido mediante juicio por jurados, el cual está previsto por la Carta Magna desde hace un siglo y medio, a pesar de ser una institución judicial que históricamente ha sido considerado foránea a nuestro sistema de administración de justicia **(51)**. La alternativa entre jueces magistrados y jueces ciudadanos ha sido siempre la opción más decisiva en materia de ordenamiento judicial **(52)**, por ello, se puede presagiar que en un futuro cercano "Ramos" sea fuente de inspiración para nuestra Corte, a

(47) BINDER; Alberto, en "El juicio por jurados en la Constitución Nacional", en "Ideas y materiales para la Reforma de la Justicia Penal", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, año 2000, p. 305.

(48) CS, "Acosta, Alejandro Esteban s/ Infracción art. 14, 1° párrafo ley 23.737, Causa n° 28705, 23/04/2008. La Corte sostuvo: "Para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos: 304:1820, 314:1849), a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (Fallos 313: 1149; 327:769). Este propósito no puede ser olvidado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional (Fallos: 306:940; 312:802), cuidando que la inteligencia que se le asigne no puede llevar a la pérdida de un derecho (...) en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como última ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal" (Sumario confeccionado por el SAIJ).

(49) LANGER advierte que, en los últimos años, ha habido cierto acercamiento de algunos elementos y mecanismos procesales penales, y de algunos operadores jurídicos argentinos, hacia el modelo de "disputa", siendo el proceso penal estadounidense el que se acerca más a ese modelo que cualquiera de los países de la tradición continental-europea y latinoamericana. (LANGER, Máximo, "La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado" en "Las garantías penales y procesales" Enfoque histórico-comparado, compilador Edmundo S. Hendler, Dpto. de publicaciones UBA, Editores del Puerto S.R.L, ed. 2001, p. 239. Por su parte, CROCIONI, advierte que: "en materia de importación de soluciones normativas gestadas en los países centrales, nuestro país no ha dudado en las últimas décadas en adherir al texto del Código de fondo instrumentos ajenos a nuestra conciencia jurídica y nuestras formas procesales (...) Sin embargo, en la generación de un marco normativo adecuado a las previsiones constitucionales aplicables en el orden nacional que ya llevan un siglo y medio esperando ser reglamentadas, los frenos impuestos a la marcha triunfal del jurado en el proceso penal son innumerables" (ver CROCIONI, Francisco J., en "Pensar el proceso penal después de Canales", LA LEY 2019-C, AR/DOC/1991/2019.

(50) CROCIONI expresa que "Canales": "hace un llamado de atención a las autoridades del Gobierno federal en pos de la homogeneización de los procedimientos penales relativos a este tipo de juzgamientos desde un doble prisma, la implementación de un régimen igualitario —aunque sea facultativo de la decisión del imputado recurrir a este tipo de juzgamiento- y por otro lado a efectos de elevar el estándar de vinculación de la ciudadanía con la administración de justicia, máxime en una época en que la función judicial se encuentra tan cuestionada." (ver CROCIONI, Francisco J., ob. cit.).

(51) El juicio por jurados se ajusta perfectamente a la dinámica del modelo acusatorio. Cabe recordar, que los procesos penales continental-europeos y latinoamericanos siempre estuvieron más cercanos al modelo inquisitivo, donde la investigación es oficial porque el funcionario estatal que la realiza no es el dueño de ella, sino que tiene la obligación de determinar qué ha ocurrido, la verdad ocupa un papel central. No existe poder de disposición de las partes. En cambio, el proceso penal estadounidense se basa en una epistemología falsacionista de determinación de la verdad procesal. En el modelo de disputa, la investigación la realizan, por un lado, el fiscal y la policía y, por el otro, el defensor, el imputado y sus investigadores. Aquí concurre un amplio poder de disposición. El autor concluye que, en realidad, la distinción de los dos tipos de modelos de proceso penal —de disputa y de investigación oficial- tienen una finalidad meramente descriptiva y, nunca son encontrados en forma netamente pura (LANGER, Máximo, ob. cit., p. 265 y ss, cita a FERRAJOLI, Luigi, ob. cit.).

(52) FERRAJOLI, Luigi, ob. cit., p. 575.

fin de tratar pautas interpretativas acerca de las cuestiones suscitadas ante la incipiente instauración del juicio por jurado en nuestro país, preservando la propia impronta de nuestra cultura jurídica **(53)**.

IV. Conclusión

El fallo "Ramos" constituye un formidable gesto a la prejuiciosa sociedad estadounidense, al reconocer abiertamente el origen racista de las leyes que habían suprimido la regla de unanimidad en los estados de Louisiana y Oregón. La magistratura dio un primer paso, por cierto, importante, aunque no suficiente **(54)** si no se cambian los cimientos racistas del entramado social **(55)**.

El incipiente desarrollo del juicio por jurados en nuestro país, debido a las contagiosas reformas de los códigos procesales penales de las provincias, paradójicamente, no se encuentran contaminados por distinción de clase, raza, religión, género o educación, como ocurre en Estados Unidos y el Reino Unido **(56)**. Las legislaciones provinciales exigen que los jurados sean integrados de manera obligatoria por seis mujeres y seis hombres rompiendo con la tradición histórica del *common law* en favor de una integración aleatoria de los paneles del jurado **(57)**. Por su parte, las provincias de Chaco y Neuquén fueron aún más lejos y establecieron jurados especiales para los pueblos originarios **(58)**.

Sin lugar a duda, el entusiasmo de muchas provincias y los postulados del histórico fallo "Ramos" constituyen un importante desafío para el Congreso Nacional, si no se quiere seguir legislando a espaldas de las garantías del imputado **(59)**, en el marco de un escéptico entramado social que demanda democratizar a las estructuras judiciales, a fin de lograr una mayor legitimación de sus decisiones. En este camino, se orienta el instituto de juicio por jurados.

V. Bibliografía

- BINDER, Alberto, "El juicio por jurados en la Constitución Nacional", en el libro "Ideas y materiales para la Reforma de la Justicia Penal", Ad-Hoc, Bs.As., 2000, p. 305.

- "El juicio por jurados en la jurisprudencia nacional e internacional", Sentencias comentadas y opiniones académicas del *common law*, del *civil law* y de la Corte Europea de Derechos Humanos, Colección 5-A, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2016.

(53) Si bien los constituyentes se inspiraron en la Constitución americana para instalar el juicio por jurado en Argentina, ni los sistemas procesales provinciales, ni menos aún el federal, comparten características distintivas del sistema procesal estadounidense. Allí, el fiscal es percibido, formalmente, -y se percibe a sí mismo- como una parte del proceso, debido a su posición institucional, con total poder de disposición. LANGER, Máximo, "La dicotomía acusatorio-inquisitivo...", ob. cit., p. 256, con cita de CARRIÓ, "El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos", p. 70.

(54) "De los 97.500 millones de dólares que los Estados Unidos gastan anualmente en el sistema criminal, más de la mitad se destina a las policías y fiscalías (...) los sistemas de defensa de indigentes —que, en 1992, asumieron la defensa de aproximadamente el 80% de los acusados de haber cometido delitos- solo reciben un 2% de ese presupuesto para investigar y preparar los correspondientes casos de la defensa-. Dadas estas claras desigualdades materiales (...) estas desigualdad tiene obvias consecuencias en los juicios." Ver LANGER, Máximo, ob. cit., p. 267.

(55) El asesinato de George Floyd, ocurrido el día 25/05/2020, en manos de un policía de Mineápolis, ante la mirada de otros funcionarios que omitieron intervenir, se convirtió en un emblema que puso en relieve la historia de gravísimos abusos de parte de la policía hacia los afroamericanos. Consulta en Revista La Nación, Libedinsky, Juana ¿El (Re)Nacimiento de una Nación?, 25/07/2020.

(56) HARFUCH, Andrés, BILINSKI, Mariana y ORTIZ, Andrea, "El jurado indígena en Argentina", en "Juicio por jurados y procedimiento penal", JUSBAIRES, INECIP.

(57) En Estados Unidos aún las elecciones presidenciales no son obligatorias, por ello, habrá muchos integrantes de la población que nunca integrarán las listas electorales y, por eso, tampoco tendrán chance de ser convocados como potenciales miembros de un jurado. En cambio, en Argentina, el llamado de candidatos a integrar los paneles de un jurado popular se extrae de las constancias de los padrones electorales que incluyen a la población sin ningún tipo de distinción. Ver HARFUCH, Andrés, BILINSKI, Mariana y ORTIZ, Andrea, ob. cit.

(58) Ibidem.

(59) En este trabajo se entiende al juicio por jurados como una garantía en favor del imputado, quien podría renunciar para ser juzgado por un tribunal técnico.

- CROCIONI, Francisco J., "Pensar el proceso penal después de Canales", LA LEY 2019-C, 441.

- DE ANTONI, Román, "Juicio por jurados: ¿Es necesaria la unanimidad para resolver la culpabilidad de delitos graves o basta con una simple mayoría", consulta en http://palabrasdelderecho.com.ar/articulo.php?

- DIAMOND, Shari, "Las múltiples dimensiones del juicio por jurados: estudios sobre el comportamiento del jurado", Ad-Hoc, Buenos Aires, 2016, p. 15.

- ROSE, Mary, MURPHY, Beth en "El Proceso de toma de decisión del Jurado", II Congreso Internacional de Juicio por Jurados, JUSBAIRES, octubre 2014, p. 11.

- FERRAJOLI, Luigi, "Derecho y razón"- Teoría del garantismo penal, Ed. Trotta, 1989, p. 575.

- GRANILLO FERNÁNDEZ, "El veredicto y la sentencia: la diferente impugnación", en II Congreso Internacional de Juicio por Jurados, JUSBAIRES, octubre 2014, p. 61.

- HANS, Valerie P. y GASTIL, John, "El Juicio por jurados: Investigaciones sobre la deliberación, el veredicto y la democracia", Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014.

- HARFUCH, Andrés, "El juicio por jurados en la jurisprudencia nacional e internacional", Sentencias comentadas y opiniones académicas del common law, del civil law y de la Corte Europea de Derechos Humanos, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2016.

- "La firmeza (finalidad) del veredicto del jurado", II Congreso Internacional de Juicio por Jurados", JUSBAIRES, octubre 2014, p. 85.

- "El veredicto del jurado", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2019, p. 451 y ss.

- BILINSKI, Mariana y ORTIZ, Andrea, "El jurado indígena en Argentina", en "Juicio por jurados y procedimiento penal", JUSBAIRES, INECIP.

- JULIANO, Mario A. y VARGAS, Nicolás O., en "Juicio por Jurados y veredicto ¿es necesaria la exigencia de unanimidad para dictar un veredicto condenatorio?", Rubinzal-Culzoni, Cita: RC D 935/2019.

- LANGER, Máximo, "La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado", en "Las garantías penales y procesales" Enfoque histórico comparado, compilador Edmundo Hendler, Editores del Puerto S.R.L, Buenos Aires, reimpresión 2004, p. 235y ss.

- LAUDAN, Larry, "Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar", en Doxa, traducido por Raúl Calvo Soler, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 28 (2005), ISSN: 0214-8676, pág. 95/113.

- LETNER, Gustavo, en "El Veredicto unánime y sus efectos sobre el funcionamiento del jurado", II Congreso Internacional de juicio por jurados, JUSBAIRES, octubre 2014, p. 73.

- PENNA, Cristián, en "Primer paso de la Corte Suprema de Justicia hacia la consolidación del juicio por jurados", LA LEY 2019-C, 458.

- SANCINETTI, Marcelo A., "Testimonio único y principio de la duda", en https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/988.pdf

- SANDRO, Jorge A., "La Corte Suprema alzó la voz a favor del juicio por jurados", LA LEY 2019-C, 468.

La unanimidad en los juicios por jurados: a propósito del fallo "Ramos vs. Louisiana" de la Suprema Corte de los EE.UU. y su diferencia con el fallo "Canales" de la CS

¿Es necesaria la unanimidad para resolver la culpabilidad de delitos graves o basta con una mayoría?

José L. Alvero (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El Juicio por jurados. Cuestiones generales.— III. Modelo clásico, escabinado o mixto.— IV. El juicio por jurado en Argentina.— V. Funcionamiento.— VI. El juicio por jurados por las distintas provincias.— VII. Fallo "Ramos vs Louisiana" de la Suprema Corte de los EE.UU (20/04/2020).— VIII. El fallo: "Pueblo de Puerto Rico vs. Tomas Torres Rivera" (peticionario). (Nº CC-2019-0916) Del Tribunal Supremo de Puerto Rico (08/05/2020).— IX. El fallo "Canales" de la CS.— X. La unanimidad del veredicto.— XI. Conclusión.

I. Introducción

El pasado 20 de abril, la Suprema Corte de los Estados Unidos dictó un *leading* case en materia de juicios por jurados. Se trata del precedente "Ramos v. Louisiana", donde resolvió declarar la inconstitucionalidad de las leyes de procedimiento de los Estados de Louisiana y Oregon que no requerían unanimidad del jurado, sino solo la exigencia de 10/12 votos de sus miembros para dictar un veredicto de culpabilidad.

Es un fallo histórico, donde la Corte Suprema de los Estados Unidos decidió que la unanimidad del veredicto de los jurados es una garantía constitucional. De ese modo, revocó una decisión de la Corte de 1972 **(1)**, que permitía que

(*) Abogado. Notario. Prosecretario en el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Catamarca. Doctorando en Ciencias Jurídicas (UCA). Docente en la Catedra de Derecho Internacional Público y Política Internacional en Facultad de Derecho de la UNCa.

(1) En efecto, en 1972, la Corte dicto dos fallos conjuntos "Apodaca c. Oregon" y "Johnson c. Louisiana" en las que tomo una de las decisiones más polémicas que se recuerden en su historia: los veredictos no unánimes del jurado no eran inconstitucionales. (Cfr. HARFUCH, Andres, M. DEANE, Matías M., CASCIO, Alejandro y PENNA, Cristian D., "La garantía del ne bis in ídem y la

los veredictos no unánimes continuaran en ambos Estados.

Lo novedoso del fallo radica en la interpretación de amparar la exigencia de unanimidad de la Sexta Enmienda **(2)** a la cláusula de protección igualitaria contra los Estados prevista en la Decimocuarta Enmienda **(3)**, la cual exige a los distintos estados proveer una protección igualitaria ante la ley a todas las personas dentro de sus jurisdicciones. Es decir que, si el derecho a un juicio por jurado requiere un veredicto unánime para emitir un veredicto de culpabilidad en el ámbito federal, la misma exigencia también debe estar presente en las cortes estaduales.

Sin perjuicio de ello, recientemente nuestra CS también dicto el precedente "Canales", por el cual rechazó el planteo de los recurrentes y confirmó la constitucionalidad de la ley de la provincia de Neuquén que no prevé precisamente la unanimidad en el veredicto del juicio por jurados, consagrando de esta manera —a contrario sensu de lo decidido por la Corte Norteamericana— la "no unanimidad" en las provincias que ya tienen una regulación legal para los juicios por jurados.

El dictado de estos importantes fallos, sin duda alguna, reavivan nuevamente los debates tendientes a la implementación del sistema de juicio por jurados en nuestro país, razón por la cual, a través del desarrollo del presente, se pretenderá conocer sucintamente los fundamentos volcados en ambos decisorios, a través de un breve estudio del instituto del juicio por jurados en nuestro país para una mejor comprensión del tema que se aborda, una referencia en cuanto a su regulación en las distintas provincias argentinas, partiendo siempre de los conceptos generales y del origen que nos permitirán entender mejor el instituto que, precisamente tiene fuente constitucional en la ley suprema estadounidense y que se encuentra prevista en nuestra Carta Magna desde 1853 a través de los acápites respectivos **(4)**, sin pretender ahondar en mayores detalles en cuanto a su funcionamiento, toda vez que no es el objeto del presente trabajo.

II. El juicio por jurados. Cuestiones generales

El juicio por jurado es la participación del pueblo en una función reservada al Estado en la administración de la justicia penal. El Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Ossorio lo define como el "tribunal constituido por ciudadanos que pueden o no ser letrados y llamados por la ley para juzgar, conforme a su conciencia, acerca de la culpabilidad o de la inocencia del imputado, limitándose únicamente a la apreciación de los hechos (mediante un veredicto), sin entrar a considerar aspectos jurídicos, reservados al juez o jueces que, juntamente con los jurados, integran

prohibición del recurso del acusador público o privado contra la sentencia absolutoria". El precedente "Alvarado/Sandoval" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Sup. Penal 2020 (agosto), 1, AR/DOC/2428/2020.

(2) Sexta Enmienda de Constitución de EE.UU. "En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado pública y expeditamente, por un jurado imparcial del Estado y distrito en que el delito se haya cometido, distrito que habrá sido determinado previamente por la ley; así como de ser informado sobre la naturaleza y causa de la acusación; que se le caree con los testigos en su contra; que se obligue a comparecer a los testigos en su favor y de contar con la ayuda de Accesoria Legal para su defensa". La Sexta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos define los procedimientos para el enjuiciamiento de casos criminales contra individuos, partes de los cuales han sido incorporados contra los estados por varias decisiones de la Corte Suprema bajo la Cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda. La Sexta Enmienda asegura un juicio con jurado para una persona acusada de un delito penal, pero no especifica el proceso en torno a ese juicio, dejando que los estados lo definan dentro de sus propias constituciones.

(3) Décimo Cuarta Enmienda de Constitución de EEUU. (Ratificada en julio 9, 1868) Sección 1. "Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y del Estado en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni imponer ley alguna que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre bajo su jurisdicción igual protección de las leyes". (Cfr. http://www.hacer.org/pdf/Constitucion.pdf).

(4) Aclaro que para el tratamiento del fallo "Ramos c. Louisiana", se apeló al traductor de google, páginas de internet y diarios digitales de EE.UU. precisamente porque dicho fallo se encuentra en idioma inglés. Apelando a todo medio a los fines de entender mejor el mismo y el alcance de dicho decisorio.

el tribunal". Determinando de esta manera que "jurado se denomina también a la persona que forma parte de ese tribunal popular".

En base a ello, se podría decir que históricamente el jurado aparece como un medio para limitar la autoridad de quienes gobiernan, excediéndose en su poder. En sustancia, el jurado es la intervención popular en la administración de justicia para frenar el absolutismo en los juicios penales de los poderes del Estado.

Entonces, el juicio por jurado es una garantía contra los abusos de poder del Estado, que es un derecho subjetivo de los ciudadanos a ser juzgados por sus pares. Ambos razonamientos apuntan a preservar al ciudadano de los desvíos de la justicia y del poder del Estado.

Montesquieu decía: "El poder de juzgar... debe ejercerse por personas salidas del pueblo en la forma que establezca la ley para formar un tribunal transitorio. Este es el único medio como el terrible poder de juzgar no se vincule a ningún Estado, a ninguna profesión y se haga invisible y nulo".

Carrara, por su parte, dice que "el jurado representa la vanguardia de la libertad, rige en los pueblos evolucionados... los pueblos somnolientos se unieron a los déspotas para proscribir los tribunales populares"**(5)**.

Repárese que, el juicio por jurados hace a la publicidad republicana, a la oralidad, a la inmediación de la prueba; consiste en el juzgamiento por los pares, en la participación popular en la administración de justicia, es un canal de comunicación de las valoraciones del pueblo; permite superar el aislamiento de la justicia penal respecto de la realidad social, genera una mejor integración del tribunal.

Pero fundamentalmente, el juicio por jurados es la oportunidad de hacer efectivo el derecho que tienen los particulares y la comunidad, de participar activamente en la administración de justicia.

La CS ha dicho al respecto que "La manifestación típica de la participación del pueblo en la función judicial es el "juicio por jurados", entendido como el proceso judicial mediante el cual un tribunal integrado total o parcialmente por ciudadanos, que no son jueces letrados, decide sobre la culpabilidad de un acusado y habilita la aplicación de la ley penal por parte de los órganos estatales competentes"**(6)**.

Esta clase de juicio permite y hace real el respeto a la igualdad de los desiguales, dado que la fuerza de la realidad hace obligatorio respetar que nos juzguen mujeres y hombres comunes, entre los cuales, puede haber empleados públicos, obreros, médicos, empleadas de casas particulares, empresarios, profesores y representantes de otras actividades u oficios.

Es decir, se trata del derecho a ser juzgado por los pares, a lo que tiene derecho todo individuo sometido a un juzgamiento, sobre todo en materia penal. Ya que, mediante el cumplimiento de la manda constitucional, se logra dar un paso más y de mucha relevancia para avanzar en la democratización de la justicia, empoderando al pueblo en el funcionamiento de esta, produciendo una transformación en la sociedad dándole la posibilidad de decidir sobre la culpabilidad o inocencia de las personas a las que se les imputa un delito.

III. Modelo clásico, escabinado o mixto

Cabe tener presente que, aquella intervención de los ciudadanos en el jurado variará según se adopte un modelo clásico, escabinado o mixto; que, a los fines del presente trabajo, basta con indicar que cada uno de los modelos se distingue por la composición de los jueces legos y los jueces profesionales según la etapa del debate (deliberación sobre veredicto de culpabilidad y sus consecuencias legales).

Así, en el sistema clásico (anglosajón), un grupo de ciudadanos, dirigidos por un juez profesional, conocen los hechos y se pronuncian mediante un veredicto de culpabilidad sobre estos, para que luego un juez técnico determine la pena que corresponde al veredicto efectuado.

(5) Cfr. Estudios e Investigaciones Nº 13 "Juicio por Jurado", Dirección de Información Parlamentaria del Congreso de la Nación.

(6) CS, "Canales, Mariano Eduardo y Otro s/homicidio agravado", voto del Dr. Horacio Rosatti.

Por su parte, el modelo escabinado se encuentra integrado por un jurado que integran tanto jueces legos como profesionales, a la manera de un órgano colegiado que interviene en todas las etapas del juicio (es el caso de Córdoba).

En cambio, en el sistema mixto, existe una progresiva intervención del jurado clásico durante el desarrollo del juicio hasta la sentencia, en donde, ante un eventual veredicto de culpabilidad, se forma un jurado escabinado para determinar la pena correspondiente al veredicto.

Para Alberto Binder **(7)** el modelo "clásico" es aquel, según este, un grupo más o menos numeroso de ciudadanos, legos todos ellos, que deliberan entre sí, según las indicaciones que les dirige el juez profesional, determinando si la persona es culpable o inocente (veredicto de culpabilidad) y luego, sobre la base intangible de ese veredicto, el juez profesional determina las consecuencias legales de la acción culpable o inocente. La decisión dentro de este modelo es conjunta. Este modelo (anglosajón) es el que encontramos en países como Inglaterra, Escocia, Gales, Estados Unidos, Canadá Noruega, Australia o España.

Por otro lado, explica que tenemos al modelo "escabinado", que se conforma de un grupo de jueces, integrados por jueces profesionales y "jueces legos"-o ciudadanos- ("colegio sentenciador"), que delibera en conjunto y llega a la solución total del caso. Este modelo de decisión conjunta privilegia el hecho de la deliberación, a través de la cual se produce un proceso dialéctico, que asegura que la decisión final será el conjunto de diversas valoraciones sociales y consideraciones técnicas. El jurado escabinado es el sistema adoptado en Francia, Italia, Alemania, Suiza o Portugal.

Y, por último, tenemos el modelo "mixto", el cual toma cosas de los dos sistemas de jurados tradicionales (es decir, del modelo anglosajón y del modelo escabinado). Consiste en que los jurados deliberan solos, sin los jueces. Si el veredicto es de absolución, se decreta esta, y en su caso, se libera al reo; en tanto que, si es de condena, los jurados se tienen que reunir con los jueces para decidir la extensión de las penas.

En nuestro país, una gran mayoría sostiene que, siguiendo a la carta constitucional de los Estados Unidos, nuestros constituyentes quisieron implantar el modelo clásico o anglosajón dentro de la Constitución. Pero, sin embargo, del otro lado de la vereda, muchos piensan que debería estarse primero al análisis de la situación social, política y económica del país, y encontrar el modelo que se adapte a ella, inclinándose por adoptar en un principio el modelo escabinado, ya que sería el que menos repercusión cause en el ámbito jurídico, teniendo en cuenta que, dentro de ese modelo, contamos con jueces legos y profesionales del derecho.

Tal como se hizo referencia precedentemente, nuestros constituyentes usaron de guía, a la carta constitutiva de los Estados Unidos; por eso, es que se debería mencionar como nace este juicio por jurados en dicho país y qué función cumple en este, para así aproximarnos a una idea de cómo podría reflejarse aquella institución en nuestro país.

De esta manera, rastreando a la institución, en su fase histórica, del juicio por jurados y encontrar su origen en la Carta Magna Inglesa del año 1215 que establecía que "... ningún hombre libre será detenido, encarcelado, privado de sus bienes, exiliado, sin haber sido juzgado previamente por sus pares o por la ley". Es así, que el jurado comenzó siendo en Inglaterra una institución "presencial" en los juicios, con la función de cuestionar los hechos y procedimientos. Introducida por los conquistadores francos, tenía por fin morigerar los poderes del rey.

A partir del reinado de Enrique VI, se transformó la institución dedicándose los "jurors" a probar la evidencia. Durante el siglo XVII, surgió la idea del jurado en salvaguarda del acusado; y ya en el siglo VIII, Blackstone hablaba de este instituto como parte de una doble barrera entre las libertades del pueblo y las prerrogativas de la Corona, ya que la verdad de las acusaciones sería confirmada por el voto unánime de doce "pares y vecinos" elegidos al azar. Este derecho fue garantizado en las constituciones de los Trece Estados Norteamericanos, incorporado en el

(7) BINDER, Alberto María, "Introducción al Derecho Procesal Penal", Ad-Hoc, 2004.

cuerpo de la Constitución de los Estados Unidos en el siglo XVIII, en su Sexta Enmienda, y también protegido e incorporado por los Estados que integraron posteriormente los Estados Unidos.

El juez puede aconsejar o hacer recomendaciones a los "jurors" acerca de la evidencia, pero serán los doce ciudadanos quienes tendrán la decisión final sobre ella. De todas formas, al ser un derecho en beneficio del acusado, este puede prescindir de ejercerlo, eligiendo ser juzgado por un juez o tribunal directamente.

El jurado angloamericano es una notable institución política. La misma recluta doce "legos", escogidos al azar entre la vasta población; convocándolos a los fines de un juicio en particular; confiándoles los mayores poderes de decisión oficial; permitiéndoles llevar a cabo deliberaciones en secreto y reportando su veredicto final sin dar las razones que hubiesen llevado a él; y una vez concluido el servicio temporal prestado al Estado, se ordena su disolución y regreso a sus vidas privadas **(8)**.

Entonces, la función del jurado es decidir si el imputado es autor o no del hecho en cuestión, evaluando la evidencia aportada por las partes. Si bien el juez puede hacer sugerencias, no puede guiar al jurado en la evaluación de los hechos, sino en una instancia posterior determinar fundadamente la pena por aplicar. Todas las cuestiones "de derecho" quedan reservadas a la evaluación y decisión del juez. Es decir, que conforme el origen y evolución histórica del instituto en cuestión, se busca limitar el poder del Estado e impedir las decisiones arbitrarias que pudiesen surgir de concentrar la decisión únicamente en un juez, o grupo de jueces **(9)**.

IV. El juicio por jurado en Argentina

En nuestro país, los juicios por jurados como forma de enjuiciamiento se encuentran previstos en nuestra Constitución Nacional desde el año 1853. Sin embargo, la implementación de este sistema no fue puesta en marcha en modo generalizado en el país, sino hasta el inicio del proceso de reformas procesales visibilizado en los últimos 5 años **(10)** [excepción: la Provincia de Córdoba], procesos de reformas que continúan en pleno auge en la actualidad y que suponen un cambio de paradigma en el servicio de justicia y del fortalecimiento de una imagen claramente debilitada del Poder Judicial frente a la sociedad.

Nuestra Constitución Nacional consagra el juicio por jurados en tres artículos. Así, en el capítulo correspondiente a declaraciones, derechos y garantías, establece en el art. 24:: "El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados".

Por su parte, el art. 75, inc. 12, determina, como una atribución del Congreso, lo siguiente: "Dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la Argentina; así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados".

(8) KALVEN, Harry, jr., y ZEISEL, Hans, "The American Jury", 1966, ps. 1-32.

(9) Cfr. MACÍAS, Sebastián "Juicio por Jurado. concepto, funcionamiento y aplicación en Argentina", Cita MJ-DOC-13573-AR | MJD13573. Publicado en: HYPERLINK "https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/07/10/juicio-por-jurados-concepto-funcionamiento-y-aplicacion-en-la-argentina/" https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/07/10/juicio-por-jurados-concepto-funcionamiento-y-aplicacion-en-la-argentina/.

(10) Cfr. MAGGIO, Facundo, "Juicio por Jurados. Facultades no delegadas por las provincias", LA LEY 26/06/2019, 13, LA LEY 2019-C, 450. Referencia: Primeras previsiones legales del juicio por jurados en las provincias: Neuquén (ley 2784; 2012); Río Negro (ley 5020, 2015 —prorrogada ley 5192, clásico); Chaco (Ley 7661; 2015, clásico); Buenos Aires (Ley 14543; 2013; clásico); Mendoza (Ley 9106; 2018, clásico); San Juan (Ley 1851, 2018, clásico).

En relación con las atribuciones del Poder Judicial, el art. 118 de la Ley Fundamental reza lo siguiente: "Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del despacho de acusación concedido en la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego de que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiera cometido el delito; pero cuando este se cometa fuera de los límites de la nación, contra el "Derecho de Gentes", el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio".

Reiterado el mandato constitucional, este nos lleva a una reflexión sobre la participación del pueblo en una función hasta ahora, reservada para el Estado, que es la Administración de Justicia (en este caso en el ámbito penal), que necesariamente abre el debate sobre la adecuada inserción del juicio por jurados en nuestro ordenamiento procesal penal.

El mismo art. 118 de la CN, expresa: "[T]odos los juicios criminales ordinarios (...) se terminarán por jurados, luego que se establezca en la Republica esta institución", de tal manera que, del análisis del citado artículo, el constituyente dejó a prudencia y elección del legislador la fundación del sistema, es decir, sin imponerle un término para su regulación.

Es decir, que el juicio por jurados en nuestro país es un mandato que estableció la Constitución Nacional de 1853. La Constitución en los tres artículos de cita prevé que los juicios (en general y específicamente los criminales) deben ser juzgados por jurados populares.

Toda vez que es la manera de garantizar la participación ciudadana en la administración de justicia, acercando la justicia a la sociedad. Repárese que el jurado otorga mayor imparcialidad ya que la decisión no está tomada por una sola persona, sino por doce personas que no están involucradas en el proceso previo ni pertenecen al Poder Judicial.

Por su funcionamiento, es el sistema más respetuoso de los derechos y garantías que rigen el proceso penal: el establecimiento de jurados obliga a que el juicio sea oral y público, dotando de mayor transparencia a las decisiones judiciales y haciéndolas más accesibles para la ciudadanía, obligando a dejar de lado el lenguaje jurídico en pos de un lenguaje más sencillo. Los jurados ayudan a elevar la calidad del juicio, porque exigen mejores investigaciones, y obligan a abogados y fiscales a entrenarse en herramientas orales y de argumentación.

Repárese que estudios alrededor del mundo también demuestran que el establecimiento de jurados aumenta la legitimidad y la confianza que tiene la ciudadanía en el sistema de justicia que en estos momentos se encuentra muy desprestigiada en nuestro país contando con escasa legitimidad por parte de la ciudadanía. Así, las personas que fueron jurados se sienten más comprometidas con sus deberes públicos y más interesadas en el funcionamiento de diversas políticas estatales, lo que ayuda al fortalecimiento de la democracia.

Así, la implementación de los principios de oralidad y publicidad prevista en los nuevos ordenamientos procesales de nuestro país se tradujo en la necesidad de cambiar los viejos paradigmas que venían guiando el trabajo de todos los operadores judiciales. De esta manera, la implementación del juicio por jurados resultó ser una consecuencia lógica e inexorable frente a una sociedad que exige que el Poder Judicial se encuentre a la altura de las circunstancias.

Fue dentro de este contexto social donde comenzaron a entrar en vigencia los tribunales de jurados populares en distintas provincias de nuestro país. Sin tomar en cuenta la experiencia de la Provincia de Córdoba, en la última década, fue la Provincia del Neuquén la primera en hacer realidad este modelo, en el año 2014. Como era de prever, las primeras experiencias de aplicación de tal instituto provocaron los primeros cuestionamientos procesales; en este caso, fue justamente la Provincia de Neuquén la que provocó que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación **(11)** deba expedirse sobre el juicio por jurados, caso donde se cuestionó, entre otros temas, la facultad de las provincias para la instau-

(11) CS, "Canales, Mariano E. y otros/ homicidio agravado - impugnación extraordinaria", 02/05/2019, AR/ JUR/7772/2019. Lorenzetti, Maqueda, Rosatti (según su voto) y Rosenkrantz (en disidencia, desestimando la queja)

ración del tribunal de jurado popular por medio de sus legislaciones locales que se analizara en el acápite respectivo.

V. Funcionamiento

Sintéticamente, y en forma general, la función judicial del jurado, en materia criminal, clásicamente se ciñe al juicio sobre la causa o fundamento de la pretensión que constituye el objeto del proceso, o sea el supuesto fáctico del derecho invocado por el acusador, y se expresa bajo la alternativa fórmula de la culpabilidad o inocencia del acusado.

Entonces para llevar adelante el juicio, se deben presentar dos posiciones, la acusación (representada por la fiscalía) y la defensa (la persona acusada y su abogado defensor). Cada una tendrá una versión del hecho que se juzga.

Así la obligación de la acusación será probar su caso. Es decir, presentar su versión de los hechos y traer prueba (declaraciones, documentos, peritajes, etc.) que convenza al jurado de que el hecho existió y que la persona acusada es la responsable de este.

Por otro lado, la tarea de la defensa será generar dudas en el jurado sobre las afirmaciones que realice la acusación. Para esto, podrá tener una versión diferente de los hechos y traer prueba sobre esa versión; o podrá cuestionar la validez o credibilidad de la prueba aportada por la acusación.

El control de este debate debe estar a cargo de un juez profesional. Adicionalmente, es importante saber que el juicio se hará en forma oral y pública, por lo que quienes deseen presenciarlo podrán hacerlo sin inconvenientes.

El jurado por su parte debe permanecer muy atento a todo lo que sucede en el debate, a la prueba que se presenta, a las afirmaciones que se realicen, a la forma que declaren los testigos, etc., ya que esa será la única información que deberá analizar. El juez técnico por su parte le dará instrucciones al finalizar el juicio para la posterior deliberación.

Finalizada la deliberación, cada jurado deberá responder en una boleta. Luego del debate, serán incineradas, ya que la ley obliga al jurado a mantener su opinión y la forma en que ha votado en absoluta reserva, aun después del juicio. El presidente del jurado anotará en un papel el resultado del veredicto, lo hará saber primero al juez y luego lo leerá al público en la audiencia. La declaración de culpabilidad o no culpabilidad se hará en nombre del pueblo.

Una vez dado a conocer el veredicto, finaliza la intervención del jurado. El jurado no recibe retribución monetaria alguna **(12)**, porque ser jurado es una carga pública ordenada por la Constitución Nacional, pero el empleador público o privado no puede descontarle del sueldo los días que estuvo de servicio.

Cabe recordar que, en caso de que se declare la culpabilidad del imputado, el juez decidirá la pena a aplicar y el defensor podrá apelar la decisión del jurado, cumpliéndose la garantía constitucional de la doble instancia que establece el debido proceso. Pero en caso de declararse la inocencia del imputado, el juez no podrá aplicar sanción alguna y deberá poner en libertad a quien estaba procesado hasta ese momento.

Hay que aclarar que, en este caso, el fiscal como representante del estado no podría recurrir la sentencia del jurado popular, porque sería poco razonable, ya que quienes deliberaron y decidieron sobre la cuestión del caso llevado a los estrados fueron los mismos vecinos o conciudadanos (los mismos que simbolizan esa representación amplia y variada), propio de cualquier representación directa de un pueblo con participación en las decisiones de un estado democrático **(13)**.

VI. El juicio por jurados por las distintas provincias

Cabe tener presente que, fue un objetivo de los fundadores de nuestro país que los juicios

(12) La Provincia de Córdoba por ejemplo dispone que los jurados populares que intervienen en las audiencias reciben una retribución por cada día de intervención efectiva. Y en caso de ser necesario, también serán compensados los gastos de alojamiento, transporte y manutención en forma inmediata, de acuerdo con los valores y pautas que determine la reglamentación. (Cfr. Art. 27 Ley 9182. Fecha de sanción: 22/09/2004. Publicación BO. del 09/11/2004).

(13) MACÍAS, Sebastián, ob. cit.

criminales se resolvieran a través de jurados populares. El proyecto de ley para la Asamblea del año 1813 establecía que "el proceso criminal se hará por jurado y será público" y que "los jueces en lo criminal aplicarán la ley después de que los ciudadanos hayan sido declarados culpables por sus iguales". Desde entonces, a excepción de la constitución de 1949, el jurado ha sido ratificado por todos los textos constitucionales. La constitución vigente, reformada en 1994 confirma ese legado, ordenando en tres artículos de diferentes los jurados, aunque sin indicar taxativamente que deba ser un jurado clásico (compuesto en su totalidad por ciudadanos legos).

En el plano provincial, diez de las veinticuatro provincias argentinas retoman la manda constitucional y ordenan el establecimiento de jurados. Córdoba fue la provincia que rompió el maleficio, al sancionar, en el año 1991 una norma operativa para implementar, por primera vez, el sistema de jurados. Ese paso se dio a través de la ley 8123 que reformaba integralmente el Código de Procedimiento Penal. En ella se incorporaba el jurado escabinado optativo, cuando el defensor, el fiscal o la víctima lo requirieran, integrado por tres jueces profesionales y dos ciudadanos, para casos graves de penas de 15 años o más. La sentencia debía ser elaborada conjuntamente por jurados y jueces profesionales, que integraban un tribunal mixto. Pero esta norma no se implementó hasta 1998. Se esperaba una integración en pie de igualdad, con las mismas facultades y deberes de los jueces profesionales. Entre 1998 y 2004, solo 33 casos fueron decididos bajo esta forma de participación ciudadana, pero, aunque limitada, "la experiencia contribuyó a ampliar la aceptación de la institución en los círculos judiciales".

Esta norma fue reformada en el año 2004, en el marco de un debate nacional más amplio sobre la inseguridad, liderado por el padre de una víctima de un secuestro extorsivo que derivó en la muerte del joven Axel Blumberg. El caso produjo una fuerte movilización ciudadana en la ciudad de Buenos Aires y en las principales ciudades del país, en ocasión de la cual se presentó un petitorio al Congreso Nacional que, entre propuestas de elevar las penas de determinados delitos, también solicitaba la implementación de un sistema de juicio por jurados clásicos, al estilo anglosajón. Este contexto explica la gravitante presencia de Juan Carlos Blumberg, padre de Axel, durante los debates de la ley, que no resultó en favor de un jurado clásico por los fuertes embates de la corporación judicial: "Casi la mitad de los camaristas penales (25 sobre 57) firmó una nota a la Legislatura manifestando su rechazo al proyecto".

También hicieron sentir su voz el Colegio de Abogados y la Asociación de Magistrados, quienes subrayaron su apoyo a la experiencia vigente y cierta resistencia a que se amplíe la participación ciudadana. En consecuencia, se instituyó un jurado mixto, integrado por ocho legos y dos jueces profesionales, y se elevó el requisito de edad mínima para ser admitido como jurado, de 21 a 25 años (Ley 9182). Los ocho jurados titulares y los dos jueces técnicos deliberan para establecer la culpabilidad o inocencia del acusado. El presidente del tribunal no vota salvo en caso de empate. Bajo esta ley, el sistema de jurados pasa a aplicarse obligatoriamente a los delitos comprendidos en el fuero penal económico y anticorrupción, además de homicidio agravado, delitos contra la integridad sexual seguida de muerte, homicidio con motivo u ocasión de tortura y homicidio en ocasión de robo.

La provincia que siguió los pasos de Córdoba fue Neuquén, varios años después, bajo otro modelo (de jurados clásicos) y también ante la oportunidad de una reforma integral del Código Procesal Penal. En Neuquén, el proceso estuvo a cargo de una comisión especial, "comisión interpoderes" compuesta por representantes de los tres poderes del Estado, la asociación de magistrados y el colegio de abogados. Dicha comisión se convocó por resolución 737/2008 de la Legislatura de la provincia, y comenzó sus trabajos en el año 2009. La ley que regula los jurados (2784) se sancionó por unanimidad el 24/11/2011 y el sistema entró en vigencia a principios del 2014. En esta provincia, el jurado es obligatorio a requerimiento del fiscal para delitos con 15 o más años de prisión (contra las personas o contra la integridad sexual, con resultado mortal o lesiones gravísimas). El jurado se integra por doce ciudadanos legos, de entre 25 a 75 años, que deciden sobre la culpabilidad o no del imputado por mayoría calificada de 8 votos. Aunque fue parte de un proyecto integral, el jurado se presentó como "el núcleo central de la reforma penal", que permitía "abrir la puerta

de la administración de la Justicia al ciudadano común" (diputado Marcelo Inaudi, presidente y secretario de la comisión de Asuntos Constitucionales y Justicia) **(14)**.

En la provincia de Buenos Aires la discusión por la introducción del juicio por jurados apareció a instancias del Poder Ejecutivo provincial, a inicios del año 2012. En ambas cámaras había antecedentes de iniciativas legislativas en el tema. Durante el tratamiento en la Cámara de Diputados el proyecto del Poder Ejecutivo sufrió modificaciones, pero nunca se alteró su integración, dada por doce ciudadanos legos. La aprobación en dicha cámara fue por más de dos tercios de los diputados presentes y el senado aprobó el proyecto sin modificaciones casi un año después. La ley 14.543 fue sancionada el 12/09/2013 y su entrada en vigencia fue en marzo de 2015. En el marco del debate parlamentario, que ocurrió en dos momentos relativamente distantes (diciembre de 2012 en diputados y septiembre de 2013 en senado), aparece con claridad la relación entre los problemas de legitimidad y la oportunidad que trae la participación de la ciudadanía en la administración de justicia para dotar de transparencia, proximidad y confianza al sistema. Durante el mismo, distintos sectores políticos dieron cuenta de la crisis del sistema de justicia y cómo repercutía también en la clase política. Una dimensión insoslayable de la crisis tiene que ver con la politización de la justicia. Están quienes directamente denuncian la connivencia entre el poder político y el Poder Judicial, y quienes sugieren que el "deseo de carrera judicial" hace a los magistrados sensibles a la opinión política. La politización habla de una justicia que es complaciente con los gobiernos de turno, lo que explica los magros resultados en materia de persecución de la corrupción, uno de los reclamos más fuertes de la ciudadanía. De allí que la falta de confianza en el Poder Judicial, también se convierte en una acusación al poder político.

(14) Cfr. ¿El núcleo de la reforma penal debe ser el juicio por jurados o mejorar la etapa de investigación? Fuera del Expediente, (13 de abril de 2010) En http://fueradelexpediente.com.ar/2010/04/13/el-nucleo-de-la-reformapenal-debe-ser-el-juicio-por-jurados-o-mejorar-la-etapa-de-investigacion/ Consultado el 10 de enero de 2018.

En Buenos Aires el jurado se aplica para delitos con penas en abstracto mayores a 15 años, pero es un derecho del imputado renunciar al juicio con jurados y ser juzgado por un juez profesional. El jurado está compuesto por doce jurados titulares y seis suplentes. Se destaca de Argentina, porque es igual en la provincia de Neuquén, que se dispuso una composición equitativa de género: esto significa que, de los doce miembros, seis deben ser hombres y seis mujeres. Lo mismo sucede con los jurados suplentes. Los jurados deben ser argentinos o naturalizados, tener entre 21 y 75 años y entender plenamente el idioma nacional. Quedan excluidos de la función aquellas personas que tengan cargos electivos o públicos, empleados del Poder Judicial, integrantes o ex integrantes de fuerzas de seguridad o seguridad privada, abogados y/o escribanos, condenados por ciertos delitos y representantes de religiones. Ser jurado es una carga pública que puede ser remunerada según la condición laboral de la persona. El jurado decide sobre la culpabilidad del imputado por regla de mayoría calificada -diez votos afirmativos-, o unanimidad para casos con pena de reclusión perpetua. La deliberación del jurado es secreta y participan de ella solo los doce jurados titulares. La decisión de culpabilidad por parte del jurado puede ser cuestionada por el abogado defensor mediante un recurso al Tribunal de Casación bonaerense. La Cámara de Casación puede mantener la decisión del jurado o revocarla y, por lo tanto, absolver al acusado. El veredicto de no culpabilidad del jurado es irrecurrible por definición, es decir, no es objeto de recurso por parte del fiscal o acusador privado, si hubiere **(15)**.

En lo que tiene que ver con las exigencias de votos para emitir veredictos de culpabilidad, a modo ejemplificativo y sintético, se destacan las provincias que lo contemplan y que prevén lo siguiente:

(15) Cfr. PORTERIE; Sidonie, ROMANO, Aldana, "El poder del jurado: descubriendo el juicio por jurados en la Provincia de Buenos Aires"; comentarios de Julio B.J Maier [et al.], Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales- INECIP, 2018. HYPERLINK "https://inecip.org/wp-content/uploads/El-poder-del-jurado-Octubre-2018.pdf" https://inecip.org/wp-content/uploads/El-poder-del-jurado-Octubre-2018.pdf.

- *Buenos Aires:* 10/12 votos para penas temporales y unanimidad (12/12) para delitos que impliquen penas perpetuas.

- *Chaco:* unanimidad para temporales y perpetuas.

- *Chubut:* Unanimidad para temporales y perpetuas. Si no hay acuerdo en plazo razonable 10/12 votos.

- *Córdoba (modelo escabinado)* mayoría simple 6/10. En esta provincia, el Jurado se encuentra compuesto por ocho ciudadanos legos y 2 jueces profesionales.

- *Entre Ríos:* Unanimidad.

- *Mendoza*: Unanimidad.

- *Neuquén:* 8/12 votos para temporales o perpetuas.

- *Rio Negro*: Unanimidad. Si no hay acuerdo en plazo razonable 10/12 votos.

- *San Juan:* 10/12 para perpetuas. 8/10 para demás casos.

- *Santa Fe (proyecto con 1/2 sanción):* exige unanimidad. Si no hay acuerdo en plazo razonable 10/12 votos **(16)**.

VII. Fallo "Ramos vs. Louisiana" de la Suprema Corte de los EE.UU (20/04/2020)(17)

Como se dijo al principio, se trata de un caso histórico dictado por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el que dicha Corte dictamino 6—3 que la Sexta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos requiere que los veredictos de culpabilidad por juicios penales sean "unánimes".

Cabe tener presente que, solo los Estados de Oregon y Louisiana fueron afectados por dicho fallo, ya que todos los demás Estados ya cumplían con este requisito. La decisión incorporo el requisito de la Sexta Enmienda para condenas unánimes por jurado contra los Estados, y de ese modo, anuló la decisión anterior del Tribunal del caso de 1972 de "Apodaca v. Oregon"**(18)**.

Hechos: Básicamente en este caso en particular, el peticionario Evangelisto Ramos fue convicto por un crimen grave en un tribunal del Estado de Louisiana, por el veredicto de 10 a 2 por jurado. El Sr. Ramos fue sentenciado de por vida sin derecho a la libertad condicional. Sin embargo, el Sr. Ramos impugno la convicción por un jurado "no unánime" en la cual se le negó el derecho constitucional bajo la Sexta Enmienda - derecho a juicio por jurado - de la Constitución de los Estados Unidos de América.

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América (USA), a través del Juez Gorsuch **(19)**

(16) Información recabada en: HYPERLINK "http://palabrasdelderecho.com.ar/articulo.php?id=1369" http://palabrasdelderecho.com.ar/articulo.php?id=1369.

(17) "Ramos c. Louisiana", No. 18-5924, 590 US ___ (2020).

(18) En dicho caso, se dijo al respecto: "La unanimidad del jurado no está ordenada por los requisitos de la Decimocuarta Enmienda de que las minorías raciales no sean excluidas sistemáticamente del proceso de selección del jurado; incluso cuando los miembros de las minorías raciales están en el jurado, no se sigue que sus puntos de vista no sean considerados racionalmente por los otros miembros del jurado como sería el caso bajo una regla de unanimidad (ps. 406 US 412 -414). Aunque, sobre la base de la historia y el precedente, la Sexta Enmienda exige la unanimidad en un juicio con jurado federal, la Cláusula de Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda, aunque requiere que los Estados presenten juicios con jurado por delitos graves, no incorpora (p. 406 US 405) todos los elementos de un juicio con jurado en el sentido de la Sexta Enmienda, y no requiere la unanimidad del jurado. La regla de "diez de doce" de Oregón no viola el debido proceso (ps. 406 US 369-377). 2. La disposición de Oregón tampoco es incompatible con el requisito del debido proceso de que un jurado se extraiga de una sección representativa de la comunidad, ya que la mayoría del jurado tiene el deber de considerar el punto de vista minoritario en el curso de la deliberación, y lo habitual existen salvaguardas para minimizar la posibilidad de irresponsabilidad del jurado (ps. 406 US 378-380). Cfr. https://supreme.justia.com/cases/federal/us/406/404/.

(19) Cabe recordar que, el Juez Neil Gorsuch escribió la opinión mayoritaria, unida en parte por los jueces Ruth Bader Ginsburg, Sonia Sotomayor, Stephen Brever y Brett Kavanaugh, que sostiene que la garantía esta incorporada en la cláusula del debido proceso de la Décimo Cuarta Enmienda. Clarence Thomas solo se unió a la sentencia, argumentando que esta incorporada en la cláusula de Privilegios o Inmunidades de la Décimo

- quien emitió la opinión mayoritaria del tribunal -, concluyó que la Sexta Enmienda - derecho a juicio por jurado - incorporada en contra de los Estados por la Décimo Cuarta Enmienda, requiere un veredicto unánime para una convicción de un acusado por un delito grave (*serious offense*). En la misma opinión y por el mismo razonamiento, en la parte del Juez Thomas, este concluyó que la convicción de Ramos (acusado) por un jurado no unánime es inconstitucional. Por lo cual revocaron la sentencia dictada en contra del Sr. Ramos.

Historia: En la decisión, se señala que en 48 Estados y el gobierno federal, un solo jurado puede evitar que una persona sea convicta. Solamente dos Estados, Louisiana y Oregon, por mucho tiempo han castigado a personas basados en veredictos de 10 a 2 votos por jurado.

La Sexta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos define los Procedimientos para el enjuiciamiento de casos penales contra individuos, partes de los cuales han sido incorporados contra los Estados por varias decisiones de la Corte Suprema bajo la Cláusula del debido proceso de la Décimo Cuarta Enmienda.

Repárese que la Sexta Enmienda asegura un juicio por jurado para una persona acusada de un delito penal, pero no especifica el proceso en torno a ese juicio, dejando que los Estados lo definan dentro de sus propias constituciones **(20)**.

Si bien la ley federal de los EEUU ordeno que un juicio con jurado federal requiera un voto unánime para condenar a un sospechoso por un cargo penal, el caso de la Corte Suprema de 1972 "Apodaca v. Oregon" dictamino que los Estados no tenían que seguir esto.

Todos menos dos Estados adoptaron votos unánimes del jurado para condenar. Oregon por su parte permitió un voto del jurado de 10 — 2 o más por condena (que "Apodaca v. Oregon" había impugnado), mientras que Louisiana, hasta 2019, había permitido igualmente un voto del jurado de 10 — 2 para condenar, pero desde entonces había aprobado una nueva enmienda constitucional que requería un voto unánime del jurado, que se aplica a todos los cargos penales presentados al 1 de enero de 2019 o más tarde **(21)**.

El peticionario en este caso, Evangelisto Ramos, había sido condenado por asesinato en Louisiana en una votación de 10 — 2 en 2016, antes de la aprobación de la nueva enmienda constitucional. De esta manera, Ramos apeló la condena sobre el tema en torno al factor de jurado no unánime, argumentando que la ley, establecida en 1898, era una ley de Jim Crow que permitía la discriminación racial dentro de los jurados **(22)**. La Corte de Apelaciones de Luisiana, Cuarto Circuito, confirmo su sentencia en una opinión de noviembre de 2017 **(23)**.

El Sr. Ramos planteo a la Corte Suprema de los Estados Unidos la pregunta "si la Décimo Cuarta Enmienda incorpora completamente la garantía de la Sexta Enmienda de un veredicto unánime". El Superior Tribunal aceptó el caso en marzo de 2019 **(24)**. De esta manera, las audiencias orales para el caso se celebraron el 07/10/2019 **(25)**.

En efecto, la Corte Suprema emitió su decisión el 20/04/2020. En una decisión de 6—3, la Corte revoco la decisión contra Ramos y dictamino que la unanimidad de un voto del jurado para la condena establecida por la Sexta Enmienda

---

Cuarta Enmienda. Por otro lado, el Juez Samuel Alito escribió la disidencia unida por el presidente del Tribunal John Roberts y Elena Kagan. Alito dijo que la Corte debería defender el principio de stare decisis, ya que tanto Oregon como Louisiana han utilizado el fallo de "Apodaca c. Oregon" durante más de cuarenta años.

(20) Cfr. DE VOGUE, Ariana, "La Corte Suprema dice que se requieren veredictos de jurado unánimes en juicios penales estatales por delitos graves", CNN consultado el 20/04/2020.

(21) Cfr. LÓPEZ, alemán, "Louisiana vota para eliminar la ley del jurado de Jim Crow con la enmienda 2", Vox consultado el 20/04/2020.

(22) Cfr. LIPTAK, Adam, "Tribunal Supremo pesa finalización de veredictos de jurado no unánime en casos penales", El New York Times consultado el 20/04/2020.

(23) Estado c. Ramos, 231 así. 3d 44 (La. Ct. App. 2017).

(24) Cfr. BARNES, Robert (28 de marzo de 2019), "Corte Suprema para examinar si se requieren jurados unánimes para condenas penales", The Washington Post consultado el 23/04/2020.

(25) Cfr. LIPTAK, Adam (07 de octubre de 2019), "Tribunal Supremo pesa finalización de veredictos de jurado no unánime en casos penales", The New York Times consultado el 20/04/2020.

también debe ser un derecho incorporado contra los Estados, dejando de lado de esta manera lo decidido en el caso "Apodaca v. Oregon".

Por la misma votación, se declaró la inconstitucionalidad de las leyes de juicio por jurados de Louisiana y Oregon, únicos dos estados - entre los 50 que componen a los Estados Unidos, más el sistema federal - que históricamente habían llegado a admitir veredictos decididos por mayorías de 10 a 2 y no por unanimidad para algunos casos.

Entre otros notables argumentos, los jueces supremos destacaron el origen "racista" de las leyes que habían eliminado la exigencia de unanimidad en aquellos Estados, y señalaron que en la tradición del *common law* **(26)** la garantía constitucional a un "juicio por jurado imparcial" incluye, necesaria e inconfundiblemente, a la exigencia de un "veredicto unánime".

La Corte Suprema no decidió de espaldas a la sociedad. Por el contrario, su decisión tomó muchos de los argumentos presentados en un *amicus curiae* que reunió a los más grandes investigadores y académicos sobre juicios por jurados del país del norte.

Entre esas personalidades, vale destacar a las profesoras Shari S. Diamond y Valerie P. Hans, quienes han visitado la Argentina en numerosas oportunidades destacando la importancia de la unanimidad, que está prevista plenamente en las leyes más avanzadas de nuestro país: Chaco, Mendoza, Río Negro, Entre Ríos y Chubut, y parcial y precariamente en la de Buenos Aires- solo para veredictos de culpabilidad en delitos con penas de prisión perpetua-.

La decisión de la Corte de Estados Unidos demuestra que la unanimidad del veredicto no es una cuestión menor. No se trata de una opción legislativa o característica procesal opcional, sino que, por el contrario, constituye una de las notas centrales del juicio por jurados.

Tan importante es la cuestión que el máximo tribunal estadounidense realizó lo que en la tradición anglosajona es algo muy poco usual: apartarse de sus propios precedentes, para cambiar de postura en un tema sobre el cual el Tribunal se había expedido con anterioridad en una anómala y solitaria decisión en 1972.

La estricta regla del *stare decisis* exige que, para preservar la seguridad jurídica, cambios de posturas semejantes solo puedan tomarse en casos particularmente graves y con argumentaciones superlativamente sólidas. Eso fue justamente lo que la Corte hizo en este fallo, que marca un antes y un después en la historia del juicio por jurados y del derecho procesal penal.

Repárese que, los precedentes que era necesario revertir eran los pronunciamientos en los casos "Apodaca. v. Oregon*"* y "*Johnson* v. Louisiana"*,* ambos de 1972. En ellos, una débil y ajustada pluralidad — 5 contra 4 — había declarado que, si bien la unanimidad formaba parte de la garantía de ser juzgado por un jurado imparcial a nivel federal, ese requisito no podía ser trasladado a los Estados sin afectar su autonomía. Es importante señalar que, de todos modos, todos los jueces de estos casos, aún los del voto mayoritario, habían remarcado que desaconsejaban enfáticamente a los Estados prescindir de la regla de la unanimidad. Pasaron 50 años desde ese polémico fallo, en los que ningún otro Estado acompañó ese abandono de la exigencia de la unanimidad.

VII.1. Las excepciones históricas: Oregon y Louisiana

Históricamente, la totalidad de Estados de ese país respetó la regla de la unanimidad. Eso cambió hace alrededor de un siglo cuando solo dos Estados - de los 50 más el sistema federal -, optaron por flexibilizar la regla algunos supuestos. Ellos fueron, precisamente, Oregon y Luisiana.

En ambos, el relajamiento de la regla de la unanimidad respondió a intereses de supremacía racial, con el propósito de permitir condenas a judíos y afroamericanos, respectivamente, en casos penales poco sólidos. Justamente, estas fue-

(26) La expresión *Common Law* o "derecho común" refiere a un sistema jurídico que se basa en el seguimiento de precedentes, es decir, reglas jurídicas establecidas a través de decisiones judiciales previas respecto a cada tipo de casos. Si bien existen distintos sistemas de derecho común, la expresión suele asociarse a su sitio de origen, los países anglosajones. (cfr. KENNEDY, Duncan, "La Enseñanza del derecho como forma de acción política", Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2012, 1ª ed., p. 27.).

ron las experiencias que habían dado lugar a los pronunciamientos de la Corte de 1972, hoy revertidos.

Ese siglo permitió llevar a cabo profundas investigaciones empíricas que demostraron las ventajas del respeto a la regla de la unanimidad. Empíricamente pudo comprobarse que los veredictos unánimes son más robustos que los veredictos mayoritarios. La unanimidad, ofrece decisiones de mejor calidad. A la par, la lucha por la igualdad y en contra de la discriminación racial ha calado hondo en la sociedad norteamericana.

Cabe tener presente que, el fallo reparó en los orígenes racistas de las leyes que eliminaron el histórico requisito de unanimidad de los veredictos en Oregon y Louisiana. En Louisiana, la regla de la mayoría no-unánime fue establecida "con un ojo puesto en la demografía racial" y para asegurar que la participación de jurados afroamericanos - cuya participación no podía excluirse de forma explícita - no tuviera incidencia en las decisiones. En Oregon, por su parte, aparece junto al surgimiento del Ku Klux Klan y buscó "diluir la influencia de las minorías raciales, étnicas y religiosas en los jurados".

Es contundente en este sentido el voto de Sonia Sotomayor, primera jueza de origen hispano en la historia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, al señalar que "los orígenes discriminatorios de las leyes de Louisiana y Oregón tienen aquí una importancia única".

VII.2. La Corte reivindicó a la unanimidad como garantía constitucional

Aquellas experiencias se vieron reflejadas en esta decisión, en la que la Corte otorgó tal importancia a la regla de la unanimidad que la colocó por sobre el ámbito de autonomía de los propios Estados, con todo lo que ello implica en un país estrictamente federal como los Estados Unidos.

Así lo señala el *amicus curiae* presentado, al decir: "Las modernas investigaciones empíricas enfatizan la sabiduría de la percepción que tuvieron los Constituyentes sobre que la unanimidad es crucial para el derecho a un juicio por jurados. Dichas investigaciones demostraron que el requisito de la unanimidad refuerza las deliberaciones, reduce la frecuencia del error en la determinación de los hechos, fomenta una mayor consideración de los puntos de vista de las minorías, e incrementa la confianza en los veredictos y en el sistema de justicia criminal. Así, requerir veredictos unánimes es esencial para asegurar que los acusados en materia criminal reciban el juicio justo para cuya protección fue diseñada la 6ª Enmienda".

Por otra parte, la Corte sostuvo que la unanimidad fue entendida por los constituyentes americanos como una característica innata del derecho un juicio justo, imparcial y por jurados. Es decir: cuando la Constitución habla de "juicio por jurados", incluye a sus características esenciales, entre ellas, a la unanimidad.

Es sumamente gráfico un párrafo de la jueza Sotomayor, quien haciéndose cargo tanto de la importancia de la unanimidad como de las cuestionables experiencias de Oregon y Louisiana, explicó con toda claridad los motivos por los que la Corte debía apelar al muy excepcional recurso de cambiar sus propios precedentes:

"Hoy, las leyes de Louisiana y Oregon están totalmente, y con razón, relegadas al basurero de la historia. Y también lo está "Apodaca". Si bien anular los precedentes debe ser una decisión excepcional, este Tribunal no debe rehuir a la corrección de sus errores cuando lo que está en juego es el derecho a evitar los encarcelamientos basados en procedimientos inconstitucionales"**(27)**.

Repárese que el Tribunal Supremo al dictaminar 6 a 3 que los jurados de los tribunales estatales deben ser unánimes para condenar a un acusado de un delito grave, implico una decisión que revuelve las alineaciones ideológicas habituales del tribunal y provocó un examen de conciencia entre algunos jueces sobre cuándo anular un precedente.

Toda vez que Louisiana y Oregon son los dos únicos estados que no requieren la unanimidad para los delitos mayores, y el juez Neil M. Gorsuch dijo que la decisión de cada estado se basaba en la discriminación. Aunque la unanimidad no se menciona en la garantía de la Constitución de un juicio imparcial, escribió, está claro lo que se requiere.

(27) Cfr. https://inecip.org/noticias/corte-suprema-de-estados-unidos-los-veredictos-del-jurado-deben-ser-unanimes/. 29/04/2020.

"Donde sea que busquemos determinar qué significaba el término 'juicio por un juicio con jurado imparcial' en el momento de la adopción de la Sexta Enmienda, ya sea el derecho consuetudinario, las prácticas estatales en la era fundacional, u opiniones y tratados escritos poco después, la respuesta es inconfundible ", escribió Gorsuch. "Un jurado debe llegar a un veredicto unánime para condenar".

El juez Gorsuch estuvo de acuerdo con los abogados de Ramos que las leyes en Louisiana fueron el resultado de un intento de Jim Crow de disminuir el impacto de los afroamericanos que sirven en los jurados. Gorsuch estuvo de acuerdo, y dedicó una gran parte de su opinión al pasado.

Al respecto, dijo que "Louisiana aprobó por primera vez veredictos no unánimes por delitos graves en una convención constitucional en 1898". "Según el presidente de un comité, el propósito declarado de esa convención era 'establecer la supremacía de la raza blanca', y el documento resultante incluía muchas de las trampas de la era de Jim Crow **(28)**".

Y añadió: "Adoptado en los 1930, la regla de Oregon que permite veredictos no unánimes se puede rastrear de manera similar al surgimiento del Ku Klux Klan y los esfuerzos para diluir 'la influencia de las minorías raciales, étnicas y religiosas en los jurados de Oregon'".

Asimismo, el Juez Gorsuch atacó la lógica del tribunal que sostenía que se requería la unanimidad en juicios federales, pero no en juicios estatales. En tales casos, dijo, tiene sentido que el tribunal revoque dicha decisión.

Así, se dijo que "Incluso si aceptamos la premisa de que Apodaca estableció un precedente, nadie en la Corte hoy está preparado para decir que se decidió correctamente y *stare decisis* **(29)** no se supone que sea el arte de ignorar metódicamente lo que todos saben que es verdad ". Sotomayor por su parte escribió por separado para explicar por qué se unía a Gorsuch.

A su vez, dijo: "Si bien anular los precedentes debe ser raro, este Tribunal no debe evitar corregir sus errores cuando el derecho a evitar el encarcelamiento de conformidad con los procedimientos inconstitucionales está en juego".

Al respecto, Kavanaugh escribió que el caso de Ramos era un buen ejemplo de cuándo deberían reconsiderarse las decisiones pasadas: "¿Por qué apegarse a un precedente erróneo que es notoriamente incorrecto como una cuestión de derecho constitucional?, que permite la condena de algunos que no serían condenados bajo la regla constitucional apropiada, y que tolera y refuerza una práctica que es completamente racista en sus orígenes y tiene efectos racialmente discriminatorios continuos?".

---

(28) Las leyes de Jim Crow fueron unas leyes estatales y locales en los Estados Unidos, promulgadas por las legislaturas estatales blancas, que en el momento eran dominadas por los demócratas después del período de Reconstrucción entre 1876 y 1965. Estas leyes propugnaban la segregación racial en todas las instalaciones públicas por mandato de iure bajo el lema "separados pero iguales" y se aplicaban a los afroestadounidenses y a otros grupos étnicos no blancos en los referidos estados de los Estados Unidos. En realidad, esto llevó a que el tratamiento y los alojamientos fueran por lo general inferiores a aquellos asegurados para los blancos estadounidenses, sistematizando un número de desventajas económicas, educativas y sociales. La segregación de iure se aplicó principalmente en el sur de los Estados Unidos. Por otra parte, en el norte, la segregación fue por lo general de facto predominantemente hacia los negros que vivían en guetos urbanos. Algunos ejemplos de las leyes de Jim Crow fueron la segregación en las escuelas públicas, lugares públicos, transporte público y la segregación de baños y restaurantes; además, también existían fuentes de agua potable para los blancos y para los negros. El ejército estadounidense también fue segregado. Las leyes de Jim Crow fueron derivadas de los códigos negros (1800-1866), que también habían limitado los derechos civiles y las libertades civiles de los afroestadounidenses. La segregación escolar apoyada por el Estado fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema en 1954 con base en el caso de Brown c. Board of Education. En general, el resto de las leyes de Jim Crow se anularon por la Ley de Derechos Civiles de 19641 y la Ley de derecho de voto de 1965. Publicado: https://es.wikipedia.org/wiki/Leyes_Jim_Crow.

(29) Stare decisis (precedente) es la doctrina legal que obliga a las cortes a seguir, respetar y observar los casos históricos previamente resueltos cuando seba sentenciar en un caso similar. El Stare decisis asegura que aquellos casos con escenarios y hechos similares sean tratados de la misma forma. Los valores que lo han justificado tras ocho siglos de vigencia están en la eficiencia, la continuidad del derecho, la justicia o equidad, la legitimidad y la mejora de las decisiones de la Corte. (Cfr. BRENNER Saul, SPAETH Harold J., "Stare indecisis. Las alteraciones del precedente en la Corte Suprema, 1946-1992", Ed. Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 17).

Por su parte, el juez Alito dijo que era "deplorable" si Louisiana y Oregon hubieran sido motivados por la discriminación en la construcción de sus sistemas de juicio, pero que no tenía nada que ver con la "cuestión constitucional amplia" de si la Constitución requería el mismo sistema para el gobierno federal y estatal.

Repárese que, los grupos de derechos civiles también elogiaron la decisión. "La realidad de la raza histórica y en curso la discriminación hace que los jurados unánimes sean particularmente esenciales para la legitimidad de los juicios en el sistema de justicia estadounidense", dijo Sherrilyn Ifill, presidenta del Fondo de Defensa Legal y Educación de la NAACP. "La decisión de la Corte Suprema de hoy marca un paso adelante en el largo camino para garantizar un sistema de jurado imparcial, que es esencial para proteger nuestra democracia".

Sin perjuicio de ello, no hay que olvidar que los votantes de Louisiana en 2018 aprobaron un referéndum que requiere veredictos unánimes en juicios por delitos graves. Pero se aplicaba solo a crímenes cometidos después del 01/01/2019, y por lo tanto no afectó al caso de Evangelisto Ramos **(30)**.

VIII. El fallo: "Pueblo de Puerto Rico vs. Tomas Torres Rivera" (peticionario). (Nº CC-2019-0916) Del Tribunal Supremo de Puerto Rico (08/05/2020)(31)

Cabe tener presente que, en Puerto Rico, la norma del veredicto por jurado puede ser hasta 9 — 3. Por el momento, la decisión del Tribunal de los Estados Unidos solo afectaba a los Estados de Louisiana y Oregon. Pero a partir del dictado del fallo "Ramos vs. Louisiana" se planteó la cuestión de si este puede afectar a Puerto Rico y a los demás territorios de los Estados Unidos de América.

Toda vez que el Tribunal Supremo de Puerto Rico, resolvió en un caso anterior: "Pueblo v. Sanchez Valle" (192 DPR 594, 2015), que en los tribunales territoriales de Puerto Rico es válido un veredicto de culpabilidad en el que concurran, como mínimo, nueve miembros del jurado, conforme el art. II, sec. 11 de la Constitución de Puerto Rico (también "Pueblo v. Casellas Toro", 2017 TPSR 63).

Ahora bien, ante el fallo dictado por la Suprema Corte de los EE.UU., se planteó entonces la pregunta de si estos casos dictados por la Corte de Puerto Rico quedaban revocados, de si se aplica a Puerto Rico la Sexta Enmienda a través de Décimo Cuarta Enmienda como a los Estados de los EE.UU.

El Tribunal Supremo de Puerto Rico emitió una decisión unánime en el caso de "Pueblo v. Tomás Torres Rivera" (Núm. CC-2019-0916), en la que dictaminó que la exigencia de los veredictos unánimes en los casos penales por delitos graves pautada recientemente por el Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso de "Ramos v. Louisiana", se aplica a Puerto Rico.

En el caso del señor Tomás Torres Rivera, este tenía sometido ante el Tribunal Supremo de Puerto Rico un recurso de Certiorari **(32)** soli-

(30) Cfr. https://encalienteprensalibre.com/2020/04/20/la-corte-suprema-dice-que-los-jurados-estatales-deben-ser-unanimes-para-condenar-por-delitos-graves/.Y consulta en https://www.washingtonpost.com/politics/courts_law/supreme-court-says-state-juries-must-be-unanimous-to-convict-for-serious-crimes/2020/04/20/70390538-8327-11ea-878a-86477a724bdb_story.html.

(31) Tribunal Supremo de Puerto Rico, "Pueblo de Puerto Rico Recurrido c. Tomas Torres Rivera. Peticionario". Nº CC-2019-0916, 08/05/2020. Cabe recordar que en ese caso, al Sr. Tomás Torres Rivera se le imputó la comisión de los siguientes delitos: actos lascivos contra menores de edad, art. 133A del Código Penal de 2012, 33 LPRA sec. 5194 (3 cargos); tentativa de actos lascivos, Arts. 35, 36 y 133 del Código Penal de 2012, 33 LPRA secs. 5048, 5049 y 5149 (1 cargo), y maltrato de menores, art. 58 de la Ley Núm. 246 de 2011, conocida como la Ley para la Seguridad, Bienestar y Protección de Menores, según enmendada, 8 LPRA sec. 1173 (7 cargos).

(32) Certiorari es un proceso judicial para solicitar la revisión judicial de una decisión de un tribunal inferior o agencia gubernamental. Certiorari proviene del nombre de una orden de prerrogativa inglesa, emitida por un tribunal superior para ordenar que el expediente del tribunal inferior se envíe al tribunal superior para su revisión. El término en latín significa "estar seguro", y proviene de la línea de apertura de tales escritos, que tradicionalmente comenzó con las palabras latinas " Certiorari volumus ..." ("Queremos estar seguros ..."). Certiorari fue heredado como parte del derecho consuetudinario inglés por los países de la Comunidad de Naciones y por los Estados Unidos. Posteriormente ha evolucionado en el sistema legal de cada nación, a medida que se toman decisiones judiciales y enmiendas legales. En la ley moderna, certiorari es reconocido

citando la revisión de su sentencia condenatoria cuando se emitió la decisión de "Ramos v. Louisiana". El 22/04/2020 presentó una moción urgente la cual fue acogida por el Tribunal Supremo, que, tras los trámites de rigor, revocó los dictámenes condenatorios y ordenó la celebración de un nuevo juicio para tres cargos por el delito de actos lascivos para los cuales el jurado no emitió un veredicto unánime. Sin perjuicio de ello, dijo que las demás sentencias condenatorias dictadas en contra del señor Torres Rivera para las cuales sí se rindió un veredicto unánime permanecerán inalteradas **(33)**.

De esta manera, y mediante la Opinión suscrita por la Juez Asociada Anabelle Rodríguez Rodríguez - con la que votaron conforme todos los Jueces y Juezas del Tribunal -, se extendió la interpretación que hiciera el máximo foro estadounidense del "derecho fundamental a un juicio por jurado garantizado por la Sexta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos". De esta manera, se instituye en dicho ordenamiento la unanimidad del jurado como un requisito de sustancia para lograr una convicción en un procedimiento penal en el que se le imputa a un acusado la comisión de un delito grave.

En virtud del cambio en el estado de derecho que implica lo decidido en "Ramos v. Louisiana", el Tribunal Supremo de Puerto Rico determinó que una condena dictada en virtud de un veredicto no unánime transgrede las salvaguardas procesales inherentes al derecho fundamental a un juicio por un jurado imparcial. Conforme a lo resuelto por el Tribunal Supremo de Estados Unidos, en la Opinión se explica que el precedente pautado es aplicable a aquellos casos que se encuentren en el proceso de revisión apelativa.

Repárese que el Tribunal Supremo de Estados Unidos concluyó que el derecho fundamental a un juicio por jurado garantizado por la Sexta Enmienda, según incorporado a los estados por vía de la Decimocuarta Enmienda, no admite veredictos que no sean unánimes en los casos penales que se ventilan en las cortes Estatales **(34)**.

El Tribunal de Puerto Rico por su parte, considero que "El razonamiento del Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso "Ramos y. Louisiana", despeja toda duda respecto a cómo la exigencia de que un veredicto unánime constituye una protección procesal fundamental para todo acusado de un delito grave".

Al respecto, expreso: "Consecuentemente, la unanimidad del jurado representa una cualidad inmanente al derecho fundamental a un juicio por jurado de la Sexta Enmienda. En síntesis, el análisis del máximo foro de Estados Unidos se enfrenta a la frase "jurado imparcial" de la Sexta Enmienda para deducir de esta el contenido sustantivo y los requerimientos procesales de un juicio por jurado en el delito penal".

Luego de un estudio histórico de ese concepto en su inclusión en la Constitución, el Tribunal concluye que, ineludiblemente, la consecución de un juicio imparcial requiere un veredicto Unánime por parte del jurado **(35)**.

---

en muchas jurisdicciones, incluidas Inglaterra y Gales (ahora llamada "orden de anulación"), Canadá , India, Irlanda , Filipinas y Estados Unidos . Con la expansión del derecho administrativo en los siglos XIX y XX, el auto de certiorari ha ganado un uso más amplio en muchos países, para revisar las decisiones de los órganos administrativos, así como los tribunales inferiores. Cfr. https://en.wikipedia.org/wiki/Certiorari.

(33) Cfr. Publicación en: https://aldia.microjuris.com/2020/05/08/tribunal-supremo-emite-decision-unanime-en-el-caso-de-pueblo-v-tomas-torres-rivera/.

(34) Véase "Ramos c. Louisiana", *supra*, en la p. 7 ("[uf Sixth Amendment's right to a jury trial requires a unanimous verdict to support a conviction in federal court, it requires no less in state court"}).

(35) Véase "Ramos c. Louisiana", *supra*, en la p. 4. ("The text and structure of the Constitution clearly suggest that the term 'trial by an impartial jury' carried with it some meaning about the content and requirements of a jury trial. One of these requirements was unanimity. Wherever we might look to determine what the term 'trial by an impartial jury trial' meant at the time of the Sixth Amendment's adoptionwhether it's the common law, state practices in the founding lera, or opinions and treatises written soon afterward-the answer is unmistakable. A jury must reach a unanimous verdict in order to convict."). traducción: "El texto y la estructura de la Constitución sugieren claramente que el término "juicio por un jurado imparcial" tenía algún significado sobre el contenido y los requisitos de un juicio por jurado. Uno de estos requisitos era la unanimidad. Donde sea que busquemos determinar qué significaba el término "juicio por un juicio con jurado imparcial" en el momento de la adopción de la Sexta Enmienda, ya sea el

De esta manera, el Tribunal de Puerto Rico dijo que "la extensión a Puerto Rico del derecho a un juicio por jurado como derecho fundamental fue tácitamente reconocida por este Tribunal en "Pueblo v. Laureano" (115DPR 447, 1984), cuando dictamino que el criterio rector al momento de determinar si una persona tenía derecho a un juicio por jurado en Puerto Rico ha de ser la severidad de la pena máxima que se le podría imponer por el delito imputado. Al así proceder, aplico lo resuelto por el Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso de "Baldwin v. New York" (339 US 66, 1970), a los efectos de que el derecho fundamental a un juicio por jurado se extendía a crímenes que acarrearan sentencias mayores de seis meses, independientemente de la clasificación o gravedad del delito".

Luego de un meduloso análisis y de escuchar al Procurador General, el Tribunal Supremo de Puerto Rico concluyó que "una lectura de la Opinión emitida por el Tribunal Supremo de Estados Unidos en "Ramos v. Louisiana", devela que la unanimidad constituye una protección procesal esencial adicional que deriva de — y es consustancial a — el derecho fundamental a un juicio por jurado consagrado en la Sexta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos".

Asimismo, consagró que "el reconocimiento de la unanimidad como una cualidad intrínseca del derecho fundamental a un juicio por jurado imparcial es vinculante en nuestra jurisdicción y obliga a nuestros tribunales a requerir veredictos unánimes en todos los procedimientos penales por delitos graves que se ventilen en sus salas".

Además, expresó que "No puede ser de otra manera; no aplicar lo decidido en "Ramos v. Louisiana" en nuestra jurisdicción resultaría en el absurdo de permitirle a Puerto Rico negar a sus ciudadanos el ejercicio pleno de un derecho fundamental que todos los estados vienen obligados a reconocer. En palabras del profesor Helfeld, "*Not to do so would require a justification, explainig why Puerto Rico could deny a fundamental right which no state can deny*" (Helfeld, *supra*, p. 458) **(36)**.

De esta manera, dijo que "en virtud del cambio en el estado de derecho que supone el reconocimiento del requisito de unanimidad como un componente esencial del derecho a un juicio por jurado, procede revocar las sentencias dictadas en contra del señor Torres Rivera por los tres cargos de actos lascivos al amparo del art. 133ª del Código Penal para los cuales no se logró un veredicto unánime. Conforme a la solicitud de remedio del Procurador General contenida en su *Escrito en cumplimiento de orden*, se ordena la celebración de un nuevo juicio para estos tres cargos. Se advierte que, que conforme la norma pautada en "Ramos v. Louisiana", *supra*, para lograr una convicción, el jurado deberá rendir un veredicto unánime".

Por todo ello, dicho tribunal, decidió revocar las sentencias dictadas por el Tribunal de Primera Instancia en contra del señor Torres Rivera por los tres cargos de actos lascivos tipificados en el art. 133A del Código Penal de Puerto Rico y se ordenó la celebración de un nuevo juicio conforme a lo resuelto. Dejando a salvo que las sentencias condenatorias de los demás cargos permanecen inalteradas.

IX. El fallo "Canales" de la CS (37)

Con fecha 02/05/2019, la Corte Suprema de Justicia de la Nación también ha pronunciado una sentencia histórica sobre el juicio por jurados en nuestro país. Si bien el Tribunal se había expedido acerca de la operatividad temporal del mandato contenido en la Constitución para la instauración del jurado, ahora ahondo sobre aspectos esenciales de la institución que nunca fueron objeto de abordaje en la máxima instancia judicial de nuestro país.

El caso examinado por la Corte tiene origen en la Provincia del Neuquén. Donde un jurado popular encontró culpables a dos acusados

derecho consuetudinario, las prácticas estatales en la lera fundadora u opiniones y tratados escritos poco después, la respuesta es inconfundible. Un jurado debe llegar a un veredicto unánime para condenar".

(36) Ver Nota 20 de la sentencia. Traducción del profesor Helfeld: "No hacerlo requeriría una justificación, explicando por qué Puerto Rico negaría un derecho fundamental que ningún estado puede negar".

(37) CS, "Canales, Mariano Eduardo y otro s/homicidio agravado".

como coautores penalmente responsables del delito de homicidio agravado por su comisión con armas de fuego y con el concurso premeditado de dos o más personas y por alevosía.

El juez técnico estableció la pena de prisión perpetua y accesoria legales respecto de ambos. Interpuesto el recurso pertinente, el tribunal de impugnación confirmó el veredicto del jurado y la pena impuesta; por su parte, la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia confirmó ese pronunciamiento y declaró inadmisibles las impugnaciones extraordinarias locales planteadas por las defensas. Actuando como instancia definitiva en la provincia, esa Sala declaró también inadmisible el recurso extraordinario federal lo que dio origen a la queja que resolvió en este fallo de la Corte.

En su recurso, plantearon que la ley 2784 de la provincia de Neuquén que estableció el juicio por jurados sería inconstitucional porque invadía la competencia exclusiva del Congreso Nacional para regular en esta materia y porque, al no exigir que el veredicto de culpabilidad fuera unánime, violaba los principios constitucionales de igualdad y de inocencia (Entre otros agravios).

De esta manera, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, con el voto conjunto de los ministros Juan Carlos Maqueda y Ricardo Lorenzetti y el voto concurrente del ministro Horacio Rosatti, rechazó el planteo de los recurrentes y confirmó la constitucionalidad de la ley de la provincia de Neuquén. Por su parte, el juez Carlos Rosenkrantz, en disidencia, desestimó la queja.

En su voto conjunto los jueces Maqueda y Lorenzetti rechazaron en primer término el agravio relativo a que violaría la garantía del juez natural la aplicación al caso del juicio por jurados, previsto en el código procesal penal aprobado por la ley provincial 2784 que entró en vigencia durante el trámite de la causa, y también el planteo de los recurrentes que sostenían que la ley provincial de juicio por jurados sería inconstitucional porque el Congreso Nacional tiene competencia exclusiva para regular en esta materia.

Así los cortesanos, sostuvieron que esta tesis, que aparejaría una sustancial restricción de las facultades provinciales de darse sus propias instituciones y de disponer su sistema de administración de justicia, no se ajusta a la efectiva interpretación que cabe darles a los preceptos constitucionales.

Como fundamento de esta posición, en primer lugar, señalaron que una interpretación conjunta de las normas establecidas en la Constitución Nacional referidas al juicio por jurados lleva a concluir que este importante mecanismo fue previsto para el juzgamiento de los delitos que corresponde conocer al Poder Judicial de la Nación y le otorgó, a tal efecto, competencia al Congreso Federal para legislar en lo relativo a su conformación y funcionamiento en el ámbito nacional.

En segundo lugar, recordaron que la Constitución Nacional establece que las provincias no delegaron al Gobierno Nacional la facultad de organizar su administración de justicia y, por ello, la tramitación de los juicios en sus jurisdicciones es de su incumbencia exclusiva por lo que pueden establecer las instancias que estimen convenientes. Además, destacaron que el art. 126 de la CN, cuando enumera lo que las provincias no pueden hacer en materia legislativa, significativamente no incluye la prohibición de las provincias de legislar en materia de juicio por jurados.

En consecuencia, concluyeron que la provincia de Neuquén dictó ley 2784 que prevé y regula el juicio por jurados en ejercicio de sus facultades reservadas — y no delegadas a la Nación - de establecer lo concerniente a su sistema de administración de justicia y de dictar los códigos que reglan la tramitación de los procesos que se ventilan ante su jurisdicción.

Asimismo, los jueces Maqueda y Lorenzetti rechazaron el agravio de los recurrentes referido a la presunta incompatibilidad entre el régimen procesal neuquino y el art. 24 de la CN, el que — según la interpretación de la defensa - determinaría que el juicio por jurados debía ser entendido como un derecho individual y renunciable del imputado, y por ende, incompatible con lo establecido en la norma provincial, en cuanto prevé la obligatoriedad de esa modalidad de juzgamiento cuando el Ministerio Públi-

co Fiscal solicita una pena superior a los quince años de prisión.

Los jueces Maqueda y Lorenzetti entendieron aplicable la jurisprudencia de la Corte Suprema que deslindó la relación entre la Constitución Nacional y las constituciones provinciales de conformidad con la autonomía asignada a las provincias en el marco del sistema Republicano y Federal establecido en la Carta Magna, aclarando que no se exige — ni puede exigirse - que las constituciones provinciales sean idénticas o reproduzcan con exactitud el contenido de esta última.

En función de ello, se concluyó que los recurrentes no habían logrado demostrar, en sustento de la tacha de inconstitucionalidad intentada, que su juzgamiento obligatorio por un jurado haya implicado, en el caso concreto, un desconocimiento o alteración de las garantías fundamentales que la provincia de Neuquén está obligada a proveer a sus habitantes conforme lo establecido en el art. 5° de la CN.

Con respecto a la unanimidad del veredicto condenatorio, los jueces Maqueda y Lorenzetti también rechazaron que la ley violara el principio de igualdad por no exigir, a diferencia de otras regulaciones provinciales, unanimidad del veredicto condenatorio.

Para ello, destacaron que "... las distintas regulaciones procesales dentro de las respectivas jurisdicciones de la Nación y las provincias son consecuencia directa del sistema federal adoptado por la Constitución Nacional y concluyeron que admitir el planteo de la parte, formulado con base en una mera diferencia de tratamiento del punto en distintas normas procesales pero sin demostrar que la unanimidad del veredicto sea una exigencia impuesta por la Constitución Federal, determinaría la anulación del federalismo que permite a las provincias darse sus propias instituciones y regular lo atinente a su composición y funcionamiento".

En orden a ello, pusieron de resalto la inexistencia de un mandato constitucional que imponga un número determinado de votos para afirmar la culpabilidad o la inocencia de un imputado por parte del jurado; a diferencia de la exigencia de dos tercios de votos que sí estableció para el veredicto de culpabilidad en el marco del procedimiento de juicio político.

En igual sentido, descartaron que la mera existencia de votos disidentes en el jurado pudiese alcanzar para demostrar la violación al principio de inocencia, explicando que la voluntad popular que entraña el veredicto del jurado también puede expresarse mediante una mayoría válida sin conculcar la Constitución Nacional; a la vez que recordó que la presunción de inocencia de ambos recurrentes subsistía hasta la fecha de la presente decisión.

IX.1. Voto del Juez Horacio Rosatti

Cabe destacar el voto del juez Horacio Rosatti, quien, refiriéndose al instituto en cuestión, expresó que el juicio por jurados es un modelo de administración de justicia penal que permite conjugar la "precisión" propia del saber técnico con la "apreciación" prudencial de los representantes del pueblo y que, al fundarse en la deliberación y construcción de consensos, constituye una experiencia generadora de ciudadanía.

Asimismo, el juez Rosatti destacó que se encuentra vigente — aunque no se ha cumplido hasta el momento - el mandato constitucional que encomienda al Congreso Nacional la sanción de una ley que establezca el sistema de juicio por jurados en todo el país. Pero aclaró que, de ninguna manera, este mandato impide que las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) adopten leyes que instauren localmente ese sistema de enjuiciamiento, ya sea como atribución transitoria (hasta tanto legisle el Congreso Nacional) o como derivación lógica de la competencia constitucional de asegurar la administración de justicia (Cfr. Arts. 5 y 126 de la Constitución Nacional y 129 de la Constitución para la CABA).

De la interpretación de los arts 24, 75, incs. 12 y 118 de la Constitución Nacional, el juez Rosatti concluyó que, el juicio por jurados no debe ser entendido solo como un derecho individual del imputado, sino que debe ser concebido como un modelo institucional de administración de justicia que expresa la participación del pueblo — justamente - en la administración de justicia penal. Destacó que, en nuestro sistema constitucional, el juicio por jurados supone no solo el

derecho de una persona a ser juzgada por sus pares, sino — fundamentalmente - el derecho del pueblo a juzgar a través del mecanismo institucional del jurado.

Asimismo, el Dr. Horacio Rosatti esbozo en su voto los motivos por los cuales rechazo los planteos de las defensas con relación a la mayoría especial aceptada por el legislador neuquino para dictar veredictos de culpabilidad (un mínimo de ocho votos sobre un total de doce), por entender la postura defensista que dicha normativa conculca la presunción constitucional de inocencia y el principio de igualdad ante la ley, expresando las siguientes razones que se transcriben a continuación:

"... [P]orque no existe mandato constitucional que imponga en nuestro país un número determinado de votos para afirmar la culpabilidad o la inocencia de un imputado por parte del jurado. Consecuentemente, es competencia del legislador delimitar los mecanismos que considere más adecuados para el establecimiento y la implementación de esta modalidad de enjuiciamiento, siempre en el marco de razonabilidad que impone la Constitución Nacional; porque si el juicio por jurados expresa - en esencia - el derecho a juzgar en cabeza del pueblo, y si - a su vez - se considera al veredicto como una conclusión a la que se arriba luego de transitar un proceso deliberativo forjado por una pluralidad de opiniones que trasuntan apreciaciones en las que se congregan la multiplicidad de perspectivas en razón de género, edades, oficios, experiencias de vida, etc., no luce irrazonable requerir una mayoría especial de dos terceras partes de sus miembros para generar la decisión, tal como lo prevé la legislación neuquina aplicada al presente caso que, por otra parte, no hace más que espejar el porcentual de mayoría aceptado para validar los pronunciamientos de los tribunales profesionales colegiados; porque a diferencia de lo que se sostiene en la apelación, ni la presunción constitucional de inocencia ni el principio in dubio pro reo subsisten y/o mantienen vigencia en los votos disidentes del jurado que adoptó, por mayoría, el apelado veredicto de culpabilidad. La voluntad popular — tal como también ocurre como regla en el caso de la sanción de leyes—puede expresarse mediante una decisión mayoritaria (no unánime) sin que ello importe violación de la Constitución Nacional".

En igual forma, expreso: "Por lo demás, cabe aclarar que la presunción de inocencia de ambos recurrentes subsiste hasta la fecha de la presente decisión; y porque la existencia de opiniones doctrinarias discrepantes que argumenten la conveniencia legislativa de adoptar otras opciones procesales distintas a la mayoría que exige la ley cuestionada (como, por ejemplo, la unanimidad del jurado para los veredictos de culpabilidad), de ninguna manera alcanza para fundar la inconstitucionalidad de las disposiciones en análisis".

Con relación al principio de igualdad, expresó: "Que la coexistencia del art. 207 del Código Procesal Penal de Neuquén con las disposiciones legales de otras provincias argentinas que exigen mayorías distintas -o unanimidad- para convalidar los veredictos de culpabilidad no vulnera el principio de igualdad ante la ley previsto en el art. 16 de la CN. En ese sentido, si bien la autonomía legislativa provincial en materia procesal no puede engendrar situaciones tan disímiles y asimétricas que cancelen por completo el derecho a la igualdad ante la ley, tampoco cabe pretender una simetría legislativa tal que imponga la completa igualdad en todos los procedimientos del país, en desmedro del principio federal (Cfr. Fallos: 328:1146, *in re* "Verbitsky", consid. 56)".

"En el caso concreto, las diferencias que existen entre este aspecto de la reglamentación neuquina del juicio por jurados -mayoría- en relación con las disposiciones de otras jurisdicciones, no alcanzan a configurar un supuesto de asimetría tal que permita considerar vulnerado el principio constitucional de igualdad ante la ley, o socavada la unidad en materia penal que impera en todo el país por la vigencia de un único código de fondo".

IX.2. Voto del Juez Carlos Rosenkrantz

Por su parte, el ministro Rosenkrantz sostuvo que el recurso resulta inadmisible en virtud de la conducta procesal asumida por los acusados. En ese sentido afirmó, por remisión al dictamen del procurador, que los imputados recién cuestionaron el juicio por jurados después del

veredicto. En efecto, las defensas nunca cuestionaron, desde que el representante del Ministerio Público Fiscal consideró completa la investigación penal preparatoria hasta que el jurado declaró a los acusados culpables, la realización del juicio frente a un tribunal constituido por jurados populares, ni objetaron las normas que lo regulan o las reglas e instrucciones que el juez profesional impartió a los miembros del jurado.

El planteo resulta —concluyó el ministro— contradictorio con la conducta asumida por los recurrentes en el proceso. Resulta por ello inatendible en virtud de la doctrina de la Corte según la cual nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con otra anterior, deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz. Con relación a los agravios de los recurrentes vinculados a la valoración de la prueba, el veredicto del jurado y la pena de prisión perpetua, el ministro sostuvo que la apelación federal carece de la fundamentación que exige el art. 15 de la ley 48.

Es decir, que la CS, falló en forma diametralmente opuesta a lo decidido por la Supreme Court of the United States, al convalidar la constitucionalidad de la ley neuquina por la cual instituye una mayoría especial para los veredictos condenatorio en el juicio por jurado de esa provincia, dejando prácticamente al libre albedrio de cada jurisdicción la regulación que estime pertinente (mayorías calificadas o unanimidad), en base a que lo relativo a la organización y funcionamiento de la administración de justicia constituye una facultad no delegada por las provincias a la nación, sin definir si debe instituirse o no la unanimidad del veredicto en todas las provincias como así también en el orden federal, por considerar que no existe un mandato constitucional que así lo establezca, a contrario sensu, de lo que acaba de consagrar el máximo tribunal de los Estados Unidos de América.

X. La unanimidad del veredicto

En este punto, me parece muy oportuno traer a colación los comentarios esbozados por el jurista Cristian D. Penna **(38)**. Quien, al abordar el análisis del fallo "Canales" expresó que, los recurrentes también atacaron la constitucionalidad de la legislación neuquina por no exigir unanimidad para el veredicto de culpabilidad. Lo que desde un inicio debe aclararse es que, en un sistema clásico de jurados, la regla de la unanimidad no solo aplica al veredicto "culpable", sino también al "no culpable".

Explica dicho autor que, la unanimidad es exigible para condenar y, también, para absolver. Ello obedece a sólidas razones que se desarrollaran seguidamente. Se trata de una regla que es consustancial al sistema de jurados de tipo clásico. Ha regido a los sistemas del *common law* por siglos y se encuentra vigente en la mayoría de los países de ese entorno.

Pocos saben todavía en la Argentina que la unanimidad de los veredictos no es solo una exigencia constitucional para la condena, sino también para la absolución. Es la esencia del *fair trial*. Cuando el jurado dice "no culpable", es porque la defensa ha convencido a los doce jurados. O dicho al revés: la fiscalía o la querella no han convencido ni siquiera a uno solo de los jurados. La unanimidad entre doce jurados es la base política desde donde se entiende y se ha construido la firmeza de los veredictos del jurado y su carácter de irreversible. Esa es la estructura constitucional — que luego adoptaron los pactos — para impedirle al acusador el recurso contra la absolución **(39)**. Obtenida en esas condiciones, en una igualdad de armas y tras un juicio justo y por unanimidad ante un imponente número de jueces, la absolución es inconmovible y cualquier otro intento de persecución penal vulnera la garantía del *doublé jeopardy* (*ne bis in ídem*) **(40)**.

Repárese que, cualquier discusión al respecto fue zanjada hacia la segunda mitad del siglo XIV

(38) Cfr. PENNA, Cristian D., "Primer paso de la Corte Suprema de Justicia hacia la consolidación del juicio por jurados", LA LEY 26/06/2019, 15, LA LEY 2019-C, 458, AR/DOC/1903/2019.

(39) Cfr. HARFUCH Andres, "La firmeza (finalidad) del veredicto del jurado", II Congreso Internacional de Juicio por Jurados, Ed. Jusbaires, octubre 2014, p. 88.

(40) Cfr. "HARFUCH, Andres, M. DEANE, Matias M., CASCIO, Alejandro y PENNA, Cristian D., ob. cit.

en Inglaterra y, luego, las colonias americanas receptaron esa tradición, que se mantiene hasta la actualidad para los casos penales —aunque con el tiempo fueron apareciendo algunas excepciones para los civiles— **(41)**.

A tal punto ello es así que, en el ámbito penal en los Estados Unidos, la contemplación de la exigencia es abrumadoramente universal. Actualmente los veredictos de los jurados en los casos penales de mayor gravedad deben ser unánimes en el sistema federal y en el de la totalidad de los Estados, mientras que para delitos de relativa menor gravedad solo un Estado es la excepción **(42)**.

También, explica el autor de cita que, en la Argentina, la regla es congruente con el modelo de jurado que inspiró a los constituyentes de 1853/1860, y ha sido receptada plenamente por las leyes del Chaco y de Mendoza **(43)**. Esas legislaciones ocupan indiscutidamente el podio de las mejores del país, y este es precisamente uno de los motivos de tan merecido reconocimiento.

X.1. Fundamentos de la regla de la unanimidad: garantía implícita

Repárese que, en el citado fallo "Canales", la Corte aseveró que la exigencia de unanimidad carece de jerarquía constitucional, pues "no existe mandato constitucional que imponga en nuestro país un número determinado de votos para afirmar la culpabilidad o la inocencia de un imputado por parte del jurado"**(44)**.

La doctrina de cita considera que, si bien es cierto que no existe un mandato constitucional expreso, la interpretación efectuada por la Corte podría ser puesta en crisis por dos razones complementarias entre sí.

Por un lado, opinan los expertos, desde una interpretación histórica, que los constituyentes de 1853 tuvieron en miras al jurado vigente en los Estados Unidos, que ya entonces exigía veredictos unánimes. Por otro, a partir de una profundización en el estudio sistemático de la cuestión, puede concluirse que se trata de una garantía implícita (art. 33, CN), pues es una exigencia necesaria para la plena satisfacción de otras garantías inherentes a todo sistema republicano, como la de la deliberación y el principio de inocencia.

X.2. La deliberación como garantía

Cabe tener presente que, luego de recibir las instrucciones finales del juez, habiendo ya apreciado la totalidad de la prueba y escuchado los alegatos de los abogados, el jurado es conducido al *jury room* para dar inicio a una de las etapas más importantes del juicio: la deliberación **(45)**. Allí sus miembros deberán exponer sus puntos de vista y apreciaciones sobre la prueba y los hechos del caso, escucharse unos a otros, debatir y sopesar los argumentos de cada uno de sus doce integrantes, aplicar la ley suministrada por el juez y, así, alcanzar una decisión.

Todo ello en sesión secreta. Toda vez que la deliberación es, en resumidas cuentas, un mecanismo colectivo de construcción del veredicto, que se impone como "garantía" porque no existe un mejor método de "reaseguro de calidad" del proceso de toma de decisión (garantía implícita, conf. art. 33, CN). Junto a la conformación del jurado, el litigio de las partes, el control de garantías del juez y sus instrucciones al jurado, la deliberación completa un sistema garantizador sin parangón —sistema de reaseguros—,

(41) Cfr. DIAMOND, Shari S., ROSE, Mary R., MURPHY, Beth, "Una nueva mirada sobre el requisito de la unanimidad: el comportamiento del jurado civil no unánime", en DIAMOND, Shari S., Las múltiples dimensiones del juicio por jurados. Estudios sobre el comportamiento del jurado. Jurado penal y jurado civil, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2016, p. 81.

(42) Ibidem, p. 83. La única excepción referida es Oregón. Recientemente Louisiana, tras realizar una consulta popular, ha vuelto a la regla de la unanimidad, que había sido abandonada un siglo antes en respuesta a intereses de supremacía racial. Cabe advertir que Oregón también abandonó la unanimidad por motivos similares, y actualmente existe allí un fuerte movimiento que busca seguir los pasos de Louisiana.

(43) La legislación de Río Negro también la recepta, aunque con algunas aristas que no vale la pena describir en este comentario. La de Buenos Aires la recepta solo en forma parcial y muy precaria.

(44) Cfr. Consid. 17.

(45) HARFUCH, Andrés, "El veredicto del jurado", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2019, ps.411-412.

que ha sido reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte I.D.H.) como inherente a las exigencias propias de un debido proceso **(46)**.

Es decir, que se podría sostener, desde un plano teórico, que el proceso de deliberación es una garantía tanto de un juicio por jurados como de uno de tribunales técnicos, lo que es cierto. Pero sin dudas, desde un punto de vista material, este reaseguro alcanza plenitud con los jurados. Ya que la deliberación de un jurado no tiene punto de comparación con la de cualquier sistema de justicia profesional en que es sumamente precaria o directamente inexistente **(47)**.

Desde luego, si ello es así no es por una cuestión de superioridad personal de cada jurado en comparación con cada juez técnico. Lo que sucede es que, innegablemente, el "sistema" coloca a los jurados en una mejor posición al respecto, por diversas razones, como: El amplio número de sus integrantes: Doce pares de ojos y de oídos ven y escuchan más que uno o tres. Doce mentes aportan mayor diversidad y agudeza de análisis que una o tres; Sus plurales procedencias: Todos los jueces técnicos son, invariablemente, profesionales, abogados, funcionarios públicos y pertenecientes a clases acomodadas. En cambio, los jurados provienen de diferente franja etaria, educativa y socioeconómica, y tienen diferentes ocupaciones, entre otros puntos de diversidad; Su carácter accidental: Gracias a que son convocados para cumplir su tarea solo en un caso concreto, cada jurado es un desconocido para los restantes y todos están libres de toda "burocratización" o "automatización" en el oficio de juzgar. No se conoce un procedimiento más minucioso. No existe mayor filtro para el error, los prejuicios, la desidia y, en definitiva, el subjetivismo y la arbitrariedad que aquejan al criterio de todo ser humano. Cada uno de los doce juicios subjetivos individuales debe pasar por un riguroso filtro de confrontación y depuración recíproco, lo que obliga a cada integrante del jurado a rever la postura propia y sopesarla frente a la de los demás, testeándose a unas y a otras entre sí y frente a la prueba, de modo que solo el apoyo irrestricto en ella logrará la imposición de un juicio por sobre otro. Y distintos jurados podrán dar aportes valiosos sobre diferentes aristas de los hechos y las pruebas del juicio. Se pone en marcha, así, un proceso de "objetivación" colectiva que es mucho más estricto y rico que la mera suma de doce subjetividades individuales **(48)**.

Pues bien, este proceso será más sólido en la medida en que se exijan mayorías más amplias, y es por eso que el mejor escenario es el de la exigencia de unanimidad **(49)**. Ello pudo ser comprobado por investigadores estadounidenses, quienes, con base en exhaustivos estudios empíricos, determinaron que la unanimidad es el único mecanismo capaz de garantizar que todas y cada una de las diferentes apreciaciones y opiniones en un panel de jurados sean escuchadas y sopesadas. Según concluyeron, la unanimidad brinda a los miembros de la minoría una herramienta para asegurar que sean oídos por la mayoría, es decir, para que sus apreciaciones sean necesariamente consideradas, lo que fortalece un debate más robusto y un más profundo análisis de la prueba, desembocando en decisiones que gozan de mayor calidad y legitimidad **(50)**. Así pues, en la satisfacción plena de la garantía de la deliberación encontramos un fundamento sólido para esta exigencia.

X.3. La unanimidad y el principio de inocencia

Lo anterior puede tener directa incidencia en el respeto del principio de inocencia, sobre el que reposa todo proceso penal en un sistema republicano. A la luz de este principio, el autor de cita se pregunta si ¿son constitucionalmente tolerables los veredictos de culpabilidad "no unánimes"? Adentrarse en el análisis de la cuestión, según opinión de los expertos, les permite concluir que no lo son. El principio de inocencia conlleva la exigencia de prueba suficiente sobre la culpabilidad —prueba más allá de una duda razonable—.

(46) Corte IDH., "V. R. P., V. P. C. y otros c. Nicaragua" (2018).

(47) HARFUCH, Andrés, ob. cit., p.436.

(48) Ibidem, p. 228.

(49) Ibidem, p.437.

(50) DIAMOND, Shari S., ROSE, Mary R., MURPHY, Beth, ob cit., ps. 81-120.

Para ello, se fundamenta que la persona acusada de un delito es jurídicamente inocente, y ese estado de inocencia solo puede ser desvirtuado por prueba suficiente sobre la culpabilidad en un juicio respetuoso de las reglas del debido proceso. Ello quiere decir que una condena solo podría considerarse válida si fue producto de un análisis exhaustivo de la prueba de cargo y, a la luz del derecho de defensa, de la de descargo.

En los casos de tribunales técnicos, cualquier control de validez en el proceso por el que haya sido considerada rebatida la inocencia se lleva a cabo mediante la revisión de los fundamentos expresados por el tribunal al dictar sentencia. En ese tipo de sistemas se tolera la disidencia, pero ello no implica que la postura minoritaria sea ignorada, pues el veredicto condenatorio solo podría ser convalidado en caso de corroborarse que los fundamentos expresados por la mayoría han sido suficientes como para imponerse por sobre los del disidente.

Toda vez que el "control de calidad" de la decisión es allí posterior al proceso por el que a ella se arribó. Tal vez sea solo por eso que, en tales sistemas, la disidencia pueda ser aceptada. Pero —tal como fuera advertido por la Corte IDH. **(51)** y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (T.E.D.H.) **(52)**— el juicio por jurados es un sistema diferente, con reglas diferentes, y es por ello -dice el auto de cita - que no resulta feliz el paralelismo entre ambos modelos de enjuiciamiento que ha efectuado Rosatti en el consid. 10, punto ii), de su voto.

Ya que en un juicio por jurados bajo un modelo clásico no se exige —y hasta se prohíbe— la expresión de los motivos del veredicto. Por lo tanto, aquí, la calidad de esa decisión estará atada a la robustez de la deliberación que en ella ha derivado —entre otros reaseguros antes enunciados—. El veredicto de un jurado no es un veredicto carente de motivos o fundamentos, sino todo lo contrario **(53)**; es un veredicto basado en motivos o fundamentos sólidos, que surgen del intenso debate entre los integrantes de un panel, durante el que —como antes se señaló— los argumentos y valoraciones de cada integrante individual deben ser confrontados con los de los restantes, imponiéndose los de mayor solidez de acuerdo con la prueba, esto es, los que tuvieron el peso suficiente como para hacer cambiar de criterio a quienes sostenían posturas disímiles, hasta confluir en una única solución.

De esta manera, también se plantea la pregunta: ¿es tolerable la disidencia en este sistema? Para lo que se debe dar respuesta previamente a otra pregunta: ¿qué implica esa disidencia? Pues bien, si una persona —o un grupo de ellas— mantiene una postura disidente dentro del panel de jurados, será porque efectúa diferentes valoraciones respecto de la prueba a las efectuadas por la mayoría.

En ese escenario, ¿qué valoraciones serían las correctas y cuáles las incorrectas? Ello no puede resolverse en forma numérica **(54)**, sumando aritméticamente la cantidad de personas que sostiene uno u otro temperamento —como parece tolerar la Corte en "Canales"—, pues el debido proceso impone la necesidad de que esa respuesta sea cualitativa y no cuantitativa. No puede hacerse aquí paralelismo alguno con los procesos de juicio político, tal como efectúa la Corte (Consid. 17), ni con los de sanción de las leyes, tal como efectúa el juez Rosatti (Consid. 10, punto iii), porque ellos no se encuentran atravesados por el principio de inocencia.

Del mismo modo, tampoco podría trazarse un paralelismo con los procesos judiciales no penales, ni con las decisiones de tribunales revisores. En un enjuiciamiento penal serían correctas las valoraciones más sólidas, que no necesariamente serán las sostenidas por la mayoría. La unanimidad, pues, empodera a la minoría para que sus fundamentos deban ser escuchados y sopesados por la mayoría —que necesitará de su voto—, imponiéndose en el marco de este control cruzado de valoraciones las de mayor solidez en términos cualitativos. Esto, induda-

(51) Corte IDH, caso "V. R. P., V. P. C.", ya citado, párrs. 219 a 225.

(52) TEDH, "Taxquet c. Bélgica" (2010), párrs. 51 y 84.

(53) Consid. 19 de "Canales", replicando lo ya referido por la Corte IDH en el ya citado caso "V. R. P., V. P. C." (párr. 262).

(54) HARFUCH, Andrés, ob cit., p. 506.

blemente, torna más ardua la discusión, pero también blinda de mayor solidez a la decisión. ¿Puede entonces ser tolerable, a la luz del principio de inocencia, una condena impuesta por una mayoría, mientras una minoría persiste en el desacuerdo? O, mejor dicho, aun, mirando puntualmente al caso neuquino, ¿puede tolerarse la imposición de una condena cuando cuatro integrantes del jurado manifestaron no estar de acuerdo con esa determinación?

Parece lógico inferir que la subsistencia de un sector disidente impide asegurar que la decisión ha sido tomada con base en las valoraciones más sólidas y razonables de acuerdo con las pruebas del caso, y por lo tanto aquello resulta constitucionalmente intolerable. El principio de inocencia es, pues, otro sólido sustento constitucional a la regla de la unanimidad, que la ubica como garantía implícita a la luz del art. 33 CN.

Hasta acá se ha planteado la dicho con relación a la exigencia de unanimidad para el veredicto de "culpabilidad". Pero, cabe dejar a salvo, que los fundamentos para aplicar la misma exigencia al veredicto de "no culpabilidad" encuentran sustento en razones meramente epistémicas, pues lo contrario, implicaría admitir que un eventual único disidente a favor de la "no culpabilidad" tenga el poder de imponer su criterio por sobre el de una abrumadora mayoría, lo que, amén de anular la necesidad de una deliberación, no resulta razonable.

Además, ello no vulnera el principio *in dubio pro-reo* —única derivación del de inocencia desde la que podrían formularse cuestionamientos—, pues opera en el plano de la subjetividad individual de cada una de las personas que integran el panel, dado que —tal como todo juez lo explica en sus instrucciones— solo en caso de considerar que la acusación ha sido probada más allá de una duda razonable, cada jurado, individualmente, podría votar a favor de un veredicto de culpabilidad. Por ello no son correctas las posturas que predican que la exigencia de unanimidad debe ser un requisito solo aplicable al veredicto "culpable".

En conclusión, a modo de resumen, y a la luz del principio de inocencia no parecen tolerables los veredictos de culpabilidad mayoritarios, pues ese principio exige que la inocencia sea desvirtuada más allá de una duda razonable a partir de un análisis exhaustivo de la prueba, y estos veredictos no pueden garantizar que las potencialmente sólidas valoraciones de las minorías hayan sido debidamente escuchadas y sopesadas. Con los veredictos "no unánimes" de culpabilidad se pretende dar una respuesta cuantitativa a una cuestión que, por imperio constitucional, amerita una respuesta cualitativa.

X.4. La unanimidad según la Corte Suprema de la Argentina y la Suprema Corte Estadounidense

A partir de un análisis de los precedentes de la Suprema Corte estadounidense se advierte que, pese a lo antes expuesto, ese tribunal tampoco ha llegado — al menos hasta el momento— a declarar la inconstitucionalidad de los veredictos "no unánimes".

Tanto el sistema federal de los Estados Unidos como los de 49 de sus 50 Estados y el distrito federal de Washington D.C. exigen veredictos unánimes para todos los casos. En el plano de los delitos de mayor gravedad, la regla de la unanimidad no encuentra excepciones **(55)**. En toda la historia de ese país, solo dos Estados se han atrevido a flexibilizarla, ambos durante el siglo XX y jamás para el juzgamiento de casos graves: Louisiana —donde, a partir de un reciente referendo popular, se optó por el retorno a la unanimidad— y Oregon —única excepción actual a la regla, aunque allí existen debates en pos de seguir el camino de Louisiana—.

En ambos casos, tal flexibilización obedeció a intereses de supremacía racial: facilitar las condenas a negros, en el primer caso, y a judíos, en el segundo. Son esas experiencias las que han provocado en la Corte federal de ese país la necesidad de adentrarse en el análisis de la cuestión. En el fallo "Johnson c. Louisiana" de 1972 **(56)**, tras encarnizadas discusiones **(57)** y con un voto muy dividido —cinco a cuatro—,

(55) Ibidem, p. 503.

(56) El debate se repitió, en los mismos términos, en el caso "Apodaca c. Oregón", del mismo año.

(57) HARFUCH, Andrés, ob. cit., p. 504. La minoría llegó a tratar de "inquisitivos" a los jueces de la mayoría.

se pronunció en contra de la inconstitucionalidad. Los votos de los jueces de la mayoría descansaron en la inexistencia de una regla constitucional expresa que exigiera veredictos unánimes. Los cuatro jueces de la minoría defendieron a ultranza que, pese a ello, se trataba de una consecuencia necesaria del principio de la "duda razonable" —principio de inocencia—, es decir, de la necesidad de garantizar que los veredictos de culpabilidad encuentren sustento en un elevado estándar de certeza probatoria.

A la fecha, una abrumadora generalidad de abogados, jueces y profesores de derecho en ese país coincide con los argumentos de la minoría. La postura de aquella mayoría ha sido siempre sumamente controvertida y suele ser considerada como un error que merece ser corregido, por lo que no se descarta un futuro fallo en ese sentido —idea que ha recobrado fuerzas desde que los ciudadanos de Louisiana decidieran la vuelta a la unanimidad—.

Ahora bien, resulta interesante reparar en un aspecto para nada menor. Pese a negar la jerarquía constitucional de la regla de la unanimidad, los jueces de la mayoría aclararon que no consideraban aconsejable que una legislación prescindiera de ella. El autor de cita considera que tal vez era un exceso reclamar a nuestra Corte, que es la de un país con muy breve experiencia en juicios por jurados, superar un error conceptual cometido en 1972 por un tribunal con vasta experiencia en la materia. Pero, sin dudas, hubiera sido deseable que efectuara, al menos, alguna aclaración sobre la conveniencia de la unanimidad, tal como en su momento efectuara su par estadounidense.

En definitiva, a partir de lo decidido recientemente por la Corte estadounidense sobre las exigencias de regulaciones igualitarias en los estados, de decisiones por unanimidad en casos de veredictos condenatorios en la modalidad de juicios por jurados, se plantea entonces el interrogante de saber si la Corte Nacional seguirá con la misma postura sentada en el caso "Canales", o si, por el contrario, cambiara esa postura. Para ello, habrá que esperar.

XI. Conclusión

Como reflexiones finales, se debe tener en cuenta que el juicio por jurados es una institución novedosa para la mayoría de los países latinoamericanos, pese a que muchos de ellos la contemplan en sus marcos constitucionales. En un contexto institucional signado por la desconfianza de la ciudadanía en las instituciones del sistema de justicia, y frente a la dificultad de gestión de sociedades cada vez más conflictivas y con un alto componente de violencia, los jurados son impulsados por la clase política para canalizar el descontento y las demandas sociales, pero también proyectan una transformación que puede sacudir los cimientos del sistema de justicia.

En nuestro país, la regulación normativa del juicio por jurados generó amplios debates y avivó profundas resistencias dentro y fuera del ámbito judicial, poniendo en tela de juicio las posibilidades de su instauración, su adecuación a la cultura jurídica local y la capacidad de la ciudadanía para cumplir con tan alta función. Pero la experiencia de las provincias que lo implementaron demostró que los juicios por jurados son perfectamente realizables, que la ciudadanía convocada a participar lo hace con enorme responsabilidad y que las bondades de la nueva institución trascienden la mera resolución de los casos en litigio.

Es por ello, que considero que se debe destacar a aquellas provincias argentinas que han consagrado el juicio por jurado en sus respectivas jurisdicciones en aras de brindar un mejor servicio de justicia, ya que de esta manera han cumplimentado con la manda constitucional saldando de alguna manera esa deuda que existe en forma general con nuestra ciudadanía.

En igual sentido, anhelo que en lo sucesivo se pueda cumplimentar con lo consagrado en nuestra ley fundamental, estableciendo la plena vigencia del juicio por jurado en todas las provincias del país, como así también a nivel federal, toda vez que de esta manera se lograría un mejor sistema de justicia, ya que ello implicaría empoderar a los ciudadanos de la posibilidad de participar en el único poder en el que aún no tienen contralor y participación directa, permitiéndoles de esta manera su intervención en la

administración de justicia, ya que como lo dijo el Sr. Juez de la CS Horacio Rosatti "es la mejor forma de democratizar al Poder Judicial".

Más aun, en este momento donde la justicia en su conjunto (y más particularmente el fuero penal) cuenta con un descreimiento generalizado y escasa legitimación por parte de la ciudadanía, permitiendo de esta manera un fortalecimiento de la institución, mediante la participación de la población en la administración de justicia, lo que a su vez redundaría en un fortalecimiento del sistema democrático, en un cambio cultural , toda vez que la implementación del Sistema de Juicio por Jurados implicaría un verdadero desafío, ya que la administración de justicia de esa manera seria ejercida de manera conjunta por jueces profesionales y por ciudadanos comunes.

Toda vez que, el juicio por jurados brinda mayor transparencia a las decisiones judiciales y contribuye a incrementar la confianza de la ciudadanía en el sistema de justicia. Constituye un profundo cambio cultural que involucra a toda la sociedad, brindando a doce ciudadanos, elegidos al azar mediante sorteos públicos, la posibilidad a través de la emisión de un veredicto, de decidir si un acusado es o no culpable, generando un vínculo social de la comunidad con los asuntos de la justicia.

Con relación al requisito de la unanimidad en el veredicto del juicio por jurado consagrado por la Suprema Corte de EE.UU., en el fallo "Ramos c. Louisiana", y conforme los lineamientos esgrimidos por dicho tribunal, y el mismo temperamento adoptado por el resto de los Estados que integran el país norteamericano, considero que es una cuestión decisiva, lo que determina la importancia y trascendencia del decisorio que se comenta, ya que se decidió de esa manera aun cuando la Carta Magna estadounidense no consagra expresamente el requisito de la unanimidad en su texto constitucional.

Ello, a diferencia de lo decido por la CS en el caso "Canales", donde se decidió rechazar el planteo formulado por la defensa por considerar que nuestra constitución — a pesar de que tiene como fuente a la constitución de los EE.UU. -, no lo prevé expresamente. Ello, sin perjuicio de las diferencias históricas, sociales y culturales que existen entre nuestro país y el del norte del continente que tiene más de 200 años de cultura de juicio por jurados. Por ello, es que para saber si el Tribunal Cimero mantendrá dicha postura o seguirá el mismo temperamento adoptado por la corte estadounidense — toda vez que no somos un territorio norteamericano -, habrá que esperar. Sin perjuicio de que algunas provincias de la República Argentina así lo consagran, con lo cual a mi criterio debería adoptarse un criterio uniforme para todo nuestro país en aras de garantizar la uniformidad, la igualdad y la seguridad jurídica que se requiere.

En definitiva, la respuesta a la pregunta que se plantea en el inicio del presente quedara pendiente, para que con ello se lleve a cabo el debate respectivo para analizar que conviene en Argentina, ya sea una mayoría calificada o la unanimidad en el veredicto del juicio por jurado (o una combinación de ambos) o dejar que cada jurisdicción resuelva e imponga el requisito que estime más conveniente, y en definitiva para ver que temperamento adoptara en lo sucesivo nuestro máximo tribunal.

PENAL ECONÓMICO

La tributación de las ganancias ilícitas en México

Jesús Amaro Mauricio

Sumario: I. Contexto nacional.— II. El concepto de lavado de dinero en el contexto internacional.— III. Evolución histórica del delito de lavado de dinero en México.— IV. Evolución del delito de defraudación fiscal en México.— V. Modalidades a través de las cuales se relaciona la defraudación fiscal y el lavado de dinero en la normativa mexicana.— VI. Conclusiones.— VII. Bibliografía.

I. Contexto nacional

La actividad estatal para combatir los delitos que afectan a la sociedad, requiere de establecer una política preventiva que atienda a las necesidades particulares del fenómeno a analizar. Los injustos asociados a la materia tributaria no son la excepción, por el contrario, en los últimos años se ha dimensionado el importante papel que representan las finanzas públicas para atender las necesidades colectivas esenciales más apremiantes de toda nación para aspirar a una sociedad del bienestar.

De ahí que la política criminal sea el instrumento jurídico por excelencia para prevenir los delitos, así como para combatir a los delincuentes, incluyendo desde luego, a los llamados "delincuentes de cuello blanco". Por política criminal entendemos la disciplina encargada de explorar, buscar y hallar soluciones legales que vengan a mejorar la eficacia y justicia del ordenamiento penal en una sociedad y momento histórico determinado (Sanz, 2017).

México, en los últimos treinta años y ante el creciente desarrollo de la criminalidad organizada en los llamados delitos de cuello blanco, suscribió diversos tratados internacionales auspiciados por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), entre los que destacan, la Convención de Viena de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas; la Convención de Palermo de 2000 contra la delincuencia organizada transnacional y la Convención de Mérida de 2003 contra la corrupción; comprometiéndose a prevenir, perseguir y sancionar el lavado de dinero y los delitos precedentes asociados a este, lo que de suyo motivó en el derecho interno mexicano, una serie de reformas a diversas disposiciones legales y administrativas.

En el 2006, la Unidad de Inteligencia Financiera de México (UIF), realizó la 1ª. Evaluación Nacional de Riesgos (ENR), en la cual se estableció que de las categorías de delitos graves que el GAFI establece como mínimo a considerar como delitos determinantes del lavado de dinero, los delitos fiscales, el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y el robo o hurto de combustibles son los de mayor impacto.

Por si esto fuera poco, en el último informe con motivo de la Cuarta evaluación mutua a México de enero de 2018, el GAFI reconoció que nuestro país se enfrenta con un riesgo significativo de lavado de activos proveniente principalmente, de las actividades más generalmente asociadas con la delincuencia organizada, tales como tráfico de drogas, extorsión, corrupción y evasión fiscal.

En el combate al lavado de dinero de los últimos dos años, particularmente, la UIF mexicana ha tenido un papel destacado en la dirección de "investigaciones", donde los delitos fiscales constituyen el delito precedente al lavado de dinero, mediante el congelamiento o bloqueo de cuentas bancarias tanto de personas físicas como jurídicas.

Sin embargo, las acciones de la UIF se han visto frenadas jurídicamente por algunas resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuya Primera Sala ha declarado la inconstitucionalidad del citado bloqueo de cuentas bancarias, de aquellas personas incluidas en la "lista de personas bloqueadas", previsto en el art. 115 de la Ley de Instituciones de Crédito, al considerar que invade las facultades de investigación y persecución del Ministerio Público, previstas en el art. 21 de la Constitución General, sin que se haya acreditado la comisión de delito alguno.

De acuerdo con la normativa mexicana, los parámetros para la introducción de las personas en la Lista de referencia son:

- Aquellas que se encuentren dentro de las listas emitidas por el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas y organizaciones internacionales.

- Aquellas que den a conocer autoridades extranjeras, organismos internacionales o agrupaciones intergubernamentales, previamente determinadas por la Secretaría de Hacienda.

- Aquellas que den a conocer las autoridades nacionales porque se encuentran relacionadas con los delitos de lavado de dinero y financiamiento al terrorismo o que se encuentren compurgando sentencia por estos delitos.

- Aquellas que las autoridades nacionales determinen que hayan realizado o realicen actividades que formen parte, auxilien, o estén relacionadas con dichos delitos.

- Aquellas que omitan proporcionar información o datos, encubran o impidan conocer el origen, localización, destino o propiedad de recursos, derechos o bienes que provengan de los mencionados delitos.

La propia Suprema Corte, haciendo una interpretación conforme del referido art. 115 de la Ley de Instituciones de Crédito, ha sostenido que la medida cautelar del congelamiento de cuentas bancarias, solamente respetará el texto constitucional cuando se realice para cumplir compromisos internacionales asumidos por el estado mexicano, lo que significa que dicha medida no puede emplearse por la UIF cuando el motivo que genere el bloqueo de las cuentas tenga un origen estrictamente nacional, pues al no encontrarse relacionada con algún procedimiento administrativo o jurisdiccional específico, resulta contraria al derecho fundamental de seguridad jurídica.

El ejercicio y dirección de una política criminal se entiende desde la perspectiva ideológica de quien detenta el poder. En un estado democrático de derecho esta política debe cuidar que, en todo momento, se respeten los derechos humanos de las personas, los cuales descansan en el principio de la dignidad humana, procurando mantener un estado de convivencia entre los ciudadanos donde se pueda privilegiar la libertad del individuo como parte de un sistema social. En otras palabras, los delitos son parte de esa convivencia y el único fin en todo caso, es mantener las cifras y niveles de criminalidad dentro de parámetros "socialmente tolerables". En gobiernos democráticos siempre la prevención del delito será el eje de acción al momento de definir la política criminal que prevalecerá en el ejercicio de poder en un periodo determinado.

II. El concepto de lavado de dinero en el contexto internacional

II.1. Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)

El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) define al lavado de dinero como la conversión o transferencia de propiedad, a sabiendas de que deriva de una actividad criminal, con el objeto de disfrazar u ocultar su origen ilícito o ayudar a una persona que está involucrada en la comisión del crimen a evadir las consecuencias legales de sus acciones **(1)**.

II.2. Fondo Monetario Internacional (FMI)

Para el Fondo Monetario Internacional (FMI), el lavado de dinero es un proceso mediante el cual la fuente ilícita de activos obtenidos o generados a través de actividades delictivas se en-

(1) ABC Anti lavado. Aspectos clave para un cumplimiento efectivo (s.f.). Recuperado de: http://www.lavadodinero.com/varios/seminarios/Pres_ABC_Antilavado.pdf.

cubre para disimular el vínculo entre los fondos y la actividad delictiva original **(2)**.

II.3. Convención de Viena de 1988

La Convención de Naciones Unidas Contra el Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988, considera que es la conversión o transferencia de propiedad, a sabiendas de que proviene de una actividad delictiva, con el objeto de ocultar o disfrazar su origen ilícito o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito a evadir las consecuencias jurídicas de sus acciones.

Si bien cada institución u organismo tiene su propia concepción del delito de lavado de dinero, lo cierto es que coinciden en que se caracteriza por ser un proceso que busca encubrir u ocultar las ganancias ilegítimas con la finalidad de dar apariencia de legalidad en la obtención de estas.

II.4. Dinero negro y dinero sucio

Uno de los aspectos a considerar para entender el fenómeno del lavado de dinero y su vínculo con la defraudación tributaria, es distinguir las diferencias entre dinero negro y dinero sucio, ya que a menudo se suele confundir.

En economía en general, cuando se habla de dinero negro se hace referencia a aquel que proviene de una actividad económica legal pero que aún no ha sido declarado ante el fisco (defraudación fiscal, por ejemplo). Por el contrario, cuando se habla de dinero sucio se hace referencia al que tiene origen en una actividad ilegal o delictiva. Ambos son susceptibles de poder ser "blanqueados" y ser parte de los delitos determinantes para la tipificación del delito de lavado de dinero.

El GAFI desde el año 2012, contempla como parte de los delitos antecedentes al lavado de dinero los relacionados con impuestos directos e indirectos. En paralelo, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) posee una guía acerca de cómo los países deben evitar el lavado de dinero en procesos de delitos fiscales **(3)**, los cuales como ya se destacó se aceptan implícitamente que pueden ser parte de los delitos antecedentes al lavado de dinero.

II.5. Las etapas del ciclo del lavado de dinero de acuerdo con el GAFI

De acuerdo con el GAFI, en el proceso del lavado de dinero se pueden distinguir, generalmente tres fases **(4)** :

-*Fase Uno: Colocación o* Placement

Es la disposición física del dinero en efectivo derivado de actividades criminales.

Durante esta fase inicial, el lavador de dinero introduce sus fondos ilegales en el sistema financiero. Se hace necesario alejar el dinero de toda asociación directa con el delito.

-*Fase Dos: Ocultamiento o* Layering

Consiste en la separación de los fondos ilícitos de su fuente mediante "capas" de transacciones financieras, cuyo fin es desdibujar la transacción. Involucra la conversión de los fondos procedente de actividades ilícitas para disimular el rastro, la fuente y la propiedad de los fondos.

-*Fase Tres: Integración o* Integration

Dar apariencia legítima a riqueza ilícita mediante el reingreso en la economía de lo que aparentan ser fondos comerciales regulares. Esta fase implica la colocación de los fondos lavados de regreso en la economía para crear la percepción de legitimidad. En esta fase, es extremadamente difícil distinguir la riqueza legal de la ilegal.

(2) El FMI y la lucha contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo (2016). Recuperado de: https://www.imf.org/external/np/exr/facts/spa/amls.htm.

(3) OECD (2009). Qué hay que saber sobre el blanqueo de capitales. Guía para el control fiscal. Recuperado de: https://www.oecd.org/tax/crime/44751918.pdf.

(4) Riesgos y métodos del lavado de dinero. Guía de estudio ACAMS. Recuperado de: http://files.acams.org/pdfs/Spanish_Study_Guide/Chapter_2.pdf.



Fuente: Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito

II.6. Las 40 recomendaciones del GAFI

Las 40 Recomendaciones originales del GAFI datan del año 1990. Fueron una iniciativa para combatir los usos indebidos de los sistemas financieros por parte de personas que lavaban el dinero ilícito asociado principalmente al tráfico de las drogas. En 1996, se revisaron las Recomendaciones por primera vez para ampliar su campo más allá del lavado de activos proveniente de las drogas.

En octubre de 2001, y en respuesta a los atentados terroristas al World Trade Center en New York, E.U., el GAFI expandió su mandato e incluyó el financiamiento de actos y organizaciones terroristas y creó las ocho (luego ampliadas a nueve) recomendaciones especiales sobre el financiamiento del terrorismo. En 2003, las recomendaciones del GAFI se revisaron por segunda vez y junto con las recomendaciones especiales fueron avaladas por más de 180 países, y son reconocidas universalmente como el estándar internacional contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo.

Las Recomendaciones del GAFI constituyen un esquema de medidas completo y consistente que los países deben implementar para combatir no solo el lavado de dinero, sino también el financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva. Dado que los países tienen diversos marcos legales, administrativos, operacionales y diferentes sistemas financieros por lo cual no pueden tomar todos medidas idénticas contra estas amenazas. Por lo tanto, las Recomendaciones del GAFI, fijan un estándar internacional que los países deberían implementar por medio de medidas adaptadas a sus circunstancias particulares.

Las Recomendaciones del GAFI establecen medidas esenciales que los países deben implementar para: **(5)**

-identificar los riesgos, y desarrollar políticas y coordinación local;

(5) Las Recomendaciones del GAFI (2012). Grupo de Acción Financiera de Sudamérica (GAFISUD). Recuperado de: http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf.

-luchar contra el lavado de activos; financiamiento del terrorismo y financiamiento de la proliferación;

-aplicar medidas preventivas para el sector financiero y otros sectores designados;

-establecer poderes y responsabilidades (por ejemplo. autoridades investigativas, de orden público y de supervisión) y otras medidas institucionales;

-mejorar la transparencia y la disponibilidad de la información de titularidad de beneficio de las personas y estructuras jurídicas; y

-facilitar la cooperación internacional.

Los estándares del GAFI incluyen las Recomendaciones mismas y sus Notas Interpretativas, junto con las definiciones aplicables del Glosario. Las medidas establecidas en las normas GAFI deben ser implementadas por todos los miembros del GAFI y de los Organismos Regionales afiliados al GAFI.

Su implementación es evaluada rigurosamente por medio de los procesos de Evaluación Mutua y de los procesos de evaluación del Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial sobre la base de la metodología de evaluación común del GAFI. Algunas Notas Interpretativas y las definiciones del glosario ilustran cómo se pueden aplicar las recomendaciones.

II.7. La incorporación de México al GAFI y GAFILAT

México forma parte del GAFI desde el año 2000, y ha sido evaluado en cuatro ocasiones en los años 2000 (en esta fue aceptado como miembro de pleno derecho), 2003, 2008 y 2017.

El Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT) es una organización intergubernamental de base regional que fue creado a semejanza del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), adhiriéndose a las 40 Recomendaciones emitidas por dicho Grupo y dedicándose a la prevención y al combate del lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo. Se creó formalmente el 8 de diciembre de 2000 con 9 países, incorporándose México en el 2006.

III. Evolución histórica del delito de lavado de dinero en México

El delito de lavado de dinero se introduce por primera vez a la legislación mexicana con la adición del art. 115-bis del Código Fiscal de la Federación, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de diciembre de 1989, ilícito que originalmente fue enmarcado como un delito innominado pero de naturaleza fiscal, lo que desde luego fue contrario a lo establecido en el punto 10 del art. 3° (delitos y sanciones), de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 (también conocida como Convención de Viena) **(6)**.

El art. 115-bis se ubicó dentro del Título Cuarto, Capítulo II *"De los "Delitos Fiscales",* para quedar redactado de la siguiente forma:

Art. 115-bis.- Se sancionará con pena de tres a nueve años de prisión, a quien a sabiendas de que una suma de dinero o bienes de cualquier naturaleza provienen o representan el producto de alguna actividad ilícita:

I. Realice una operación financiera, compra, venta, garantía, depósito, transferencia, cambio de moneda o, en general, cualquier enajenación o adquisición que tenga por objeto el dinero o los bienes antes citados, con el propósito de.

a).- evadir de cualquier manera el pago de créditos fiscales;

b).- ocultar o disfrazar el origen, naturaleza, propiedad, destino o localización del dinero o de los bienes de que se trate;

c).- alentar alguna actividad ilícita, o

d).- omitir proporcionar el informe requerido por la operación; o

(6) El art. 3°, numeral 10 de la Convención de Viena de 1988, establece que los delitos tipificados de conformidad con dicho artículo no se considerarán como delitos fiscales o como delitos políticos ni como delitos políticamente motivados, sin perjuicio de las limitaciones constitucionales y de los principios fundamentales del derecho interno de las Partes.

II. Transporte, transmita o transfiera la suma de dinero o bienes mencionados, desde algún lugar a otro en el país, desde México al extranjero o del extranjero a México, con el propósito de.

a).- evadir de cualquier manera el pago de créditos fiscales;

b).- ocultar o disfrazar el origen, naturaleza, propiedad, destino o localización del dinero o de los bienes de que se trate;

c).- alentar alguna actividad ilícita; o

d).- omitir proporcionar el informe requerido por la operación.

Las mismas penas se impondrán a quien realice cualquiera de los actos a que se refieren las dos fracciones anteriores que tengan por objeto la suma de dinero o los bienes señalados por las mismas con conocimiento de su origen ilícito, cuando estos hayan sido identificados como producto de actividades ilegales por las autoridades o tribunales competentes y dichos actos tengan el propósito de:

a).- ocultar o disfrazar el origen, naturaleza, propiedad, destino o localización del dinero o de los bienes de que se trate; o

b).- alentar alguna actividad ilícita.

III.1. La derogación del art. 115-bis del Código Fiscal de la Federación y creación del art. 400 bis del Código Penal Federal de 1996

Ante la evidente contradicción que representaba el art. 115-*bis* del Código Fiscal de la Federación con respecto al compromiso contraído por el Estado mexicano en la Convención de Viena de 1988, de no considerar como delitos asociados al lavado de dinero los de naturaleza fiscal, en noviembre de 1995 se presentó ante el Congreso de la Unión un proyecto de decreto por el que se reformaban, adicionaban y derogaban varios artículos de diversas leyes en materia penal y fiscal.

La iniciativa proponía la derogación del art. 115-*bis* y la adición del art. 400 bis del entonces Código Penal para el Distrito Federal, en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, que establecía la tipificación del delito de "operaciones con recursos de procedencia ilícita".

De la exposición de motivos del decreto de 1995, que adicionó el art. 400 bis al citado Código Penal, se desprende:

B. Necesidad de regularlo en el Código Penal. El delito conocido como lavado de dinero es de reciente data en nuestra legislación: diciembre de 1989. Por razones de oportunidad, la regulación se hizo en el Código Fiscal de la Federación. Actualmente se observan dos posiciones opuestas respecto de la ubicación en la legislación del tipo penal denominado lavado de dinero, la primera de ellas considera que dicho ilícito debe permanecer en la legislación fiscal penal que lo contiene; mientras que la segunda se inclina por desaparecerlo de dicho ordenamiento legal o insertarlo bajo una nueva fórmula en el catálogo de delitos previstos en el Código Penal para el Distrito Federal. Esta última postura es la que se adopta en esta iniciativa de reformas, después de haber analizado y consensado su conveniencia.

La razón lógica jurídica resulta ser, en primer lugar, porque la Convención de Viena de 1988 así lo establece en su art. 3°, apartado 10:

"A los fines de la cooperación entre las partes previstas en la presente Convención, en particular la cooperación prevista en los arts. 5°, 6°, 7° y 9°, los delitos tipificados de conformidad con el presente artículo no se considerarán como delitos fiscales o como delitos políticos ni como delitos políticamente motivados, sin perjuicio de las limitaciones constitucionales y de los principios fundamentales del derecho interno de las partes".

Este instrumento jurídico internacional fue aprobado, el 30 de noviembre de 1989, por el Senado de la República, y entró en vigor el 11 de noviembre de 1990. Bajo esa tesitura el art. 115 bis, del Código Fiscal de la Federación debe ajustarse a esa disposición de la Convención de Viena de 1988, ya que se impone una estricta observancia del Estado de derecho en nuestro país.

Por otra parte, debe resaltarse que la mayoría de los países que han suscrito la citada Convención, se han ajustado fielmente a lo dispuesto en el art. 3°, párrafo 10, no incluyendo al delito de

lavado de dinero dentro del catálogo de ilícitos fiscales o políticos. Así se ha hecho en los casos de España, Colombia, Canadá, Argentina, entre otros.

Con independencia de lo anterior, también debe destacarse que, en atención a los bienes jurídicos que se busca tutelar, el tipo penal de lavado de dinero, como se propone y conforme a la ratio legis de la Convención de Viena de 1988, comprende: la salud pública, los bienes jurídicos como la vida, la integridad física y el patrimonio que sean afectados por las actividades del narcotráfico y de la delincuencia organizada, la seguridad de la nación, y la estabilidad y sano desarrollo de la economía nacional, así como la preservación de los derechos humanos y la seguridad pública.

Esto demuestra que, con este tipo penal de lavado de dinero, la protección de bienes jurídicos debe ser más amplia, lo cual no se logra con la actual regulación contenida en el art. 115 bis del Código Fiscal de la Federación, en la que se tutela fundamentalmente el interés fiscal del Estado. La magnitud de uno y otro grupo de bienes jurídicos tutelados exige contar con un adecuado marco referencial, que estamos seguros se logra con la nueva fórmula que se propone.

"Por ello, y siendo el lavado de dinero un delito que trasciende, con mucho, el mero interés del fisco federal se ha considerado conveniente no seguirlo contemplando en el catálogo de delitos fiscales sino ubicarlo en una legislación de contenido más amplio: el Código Penal; lo cual es acorde con una correcta técnica legislativa, porque el delito subsecuente, en este caso del lavado de dinero, debe estar junto con los delitos principales y originales, que en este supuesto lo constituyen principalmente los delitos graves".

El Estado no puede ni debe soslayar o tolerar, que bienes jurídicos de la magnitud de los tutelados por el tipo penal que se propone puedan ser objeto de convalidación o ratificación a través de criterios pecuniarios. Es decir, que una dependencia federal mantenga la facultad discrecional de proceder o abstenerse de denunciar hechos delictuosos, bajo el argumento de que el interés fiscal no se ha visto afectado; menos aún, cuando ellos se encuentran vinculados con delitos graves, como los que conforma la delincuencia organizada.

Ciertamente, uno de los motivos importantes que ha obligado a reaccionar plenamente contra el lavado de dinero es precisamente el narcotráfico; y, actualmente, el fenómeno de la delincuencia organizada, así como las materias financiera o fiscal.

El regularlo penalmente, por tanto, obedece a una estrategia político criminal para combatir a la delincuencia organizada de manera frontal y eficaz. Por otra parte, cabe precisar que la Procuraduría General de la República tiene elementos humanos y materiales altamente especializados para dar la mejor atención al fenómeno delictivo que nos ocupa.

Finalmente, con la regulación que se propone se procura que el delito de lavado de dinero se rija por las reglas generales previstas en el Código Penal Federal, sobre todo por lo que hace a las causas de extinción penal. Por otra parte, y de acuerdo con su naturaleza, el aseguramiento y decomiso de bienes vinculados al lavado de dinero, no puede estar sujeto a la regla del art. 94 del Código Fiscal; según el cual las autoridades administrativas, con arreglo a las leyes fiscales, harán efectivas las contribuciones omitidas, los recargos y las sanciones administrativas correspondientes, sin que ello afecte al procedimiento penal. Ello debido a que el aseguramiento de estos bienes, en ningún momento tendría por objeto, el garantizar el pago de sanciones de tipo pecuniario.

Es así como, el 13 de mayo de 1996, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el Decreto de reforma, quedando el art. 400 *bis* con el texto siguiente:

Capítulo II

Operaciones con recursos de procedencia ilícita

Art. 400 bis.- Se impondrá de cinco a quince años de prisión y de mil a cinco mil días multa al que por sí o por interpósita persona realice cualquiera de las siguientes conductas: adquiera, enajene, administre, custodie, cambie, deposite, dé en garantía, invierta, transporte o transfie-

ra, dentro del territorio nacional, de este hacia el extranjero o a la inversa, recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, con conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita, con alguno de los siguientes propósitos: ocultar o pretender ocultar, encubrir o impedir conocer el origen, localización, destino o propiedad de dichos recursos, derechos o bienes, o alentar alguna actividad ilícita.

La misma pena se aplicará a los empleados y funcionarios de las instituciones que integran el sistema financiero, que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para la comisión de las conductas previstas en el párrafo anterior, sin perjuicio de los procedimientos y sanciones que correspondan conforme a la legislación financiera vigente.

La pena prevista en el primer párrafo será aumentada en una mitad, cuando la conducta ilícita se cometa por servidores públicos encargados de prevenir, denunciar, investigar o juzgar la comisión de delitos. En este caso, se impondrá a dichos servidores públicos, además, inhabilitación para desempeñar empleo, cargo o comisión públicos hasta por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta.

En caso de conductas previstas en este artículo, en las que se utilicen servicios de instituciones que integran el sistema financiero, para proceder penalmente se requerirá la denuncia previa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Cuando dicha Secretaría, en ejercicio de sus facultades de fiscalización, encuentre elementos que permitan presumir la comisión de los delitos referidos en el párrafo anterior, deberá ejercer respecto de los mismos las facultades de comprobación que le confieren las leyes y, en su caso, denunciar hechos que probablemente puedan constituir dicho ilícito.

Para efectos de este artículo se entiende que son producto de una actividad ilícita, los recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, cuando existan indicios fundados o certeza de que provienen directa o indirectamente, o representan las ganancias derivadas de la comisión de algún delito y no pueda acreditarse su legítima procedencia.

Para los mismos efectos, el sistema financiero se encuentra integrado por las instituciones de crédito, de seguros y de fianzas, almacenes generales de depósito, arrendadoras financieras, sociedades de ahorro y préstamo, sociedades financieras de objeto limitado, uniones de crédito, empresas de factoraje financiero, casas de bolsa y otros intermediarios bursátiles, casas de cambio, administradoras de fondos de retiro y cualquier otro intermediario financiero o cambiario."

III.2. La reforma del 14 de marzo de 2014

El 31 de mayo de 2013, se presentó al Congreso de la Unión, una iniciativa de Ley por la que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Penal Federal, del Código Federal de Procedimientos Penales, de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, del Código Fiscal de la Federación y de la Ley Federal de Extinción de Dominio, Reglamentaria del art. 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con el propósito de reformar el tipo penal del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita (lavado de dinero), previsto en el art. 400 bis del Código Penal Federal.

Al respecto, Michel (2018), sostiene: "[B]ajo el falaz argumento de fortalecer el marco jurídico penal que regula las operaciones con recursos de procedencia ilícita y dar cumplimiento a las obligaciones de la Convención de Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo) y a la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (Convención de Mérida), de las que México es integrante", **(7)** fue que se presentó la iniciativa de modificaciones al art. 400 *bis* de 2013.

En realidad, lo que se advierte de lo antes señalado, es que el objetivo principal con dicha reforma era por un lado, atender a los compromisos adquiridos por el Estado Mexicano en las Convenciones Internacionales de las Naciones Unidas de 1988 (Viena), 2000 (Palermo) y 2003 (Mérida), y por otro, a las recomendaciones derivadas de la evaluación conjunta realizada a nuestro país por el GAFI y el FMI en el año 2008,

(7) MICHEL, A. (2018). "Derecho Penal Fiscal". México: Editorial Porrúa.

respecto a la tipificación del delito de lavado de dinero previsto en el art. 400 bis del Código Penal Federal, con el propósito de que estuvieran *ad hoc* con lo establecido en las 40 Recomendaciones contra el lavado de dinero y financiamiento al terrorismo.

En efecto, en su Informe de Evaluación Mutua a México del 17 de octubre de 2008, el GAFI señaló que, a fin de cumplir con las Recomendaciones 1 y 2 (criminalización del delito de lavado de activos), las autoridades mexicanas deberían de instrumentar las siguientes medidas: **(8)**

"2.1.2 Recomendaciones y Comentarios

231. A fin de cumplir plenamente con las Recomendaciones 1 y 2, las autoridades mexicanas deben instrumentar las siguientes medidas:

- Reformar el art. 400 bis del Código Penal Federal para incorporar la conducta de "ocultamiento y disfraz de la naturaleza, la fuente, la ubicación, la disposición, el movimiento o la propiedad verdaderos de o los derechos con respecto a la propiedad" como una conducta primaria y no como un propósito.

- Reformar el art. 400 bis del Código Penal Federal para incorporar la conducta de "posesión o uso de propiedad" en el delito de Lavado de Activos. La posesión o el uso de propiedad debe ser criminalizado sin un propósito específico.

...."

Los tipos penales aprobados por el Congreso de la Unión para el delito de lavado de dinero quedaron en los arts. 400 bis y 400 bis 1 del Código Penal Federal, y fueron publicados en el Diario Oficial de la Federación el 14 de marzo de 2014. El primero de los artículos prevé el tipo básico y el segundo, un tipo penal agravado por autoría determinada, mismos que quedaron redactados en los siguientes términos:

CAPITULO II

Operaciones con recursos de procedencia ilícita

Art. 400bis. Se impondrá de cinco a quince años de prisión y de mil a cinco mil días multa al que, por sí o por interpósita persona realice cualquiera de las siguientes conductas:

I. Adquiera, enajene, administre, custodie, posea, cambie, convierta, deposite, retire, dé o reciba por cualquier motivo, invierta, traspase, transporte o transfiera, dentro del territorio nacional, de este hacia el extranjero o a la inversa, recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, cuando tenga conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita, o

II. Oculte, encubra o pretenda ocultar o encubrir la naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento, propiedad o titularidad de recursos, derechos o bienes, cuando tenga conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita.

Para efectos de este Capítulo, se entenderá que son producto de una actividad ilícita, los recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, cuando existan indicios fundados o certeza de que provienen directa o indirectamente, o representan las ganancias derivadas de la comisión de algún delito y no pueda acreditarse su legítima procedencia.

En caso de conductas previstas en este Capítulo, en las que se utilicen servicios de instituciones que integran el sistema financiero, para proceder penalmente se requerirá la denuncia previa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Cuando la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en ejercicio de sus facultades de fiscalización, encuentre elementos que permitan presumir la comisión de alguno de los delitos referidos en este Capítulo, deberá ejercer respecto de los mismos las facultades de comprobación que le confieren las leyes y denunciar los hechos que probablemente puedan constituir dichos ilícitos.

Art. 400bis1. Las penas previstas en este Capítulo se aumentarán desde un tercio hasta en una mitad, cuando el que realice cualquiera de las conductas previstas en el art. 400 bis de este Código tiene el carácter de consejero, administrador, funcionario, empleado, apoderado o prestador de servicios de cualquier persona sujeta al régi-

(8) GAFI (2008) Informe de Evaluación Mutua Anti Lavado de Activos y contra el Financiamiento del Terrorismo. México, p. 64.

men de prevención de operaciones con recursos de procedencia ilícita, o las realice dentro de los dos años siguientes de haberse separado de alguno de dichos cargos.

Además, se les impondrá inhabilitación para desempeñar empleo, cargo o comisión en personas morales sujetas al régimen de prevención hasta por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta. La inhabilitación comenzará a correr a partir de que se haya cumplido la pena de prisión.

Las penas previstas en este Capítulo se duplicarán, si la conducta es cometida por servidores públicos encargados de prevenir, detectar, denunciar, investigar o juzgar la comisión de delitos o ejecutar las sanciones penales, así como a los exservidores públicos encargados de tales funciones que cometan dicha conducta en los dos años posteriores a su terminación. Además, se les impondrá inhabilitación para desempeñar empleo, cargo o comisión hasta por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta. La inhabilitación comenzará a correr a partir de que se haya cumplido la pena de prisión.

Asimismo, las penas previstas en este Capítulo se aumentarán hasta en una mitad si quien realice cualquiera de las conductas previstas en el art. 400 bis, fracciones I y II, utiliza a personas menores de dieciocho años o personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o que no tiene capacidad para resistirlo.

La reforma de 2014 al tipo penal básico del delito de lavado de dinero, con respecto al tipo penal anterior, fue la *desaparición del propósito o finalidad*. En el delito de operaciones anterior a la reforma, el autor habría de actuar con la intención de "ocultar o pretender ocultar, encubrir o impedir conocer el origen, localización, destino, propiedad de dichos recursos, derechos o bienes, o alentar alguna actividad ilícita", lo que proveía al delito de un elemento subjetivo específico, de un ánimo concreto **(9)**.

Además, con la reforma se cumplía con las recomendaciones del GAFI contenidas en el Informe de evaluación mutua a México de 2008, de tener que incorporar la conducta de "ocultamiento y disfraz de la naturaleza, la fuente, la ubicación, la disposición, el movimiento o la propiedad verdaderos de o los derechos con respecto a la propiedad" *como una conducta primaria y no como un propósito, así como el incorporar la conducta de "posesión o uso de propiedad". Para GAFI, la posesión o el uso de propiedad debía ser criminalizado sin un propósito específico. Con ello también se deba cumplimiento a la tipificación del delito de lavado de activos en términos de lo previsto en las Convenciones de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y contra la Corrupción.*

Por lo tanto, para acreditar el tipo penal del delito de lavado de dinero a partir de la reforma del 14 de marzo de 2014, ya no es necesario acreditar la finalidad o propósito de ocultar o pretender ocultar, encubrir o impedir conocer el origen, localización, destino o propiedad de dichos recursos, derechos o bienes, o alentar alguna actividad ilícita, sino que basta con que no se demuestre la legal procedencia de los recursos y existan indicios fundados de su dudosa procedencia.

IV. Evolución del delito de defraudación fiscal en México

El delito de defraudación impositiva contenido en la ley penal de defraudación impositiva en materia federal de diciembre de 1947 (en vigor a partir del 1° de enero de 1948), viene a constituir el antecedente del tipo penal de defraudación fiscal.

Anterior a dicha ley, la figura del fraude fiscal se localizaba dentro del fraude contra la propiedad, basándose en los supuestos normativos que se establecían para la figura del fraude genérico, debido a que no existía una regulación de la defraudación fiscal propiamente dicha.

El delito de defraudación impositiva contemplaba nueve conductas delictivas, siendo estas las siguientes:

1) Simular un acto jurídico que importe omisión total o parcial del pago de impuestos.

(9) ORTIZ, A. (2018). "El delito de lavado de dinero. La reforma penal de 2014". México: Editorial Porrúa.

2) Declarar ante las autoridades fiscales ingresos o utilidades menores que los realmente obtenidos o hacer deducciones falsas en las declaraciones presentadas para fines fiscales.

3) No entregar a las autoridades fiscales dentro del plazo señalado en el requerimiento legal de pago, las cantidades retenidas a los causantes por concepto de impuestos.

4) Omitir la expedición de los documentos en que, conforme a las leyes fiscales, deba cubrirse un impuesto.

5) Ocultar bienes o consignar pasivo total o parcialmente falso en los inventarios de un juicio sucesorio.

6) Resistirse a proporcionar a las autoridades fiscales, los datos necesarios para la determinación de la producción gravable o proporcionarlas con falsedad.

7) Ocultar ante las autoridades fiscales, total o parcialmente, la producción sujeta a impuestos.

8) Negarse a proporcionar a las autoridades fiscales, los datos necesarios para la determinación de los impuestos al comercio o proporcionarlos con falsedad.

9) Ocultar ante las autoridades fiscales, total o parcialmente, el monto de ventas o ingresos gravados.

IV.1. Los tipos de defraudación fiscal reconocidos en el CFF mexicano

El Código Fiscal de la Federación mexicano (CFF) vigente, reconoce cuatro tipos de delitos asociados a la defraudación fiscal:

IV.1.a. Defraudación fiscal genérica

Por un lado, tenemos a la defraudación fiscal genérica, prevista en el primer párrafo del art. 108 que a la letra dice:

"Art. 108.- Comete el delito de defraudación fiscal quien, con uso de engaños o aprovechamiento de errores, omita total o parcialmente el pago de alguna contribución u obtenga un beneficio indebido con perjuicio del fisco federal.

...

El delito de defraudación fiscal se sancionará con las penas siguientes:

I. Con prisión de tres meses a dos años, cuando el monto de lo defraudado no exceda de *$1,734,280.00*.

II. Con prisión de dos años a cinco años cuando el monto de lo defraudado exceda de *$1,734,280.00* pero no de *$2,601,410.00*.

III. Con prisión de tres años a nueve años cuando el monto de lo defraudado fuere mayor de *$2,601,410.00*.

Cuando no se pueda determinar la cuantía de lo que se defraudó, la pena será de tres meses a seis años de prisión."

IV.1.b. Defraudación fiscal equiparable

El delito de defraudación fiscal equiparable se encuentra previsto en el art. 109 del Código tributario federal. El apelativo equiparable refiere en principio, que las mismas penas que están consideradas para el delito de defraudación fiscal genérica previsto en el art. 108 del Código en cita, resultan aplicables a las figuras previstas en el art. 109 del mismo ordenamiento. Se trata de delitos de mera conducta o actividad.

Las figuras que actualizan la defraudación fiscal equiparable son:

"Art. 109.- Será sancionado con las mismas penas del delito de defraudación fiscal, quien:

I. Consigne en las declaraciones que presente para los efectos fiscales, deducciones falsas o ingresos acumulables menores a los realmente obtenidos o valor de actos o actividades menores a los realmente obtenidos o realizados o determinados conforme a las leyes. En la misma forma será sancionada aquella persona física que perciba ingresos acumulables, cuando realice en un ejercicio fiscal erogaciones superiores a los ingresos declarados en el propio ejercicio y no compruebe a la autoridad fiscal el origen de la discrepancia en los plazos y conforme al procedimiento establecido en la Ley del Impuesto sobre la Renta.

II. Omita enterar a las autoridades fiscales, dentro del plazo que la ley establezca, las cantidades que por concepto de contribuciones hubiere retenido o recaudado.

III. Se beneficie sin derecho de un subsidio o estímulo fiscal.

IV. Simule uno o más actos o contratos obteniendo un beneficio indebido con perjuicio del fisco federal.

V. Sea responsable por omitir presentar por más de doce meses las declaraciones que tengan carácter de definitivas, así como las de un ejercicio fiscal que exijan las leyes fiscales, dejando de pagar la contribución correspondiente.

VI. Derogada

VII. Derogada

VIII. Darle efectos fiscales a los comprobantes digitales cuando no reúnan los requisitos de los arts. 29 y 29-A de este Código".

IV.1.c.Defraudación fiscal calificada

En 1997 se crea el delito de defraudación fiscal calificada (o también llamado por un sector de la doctrina como agravada), la cual consiste en sancionar con un incremento en una mitad de la pena privativa de libertad que corresponda cuando se actualice cualquiera de las agravantes que se consignan en el séptimo párrafo del art. 108 CFF.

Las calificativas que se contemplan actualmente son las que se originan por:

"...

a).- Usar documentos falsos.

b).- Omitir reiteradamente la expedición de comprobantes por las actividades que se realicen, siempre que las disposiciones fiscales establezcan la obligación de expedirlos. Se entiende que existe una conducta reiterada cuando durante un período de cinco años el contribuyente haya sido sancionado por esa conducta la segunda o posteriores veces.

c).- Manifestar datos falsos para obtener de la autoridad fiscal la devolución de contribuciones que no le correspondan.

d).- No llevar los sistemas o registros contables a que se esté obligado conforme a las disposiciones fiscales o asentar datos falsos en dichos sistemas o registros.

e) Omitir contribuciones retenidas, recaudadas o trasladadas.

f) Manifestar datos falsos para realizar la compensación de contribuciones que no le correspondan.

g) Utilizar datos falsos para acreditar o disminuir contribuciones.

h) Declarar pérdidas fiscales inexistentes.

Cuando los delitos sean calificados, la pena que corresponda se aumentará en una mitad".

IV.1.d. Defraudación fiscal presunta

Finalmente, tenemos a la defraudación fiscal presunta, la cual se actualiza cuando existen ingresos o recursos que provengan de operaciones con recursos de procedencia ilícita (lavado de dinero). Dicho delito se adiciona al CFF en el año de 2008.

V. Modalidades a través de las cuales se relaciona la defraudación fiscal y el lavado de dinero en la normativa mexicana

Siguiendo la tendencia internacional de gravar los ingresos obtenidos de fuente ilícita, así como asociar la defraudación fiscal al lavado de dinero, en el 2008 el legislador mexicano incorpora un tercer párrafo al art. 108 CFF, para crear la figura de la defraudación fiscal presunta en los siguientes términos:

"...

El delito de defraudación fiscal y el delito previsto en el art. 400 bis del Cód. Penal Federal, se podrán perseguir simultáneamente. *Se presume cometido el delito de defraudación fiscal cuando existan ingresos derivados de operaciones con recursos de procedencia ilícita".*

La exposición de motivos de dicha iniciativa de reforma estableció que se hacía conveniente aclarar con relación al delito de defraudación fiscal, previsto en el art. 108 del Código Tributario, que este se configurará cuando se omita el pago de alguna contribución**,** *independientemente de la procedencia lícita o ilícita de los recursos,* así como especificar que dicho delito y el previsto en el art. 400 bis del Código Penal Federal se podrán perseguir simultáneamente.

El Dictamen de la Comisión de Hacienda y Crédito Público, de la Cámara de Diputados al respecto estableció:

"Esta Comisión Dictaminadora considera que la reforma en materia penal al Código Fiscal de la Federación que se contempla en la Iniciativa del Ejecutivo Federal debe ser objeto de una reforma integral sobre el particular. Lo anterior derivado de la importancia de contar con un marco jurídico que atienda todas aquellas cuestiones que permitan inhibir la defraudación fiscal, así como fortalecer las atribuciones de la autoridad fiscal para su adecuada actuación en juicios de esa naturaleza, para lo cual es conveniente realizar un análisis profundo sobre el tema. No obstante, lo anterior, se considera conveniente que la modificación al art. 108 del Código Fiscal de la Federación se incluya en la presente reforma, a efecto de aclarar que el delito de lavado de dinero se debe perseguir de forma conjunta a la defraudación fiscal".

La Administración Tributaria Mexicana ha pretendido asociar al fraude fiscal y al lavado de dinero, mediante alguna de las siguientes modalidades:

Por un lado, al considerar que la defraudación fiscal constituye un delito previo o antecedente al lavado de dinero, conforme al tipo penal regulado en el art. 400 bis del Código Penal Federal; y por otro, al considerar que los recursos económicos y financieros provenientes de actividades ilícitas actualizan una presunta defraudación fiscal, lo que en el derecho comparado se ha denominado la tributación de las ganancias o rentas ilícitas.

Como ya se señaló, México inició con mayor énfasis su política criminal de combate a los delitos fiscales asociados al lavado de dinero, a partir de la incorporación del tercer párrafo del art. 108 CFF del año 2008, donde se estableció que el delito de defraudación fiscal y el delito previsto en el art. 400 bis del Código Penal Federal (lavado de dinero), se podían perseguir simultáneamente. Adicionalmente, se creó la figura de la defraudación fiscal presunta.

V.1. La defraudación fiscal como delito precedente al lavado de dinero

A pesar de que el delito de lavado de dinero nació en la normativa mexicana como un injusto de naturaleza fiscal desde el 1º de enero de 1990, con la inclusión del art. 115-bis al Código Fiscal Federal, lo cierto es que la política criminal del estado mexicano para combatir la defraudación fiscal vinculada al lavado de dinero había sido del todo nula **(10)**.

En la última revisión de las 40 Recomendaciones del GAFI de febrero de 2012, que a nivel mundial propició una expansión en la lucha contra el delito de lavado de dinero, este organismo intergubernamental "sugirió" a los países miembros (entre ellos México, que es parte desde el año 2000) un extenso catálogo de delitos con la finalidad de incluir la mayor gama posible de delitos determinantes, entre los que sobresalen los delitos fiscales asociados a impuestos directos e indirectos.

Posteriormente, en el año 2017 la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), publicó el informe "Fighting Tax Crime: The Ten Global Principles", que en su principio número 7 establece que los países deben designar los delitos impositivos como uno de los principales delitos base del lavado de dinero.

Entre los países que han incorporado la evasión fiscal como delito precedente al lavado de dinero, se encuentran Argentina, Andorra, Australia, Bélgica, Brasil, la Unión Europea, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Irlanda, Islandia, Italia, Suecia, Estados Unidos, Portugal, Perú, Suiza, entre otros.

(10) Entre 1989 y agosto de 1994 se presentaron alrededor de 700 querellas por evasiones fiscales ... y solo se registran dos sentencias por defraudación fiscal (Sexto informe de gobierno del presidente Carlos Salinas de Gortari).

El tipo penal del delito de lavado de dinero en México no contiene un catálogo de delitos que deban ser considerados como antecedentes para actualizarlo, como sí acontece en otros países.

El art. 400 bis CPF contempla un delito que tipifica el lavado del producto de cualquier actividad ilícita tipificada en la legislación mexicana. Por ello, los delitos determinantes o antecedentes de lavado de dinero se extienden a todos los delitos que bajo la normativa nacional son capaces de generar no solo recursos, sino también bienes o derechos de origen ilícito. En otras palabras, el legislador nacional optó por emplear el sistema de cualquier delito, cuando estableció en el párrafo segundo del art. 400 bis, que los recursos, derechos o bienes pueden provenir, directa o indirectamente, o representar las ganancias derivadas de la comisión de algún delito.

De igual manera, no se debe perder de vista que tanto el fraude fiscal como el lavado de dinero son dos delitos autónomos, con elementos propios y que tutelan bienes jurídicos distintos, de ahí que no se requiera contar con una sentencia condenatoria respecto de la ilicitud de los recursos obtenidos por el delito previo. Así incluso, lo han reconocido los tribunales mexicanos.

V.2. La tributación de las rentas ilícitas producto de presunta defraudación fiscal

Sin ánimo de entrar al interesante debate que existe en la doctrina internacional respecto a las posturas a favor, en contra y algunas intermedias para sujetar a gravamen a las rentas ilícitas, diremos que, en el caso de México, y a raíz de la incorporación del tercer párrafo al art. 108 CFF en el año 2008, las rentas ilícitas sí pueden estar sujetas a tributación, siguiendo la tradición del principio "Pecunia Non Olet".

Lo anterior se sostiene, porque para la autoridad fiscal mexicana (Servicio de Administración Tributaria), deben tributar todos los ingresos o rentas obtenidas de fuente de riqueza en territorio nacional, con independencia del origen lícito o ilícito de estas.

Hasta el momento, tanto la doctrina como la jurisprudencia mexicana no se han pronunciado abiertamente sobre este tema, como sí ha acontecido en diversos países de Iberoamérica, tal vez partiendo de la idea de que el Estado solo puede aplicar las consecuencias jurídico-patrimoniales aplicables a los delitos, como sería el decomiso y la extinción de dominio de bienes en favor del Estado. Esto es, pareciera que las autoridades encargadas de prevenir, perseguir y combatir los delitos aquí comentados han entendido que se puede sancionar la obtención de las rentas ilícitas pero la vía tributaria no es el mecanismo idóneo para ello.

Desde luego, si el producto o renta ilícita fuera motivo de decomiso o extinción de dominio por existir una sentencia que lo origine, no cabría la posibilidad de someter a tributación los recursos obtenidos ilícitamente, porque vulneraría el principio *non bis in ídem* reconocido en el art. 23 de la Constitución Federal; además de que podría alegarse la falta de capacidad contributiva ante el decomiso o extinción de dominio realizado.

Pero sin en cambio, si existen erogaciones efectuadas como consecuencia de violar alguna norma prohibida, entonces sí la autoridad tributaria podría inhibir o prohibir la deducibilidad de dicha erogación, pues como lo apunta Herrera Molina **(11)**, la ilicitud radical de un acto sí excluye su deducibilidad, pues excluye una relación razonable con la obtención de ingresos. Así lo ha confirmado también la autoridad fiscal mexicana al emitir el criterio normativo *20/ISR/N Actos u operaciones prohibidos por la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita. La realización de dichos actos u operaciones implica la no deducción de las erogaciones relacionadas con aquellos.*

Finalmente, se comparte parcialmente la postura de un sector de la doctrina cuando afirman que los recursos obtenidos de manera lícita generados de fuente ilícita sí deben

(11) HERRERA, P. (2003). "Fiscalidad de los actos ilícitos". Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, p. 37.

estar sujetos a tributación **(12)**, pero siempre y cuando no exista sentencia que confirme tal supuesto, porque de lo contrario se atentaría contra el principio de cosa juzgada, en virtud de que si está probada la comisión de un delito no debieran estar gravados los recursos obtenidos para efectos impositivos. Para ello, en todo caso, podrían utilizarse figuras como el incremento patrimonial no justificado, que en el derecho fiscal mexicano se conoce como la discrepancia fiscal.

VI. Conclusiones

- Existe un estrecho vínculo entre la defraudación fiscal y el lavado de dinero. La inclusión de los delitos tributarios como delito determinante para el lavado de dinero es importante, porque significa que una persona que ha cometido lavado de dinero también puede ser acusada por el delito predicado o subyacente.

- La defraudación fiscal y el lavado de dinero constituyen delitos autónomos uno del otro, con elementos propios y bienes jurídicos protegidos distintos.

- El gravar las rentas ilícitas admite diversas posturas, pero también cabe la posibilidad de aplicar el decomiso y la extinción de dominio de bienes a favor del Estado, en términos de lo que dispongan las leyes respectivas de cada país. Sin embargo, considero que no es posible emplear ambas instituciones porque tal proceder resultaría inconstitucional.

- Las erogaciones, para ser considerada su deducibilidad, no deben ser contrarias a las leyes de orden público, ni violar normar prohibitivas.

(12) BRAVO, J. (2004). "Los actos ilícitos y el concepto de rentas". VIII Jornadas Nacionales de Derecho Tributario. Lima, Perú.

VII. Bibliografía

ABC Anti lavado. Aspectos clave para un cumplimiento efectivo (s.f.). Recuperado de: http://www.lavadodinero.com/varios/seminarios/Pres_ABC_Antilavado.pdf.

BRAVO, J. (2004). "Los actos ilícitos y el concepto de rentas". VIII Jornadas Nacionales de Derecho Tributario. Lima, Perú, p. 14

El FMI y la lucha contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo (2016). Recuperado de: https://www.imf.org/external/np/exr/facts/spa/amls.htm.

GAFI (2008). Informe de Evaluación Mutua Anti Lavado de Activos y contra el Financiamiento del Terrorismo, México, p. 64.

HERRERA, P. (2003). "Fiscalidad de los actos ilícitos". Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, p. 37.

Las Recomendaciones del GAFI (2012). Grupo de Acción Financiera de Sudamérica (GAFISUD). Recuperado de: http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf.

MICHEL, A. (2018). "Derecho Penal Fiscal". México: Editorial Porrúa, p. 1225.

OECD (2009). Qué hay que saber sobre el blanqueo de capitales. Guía para el control fiscal. Recuperado de: https://www.oecd.org/tax/crime/44751918.pdf.

ORTIZ, A. (2018). "El delito de lavado de dinero. La reforma penal de 2014". México: Editorial Porrúa, p. 87.

Riesgos y métodos del lavado de dinero. Guía de estudio ACAMS. Recuperado de: http://files.acams.org/pdfs/Spanish_Study_Guide/Chapter_2.pdf.

Asociación ilícita tributaria en la ley 27.430: tendencias doctrinarias y jurisprudenciales

Leonardo G. Brond

Sumario: I. Introducción.— II. Evolución legislativa.— III. Bien jurídico protegido.— IV. Tipo objetivo.— V. Tipo subjetivo.— VI. Consumación y tentativa.— VII. Autoría y participación.— VIII. La pena.— IX. Conclusiones.

I. Introducción

La figura de la asociación ilícita tributaria ha generado polémica desde el inicio de su existencia. Su polémica es transversal al derecho penal, al derecho procesal penal y al derecho constitucional.

Ha sido criticada y también ha sido aplaudida. Ha sido declarada inconstitucional y ha sido considerada conforme a derecho.

Ha generado voluminosos expedientes federales y una producción literaria poco frecuente en la República Argentina para un tipo penal en particular.

Ha sido fundamento de procesamientos, y ha comenzado a ser base legal de condenas.

El objeto de este trabajo es analizar cómo han evolucionado los principales problemas que ha generado la figura de la "asociación de malhechores tributarios" —al decir de Carrara— en la ley 27.430, cuyo texto dispone:

"Art. 15

El que a sabiendas:

c) Formare parte de una organización o asociación compuesta por tres o más personas que habitualmente esté destinada a cometer, colaborar o coadyuvar cualquiera de los ilícitos tipificados en esta ley, será reprimido con prisión de tres **(1)** años y seis **(2)** meses a diez **(3)** años. Si resultare ser jefe u organizador, la pena mínima se elevará a cinco **(4)** años de prisión".

II. Evolución legislativa

El texto originario de la ley 24.769 no preveía el delito de asociación ilícita tributaria. La figura

(*) Doctor en Derecho penal (Universidad de Buenos Aires). Secretario de Primera Instancia y Defensor Público Coadyuvante de la Defensoría General de la Nación. Ha realizado investigaciones en la Humboldt Universität zu Berlin y en la Georg-August Universität Göttingen. Es autor de las obras "Lavado de dinero. Responsabilidad de defensores por la aceptación de honorarios provenientes de un ilícito penal" y "Abandono de personas y omisión de auxilio". Entre sus traducciones del alemán al español se destacan las siguientes: Wolfgang Naucke, "Derecho Penal. Una introducción"; Hellmuth von Weber, "Lineamientos del Derecho penal alemán"; Wolfgang Naucke – Regina Harzer, "Filosofía del Derecho. Conceptos básicos"; Anselm von Feuerbach, "Anti-Hobbes. O sobre los límites del poder supremo y el derecho de coacción del ciudadano contra el soberano"; Georg Dahm – Friedrich Schaffstein, "¿Derecho penal liberal o derecho penal autoritario?"; Stephan Barton "Introducción a la defensa penal".

(1) Ibidem, p. 1014.

(2) SOLER, Osvaldo H., "La "asociación ilícita" como delito autónomo en materia tributaria. Consideraciones de la ley 25.874 publicada en el BO el 22/01/2004", diario La Ley 02/02/04, p. 2.

(3) PAMPLIEGA, Ignacio M., "Asociación ilícita para delitos tributarios; un remedio legislativo", ED, 27/02/04, ps. 7 y 8.

(4) RUETTI, Germán J., "La asociación ilícita del código penal, los delitos tributarios y la nueva tipificación especial en la ley penal tributaria", LA LEY, 2004-B, 897.

en estudio fue introducida por la ley 25.874. Por ello, el tipo penal resulta aplicable únicamente para las conductas que se subsuman en él con vigencia posterior al 31/01/2004 **(5)**.

Los motivos de la ley 25.874 fueron expuestos por Carlos Fernando Lucuy **(6)**. Según el entonces titular de la AFIP-DGI, el tipo penal en análisis tiene su fundamento en la existencia de situaciones de especial gravedad, cuales se manifiestan en el hallazgo de usinas de facturas apócrifas **(7)**.

Sin embargo, cabe señalar que la facturación apócrifa existe desde los inicios de la contabilidad, e incluso existía en el derecho romano.

Durante el trámite de la sanción de la ley 25.874, la Cámara de Diputados del Congreso de la Nación había aprobado un texto que pretendía ubicar el problema no en el art. 15, inc. c), ley 24.769, sino en un párrafo incorporado al art. 210, Cód. Penal. El proyecto disponía: "Agréguese como segundo párrafo del art. 210 del Código Penal el siguiente texto: "Las mismas penas serán aplicables cuando una asociación o banda como la descripta en el párrafo anterior estuviere destinada a cometer cualquiera de los delitos previstos por la ley 24.769 o brindar la colaboración necesaria para facilitar o posibilitar su comisión. En este supuesto el mínimo de la escala penal previsto en el párrafo anterior para sus jefes u organizadores será de seis años de prisión o reclusión".

El trabajo legislativo mencionado no prosperó en el Senado, pues el senador Agúndez consideró que no tendría aplicación fecunda un tipo penal de asociación ilícita tributaria inserto en el art. 210 del Cód. Penal, debido a que la Corte Suprema de Justicia de la Nación *habría dicho* **(8)**, que ese precepto protege el orden público, o la también llamada tranquilidad pública, pero no el erario nacional.

La ley 26.735 ha dejado intacto el texto del art. 15, inc. c), ley 24.769, ordenado por la ley 25.874. Empero, la ley 26.735 ha tenido en consideración las "usinas de facturas apócrifas", porque tipificó un nuevo supuesto de evasión agravada: si hubiere mediado la utilización total o parcial de facturas o cualquier otro documento equivalente, ideológica o materialmente falso.

La ley 27.430 ha ampliado el alcance de la figura de la asociación ilícita tributaria. Pues, ha incorporado dos destinos posibles a la asociación ilícita tributaria: "colaborar" o "coadyuvar" en delitos tributarios.

III. Bien jurídico protegido

Se ha discutido vivamente en relación con el bien jurídico tutelado por el art. 15, inc. c), de la ley 24.769, discusión que se mantiene en la redacción de la ley 27.430. Algunas posturas niegan que el precepto proteja bien jurídico alguno, otras consideran protegida la hacienda pública, otras conciben el tipo penal en cuestión como delito pluriofensivo. Veamos.

III.1. Ausencia de bien jurídico protegido

Algunos autores —sobre todo al poco tiempo de sancionada la ley 25.874— han dicho que el art. 15, inc. c), ley 24.769 no protege bien jurídico alguno. Según Ruetti, se trata de un delito de peligro abstracto, cuya peligrosidad se valora *ex ante*, y "no protege ningún bien jurídico"**(9)**.

Osvaldo Soler ha señalado que el art. 15, inc. c), ley 24.769 no contiene una descripción nítida de la conducta que se castiga, "ni se define el bien jurídico protegido por cuyo motivo, consideramos que la norma es inconstitucional"**(10)**.

(5) SEMACHOWICZ, Esteban D. - LEDESMA, Matías, en "Régimen Penal Tributario Comentado", BERTAZZA, Humberto J. (Director), La Ley, Buenos Aires, 2020, p. 149.

(6) LUCUY, Carlos F., "El combate al crimen fiscal organizado", Errepar, Doctrina Tributaria, nº 284, noviembre 2003, p. 1005.

(7) Ibidem, p. 1014.

(8) CSJN, Fallos 324:3959, "Stancanelli", Néstor Edgardo y otro s/ abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionario público s/ incidente de apelación de Yoma, Emir Fuad", 20/11/2001.

(9) RUETTI, Germán J., "La asociación ilícita del código penal, los delitos tributarios y la nueva tipificación especial en la ley penal tributaria", LA LEY, 2004-B, 897.

(10) SOLER, Osvaldo H., "La "asociación ilícita" como delito autónomo en materia tributaria. Consideraciones de la ley 25.874 publicada en el BO el 22/01/2004", diario La Ley 02/02/04, p. 2.

En el mismo sentido se ha manifestado López Biscayart **(11)**.

Esta postura doctrinaria tiene importancia meramente histórica. No parece sostenible que el tipo penal del art. 15, inc. c), ley 24.769 no proteja bien jurídico alguno, a pesar de estar ubicado nada menos que en la ley penal tributaria. Por otra parte, la teoría dominante ha admitido la existencia de bienes jurídicos supraindividuales vinculados al funcionamiento de las instituciones vitales para la convivencia pacífica de la sociedad: la organización de los poderes del Estado, la administración pública, el sistema crediticio y el sistema tributario.

III.2. Hacienda pública

Una segunda corriente doctrinaria afirma que el bien jurídico tutelado por la figura de la asociación ilícita tributaria es la hacienda pública.

En este sentido se han manifestado Sánchez Torres y López Parga, señalando que se trató de lograr la misma protección que en la ley 24.769 **(12)**.

Aguirre Mosquera y De Allende señalan que el bien jurídico protegido es la hacienda pública en su faz dinámica (tendiente a la percepción de la renta fiscal) **(13)**.

Pampliega también ha dicho que el bien jurídico protegido es el patrimonio del fisco **(14)**.

En similar sentido toma posición De Llano, para quien a partir de que se incluye el tipo penal en la ley 24.769, el bien jurídico *"no sería otro que el tutelado por esta ley* —la intangibilidad de la recaudación tributaria—..."**(15)**.

En esta línea también se ubica Spinka, quien señala que si bien el art. 15, inc. c), reprime la "asociación ilícita tributaria", no puede derivarse de ello que este precepto afecte el orden público en los términos del art. 210, Cód. Penal. Pues, su inserción en la ley penal tributaria es un dato relevante que obliga sostener que afecta lo protegido por la ley 24.769, esto es, el íntegro y tempestivo ingreso de tributos, aportes y contribuciones, así como la correcta redistribución de lo tributario **(16)**. Coincide con ello Demarco **(17)**; también Fiocco y Pérez **(18)**.

Entendemos que es esta la posición correcta **(19)**. La única aclaración que corresponde efectuar es que por "hacienda pública" en la ley 24.769 se entendía la hacienda pública nacional, mientras que a partir de la ley 26.735 (BO del 28/12/2011) por "hacienda pública" ha de entenderse la hacienda nacional, provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Esta es, además, la tendencia doctrinaria actual.

II.3. Delito pluriofensivo

Otra postura considera que es un delito pluriofensivo.

---

(11) LÓPEZ BISCAYART, Javier, "El agravamiento de los delitos tributarios y la asociación ilícita fiscal", en: FOLCO, Carlos María y otros, Ilícitos fiscales, Asociación ilícita en materia tributaria, ley 25.874, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 141.

(12) SÁNCHEZ TORRES, Abel G. - LÓPEZ PARGA, Lucía, "Algunos aspectos del delito de asociación ilícita fiscal", en Derecho Penal Tributario. Análisis integral y sistemático. Derechos y garantías constitucionales, Álvarez Echagüe, Juan Manuel — Sferco, José María (Directores), Ad-Hoc, Buenos Aires, 2019, p. 604.

(13) AGUIRRE MOSQUERA, Jorge B. - DE ALLENDE, Manuel, "Asociaciones ilícitas en materia tributaria. Vicisitudes de la coexistencia de tipos penales", en Derecho Penal Tributario, Álvarez Echagüe - Sferco (Directores), Ad—Hoc, Buenos Aires, 2019, p. 623.

(14) PAMPLIEGA, Ignacio M., "Asociación ilícita para delitos tributarios; un remedio legislativo", ED, 27/02/04, ps. 7 y 8.

(15) DE LLANO, Hernán Gustavo, "El delito de asociación ilícita fiscal y la agravante por el concurso de personas", en: VIRGOLINI, Julio y otros, "Derecho penal tributario. Cuestiones críticas", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 255.

(16) SPINKA, Roberto E., "Derecho penal tributario y previsional", Astrea, Bs. As., 2007, p. 360.

(17) DEMARCO, Jorge H., "El delito de asociación ilícita tributaria y el agravamiento de penas en la ley 24.769", punto 3.3, en: www.aaef.org.ar.

(18) FIOCCO, Roberto - PÉREZ, Daniel G., "Prolepsis y efectos de la "asociación ilícita tributaria", en: Navarrine, Susana Camila (Directora), Revista Impuestos, La Ley, Doctrinas Esenciales, tomo III, Buenos Aires, 2010, p. 901.

(19) CNPen. Econ., Sala B, Incidente de Apelación del auto de procesamiento en causa nº 1705/05, caratulada "Di Biase, Luis Antonio, s/ Asociación ilícita".

En esta posición se enrola Abraldes, para quien lo resguardado no es ya en forma exclusiva la tranquilidad o el orden público. Por el contrario, la inserción en la normativa específica de la ley penal tributaria ha producido que lo primordialmente protegido sean las funciones del tributo **(20)**. Según Abraldes se trataría de un delito pluriofensivo, por cuanto se ha tenido en cuenta, a los fines de la tutela, más de un interés **(21)**.

También sostiene Di Laudo, que el tipo penal en cuestión protege la hacienda pública y el orden público **(22)**. Ochoa señala que el bien jurídico tutelado es el orden público económico, y afirma que este bien tiene mayor amplitud que la hacienda pública **(23)**.

Borinsky, Turano, Rodríguez y Schurjin Almenar parecen adherir a esta tesis en la medida en que no consideran razonable, a los fines de la configuración del delito de asociación ilícita, "sostener que no se afecta la tranquilidad pública, en los casos en que se evidencia una empresa criminal cuyo objeto último es lograr la comisión de múltiples e indeterminados delitos tributarios"**(24)**.

La Sala B de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, causa 273/2008, "Averiguación de evasión impositiva", rta. 24/09/2008, adhirió también a esta corriente doctrinaria, señalando que el art. 15, inc. c), de la ley penal tributaria es un delito pluriofensivo, por cuanto se protege el orden público y la recaudación de la renta que afecta a la sociedad toda en su conjunto (voto del Dr. Ignacio María Vélez Funes).

La teoría de los delitos pluriofensivos tiene el inconveniente de justificar penas excesivamente altas. En efecto, no hay un solo caso conocido en que la pluriofensividad haya funcionado como límite al *ius puniendi*. Por el contrario, ha ocurrido —y más de una vez— que la doctrina dedujo la protección de más de un interés únicamente a partir de la elevada escala penal. Otro inconveniente que presenta la teoría de los delitos pluriofensivos radica en su falta de operatividad. Si bien la teoría del delito pluriofensivo tiene sus seguidores, es importante destacar que varía mucho la composición de los bienes que la integran, no solo en su denominación sino también en su cantidad.

Por ello, apenas se examina el contenido de la pluriofensividad, se advierte que prácticamente cada doctrinario tiene su propia y particular postura en cuanto al contenido de la pluriofensividad, con lo cual, se torna complejo determinar si hubo o no, en definitiva, una afectación al bien jurídico y en qué grado. En estas condiciones, es difícil determinar si la teoría de los delitos pluriofensivos resiste hoy en día el cotejo con los arts. 19, 28 y 33, CN.

IV. Tipo objetivo

El tipo objetivo requiere de los siguientes elementos: 1) formar parte de una asociación u organización; 2) número mínimo de intervinientes; 3) el propósito colectivo de infringir la ley 24.769; 4) en forma habitual. Nos ocuparemos seguidamente de ellos.

IV.1. Formar parte de una asociación u organización

Debe existir un acuerdo para cometer delitos **(25)**, en el caso, tributarios. No cualquier

(20) ABRALDES, Sandro F., "La reforma operada por la ley 25.874", en: Donna, Edgardo A. (coord.), Reformas penales, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 267.

(21) Abraldes, Sandro F., "La protección al bien jurídico en la reforma a la Ley Penal Tributaria y Previsional", en: FOLCO, Carlos María y otros, Ilícitos fiscales, Asociación ilícita en materia tributaria, ley 25.874, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 211.

(22) DI LAUDO, María Eugenia, "La llamada "asociación ilícita tributaria". Sus problemas dogmáticos", en: Revista Nova Tesis, año 1, nº 3, Derecho Penal y Procesal Penal, mayo-junio 2007, p. 64.

(23) OCHOA, Carlos Arturo, "Ley penal tributaria (N° 24.769) comentada", Alveroni, Córdoba, 2007, p. 107.

(24) BORINSKY, Mariano H. - TURANO, Pablo Nicolás - RODRÍGUEZ, Magdalena - SCHURJIN ALMENAR, Daniel, "Delitos tributarios y contra la seguridad social", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2020, ps. 451/452.

(25) SEMACHOWICZ - LEDESMA, en "Régimen Penal Tributario Comentado", Bertazza (Director), La Ley, Buenos Aires, 2020, p. 153; ABOSO, Gustavo Eduardo, "Código Penal de la República Argentina Comentado", concordado con jurisprudencia, B de F, Buenos Aires, 2018, 5ª ed., p. 1254; CORNEJO, Abel, "Asociación ilícita", Ad-Hoc, Bs. As., 1992, p. 39; DONNA, Edgardo A., "Derecho Penal. Parte Especial", Rubinzal Culzoni,

acuerdo implica asociación ilícita. La doctrina exige dos características a este acuerdo: que sea estable y permanente. La característica de estabilidad y permanencia permite distinguir entre el delito de asociación ilícita (art. 210 Cód. Penal) y la mera participación en un delito determinado.

La permanencia, como característica del acuerdo para una asociación ilícita viene siendo remarcada desde la época de Carrara, quien decía que "este elemento se olvida con frecuencia por los acusadores, los cuales cuando encuentran un cierto número de personas accidentalmente reunidas para cometer cualquier delito, se apresuran a imputar sin más el título de asociación de malhechores. Pero otras tantas veces los jueces de buen sentido rechazan el título inconsideradamente imputado, por la falta, precisamente, del extremo esencial de la organización permanente. Así lo hizo la Casación de Francia el 30 de septiembre de 1869, anulando una sentencia que había admitido la existencia de este título sin declarar que estaba probada la organización permanente"**(26)**.

La jurisprudencia ha insistido en la característica de la permanencia para distinguir entre asociación ilícita y mera participación criminal: "La asociación ilícita requiere la existencia de un acuerdo tácito o expreso entre tres o más personas en orden al objetivo previsto en el art. 210 del Cód. Penal: cometer delitos. Tal acuerdo debe sugerir cierta duración temporal, lo cual lo diferencia de una convergencia transitoria ordenada a cometer uno o más hechos determinados —propia de participación criminal"**(27)**.

A la inversa, la falta de permanencia ha conducido a negar que exista asociación ilícita, por más que estén acreditados los restantes elementos: "Debe revocarse el procesamiento decretado en orden al delito de asociación ilícita pues, si bien se encuentra comprobada la vinculación entre los sujetos que participaron en un robo, no se ha logrado acreditar que ellos conformen una organización estable y duradera en el tiempo. Es que, si bien, como se dijo, la vinculación entre los sujetos se encuentra comprobada de manera suficiente, no se ha logrado acreditar en la causa, la estructura de la asociación delictiva. Ha dicho la doctrina, que uno de los requisitos del tipo objetivo del delito descripto en el art. 210 del Cód. Penal es la organización, que debe tener carácter estable y ser duradera en el tiempo; a ello debe agregarse, entre otros requisitos, que debe existir una relación de reciprocidad y uniformidad que es lo que hace al sentimiento de pertenencia de sus integrantes"**(28)**.

Se comete la acción típica de "tomar parte" cuando el autor realiza un aporte efectivo a la asociación que se exteriorice como tal frente a los otros miembros, siendo insuficiente la mera "pertenencia" a la asociación **(29)**. El aporte efectivo es el centro de la acción típica. La pertenencia meramente formal, sin significado para el funcionamiento de la asociación, no está abarcada por el tipo penal **(30)**.

IV.2. Número mínimo de intervinientes

Esta asociación debe estar compuesta por tres o más personas imputables. Este tema no ha generado mayores dudas.

IV.3. Propósito colectivo de cometer, colaborar o coadyuvar en delitos previstos en la ley 27.430

El acuerdo, que debe ser estable y permanente, debe tener el propósito de cometer, colaborar o coadyuvar en delitos tipificados en la ley 27.430. No son suficientes las meras infracciones administrativas ni los delitos previstos en el código penal u otras leyes penales especiales

Santa Fe, 2005, T. II-C, p. 306 y ss.; BUOMPADRE, Jorge Eduardo, "Tratado de derecho penal, Parte Especial", Astrea, Buenos Aires, 2009, t. 2, 3ª ed., p. 558.

(26) CARRARA, Francesco, "Programa del Curso de Derecho Criminal, Parte Especial", t. VI, trad. de la 11° ed. italiana bajo la dirección de Sebastián Soler con la colaboración de Ernesto R. Gavier y Ricardo C. Núñez, Depalma, Buenos Aires, 1947, p. 145.

(27) CNCrim. y Correc., Sala VI, 29/04/97, "Costa, Roberto R. y otros".

(28) CNCrim. y Correc., Sala V, 21/07/06, "Fernández, Ramón y otros".

(29) ABRALDES, "La protección al bien jurídico en la reforma a la Ley Penal Tributaria y Previsional", en: FOLCO, Carlos María y otros, "Ilícitos fiscales", ob. cit., p. 219.

(30) ORCE, Guillermo - TROVATO, Gustavo Fabián, "Delitos tributarios, estudio analítico del régimen penal de la ley 24.769", Abeledo Perrot, Bs. As., 2008, p. 259.

distintas de la ley penal tributaria. Si las facturas apócrifas se utilizan para pagar sobornos o lavar dinero, no rige la figura en estudio, la cual requiere que las facturas apócrifas sean utilizadas para cometer delitos tributarios.

La ley 27.430 ha incorporado dos modalidades típicas: "colaborar" o "coadyuvar", que no estaban previstas en la ley derogada. Se trata de términos poco precisos para definir una figura legal **(31)**. Tales términos, aplicados sin limitaciones racionales, pueden abarcar las conductas de los profesionales en ciencias económicas que liquidan impuestos o certifican balances **(32)**.

IV.4. Habitualidad

Este elemento tiene una singular trascendencia y es por ello que ha suscitado los mayores problemas interpretativos. Se ha objetado la ambigüedad del adverbio "habitualmente", y se han emprendido distintos intentos de superarla. Los intentos han oscilado en dos direcciones, a saber, en la interpretación del derecho penal como "carta magna del delincuente" o como "carta magna del ciudadano"**(33)**.

Coincidimos con Naucke, en que todos los elementos que menciona un precepto penal tienen que ser ubicados dentro de la teoría del delito. En otras palabras: "[N]o hay objeto jurídico—penal que no se pueda ubicar en el sistema del hecho punible"**(34)**, o sea, "no hay elementos libres, por así decirlo, elementos objetivos o subjetivos de un precepto de la parte especial, que no se puedan ubicar en el sistema del hecho punible"**(35)**.

En este sentido, la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico ha exigido la verificación de la habitualidad —con la probabilidad que requiere la etapa instructoria—, pues, en el voto de Hornos se observan frases tales como "...no se advierte demostrada la presencia del requisito de habitualidad que se exige por el art. 15, inc. "c" de la ley 24.769", o bien, "no puede estimarse demostrado el requisito de habitualidad previsto por el art. 15, inc. "c" de la ley 24.769"**(36)**.

Compartimos la primera corriente doctrinaria **(37)**, integrada por Semachowicz y Ledesma, De Llano, Rivera, Di Laudo, Romero Villanueva, Cesano, Ramos y Majchrzak, que concibe a la habitualidad como elemento del tipo objetivo.

Esta postura exige prueba fehaciente de la habitualidad, no siendo suficientes las meras presunciones. La habitualidad solo puede deducirse de la repetición de hechos previos, que el grupo debe haber realizado y reiterado de modo que pueda considerarse adquirido ese modo especial de proceder **(38)**. Von Weber exige dos condenas firmes **(39)**. Francisco Fernández re-

(31) SEMACHOWICZ - LEDESMA, en "Régimen Penal Tributario Comentado", Bertazza (Director), La Ley, Buenos Aires, 2020, p. 154.

(32) RAPISARDA, Mario J., "Nueva Ley Penal Tributaria. Análisis de los cambios con respecto a su antecesora, Ley 24.769", en Doctrina penal tributaria y económica, Errepar, marzo 2018.

(33) NAUCKE, Wolfgang, "Derecho Penal", Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 84.

(34) Ibidem, p. 304.

(35) Ibidem, p. 314.

(36) CNPen. Econ., Sala B, causa nº 1705/05 caratulada "Di Biase, Luis Antonio s/ Asociación ilícita", consid. 83º, 92º del voto de Hornos. Al final del pronunciamiento se advierte que fue revocada la prisión preventiva de los procesados cuya habitualidad no pudo tenerse por acreditada.

(37) SEMACHOWICZ - LEDESMA, en "Régimen Penal Tributario Comentado", Bertazza (dir.), La Ley, Buenos Aires, 2020, p. 154; DE LLANO, "El delito de asociación ilícita fiscal y la agravante por el concurso de personas", en: VIRGOLINI, Julio y otros, "Derecho penal tributario", ob. cit., p. 260; RIVERA, Euclides Nicolás, "Análisis de la ley penal tributaria y previsional n° 24.769", Lerner, Córdoba, 2006, p. 108; DI LAUDO, "La llamada "asociación ilícita tributaria", cit., p. 65; ROMERO VILLANUEVA, Horacio J., "Una aproximación a la nueva reforma de la Ley Penal Tributaria: la ley 25.874", Lexis Nexis JA, 18/02/2004, p. 29 (JA, 2004-I); RAMOS, FEDERICO, Horacio — MAJCHRZAK, Mónica, en: "Código Penal de la Nación", D'ALESSIO, Andrés José (Director) - Divito, Mauro A. (Coordinador), Leyes Especiales Comentadas, La Ley, Buenos Aires, 2010, 2ª ed., t. III, p. 1479.

(38) LÓPEZ BISCAYART, Javier, "El agravamiento de los delitos tributarios y la asociación ilícita fiscal", en: FOLCO, Carlos María y otros, "Ilícitos fiscales", ob. cit., p. 170.

(39) VON WEBER, Hellmuth, "Lineamientos de derecho penal", Ediar, Bs. As., 2008, p. 161.

quiere al menos tres hechos homogéneos en cuanto a su significado jurídico—penal y en presencia de cierta conexión temporal **(40)**. Para tener por acreditada debidamente la habitualidad es necesario condenas anteriores de hechos de evasión cometidos por los integrantes de la asociación, o bien, al menos, un concurso real de delitos **(41)**. Solo puede existir habitualidad a partir de la comisión regular, constante, repetida, de ciertos hechos **(42)**.

No se da el elemento "habitualidad" —en su aspecto objetivo— cuando no se ha obtenido prueba de hechos anteriores, o bien, tales hechos se encuentran tan distanciados en el tiempo, que —pese a su reiteración— no puede hablarse de habitualidad.

El hecho de no estar acreditada la "habitualidad" en su faz objetiva es motivo de recurso de casación, pues, este elemento —concebido como elemento del tipo objetivo— requiere de prueba (oficios, certificados de condena, actas, causas acumuladas, etc.) para cuya revisión no es necesario ingresar en el ámbito de la inmediación, que es soberanía del tribunal condenatorio **(43)**.

La Sala B de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba **(44)**, interpretó la habitualidad como elemento del tipo objetivo. Tuvo por comprobada la habitualidad con base en la documentación secuestrada en poder de una de las imputadas y en las empresas investigadas, de la cual surgía claramente de que el emprendimiento ilícito venía desarrollándose desde hace tiempo y tenía proyección de futuro.

Si bien hemos concebido a la habitualidad como elemento del tipo objetivo, no ha sido esta la única interpretación posible. En efecto, se han ensayado numerosas interpretaciones alternativas, que no compartimos pero que, no obstante, repasaremos a continuación.

Algunas tesis interpretan la habitualidad en el sentido de "permanencia" como característica del delito de la asociación ilícita. En este sector se ubican Sánchez Torres y López Parga, quienes señalan que "la habitualidad sería un concepto que mira hacia la permanencia y la ratifica"**(45)**. En los mismos términos, Borinsky, Turano, Rodríguez y Schurjin Almenar entienden la habitualidad "como referencia al requisito de permanencia"**(46)**. Similar es la postura de Robiglio **(47)**, Mercado **(48)** y Spinka **(49)**, entre otros. Sin embargo, la habitualidad entendida como permanencia se reduce al concepto de permanencia, con lo cual, la acreditación de la habitualidad no exige nada distinto de lo que requiere la comprobación de la permanencia. Se trata de una simplificación que perjudica al imputado, en la medida en que suprime un elemento que debe ser probado por la acusación. Afecta, por ello, posiciones defensivas del imputado durante la instrucción, el juicio oral y la etapa recursiva.

Otras posturas han interpretado la habitualidad como elemento subjetivo del tipo distinto

(40) DE LLANO, "El delito de asociación ilícita fiscal y la agravante por el concurso de personas", en: VIRGOLINI, Julio y otros, "Derecho penal tributario", ob. cit., ps. 262 y 263.

(41) NERCELLAS, Marta, "Problemas de constitucionalidad en las agravantes del art. 15 de la LPT", en: Derecho Penal Tributario, t. II, Altamirano, Alejandro C. - Rubinska, Ramiro M. (Coordinadores), Marcial Pons, Buenos Aires, 2008, p. 817; RAMOS - MAJCHRZAK, en: "Código Penal de la Nación", D'Alessio (Director), ob. cit., 2ª ed., t. III, p. 1479.

(42) VIRGOLINI, Julio - SILVESTRONI, Mariano, "Derecho Penal Tributario", Hammurabi, Buenos Aires, 2014, p. 239.

(43) CS, 20/09/2005, "Casal, Matías E., y otro s/ robo simple en grado de tentativa", LA LEY, 2005-F, 384.

(44) C.F.A. Córdoba, causa 273/08, "Averiguación de evasión impositiva", rta. 24/09/2008 (voto de los Dres. Luis Roberto Rueda y Abel Sánchez Torres).

(45) SÁNCHEZ TORRES, Abel G. - LÓPEZ PARGA, Lucía, "Algunos aspectos del delito de asociación ilícita fiscal", en Derecho Penal Tributario, Álvarez Echagüe — Sferco (Directores), Ad-Hoc, Buenos Aires, 2019, p. 609.

(46) BORINSKY - TURANO - RODRÍGUEZ - SCHURJIN ALMENAR, "Delitos tributarios y contra la seguridad social", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2020, p. 454.

(47) ROBIGLIO, Carolina, "La autoría en los delitos tributarios, Ad—Hoc, Buenos Aires, 2004, p. 163.

(48) Mercado, Carlos Daniel, "El nuevo artículo 15 de la Ley Penal Tributaria", en: Revista del Centro Argentino de Estudios en lo Penal Tributario, Año II, Nº 11, p. 11.

(49) SPINKA, "Derecho penal tributario y previsional", ob. cit., p. 365.

del dolo. En este sector de la doctrina se ubica Catania, quien parece concebir la habitualidad como parte de un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo, esto es, como parte del propósito colectivo de delinquir: "Es en este contexto que debe incardinarse a la referencia "habitualmente", en cuanto señala los elementos que deben caracterizar al propósito: la continuidad (en el tiempo) y la reiteración o repetición de actos (delictivos, como propósito)"**(50)**. Parece seguir esta postura Riquert **(51)**. La posición de Catania se basa en Jescheck, quien ubica a la "habitualidad" como una hipótesis de los denominados delitos de tendencia interna intensificada **(52)**. Pero es dudoso que la opinión de Jescheck sea aplicable al caso. Pues, se refiere a delitos cometidos por un mismo individuo, el que "es movido por una inclinación hacia el delito correspondiente"**(53)**. En efecto, los tipos penales que mencionan la "habitualidad" son los §§ 284 II StGB —reprime "al que" organiza públicamente juegos de azar en forma habitual—, el § 292 III StGB —castiga "a quien" realiza caza furtiva en forma habitual— y el § 293 III del StGB —pena "a quien" realiza pesca furtiva en forma habitual **(54)**. No es convincente sostener que en la asociación ilícita tributaria hay tres o más personas, de las cuales cada una, en forma independiente, tiene una tendencia interna intensificada, proveniente de una especial inclinación hacia el delito, y que cada una de ellas tiene exactamente la misma tendencia y en el mismo grado. Es mucho más conforme al art. 15, inc. c), ley 27.430 afirmar que la habitualidad no se refiere a cada una de las personas individuales sino a la asociación misma, y que, por esa razón, integra el conocimiento de cada uno de sus miembros. La habitualidad, entendida como elemento subjetivo del tipo distinto del dolo, afecta también posiciones defensivas del reo. Pues, lo más frecuente es que aquella "tendencia interna" no tenga entidad suficiente para salir del ámbito de inmediación reservado a la soberanía del tribunal oral.

Otra postura, sostenida por Orce y Trovato, desconoce toda importancia dogmática al elemento "habitualidad": "[U]na vez que la asociación ilícita esté destinada a cometer delitos, que realmente los lleve a cabo de manera habitual, o solo muy de vez en cuando, es totalmente irrelevante"**(55)**. No compartimos esta interpretación, en la medida en que deja elementos del tipo penal sin asignarles un lugar específico en la teoría del delito.

V. Tipo subjetivo

Se trata de un delito doloso y que requiere dolo directo. Esta es la posición de la doctrina mayoritaria **(56)**.

El dolo eventual está excluido, aunque cierta jurisprudencia lo haya admitido **(57)**. Borinsky, Turano, Rodríguez y Schurjin Almenar señalan que el tipo penal exige "en principio" dolo directo **(58)**, con lo cual parecen dejar abierta la posibilidad de admitir el dolo eventual en ciertos supuestos excepcionales.

(50) CATANIA, Alejandro, "Régimen Penal Tributario, Estudio de la ley 24.769", Del Puerto, Buenos Aires, 2007, 2ª ed., p. 238.

(51) RIQUERT, Marcelo A., "Régimen penal tributario y previsional. Ley 27.430. Comentada. Anotada", Hammurabi, 2018, 2ª ed., ps. 275/277. Sin embargo, el mismo autor, en "Cuestiones de Derecho Penal y Procesal Penal Tributario", Ediar, Buenos Aires, 2004, 2ª ed., p. 358, había interpretado a la habitualidad en sentido de "permanencia".

(52) JESCHECK, Hans Heinrich, "Tratado de Derecho Penal. Parte General", trad. de la 4ª ed. alemana, por M. S., Comares, Granada, 1993, p. 287.

(53) Ibidem, p. 287.

(54) LÓPEZ DÍAZ, Claudia (trad.), "Código Penal Alemán (StGB)", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, ps. 234 y 238.

(55) ORCE - TROVATO, "Delitos tributarios", ob. cit., p. 262.

(56) RIQUERT, "Régimen penal tributario y previsional. Ley 27.430", ob. cit., p. 280; RUETTI, "La asociación ilícita del código penal, los delitos tributarios y la nueva tipificación especial en la ley penal tributaria", LA LEY, 2004-B, 897; SPINKA, "Derecho penal tributario y previsional", ob. cit., p. 361; LÓPEZ BISCAYART, "El agravamiento de los delitos tributarios y la asociación ilícita fiscal", en: FOLCO, Carlos María y otros, "Ilícitos fiscales", ob. cit., p. 166; RIVERA, Euclides Nicolás, "Análisis de la ley penal tributaria y previsional n° 24.769", Lerner, Córdoba, 2006, p. 108.

(57) CNPen. Econ., Sala B, autos "Real de Azúa", consid. 22.

(58) BORINSKY - TURANO - RODRÍGUEZ - SCHURJIN ALMENAR, "Delitos tributarios y contra la seguridad social", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2020, p. 454.

La doctrina mayoritaria le asigna al dolo un contenido cognoscitivo y volitivo más reducido al que nosotros consideramos que requiere.

Así, para Catania el dolo requerido por la figura consiste en el "conocimiento de estar integrando una organización junto al menos dos personas más, del objeto de la misma (comunidad del propósito) y la voluntad de contribuir a aquella de alguna manera"**(59)**.

En similar tesitura, sostiene Abraldes que "desde el dolo, el propósito colectivo de unirse se manifestará en la dinámica común de cometer hechos determinados por su especie (aunque no por su cantidad); ello implicará una finalidad ultraactiva traducida en una doble esfera volitiva para cada integrante, es decir, por un lado, se requerirá la intencional adhesión a la asociación, y por otro, el compromiso con la finalidad grupal"**(60)**.

También sostiene Riquert que el dolo abarca "el conocimiento del número que compone la asociación y la finalidad delictiva"**(61)**.

En nuestra opinión, el dolo contemplado por el art. 15, inc. c), de la ley 27.430 reclama el siguiente contenido: a) conocimiento de integrar una asociación con dos o más personas; b) conocimiento de que esa asociación comete, colabora o coadyuva en delitos tributarios; c) voluntad de realizar algún aporte efectivo a la asociación; d) conocimiento de que los delitos tributarios son cometidos habitualmente por la asociación, y de que la asociación colabora y coadyuva en ellos.

VI. Consumación y tentativa

Las circunstancias y el momento de la consumación dependerán de la postura que se haya adoptado en lo que respecta a la ubicación dogmática de los elementos del tipo penal, el significado de los verbos típicos y el bien jurídico protegido.

El delito de asociación ilícita tributaria se consuma cuando al menos tres personas realizan aportes efectivos a la asociación que se exterioricen inequívocamente como tales frente a los otros miembros **(62)** y dichos aportes permiten reconocer la habitualidad de los delitos que se van a cometer, o en los que se va a colaborar o coadyuvar.

Se trata de un delito permanente, que se prolonga a través de un estado consumativo.

VII. Autoría y participación

La redacción de la ley 27.430 ha presentado cuestiones críticas en relación con la autoría de este delito, cuestiones que ya se habían anticipado en los sucesivos cambios de verbos empleados en los distintos proyectos.

El proyecto del Poder Ejecutivo castigaba a la organización destinada a "posibilitar, facilitar o brindar la colaboración necesaria" para la ejecución de delitos tributarios.

A su vez, el proyecto de la Cámara de Diputados pretendió ampliar el alcance del tipo penal, reprimiendo a la organización que estuviere destinada a "cometer" cualquiera de los delitos previstos por la ley 24.769, o bien, a "brindar la colaboración necesaria" para facilitar o posibilitar su comisión.

Luego el proyecto de la Cámara de Senadores suprimió las referencias a la "colaboración necesaria", quedando penada, por el art. 15, inc. c), de la ley 24.769 solo una asociación ilícita que "cometa" delitos previstos en la ley 24.769. La teoría mayoritaria consideró que el art. 15, inc. c), de la ley 24.769 tenía un alcance muy reducido. Pues, numerosos tipos penales de la ley penal tributaria son delitos especiales propios —el obligado o el agente de retención—. En esta inteligencia, el correcto alcance del art. 15, inc. c), de la ley 24.769 eran los delitos de insolvencia fiscal fraudulenta, simulación dolosa de pago, alteración dolosa de registros y la obtención fraudulenta de beneficios fiscales **(63)**. Sin

(59) CATANIA, "Régimen Penal Tributario", ob. cit., p. 238.

(60) ABRALDES, Sandro F., "La reforma operada por la ley 25.874", en: Donna (coord.), cit., p. 270.

(61) RIQUERT, "Régimen penal tributario y previsional. Ley 27.430", ob. cit., p. 280.

(62) AGUIRRE MOSQUERA, Jorge B. - DE ALLENDE, Manuel, "Asociaciones ilícitas en materia tributaria. Vicisitudes de la coexistencia de tipos penales", en Derecho Penal Tributario, Álvarez Echagüe - Sferco (dirs.), Ad-Hoc, Buenos Aires, 2019, p. 625; Orce - TROVATO, "Delitos tributarios", ob. cit., p. 259.

(63) AGUIRRE MOSQUERA, Jorge B. - DE ALLENDE, Manuel, "Asociaciones ilícitas en materia tributaria. Vicisitudes de la coexistencia de tipos penales", en

embargo, la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Sala B, no exigía que todos los imputados por asociación ilícita tributaria fuesen sujetos obligados, sino que bastaba con que uno de los asociados revista tal calidad **(64)**.

La ley 27.430 ha introducido los términos "colaborar" o "coadyuvar". Ello ha modificado también los términos de la autoría y participación. Pues, a partir de la nueva normativa existe un tipo penal que reprime una asociación ilícita concebida en términos de autoría, y otra en términos de participación. Puede parecer ello una exageración. Sin embargo, la reforma de la ley 27.430 permite alcanzar ahora las situaciones que originariamente pretendía abarcar **(65)**.

VIII. La pena

La ley 27.430 ha mantenido la escala penal de tres años y seis meses a diez años de prisión, tal cual estaba prevista en el art. 15, inc. c), ley 24.769. En caso de condena, la pena será de cumplimiento efectivo. Esta es la principal diferencia con la asociación ilícita prevista en el art. 210, Cód. Penal, cuyo mínimo es de tres años de prisión y, en caso de condena, admite que la pena sea dejada en suspenso, en los términos del art. 26, Cód. Penal.

Es evidente que la ley 27.430 arrastra las críticas que había recibido la figura prevista en el art. 15, inc. c), ley 27.469. En este sentido, se ha considerado que el art. 15, inc. c), ley 24.769 viola el principio de proporcionalidad por los siguientes motivos:

a). Se castiga más duramente la asociación ilícita fiscal para, a modo de ejemplo, alterar registros que una asociación ilícita para cometer secuestros extorsivos y homicidios.

b). Se reprime probablemente con pena mayor el acto preparatorio de asociarse que la misma infracción lesiva del bien jurídico, cuando lo coherente según el *iter criminis* sería ir aumentando la pena a medida que se aproxima la afectación al bien jurídico, y no al revés. Esta fue una de las críticas más virulentas formuladas contra el art. 15, inc. c), ley 24.769, y una de las razones que llevó a la declarar su inconstitucionalidad por falta de razonabilidad en la escala penal **(66)**.

c). Algunas lesiones al bien jurídico permiten la condena de ejecución condicional, extremo que no lo permite la asociación ilícita tributaria.

d). En cuanto a la legislación comparada, el art. 15, inc. c), ley 24.769 supera en su mínimo a casi todas las legislaciones penales latinoamericanas.

Ninguna de las críticas ha sido tenida en cuenta por la ley 27.430. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han vuelto a realizar un análisis comparativo entre el art. 15, inc. c), ley 27.430 y el art. 210, Cód. Penal.

Se ha insistido en que no existen elementos razonables para justificar la diferencia de escalas penales entre la asociación ilícita tributaria y la asociación ilícita prevista en el art. 210, Cód. Penal **(67)**.

En la jurisprudencia, genera alguna esperanza el voto en disidencia de Alejandro Waldo Piña, juez del Tribunal Oral Federal 2 de Mendoza **(68)**, quien declaró inconstitucional la figura de la asociación ilícita tributaria —art. 15, inc. c), ley 24.769— por considerarla violatoria del principio de igualdad ante la ley (art. 16, CN).

Derecho Penal Tributario, Álvarez Echagüe - Sferco (dirs.), Ad-Hoc, Buenos Aires, 2019, p. 619.

(64) C.F.A. Córdoba, Sala B, causa 273/2008, caratulada "Averiguación evasión impositiva", rta. 24/8/2008.

(65) SÁNCHEZ TORRES, Abel G. - LÓPEZ PARGA, Lucía, "Algunos aspectos del delito de asociación ilícita fiscal", en Derecho Penal Tributario, Álvarez Echagüe - Sferco (dirs.), Ad-Hoc, Buenos Aires, 2019, p. 606; AGUIRRE MOSQUERA, Jorge B. - DE ALLENDE, Manuel, "Asociaciones ilícitas en materia tributaria. Vicisitudes de la coexistencia de tipos penales", en Derecho Penal Tributario, Álvarez Echagüe - Sferco (dirs.), Ad-Hoc, Buenos Aires, 2019, ps. 617 y 623.

(66) Juzgado Nacional en lo Penal Tributario n° 1, causa 358/2004, rta. 2/09/2005, "Chen Qibin sobre alteración dolosa de registros".

(67) SEMACHOWICZ - LEDESMA, en "Régimen Penal Tributario Comentado", Bertazza (dir.), La Ley, Buenos Aires, 2020, p. 156; SÁNCHEZ TORRES, Abel G. - LÓPEZ PARGA, Lucía, "Algunos aspectos del delito de asociación ilícita fiscal", en Derecho Penal Tributario, Álvarez Echagüe - Sferco (dirs.), Ad-Hoc, Buenos Aires, 2019, p. 611.

(68) T.O.F. 2 Mendoza, FMZ 18369/2015/TO1, "Prete, Pablo y otros s/ Asociación ilícita", sentencia n° 1887, fundamentos de fecha 3 de agosto de 2020. El fallo tiene 1612 páginas.

El voto de Waldo Piña expresa: "En concordancia con lo que sostuve al tratar la cuestión relativa a la constitucionalidad del mínimo de la pena de la escala penal prevista por el art. 15, inc. "c" de la ley 24.769 (texto según ley 25.874) y en relación con los acusados de quienes aquí nos ocupamos específicamente, voto por la aplicación de la pena de tres años de prisión, con los beneficios de la condenación condicional, por considerar inconstitucional el mínimo requerido, en el entendimiento que este aspecto de la disposición viola el principio de igualdad ante la ley definido por el art. 16 de la CN.

Como expliqué en el apartado pertinente, el fundamento de mi postura es que no advierto diferencias sustanciales entre la conducta prevista en el art. 210 del Cód. Penal —la cual reprime la asociación ilícita destinada a cometer delitos cualesquiera del universo normativo—, y la conducta de asociación ilícita para cometer específicamente delitos tributarios.

En virtud del desarrollo efectuado —al que remito a fin de no incurrir en mayores reiteraciones—, entiendo que ese mínimo más elevado implica un trato diferencial y más gravoso para un subconjunto de infractores —las asociaciones ilícitas destinadas a cometer ilícitos tributarios que es irrazonable, en tanto lleva a aplicar a una infracción que implica daño menor, una pena superior.

Así entonces, reitero, sostengo que el mínimo de la escala penal por el delito del art. 15, inc c de la ley penal tributaria vulnera el principio de igualdad ante la ley previsto en el art. 16 de la CN, por lo que entiendo que corresponde hacer lugar al planteo efectuado en ese sentido por el Dr. Brail. Por lo tanto, declaro la inconstitucionalidad e inaplicabilidad al caso de este aspecto de la norma penal respecto de los imputados que seguidamente individualizo.

Con el fin de restablecer la igualdad de tratamiento, fijo para el caso un mínimo de escala penal idéntico al del artículo 210 del Código Penal.

Así entonces, en relación con los acusados Calderón, Canzonieri José Luis, Canzonieri Marcela, Delfino Carlos, Elías, Fradusco, Marcerou, Parejo, Pérez, Perucho, Romano Juan Manuel, Romano Ernesto, Salinas, Rivero, Medina, Villafañe, Victoria, Villarreal y Carletti, considero adecuado imponer el mínimo de la escala penal por el delito de asociación ilícita del art. 15, inc. "c", por lo que consiguientemente estimo adecuado —y así voto— aplicarles la pena de tres años de prisión.

Y dado que la pena considerada admite la condenación condicional, voto también porque la misma sea aplicada con esta modalidad".

IX. Conclusiones

Surge de lo expuesto que la ley 27.430 no ha resuelto las cuestiones problemáticas que había generado la figura de la asociación ilícita tributaria, creada mediante la ley 25.874. En esto se advierte que el interés de la doctrina y el interés de la política se han distanciado en modo irreversible.

En lo esencial, no parece justificada la pena mínima de tres años y seis meses de prisión para la asociación ilícita tributaria, en comparación con la pena mínima de tres años de prisión para la asociación ilícita prevista en el art. 210, Cód. Penal. Existe aquí un déficit de legitimación, que no se subsana recurriendo a la "especialidad" de la asociación ilícita tributaria. Pues, la violación al principio de igualdad ante la ley parece bastante nítida.

Una figura que contiene una pena mínima de cumplimiento efectivo debe contener una redacción impecable, que no sea propensa a la arbitrariedad. Y esto es justamente lo que ocurre con términos tales como "habitualmente", "colaborar" y "coadyuvar".

La violación a la igualdad ante la ley que contiene el art. 15, inc. c), ley 24.769 es trasladable por completo a la figura establecida por la ley 27.430.

Hasta tanto se pronuncie la Cámara Federal de Casación Penal y la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre las condenas en orden a la figura de asociación ilícita tributaria, habrá gran expectativa en busca de seguridad jurídica.

De todos modos, será necesario desarrollar constructos teóricos que contengan limitaciones racionales para los verbos "colaborar" y "coadyuvar". Pues, de lo contrario, cierta actividad de los profesionales en ciencias económicas podría quedar abarcada por tales conductas.

EJECUCIÓN DE LA PENA

HOMICIDIO

Absolución de la imputada. Delito cometido en estado de enajenación mental.

Con nota de Gabriela Pino

> Se absuelve a quien cometió el homicidio de su cónyuge, concurriendo en la procesada la eximente completa de enajenación mental del número 1 del art. 20 del Código Penal, con aplicación del último párrafo de tal art., en relación con el art. 95 y art. 96, puntos 1 y 2, pfº 1° y art. 101 pfº 1° y 2° del mismo texto legal; ello con aplicación de la medida de seguridad de internamiento en Centro Psiquiátrico penitenciario por plazo máximo de diez años.

Audiencia Provincial, Zamora (Tribunal Jurado), 08/05/2020. - Sentencia N° 10/2020[Cita on line: ES/JUR/7/2020]

Zamora, mayo 8 de 2020.

Vista, en trámite de Juicio Oral, y ante el Tribunal del Jurado, la causa procedente del Juzgado de Instrucción N° 5 de Zamora, seguido por el delito de Homicidio, contra Doña Daniela, con DNI N° ..., nacida en Villamor de Cadozos-Bermiyo de Sayago (Zamora), el día ..., hija de Ceferino y Flora, con domicilio en la ..., ... de Zamora, sin antecedentes penales y en prisión provisional por la presente causa, representada por la Procuradora Sra. Lozano Muriel y defendida por el Letrado Sr. Prieto Pilo, siendo parte acusadora el Ministerio Fiscal, representado por D. Evaristo Antelo Bernárdez, y

Antecedentes de hecho

Primero.- Los presentes autos de Tribunal de Jurado se incoaron por el Juzgado de Instrucción N° 5 de Zamora por presunto delito de Homicidio, dando lugar a incoar procedimiento de la Ley de Jurado contra Daniela y una vez practicadas todas las diligencias, se dio por finalizado el mismo, remitiendo a esta Audiencia los correspondientes testimonios.

Segundo.- Recibidos que fueron los testimonios, se formó el correspondiente Procedimiento del Tribunal del Jurado, que se ha seguido con el Rollo 1/2020 y se designó Magistrado para presidir el presente Juicio de Tribunal de Jurado al Ilmo. Sr. Presidente D. Jesús Pérez Serna.

Tercero.- Previamente a la celebración del Juicio, el Ministerio Fiscal, conjuntamente con el Letrado de la Defensa, formularon conjuntamente escrito de conclusiones provisionales, mediante escrito fechado el día 30/3/2020, calificando los hechos enjuiciados como constitutivos de un delito de Homicidio previsto y penado en el artículo 138.1 del Código Penal, siendo responsable del mismo la acusada en concepto de autora, concurriendo en la procesada la eximente completa de enajenación mental del número 1 del artículo 20 del Código Penal, con aplicación del último párrafo de tal artículo, en relación con el art. 95 y art. 96, puntos 1 y 2, pfº 1° y art. 101 pfº 1° y 2° del mismo texto legal y solicitaron la libre absolución de la procesada Daniela, con aplicación de la medida de seguridad de internamiento en Centro Psiquiátrico penitenciario por plazo máximo de diez años, solicitando se dictara sentencia de conformidad.

Hechos probados

Único.- Sobre las 18:30 horas del día 12/09/2019, hallándose la procesada Daniela, mayor de edad y sin antecedentes penales, en el domicilio familiar sito en la zamorana ... núm. ..., en el cual convivía con su marido, Ezequiel (matrimonio contraído hace más de 40 años), inició con éste una discusión por un tema tan banal como salir o no de compras, y en el transcurso de la misma, sin provocación alguna por parte del Sr. Ezequiel, la procesada, encontrándose en el baño, empujó y golpeó en el hombro a su marido, quien como consecuencia de ello cayó al suelo quedando aturdido y estando así postrado, Daniela procedió a agarrar fuertemente y durante cierto tiempo por el cuello a su esposo, no soltándole hasta que pudo comprobar que estaba inerte, ocasionándole pues la muerte a Ezequiel por asfixia mecánica y estrangulación a mano, debiendo subrayarse que la procesada, se trata de una persona que sufre alucinaciones olfativas e ideas delirantes crónicas de perjuicio y celotípicas contra su marido, existiendo una marcada relación causal entre aquellas patologías y los hechos llevados a cabo por la procesada, de tal forma que la Sra. Daniela tenía completamente anuladas sus facultades intelectivas y volitivas, debiendo referirse que la única hija del matrimonio Rosana no quiso mostrarse parte en el procedimiento, renunciando a cualquier indemnización que pudiera corresponderle.

Doña Daniela se encuentra en situación de prisión provisional desde el 14/09/2019.

Fundamentos de derecho

Primero.- La conformidad prestada por la acusada Daniela, con los hechos que se le imputan en el escrito presentado por el Ministerio Fiscal conjuntamente con el Letrado de la Defensa y con las penas solicitadas y la petición de que se dicte sentencia de conformidad con la misma, efectuada en su nombre, determina que este Tribunal dicte sentencia de estricta conformidad con la aceptada por las partes a tenor

de lo dispuesto en el art. 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, que ordena que mediando conformidad de las partes con el escrito de calificación que solicite pena de mayor gravedad, se dictará sentencia en la que se recogerá esa solicitud, siempre que esa conformidad con la pena a imponer no exceda de seis años de privación de libertad, sola o conjuntamente con las de multa y privación de derechos.

Segundo.- Los hechos objetivados, al tenor reconocido por la acusada son constitutivos de un delito de Homicidio previsto y penado en el artículo 138.1 del Código Penal, siendo responsable del mismo la acusada en concepto de autora, concurriendo en la procesada la eximente completa de enajenación mental del número 1 del artículo 20 del Código Penal, con aplicación del último párrafo de tal artículo, en relación con el art. 95 y art. 96, puntos 1 y 2, pfº 1° y art. 101 pfº 1° y 2° del mismo texto legal.

Tercero.- Las costas procesales vienen impuestas por la Ley a los penalmente responsables de un hechos punible, en aplicación de lo dispuesto en los arts. 123 y 124 del Código Penal.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación, fallo: Absuelvo a Daniela del delito de Homicidio, ya definido, del que venía acusada, con aplicación de la medida de seguridad de internamiento en Centro Psiquiátrico penitenciario por plazo máximo de diez años. Se imponen a la acusada las costas causadas en el procedimiento. Notifíquese esta sentencia a las partes, y personalmente a la acusada, haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer Recurso de apelación, ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, en el plazo de diez días, a contar desde la última notificación. Así, por esta Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de Sala y se anotará en los Registros correspondientes lo pronuncio, mando y firmo. — *Jesús Pérez Serna*.

Publicación

La anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, que la dictó, Don Jesús Pérez Serna, estando el mismo celebrando Audiencia Pública en el día de la fecha, certifico.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

¿Una medida de seguridad o una pena por peligrosidad pronosticada?

Gabriela Pino (*)

Sumario: I. Los hechos.— II. La sentencia.— III. El marco jurídico.— IV. El análisis jurisprudencial.

I. Los hechos

El día 12 de septiembre del año 2019, hallándose la señora D., mayor de edad y sin antecedentes penales, en el domicilio familiar en el cual convivía con su marido E. —matrimonio contraído hace más de 40 años—, inició con este una discusión por un tema tan banal, como salir o no de compras, y en el transcurso de esta, sin provocación alguna por parte del Sr. E., la procesada, encontrándose en el baño, empujó y

(*) Abogada egresada de la Universidad de Buenos Aires. Agente judicial del Juzgado de Garantías en lo Penal del Dpto. Judicial de Gral. San Martin, provincia de Buenos Aires.

golpeó en el hombro a su marido, quien como consecuencia de ello cayó al suelo quedando aturdido y estando así postrado, D. procedió a agarrar fuertemente y durante cierto tiempo por el cuello a su esposo, no soltándole hasta que pudo comprobar que estaba inerte, ocasionándole pues la muerte a E. por asfixia mecánica y estrangulación a mano, subrayándose que la procesada, se trata de una persona que sufre alucinaciones olfativas e ideas delirantes crónicas de perjuicio y celotípicas contra su marido, existiendo una marcada relación causal entre aquellas patologías y los hechos llevados a cabo por la procesada, de tal forma que la Sra. D. tenía completamente anuladas sus facultades intelectivas y volitivas.

II. La sentencia

El día 8 de mayo del año 2020, el Tribunal del Jurado de Zamora —España— resolvió *absolver* a una mujer en orden al delito de homicidio, aplicándole la medida de seguridad de internamiento en Centro Psiquiátrico penitenciario, por un plazo máximo de *diez años.*

III. El marco jurídico

El Código Penal español prevé, en su art. 20, inc. 1º: "Están exentos de responsabilidad criminal... el que, al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión"; estipulando en la última parte de dicho articulado, que en el inciso que aquí nos ocupa, "... se aplicaran, *en su caso,* las medidas de seguridad previstas en este Código".

De lo cual se infiere necesario, la lectura del art. 95 del mentado Código, que establece, en lo sustancial, lo siguiente: "Las medidas de seguridad se aplicarán por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes, a las personas que se encuentren en los supuestos previstos en el capítulo siguiente de este Código, siempre que concurran estas circunstancias: 1. Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito. 2. Que *del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos".*

Finalmente, resta mencionar que el art. 101 del Código referido, establece, en lo sustancial: "1. Al sujeto que sea declarado *exento de responsabilidad criminal* conforme al nro. 1º del art. 20, se le podrá aplicar, *si fuere necesaria,* la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía, o alteración psíquica que se aprecie, o cualquier otra de las medidas previstas en el apart. 3º del art. 96. *El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto,* y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo".

IV. El análisis jurisprudencial

En virtud de lo relatado en los párrafos precedentes, no puedo sino advertir que la deducción del "pronóstico de peligrosidad criminal" que revela la probabilidad de comisión de nuevos delitos, cuanto menos hace *ruido* en lo que se refiere a un derecho penal de culpabilidad. Máxime si se tiene en cuenta la variedad de métodos a los que se acude para alcanzar dicha deducción, siendo que por tratarse de técnicas de las ciencias de la conducta humana, resultan desconocidos los márgenes de error de estos, a saber: intuitivo —basado en apreciaciones subjetivas del Juez sobre el individuo, partiendo de sus experiencias profesionales—; científico; clínico; estadístico —sirviéndose de tablas de predicción—; generando que la criminología positivista reaparezca en la dogmática jurídico penal.

Este precedente español que se analiza no hace más que instalar la expansión de un derecho penal de peligrosidad. Una suerte de futurología que no cuenta con conocimientos empíricos suficientes como para garantizar que el pronóstico de comisión de futuros delitos, por parte de un sujeto, se realice con suficiente grado de certeza como para imponer la medida de seguridad.

A la vez que, en una suerte de lenguaje confuso, se exime de responsabilidad penal a la persona imputada, dictado su absolución, pero se la "condena" por su patología a un encierro que tiene como límite, justamente, la pena privativa de libertad prevista para el delito por el cual ha

sido absuelto. Ello, en una clara evidencia que, en síntesis, la imposición de dicha medida termina siendo solo una manera políticamente adecuada de llamarle medidas de seguridad a las penas.

El pronóstico de comportamiento futuro, ya de por sí cuestionable, no ha tenido en cuenta al momento de su análisis, no solo la falta de antecedentes penales computables en cabeza de la justiciable, sino también los cuarenta años de casada que tuvo la señora D. con el señor E. con quien de hecho no convivirá más. A lo que se agrega que las patologías indicadas como padecimiento de esta —alucinaciones olfativas **(1)** e ideas delirantes crónicas de perjuicio y celotípicas **(2)** *contra su marido—,* evidencian, asimismo, la falta de actualidad de la peligrosidad, por cuanto el sujeto "amenazado" en virtud de dichas patologías, se trata justamente de la víctima fatal del hecho.

Históricamente, con los pronósticos de probabilidad se han clasificado a los individuos en personas peligrosas o no peligrosas; cuando en realidad *lo peligroso es la futurología en el derecho penal* que emana de los operadores de justicia al imponer medidas de seguridad basadas en dichos pronósticos. Que, además, de mostrarse carentes de certeza, colocan al individuo en una situación de vulnerabilidad, al privarla de derechos, con el objetivo de neutralizarla como fuente de peligro **(3)** (Gunther Jakobs, 2009).

Esta fundamentación de las medidas de seguridad ha sido criticada en cuanto se sostiene acarrea un pronóstico irracional, científicamente indemostrado, que contraría los postulados de un Estado de derecho.

En definitiva, lo que desarrolló el Tribunal del Jurado de Zamora fue un juicio de probabilidad, escaso de certitud, basado en una valoración de riesgo futuro; omitiendo en su análisis todas aquellas circunstancias de la señora D. que demostraban la falta de actualidad del peligro que finalmente se impuso como tal.

Dicha sentencia introduce una gran inseguridad jurídica, porque se halla asociada a un positivismo desmedido, que categoriza a individuos como "peligrosos", basándose en un pronóstico, es decir, un mero futurible de comisión de conductas delictivas.

En términos de Beccaria, y evidenciándose que no se halla demostrada la necesariedad a la que alude el art. 101 del Código español, puedo concluir que "... todo acto de autoridad de hombre a hombre que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránico"**(4)** (Beccaria Cesare, 1764).

Recordemos que la génesis de las medidas de seguridad se observa en el clásico derecho penal español, en una pragmática dictada por Carlos III en 1771, en la que se perseguía como finalidad "la defensa de la sociedad frente a los delincuentes peligrosos mediante la prolongación indefinida de la pena". Los Códigos Penales a partir del siglo XIX incorporaron un sistema mixto de penas y medidas de seguridad: unas para culpables y otras, para "peligrosos".

Si bien dicha mixtura situaba a las medidas de seguridad como métodos "alternativos a la pena", lo cierto es que se diferencian de ellas únicamente en su denominación y ámbito de aplicación; puesto que se tratan de privaciones a la libertad, que incluso cuentan con

(1) DICCIONARIO DE MEDICINA OCÉANO MOSBY. Def. Alucinación. Percepción sensorial que no se debe a un estímulo externo. Puede producirse en cualquiera de los sentidos. En el caso de las alucinaciones olfativas, los olores suelen ser desagradables, fétidos, pútridos, de excrementos; pueden proceder del propio cuerpo —egocéntricas— o del mundo exterior —exocéntricas—.

(2) DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Def. Delirio. Falsas percepciones de la realidad. En el caso de la celotipia, los celos se muestran "enfermizos", sin que nada logre acallarlos y obligando a pedir pruebas inagotables e insuficientes de fidelidad a la pareja.

(3) GÜNTHER, Jakobs, "Coacción y personalidad. Reflexiones sobre una teoría de las medidas de seguridad complementarias a la pena", Universidad de Bonn, Barcelona, febrero, 2009.

(4) BECCARIA, C., "Tratado de los delitos y de las penas", Liorna, 1764.

menos garantías y límites que aquellas que se pretenden evitar: las penas.

Vale recordar que estas últimas, son impuestas por tiempo determinado y sujetas a beneficios **(5)**, mientras que las medidas de seguridad no se decretan por un tiempo específico; siendo que en la legislación española únicamente cuentan con plazo máximo de duración, quedando al arbitrio del diagnóstico clínico del sujeto alcanzado por este perverso sistema. Este padecimiento azaroso no hace más que atentar contra la dignidad de la persona.

En síntesis, las medidas de seguridad —pertenecientes a un ámbito ajeno al campo de derecho, como lo es el terreno de la psiquiatría—, evidencian la existencia de un poderoso mecanismo de segregación, basado en la capacidad y condición mental del individuo, desde una óptica "peligrosa".

En la actualidad española, la medida de seguridad de internamiento recubre, a la vez, la privación de la libertad y la "expulsión social" de los individuos, convirtiéndose en una maquinaria que funciona bajo el lema "prognosis de peligrosidad"; y se alimenta del miedo al *distinto* que posee la sociedad, la cual sintiéndose desprotegida, busca encerrar al sujeto que, en libertad, percibe amenazante.

A su vez, los medios de comunicación que difunden noticias sobre actos o delitos violentos cometidos por "delincuentes con enfermedades mentales", refuerzan la idea de que las personas con discapacidades psicológicas son peligrosas **(6)**, e instalan un *temor* que luego se ve reflejado en los veredictos.

La sentencia muestra que la finalidad de dicha medida de seguridad no se limita a la prevención —evitar la comisión de delitos—, sino que, además, posee un fundamento social, toda vez que busca impedir conmociones del orden establecido; colocando al sujeto en la categoría de "peligroso" para lograr el aislamiento de este.

Ello, demuestra que aún existen resabios del viejo "estado peligroso" como fundamento de aplicación de las medidas de seguridad, sin garantías suficientes de los derechos humanos a la salud mental de los inimputables, toda vez que miran más bien a la protección y mantención del orden, que al individuo sobre el que recaen en particular.

Muestra de ello resulta ser la circunstancia evidenciada en el art. 101 del Código español, que hace referencia, únicamente, a la necesidad de fijar un límite máximo del internamiento —no exceder el tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto—; omitiendo cualquier disposición que tenga como objeto implementar medidas tendientes a reducir la privación de libertad de la persona. De esto no se ocupa el articulado.

En línea con lo expuesto, no puedo dejar de mencionar que el plazo máximo fijado para la duración de la medida de seguridad evidencia que lo que sucederá posteriormente a la imposición de dicha medida queda librado al azar. Por tal motivo, es que entiendo es el Estado no punitivo el que debe hacerse responsable del tratamiento de aquellos que son inimputables por enajenación mental, mediante múltiples organismos estatales y a través de saberes interdisciplinarios, específicos para cada tipo de patología.

Recordemos que lo que se encuentra en juego no solo es el derecho a la libertad, como atributo de la persona garantizado por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sino también, el derecho humano a la salud mental, contemplado en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

(5) P. ej., la ejecución condicional de la pena, amnistías, indultos y terminación previa de la pena por buena conducta.

(6) Convención sobre los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad. Guía de formación. Serie de capacitación profesional nro. 19 de las Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2014.

Este último instrumento internacional, en su art. 14 *in fine*, hace hincapié en que "... la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad"**(7)**.

En conclusión, solo un compromiso con los derechos humanos permitirá al jurista como al médico, al derecho penal como a la psiquiatría, superar esta extraña dicotomía —pena/medida de seguridad—, y reafirmar que en un estado de derecho solo es admisible la existencia de un derecho penal de culpabilidad y no de peligrosidad **(8)**. La sentencia bajo análisis está en falta con ello.

(7) Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobado el 13 de diciembre de 2006, y en vigor desde el 3 de mayo de 2008.

(8) CODINO, R., "Imputabilidad penal. Entre la historia y la prehistoria", publicado en: DPyC 2012 (junio), 01/06/2012, 290. Cita Online: AR/DOC/1921/2012.

TESIS, TESINAS
Y TRABAJOS FINALES

La pena en el derecho penal juvenil: análisis jurisprudencia y derecho comparado(*)(**)(***)

Nicolás Ezequiel Llamas (****)

Sumario: I. Capítulo VI: análisis jurisprudencial.— II. Capítulo VII: derecho comparado.— III. Bibliografía.— IV. Anexo.

I. Capítulo VI: análisis jurisprudencial

En este capítulo se realiza un análisis de la jurisprudencia producida después de la entrada en vigor de la CDN. Como se observará, estos continúan la evolución histórica reseñada previamente.

Para ello, en lo que respecta a los fallos anteriores al fallo Maldonado, se tomó principalmente de la publicación "Sentencias de reclusión perpetua y prisión perpetua a personas menores de 18 años de edad en la República Argentina (1997-2003)" de UNICEF (2003a) en coautoría con el CPACF. A modo de puntapié, se transcribe parte de su prólogo:

"(...) [L]a situación sobre la que aquí se informa no tiene parangón en América Latina. En ningún otro país de la región —según la información de que disponemos— se han verificado sentencias de reclusión perpetua a personas menores de 18 años al momento de la comisión de los delitos.

"Resulta imprescindible preguntarse, entonces, cómo en el país de América Latina pionero en la introducción de un derecho tutelar, supuestamente designado para sustraer a las personas menores del derecho penal (cf. Ley "Agote" nro. 10.903 del año 1919) es donde precisamente se verifica, y en forma reiterada, una práctica jurídica flagrantemente violatoria no solo de tratados de derechos humanos con rango constitucional como la Convención sobre los Derechos del Niño, sino del más elemental sentido común que es necesario observar para construir una política de prevención seria y razonable, destinada a enfrentar los problemas derivados de la real —y en buena medida también supuesta— violencia juvenil.

"(...) La supuesta sustracción de las personas menores de edad del derecho penal realizada por la Ley Agote de 1919 —exquisito cadáver inconstitucional técnicamente derogado por la CDN, pero fuente real de las decisiones judiciales para las personas menores de edad— se verificó solo en algunos discursos, pero no en la práctica judicial. Por el contrario, los sufrimientos reales, medidos en términos de las prácticas concretas de privación de libertad sin tiempo determinado, sin defensa jurídica y sin las garantías más elementales de las que goza cualquier persona mayor de edad acusada por la comisión de un delito, solo fueron posibles de

(*) El presente trabajo es una edición de mi tesis doctoral, la que fue dirigida por el Dr. José Ángel Marinaro y defendida oralmente ante los Dres. Matías Bailone, Claudio Jesús Santagati y Luis María Bunge Campos el 04/07/2019 en la Universidad Nacional de La Matanza.

(**) La publicación se divide en tres artículos: el primero incluye los capítulos introducción, legitimación de la pena, culpabilidad, cuantificación de la pena y evolución histórica; el segundo, análisis jurisprudencial y derecho comparado; y el tercero, neurociencia cognitiva, trabajo de campo y conclusión.

(***) En esta oportunidad, les acercamos la segunda parte de la tesis doctoral de Nicolas Llamas, cuya parte final estaremos publicando en el mes de mayo próximo.

(****) Abogado y Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad Nacional de La Matanza (UNLaM). Integrante de varios proyectos de investigación en el Departamento de Derecho y Ciencia Política y en la Escuela de Posgrado de la UNLaM. Auxiliar Letrado del Ministerio Público de la Defensa de la Provincia de Buenos Aires.

legitimar apelando a eufemismos (el juez padre, la pena como bien y el proceso como rito pedagógico, entre otros) que el cinismo corporativo y la indiferencia social frente a los "hijos de los pobres" mantuvieron en un "hagamos de cuenta que" por muchos años.

"(...) En el plano normativo, a la discrecionalidad absoluta frente a las personas menores de 16 años que le otorga al Estado la Ley Agote de 1919 se suma el régimen penal especial contenido en los decs.-leyes 22.278 y 22.803 de 1980 y 1983 respectivamente, régimen de cuyos 'maravillosos' resultados este libro es un ejemplo viviente. Estos decretos-leyes, herencia maldita de la dictadura militar, han determinado de derecho y de hecho que, con muy pocas excepciones, rija en la República Argentina la imputabilidad penal plena a partir de los 16 años.

"Sin embargo, durante 17 años rigió un pacto implícito de carácter tutelar, claramente verificable a partir de la jurisprudencia, según el cual, en los casos de delitos graves, pero también en los casos de delitos más leves y aún en los casos de delitos de dudosísima comprobación en su materialidad y culpabilidad, las sentencias contuvieran penas relativamente leves. Recién a partir de 1997, este pacto tutelar se rompe y da origen a una avalancha de sentencias de prisión perpetua y reclusión perpetua, sobre las cuales este libro desea formar un testimonio, sin pretensiones ni mucho menos seguridad de exhaustividad".

I.1. Sentencias de reclusión y prisión perpetua

I.1.a. Caso "M. A. S."

El día 20 de noviembre de 1997, el Tribunal Oral de Menores Nro. 3 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, condenó a M. A. S. **(1)**. a la pena de prisión perpetua, por ser considerado penalmente responsable del delito de homicidio agravado *criminis causae* en concurso real con robo calificado por el uso de arma, en calidad de autor, ocurrido el día 21 de septiembre de 1993. Al momento de graduar la pena, se dijo lo siguiente:

"Consecuentemente, habiéndose cumplido los requisitos del art. 4º de la ley 22.278 y habida cuenta que las modalidades y gravedad del hecho imputado, los antecedentes del menor, quien registró no bien cumplió los 18 años de edad una condena por robo a mano armada de automotor, en grado de tentativa, evento ocurrido tres meses después de la espectacular fuga del menor del Hospital "Fernández" donde estaba siendo atendido, sumado al nulo resultado del tratamiento tuitivo, ya que la inconducta seria del mencionado M. A. S. no arrojó resultados positivos de ninguna especie a la fecha, su proclividad a la droga, la impresión negativa que tuvo del mismo el Tribunal al momento de la audiencia del debate, en la que S. no mostró signos de arrepentimiento por su conducta; todo ello hace que el Tribunal entienda que es necesario e inevitable aplicarle la sanción penal y así se resolverá condenando al mismo a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas, sin practicar la reducción en la forma prevista para la tentativa por el mentado art. 4º ley 22.278 por no haberse hecho el imputado S. acreedor de tal beneficio.

"Para imponer tal grave sanción el Tribunal no puede apartarse, en casos como el presente, de la pena que imperativamente ordena el art. 80 del Cód. Penal de carácter perpetuo; es decir, que no admite graduación en lo que a la condena se refiere, por lo que las pautas mensurativas de los arts. 40 y 41 del Código sustantivo aparecen irrelevantes; ello sin perjuicio —como arriba se dijo— de la naturaleza de la acción del joven S., la que de por sí es gravísima por el daño causado con total desprecio por la vida humana, sumando a ello su proclividad delictiva que muestra peligrosidad en su conducta, lo que quedó en claro con el conocimiento directo y de visu del sujeto y de la fotografía de la víctima fallecida glosada a fs. 35 (...)".

Apelación mediante de la defensoría oficial, el 9 de septiembre de 1998 la sala IV de la CNCP

(1) No hay un criterio unificado de cómo deben citarse los fallos dictados contra jóvenes, reservándose la identidad. Últimamente, se suele utilizar las iniciales. Considero inadecuado este método, ya que hace muy difícil la búsqueda de jurisprudencia. Antes de ello, en cambio, prefiero la utilización del apellido sin mención del nombre; siendo que en estos casos esto no es posible por no contar con dicha información. En otros casos, se ha utilizado el apellido del abogado firmante del recurso, como es el fallo "Marsiglio" de la SCBA (ver apartado I.4.b.). Quizás sea esta la mejor de todas las alternativas.

nulificó el fallo, puesto que al momento de la elevación a juicio se habían calificado los hechos como homicidio en ocasión de robo (art. 165, Cód. Penal) y no como homicidio *criminis causae* (art. 80, inc. 7º, Cód. Penal). Sin perjuicio de ello, el voto minoritario que negaba la nulidad de la sentencia respecto de la graduación de la pena dijo:

"Esta Cámara ha decidido en reiterados fallos: "[L]as valoraciones que realizan los magistrados acerca de las pautas establecidas en los arts. 40 y 41 del Cód. Penal para graduar la pena a imponer quedan, en general, fuera del control de casación **(2)** (...) toda vez que la ponderación a efectuarse depende de poderes discrecionales del Tribunal de juicio, lo que ocurre cuando el mérito debe hacerse respecto de las condiciones personales del autor, su educación, costumbres y demás circunstancias cuya apreciación es solo posible durante el debate. (...)

"Es por ello que la regla primeramente citada reconoce como excepción el caso de arbitrariedad en la determinación e individualización de la pena, canalizada por la vía del art. 456, inc. 2º), del Cód. Proc. Penal, caso en que lo controlable por este Tribunal será la falta de motivación o su contradictoriedad, supuestos contemplados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como causales de tal doctrina de carácter excepcional. (...)

"Por las razones expuestas, entiendo que existe una congruencia en la relación entre los fundamentos para individualizar la pena, la concretamente aplicada y la no aplicación del beneficio previsto en el art. 4º de la ley 22.278, motivos que además no aparecen como irrazonables, contradictorios o fundados en prueba legalmente idónea; por lo que no deben ser censurados en casación, porque pertenecen a los poderes discrecionales del juez la selección y valoración de la prueba que concurre a formar su decisión (cfr. D'ALBORA, Francisco J., "Código Procesal Penal de la Nación", p. 416), por lo que propicio se rechace el recurso de casación interpuesto en este aspecto. (...)

"Por último, resta analizar el recurso de inconstitucionalidad (...) interpuesto por la señora Defensora Oficial (...) contra el art. 80, inc 7º, del Cód. Penal, en punto a la pena impuesta, por ser contradictorio con lo prescripto por el art. 37, inc. "a", de la Convención sobre los Derechos del Niño —de rango constitucional—. Contrariamente a lo alegado por la defensa, entiendo que la mentada norma de la Convención sobre los Derechos del Niño hace referencia a la no posibilidad por parte del condenado a la ulterior recuperación de la libertad, no siendo este el caso.

"Por el contrario, el régimen de libertad condicional establece expresamente esa posibilidad, en el art. 13 del Cód. Penal: 'el condenado a reclusión o prisión perpetua que hubiere cumplido veinte años de condena [...], observando con regularidad los reglamentos carcelarios, podrá obtener la libertad por resolución judicial previo informe de la dirección del establecimiento...".

Es que lo que la Convención busca prohibir son las condenas de niños a prisión perpetua "que no tienen fin sino con la muerte del condenado", como la conceptualizó Rodolfo Moreno (h) (ob. cit., t. 2, p. 13).

En consecuencia, y teniendo en cuenta que S. podría en el futuro hacerse acreedor a la aplicación del precitado instituto, entiendo que no nos encontramos frente a la pena de por vida con imposibilidad de excarcelación que proscribe el art. 37, inc. a, de la Convención sobre los Derechos del Niño; por ello estimo que la pena prevista en el art. 80, inc. 7º, del Cód. Penal —aplicada en la presente— no es contraria a los altos principios que animan esa Convención y por ende a nuestra Constitución de la Nación (...)".

El voto mayoritario, que concedió la nulidad de la sentencia, no analizó el recurso de inconstitucionalidad por considerarlo abstracto. Sin perjuicio de ello, los fundamentos del voto minoritario serían utilizados posteriormente.

I.1.b. Caso "G. S. F."

El 04 de octubre de 1999, la Cámara Penal de Primera Nominación de la Provincia de Cata-

(2) Es necesario recordar que esta fue la postura de todos los Tribunales de Casación del país, hasta que la CS en el leading case "Casal" indicara que el recurso de casación debía ser amplio.

marca condenó a G. S. F. a la pena de reclusión perpetua más accesoria de ley, por considerarlo penalmente responsable del delito de homicidio triplemente calificado (art. 80, incs. 2º, 6º y 7º, del Cód. Penal) y robo agravado por el uso de armas, en despoblado y en banda (art. 166, inc. 2º, del Cód. Penal), en concurso real.

A fin de no extenderse innecesariamente, se puede resumir que ese tribunal consideró que el art. 37.a de la CDN era aplicable exclusivamente a las personas de menos de 16 años, y no a la franja que va de 16 a 18 años. De los argumentos expuestos en el fallo, no se comprende cómo llegaron a dicha conclusión.

Siendo, desde ya, una cuestión de honor y veracidad científica, se celebra el voto en disidencia de Carlos Alberto Rosello quien, con anterioridad a los fallos Maldonado y Mendoza, realizó un análisis más cercano a los postulados de la CDN, condenando a la pena de 15 años de prisión.

Recurso de casación mediante, llegó el asunto a la Corte Suprema de Justicia de Catamarca, la que resolvió casar la sentencia, indicando que dicho artículo es aplicable a toda persona que tenga menos de 18 años al momento del hecho. Se indicó, tal como se observa en los fallos anteriores, que las cuestiones relativas a la graduación de la pena están exentas del recurso de casación, por lo que no las analizó. Sin embargo, condenó a G. S. F. a la pena de 25 años. Para llegar a esta pena, solamente se dijo lo siguiente:

"En ese orden de ideas, si el Tribunal de Sentencia —en ejercicio de facultades discrecionales y apreciando circunstancias de hecho que la casación no puede revisar, conforme a lo expuesto *supra*— condenó a F. como coautor penalmente responsable de los delitos de Homicidio Triplemente Calificado (art. 80, incs. 2º, segundo supuesto, 6º y 7º del Cód. Penal) y Robo Agravado por el Uso de Arma, en Despoblado y en Banda (art. 166, inc. 2º, del Cód. Penal) a Concurso Real (arts. 55 y 45 del Cód. Penal), se impone aplicar al nombrado la pena de Veinticinco Años de Reclusión, más accesorias de ley".

Esta resolución, más allá de cualquier otra consideración, es una flagrante violación al art. 4º de la ley 22.278 en una interpretación en contra de los derechos del joven. Es decir, de la lectura literal de dicho artículo, se desprende 3 posibilidades en caso de que el joven sea declarado penalmente responsable en los términos del art. 80 del Cód. Penal (cualquiera de sus incisos): aplicarle la misma pena que a un adulto, es decir, prisión perpetua; aplicarle la pena prevista para el delito tentado, es decir, 15 años de prisión; o no aplicarle pena.

En ninguno de estos 3 supuestos está contemplada la posibilidad de aplicar más pena que la que prevé la reducción a la tentativa, y menos pena que la prevista para un adulto (que en este caso era perpetua). Por ello se entiende que aún en ese momento doctrinario la interpretación realizada fue violatoria del principio de legalidad.

En ninguna de las dos instancias se pronunciaron sobre la constitucionalidad de la aplicación de penas de perpetuidad contra jóvenes, conforme el art. 37 de la CDN.

I.1.c. Caso "C. D. N. y L. M. M."

El día 12 de abril de 1999, el Tribunal Oral de Menores Nro. 1 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, condenó a C. D. N. a la pena de reclusión perpetua, por ser considerado penalmente responsable del delito de homicidio agravado *criminis causae* reiterado en cinco oportunidades, robo calificado por el uso de arma reiterado en ocho oportunidades, dos de ellas en grado de tentativa, tenencia ilegal de arma de guerra y asociación ilícita, en calidad de autor, todos en concurso real entre sí; y condenó a L. M. M. a la pena de prisión perpetua por ser considerado penalmente responsable del delito de homicidio agravado *criminis causae* reiterado en dos oportunidades, robo calificado por el uso de arma reiterado en ocho oportunidades, uno de ellas en grado de tentativa, tenencia ilegal de arma de guerra y asociación ilícita, en calidad de autor, todos en concurso real entre sí.

A los fines de su correcta interpretación, se indica que hay un tercer sujeto, D. N., mayor de edad al momento del hecho, quien fue conde-

nado a la pena de reclusión por tiempo indeterminado (arts. 52 y 80, Cód. Penal) **(3)**.

A continuación, se transcribe la parte pertinente del fallo de primera instancia, respecto de la graduación de pena de los jóvenes:

"X. Situación de las personas menores de edad

"Al tiempo de cometer los delitos por los cuales L. M. M. y C. D. N. serán declarados coautores penalmente responsables, contaban con menos de dieciocho años de edad, razón por la cual fueron sometidos al correspondiente tratamiento tutelar en los términos de las leyes 22.278 y 10.903, el cual se halla en pleno desarrollo.

"Cumplidos que han sido los requisitos exigidos por la ley —art. 4º de la ley 22.278—, dado que ha transcurrido con holgura el año de observación previsto por la norma en cuestión, y ambos imputados han cumplido los dieciocho años de edad, el Tribunal se halla en condiciones de resolver la situación de los nombrados en forma definitiva.

"Habida cuenta la cantidad y gravedad de los hechos delictivos protagonizados por los incusos, que comprenden homicidios calificados, robos a mano armada en grado de reiteración, asociación ilícita y tenencia de armas de guerra, todos ellos acompañados de un despliegue de violencia y ferocidad inusitados, demostrativos de un desprecio por las vidas y los bienes ajenos que parece no haber tenido otro límite que no fuera el encierro que actualmente padecen, el Tribunal considera que la imposición de un pena se presenta como ineludible, sin que tampoco les quepa beneficio alguno contenido en la ley 22.278.

"Es que, más allá de las constancias emergentes de los expedientes tutelares respectivos, que no muestran aristas destacables, ya sea de incidencia negativa, como sería un mal comportamiento "intramuros", o bien positiva, a través de una conducta tendiente a revertir tan negro pasado, lo cierto y real es que desde su internación, y aun cuando el período de observación se prolongara hasta la mayoría de edad, no podrán ameritarse logros suficientes que lleven a justificar siquiera mínimamente que quienes en pocos meses causaron tanto daño, cometiendo asesinatos a mansalva, destruyendo familias y arrasando con los más elementales principios de convivencia y respeto por el prójimo que deben imperar en toda sociedad civilizada, no reciban el condigno castigo a semejante comportamiento, cumpliendo así la pena en dos de sus funciones, las cuales son la adecuada retribución al mal causado, por un lado, y, por otro, la resocialización de quienes eligieron apartarse del camino de la ley.

"En razón de lo expuesto es que no se atenderá al pedido de prórroga de la observación tutelar formulado por la Señora Defensora Pública de Menores e Incapaces, Doctora M. Luz de Fazio, dado que la prolongación de este importaría posponer innecesariamente una decisión que, bajo ningún concepto, puede ser otra que la condena, conforme lo que se ha venido expresando en los párrafos precedentes.

"Se tendrá sí en cuenta, y ello será materia de valoración en el capítulo respectivo de la graduación de la pena, la inmadurez propia de la minoría de edad, y las demás circunstancias emergentes de los expedientes tutelares respectivos.

"A) M. tiene en su favor el haber realizado estudios durante la internación, habiendo aprobado el 10 de septiembre de 1998, el primer nivel del Curso de formación profesional en informática, Procesador de textos, Windows y DOS, con 91/100 —véase fs. 219—, en tanto debe computarse en su contra un intento de fuga del CAMET, e intento de robo —véase fs. 57— y una sanción disciplinaria impuesta en el mes de enero del corriente año en la unidad 24 del SPF por resistir activa y gravemente el cumplimiento de órdenes legalmente impartidas por funcionario —véase fs. 255— consistente en cinco días en celda de aislamiento, revelando, además, una conflictiva personalidad que le llevó a un "fallido" intento de suicidio —véase fs. 157 del expediente tutelar— que según sus propias manifestaciones no fue más que una maniobra

(3) La CS, en el fallo "Gramajo" (05/09/2006) declaró la inconstitucionalidad de este artículo para los casos de "multireincidencia", no expidiéndose respecto del art. 80 del Cód. Penal.

para llamar la atención —véase fs. 151 del mismo expediente.

"B) Por su parte, N. evidencia desde su internación en el Instituto M. B. y luego en las Unidades penitenciarias una evolución favorable, como se desprende de los distintos informes psicológicos agregados en el expediente de disposición que denuncian una óptima recepción del tratamiento dispensado.

"Se observa a lo largo de las distintas internaciones un buen comportamiento, acatamiento a las normas disciplinarias y buena relación con sus pares, mereciendo en el mes de noviembre de 1998, en la unidad 16, calificación de "muy bueno" —fs. 128—, en tanto en la unidad 24, a la que fue derivado a fines del año pasado, fue calificado con comportamiento "ejemplar", no registrando sanciones disciplinarias.

"XI. Graduación de las penas e imposición de medidas de seguridad

"Para graduar la sanción a imponer a los culpables, se tendrá en cuenta la naturaleza modalidades y consecuencias de las numerosas acciones incriminadas. Especialmente la cantidad de hechos delictivos atribuidos, de los más graves previstos por la legislación penal. La inusual barbarie evidenciada por los causantes, que no satisfechos en algunos casos con haber saqueado una vivienda asesinando despiadadamente a sus ocupantes, intentaban a las pocas horas o minutos, un nuevo hecho, como que, luego de asesinar a G., tras el frustrado intento de robo, sometieron a A., a su novia y a la madre del primero, saqueando la casa. Después de robar a G. J., lo hicieron en el domicilio de L., a quien humillaron y golpearon, para luego "fusilar" al agente R., a quien le provocaron doce heridas de bala. Luego de robar a S., fueron a la casa de T., donde como en tantas otras ocasiones se enseñorearon del domicilio, haciéndose dueños de la vida de sus ocupantes. Por último, el 2 de enero de 1997, asesinaron a mansalva a C. G. —acusado D. N.— en la Provincia, de inmediato intentaron robar a P. y D. y de seguido 'fusilaron' a C. G. y a B. —ambos N.—, propinándoles alrededor de 28 disparos. Si bien es cierto que no en todos los hechos resultó probada la intervención de los tres causantes —siempre estuvo presente uno de ellos, dos, o bien los tres— la reseña efectuada demuestra el 'estilo' de esta banda, cuya ferocidad, desprecio por la vida ajena y carencia total de valores de sus componentes no tiene precedentes y debe computarse a los efectos de graduar la pena, más cuando ellos han sido encontrados culpables de conformar esta asociación ilícita. Debe valorarse el enorme daño causado, material y especialmente moral y psicológico a sus víctimas, llegando a asesinar al Sr. G. delante de su hijo de siete años de edad. El terror sembrado en cada una de sus incursiones, con constantes amenazas de muerte y apoyando armas en la cabeza de sus víctimas, incluso de niños. En fin. Familias destrozadas, muertos, algunos masacrados. Pocas veces la máxima pena prevista en el Cód. Penal ha merecido mejor justificación que en este caso, no obstante lo cual, a partir de esta genérica evaluación se analizará por separado a cada uno de los causantes, en la medida que algún atenuante pueda morigerar el rigor punitivo.

"(...) B.1) A lo ya expresado en el comienzo de este considerando, debe computarse desfavorablemente para C. N., que supera a su hermano en la cantidad de homicidios agravados atribuidos, que son los cinco analizados en estas causas, además de la asociación ilícita, tenencia de arma de guerra y ocho robos a mano armada, dos de ellos tentados.

"Sin embargo, debe tenerse en cuenta en su favor, que al tiempo de cometer los sucesos era menor de edad; que según se ha comprobado en la audiencia, era llevado por su hermano a través de la senda delictiva; que no registra otros antecedentes, a excepción del hecho por el cual fuera internado, en calidad de inimputable, que fue el homicidio de su padre, en circunstancias que surgen del expediente fotocopiado que corre por cuerda, lo cual es una muestra del pésimo ambiente familiar donde se forjó su personalidad y que lo llevó a concretar tan trágico hecho; que ha tenido un buen comportamiento durante su internación en institutos de menores de edad y luego en las unidades penitenciarias en las que fura alojado tras cumplir dieciocho años de edad, mereciendo calificativo de "muy bueno" y "ejemplar".

"Tales parámetros de graduación punitiva conducen a estimar justa la imposición de la pena de *reclusión perpetua*.

"2) Fundamentalmente por la condición de menor de edad y las restantes pautas analizadas, no se aplicará en este caso la medida de seguridad prevista por el art. 80 del Cód. Penal.

"C.1) Si bien L. M. M. no ha respondido al tratamiento tutelar de la misma manera que N., dado que tuvo un intento de evasión, y su comportamiento intramuros no ha sido el mejor como se desprende de los informes pertinentes —a excepción del último que exhibe un moderado repunte (fs. 262 del expediente de disposición)— y calificación de conducta, mereciendo una sanción disciplinaria, además de haber simulado un intento de suicidio para llamar la atención, registra en su haber dos homicidios calificados, ocho robos a mano armada, uno de ellos en grado de tentativa, asociación ilícita y tenencia de arma de guerra, lo cual sumado a su influenciabilidad, falta de carácter y demás circunstancias ambientales, a lo que se añade su condición de menor de edad al tiempo de delinquir, se le impondrá la pena de *prisión perpetua*.

"2) Tampoco en esta hipótesis se impondrá la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado, por las mismas razones expresadas respecto del encausado C. N.

"D) La pena que se impondrá a los menores de edad N. y M. no se halla en pugna con disposición constitucional alguna, habida cuenta de que la prohibición de imponer prisión perpetua a quienes delinquen antes de cumplir los dieciocho años de edad, contenida en el art. 37, párr. a) de la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada a la Carta Magna por su art. 22, no es absoluta, en la medida que permita la posibilidad de excarcelación, o en otras palabras de acceder a la libertad condicional, lo cual es posible en nuestra legislación, conforme lo dispone el art. 13 del Cód. Penal".

Habiéndose interpuesto recurso de casación, el 4 de abril del año 2000 la sala II de la CNCP resolvió rechazarlos. Primeramente, indicó que "la pena impuesta a C. D. N. —reclusión perpetua— guarda entera proporcionalidad con la magnitud y la gravedad de los delitos endilgados". Lo justifica mencionando los arts. 17.1a y 17.1c de las Reglas de Beijing. Indica que la resocialización del joven se puede cumplir con lo que prescribe la ley 24.660, que regula el sistema penitenciario federal. Finalmente afirman que la palabra excarcelación utilizada por la CDN debe asimilarse al instituto de Libertad Condicional, del art. 13 del Cód. Penal, ya que "(…) En nuestro país, la 'Libertad Condicional' posibilita al condenado 'obtener la libertad por resolución judicial' antes del término de la condena cumpliendo determinados requisitos".

Este fallo es importante, porque es la primera vez que el Tribunal de Casación Nacional se expedía a favor de la reclusión o prisión perpetua por hechos cometidos por un joven.

Como puede observarse, el único argumento a favor de la constitucionalidad de estas penas, en relación con el art. 37 de la CDN, fue (y siguió siendo) la posibilidad de la aplicación de la libertad condicional prevista en el art. 13 del Cód. Penal. Como observación, nótese que se hace mención al inc. 'a)' de dicho artículo, mas no al inc. 'b)', donde se indica que la prisión debe ser último recurso y por el plazo más breve que proceda.

I.1.d. Caso "C. A. M."

El día 28 de octubre de 1999, el Tribunal Oral de Menores Nro. 1 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, condenó a C. A. M. a la pena de prisión perpetua, por ser considerado penalmente responsable de los delitos de Robo calificado por haber sido perpetrado con armas en cuatro oportunidades, una de ellas en grado de tentativa, homicidio calificado por haber sido perpetrado para consumarlo y, consecuentemente, lograr la impunidad y con alevosía, homicidio calificado por haber sido perpetrado para consumarlo y, consecuentemente, lograr la impunidad y lesiones graves, todos los cuales concurren materialmente entre sí (arts. 42, 44, 45, 55, 80 incs. 2º y 7º, 90 y 166 inc. 2º del Cód. Penal de la Nación). También condenó a G. A. A., mayor de edad, y por los mismos hechos, a la pena de reclusión perpetua por tiempo indeterminado (art. 52 y 80 del Cód. Penal).

Al momento de fundar la pena respecto del joven, se dijo lo que a continuación se transcribe:

"8) Del imputado menor.

"C. A. M. perpetró los injustos que se le reprochan en estos obrados siendo menor de dieciocho años de edad; se ha cumplimentado con holgura, con relación al nombrado, el lapso de observación y tratamiento previsto en la ley 22.278 y, a la fecha, el encausado de mentas ha alcanzado la mayoría legal de edad. Así las cosas, el Tribunal debe decidir en definitiva con relación al aludido.

"Habida cuenta la cantidad y gravedad de los hechos delictivos coprotagonizados por M., que comprenden homicidios calificados, lesiones graves y varios robos, acompañados de un gran despliegue de violencia en estos, demostrativos (al menos en el caso del 'Bar Company') de un desprecio por las vidas y los bienes ajenos que parece no haber tenido otro límite que no fuera el encierro que actualmente padece, el Tribunal considera que la imposición de una sanción corporal a M. se presenta como ineludible, sin que tampoco pueda caberle alguno de los beneficios contemplados en el art. 4º de la ley 22.278.

"Es que, más allá de las constancias emergentes del expediente tutelar respectivo, que no muestra aristas destacables, ya sea de incidencia negativa como sería un mal comportamiento 'intramuros', o bien positiva a través de una conducta tendiente a revertir tan negro pasado, lo cierto y real es que desde su internación no pueden ameritarse logros suficientes que lleven a justificar, siquiera mínimamente que, quien (por cierto junto a otros sujetos) en tan poco lapso causó tanto daño, cometiendo asesinatos a mansalva, destruyendo familias y arrasando con los más elementales principios de convivencia y respeto por el prójimo que deben imperar en toda sociedad civilizada, no reciba el castigo correspondiente a semejante comportamiento, cumpliendo así la pena dos de sus funciones cuales son la adecuada retribución al mal causado por un lado y, por otro, la resocialización de quienes eligieron apartarse del camino de la ley

"En razón de lo expuesto es que no se atenderá al pedido de reducción de la sanción a imponer a C. A. M. formulado por las Doctoras Nelly Amalia Allende y Claudia López Reta

"Se tendrá sí en cuenta, y ello será materia de valoración en el capítulo respectivo, la inmadurez propia de M. al tiempo de acaecimiento de los gravísimos sucesos de autos en los que tomara activa participación, las demás circunstancias emergentes del expediente tutelar respectivo y de los arts. 40 y 41 del código de fondo.

"9) Penas a imponer. Medida de seguridad.

"Para graduar las sanciones a imponer a G. A. A. y C. A. M. se tienen en cuenta la naturaleza, modalidades y consecuencias de las numerosas acciones criminales probadas respecto de los nombrados; de las más graves previstas por la legislación penal; la inusual barbarie evidenciada por los causantes quienes, no satisfechos por el producido de los ilícitos perpetrados concretaban, a las pocas horas o minutos, un nuevo injusto de similar factura.

"Deben valorarse, asimismo, los daños personales (irrecuperables en los caos de los homicidios concretados) materiales y especialmente morales y sicológicos a las víctimas y familiares de estas, todo lo cual quedó evidenciado en la audiencia de debate, no solo por las probanzas reunidas en esta, sino por la angustia evidenciada en los familiares y víctima (R.) en el transcurso de ella, traducidas en llanto al hacerse alusión a la forma en que acaecieron los sucesos juzgados y en episodios de histeria, congoja y desesperación al darse lectura al veredicto.

"En fin. Familias destrozadas, muertos. Las máximas penas previstas en el Cód. Penal merecen en este caso justificación, no obstante lo cual, a partir de esta genérica evaluación se analizará por separado a cada uno de los causantes, en la medida que algún atenuante pueda morigerar el rigor punitivo.

"A) Respecto de C. A. M. debe tenerse en cuenta en su favor que, al tiempo de cometer los sucesos, era menor de dieciocho años de edad; que, según se ha comprobado en la audiencia de debate, habría sido reclutado por G. A. A. para transitar la senda delictiva; que no registra otros antecedentes, a excepción de los hechos juzgados, por los cuales fue oportunamente privado de su libertad; el desfavorable entorno familiar donde se forjó su desviada personalidad, donde no pocos de sus integrantes fueron o se encuentran privados de su libertad por haber perpetrado delitos, y que ha tenido, en general, un buen

comportamiento durante su internación en los establecimientos donde fue alojado.

"Tales parámetros de graduación punitiva conducen a estimar justa la imposición a C. A. M. de la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas que, bueno es repetirlo, no se halla en pugna con disposición constitucional alguna, como lo sostuvieran las Doctoras Allende y López Reta en la oportunidad prevista en el art. 393 del Cód. Proc. Penal de la Nación, habida cuenta que la prohibición de imponer prisión perpetua a quienes delinquen antes de cumplir los dieciocho años de edad, contenida en el art. 37, párr. a) de la Convención sobre los Derechos del Niño e incorporada a la Constitución de la Nación (art. 22) en la reforma acaecida en el año 1994 no es absoluta, en la medida que permita la posibilidad de excarcelación, o, en otras palabras de acceder a los menores condenados a la libertad condicional, lo cual es posible en nuestra legislación, conforme lo dispone el art. 13 del Cód. Penal".

La sala II de la CNCP, el 23 de junio del 2000, rechazó los recursos de casación, remitiéndose a los mismos fundamentos que en el caso C. D. N y L. M. M. anteriormente mencionado. *En otras palabras, la libertad condicional del art. 13 del Cód. Penal satisface las exigencias del art. 37 de la CDN.* También se expidió respecto de la condena a prisión perpetua como una pena cruel, inhumana o degradante, rechazando este supuesto ya que el art. 1º, inc. 1º de la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes indica que no se consideran tales a "los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas".

I.1.e. Caso "S. C. R. C."

El 06 de noviembre del 2000, el Tribunal en lo Penal de Menores de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Mendoza condenó a S. C. R. C. a prisión perpetua, por el delito de homicidio agravado *criminis causae* y robo agravado por el uso de arma (arts. 80, inc. 7º y 166, inc. 2º del Cód. Penal), en concurso real.

El fiscal, al momento de solicitar aplicación de pena, solicitó la pena de 20 años (arts. 44 y 80 del Cód. Penal) indicando que, a su criterio, la CDN veda la posibilidad de aplicar prisión perpetua a un joven. La defensa solicitó la no aplicación de pena, y en subsidio invocó el art. 37 de la CDN. La condena no fue recurrida.

Para justificarlo, se indicó que la prueba sobre la conducta del joven hace concluir a dicho tribunal que no es merecedor de la reducción a la tentativa que autoriza el art. 4º del dec.-ley 22.278. Seguidamente indica que no se viola el mentado artículo de la CDN, toda vez que está prevista la posibilidad de la libertad condicional, citando al fallo de la sala II de la CNCP antes mencionado.

No indica ningún fundamento por el cual se le permita apartarse *ultra petita* de lo solicitado por el fiscal.

I.1.f. Caso "R. D. V. F."

El 28 de noviembre de 2002, el Tribunal en lo Penal de Menores de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Mendoza condenó a R. D. V. F. a la pena de prisión perpetua, por los delitos de homicidio agravado *criminis causae* reiterado en dos oportunidades, robo agravado por el uso de arma reiterado en seis oportunidades, una de ellas tentado, coacción agravada, tenencia de arma de guerra, y portación de arma de uso civil. Aquí también el fiscal solicitó la pena de 20 años, por considerar que a un joven no se le puede aplicar penas de perpetuidad. Para resolver de esta manera, el Tribunal consideró:

"En suma, nos encontramos frente a un suceso gravísimo, un sujeto con una personalidad psicopática, con una condena anterior por tentativa de homicidio, más otro delito, un tratamiento tutelar intrascendente que no ha revertido la situación personal del causante y que solo en apariencia ha sido favorable, incluso actualmente —según dijo R .C. en la audiencia— no desarrolla ninguna actividad en el penal. Por último, la impresión directa del nombrado recogida por el Tribunal ha sido francamente negativa; todo lo cual conlleva a confirmar, por un lado, que resulta necesario aplicar una sanción al encausado R. C. y, por otro, que no es merecedor de la reducción penal prevista en el

art. 4º, segundo párrafo, última parte, de la ley 22.278/22.803".

Asimismo, reitero lo dicho en el fallo S. C. R. C. respecto de la libertad condicional como adecuación del art. 37 de la CDN. No indica ningún fundamento por el cual se le permita apartarse *ultra petita* de lo solicitado por el fiscal. La defensa interpuso recurso de casación ante la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, siendo desestimado por cuestiones formales.

I.1.g. Otros casos

Hubo muchos casos más de penas de perpetuidad contra jóvenes. Realizar una enumeración completa de cada una de ellas resulta innecesario a los fines de la presente tesis. Se puede resumir, sin embargo, que todas resuelven la cuestión constitucional de la misma manera que los fallos mencionados anteriormente, es decir, recurriendo a la figura de la libertad condicional.

En ellos se hace mención genérica a la peligrosidad como justificante de la pena máxima, juntamente con las particularidades de cada ellos. En ninguno de los observados se hizo análisis de la proporcionalidad, culpabilidad y/o reprochabilidad desde la perspectiva dada por la CDN y demás legislación aplicable. Asimismo, en ninguno refiere claramente como fueron analizados los hechos y las agravantes para concluir en dicha pena, haciéndose mención genérica a la sana crítica e íntima convicción.

I.2. El fallo "Maldonado"

I.2.a. Antecedentes

De la situación fáctica descripta, se pudo concluir que el fallo de primera y segunda instancia, del caso que luego llegaría a la CS, resulta ser el mismo que el Caso 10 D. E. M. publicado en UNICEF (2003a) antes citado, por lo que se realiza un análisis completo de todas las instancias.

El día 5 de mayo del año 2000, el Tribunal Oral de Menores Nro. 2 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires declaró la responsabilidad penal del joven Maldonado por el delito de homicidio agravado *criminis causae* en concurso real con robo agravado por el uso de arma.

El día 5 de noviembre de 2002, el mismo Tribunal, otorgándole el 'beneficio' de la reducción a la tentativa, condenó a Maldonado a la pena de 14 años de prisión.

En la sentencia se indica que, previo a resolver la imposición y dosificación de pena, se les dio traslado a las partes.

Tal como surge de la sentencia, la defensora pública de menores e incapaces indicó:

"(...) [L]uego de analizar detenidamente el expediente tuitivo correspondiente al joven M., se observa que su conducta a lo largo de todo el tratamiento tutelar, mientras este permaneció privado de su libertad, ha sido la apropiada y la esperada por lo menos dentro de ese marco institucional, habiendo sido todo ello lo que motivó que con conformidad de ese Ministerio Pupilar, el menor comenzara a gozar de una serie de permisos de salidas, las que fueron respetadas estrictamente por el encausado y su grupo familiar (...).

"Lo relatado anteriormente se torna inconsistente y sin ningún valor desde el punto de vista tutelar, ante el hecho de que, una vez advertido severamente por el Tribunal, al responsabilizárselo penalmente por la comisión de un delito de extrema gravedad, M. vuelve a registrar una nueva causa por un hecho también de extrema gravedad y de similares características, poniendo en peligro no solo su propia vida sino también la de terceros, con la lógica consecuencia que hoy le toca vivir: hallarse privado de su libertad en la Unidad 2 del SPF (...)

"Ello resulta un reflejo de que su conducta dentro de un ámbito institucional difiere claramente cuando se encuentra ante la posibilidad de gozar de los beneficios de encontrarse en libertad ya que, volviendo a lo dicho con anterioridad, su perfil era el de una persona que había logrado obtener cambios significativos y valorables por todos los que intervenimos en este proceso, y que no se adecuan con los de una persona que resulta imputado de una acción delictiva de las mencionadas. Por lo expuesto y ante este sorpresivo fracaso en el que indudablemente se ha visto inmerso M., dando por tierra las oportunidades brindadas (...) durante tanto tiempo para lograr su reinserción social,

entiendo que deviene inevitable sancionar al nombrado".

Por último, expresó que, en virtud de los logros alcanzados por el joven, del buen comportamiento observado dentro del ámbito institucional, sumado a que la nueva causa que registra aún está en trámite, gozando así de la presunción de inocencia, consideró aplicable una reducción de la pena en los términos del art. 4º de la ley 22.278.

Habiéndose corrido traslado al Fiscal General, y tal como surge de la misma sentencia, este sostuvo que el tratamiento tutelar implementado a Maldonado ha sido un perfecto fracaso, consideró que este no se ha hecho merecedor de ninguno de los beneficios previstos por el art. 4º de la ley 22.278. Con base en ello, y teniendo en cuenta la naturaleza, modalidades y consecuencias del hecho delictivo por el que se lo responsabilizara penalmente en autos, sus antecedentes personales y las demás pautas de mensuración punitivas contenidas en los arts. 40 y 41 del Cód. Penal, es que en definitiva solicitó se condene al nombrado a la pena de prisión perpetua, y accesorias legales.

Funda su dictamen en que el joven, actualmente, se encuentra detenido con prisión preventiva por una nueva causa, en la que se lo indaga por el delito de homicidio agravado *criminis causae* y otros.

Agrega que si bien es cierto que el expediente de disposición tutelar evidenciaría a primera vista que intramuros M. se comportaría conforme la ley, también lo es la circunstancia de que el joven no ha internalizado los beneficios que el tratamiento de referencia le brindaba, pues "al momento de recuperar su libertad se vio involucrado en un hecho delictivo de semejante envergadura", lo que demuestra en su criterio que más de cuatro años de tratamiento tutelar no han servido para que superara su desaprensión respecto de los bienes jurídicos que el cuerpo legal punitivo protege.

Finalmente, se le dio traslado a la defensa oficial del joven. Esta sostuvo que objetiva y subjetivamente, debe hacerse abstracción del nuevo proceso penal que su asistido registra en trámite, dado que continúa gozando del estado de inocencia que resguardan los tratados internacionales incorporados a la Constitución de la Nación, por lo que, conforme sostuvo, en ese contexto, se hallaba en condiciones de solicitar que se aplique respecto del encausado la posibilidad de exención de pena prevista en la última parte de la ley juvenil.

Argumentó que en su opinión su pupilo ha cumplido con los objetivos propuestos a lo largo de la tutela, evolucionando favorablemente a lo largo de casi cuatro años, logros que no pueden ser soslayados al momento de decidir acerca de la imposición o no de pena y eventualmente el monto de la sanción que en definitiva se le imponga.

Por último, expresando los fundamentos de su desacuerdo con la aplicación de la pena de prisión perpetua respecto de hechos cometidos por jóvenes, requirió se absuelva a D. E. M. por aplicación del art. 4º *in fine* de la ley 22.278; y subsidiariamente, para el caso en que el Tribunal se decida por la aplicación de una sanción, que esta sea de diez años de prisión y accesorias legales.

El voto del primer juez, al que adhiere el resto, hace una reseña histórica del joven. Finalmente, respecto del proceso que tiene en trámite indica:

"Si bien resulta cierto que en la causa de mención el joven conserva la presunción de inocencia garantizada en nuestra Constitución de la Nación; empero, no por ello puede sostenerse, como pretende la defensa, que dichas actuaciones 'no existen'. Tal como expresaran la Dra. L. R. y el Sr. Fiscal Gral., los graves ilícitos que se le endilgan a M. en ese legajo, por cierto de idénticas características a aquellos por los que se acreditó su responsabilidad en la audiencia de juicio celebrada en autos, conforman un dato objetivo valorable a los fines meramente tutelares, siendo un claro reflejo de su proclividad a exponerse a serias situaciones de riesgo que ponen en peligro no solo su propia vida, sino la de terceros, máxime que habiéndoselo declarado culpable de gravísimos ilícitos en esta causa, se esperaba un comportamiento ejemplar y alejado de todo tipo de conflicto.

"En tales condiciones, resulta claro que su conducta dentro de un ámbito institucional difiere cuando se encuentra ante la posibilidad de gozar de los beneficios de encontrarse en libertad, lo que me lleva a concluir que D. E. M. no ha internalizado y adecuado su obrar a las normas que rigen la convivencia social.

"Por todo lo expuesto, ante el 'no esperado' fracaso que ha implicado para el suscripto la exposición del joven a la situación de riesgo antes señalada; defraudando la confianza del Tribunal y dando por tierra las múltiples oportunidades que se le brindaron durante todo el período de observación, a través de todos los profesionales que intervinieron en su caso, aunando a todo lo expresado la gravedad de los hechos por los que fuera advertido y responsabilizado penalmente en autos, estimo que no resulta posible beneficiarlo con la absolución de pena prevista en el art. 4º *in fine* de la ley 22.278. (...)

"A fin de graduar la sanción a imponer a D. E. M., como la forma de su cumplimiento, valoro en su contra, la naturaleza, el carácter, las modalidades y consecuencias del quehacer delictivo coprotagonizado por el referido (...), y el fracaso del tratamiento tutelar que se le implementara, conforme las razones expresadas en los párrafos anteriores; en su favor, su minoridad al momento del hecho, el bajo medio social al que pertenece, sus circunstancias personales que surgen del expediente de disposición tutelar, y la favorable evolución que demostró hallándose en el Instituto 'Dr. Luis Agote'. A todo ello se suma la "regular" impresión que me causara en la audiencia de debate, como los demás índices de mensuración punitiva previstos en los arts. 40 y 41 del Cód. Penal.

"En vista de todo lo expresado, considero como justa y adecuada al caso traído a estudio la sanción de catorce años de prisión y accesorias legales, lo que así voto".

El mencionado Fiscal General interpuso recurso de casación, cuyo principal fundamento era la errónea aplicación del art. 4º del dec.-ley 22.278, y por considerar que la resolución había sido arbitraria. El día 23 de abril de 2003 la sala I de la Cámara Nacional de Penal resolvió casar la sentencia dictada, y condenar al joven Maldonado a la pena de prisión perpetua.

Para resolver de este modo, se realizaron los siguientes argumentos:

"Cual se ha dejado constancia más arriba (apartado b) el sustento de la aludida elección está constituido por: 1º) el haber cometido el hecho siendo menor de edad; 2º) su buen comportamiento en el Instituto 'Dr. Luis Agote' y las actividades positivas que realizó estando ahí privado de su libertad.

"El primero de tales fundamentos carece de relevancia para discernir la disminución de pena pues no es sino uno de los requisitos para la reducción, beneficio que no está previsto para los mayores. No es por tanto una razón suficiente que apuntale lo decidido.

"Y en cuanto al segundo, se muestra contradictorio con el sentido de lo resuelto. En efecto, esa buena conducta intramuros debió ser tomada en cuenta si es que el tratamiento tuitivo prodigado al menor hubiese demostrado un progreso en su resocialización o un propósito de enmienda que morigerara la evidente peligrosidad demostrada por M. al cometer el hecho por el que fue responsabilizado penalmente. Sin embargo —como el propio tribunal de la instancia anterior lo reconoció— ese tratamiento fracasó en lo que es su propósito primordial, pues no bien el menor ganó la confianza de las autoridades, a tal punto que le concedieron egresos periódicos, defraudó aquella y se involucró en nuevos y violentísimos hechos delictivos que han motivado una grave acusación en su contra por la que se sustancia el correspondiente juicio.

"Se advierte, por tanto, que, la solución jurídica consagrada —la reducción de la pena conforme con las disposiciones de la tentativa— no deriva racionalmente de las circunstancias fácticas comprobadas en el legajo. Esta conclusión se torna tanto más evidente si se repara en que M., cuando delinque, exhibe un manifiesto desprecio por la vida propia y la ajena con tal de lograr su objetivo ilícito y, al propio tiempo, resguardar su libertad e impunidad. El hecho de autos es elocuente en ese sentido pues, perseguido por un pariente de la víctima de su despojo y aun sin riesgo para su propia vida, le disparó a quemarropa y así le dio muerte. No es muestra menos elocuente de su conducta extremadamente pe-

ligrosa para la vida ajena las imputaciones que actualmente sobre él pesan —ya en calidad de mayor para el derecho penal—, desde que de las constancias agregadas a fs. 70/90 resulta que intentó matar a tiros a los policías que procuraban su legítima aprehensión (...)Por lo demás, M. está siendo juzgado en este momento por tales hechos en la causa 1360 del Tribunal oral en lo Criminal Nro. 15 (véase certificación de fs. 202 vta.) y pese a que, por tanto, aún conserva el estado de inocencia, lo cierto es que la presunción de responsabilidad que dimana del progresivo avance de dicha causa es un dato objetivo que no puede ser desdeñado en el juicio de peligrosidad que este Tribunal está obligado a emitir de conformidad con el art. 41 del Cód. Penal".

Respecto de la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua contra jóvenes indicada por la defensa oficial ante dicho tribunal, se remiten a los antecedentes antes mencionados.

Por lo que, habiendo rechazado la reducción a la tentativa, y habiendo solicitado el Ministerio Fiscal la pena de prisión perpetua, esta es concedida.

I.2.b. El dictamen del Procurador General

La defensa interpuso recurso extraordinario federal, el cual fue denegado. Queja mediante, llega el caso a la CS. El Procurador General de la Nación, emitió dictamen el 31 de marzo de 2005. En lo sustancial, entendió que el recurso era procedente ya que

"(...) [A]un considerando que el planteo se dirige en definitiva a revisar el quantum de la pena aplicada (...), al haberse fundado en la interpretación de aquellos instrumentos internacionales de derechos humanos, frente a la decisión contraria dictada por el *a quo*, el caso suscita cuestión federal suficiente para habilitar la vía intentada".

Respecto del agravio basado en que la pena de prisión perpetua un acto cruel, inhumano y degradante lo desestima (como se observó en el caso C. A. M., apartado I.1.d. *in fine*), por considerar que la misma se encuentra excluida por el art. 1.1 de la mentada Convención.

Respecto del art. 37.b de la CDN, indica que se cumple el principio de encarcelamiento como medida de último recurso y por el plazo más breve que proceda, pues "el Estado ha abdicado de perseguir penalmente a los menores de dieciséis años y lo hace de modo limitado entre esa edad y los dieciocho años".

Respecto del art. 37.a de la CDN; indica que se cumplen sus postulados (prohibición de "prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación") con la posibilidad existente bajo la forma de libertad condicional.

Indica, finalmente, lo siguiente:

"De la inteligencia hasta aquí desarrollada surge que, en definitiva, "la mayor brevedad posible" que se postula en el instrumento internacional de menores no impone *per se* la inconstitucionalidad de la aplicación a su respecto de la prisión perpetua pues, bajo cierta condición (posibilidad de excarcelación), se trata de una pena que la propia Convención autoriza para supuestos de gravedad y sin perjuicio de la vigencia del 'interés superior del niño' que proclama su art. 3º. (...)

"Por lo tanto, considero que la facultad judicial que autoriza el art. 4º ley 22.278 no se opone a las pautas que se han reseñado, pues en virtud de ella el tribunal competente dispone de una herramienta legal que le permite, con mayor amplitud que para los adultos, adecuar la reacción estatal si es que se la juzga necesaria según los principios que rigen específicamente en materia de menores".

Respecto de la utilización de la causa en trámite, indicó que su mención fue sobreabundante y ociosa, careciendo de efectos concretos al momento de la decisión, pues de todas maneras se hubiera llegado a la misma condena.

I.2.c. La sentencia

El día 7 de diciembre del año 2005 la Corte se expidió sobre el caso **(4)**. Vale aclarar que, habiéndose ratificado la CDN y reformado la Cons-

(4) El expediente fue caratulado "Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Daniel Enrique Maldonado en la causa Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso

titución en el año 1994, era la primera vez que se expedía al respecto. Dicho fallo analiza una serie de cuestiones relativas al Derecho Penal Juvenil. En la presente tesis me limitaré a analizar lo relativo a nuestra hipótesis, solo mencionando el resto de las cuestiones.

La Corte, en su voto mayoritario, indicó que la minoridad al momento del hecho no es solamente un requisito para la no aplicación de pena o la reducción a la escala de la tentativa, sino que ante esta circunstancia deben aportarse elementos para apartarse de dicha reducción. En otras palabras, que los institutos mencionados son la regla, y que solo excepcionalmente el juzgador puede apartarse de ellos.

Comprendió que la medida de la reprochabilidad del joven, sus posibilidades de autodeterminación, y demás cualidades, no pueden ser considerados evidentes ni derivados automáticamente de la gravedad objetiva del hecho cometido.

Resolvió que el fracaso del tratamiento tutelar no puede atribuírsele exclusivamente al destinatario de la medida, omitiéndose de toda valoración fáctica concreta de las condiciones de contención social en la que se produce la liberación del joven.

Entendió que la expresión "peligrosidad" del art. 41 del Cód. Penal no puede ser la puerta de ingreso para la valoración claramente contradictoria al principio de inocencia, derecho penal del hecho, y al *non bis in idem*, siendo que, si no lo es para los adultos, tampoco para los jóvenes.

Indicó que en el caso de las penas absolutas dictadas contra jóvenes ya no es suficiente la mera comprobación de los hechos, sino que debe evaluarse el ilícito y la culpabilidad correspondiente.

Agregó que los jóvenes poseen una situación emocional, posibilidad real de dominar el curso de los acontecimientos, y actuación impulsiva o a instancia de sus compañeros diferente a un adulto, siendo que no puede dejar de valorarse dichas circunstancias.

Consideró que una pena dictada sin escuchar al joven no puede considerarse bien determinada, en virtud del derecho a ser oído (art. 12.1 de la CDN).

Razonó que la necesidad de la pena se ve ligada al mandato legislativo de asegurar, preponderantemente, que la pena atiende a los fines de la resocialización, no siendo equiparable a la reducción a la tentativa, que atiende a otros fines. También razona que el juzgador no puede desentenderse de los posibles efectos de la pena desde el punto de vista de la prevención especial al momento de graduar la pena. Dicho mandato, en nuestro fuero, se traduce en la necesidad de fundamentar la necesidad de la privación de la libertad.

Consideró que los vocablos "dispuesto", "internado", "reeducados", o "sujetos a medidas tutelares" significan materialmente lo mismo, es decir, la privación de la libertad del joven. Realiza una serie de consideraciones en contra el paradigma de la "situación irregular", sentenciando que los jóvenes no pueden tener menos derechos que los adultos, siendo que se les debe reconocer los mismos derechos más los derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado.

Enunció que en la actualidad el sistema jurídico de la justicia penal juvenil se encuentra configurado por la CN, la CDN, la CADH, el PIDCyP, y el PIDESyC, normas que resultan de ineludible consideración al momento de imposición de penas. Este sistema, entonces, debe estar orientado a que la aplicación de una pena privativa de la libertad no implique efectos negativos para la reintegración social del condenado.

Indicó que el principio de culpabilidad debe regir la cuantía de la pena, rechazándose cualquier concepción que implique la cosificación del ser humano. Así, la medida de la pena no puede exceder la del reproche que se le formule a la persona por haber escogido el ilícito cuando tuvo la posibilidad de comportare conforme a la norma, o sea, que la pena debe ser proporcional a la culpabilidad del autor, y esta

real con homicidio calificado —causa 1174—" (CS, Fallos: 328:3434).

culpabilidad se determina según el ámbito de autodeterminación que este haya tenido para ejercer su conciencia moral en la constelación situacional en que hubiese actuado, y con relación a sus personales capacidades en esa circunstancia. No se pena por lo que se es, sino por lo que se hace, y solo en la estricta medida en que esto se le pueda reprochar al autor. Lo contrario sería consagrar una discriminación entre los seres humanos, jerarquizarlos, considerar a unos inferiores a otros, y penar esa pretendida inferioridad de la persona, aunque con semejante consideración, en el fondo, cancelaría directamente el concepto mismo de persona.

Concluyó que, ónticamente, no tiene el mismo grado de madurez emocional un adulto y un joven. Toda la psicología evolutiva confirma esta situación elemental. Su grado de reprochabilidad penal es diferente. Por lo que la única vía para determinar la pena correspondiente a un hecho cometido por un niño siguiendo idénticos criterios que los que se utilizan respecto de un adulto sería prescindiendo del principio de culpabilidad, y apelando a la vieja peligrosidad, lo que está vedado por nuestra Constitución. En otras palabras, la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto.

Por lo que se hizo lugar a la queja, se declaró procedente el recurso extraordinario, y se dejó sin efecto la sentencia apelada.

El voto mayoritario, tal como se observa, no declara la inconstitucionalidad de las penas de perpetuidad dictadas contra jóvenes. Tampoco indica si el art. 13 del Cód. Penal satisface las exigencias del art. 37 incs. a y b de la CDN, ni si estas condenas son penas crueles, inhumanas, o degradantes.

Los votos concurrentes de Fayt y Argibay, si bien sentencian de la misma manera, se diferencian en estos puntos.

Fayt indica que la libertad condicional es equiparable a la posibilidad de excarcelación, por lo que

"(...) [E]l ámbito de la decisión no consiste en determinar si es posible aplicar a la luz de la Convención (...). Antes bien, se trata de examinar si al fijarse la pena aplicada en la especie respecto del joven Maldonado fueron respetados los demás principios constitucionales que aluden a la situación del niño y los directamente vinculados con la imposición de una pena adecuada a la culpabilidad. Más precisamente, si resultaba razonable y correspondía, aplicar por el delito cometido la pena más grave que nuestro sistema punitivo prevé".

Argibay, por su parte, indicó:

"20) En síntesis, si bien no puede atribuirse a la Convención sobre los Derechos del Niño una prohibición absoluta de aplicar la prisión perpetua a personas que, al momento de perpetrar el delito, eran menores de dieciocho años, sí se deriva de dicho instrumento internacional con rango constitucional una regla de máxima prudencia y cuidado en la imposición de penas de prisión y, con mayor razón, de la prisión perpetua, que obliga para ello a descartar fundadamente la suficiencia de las alternativas más leves. 21) Con ello queda dicho que, cuando se trata de la pena de prisión perpetua, es la acusación, y, especialmente, el tribunal que la acoja, quien debe alegar y demostrar la insuficiencia de la escala de diez a quince años de prisión (arts. 4º de la ley 22.278 y 44, tercer párrafo del Cód. Penal) como respuesta adecuada a la culpabilidad del autor, para así justificar la necesidad de aplicar la pena perpetua. Es, por ende, inconstitucional, el camino inverso de exigir a la defensa la demostración del derecho a una "reducción", bajo apercibimiento de aplicar prisión perpetua".

Asimismo, fue Argibay la única que se expidió respecto del planteo de la crueldad de la pena, indicando lo siguiente:

"Respecto de los agravios deducidos, señaló, en primer término, que debía descartarse la posibilidad de que la imposición de prisión perpetua pudiese ser considerada como un acto cruel, inhumano o degradante, en tanto la propia Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes, en su art. 1.1, última parte, indica que no se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas".

I.2.d. Conclusión de la sección

Tal como se indicó, se analiza el fallo Maldonado solamente en lo que respecta a nuestra temática.

Así, se concluye que el mentado fallo no prohibió las penas perpetuas contra jóvenes sino, más bien, las restringió exigiendo debida fundamentación. Entiendo que Argibay habló por todos los jueces cuando indicó que debe ser el acuse y el Tribunal el que debe demostrar la insuficiencia de la reducción de la escala, y no en viceversa.

También se concluye que la reducción no es un 'beneficio', sino que es la regla, siendo su apartamiento la excepción.

No se puede dejar de señalar que este fallo versó más sobre prácticas judiciales contrarias a la Constitución, y sobre erróneas interpretaciones que se realizaron sobre el dec.-ley 22.278, que sobre cuestiones de fondo. Ello se justifica en el sinfín de irregularidades que se vienen mencionando, no en una, sino en todos los casos analizados.

Creo que se está en condiciones de afirmar que ninguna condena de prisión perpetua cumple los parámetros legales que se establecieron con el fallo "Maldonado". Sin perjuicio de ello, dicho fallo no las prohibió.

En el voto mayoritario, se analizan los principios de culpabilidad y reprochabilidad, no imponiéndose un límite claro a la punibilidad, y permitiéndose las penas perpetuas por excepción. Solo el voto de Argibay se expidió respecto de la crueldad de la pena, desechándola. Ninguno de los votos analizó la constitucionalidad de la pena en relación con el art. 37.b de la CDN. Respecto de estos aspectos, se pospone su análisis al fallo "Mendoza" (ver apartado I.3.c.), a fin de evitar reiteraciones.

Ambos votos concurrentes desechan, tal como se indicó, contradicción entre el art. 4º del dec.-ley 22.278 y el art. 37.a de la CDN. Es conveniente, en estos momentos, realizar una crítica en este punto.

Tal como se indicó en el capítulo V.8.1. *in fine*, el art. 29 de la CADH consagra el Principio *Pro Homine*, declarándose que ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de permitir a alguno suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos. Este principio es la manera de interpretar los tratados internacionales: ellos dan derechos a las personas y obligaciones al Estado, y no al revés.

Por ejemplos: si la CADH dijera que "todas las parejas heterosexuales tienen derecho a casarse", no puede ser interpretado a *contrario sensu*, concluyendo que esta norma les prohíbe a las parejas homosexuales ese derecho. De la misma manera, cuando el art. 8.2.h de la CADH dice que toda persona inculpada de delito tiene derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, ello no significa que dicho artículo impide que aquellas personas que no están acusadas de un delito tengan el derecho a la doble instancia.

Igualmente, si el art. 6.5 del PIDCyP indica: "No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de dieciocho años de edad, ni se la aplicara a las mujeres en estado de gravidez", ello no significa que dicho artículo permite la pena de muerte para los hombres mayores de 18 años, y las mujeres mayores de 18 años que no están en estado de gravidez.

Todas estas son interpretaciones contrarias al Principio *Pro Homine* y, especialmente, contrarias al espíritu del legislador internacional al momento de su sanción y ratificación del tratado.

Entonces, que el art. 37.a de la CDN diga que está prohibida la pena de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación, ello no significa que este artículo permita dicha pena si existe la posibilidad de excarcelación. Ello es una interpretación errada de la norma internacional; siendo que todas las instancias anteriores al fallo Mendoza lo interpretaron de esta manera, incluyendo la mismísima Corte.

Por ello se entiende que el fallo Maldonado, más allá de todo lo loable que ha sido, y lo beneficioso que fueron todas sus consideraciones a fin de salvaguardar un marco mínimo de derechos garantizados para jóvenes, no se extendió

todo lo necesario, perdiéndose así una oportunidad histórica de poner fin a este asunto.

Resulta sorprendente que la doctrina especializada en la temática no ha realizado una verdadera crítica a este fallo, que siguió permitiendo la aplicación de penas de prisión perpetua, y mantuvo un sistema penal juvenil que continúa aplicando las penas más altas del continente **(5)**.

Desde ya se adelanta, tal como se desarrollará más adelante, que la modificación del máximo de pena implica necesariamente una readecuación de las penas medias y mínimas, incidiendo en todo el sistema. En efecto, no es lo mismo que la pena máxima aplicable a un joven sea prisión perpetua, 15 años o 7 años, porque cada una de estas incidirá directamente en todas las demás penas posibles, como así también en un análisis correcto de las disposiciones que se discuten.

I.3. El fallo "Mendoza"

I.3.a. Antecedentes

Entre el 9 de abril de 2002 y el 30 de diciembre de 2003, los jóvenes C. D. N., L. M. M., C. A. M., S. C. R. C., y R. D. V. F. (apartados I.1.c., I.1.d., I.1.e. y I.1.f.) mediante su representación realizada por Stella Maris Martínez, Defensora General de la Nación, y el Fernando Peñaloza, abogado particular, interpusieron denuncias ante la CIDH. Dada la estrecha similitud entre las alegaciones de hecho y de derecho, la Comisión decidió acumular las referidas peticiones en un solo expediente.

El 14 de marzo de 2008, la CIDH aprobó el Informe de admisibilidad 26/083, en el cual concluyó que era competente para examinar los reclamos presentados.

En los términos del art. 50 de la Convención, el 2 de noviembre de 2010 la Comisión emitió el Informe de fondo 172/10, en el cual llegó a una serie de conclusiones y formuló varias recomendaciones al Estado. Entre ellas recomendó en el informe de fondo:

"(...) [D]isponer las medidas legislativas y de otra índole para que el sistema de justicia penal aplicable a adolescentes por conductas cometidas siendo menores de 18 años, sea compatible con las obligaciones internacionales en materia de protección especial de los niños y de finalidad de la pena, según los parámetros formulados".

Corridos los traslados correspondientes, y vencidos los plazos, el 17 de junio de 2011 la Comisión dispuso someter el presente caso a la jurisdicción de la Corte IDH. Desde allí, continuó su trámite hasta su sentencia, el 14 de mayo de 2014, bajo la carátula "Mendoza y otros c. Argentina".

Hubo diversas organizaciones que presentaron *amicus curiae* ante esta Corte, entre ellos: del Centro de Estudios de Ejecución Penal, el Instituto Brasileño de Ciencias Criminales, la Asociación por los Derechos Civiles, Amnistía Internacional, el Colectivo de Derechos de Infancia y Adolescencia de Argentina, el Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia, Abogados por los Derechos Humanos y el Centro por los Derechos, y la Justicia Global de la Universidad de San Francisco.

I.3.b. La sentencia

En lo que refiere a nuestra temática, la Corte IDH dispuso por unanimidad que el Estado argentino deberá garantizar que nunca más se vuelva a imponer la pena de prisión o reclusión perpetua a una persona de menos de 18 años al momento del hecho, debiendo garantizar que aquellas personas que actualmente las estén padeciendo deberán obtener una revisión de estas que se ajusten a los estándares expuestos en la sentencia.

Primeramente, se debe destacar que los representantes del Estado argentino *reconocieron* que hubo un error de juzgamiento puesto que

(5) En ese sentido, BELOFF, Mary - FREEDMAN, Diego - TERRAGNI, Martiniano (2017, p. 49) afirman que el estándar fijado por este fallo resulta compatible con los estándares internacionales de protección de los derechos humanos de la infancia, aunque interpretado de tal manera de que la reducción a la tentativa resulta obligatoria.

"Los tribunales intervinientes (...) les impusieron penas privativas de libertad perpetuas, las cuales estaban vedadas por imperio del principio de culpabilidad a tenor del criterio sostenido por la Corte Suprema de Justicia [de Argentina] en el fallo 'Maldonado'".

Leer esta afirmación causó perplejidad. Los criterios que adopta la CS no son obligatorios para los tribunales inferiores. Además, el fallo "Maldonado" no prohibió las penas perpetuas. Pero, sobre todo, se supone que los representantes del Estado, más allá de las aberraciones que se cometan, están para protegerlo, por lo que antes de reconocer hechos debía guardar silencio. Cabe preguntarse quién tiene la autoridad como para poder dar tales directivas a la representación. En efecto, y más allá de que excede a la presente tesis, pondero justo decir que en el caso se veían involucrados los tres poderes del estado, el ejecutivo que dirige las relaciones exteriores, el legislativo que dictó las leyes y no las modificó, y el judicial que avaló dichas normas y dictó sentencias.

Volviendo al nudo del asunto, para resolver de esta manera la Corte IDH tuvo en cuenta tres fundamentos. El primero de ellos fue la arbitrariedad de las sanciones penales. El segundo de ellos fue la finalidad de la pena privativa de la libertad. El tercero de ellos fue la prisión o reclusión perpetua como trato cruel e inhumano.

I.3.b.1. Consideraciones generales

Antes que nada, dicha Corte realiza consideraciones generales entre los párrs. 139 a 151:

"139. El Tribunal observa que las controversias planteadas en el presente acápite no están dirigidas a controvertir la responsabilidad penal de C. A. M., L. M. M., S. C. R. C., R. D. V. F. y C. D. N., sino la imposición de la prisión y reclusión perpetuas, respectivamente, sobre aquellos. Al respecto, el Estado reconoció su responsabilidad por la violación del principio de culpabilidad penal pues, en su concepto, la prisión perpetua solamente está prevista para adultos.

"140. En primer lugar, la Corte estima pertinente reiterar que se entiende por "niño" a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad, salvo que la ley interna aplicable disponga una edad distinta para estos efectos (*supra* párr. 67). Asimismo, que los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos y, además, tienen "derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado". Para los fines de la presente Sentencia, debido a que se probó que C. A. M., L. M. M., S. C. R. C., R. D. V. F. y C. D. N. tenían entre 16 y 18 años al momento de cometer los delitos que les fueron imputados, la Corte se referirá a ellos como los 'niños'.

"141. Los niños y las niñas son titulares de todos los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en el art. 19 de ese instrumento, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto. La adopción de medidas especiales para la protección del niño corresponde tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que aquel pertenece.

"142. Por otra parte, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o una niña, debe tomar en cuenta el principio del interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia. Respecto del interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de las niñas y los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño (...).

"143. La Convención sobre los Derechos del Niño alude al interés superior de este (arts. 3º, 9º, 18, 20, 21, 37 y 40) como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos. Al respecto, a partir de la consideración del interés superior del niño como principio interpretativo dirigido a garan-

tizar la máxima satisfacción de los derechos del niño, en contra partida, también debe servir para asegurar la mínima restricción de tales derechos. Además, la Corte reitera que los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. En consecuencia, el aplicador del derecho sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de este, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso. Por lo tanto, los principios del interés superior del niño, de autonomía progresiva y de participación tienen una relevancia particular en el diseño y operación de un sistema de responsabilidad penal juvenil.

"144. Tratándose del debido proceso y garantías, esta Corte ha señalado que los Estados tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona humana, así como proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (art. 1º.1), medios idóneos para que aquellos sean efectivos en toda circunstancia, tanto el corpus iuris de derechos y libertades como las garantías de estos, son conceptos inseparables del sistema de valores y principios característico de la sociedad democrática. Entre estos valores fundamentales figura la salvaguarda de los niños, tanto por su condición de seres humanos y la dignidad inherente a estos, como por la situación especial en que se encuentran. En razón de su nivel de desarrollo y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado. Estas consideraciones se deben proyectar sobre la regulación de los procesos, judiciales o administrativos, en los que se resuelva acerca de derechos de los niños y, en su caso, de las personas bajo cuya potestad o tutela se hallan aquellos.

"145. Si bien los niños cuentan con los mismos derechos humanos que los adultos durante los procesos, la forma en que ejercen tales derechos varía en función de su nivel de desarrollo. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un proceso. Lo anterior corresponde al principio de trato diferenciado que, aplicado en el ámbito penal, implica que las diferencias de los niños y los adultos, tanto por lo que respecta a 'su desarrollo físico y psicológico, como por sus necesidades emocionales y educativas', sean tomadas en cuenta para la existencia de un sistema separado de justicia penal juvenil.

"146. En definitiva, si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquellos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los niños, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías. En tal sentido, el art. 5.5. de la Convención Americana señala que, '[c]uando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento'. Por lo tanto, conforme al principio de especialización, se requiere el establecimiento de un sistema de justicia especializado en todas las fases del proceso y durante la ejecución de las medidas o sanciones que, eventualmente, se apliquen a los menores de edad que hayan cometido delitos y que, conforme a la legislación interna, sean imputables. Ello involucra tanto a la legislación o marco jurídico como a las instituciones y actores estatales especializados en justicia penal juvenil. Sin embargo, también implica la aplicación de los derechos y principios jurídicos especiales que protegen los derechos de los niños imputados de un delito o ya condenados por el mismo.

"147. Por otro lado, la regla 5.1 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) establece que '[e]l sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de estos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito'. Como ya se señaló (*supra* párr. 146), una consecuencia evidente de la pertinencia de atender en forma diferenciada, especializada y proporcional las cuestiones referentes a los niños, y particularmente, las relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento de órga-

nos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquellos. Sobre esta importante materia se proyecta lo que antes se dijo a propósito de la edad requerida para que una persona sea considerada como niño conforme al criterio predominante en el plano internacional. Consecuentemente, los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de conductas previstas como delictuosas por la ley penal, en caso de que no sea posible evitar la intervención judicial, deberán quedar sujetos, para los fines del conocimiento respectivo y la adopción de las medidas pertinentes, solo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a los mayores de edad.

"148. Las garantías consagradas en los arts. 8º y 25 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el art. 19, en forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño. Los principios y actos del debido proceso legal constituyen un conjunto irreductible y estricto que puede ampliarse a la luz de nuevos avances en el Derecho de los derechos humanos.

"149. Las reglas del debido proceso se hallan establecidas, en primer lugar, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sin embargo, como ya ha sostenido anteriormente esta Corte, otros instrumentos internacionales son relevantes al propósito de salvaguardar los derechos de los niños sometidos a diferentes actuaciones por parte del Estado, la sociedad o la familia, por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad). El debido proceso y las garantías judiciales deben respetarse no solo en los procesos judiciales, sino en cualesquiera otros procesos que siga el Estado, o bien, que estén bajo la supervisión del mismo. A nivel internacional, es importante destacar que los Estados Partes en la Convención sobre los Derechos del Niño han asumido la obligación de adoptar una serie de medidas que resguarden el debido proceso legal y la protección judicial, bajo parámetros parecidos a los establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estas normas se encuentran en los arts. 37 y 40 de aquel tratado.

"150. Asimismo, la Corte resalta que, de conformidad con los arts. 19, 17, 1º.1 y 2º de la Convención, el Estado está obligado a garantizar, a través de la adopción de las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias, la protección del niño por parte de la familia, de la sociedad y del mismo Estado. Al respecto, este Tribunal ha reconocido el papel fundamental de la familia para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos. De este modo, la Corte considera que, a fin de cumplir con dichas obligaciones, en materia de justicia penal juvenil, los Estados deben contar con un marco legal y políticas públicas adecuados que se ajusten a los estándares internacionales señalados anteriormente (*supra* párr. 149), y que implementen un conjunto de medidas destinadas a la prevención de la delincuencia juvenil a través de programas y servicios que favorezcan el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes. En este sentido, los Estados deberán, entre otros, difundir los estándares internacionales sobre los derechos del niño y brindar apoyo a los niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad, así como a sus familias.

"151. En relación con el tema específico planteado en el presente caso, directamente relacionado con la imposición de sanción penal a niños, la Convención Americana no incluye un listado de medidas punitivas que los Estados pueden imponer cuando los niños han cometido delitos. No obstante, es pertinente señalar que, *para la determinación de las consecuencias jurídicas del delito cuando ha sido cometido por un niño, opera de manera relevante el principio de proporcionalidad.* Conforme a este principio *debe existir un equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en la individualización de la pena como en su aplicación judicial.* Por lo tanto, el principio de proporcionalidad implica que cualquier respuesta a los niños que hayan cometido un ilícito penal será en todo momento ajustada a sus circunstancias como menores de edad y al delito, privilegiando su reintegración a su familia y/o sociedad (el destacado me pertenece)".

I.3.b.2. Arbitrariedad de las sentencias

El fundamento referido a la Arbitrariedad de las Sentencias fue tratado en los párrs. 161 a 164:

"161. El art. 7.3 de la Convención establece que '[n]adie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios'. La Corte ha establecido en otras oportunidades que "nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que —aún calificados de legales— puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad. Asimismo, el art. 37.b) de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que los Estados deben velar por que '[n]ingún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente'. *Todo lo anterior implica que si los jueces deciden que es necesaria la aplicación de una sanción penal, y si esta es privativa de la libertad, aun estando prevista por la ley, su aplicación puede ser arbitraria si no se consideran los principios básicos que rigen esta materia.*

"162. Por lo que respecta particularmente a medidas o penas privativas de la libertad de los niños, aplican especialmente los siguientes principios: 1) de ultima ratio y de máxima brevedad, que en los términos del art. 37.b) de la Convención sobre los Derechos del Niño, significa que '[l]a detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño [...] se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda', 2) *de delimitación temporal desde el momento de su imposición,* particularmente relacionado con los primeros, pues si la privación de la libertad debe ser excepcional y lo más breve posible, *ello implica que las penas privativas de libertad cuya duración sea indeterminada o que impliquen la privación de dicho derecho de forma absoluta no deben ser aplicadas a los niños,* y 3) *la revisión periódica de las medidas de privación de libertad de los niños.* Al respecto, si las circunstancias han cambiado y ya no es necesaria su reclusión, es deber de los Estados poner a los niños en libertad, aun cuando no hayan cumplido la pena establecida en cada caso concreto. A estos efectos, los Estados deben establecer en su legislación programas de libertad anticipada. Sobre este punto, el Comité de los Derechos del Niño, con base en el art. 25 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que prevé la revisión periódica de las medidas que implican la privación de libertad, ha establecido que 'la posibilidad de la puesta en libertad deberá ser realista y objeto de examen periódico'.

"163. Con base en lo anterior, y a la luz del interés superior del niño como principio interpretativo dirigido a garantizar la máxima satisfacción de sus derechos (*supra* párr. 143), *la prisión y reclusión perpetuas de niños son incompatibles con el art. 7.3 de la Convención Americana, pues no son sanciones excepcionales, no implican la privación de la libertad por el menor tiempo posible ni por un plazo determinado desde el momento de su imposición, ni permiten la revisión periódica de la necesidad de la privación de la libertad de los niños.*

"164. Por lo tanto, la Corte considera que el Estado violó el derecho reconocido en el art. 7.3 de la Convención Americana en perjuicio de C. A. M., L. M. M., S. C. R. C., R. D. V. F. y C. D. N., en relación con los arts. 19 y 1º.1 de dicho instrumento, al imponerles como sanciones penales la prisión y reclusión perpetuas, respectivamente, por la comisión de delitos siendo niños. En relación con lo anterior, el Tribunal observa que en las sentencias dictadas por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza el 9 de marzo de 2012 a favor de S. C. R. C. y por la sala II de la Cámara Federal de Casación Penal el 21 de agosto de 2012 a favor de C. A. M., C. D. N. y L. M. M., entre otras consideraciones, se señaló que al imponer la prisión y reclusión perpetuas a las víctimas por la comisión de delitos siendo menores de 18 años, los jueces no consideraron la aplicación de los principios que se desprenden de la normativa internacional en materia de los derechos de los niños (el destacado me pertenece)".

I.3.b.3. La finalidad de la pena privativa de libertad

El fundamento relativo a la Finalidad de la pena privativa de libertad fue tratado en los párrs. 165 a 167:

"165. La Convención Americana sobre Derechos Humanos no hace referencia a la prisión o reclusión perpetuas. No obstante, el Tribunal destaca que, de conformidad con el art. 5.6 de la

Convención Americana, ‹[l]as penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados›. En ese sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño prevé que, cuando un niño haya sido declarado culpable por la comisión de un delito, tiene derecho a ‹ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que este asuma una función constructiva en la sociedad›. En este sentido, la medida que deba dictarse como consecuencia de la comisión de un delito debe tener como finalidad la reintegración del niño a la sociedad. Por lo tanto, la proporcionalidad de la pena guarda estrecha relación con la finalidad de la misma.

"166. Con base en lo anterior, de conformidad con el art. 5.6 de la Convención Americana, *el Tribunal considera que la prisión y reclusión perpetuas, por su propia naturaleza, no cumplen con la finalidad de la reintegración social de los niños.* Antes bien, este tipo de penas *implican la máxima exclusión del niño de la sociedad, de tal manera que operan en un sentido meramente retributivo, pues las expectativas de resocialización se anulan a su grado mayor.* Por lo tanto*, dichas penas no son proporcionales con la finalidad de la sanción penal a niños.*

"167. Por todo lo anterior (*supra* párrs. 134 a 166), la Corte estima que el Estado violó en perjuicio de C. A. M., L. M. M., S. C. R. C., R. D. V. F. y C. D. N., el derecho reconocido en el art. 5.6 de la Convención Americana, en relación con los arts. 19 y 1.1 de la misma, al imponerles como penas la prisión y reclusión perpetuas, respectivamente (el destacado me pertenece)".

I.3.b.4. Las penas perpetuas como tratos crueles e inhumanos

El fundamento relativo a las penas perpetuas como tratos crueles e inhumanos fue tratado en los párrs. 172 a 183:

"172. Este Tribunal destaca que el art. 5.2 de la Convención Americana dispone que '[n]adie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano'. En ese tenor, el art. 37.a) de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los Estados velarán por que '[n]ingún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes'. La Corte destaca que, enseguida, este artículo contempla que '[n] o se impondrá la pena [...] de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad', con lo cual, ese instrumento internacional muestra una clara conexión entre ambas prohibiciones.

"173. Este Tribunal ha establecido que la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes están estrictamente prohibidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La prohibición de la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes es absoluta e inderogable, aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas. Además, la Corte ha señalado que las sanciones penales son una expresión de la potestad punitiva del Estado e 'implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita'.

"174. En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, la mayoría de los tratados en la materia solo establecen, mediante fórmulas más o menos similares, que 'nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes'. Sin embargo, el carácter dinámico de la interpretación y aplicación de esta rama del derecho internacional ha permitido desprender una exigencia de proporcionalidad de normas que no hacen ninguna mención expresa de dicho elemento. La preocupación inicial en esta materia, centrada en la prohibición de la tortura como forma de persecución y castigo, así como la de otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, ha ido extendiéndose a otros campos, entre ellos, los de las sanciones estatales frente a la comisión de delitos. Los castigos corporales, la pena de muerte

y la prisión perpetua son las principales sanciones que son motivo de preocupación desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos. Por lo tanto, este ámbito no solo atiende a los modos de penar, sino también a la proporcionalidad de las penas, como ya se señaló en esta Sentencia (*supra* párrs. 147, 151, 161 y 165 a 166). Por ello, las penas consideradas radicalmente desproporcionadas, así como aquellas que pueden calificarse de atroces en sí mismas, se encuentran bajo el ámbito de aplicación de las cláusulas que contienen la prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes. Al respecto, la Corte observa que, en la sentencia de los casos 'Harkins' y 'Edwards c. Reino Unido', el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, 'el Tribunal Europeo') estableció que la imposición de una pena que adolece de grave desproporcionalidad puede constituir un trato cruel y, por lo tanto, puede vulnerar el art. 3º del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que corresponde al art. 5º de la Convención Americana.

"175. Anteriormente, en la presente Sentencia ya se indicó que el art. 13 del Cód. Penal de la Nación aplicable al presente caso señala que las personas condenadas a prisión y reclusión perpetuas pueden obtener la libertad una vez que hubieren cumplido veinte años de condena, 'por resolución judicial previo informe de la dirección del establecimiento bajo las siguientes condiciones [...]' (*supra* párr. 154). La Corte ya determinó que *este plazo fijo impide el análisis de las circunstancias particulares de cada niño y su progreso que, eventualmente, le permita obtener la libertad anticipada en cualquier momento (*supra *párr. 163). En concreto, no permite una revisión periódica constante de la necesidad de mantener a la persona privada de la libertad.* Además, en esta Sentencia también ya se estableció que la imposición de las penas de prisión y reclusión perpetuas por delitos cometidos siendo menores de 18 años no consideró los principios especiales aplicables tratándose de los derechos de los niños, entre ellos, los de la privación de la libertad como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda. La Corte estableció, además, que la prisión perpetua a menores no cumple con el fin de la reintegración social previsto por el art. 5.6 de la Convención (*supra* párrs. 165 a 167). En suma, este Tribunal estimó que la prisión y reclusión perpetuas no son proporcionales con la finalidad de la sanción penal a menores.

"176. Además, en este caso hay que tomar en cuenta que las revisiones de las condenas de C. A. M., C. D. N., L. M. M., y S. C. R. C. tuvieron lugar luego de aproximadamente de 12 años (*supra* párrs. 92 y 94). Por otro lado, del expediente ante este Tribunal se desprende que, luego de que fue condenado, R. D. V. F. estuvo privado de la libertad aproximadamente cuatro años hasta su muerte en la Penitenciaría de Mendoza (*supra* párr. 108). En consecuencia, para todos estos niños, las expectativas de libertad eran mínimas pues el art. 13 del Cód. Penal de la Nación exigía que cumplieran, por lo menos, con 20 años de condena para solicitar la libertad condicional. (...)

"183. De lo anterior, para la Corte es evidente que la desproporcionalidad de las penas impuestas a C. A. M., C. D. N., L. M. M., y S. C. R. C. y R. D. V. F., y el alto impacto psicológico producido, por las consideraciones ya señaladas (*supra* párrs. 169 a 182), constituyeron tratos crueles e inhumanos. Por lo tanto, la Corte considera que el Estado violó los derechos reconocidos en los arts. 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en relación con los arts. 19 y 1.1. de la misma, en perjuicio de C. A. M., C. D. N., L. M. M., y S. C. R. C. y R. D. V. F. (el destacado me pertenece)".

I.3.b.5. Deber de adoptar disposiciones en el derecho interno

El fundamento relativo a la obligación contenida en el art. 2º de la CADH fue tratado en los párrs. 295 a 298:

"295. Al respecto, en esta Sentencia ya se mencionó que la ley 22.278 aplicada en el presente caso, la cual data de la época de la dictadura argentina, regula algunos aspectos relativos a la imputación de responsabilidad penal a los niños y a las medidas que el juez puede adoptar antes y después de dicha imputación, incluyendo la posibilidad de la imposición de una sanción penal. Sin embargo, la determinación de las penas, su graduación y la tipificación de los delitos se encuentran reguladas en el Cód. Penal de la Nación, el cual es igualmente aplicable a los adultos infractores. El sistema previsto por el art. 4º de la ley 22.278 (*supra* párr. 153) deja un

amplio margen de arbitrio al juez para determinar las consecuencias jurídicas de la comisión de un delito por personas menores de 18 años, tomando como base no solo el delito, sino también otros aspectos como 'los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez'. Asimismo, de la redacción del párr. 3 del art. 4º de la ley 22.278 se desprende que los jueces pueden imponer a los niños las mismas penas previstas para los adultos, incluyendo la privación de la libertad, contempladas en el Cód. Penal de la Nación, como sucedió en el presente caso. *De lo anterior, la Corte estima que la consideración de otros elementos más allá del delito cometido, así como la posibilidad de imponer a niños sanciones penales previstas para adultos, son contrarias al principio de proporcionalidad de la sanción penal a niños, en los términos ya establecidos en esta Sentencia* (*supra* párrs. 147, 151, 161, 165 a 166, 174, 175 y 183).

"296. La Corte destaca igualmente que al momento de los hechos el art. 13 del Cód. Penal de la Nación contemplaba la libertad condicional para las personas sancionadas con prisión y reclusión perpetuas, luego de cumplidos 20 años de condena (*supra* párr. 154). Al respecto, como ya lo estableció el Tribunal en esta Sentencia, dichas sanciones son contrarias a la Convención, ya que este período fijo luego del cual podría solicitarse la excarcelación no toma en cuenta las circunstancias de cada niño, las cuales se van actualizando con el transcurso del tiempo y, en cualquier momento, podrían demostrar un progreso que posibilitaría su reintegración en la sociedad. Adicionalmente, el período previsto por el art. 13 mencionado no cumple con el estándar de revisión periódica de la pena privativa de libertad (*supra* párrs. 163 a 164). Todo lo contrario, es un plazo abiertamente desproporcionado para que los niños puedan solicitar, por primera vez, la libertad, y puedan reintegrarse a la sociedad, pues los niños son obligados a permanecer más tiempo privados de la libertad, es decir 20 años, con el fin de poder solicitar su eventual libertad, que el tiempo vivido antes de la comisión de los delitos y de la imposición de la pena, tomando en cuenta que en Argentina las personas mayores de 16 años y menores de 18 años son imputables, conforme al art. 2º de la ley 22.278 (*supra* párr. 75, nota 46).

"297. El Estado alegó que la situación de la incompatibilidad de la determinación, ejecución y revisión periódica de la sanción penal a niños quedó resuelta con la ley 26.061, relativa a la Protección Integral de las Niñas, Niños y Adolescentes. La Corte observa que dicha Ley, la cual fue adoptada en el año 2005, con posterioridad a imposición de las sanciones penales que son objeto de este caso, regula, en términos generales, el denominado 'Sistema de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes' y, en tal sentido, las '[p]olíticas, planes y programas de protección de derechos', los '[o]rganismos administrativos y judiciales de protección de derechos', los '[r]ecursos económicos', los '[p]rocedimientos', las '[m]edidas de protección de derechos', y las '[m]edidas de protección excepcional de derechos', conforme a su art. 32. Si bien la ley 26.061 se refiere, entre otros, a algunos aspectos relativos a los 'derechos de las niñas, niños y adolescentes', las 'garantías mínimas de procedimiento' y las 'garantías en los procedimientos judiciales o administrativos' (art. 27), los aspectos relativos a la determinación de las sanciones penales a niños se rigen por la ley 22.278 y por el Cód. Penal de la Nación, los cuales siguen vigentes en Argentina.

"298. Por todo lo anterior, la Corte concluye que el Estado incumplió con la obligación contenida en el art. 2º de la Convención Americana, en relación con los arts. 7º.3 y 19 de la misma, en perjuicio de C. A. M., C. D. N., L. M. M., R. D. V. F., y S. C. R. C. (el destacado me pertenece)".

I.3.c. Conclusiones

Llegado a este punto, se reitera que en la presente solamente se analiza lo referido a nuestro tópico, dejando de lado las demás circunstancias referidas en el fallo, como las torturas sufridas por los jóvenes mientras estuvieron detenidos, la misteriosa y repentina muerte de R. D. V. F., la pérdida de visión de L. M. M., entre otros.

Primero, debo decir que la existencia de este fallo es lamentable. Y lo es porque siempre que hay un fallo de la Corte IDH significa que hubo derechos violados, que fueron observados y denunciados, y que aun habiendo una innumerable cantidad de oportunidades para rever la situación y buscar una solución armoniosa con

los derechos humanos, se eligió la desidia, la pereza, la negación y el olvido. Esto se agrava aún más porque todas estas personas eran jóvenes que, si bien fueron condenados por cometer crímenes graves, las penas que se les impusieron fueron crueles e inhumanas, negándoles la posibilidad de insertarse socialmente, viviendo esos años de vida encerrados.

Hay otra apreciación personal que debo realizar. Y es que las penas perpetuas son mucho más graves cuanto más joven es la persona. Partiendo del supuesto de una expectativa de vida similar, estos jóvenes iban a estar muchos más años presos que las personas que en nuestro país (y en todo el mundo) cometieron crímenes contra la humanidad, ya que estos son encarcelados cuando son adultos mayores. Se invita al lector pensar y elegir cuando preferiría ser condenado siquiera a 1 año de prisión, si pudiera elegir. La respuesta a esta pregunta evidencia que los años de la niñez y la adolescencia son mucho más apreciados para el ser humano y, por lo tanto, más valiosos (en igual sentido se expresó la SCOTUS en "Graham c. Florida", ver apartado I.2.b.2.).

En segundo lugar, se observa que la improcedencia de las penas perpetuas no vino de la mano de un análisis del art. 37.a, sino del art. 37.b de la CDN.

En este sentido, con la única excepción del Dictamen del Procurador General en el fallo "Maldonado" (apartado I.2.b.), ninguno de los fallos analizados indicó si la prisión perpetua era una *medida de último recurso* o si era utilizada *durante el plazo más breve que procedía*. Claramente las penas perpetuas no son por el plazo más breve, sino exactamente lo contrario: son el plazo más amplio que procede. Tampoco son de último recurso, porque no se utilizaron otros recursos. Cabe preguntarse si el resultado hubiera sido diferente si se hubiesen analizado estas cuestiones desde un principio.

Resulta paradigmático que la Corte IDH, al analizar esta cuestión en los párrs. 161 a 164, ni siquiera se haya detenido a analizar el art. 37.a de la CDN, siendo que este fue el caballo de batalla de los que afirmaban la posibilidad de perpetuidad. En este punto, si bien este argumento no fue analizado en profundidad en virtud del allanamiento realizado por el Estado Argentino, se entiende que la Corte IDH interpretó este artículo de manera similar a la que se realizó en esta tesis (apartado I.2.d. *in fine*), es decir, la prohibición de la prisión perpetua sin posibilidad de libertad no puede ser interpretada como una permisión para la prisión perpetua con posibilidad de libertad.

Llegado a este punto, cabe concluir que la interpretación aquí realizada respecto del principio *Pro Homine* y el art. 37.a de la CDN es la única posible pues, si no lo fuera, se caería en una contradicción.

En tercer lugar, se observa que la Corte IDH hizo hincapié en el principio de culpabilidad y proporcionalidad, indicando que no es posible darle la misma entidad al reproche penal que le corresponde a un adulto y a un joven.

El punto neurálgico, a este respecto, está en el párr. 295 cuando prohíbe que los niños sean sancionados con las mismas penas que las previstas para los adultos, por violar el principio de proporcionalidad.

En este sentido, es dable recalcar que es muy difícil volver pragmático estos principios en particular. En efecto, las sentencias antes analizadas mencionan directa o indirectamente estos principios, y consideraron ajustado a derecho las penas perpetuas. Para ello, hicieron especial firmeza en los crímenes cometidos, hasta incluso calificarlos como actos de barbarie (ver apartados I.1.c. y I.1.d.).

Se podría decir que la Corte cumple con los postulados de las Reglas de Beijing, en el comentario a la Regla 17, ya que "siempre tendrá más peso el interés por garantizar el bienestar y el futuro del joven". Sin embargo, esto deja una laguna o vacío, puesto que medirlo o mesurarlo resulta prácticamente imposible.

En cuarto lugar, las penas perpetuas fueron consideradas penas crueles e inhumanas. Ello, en virtud de ser desproporcionada la pena, y el impacto psicológico producido.

En este punto, se debe realizar una discrepancia doctrinaria respecto del análisis realizado

por Elhart (2014) **(6)**. En este sentido, el autor interpreta que el principal óbice de las penas perpetuas es que "los plazos para acceder a la libertad para tal clase de pena (...) son incompatibles con tales finalidades del fuero de menores y con el principio de mínima intervención". Por este motivo concluye que si se permitiera el otorgamiento de la libertad en cualquier momento del proceso (analizando el art. 79 de la ley provincial 13.634), se cumplirían los estándares obligatorios que emanan del fallo.

El principal óbice para la aplicación de las penas perpetuas contra jóvenes es la violación al principio de culpabilidad, reprochabilidad y proporcionalidad. Es decir, que no ha habido relación fundada entre la acción realizada, las cualidades de la persona inculpada, y la sanción impuesta. Tampoco se respetaron las garantías propias de los jóvenes, incluidas en el mentado art. 37.b de la CDN, y los fines de la pena. En este punto resulta fundamental el párr. 295 de la sentencia, cuando prohíbe dar igual trato a jóvenes y adultos.

Pero el hecho de tener que esperar un tiempo demasiado extenso para la libertad, amén de ser cierto, es simplemente una de las circunstancias más que se utilizan como justificantes para concluir en la crueldad e inhumanidad de la pena. Es decir, este fue uno de los fundamentos utilizados en las consideraciones de los párrs. 172 a 183, juntamente con el alto impacto psicológico, pero existían estas otras razones expuestas que también hacen improcedente a la pena.

Entonces, por los mismos fundamentos debería entenderse que también sería desproporcional y contraria a los principios propios del Derecho Penal Juvenil una pena temporal alta por más que se le otorgue la libertad tempranamente. Ello pues el joven debería continuar cumpliendo reglas de conducta por un tiempo demasiado extenso.

Hipotéticamente, podría llegar a producir una confusión entre la dosificación de la pena y la ejecución de la pena que, si bien deben estar interconectadas (ya que no se puede dosificar una pena con prescindencia de su ejecución), ello tampoco puede implicar una subordinación de la ejecución por sobre la pena misma. Así, el fallo de la Corte IDH declaró que las penas perpetuas resultan violatoria a los derechos y garantías que se enuncian, siendo que no basa la violación exclusivamente en la denegación de la libertad.

Dicha negativa, por otro lado, podría ser considerada como una violación al deber de revisión periódica de las medidas privativas de la libertad. En palabras de la Corte, "(...) si las circunstancias han cambiado y ya no es necesaria su reclusión, es deber de los Estados poner a los niños en libertad, aun cuando no hayan cumplido la pena establecida en cada caso concreto" (párr. 162).

Cabe destacar que el Comité de los Derechos del Niño de la ONU, en su Observación General 10 del año 2007, "Los Derechos del niño en la justicia de menores" (párr. 77, ver apartado II.3.), concluyó que *la puesta en libertad debe ser realista y objeto de examen periódico.* Asimismo, en las Observaciones Finales respecto de Argentina del año 2010 (CRC/C/ARG/CO/3-4), recomendó que se derogue el dec.-ley 22.278, y apruebe una nueva ley compatible con la Convención y las normas internacionales en materia de justicia juvenil (párr. 80, ver apartado II.3.).

Esta férrea oposición a esta interpretación no es inocente. Es que el análisis que se realiza seguidamente tiene uno de sus ejes fundamentales en la inequidad de la proporción de la pena, producto del citado decreto-ley no reformado.

En este sentido, la conclusión más importante de este fallo es que se debe encontrar la manera de racionalizar la reacción punitiva contra jóvenes.

I.4. Fallos posteriores

I.4.a. Las acciones de revisión

Con posterioridad al Informe de fondo de la CIDH, las defensas de los jóvenes C. A. M., C. D.

(6) Magistrado suplente de la SCBA en lo penal y penal juvenil, Doctor en Ciencias Jurídicas (UNLP). En virtud de la honestidad científica, no se puede dejar de señalar que, más allá de no compartir sus conclusiones, el trabajo realizado por este jurista fue uno de los puntapié y provocadores de la presente investigación. A eso se debe sumar que, a pesar de la exhaustiva búsqueda realizada, es el único artículo doctrinario que analiza seriamente la cuestión, por lo que reviste de un alto valor científico.

N., L. M. M., y S. C. R. C. interpusieron recursos de revisión de las penas impuestas, solicitando se declare la inconstitucionalidad de la pena perpetua, aplicándose la reducción a la tentativa. A mero título enunciativo, y sin avocarse al tema por exceder a la presente tesis, se deja en claro que los motivos que justifican un recurso de revisión son particularmente escasos en los códigos procesales.

Respecto a S. C. R. C., el 9 de marzo de 2012, la sala II de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza hizo lugar a la acción de revisión, casó la sentencia, y resolvió imponerle la pena de 15 años de prisión. Para ello, tomó los fundamentos del Informe de fondo mencionado. No se pudo confirmar si esta resolución fue apelada por la fiscalía interviniente.

Respecto de los otros jóvenes, la sala II de la CNCP en el tema de fondo, hizo lugar a la acción de revisión, declaró la nulidad de las penas perpetuas contra jóvenes, y ordenó que se dicte un nuevo pronunciamiento. Esta resolución fue apelada por el Fiscal General de la Nación, por lo que al momento en que la Corte IDH debía resolver la cuestión, esta resolución no estaba firme.

Para resolver de esta manera, uno de los miembros de la sala II dijo:

"Convencionalmente surge del art. 37.b) CDN, que los niños solo pueden ser privados de la libertad, sufrir encarcelamientos o detenciones, como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores —Reglas de Beijing— mantiene similares estándares; como las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad —reglas 1 y 2— y el principio III.1 de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.

"De un análisis racional de la ley 22.278 —art. 4º, inc. 3º) que establece la potestad judicial de aplicar o no la escala de la tentativa— y el art. 80, inc. 7º del Cód. Penal, aplicados al caso, surge que son incompatibles con el sistema convencional, al habilitar al juzgador a imponer penas a los niños como si fueran adultos, no respetando las características de especialidad de estos ni resguardando el interés superior del niño.

"No cumple con los estándares convencionales la perpetuidad de una pena privativa de libertad, con la exigencia que la detención de los niños debe ser utilizada como medida de último recurso y durante el período más breve posible —art. 37, b), CDN—. Es muy angustiante para un niño infractor de la ley penal soportar la carga del encerramiento perpetuo, resulta desproporcionada y excesiva con relación a los niños, modalidad de sanción que tampoco cumple con el estándar de la reinserción social como objetivo de la pena privativa de libertad.

"Conforme lo expresado precedentemente, en correlación con el Informe 172/10 de la Comisión IDH que en el caso se trae a análisis y del corpus iuris internacional aplicable, corresponde hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad de la pena de prisión o reclusión perpetua establecida en el art. 80, inc. 7º), impuesta a los recurrentes, niños al momento de la comisión de los hechos, efectuado por las defensas".

Sin embargo, este tema no concluyó allí. Y es que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, autos caratulados "Recurso de Revisión interpuesto por el Sr. Defensor Oficial de Cámara Dr. José Nicolás Báez en favor de su defendido C. N. G. en autos: "E., E. I.; B., Y. M.; B., C. C. A.; S., A. M.; G., C. N.; A., J. C.; A., O. O.; S., F. R. y L., P. M. p/ homicidio triplemente calificado por haberse cometido con ensañamiento, alevosía y con el concurso de dos o más personas en concurso real con el delito de abuso sexual con acceso carnal, y con el delito de privación ilegítima de la libertad - Mercedes - expte. PI1 14836/6", causa STP 381/15, del día 4 de mayo de 2017, decidió declarar inadmisible el recurso de revisión interpuesto, manteniendo la pena de prisión perpetua contra una persona menor de edad.

Para negar la admisibilidad de la revisión, se citó el fallo "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevecchia y D'Amico c. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos" de la CS, expte. CSJ 368/1998 (34-M)/CS1, del día 17 de febrero de 2017, en el que se afirma la

posibilidad de no obedecer ciertas órdenes de la Corte IDH.

I.4.b. El fallo "Marsiglio" de la SCBA

Este fallo lleva el nombre del fiscal que realizó el recurso extraordinario. El nombre completo del fallo es "Marsiglio, María de los Ángeles —Agente Fiscal—. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa 28.541 de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Azul, seguida a A., I. A. y A., M. E.". Fue dictado por la SCBA el día 16 de octubre de 2013, pocos meses después del fallo Mendoza de la Corte IDH.

La cuestión analizada es muy relevante. El art. 4º del dec.-ley 22.278, en principio, brinda tres posibilidades al momento de aplicarle una pena a un NNyA: 1) aplicarle la misma pena que a un adulto, 2) aplicarle la pena prevista a un adulto con una reducción idéntica al delito tentado, 3) no aplicarle pena.

Tal como se trató anteriormente, la Corte IDH para el momento de la resolución de este caso ya había indicado que a un adulto y a un NNyA no se le puede aplicar la misma pena, por lo que tal hipótesis está del todo descartada.

El tema que propuso la Cámara de Apelaciones y Garantías del Departamento Judicial de Azul era la existencia de una cuarta opción, esto es, aplicar alguna pena intermedia entre el mínimo de la pena prevista para el delito tentado y la no aplicación de pena.

El caso se trataba de un joven que había sido encontrado culpable del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego en concurso con portación ilegal de arma de fuego de uso civil, en concurso real (arts. 41 bis, 55, 79 y 189 bis, inc. 2º, párr. 3º, del Cód. Penal). Si fuera un adulto, la escala penal iría desde 10 años y 8 meses hasta 33 años y 4 meses; y por aplicación de la reducción a la tentativa del art. 4º del dec.-ley 22.278 para un NNyA debería reducirse la escala penal desde 7 años, 1 mes y 10 días hasta 22 años, 2 meses y 20 días.

En primera instancia, el Tribunal de Responsabilidad Penal Juvenil de ese departamento judicial lo había condenado a 8 años de prisión. Recurso de apelación mediante interpuesto por la defensa, la Alzada resolvió aplicarle la pena de 4 años y 6 meses.

La cuestión para resolver, entonces, versa sobre la aplicación de la antiquísima locución latina 'quien puede lo más, puede lo menos' (originalmente: *qui potest plus, potest minus*). Es decir, si el juez puede aplicar una determinada pena de prisión, o bien, puede decidir que, a pesar de ser encontrado culpable al acusado, puede no aplicarle pena alguna, también debería poder aplicar alguna pena intermedia.

En realidad, es simplemente un pensamiento lógico que no tiene mayores ribetes. Y es que nos encontramos ante una situación muy diferente a la que se percibe en el fuero de adultos. Largo y tendido se ha debatido doctrinariamente sobre la posibilidad de aplicar una pena por debajo del mínimo legal, lo que también se conoce por perforación del mínimo (tema que, como muchos otros ya mencionados, exceden al presente análisis). Sin embargo, esto no tiene porqué ser así en el Derecho Penal Juvenil cuando, a diferencia del fuero de adultos, el Juez se encuentra facultado para no aplicar pena. En otras palabras, no es necesario hablar de 'perforación' cuando la ley misma permite la absolución de pena.

Todo este análisis fue tozudamente esquivado por la SCBA. En concreto, se indicó:

"Al determinar la pena la Cámara expuso que '... [a]tento a que el monto establecido se encuentra por debajo del que correspondería regular aún en la escala de la tentativa, cabe aclarar que es postura de esta Cámara que ello es admisible pues si el art. 4º de la ley 22.278 expresamente permite llegar hasta la eximición de pena cuando así se advierta conveniente de acuerdo a las pautas allí contempladas y que fueran referidas en la sentencia, igualmente autoriza, de manera implícita, a fijar el monto que mejor se adecue a la justicia del caso aunque esté por debajo del que correspondería según el art. 44 del Cód. Penal..'

"(...) El *a quo* no se consideró obligado por el texto expreso de la ley —sin haberlo declarado inconstitucional— al desconocer que el art. 4º de la ley 22.278 no brinda sino tres alternativas

al juzgador al facultarlo a aplicar la sanción prevista para el delito en cuestión, fijar una pena reducida en la forma prevista para la tentativa o bien absolver. El margen de discrecionalidad así establecido por el legislador, para resolver sobre la consecuencia penal de la declaración de responsabilidad de un joven sujeto a tal régimen, no tiene el alcance que le atribuye la Cámara.

"(...) En ese sentido, la sentencia dictada por la Corte Suprema *in re* 'Maldonado' (sent. del 07/12/2005, consid. 24) —invocada por el *a quo* en este punto— expresa que 'la ley 22.278, que es la pieza jurídica fundamental nacional en la materia, prevé un sistema que se caracteriza por un gran poder para el juez de menores, quien luego de haber comprobado la responsabilidad penal del menor respecto en el (*sic*) hecho investigado, está facultado para absolverlo, para aplicarle una pena disminuida, en la escala de la tentativa (art. 4º), e incluso cuando el menor no haya tenido ninguna vinculación con el hecho investigado puede disponer definitivamente de él...' Como se advierte, el criterio de la Cámara no se encuentra comprendido en el catálogo de posibilidades contempladas en la interpretación del alto Tribunal.

"(...) El pronunciamiento impugnado implica, por lo tanto, un apartamiento inequívoco de la solución normativa prevista para el caso sin argumentos valederos para su inaplicación (conf. CS, Fallos: 307:1979; 320:1492; 323, p. 192 y 2322; entre otros) pues se prescindió sin razón valedera de la letra de la ley (Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Mannini", sent. Del 17/10/2007), incurriendo en arbitrariedad (v. SAGÜÉS, Néstor P., "Derecho Procesal Constitucional", Ed. Astrea, Buenos Aires, t. 2, ps. 161 y ss.) (el destacado me pertenece)".

Lo terrible del caso es que la SCBA afirma que se puede aplicar a un NNyA la misma pena que a un adulto, cuando la Corte IDH meses atrás había dicho que eso es una violación a diversos derechos humanos (apartado I.3.c.). Tal como dijo dicha Corte, "aplicar la sanción prevista para el delito en cuestión" se encuentra vedado, por lo que la primera opción no era una posibilidad.

Por lo demás, se obvió el tratamiento de un tema fundamental, esto es, la aplicación del art. 37.b de la CDN, que indica que la pena de prisión debe ser *durante el período más breve que proceda*. Esto último es trascendental en la cuestión puesto que no se trata solamente de un principio general del derecho que puede zanjar la cuestión, sino también un artículo contenido en el mencionado tratado internacional relativo a derecho humanos con jerarquía constitucional que indica que el tiempo de privación de la libertad debe ser el más breve. Una interpretación armónica de los artículos en juego demuestra que la aplicación de una pena mayor a la absolución y menor al mínimo de la escala penal reducida es perfectamente viable cuando el caso demuestra que una pena mayor sería inconveniente para el NNyA.

Por otro lado, y siguiendo el mismo razonamiento que la SCBA, y por aplicación del artículo mencionado, como debe proceder período más breve, si nos encontramos en duda entre la aplicación del mínimo de la escala penal antes mencionada, y la no aplicación de pena, *este fallo se encuentra indirectamente obligando a los tribunales inferiores a no aplicar pena*. Es que, si el tiempo que procede es el más breve posible, el Juez entiende que el mínimo de la escala penal es demasiado alto, y no se puede aplicar una pena intermedia, no queda otro remedio que no aplicar pena, pues lo contrario implicaría una directa violación del art. 37.b de la CDN. La falta de tratamiento adecuado de la cuestión es evidente.

Aquí también la doctrina especializada sorprende nuevamente por la falta de tratamiento del asunto [Beloff (dir.), 2017] dado que no se menciona la posibilidad de aplica una pena inferior a la que corresponde por la reducción a la tentativa, salvo Santoianni (2017, p. 327) quien trae una novedosa postura al asunto, al demostrar que existen *dos posibles reducciones al delito tentado*. Concretamente, la del art. 44 primer párrafo que indica que la pena "se disminuirá de un tercio a la mitad", y la del art. 44 tercer párrafo que indica que la pena "la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducírsela al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente".

En esa línea, y siendo que el art. 4º del dec.-ley 22.278 no indica a cuál de las dos reducciones hace referencia, entonces no cabe distinguir

donde la ley no lo hace. De esta manera, indica el autor:

"(...) [T]oda vez que la remisión al 'delito imposible' permite reducir la pena al mínimo legal —que ha sido fijado en dos días de prisión— tal postura habilita, en los hechos, la imposición de cualquier pena en tanto no exceda el máximo de la escala penal previsto para el delito en cuestión en grado de tentativa, sin necesidad de declarar inconstitucionalidad alguna. Esta interpretación propuesta resulta compatible con el art. 37.b de la CDN en lo atinente a la privación de la libertad 'durante el tiempo más breve que proceda".

En virtud de lo expuesto hasta el momento, y lo que se desarrolla en los capítulos siguiente, desde esta tesis se afirma que *dicho fallo produjo gravedad institucional, por haberse puesto en abierta contradicción con el fallo Mendoza de la Corte IDH, que en su párr. 295 expresamente indica que los jóvenes y los adultos no pueden ser condenados a la misma sanción penal, y por resultar una interpretación contraria al art. 44 del Código de fondo.*

I.4.c. Ejemplos de penas draconianas

Sin entrar en análisis de los hechos, entiendo importante brindar ejemplos concretos de penas draconianas que se imponen a NNyA en nuestro país con posterioridad al fallo Maldonado de la CS y del fallo Mendoza de la Corte IDH, y que a la vez implican un absoluto desacato de estos precedentes.

El primero es otro fallo de la SCBA, del día 10/07/2013, caratulado "L. L. S. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa 898.203. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal —sala II— Lomas de Zamora", causa P 111.032. Allí un joven fue condenado a la pena de 25 años de prisión por el delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo y por el concurso de dos o más personas en concurso real con homicidio agravado por el vínculo.

En lo concreto, obsérvese que la pena de prisión perpetua reducida al grado de la tentativa tiene un máximo de 15 años de prisión. Suponiendo que fuera aplicable la reclusión perpetua (cosa que no aconteció, dado que el joven no fue condenado a esa pena) si la misma fuera reducida al grado de tentativa el máximo sería de 20 años, que sigue siendo inferior.

Entonces, lo que hicieron para aplicar esa pena fue utilizar las reglas del concurso real, elevándola a la pena de 25 años. Sin embargo, esto no era posible: un adulto hubiera sido condenado a prisión o reclusión perpetua, por lo que esta pena reducida a la tentativa impedía un monto de pena superior a 20 años de reclusión o 15 de prisión.

Y si se pretendiera primero reducir la escala pena de cada delito a la tentativa, y recién luego aplicar las reglas del concurso real, entonces estaríamos ante una clara interpretación contraria al principio *pro homine* y *favor rei.* Pero, más aún, se viola tajantemente el principio estipulado por el art. 37.b de la CDN cuando indica que la prisión debe durar el plazo más breve posible.

En cualquier caso, y como se verá más adelante, esta pena es 3 veces mayor a la pena máxima promedio permitida en el continente americano contra NNyA, y casi dos veces mayor que la pena más alta que se impone a nivel continental (sacando de lado a los países que condenan a los NNyA con la misma pena que merece un adulto).

En otras palabras, el monto de pena es tan elevado que solo un adulto podría ser merecedor de una pena tan grave como esta. Ningún NNyA, por su menor grado de culpabilidad y reprochabilidad, podría ser merecedor de una pena tan elevada.

Otro ejemplo de esto, más novedoso, es el fallo del Tribunal de Responsabilidad Penal Juvenil de San Isidro, caratulada "C. D. F - J. J. A s/ robo calificado por el resultado homicidio y homicidio *criminis causae*", causa 13, del día 8 de noviembre del año 2016.

Allí se condenó a un joven a la pena de 27 años de prisión por el delito de robo calificado por haber sido cometido mediante el uso de arma de fuego en concurso real con homicidio *criminis causae* en concurso real con tenencia de arma de fuego de guerra sin la debida autorizacion legal. Se repite el mismo problema que

en el caso anterior: las penas máximas posibles en este caso eran 15 años de prisión o 20 de reclusión.

Lamentablemente, esta condena fue parcialmente confirmada por la sala IV del Tribunal de Casación Penal bonaerense, el día 28 de noviembre de 2017, autos caratulados "V. C. D. s/ recurso de casación", causa 81.525, fijando la pena en 26 años de prisión.

Las contradicciones en las que se hayan en esta sentencia no tienen desperdicios. Y es que habiendo citado al propio fallo Mendoza de la Corte IDH, se afirma que es posible en el presente caso reducir a la escala al delito tentado exclusivamente el homicidio *criminis causae*, y no reducir la escala para los demás delitos por los que fue condenado. Allí se dijo:

"El encartado fue condenado por los delitos de homicidio *criminis causae*, tenencia de arma de guerra sin la debida autorización legal y robo calificado por el uso de arma de fuego, todos en concurso real. Así las cosas, tal como fuera dicho, el sentenciante aplicó la pena que le correspondería a un adulto en atención a los delitos endilgados, con la sola excepción del homicidio calificado, en el que no aplicó una pena indeterminada en estricta observancia del 'Caso Mendoza' de la Corte Interamericana. En esa línea, el Tribunal escogió una pena temporal. Ahora bien, dicho esto considero que esa pena temporal —desechada la prisión perpetua— debe necesariamente tener un anclaje legal. Y ese marco normativo no puede ser otro que el que establece el art. 4º de la ley 22.278. Desde otro lugar, no viene discutido como motivo de agravio el extremo superior de la escala construida mediante el concurso real realizado en los términos de los arts. 55 del Cód. Penal. A modo de reiteración, cabe remarcar que la decisión de no beneficiar al incuso con la reducción de la pena prevista por la tentativa ha sido explicada en diversos pasajes del presente voto. De esta forma, quedan incólumes los montos máximos para la configuración de la escala penal respecto de los delitos de tenencia de arma de guerra y de robo calificado por el uso de arma de fuego. Por lo tanto, descartada la aplicación de la pena absoluta por el delito de homicidio *criminis causae*, queda remanente —dentro del marco legal posible de aplicación para el operador jurídico— la figura de la tentativa contemplada en el art. 44 párrafo tercero del Cód. Penal. Pues, lo contrario implicaría efectuar una creación legal que está vedada por el Poder Judicial, desde que al no contar con una herramienta legal en su reemplazo confeccionó una solución que está fuera del marco normativo.

"(...) En rigor, por todo lo dicho entiendo que la escala penal debió configurarse de la siguiente manera: el mínimo legal debería ser establecido por el mínimo mayor, en el caso, diez [10] años de prisión (considerando el art. 44 párrafo tercero del Cód. Penal en función de la escala de la tentativa para el delito de homicidio *criminis causae*) y el máximo legal estaría establecido en cuarenta y un [41] **(7)** años de prisión (considerando las sumas aritméticas de las penas máximas correspondientes a los arts. 189 bis, inc. 2º, segundo párrafo; 166, inc. 2º, segundo párrafo y los quince [15] años de prisión teniendo en cuenta el máximo de la escala prevista por la tentativa en el homicidio calificado *criminis causae*). Hipotéticamente, para el caso de que el Tribunal hubiese optado por beneficiar al incuso con la escala penal de la tentativa —según la potestad atribuida al juez por el art. 4º de la ley 22.278— esa pena debería fijarse según el marco punitivo resultante de los arts. 42, 44, 55, 80, inc. 7º, 166, inc. 2º —segundo párrafo— y 189 bis, inc. 2º —segundo párrafo— del Cód. Penal".

Evidentemente, lo único que leyeron del fallo Mendoza fue la parte resolutiva, ya que pasaron completamente por alto que en el párr. 295 (donde específicamente se analizaba el art. 4º del dec.-ley 22.278) se prohibía que un niño y un adulto sean condenados a la misma pena.

Más aún, en el párr. 296 se había dicho que la posibilidad de liberación a los 20 años de pri-

(7) Hubiera sido interesante que esta sala del Tribunal de Casación hubiera tenido en cuenta que uno de los puntos que la Corte IDH (citado en el propio fallo) consideró al momento de establecer que la pena de prisión perpetua era contraria a la Convención fue el hecho de que era necesario esperar 20 años para poder gozar de una libertad. Esto tiene especial relevancia en una pena de 41 años de prisión (que esta sala dice que sería aplicable), dado que recién se cumpliría el requisito temporal para la libertad condicional a los 27 años y 4 meses de prisión, por lo que no caben dudas de su inaplicabilidad.

vación de la libertad que habilita el art. 13 del Cód. Penal "no cumple con el estándar de revisión periódica de la pena privativa de libertad". En el presente caso, la posibilidad de liberación será a los 17 años y 4 meses, por lo que no hace falta mucho esfuerzo para llegar a la misma conclusión.

II. Capítulo VII: derecho comparado

Profundizando el análisis de los temas en cuestión, realizo a continuación un estudio de derecho comparado.

En primer lugar, es sabido por todos que la situación económica, política, cultural y social de cada país y región difieren entre sí. En algunos casos las diferencias son minúsculas, y en otros son de gran envergadura. Es por ese motivo, y por la evidente falta de recursos para poder realizar un estudio comparativo a nivel global, realicé una selección de países en la que solo tomé en consideración a aquellos que su situación no difiere mucho de Argentina (como ocurre con los países de Asia o África).

En ese sentido, y teniendo en cuenta las similitudes culturales, sociales, históricas, económicas, legales y políticas, se ha enmarcado el estudio comparativo a todos los países de América. También se han excluido aquellas que no son repúblicas sino dependencias de otros países, dado que no poseen legislación propia por carecer de soberanía **(8)**.

Con todas las diferencias existentes, podemos decir que todos los países pertenecientes a la región de Sudamérica, Centroamérica, el Caribe y México poseen importantes conexiones culturales y sociales, incluso históricas (como son los casos de los libertadores José de San Martin y Simón Bolívar, que poseen el carácter de prócer para varios países de la región; o como es haber padecido de dictaduras militares).

Más aún, ya desde hace tiempo se vienen realizando labores para en un futuro poder hablar de una unidad latinoamericana, y se busca realizar acciones de integración con la finalidad consolidar la integración de los países, como fue la consolidación de la Unidad de Naciones Sudamericanas (UNASUR); entre otros muchos procesos y diversos organismos de integración regional.

Legislativamente, las Constituciones de estos países, en su mayoría, fueron reproducciones de la Constitución de los Estados Unidos. Puede observarse que todas han tomado el modelo de gobierno democrático y representativo, y que muchos de los derechos de primera generación que se observaron en las constituciones originales fueron similares en todos los países latinoamericanos. En lo que respecta al derecho penal, más aún, ha habido conocidos autores que han realizado propuestas legislativas no en uno, sino en varios países de esta región (v.gr., Julio Maier).

Tampoco se puede dejar de señalar que, más allá de la CDN, existen numerosos tratados internacionales de derechos humanos que han sido ratificados por todos estos países, conformando un verdadero bloque latinoamericano de derechos humanos, con más los numerosos fallos de la Corte IDH.

Respecto a Canadá, si bien no se pueden negar las diferencias culturales, sociales e históricas, este país se encuentra en paridad legislativa con el resto de los países de la región por haber ratificado los tratados enunciados.

Por todo esto, entiendo que se encuentra justificada la selección de países realizada para la comparación legislativa.

En segundo lugar, a fin de que el estudio sea realizable, fue necesario acotar la temática al mínimo indispensable. Por ello solo se investigó cómo la legislación de cada país trata exclusivamente dos asuntos: la edad mínima de responsabilidad penal y la pena máxima que puede aplicársele a un NNyA (siendo que, si la pena varía según la edad, se indique también ello).

Cabe recalcar que hay un punto de estrecha conexión legal entre todos los sistemas legales

(8) Estos últimos son: Anguila, Aruba, Bermudas, Bonaire, Isla Clipperton, Curazao, Groenlandia, Guadalupe, Guayana Francesa, Islas Caimán, Islas Georgias del Sur y Sándwich del Sur, Islas Malvinas, Islas Turcas y Caicos, Islas Vírgenes Británicas, Islas Vírgenes de los Estados Unidos, Martinica, Montserrat, Isla de Navaza, Puerto Rico, Isla de Saba, San Bartolomé, San Martín, San Pedro y Miquelón, San Eustaquio, y Saint Maarten.

que se analizan. Y es que, en efecto, todos los países que se analizarán (salvo Estados Unidos) han ratificado la CDN, con lo que es aplicable a todos ellos el art. 37.b de dicha normativa (el cual ya fue analizado en el capítulo V.8.1). En otras palabras, todos estos países están obligados a que la detención, el encarcelamiento o la prisión de un NNyA sea utilizada como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda. En definitiva, estas leyes son reglamentarias de este principio que es obligatorio para cada uno de los estados.

Como información adicional, y con el objetivo de darle contexto a la información anterior (siempre y cuando fue posible encontrarla) se agregan las denominadas 'medidas', 'reglas de conducta' o directamente 'penalidades' que sustituyen la aplicación de una pena privativa de la libertad (si el país así lo prevé); las exposiciones de motivos respecto al máximo de pena escogido por el legislador; y demás información que en cada caso se creyó relevante.

En tercer lugar, se aclara que la búsqueda de la legislación fue sumamente ardua dado que no existe bibliografía actualizada sobre la temática **(9)**, por lo que la única vía posible era obtener esa legislación mediante los sitios oficiales de los respectivos países. Sin embargo, y contra toda intuición, muchos de los países aquí mencionados no cuentan con sitios oficiales en internet que brinden esta información, y si la hay la misma se encuentra desactualizada (o, por lo menos, probablemente desactualizada).

Por ello fue necesario encontrar alguna otra fuente de información fidedigna, y fue así como pude dar con los informes que realiza el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (abreviado por sus siglas en inglés "CRC"). Más concretamente, con los denominados "Observaciones finales" que se refieren a la vigencia y aplicación de la CDN en los países examinados. En todos esos informes hay un punto (antes denominado Justicia de Menores, y ahora como Administración de Justicia Juvenil).

(9) Lo único que se encontró al respeto fue la obra del IIN (1995) que solo contiene la legislación de Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México y Perú, toda ella desactualizada.

Para evitar repeticiones innecesarias, en este capítulo nos referiremos a dichos informes simplemente por código y el día de su realización **(10)**.

En cuarto lugar, luego de investigar la legislación de cada uno de los países restantes, se han excluido de un análisis más pormenorizado aquellos que se encuentran en una situación legal similar a la Argentina, esto es, los países que tratan a los NNyA como adultos, los que permiten la aplicación de la prisión perpetua (en cualquiera de sus denominaciones) y, por supuesto, los que permiten la pena de muerte.

Se deja nota que, si bien dichos países permiten prisión perpetua o pena de muerte contra NNyA, no se ha realizado un estudio a fin de determinar si estas penas son efectivamente aplicadas, sino que el trabajo realizado se ha limitado a la comparación legislativa. En este sentido, y si bien la información no está actualizada, han sido varios los autores que afirman que no se han observado las penas de prisión perpetua contra jóvenes en otro país latinoamericano que no sea Argentina (UNICEF 2003a, p. 11-14).

II.1. Situación de cada país

II.1.1. Antigua y Barbuda

Del punto 68.a del informe CRC/C/15/Add.247 del 3 de noviembre de 2004 del Comité de los Derechos del Niño de la ONU, se desprende que en este país era posible que un NNyA de menos de 16 años sea condenado a la misma pena que un adulto, y que los NNyA de 17 y 18 años eran considerados adultos para la ley penal.

Sin embargo, más recientemente, en el punto 57 del informe CRC/C/ATG/CO/2-4 del 30 de junio de 2017 se indicó que hubo una modifica-

(10) Dichos informes encuentran publicados en el siguiente sitio web: http://www.ohchr.org/SP/Countries/Pages/HumanRightsintheWorld.aspx [consultado 30/05/2018]. Como se aclaró anteriormente, se trata del informe conocido como "Observaciones Finales" que la CRC hace en cada país. Ingresando al país que se pretende analizar, se observan dichos informes en la columna central derecha, bajo el título "Las observaciones generales más recientes".

ción legal, con lo que se pudo dar con la ley denominada *Child Justice Act* **(11)**, 23 de 2015, que comenzó su vigencia el primer día del 2016.

Dicha ley, en su art. 5º, establece la edad de no punibilidad a los 8 años, lo que el informe antes mencionado indica como un punto de urgente modificación. El art. 69.1 indica que solo se podrá imponer pena de prisión a quienes tengas más de 14 años, y quienes cometan determinados delitos (los cuales son enumerados). A su vez, el art. 69.2 indica que el máximo tiempo que un NNyA puede estar privado de su libertad es *3 años.*

Es notable y muy reconfortante ver como un país que trataba a los NNyA como adultos pasó a tener una pena máxima y un sistema legal acorde a los estándares internacionales que impone la CDN.

Finalmente, destaco que el art. 62 de la mencionada ley permite una serie de condenas que no implican la privación de la libertad, como la obligación de disculparse, orden de supervisión, obligación de escolarización, reglas de conductas varias, seguimiento terapéutico, tareas comunitarias, ponerlo a cargo de una persona (familiar o no) que sea adecuada para su desarrollo, donación simbólica, y el pago de compensación por el daño causado. La prisión domiciliaria es permitida si no se han cumplido con alguna de las otras condenas antes expuestas, y no puede exceder un año.

II.1.2. Bahamas

El art. 263.3 del Cód. Penal de la Mancomunidad de las Bahamas **(12)** permite que un joven sea condenado con la misma pena que se le impone a un adulto, lo que incluye la *pena de muerte*. Además, la edad mínima de punibilidad asciende a los 10 años, y en los puntos 59 y 60 del informe CRC/C/15/Add.253 del Comité de los Derechos del Niño de la ONU, del 31 de marzo de 2005, se recomienda su inmediata modificación.

II.1.3. Barbados

Si bien no ha sido posible encontrar la ley que regula el asunto en este país, del punto 29 del informe CRC/C/15/Add.103 del Comité de los Derechos del Niño de la ONU, del día 24 de agosto de 1999, se desprende que en este país las personas mayores de 16 años *son tratadas como adultos*. Más recientemente, en punto 60 del informe CRC/C/BRB/CO/2, del día 3 de marzo de 2017, se indica que la misma problemática persiste.

II.1.4. Belice

Si bien no ha sido posible encontrar la ley que regula el asunto en este país, del punto 70 del informe CRC/C/15/Add.252, del 31 de marzo de 2005, se desprende que existe la posibilidad de aplicar *prisión perpetua* a partir de los 9 años.

II.1.5. Bolivia

Hasta julio del año 2014, estaba vigente en Bolivia la ley 2026 (Código del Niño, Niña y Adolescente) que en sus arts. 225 y 251 indicaba que a los jóvenes de 16 años en adelante le es aplicable la legislación ordinaria, es decir, la misma escala penal que a un adulto. Aquellas personas de menos de 16 años no eran pasibles de sanciones privativas de la libertad. Esto mismo fue señalado en el punto 81 y 82 del informe CRC/C/BOL/CO/4 del día 16 de octubre de 2009, recomendándose su modificación por la edad de 18 años.

Posteriormente, entró en vigor la ley 548 **(13)**, de igual denominación que la anterior, cuyo art. 268 indica que el NNyA de 14 a 18 años posee una responsabilidad penal "atenuada en *cuatro quintas partes* respecto del máximo penal correspondiente al delito establecido en la norma penal". Aquellos con menos de 14 años están exentos de responsabilidad.

Luego aclara que solo se podrá imponer pena privativa de la libertad cuando el máximo de la pena en la norma penal sea entre 15 y 30 años, y que si fuera menor a ese monto "se aplicarán

(11) Disponible en http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/102696/124267/F-801683238/ATG102696.pdf [consultado el 01/06/2018].

(12) Disponible en http://laws.bahamas.gov.bs/cms/images/LEGISLATION/PRINCIPAL/1873/1873-0015/PenalCode_1.pdf [consultado 30/05/2018].

(13) Disponible en http://www.silep.gob.bo/silep/masterley/1129059 [consultado 30/05/2018].

medidas socio-educativas con restricción de libertad y en libertad".

Teniendo en cuenta que el Cód. Penal boliviano, en su art. 27, dispone que la pena máxima es 30 años de prisión (la prisión perpetua no está habilitada como pena para adultos), de conformidad con la reducción antes indicada, la pena máxima aplicable a los NNyA entre 14 y 18 años será *6 años.*

No puede dejar de mencionarse que esta modificación legislativa importó un gran avance en lo que respecta a los derechos del niño en Bolivia, ya que dejó sin efecto una ley completamente contraria a la CDN, lo cual se celebra. Sin embargo, resultó regresivo que anteriormente se consideraba a los NNyA entre 14 y 16 años como no punibles, y ahora pueden ser declarados responsables penalmente con una pena de prisión.

El art. 298 y ss. de la ley 548 también permiten otro tipo de penalidades, que denomina medidas socioeducativas, como la prestación de servicios comunitarios, la libertad asistida, regímenes de privación de la libertad domiciliaria, durante el fin de semana o semiabierto. A su vez, habilita varias salidas alternativas, como la conciliación, la reparación del daño y la remisión del caso. Es último es definido como el cierre definitivo del caso para adolescentes contra los que se creen responsables penalmente de un delito, con el fin de evitar los efectos negativos que el proceso penal pudiera ocasionar a su desarrollo integral, solo aplicable cuando la pena máxima sea inferior a 5 años de prisión.

II.1.6. Brasil

En Brasil, según su ley 8069 (Estatuto del Niño, Niña y Adolescente) **(14)**, art. 121, la pena máxima privativa de la libertad que se le puede aplicar a un NNyA entre 12 y 18 años es *3 años* de prisión.

La ley permite otro tipo de condenas además de la prisión, como la advertencia, obligación de reparar el daño, prestación de servicios comunitarios, libertad asistida y régimen de semilibertad (art. 112). A su vez, también poseen el instituto de la remisión.

Se mantuvo comunicación con Valéria Sperandio Rangel asistente del Departamento de Divulgación y Promoción de los Derechos Humanos ("Departamento de Divulgação e Promoção da Temática em Direitos Humanos") de la Secretaría de Derechos Humanos de Brasil, quien indicó que esta ley carecía de exposición de motivos.

En el informe CRC/C/BRA/CO/2-4 del 30 de octubre de 2015, el Comité de los Derechos del Niño recomendó medidas relativas a las condiciones de encierro, pero no indicó la necesidad de reformas legales en los temas que se tratan aquí.

II.1.7. Canadá

En Canadá, la Ley de Justicia Criminal Juvenil **(15)** —*Youth Criminal Justice Act***(16)**— *(S.C. 2002, c. 1), Parte IV, art. 42.15* **(17)**, impone una pena máxima de 10 años de prisión si hubiere concurso de delitos y alguno de ellos fuera un homicidio 'en primer grado' (que podríamos denominar homicidio doloso); y de 7 años su alguno de los delitos fuera un homicidio 'en segundo grado' (que podríamos denominar homicidio culposo); y de 3 años si en el concurso de delitos no hubiera un homicidio. En el caso de que hubiese sido un único delito por el cual fuese condenado, y ese delito hubiese sido un homicidio 'en primer grado', en el art. 42.2.q.i.a, impone una pena máxima de 10 años de los cuales 6 de ellos deben ser en prisión (siendo esta la pena más alta por un único delito).

(14) Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm [consultado 30/05/2018].

(15) Traducción propia.

(16) Disponible en http://www.laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/Y-1.5/index.html [consultado 30/05/2018].

(17) "Subject to subsection [16], if more than one youth sentence is imposed under this section in respect of a young person with respect to different offences, the continuous combined duration of those youth sentences shall not exceed three years, except if one of the offences is first degree murder or second degree murder within the meaning of section 231 of the Criminal Code, in which case the continuous combined duration of those youth sentences shall not exceed ten years in the case of first degree murder, or seven years in the case of second degree murder".

Sin embargo, si el fiscal lo solicita y el juez lo acepta (arts. 64 y 67), un joven de 14 a 18 años puede ser tratado como si fuera un adulto, y recibir una sentencia de adulto (*adult sentence'*. En este caso, puede ser condenado hasta la pena de *prisión perpetua* sin posibilidad de libertad condicional por un máximo de años a determinarse (*life prison*). Para que ello sea posible es necesario no solamente que se haya cometido un crimen grave, sino que ciertas particularidades del caso demuestren su conveniencia.

Cabe destacar que Canadá ha tomado el denominado "Sistema Dualista" respecto del Derecho Internacional. Esta teoría, sintéticamente, afirma que no existe un único sistema jurídico, sino que existen dos completamente separados e independientes: el derecho internacional y el derecho interno. Tanto uno como el otro rigen distintos ámbitos y distintos sujetos, mientras que el derecho internacional rige las relaciones Estado-Estado, el derecho interno rige las relaciones Estado-Individuo. En otras palabras, el sistema opuesto al tomado por nuestro país (art. 75, inc. 22, CN). En este sentido, en caso de controversia entre un tratado internacional y una ley interna, es la ley interna la que prevalece por sobre el tratado. Toda esta información fue confirmada por Verónica Piñero (2007; 2010; 2013) **(18)**.

Finalmente, el informe CRC/C/CAN/CO/3-4 del 6 de diciembre de 2012 expone duramente a Canadá, indicando que no se han cumplido las recomendaciones de informes anteriores. Concretamente, en los puntos 85 y 86 se insta a ese estado a que aumente la edad mínima de responsabilidad penal y haga lo necesario para que un NNyA no reciba el mismo tratamiento que un adulto, entre otros.

II.1.8. Chile

En Chile, la ley 20.084 (Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal) **(19)**, art. 18 impone una pena máxima de *10 años* si el infractor tuviera entre 16 y 18 años, *y 5 años* si el infractor tuviera entre 14 y 16 años.

En el art. 6º de esta ley existe una diversa gama de condenas posibles demás de la prisión: amonestación, multa, reparación del daño causado, trabajos comunitarios, libertad asistida, libertad asistida especial **(20)**, y la "internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social". La prisión es denominada "internación en régimen cerrado con programa de reinserción social".

Por parte de este país, se ha recibido colaboración de Gonzalo Berrios **(21)**. El mismo ha indicado que los máximos indicados son correctos, que en caso de concurso de delito no es posible aplicar una pena más grave que la antes indicada, y que en ninguna circunstancia es posible que un joven y un adulto sean condenados a la misma pena.

Esta ley tuvo innumerables idas y vueltas, y fue intensamente debatida en su parlamento. Tal fue así que empezó su trámite en la Cámara de Diputados y luego a la de Senadores, volviendo a la Cámara de Diputados por las reformas realizadas, y siendo revisada luego en tres ocasiones por la Comisión Mixta, y finalmente puesta a disposición del Tribunal Constitucional chileno, el que la aprobó a pesar de las oposiciones realizadas a su constitucionalidad. Todo este trámite es posible visualizarlo y analizarlo con claridad puesto que la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile ha publicado la "Historia de la Ley", donde se encuentra toda esta información y los debates en cada estamento **(22)**.

(18) Doctora en Derecho Penal Juvenil, y en Recursos Naturales, Magister en Historia del Derecho Penal Canadiense, y en Criminología, especialista en Derecho Civil, todos por la Universidad de Ottawa, Canadá, autora de numerosos artículos y publicaciones. Actualmente, Oficial de Aduana del Gobierno de Canadá. Sus trabajos fueron parte de los puntapiés iniciales de esta tesis, y su colaboración ha sido de extraordinaria ayuda.

(19) Disponible en https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=244803 [consultado 30/05/2018].

(20) Libertad asistida que incluye la obligación de asistir a un "programa intensivo de actividades socioeducativas y de reinserción social en el ámbito comunitario que permita la participación en el proceso de educación formal, la capacitación laboral, la posibilidad de acceder a programas de tratamiento y rehabilitación de drogas".

(21) Magíster y experto en la temática penal juvenil, y miembro de la Defensoría Penal Pública chilena.

(22) Este es el único sitio en toda América Latina que expone la "Historia de la Ley", con todos sus trámites. Destacamos que esto resulta de muchísima ayuda a

Durante todo este trayecto, la ley sufrió diversas modificaciones. Particularmente, en lo que respecta al máximo de pena, el proyecto de ley inicial proponía 5 años de pena máxima, siendo que finalmente se decidió por un máximo mucho más alto.

Así, en su Exposición de Motivos original, se indicó:

"Las respuestas penales contenidas en esta Ley tienen por finalidad, precisamente, "sancionar los hechos que constituyen la infracción y fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las demás personas, resguardando siempre su desarrollo e integración social". En consecuencia, se considera que tienen una función responsabilizadora, preventiva y orientadora.

"Se contempla una amplia gama de sanciones, las que se clasifican en privativas y no privativas de libertad. La privación de libertad, como se dijo, es una medida de último recurso y solo se podrá aplicar a las infracciones graves taxativamente establecidas en la ley.

"El Proyecto ha optado por establecer un sistema equilibrado para el establecimiento de la sanción aplicable en cada caso. Por una parte, señala límites legales estrictos respecto de la procedencia de la aplicación de sanciones privativas de libertad en razón de la gravedad del delito y determina legalmente la duración y cuantía máxima de las sanciones.

"Paralelamente, deja al Juez un razonable grado de libertad para imponer la sanción más adecuada para el caso concreto, no encontrándose obligado a aplicar la privación de libertad y pudiendo fijar su duración o cuantía dentro de los límites legales. El Juez siempre deberá determinar la sanción, su duración o cuantía, eliminándose así toda posibilidad de sanciones indeterminadas.

"La ley, además de estos límites, establece como criterios que el Juez considerará para determinar la sanción a imponer su duración y cuantía, el número de infracciones, la gravedad de ellas y la edad del imputado, así como la concurrencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal. (...)

"En cuanto a la duración o cuantía de las medidas, ellas deberán adecuarse a los fines de este Proyecto de ley, debiendo el Tribunal reservar los rangos superiores de duración y cuantía para aquellas infracciones graves que han causado mayores daños o para los casos en que se imponen sanciones por la responsabilidad en más de una infracción grave. Este criterio es particularmente aplicable para el límite de cinco años de internación.

"La incorporación de un amplio marco de sanciones no privativas de libertad permitirá que el Tribunal disponga de medios efectivos para la responsabilización, control y orientación del adolescente infractor. Para favorecer su cumplimiento efectivo se establecen normas especiales de quebrantamiento que permiten sustituir excepcionalmente una sanción por otra de mayor gravedad".

En la Cámara de Diputados no fue objetado el máximo de pena, pero se modificó su artículo original, imponiendo un mínimo de pena.

En la Cámara de Senadores, por su parte, se comenzó a cuestionar este máximo, puesto que se entendía que la sociedad no estaba preparada para un máximo tan bajo. Así, sin más fundamentación, se propuso modificar el máximo por el de 15 años para aquellos delitos que en un adulto son condenados con prisión perpetua, siendo que en la redacción final ese máximo quedó en 10 años. Para fundamentar esta reforma al proyecto de ley, se indicó que la sociedad chilena 'no está preparada' para este tipo de penas, por ser demasiado bajas.

Los que se opusieron a este cambio lo fundamentaron en que más años de encarcelamiento, lejos de significar mayor reinserción social, produce lo contrario, y más aún en el caso de jóvenes. En cualquier caso, destacaron que la imposición de estas penas debe ser excepcionalísima. En ninguno de los máximos propuestos se indica una razón concreta por la cual debe imponerse ese máximo, y no otro.

cualquier investigación, y que garantiza realmente la publicidad de los actos de gobierno.

Destaco el artículo de Cortés Morales (2008). En el mismo, se indica que lo que está en la base de la discusión es la regulación o la redefinición de la regulación de la relación entre infancia y castigo en general, y entre violencia punitiva estatal y adolescencia en particular. Estudia esta relación desde múltiples aspectos. Indica que la disminución de la edad de no punibilidad pudo ser observada desde una perspectiva de 'derecha' y de 'izquierda'. La lectura neoliberal o neoconservadora, que posee capacidad hegemónica, encuentra inaceptable esta impunidad, y ha clamado hace años ponerle fin mediante una 'rebaja de edad' para que se sancione a los niños 'como corresponde'. Desde la perspectiva de izquierda, se indica que en realidad se busca un elevamiento en el encarcelamiento, en sentido cualitativo y cuantitativo (más sujetos y por más tiempo). El adolescente, en este sentido, es utilizado como causante de diversos problemas sociales, que el autor define como 'chivo expiatorio favorito'. Esta postura, si bien cierta, no suele ser los suficientemente profunda. Realiza un análisis de muchos otros de sus aspectos, algunos que los considera muy positivos por desvincular el sistema de la situación irregular, y otros negativos por contraponerse a los postulados de las convenciones internacionales.

Los puntos 85 y 86 del informe CRC/C/CHL/CO/4-5 del 30 de octubre de 2015, si bien celebró la modificación legislativa respecto del sistema anterior, realizó objeciones dada, entre otros, la falta de una justicia penal juvenil especializada.

II.1.9. Colombia

En Colombia, la ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia) **(23)**, en su art. 187 (modificado por el art. 90 de la ley 1453 de 2011) se impuso un máximo de *8 años* para NNyA entre 14 y 18 años.

El art. 177 de la ley analizada prevé una serie de condenas (denominadas sanciones): amonestación, reglas de conducta (obligaciones y/o prohibiciones para regular su modo de vida, así como promover y asegurar su formación), trabajos comunitarios, libertad asistida, internación en medio semicerrado y privación de libertad en centro de atención especializado (que nosotros denominaríamos prisión).

La norma legal expresa lo siguiente:

"Art. 187. La privación de la libertad. La privación de la libertad en centro de atención especializada se aplicará a los adolescentes mayores de dieciséis [16] y menores de dieciocho años [18] que sean hallados responsables de la comisión de delitos cuya pena mínima establecida en el Cód. Penal sea o exceda de seis años de prisión. En estos casos la privación de libertad en centro de atención especializada tendrá una duración desde un [1] año hasta cinco [5] años, salvo lo dispuesto en los incisos siguientes. La privación de libertad en Centro de Atención Especializada se aplicará a los adolescentes mayores de catorce [14] y menores de dieciocho [18] años, que sean hallados responsables de homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual. En estos casos, la privación de libertad en centro de atención especializada tendrá una duración desde dos [2] hasta ocho años [8], con el cumplimiento total del tiempo de sanción impuesta por el juez, sin lugar a beneficios para redimir penas. En los casos en que el adolescente haya sido víctima del delito de constreñimiento de menores de edad para la comisión de delitos o reclutamiento ilícito no se aplicará privación de la libertad. Parte de la sanción de privación de libertad podrá ser sustituida por cualquiera de las otras sanciones previstas en el art. 177 de este Código por el tiempo que fije el juez. El incumplimiento de la sanción sustitutiva podrá acarrear la aplicación de la privación de la libertad impuesta inicialmente o la aplicación de otra medida. En ningún caso, la nueva sanción podrá ser mayor al tiempo de la sanción de privación de libertad inicialmente previsto. Parágrafo. Si estando vigente la sanción de privación de libertad el adolescente cumpliere los dieciocho años de edad continuará cumpliéndola hasta su terminación en el Centro de Atención Especializada de acuerdo con las finalidades protectora, educativa y restaurativa establecidas en la presente ley para las sanciones".

(23) Disponible en https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1098_2006.htm [consultado el 30/05/18]

En la parte pertinente de la Exposición de Motivos de la ley 1453, se justificó dicho cambio de la siguiente manera:

"En Colombia se consagra un régimen penal de semi imputabilidad para los menores entre los 14 y los 18 años que no ha sido efectivo, pues sufre de defectos estructurales que favorecen la impunidad y no consagran mecanismos específicos que le permitan al menor infractor tener una reintegración adecuada, lo cual implica además que el menor no tiene la oportunidad de educarse a través del sistema, sino que simplemente se le priva de la libertad y luego sale a la sociedad con un grado aún menor de reintegración y en muchos casos con mayor conocimiento de la delincuencia gracias al contacto con otros infractores, tal como señala la teoría de la asociación diferencial. El objetivo de estas medidas no es de ningún modo restringir los derechos de los menores, sino por el contrario, mejorar el procedimiento de determinación de las consecuencias jurídicas, evitar la impunidad y dotar a los menores de la oportunidad de reintegrarse a la sociedad luego de 5 años de cursar un proceso de educación contando con la aprobación del juez penal de menores y bajo concepto favorable del defensor de familia".

Finalmente, el punto 66 y 67 del informe CRC/C/COL/CO/4-5 del 6 de marzo de 2015, si bien observó la modificación legislativa respecto del sistema anterior, realizó objeciones dada, entre otros, el uso desproporcionado de la privación de libertad como castigo para los adolescentes.

II.1.10. Costa Rica

En Costa Rica, la ley 7576 (Ley de Justicia Penal Juvenil) **(24)**, art. 131, impone un máximo de pena de *15 años* para jóvenes entre 15 y 18 años, *y 10 años* para los que tengan entre 12 y 15 años.

Esta ley consta de 144 artículos con más disposiciones, y regula todo lo atinente a Justicia Penal Juvenil. Su exposición de motivos no da razones para su monto de pena máximo de 15 años. En lo más relevante, indica:

"Existe gran alarma social por la delincuencia juvenil que azota a nuestra sociedad, tanto por su creciente volumen, como por su alto nivel de agresividad. La legislación actual no ofrece soluciones eficientes a los conflictos generados por esta clase de delincuencia. Ante las autoridades se muestran esta situación, impotentes para actuar y la ciudadanía, en consecuencia, percibe una total impunidad de los delitos cometidos por menores de edad".

Como dato relevante, es dable destacar que esta ley debió indicar lo siguiente:

"Art. 2º.— Aplicación de esta ley al mayor de edad. Se aplicará esta ley a todos los menores de edad que, en el transcurso del proceso, cumplan con la mayoridad penal. Igualmente se aplicará cuando los menores de edad sean acusados después de haber cumplido la mayoridad penal, siempre y cuando el hecho haya ocurrido dentro de las edades comprendidas para aplicarles esta ley".

El art. 121 de la ley analizada dispone una serie de posibles condenas (denominadas sanciones): amonestación y advertencia, libertad asistida, trabajos comunitarios, reparación del daño, órdenes de orientación y supervisión (modificar la residencia, abandonar el trato con determinadas personas, prohibición de visitar discotecas o centro de diversión determinados, obligación escolarización o formación profesional, adquirir trabajo, abstenerse de ingerir determinadas bebidas o sustancias, internación o tratamiento ambulatorio por adicción a drogas), internamiento domiciliario o durante el tiempo libre, o internamiento en un centro especializado (que nosotros denominaríamos prisión).

Cabe destacar que el art. 6º de la ley 8460 **(25)** permite que un NNyA continúe estando detenido en el centro penal juvenil hasta los 21, y luego de ello, si es necesario, es llevado a la cárcel

(24) Disponible en: http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_Informacion/Consultas_SIL/Pginas/Detalle%20Leyes.aspx?Numero_Ley=7576 [consultado 30/05/2018].

(25) Disponible en: http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_Informacion/Consultas_SIL/Pginas/Detalle%20Leyes.aspx?Numero_Ley=8460 [consultado 30/05/2018].

de adultos, aunque se le sigue aplicando la ley penal juvenil.

El punto 82 del informe CRC/C/CRI/CO/4 del 3 de agosto de 2011 indica que resulta preocupante que

"(...) la privación de libertad sea al parecer la regla general y no la excepción en los procesos penales contra los menores infractores, como refleja el elevado número de niños y adolescentes, especialmente niños en situación de calle, recluidos en los centros de detención de menores y las instituciones penales (...) el principio de la presunción de inocencia no se aplique lo suficiente en las causas penales juveniles".

II.1.11. Cuba

Si bien no ha sido posible encontrar la ley que regula el asunto en este país, de los puntos 54 y 55 del informe CRC/C/CUB/CO/2 del 3 de agosto de 2011, surge que los NNyA de 16 a 18 años *son tratados como adultos.*

II.1.12. Dominica

Si bien no ha sido posible encontrar la ley que regula el asunto en este país, de los puntos 46, 47 y 48 del informe CRC/C/15/Add.238 del 30 de junio de 2004 se desprende que en este país los niños pueden ser condenados a "discreción del presidente" a *cadena perpetua y a recibir azotes*. Exhorta a que la decisión de la pena este a cargo de un juez, y a la abolición de estas penalidades.

II.1.13. Ecuador

En Ecuador, la ley 100 (Código de la Niñez y Adolescencia) **(26)**, art. 385.3, impuso como máximo de pena *8 años* para los NNyA entre 12 y 18 años.

El art. 378 de esta ley permite una serie de posibles condenas (denominadas medidas socioeducativas no privativas y privativas de la libertad): amonestación, imposición de reglas de conducta, orientación y apoyo psico socio familiar, tareas comunitarias, libertad asistida, internamiento domiciliario, internamiento de fin de semana, internamiento con régimen semiabierto e internamiento institucional.

Dicha ley no posee exposición de motivos. Esta información fue brindada por María Gabriela Rodríguez **(27)**, siendo ratificada por la Coordinación General de Comunicación de la Asamblea Nacional del Ecuador vía correo electrónico institucional.

El informe CRC/C/ECU/CO/5-6 del 26 de octubre de 2017 indica que resulta inquietante:

"La prevalencia de medidas de privación de libertad en los centros de rehabilitación para mayores de 12 años en el caso de delitos graves, y para mayores de 14 años en el caso de otros delitos, como medida socioeducativa para los niños en conflicto con la ley, y el aumento de la condena máxima de privación de libertad de 4 a 8 años (...) La falta de disposiciones legales que autoricen una reducción de la condena de privación de libertad y/o la revisión de una medida socioeducativa impuesta (...) [y] El requisito de cumplir el 60% de la condena en régimen de privación de libertad y/o bajo un régimen 'cerrado' para poder optar a un régimen semiabierto, y el de cumplir por lo menos el 80% de la condena en régimen de privación de libertad para poder optar a un régimen abierto".

II.1.14. El Salvador

En El Salvador, el dec. legislativo 863 (Ley del Menor Infractor) **(28)**, en sus arts. 15 y 17, permite un máximo de pena de *15 años* para los NNyA entre 16 y 18 años y *5 años* para los NNyA entre 12 y 16 años. Esta norma previa un máximo de 7 años originariamente, pero esto resultó ser modificado por el dec. legislativo 309 de marzo de 2010 **(29)**, el que impuso el máximo actual. El texto legal dice lo siguiente:

(26) Disponible en https://www.igualdad.gob.ec.wp-content/uploads/downloads/2017/11/codigo_ninezyadolescencia.pdf [consultado 30/05/2018].

(27) Abogada de Pontificia Universidad Católica y docente de la Universidad de los Hemisferios, Ecuador.

(28) Disponible en: https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/171117_072908026_archivo_documento_legislativo.pdf [consultado el 30/05/2018].

(29) Disponible en: https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/171117_073111539_archivo_documento_legislativo.pdf [consultado el 30/05/2018].

"Internamiento Art. 15.— El internamiento constituye una privación de libertad que el Juez ordena excepcionalmente, como última medida, cuando concurran las circunstancias establecidas para la privación de libertad por orden judicial y su duración será por el menor tiempo posible. El Juez dentro de la ejecución de esta medida, podrá permitir o autorizar la realización de actividades fuera del centro, siempre que los especialistas lo recomienden; y podrá ordenar el internamiento de fin de semana. El internamiento, podrá ser sustituido por la libertad asistida, con la imposición de reglas de conducta o servicios a la comunidad. Si se incumpliere, el Juez podrá revocarla y ordenar de nuevo el internamiento. Cuando la infracción fuere cometida por un menor, que hubiere cumplido dieciséis años al momento de su comisión, el juez podrá ordenar el internamiento hasta por un término cuyos mínimo y máximo, serán la mitad de los establecidos como pena de privación de libertad en la legislación penal respecto de cada delito. El término máximo de la medida será de siete años, salvo los casos en que incurren en responsabilidad penal por los delitos de homicidio simple, homicidio agravado, proposición y conspiración en el delito de homicidio agravado, extorsión, proposición y conspiración en el delito de extorsión, secuestro, proposición y conspiración en el delito de secuestro, atentados contra la libertad individual agravados en el delito de secuestro, violación en menor o incapaz, agresión sexual en menor e incapaz, violación y agresión sexual agravada, robo agravado, así como, proposición y conspiración en el delito de robo agravado; en los cuales el término máximo de la medida podrá ser de hasta *quince años*. No obstante lo establecido anteriormente, en ningún caso por dichos delitos, el internamiento podrá ordenarse por un término igual o mayor al mínimo de pena de privación de libertad que en la legislación penal corresponda para cada delito (los destacados me pertenecen)".

Para justificar la modificación, en la Exposición de Motivos del dec. legislativo 309, se indicó:

"Que la participación de menores en hechos delictivos hace necesaria la revisión del régimen de internamiento correspondiente a la justicia penal juvenil, bajo el marco de los principios de legalidad, proporcionalidad, protección integral e interés superior del menor, en armonía con los Tratados Internacionales suscritos y la legislación interna atinente.

"(...) Que esta especialidad en materia de menores infractores implica que bajo ninguna circunstancia un menor puede estar en situación de paridad con un adulto; de tal manera que un menor debe estar siempre en una situación de ventaja o en situación menos desfavorable, respecto de un adulto".

"Según la mirada catedrática de Meléndez Reyes (2014), la modificación del máximo vino asociada a la percepción de la falta de retribución con las respuestas penales aplicadas a los adolescentes, vistas respecto de las penas para adultos.

"La ley en cuestión, en su art. 8º, prevé una serie de posibles condenas (las que son denominadas medidas): orientación y apoyo familiar, amonestación, imposición de reglas de conducta, trabajos comunitarios, libertad asistida e internamiento.

"Asimismo, el informe CRC/C/SLV/CO/3-4 del 17 de febrero de 2010, en sus puntos 87 y 88, indica que es preocupante:

"La falta de un sistema de justicia juvenil acorde con la Convención; (...) El enfoque represivo adoptado hasta la fecha por el Estado parte hacia la delincuencia juvenil, en particular contra las maras, y el consiguiente aumento del uso de la privación de libertad para los niños; (...) [y] La grave falta de medidas alternativas a la privación de libertad".

II.1.15. Granada

En un principio, lo que se pudo encontrar fue el informe del Comité de los Derechos del Niño. De los puntos 59 y 60 del informe CRC/C/GRD/CO/2 del 22 de junio de 2010, se indica que la edad mínima de responsabilidad penal es de 7 años (la más baja en todo el continente, y hasta donde se pudo investigar). Allí se indicó que la 'práctica judicial actual' consiste en no enviar a prisión a los menores de 16 años, pero que preocupa el hecho de que se encarcele a niños de entre 16 y 18 años y que no se los mantenga separados de los adultos. También que es inquietante que los castigos corporales continúen

formando parte del Cód. Penal y que no estén prohibidos explícitamente en el proyecto de ley de justicia juvenil.

Luego de una intensa búsqueda, se pudo dar con la ley de este país, la que resultó posterior al informe. En julio de 2012 se sancionó la ley 24 de 2012 denominada Ley de Justicia Juvenil **(30)** (en inglés, *Juvenile Justice Act*) **(31)**. De sus arts. 4º y 5º surge que los NNyA entre 12 y 18 años son responsables penalmente, sin diferencias en cuanto a su tratamiento o consecuencias legales.

Los arts. 52 en adelante tratan sobre la condena que se les puede aplicar. Más allá de algunos supuestos puntuales (como que la prisión domiciliaria no podría exceder los 3 años, conf. art. 60.1), se observó con perplejidad que no se expresaba un monto máximo de pena que podría ser impuesta. Esto se evidenciaba aún más en el art. 61.4 que específicamente trata la temática, pero sin definir un monto máximo de pena.

Ante la posibilidad de estar malinterpretando un texto legal extranjero, inicié una comunicación con las autoridades de ese país solicitando información, y realizando una serie de preguntas **(32)**. Afortunadamente, se recibió una respuesta de la Unidad de Redacción Legal del Ministerio de Asuntos Exteriores de Granada **(33)**. Allí me fue informado que la pena que se le impone a un NNyA de 12 a 18 años es la misma que impone su Código Criminal, con excepción de prisión perpetua, castigos corporales (azotes), y pena de muerte. Conforme ese código, el término máximo de privación de la libertad no puede exceder los 30 años (pena esperable como condena de ciertos delitos contra la integridad sexual). Aclaran que, conforme la ley antes analizada, la privación de la libertad debe aplicarse como una medida de último recurso, y se incentiva la aplicación de otro tipo de penalidades; y que su Corte Suprema no ha tratado el asunto.

Entiendo que el caso de Granada no se diferencia de otros casos analizados en este estudio en donde se aplica la misma pena a niños y adultos. En efecto, la no aplicación de la prisión perpetua, cadena de muerte y los azotes es insuficiente para afirmar que se le aplica un tratamiento diferente a niños y adultos si el resto de los máximos de pena se aplican a ambos sin modificaciones, y es posible la aplicación de una pena de 30 años contra NNyA. En otras palabras, la diferencia es poco menos que menospreciable.

A todo evento, aclaro nuevamente que se trata de una comparación legislativa y no jurisprudencial. No estoy observando cómo entienden los jueces de Granada su propia ley y/o cómo la aplican, sino que a nivel legislativo las consecuencias penales que pueden llegar a aplicarse en adultos y NNyA son equiparables, salvo unas pocas excepciones. Si la escala penal de todos los delitos que no involucren pena de muerte o prisión perpetua son las mismas, tenemos una enorme cantidad de delitos (la mayoría de ellos), en todas las legislaciones del mundo) cuyos máximos son exactamente iguales.

Por ello, concluyo que *Granada trata a los NNyA como si fueran adultos*, con las excepciones y consideraciones realizadas.

II.1.16. Guatemala

En Guatemala, el dec. 27/2003 (Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia) **(34)**, art. 252.b, impone un máximo de *6 años* para jóvenes entre 15 y 18 años, y de *2 años* para aquellos entre 12 y 15 años.

El art. 238 brinda una diversidad de condenas posibles (las que son denominadas sanciones):

(30) Traducción propia.

(31) Disponible en http://www.gov.gd/egov/docs/legislations/Juvenile-Justice-Act.pdf [consultado 30/05/2018].

(32) Este mismo contacto se intentó con otros casos en donde faltaba información. Sin embargo, fueron pocos los casos en que la respuesta fue positiva, como fue este caso y el de Brasil.

(33) Dejo expresada mi absoluta gratitud con este equipo que tuvo la amabilidad de responder al correo electrónico enviado, y permitió un mejor análisis del caso de Granada, sin la cual no se podría haber llegado al mismo nivel de profundidad sobre el entendimiento su legislación.

(34) Disponible en https://www.congreso.gob.gt/consulta-legislativa/decreto-detalle/?id=220 [consultado el 01/06/2018].

amonestación y advertencia, libertad asistida, trabajo comunitario, reparación del daño, orden de orientación y supervisión (prácticamente idéntico a la ley de Costa Rica), internamiento terapéutico para el tratamiento de adicciones, privación del permiso de conducir, privación de libertad domiciliaria, privación de la libertad durante el tiempo libre o los fines de semana, y privación de la libertad en centros especializados de cumplimiento en régimen abierto, semiabierto o cerrado

La exposición de motivos de dicha ley es escasa. No se puede sustraer de esta las razones que justifican dicho máximo, más allá de meros principios.

Los puntos 45 y 46 del informe CRC/C/GTM/CO/5-6 del 28 de febrero de 2018 hacen mención de asuntos relativos a las condiciones de detención y la necesidad de que la privación de la libertad sea una medida de último recurso y por el plazo más breve posible, entre otras.

II.1.17. Guyana

Si bien no ha sido posible encontrar la ley que regula el asunto en este país, de los puntos 61 y 62 del informa CRC/C/GUY/CO/2-4 del 18 de junio de 2013 se desprende que a partir de los 17 años pueden ser *tratados como adultos.* También se indica que la edad mínima de responsabilidad penal es 10 años, exhortándose a elevarla a un nivel internacionalmente aceptable.

II.1.18. Haití

Si bien no ha sido posible encontrar la ley que regula el asunto en este país, en los puntos 70 y 71 del informe CRC/C/HTI/CO/2-3 del 24 de febrero de 2016 se indica numerosos motivos por los cuales las leyes haitianas son contrarias a la CDN: 1) La edad para determinar si se aplica o no la legislación de menores es la edad a la que se juzga al menor infractor y no la edad en la que se cometió el delito; 2) no se establece expresamente una edad a partir de la cual se contrae la responsabilidad penal; 3) los NNyA de 16 a 18 años son imputados como si fueran adultos; entre otros. El Comité exhortó a la modificación de estas leyes.

II.1.19. Honduras

En Honduras, el dec. 73/96 (Código de la Niñez y la Adolescencia) **(35)**, art. 205 (modificado por dec. 35/2013), permite un máximo de *8 años* para jóvenes entre 16 y 18 años, un máximo de *5 años* para aquellos entre 14 y 15 años, y un máximo de *3 años* para aquellos entre 12 y 13 años.

La ley que modificó el máximo de pena a 8 años es muy similar al caso guatemalteco. La exposición de motivos es escasa, y no se puede sustraer las razones de la modificación, más allá de principios genéricos.

El art. 195 prevé una gran variedad de condenas posibles (las que son denominadas sanciones): amonestación, libertad asistida, trabajo comunitario, reparación del daño, orientación y supervisión (muy semejante a Costa Rica), prisión domiciliaria, régimen de semilibertad, y privación de la libertad en centros especializados.

Los puntos 83 y 84 del informe CRC/C/HND/CO/4-5 del 3/07/2015 indica que las decisiones judiciales utilizan un enfoque basado en el castigo con poca consideración de medidas sustitutivas, entre otras recomendaciones.

II.1.20. Jamaica

Si bien no ha sido posible encontrar la ley que regula el asunto en este país, en los puntos 64 y 65 del informe CRC/C/JAM/CO/3-4 del 10 de marzo de 2015 se indica que los NNyA pueden ser condenados a *prisión perpetua.*

II.1.21. México

La ley mexicana sobre el asunto fue modificada recientemente. La nueva "Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes" de junio de 2016 **(36)**, en su art. 164, repite el mismo texto del art. 37.b de la CDN indicando que "[e]l internamiento se utilizará como medida extrema y por el tiempo más bre-

(35) Disponible en http://www.poderjudicial.gob.hn/CEDIJ/Leyes/Paginas/Codigos.aspx [consultado 30/05/2018].

(36) Disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNSIJPA.pdf [consultado el 01/06/2018].

ve que proceda", y esto mismo indica la Constitución mexicana en su art. 18. También en ambos textos se indica que para el internamiento se debe tener como mínimo 14 años.

Como puede observarse, no se indica un plazo máximo de pena. Sin embargo, esto no puede interpretarse como un vacío legal. En realidad, México es un estado federal con un sistema más parecido al estadounidense que al argentino, dado que allí los códigos de fondo son dictados por las jurisdicciones 'provinciales' (allí denominadas 'estados'). Son estos códigos los que dictaminan el monto de las penas, siendo que esta ley en realidad funciona como forma de reconocimiento de derechos y garantías mínimas que las jurisdicciones pueden ampliar, pero no reducir **(37)**.

A nivel federal, sin embargo, es de aplicación la Ley Federal de Justicia para Adolescente, de diciembre de 2012 **(38)**, que en su art. 121 contempla un máximo de pena de *7 años* si el joven tiene entre 16 y 18 años, *y 5 años* para aquellos entre 14 y 16 años.

Los arts. 78 y ss. de esa ley prevén una amplia gama de posibles sanciones: medidas de orientación y protección, apercibimiento, libertad asistida, trabajos comunitarios, reparación del daño, limitación o prohibición de residencia, prohibición de relacionarse con determinadas personas, prohibición de asistir a determinados lugares, prohibición de conducir, obligación de escolarización o formación laboral, obligación de obtener trabajo, obligación de abstenerse a ingerir bebidas alcohólicas o estupefacientes, e internamiento (lo que nosotros denominamos prisión) que puede ser domiciliario, durante el tiempo libre o permanente.

Vale decir también que, en la exposición de motivos de la Ley Federal de Justicia para Adolescente, en su texto original, imponía una pena máxima de 5 años de prisión para jóvenes entre 16 y 18 años, siendo que al momento de ser debatida se aumentó dicho máximo a 7 años. La misma, después de explicar los motivos que justifican la sanción de esta ley en virtud del contexto social e histórico, realiza una enunciación de los principios que rigen el fuero, sin dar motivo concreto alguno por el monto de pena en cuestión.

Finalmente, en el informe CRC/C/MEX/CO/3 del 8 de junio de 2006 se desprende que en algunas jurisdicciones los NNyA podrían ser juzgados como adultos. Más recientemente, en el informe CRC/C/MEX/CO/4-5 del 3/07/2015 se indicó que preocupa:

"La falta de armonización de la legislación de justicia para adolescentes en todos los estados y el hecho de que las y los adolescentes *pueden ser sometidos a una pena de 5 a 20 años de prisión por el mismo delito, dependiendo del estado* en el que viven o en el que se llevó a cabo la comisión el delito **(39)** (el destacado me pertenece)".

II.1.22. Nicaragua

En Nicaragua, la ley 287 (Código de la Niñez y la Adolescencia) **(40)** del año 1998, art. 95 y 206, admite hasta *6 años* para NNyA entre 15 y 18 años, mientras que no es posible aplicar penas privativas de la libertad para NNyA entre 13 y 15 años.

Esta legislación también prevé una serie de condenas posibles (denominadas medidas): orientación y apoyo sociofamiliar, amonestación y advertencia, libertad asistida, trabajos comunitarios, reparación del daño, medidas de orientación y supervisión (a semejanza del modelo costarricense), y privación de la libertad que puede ser domiciliaria, durante el tiempo libre o en centros especializados.

Habiendo buscado exhaustivamente, no se pudo dar con la exposición de motivos de dicha

(37) Solo para ejemplificar mejor, el sistema sería similar al que acontece con la protección ambiental y el art. 41 de la CN, que indica que "[c]orresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales".

(38) Disponible en https://www.sspc.chiapas.gob.mx/leyes/federal/LEY_FEDERAL_DE_JUSTICIA_PARA_ADOLESCENTES.pdf [consultado el 01/06/2018].

(39) Curiosamente esta misma línea puede resumir la situación latinoamericana.

(40) Disponible en http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/($All)/9AB516E0945F3B6E062571A1004F4BDE?OpenDocument [consultado el 30/05/2018].

ley. Sin embargo, fue posible obtener el debate realizado en el parlamento nicaragüense respecto a esta ley, siendo que dicho artículo fue aprobado por unanimidad, sin discusión de su contenido.

Por parte de este país, he recibido colaboración de Juan Pablo Sánchez **(41)**. El mismo nos ha indicado que los máximos indicados son correctos, que en caso de concurso de delito no es posible aplicar una pena más grave que la antes indicada, y que en ninguna circunstancia es posible que un joven y un adulto sean condenados a la misma pena.

Los puntos 80 y 81 del informe CRC/C/NIC/CO/4 del 20 de octubre de 2010 indica la necesidad de aplicar medidas no privativas de la libertad, entre otras recomendaciones.

II.1.23. Panamá

En Panamá, la ley 40 de 1999 (Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia) **(42)**, art. 141 (modificado por Ley 6 de 2010), impone un máximo de pena de *12 años* para los NNyA entre 14 y 18 años.

Esta legislación también prevé una serie de posibles condenas (denominadas sanciones): amonestación, participación en programas de asistencia y orientación, trabajos comunitarios, reparación del daño, orden de orientación y supervisión (similar a su homónimo de Costa Rica), privación de la libertad domiciliaria, régimen de semilibertad y prisión en centro de cumplimiento.

El máximo de pena fue modificado en varias oportunidades. En un principio, la ley 40 de 1999, en su art. 141, imponía un máximo de pena de 5 años. Asimismo, se indicaba que solo se podría aplicar la prisión en régimen cerrado si el delito fuera "homicidio doloso, violación, secuestro, robo, tráfico de drogas y terrorismo", o bien cuando "el adolescente o la adolescente haya incumplido injustificadamente las sanciones socioeducativas o las órdenes de orientación y supervisión, que le fueran impuestas". Para este último caso, la pena máxima era de 4 meses.

Este máximo fue aumentado por la ley 46 de 2003 a 7 años para los delitos de "homicidio doloso, violación sexual y tráfico ilícito de drogas", manteniéndose igual en el resto de los casos.

Finalmente, la ley 6 de 2010 modificó sustancialmente este artículo, permitiendo una pena máxima de 12 años en caso de homicidio agravado. Incluyó un catálogo de penas máximas según el delito que se le atribuyese. Para el caso de incumplimiento injustificado de sanciones socioeducativas, impuso una pena máxima de 8 meses.

Lamentablemente, solo se ha podido dar con la Exposición de Motivos de la ley 40 de 1990, mas no con sus ulteriores reformas.

Entre sus fundamentos destacamos como interesante la mención al fin de la pena juvenil que establece dicha ley:

"De este modo también quedaría claro que el activismo judicial no va encaminado a perseguir ni a castigar a delincuentes juveniles, lo cual es propio de las anacrónicas y superadas teorías acerca del sujeto peligroso, sino que de lo que se trata es de perseguir, sancionar y prevenir el acto infractor.

"(...) [U]na amplia gama de sanciones, concebidas con la finalidad de lograr la resocialización de los infractores y prevenir la reincidencia de conductas potables, con la participación de la familia y la comunidad, en las que la privación de libertad es una medida excepcional aplicable a casos taxativamente especificados".

Sin embargo, esta exposición de motivos tampoco hace mención a un parámetro específico que justifique ese monto de pena.

El art. 7º de la ley 40 indica que la Ley Penal Juvenil es aplicable a aquellas personas que cometieron un delito con menos de 18 años al momento del acto, y luego se reitera al indicar que

(41) Asesor Jurídico Experto en Justicia Juvenil Restaurativa en la Fundación Internacional Suiza Terre des hommes - Lausanne (Delegación Nicaragua, Centroamérica y El Caribe), ex-Juez Penal de Distrito de Adolescentes en Managua, Experto en Derechos Humanos de Niñez y Adolescencia por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

(42) Disponible en http://www.asamblea.gob.pa/legispan-2/ [consultado el 30/05/2018]

es aplicable a los adultos cuando el acto fue cometido con menos de 18 años.

Finalmente, los puntos 39 y 40 del informe CRC/C/NIC/CO/4 del 28 de febrero de 2018 indican la necesidad de elevar a edad mínima de responsabilidad penal hasta un nivel aceptado internacionalmente, y que se vele por que la detención se use como medida de último recurso y por un período de tiempo lo más breve posible, y que se examine de manera periódica con miras a revocarla, entre otras recomendaciones.

II.1.24. Paraguay

En Paraguay, la ley 1680/2001 **(43)** (Código de la Niñez y la Adolescencia), art. 207, impone un máximo de *8 años* para los NNyA entre 14 y 18 años.

Los arts. 200 y ss. de esta ley disponen una variedad de posibles condenas (denominadas medidas socio-educativas, correccionales o privativas de la libertad): residir en determinado lugar, vivir con una determinada familia u hogar, aceptar un determinado lugar de formación de trabajo, realizar determinados trabajos, someterse al apoyo y a la supervisión de determinada persona, asistir a programas educativos y de entrenamiento social, reparar el daño, tratar de reconciliarse con la víctima, evitar la compañía de determinadas personas, asistir a cursos de conducción, someterse a un tratamiento médico social por un especialista o un programa de desintoxicación, la amonestación, imposición de obligaciones (pedido de disculpas a la víctima, donaciones, etc.), y la privación de la libertad.

Por parte de este país, hemos recibido colaboración de Mario Camilo Torres Leguizamón **(44)**. El mismo nos ha indicado que los máximos indicados son correctos, *que el concurso de delitos está prohibido para adolescentes* en Paraguay, por lo que se le puede aplicar hasta la pena mayor del delito más grave, y que en ninguna circunstancia es posible que un joven y un adulto sean condenados a la misma pena. Se realizó una búsqueda exhaustiva de la exposición de motivos de dicha ley, sin poder dar con la misma.

Los puntos 76 y 77 del informe CRC/C/PRY/CO/3 del 10 de febrero de 2010 indican la necesidad de aplicar medidas distintas de la privación de libertad, como la libertad condicional, la mediación, los servicios a la comunidad o la suspensión de la ejecución de la pena; y que se asegure de que la pena de privación de libertad se aplique tan solo como medida de último recurso por el período más breve que proceda y se revise periódicamente; entre otras recomendaciones.

II.1.25. Perú

En Perú, la ley 27.337 (Código de los Niños y Adolescentes) **(45)**, art. 235, pena con un máximo de *10 años* para NNyA entre 16 y 18 años, *y de 8 años* para NNyA entre 14 y 16 años (modificado por el decreto Legislativo 1204 del 23 de septiembre de 2015) **(46)**.

En este país también hay una gran variedad posible de condenas (también denominadas medidas): amonestación, trabajos comunitarios, mandatos y prohibiciones (reglas de conducta), libertad asistida, libertad restringida, e internación (que nosotros denominaríamos prisión).

Por parte de este país, hemos recibido colaboración de María Consuelo Barletta **(47)**. La misma ha indicado que los máximos son correctos, que en caso de concurso de delito no es posible aplicar una pena más grave que la antes indicada,

(43) Disponible en http://www.csj.gov.py/cache/lederes/G-105-04062001-L-1680-1.pdf [consultado el 31/05/2018]

(44) Juez del Juzgado de Primera Instancia en lo Penal de la Adolescencia de Lambaré, y especialista en la temática penal juvenil paraguaya.

(45) Disponible en https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dgnna/Codigo_Ninos_Adolescentes.pdf [consultado 31/05/2018].

(46) Disponible en http://www.elperuano.com.pe/NormasElperuano/2015/09/23/1290959-4.html [consultado el 31/05/2018].

(47) Abogada experta en la temática penal juvenil (Catedrática Universitaria de dicha especialidad en la Pontificia Universidad Católica del Perú), consultora para el Poder Judicial, UNICEF, y muchos otros organismos internacionales, coordinadora del Programa Internacional "Niñez sin Rejas".

y que en ninguna circunstancia es posible que un joven y un adulto sean condenados a la misma pena, aunque pueden darse casos de penas similares en infracciones leves. Se realizó una búsqueda exhaustiva de la exposición de motivos de dicha ley, sin poder dar con la misma.

Los puntos 70 y 71 del informe CRC/C/PER/CO/4-5 del 2 de marzo de 2016 son especialmente duros con Perú. Allí se indica que la última modificación se basa en un enfoque punitivo y, entre otras cosas, aumenta las penas por los delitos graves; limita las debidas garantías procesales; establece excepciones respecto de la prohibición del aislamiento; aumenta la duración de la prisión preventiva, entre otros asuntos. Asimismo, indica que le preocupa la utilización insuficiente de medidas alternativas no privativas de libertad y el recurso excesivo al encarcelamiento. Por ello, el Comité indicó que Perú debe (es muy inusual que se utilice esta palabra) derogar urgentemente el dec. legislativo 1204, y promover siempre que sea posible medidas extrajudiciales y alternativas al encarcelamiento, como la libertad vigilada, la mediación, la asistencia psicológica o el servicio a la comunidad, y asegurarse de que el encarcelamiento se utiliza como último recurso y durante el período más breve posible; y que la situación de los niños encarcelados se examina periódicamente con miras a su excarcelación.

Como dato relevante, debo remarcar el art. 239 de la legislación antes citada indica que, si una persona que fuera NNyA debiera ser trasladada de su lugar de alojamiento por haber alcanzado la mayoría de edad, será alojado a un establecimiento penitenciario, pero no podrá estar en compañía de personas que fueran condenadas por delitos cometidos siendo adultos. Además, deberá garantizarse que el tratamiento individualizado que le corresponde a un NNyA.

II.1.26. República Dominicana

En República Dominicana, la ley 136-03 (Código para la Protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes) **(48)**, art. 340 (modificado por la ley 106-13), impone un máximo de *8 años* para jóvenes entre 16 y 18 años, *y hasta 5 años* para aquellos entre 13 y 15 años. No se pudo dar con su exposición de motivos.

Al igual que en muchas otras legislaciones ya mencionadas, el art. 327 de esta ley también posee una serie de posibles condenadas (denominadas sanciones): amonestación y advertencia, Libertad asistida con asistencia obligatoria a programas de atención integral, trabajos comunitarios, reparación del daño, orden de orientación y supervisión (a la semejanza que el caso de Costa Rica), y la privación de la liberad que puede ser domiciliaria, durante el tiempo libre o semilibertad, o en centros especializados.

También es destacable que el art. 350 de esa ley indica que los derechos y principios establecidos en ese Código se aplicarán a las personas jóvenes que hayan alcanzado la mayoría de edad y se encuentren cumpliendo la sanción impuesta, igualmente a los que sean sancionados después de haber cumplido la mayoridad penal, por delitos cometidos mientras eran menores de edad

Los puntos 71 y 72 del informe CRC/C/DOM/CO/3-5 del 6 de marzo de 2015 indican la necesidad de establecer y aplicar un sistema efectivo de medidas sustitutivas de la privación de libertad, como la remisión, la libertad vigilada, la mediación, el asesoramiento y los servicios a la comunidad, y vele por que la privación de la libertad se utilice como medida de último recurso, tenga la duración más corta posible y se revise periódicamente con miras a retirarla.

II.1.27. San Cristóbal y Nieves

A pesar de las exhaustivas búsquedas realizadas, no ha sido posible encontrar la ley o decreto que regula el asunto. En este caso, el informe CRC/C/15/Add.104 es el más reciente que haya hecho el Comité, siendo que data del 24 de agosto de 1999, y el mismo no brinda datos que sean de utilidad para la tesis.

II.1.28. San Vicente y las Granadinas

Si bien no ha sido posible encontrar la ley que regula el asunto en este país, en los puntos 64 y 65 del informe CRC/C/VCT/CO/2-3 del 13 de

(48) Disponible en http://www.consultoria.gov.do/consulta/ [consultado el 31/05/2018]. Se debe ingresar el número de la ley tal como fue mencionado anteriormente.

marzo de 2017 se indica que la edad mínima de responsabilidad penal es de 8 años (considerando que no cumple con los estándares internaciones), que los NNyA de 16 y 17 años pueden ser *tratados como adultos* y puede imponérseles penas de detención por un período indeterminado "a discreción de Su Majestad", y que *se permiten los azotes* a los NNyA declarados culpables, entre otras muchas situaciones descriptas.

II.1.29. Santa Lucía

Si bien no ha sido posible encontrar la ley que regula el asunto en este país, de los puntos 62 y 63 del informe CRC/C/LCA/CO/2-4 del 8/07/2014, se desprende que en este los NNyA de 16 a 18 años pueden ser condenados como adultos a la pena de prisión perpetua, y hasta *pena de muerte*; y que la edad de responsabilidad penal, que actualmente es de 12 años, no está claramente establecida en las leyes pertinentes.

II.1.30. Suriname

Si bien no ha sido posible encontrar la ley que regula el asunto en este país, del punto 69 del informe CRC/C/SUR/CO/2 del 18 de junio de 2007 se desprende que en este país las personas mayores de 16 años pueden ser *tratadas como adultos*. Más recientemente, se realizó el informe CRC/C/SUR/CO/3-4 del 9 de noviembre de 2016. Sin embargo, el mismo no menciona el tema antes indicado.

II.1.31. Trinidad y Tobago

Si bien no ha sido posible encontrar la ley que regula el asunto en este país, del punto 73 del informe CRC/C/TTO/CO/2 del 17 de marzo de 2006 se desprende que en este país los jóvenes pueden ser condenados a *prisión perpetua*.

II.1.32. Uruguay

En Uruguay, la ley 17.823 (Código de la Niñez y la Adolescencia) **(49)**, art. 91, permite hasta *5 años* para aquellos entre 13 y 18 años.

(49) Disponible en https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/leyes [consultado el 31/05/2018], debiéndose ingresar el número de la ley antes indicado.

También esta legislación en sus arts. 80 y ss. prevé una serie de posibles condenas (denominadas medidas): advertencia, amonestación, orientación y apoyo (mediante la incorporación a un programa socioeducativo), observancia de reglas de conducta (como prohibición de asistir a determinados lugares o espectáculos), trabajos comunitarios, reparación del daño, prohibición de conducir, libertad asistida, libertad vigilada, régimen de semilibertad y privación de la libertad.

Por parte de este país, he recibido colaboración de Javier Palummo **(50)**. El mismo ha indicado que los máximos indicados son correctos, que en caso de concurso de delito no es posible aplicar una pena más grave que la antes indicada, y que en ninguna circunstancia es posible que un joven y un adulto sean condenados a la misma pena.

Respecto la exposición de motivos, el caso uruguayo resulta ingratamente sorprendente. Siendo que la ley que regula el asunto es el "Código de la Niñez y la Adolescencia" no se comprende cómo la exposición de motivos que justifica no solo asuntos penales, sino civiles y de toda índole, es fundamentado en una página. No se pueden extraer las razones que justifican dicho máximo.

Los puntos 69 a 73 del informe CRC/C/URY/CO/3-5 del 5 de marzo de 2015 indican preocupación por el excesivo recurso a la privación de libertad, tanto como medida preventiva como punitiva, y la prolongación de la duración de la prisión preventiva; y el escaso uso de las medidas alternativas a la privación de libertad.

II.1.33. Venezuela

En Venezuela, la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente o LOPNNA (Gaceta Oficial extraordinaria 5859 del 10 de di-

(50) Abogado doctorado en Derecho y Ciencias Sociales, Derecho Humanos, Derechos de la Infancia y Adolescencia, Genero y Generaciones, Justicia y Seguridad Ciudadana (Universidad de la República) siendo una eminencia en la temática pena juvenil, desempeñándose como consultor en diversos organismos internacionales (CIDH, PNUD, OIT, BID, entre otros), y miembro de la Fundación Justicia y Derecho

ciembre de 2007) **(51)**, art. 628 (modificado por la Gaceta Oficial extraordinaria 6185 del 8 de junio de 2015) **(52)**, admite hasta *10 años* para NNyA entre 14 y 18 años.

Esta legislación, en su art. 620, también prevé una serie de posibles condenas (denominadas medidas): amonestación, imposición de reglas de conducta, trabajos comunitarios, libertad asistida, semilibertad y privación de la libertad.

La Exposición de Motivos llega a justificar someramente la imposición de penas privativas de la libertad, pero no da razones objetivas que justifiquen los máximos dispuestos. Así, en su parte pertinente, dice:

"La privación de libertad se admite como sanción únicamente cuando el adolescente haya resultado culpable de uno o varios de los hechos punibles taxativamente dispuestos que son, por regla general, los de mayor significación social, por sus resultados, por la violencia que les es intrínseca o por la generalización del fenómeno y su vinculación con el crinen organizado; o cuando fuere reincidente y el hecho punible objeto de la nueva sanción, se prevea en la legislación ordinaria pena privativa de libertad, que en su límite máximo sea igual o mayor a cinco años; o cuando incumpliere injustificadamente otra sanción que le haya sido impuesta, caso en el cual se considera su internamiento como un presupuesto necesario para un programa socioeducativo eficaz.

"Se regula además con la mayor precisión el lapso mínimo y máximo que puede durar la privación de libertad según la edad del adolescente, los distintos supuestos de procedencia de esta sanción y se agrega que en ningún caso podrá imponerse al adolescente un lapso de privación de libertad mayor al límite mínimo de pena establecido en la Ley penal para el hecho punible correspondiente. Esto, sumado a que el lapso máximo por el que puede privarse su libertad a un adolescente mayor de catorce años es de cinco años, y de dos en caso de que tengan menos edad, da cuenta del absoluto respeto a la concepción de que se trata de una responsabilidad penal especialmente atenuada y que la privación de libertad como medida sancionatoria excepcional, solo es procedente en casos muy graves y como sustrato para la aplicación de un programa acorde con el objetivo pedagógico de la sanción".

Los puntos 74 y 75 del informe CRC/C/VEN/CO/3-5 del 13 de octubre de 2014 expresan preocupación por la reforma legislativa, atento a que se duplicó el máximo de pena previsto para NNyA, e instó al Estado a que la reclusión de niños, niñas y adolescentes solo se utilice como último recurso y durante un plazo lo más breve posible y que se revise de manera periódica con miras a su levantamiento, entre otras recomendaciones.

II.2. Otros países

Desde esta tesis se tomó contacto con una destacada jurista de Francia, la que informó brevemente sobre la situación allí, lo que se deja constancia.

Asimismo, y si bien no ratificó la CDN, se decidió analizar la situación particular de Estados Unidos. Para ello, se analizan tres *leading case* de la Corte Suprema estadounidense en donde se trató si un NNyA puede ser condenado a muerte o a prisión perpetua, siendo que en ambos casos la respuesta fue negativa.

II.2.a. Francia

Se pudo mantener contacto con la Dra. Zunilda Carvajal Del Mar **(53)**, quien indicó que allí los NNyA pueden ser condenados hasta la mitad de pena que la que le corresponde a un adulto. Así, y siendo que en Francia la pena máxima para un adulto es de 30 años de prisión, para un joven lo es de 15 años. También indicó que, por regla general, las escalas penales francesas no tienen mínimos legales, sino exclusivamente máximos (tanto para adultos como para NNyA).

(51) Disponible en https://www.unicef.org/venezuela/spanish/LOPNA20Reformada202007b.pdf [consultado el 31/05/2018].

(52) Disponible en http://www.riejoven.org.ve/wp-content/uploads/2015/06/Reforma-Penal-de-la-LOPNNA-6.185.pdf [consulado el 31/05/2018].

(53) Doctorada en la Université Paris X Nanterre, y jueza penal de ese país.

Sin embargo, la ley 2016-1547 del 18 de noviembre de 2016 modificó esa situación, siendo que en la actualidad la pena máxima asciende a *20 años de prisión* para un NNyA de 14 a 18 años, aunque se mantiene que debe ser la mitad que la que le corresponde a un adulto. Todo esto, conforme el art. 20-2 de la Ordenanza 45-174 **(54)**.

II.2.b. Estados Unidos

Investigar respecto de cómo la legislación estadounidense trata la temática legal juvenil es realmente complejo. Y es que, no solo Estados Unidos está compuesto por 50 jurisdicciones (o estados) cada una con un código penal diferente, sino que además no ha ratificado la CDN, por lo que, en principio, no hay punto legislativo que permita una comparación como la realizada con el resto de los países aquí estudiados.

Más allá de todas esas dificultades, entiendo que sí resulta relevante para esta tesis analizar ciertos casos de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos (en adelante, SCOTUS) en los que se han decidido asuntos relativos al Derecho Penal Juvenil. Concretamente, me estoy refiriendo a los *leading case* "Roper c. Simmons" del año 2005 (que revirtió lo resuelto en "Stanford c. Kentucky" del año 1989) en donde resolvió que a un NNyA no se le puede aplicar la pena de muerte; "Graham c. Florida" del año 2010, en donde resolvió que no es posible aplicar la pena de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación (en adelante, prisión perpetua efectiva) contra personas con menos de 18 años por delitos que no homicidas; y "Miller c. Alabama" del 2012, en donde se resolvió que la prisión perpetua efectiva forzosa no es aplicable en ningún caso en que se vea involucrado un NNyA.

II.2.b.1. "Roper c. Simmons"

En el año 1993, en la ciudad de Fenton, condado de Saint Louis, estado de Missouri, Christopher Simmons, de 17 años, junto con sus amigos Charles Benjamin y John Tessmer, de 15 y 16 años respectivamente, planearon entrar a la casa de Shirley Crook y matarla. En horas de la mañana del 9 de septiembre se encontraron los tres para perpetrar el acto, sin embargo, John Tessmer se retractó y se fue del lugar (se lo acusó de "conspiración", pero luego se retiró la acusación a cambio de su testimonio). Los otros dos entraron a la casa de la víctima, la ataron, la llevaron a un puente y la arrojaron desde allí.

Ese mismo día, a la tarde, el esposo de la víctima reportó su desaparición, y luego se dio con su cadáver. Mientras tanto, Simmons estaba alardeando de lo que había hecho, diciendo a sus amigos que la había matado porque "esa perra vio mi cara".

Luego de ser arrestado, y de dos horas de interrogatorio, Simmons reconoció su culpabilidad, y aceptó realizar un video de reconstrucción de la escena del crimen. Fue llevado a juicio como un adulto (*trial as an adult*).

Llegado el juicio por jurados, la evidencia era abrumadora. La confesión, el video de la reconstrucción del hecho y el testimonio de su amigo Tessmer que probaba la premeditación no dejaban lugar a duda. Incluso considerando factores mitigantes (carencia de antecedentes penales, contención familiar y su edad) el jurado recomendó la pena de muerte, la que fue impuesta por el juez. Es necesario mencionar que, durante su alegato final y rebatiendo uno de los argumentos de la Defensa, el Fiscal consideró la juventud del imputado como un elemento que no podría ser considerado como un factor mitigante sino, muy por el contrario, un elemento que provocaba temor.

Desde el caso "Stanford c. Kentucky" del año 1989, la SCOTUS tenía indicado que no había consenso nacional en contra de la ejecución de jóvenes adultos que tenían 16 o 17 años al momento del crimen y, en consecuencia, ejecutarlos no era un castigo cruel o inusuales (también traducible como "en desuso" o "extraordinarias"), de conformidad con la Octava Enmienda a la Constitución americana **(55)**. La doctrina del "consenso nacional" de la SCOTUS indica

(54) Disponible en https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006069158 [consultado el 01/06/2018].

(55) La misma dice: "Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted", lo que se puede traducir de la siguiente manera: "No se exigirán fianzas excesivas, ni se impondrán multas excesivas, ni se infligirán penas crueles e inusuales".

que para interpretar la Octava Enmienda dicha Corte considera la legislación estadual y federal para determinar si existe consenso entre todas ellas en contra de la implementación de una determinada forma de condena (White, 2012). También debe considerársela Decimocuarta Enmienda, ya que esta provoca que la Octava sea aplicable a todos los estados, y no solo al gobierno federal. Asimismo, la SCOTUS tenía dicho en el caso "Thompson c. Oklahoma" del año 1988 que la pena de muerte era inaplicable a las personas menores de 16 años, por los mismos motivos.

Luego de una serie de recursos y diversas maniobras legales, el caso llegó a la Suprema Corte de Missouri en el año 2002. Teniendo en cuenta el *leading case* "Atkins c. Virginia" de la SCOTUS, en el que se estableció que la pena de muerte no era aplicable a personas con discapacidad mental, la Suprema Corte de Missouri estableció que, habiendo pasado una década desde el caso Standford, se ha desarrollado un consenso nacional en contra de la ejecución de jóvenes, dado que 18 estados prohíben la ejecución de jóvenes, 12 estados prohíben cualquier ejecución, ningún estado ha modificado sus leyes para permitir la ejecución de jóvenes desde Standford, y que 5 estados por ley o jurisprudencia han establecido la edad de 18 como mínima para la pena de muerte. Finalmente, condenó a Simmons a la pena de prisión perpetua, sin posibilidad de libertad **(56)** salvo por voluntad del Gobernador.

El estado de Missouri apeló esa decisión, y se aceptó el *certiorari*. En el año 2005, con 5 votos a favor y 3 votos en contra, la SCOTUS falló a favor de Simmons y confirmó la sentencia apelada, indicando que la Octava y la Decimocuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos prohíben la imposición de la pena de muerte para aquellos que tenían menos de 18 años al momento de la comisión del hecho **(57)**. Cabe agregar que desde el año 1976 hasta esta resolución de la Corte, habría habido 22 ejecuciones en Estados Unidos contra jóvenes, 13 de las cuales habrían sido en el estado de Texas.

El voto mayoritario afirma que la Octava enmienda brinda el derecho de no ser sujeto a una sanción excesiva, reafirmando el deber de respetar la dignidad humana. La prohibición contra penas crueles o inusuales, como otros vocablos amplios de la Constitución estadounidense deben ser interpretados de acuerdo con su texto y considerando historia, tradición, precedentes, y el propósito e intensión del diseño constitucional. Para implementar esta estructura, se afirmó la necesidad de estándares evolutivos que marquen el progreso de una sociedad en proceso de madurez.

Continúa analizando diversos antecedentes, entre lo que se destaca que "Thompson c. Oklahoma", "Stanford c. Kentucky", "Penry c. Lynaugh"**(58)** y "Atkins c. Virginia", indicando que, así como en "Atkins" se volvió a analizar la doctrina expuesta en "Penry", debían ahora volver a analizar lo resuelto en "Stanford". En esta línea, se afirma que este caso es asimilable al caso "Atkins" dado que en ambos se observa suficiente evidencia como para afirmar que existe consenso nacional en contra de la aplicación de la pena de muerte a persones de menos de 18 años.

Seguidamente, el voto se dedica a analizar en cuantos estados existe la posibilidad de aplicar este castigo, cuán frecuente es, y la tendencia existente hacia la abolición, considerando que los cambios acontecidos desde el caso "Stanford" son suficientes como para afirmar que se trata de un castigo inusual, y que existen evidencias suficientes para afirmar que la sociedad estadounidense ve a los jóvenes como menos responsables penalmente que un criminal corriente.

Se afirma que la pena capital debe estar limitada a aquellos que hayan cometido una limitada categoría de los crímenes más serios y aquellos con un grado de culpabilidad extremo que los hace merecedores de la ejecución. Hay

(56) "Probation, parole, or release".

(57) El voto mayoritario fue realizado por el juez Kennedy, el que fue secundado por Stevens, Souter, Ginsburg, Breyer. Stevens y Ginsburg hicieron un voto concurrente. O'Connor dio un voto disidente, y Scalia junto con Rehnquist y Thomas dieron otro voto disidente.

(58) En este antecedente del año 1989 (resuelto el mismo día que "Stanford c. Kentucky") se permitía la aplicación de la pena de muerte contra personas con discapacidad mental.

algunos crímenes cuya severidad esta fuera de duda y, aun así, la pena de muerte no debe ser impuesta. Tal fue el caso de las personas menores de 16 años y aquellos con discapacidad mental, sin importar cual fuera el crimen.

Se remarca que existen tres diferencias generales entre jóvenes de menos de 18 años y los adulos que no permiten afirmar con fiabilidad que los jóvenes pueden ser considerados como los peores criminales. El primero es su falta de madurez y su no desarrollado sentido de la responsabilidad, lo que provoca acciones y decisiones impulsivas y apresuradas o poco meditadas. El segundo es su mayor vulnerabilidad o susceptibilidad a influencias negativas y presiones externas, incluidas la presión que ejercen los pares, teniendo menos control o menos experiencia con el control sobre su propio entorno. El tercero es que su carácter no esta tan desarrollado como el de un adulto, siendo que sus características personales son más transitorias y menos inamovibles. Se concluye que estas diferencias con los adultos impiden que sean considerados como los peores criminales. La susceptibilidad de los jóvenes a comportamientos inmaduros o irresponsables significa que dichos comportamientos no puedan ser moralmente reprendidos como el de un adulto. Su propia vulnerabilidad y falta comparativa de control sobre su entorno inmediato implica que los jóvenes tienen un mayor derecho que los adultos a ser perdonados por fallar en escapar las influencias negativas de su propio ambiente.

Desde un punto de vista moral, sería equivocado igualar las fallas de un joven con las de un adulto, por la mayor posibilidad de corrección de las cualidades deficientes del joven. La minoría de edad es un factor mitigante en tanto las cualidades del joven son transitorias pudiendo sus actos impulsivos o imprudentes disminuir con los años.

Luego, también afirman que estos factores hacen dudar que tan disuasivo para los jóvenes el hecho de que se les pueda aplicar la pena de muerte (siendo este uno de los principales motivos que la justifican). Afirman que los jóvenes no realizan un correcto análisis de costo-beneficio, o bien, que tal accionar es tan remoto que es virtualmente inexistente. Ante la posibilidad de que la pena de muerta tenga algún efecto disuasivo en jóvenes, indican que la pena de prisión perpetua sin posibilidad de libertad ulterior es una sanción lo suficientemente severa, en particular para este grupo etario.

Más adelante tratan uno de los argumentos centrales de uno de los *amici curiae* presentados ante ese tribunal, en el que indican que podría ocurrir algún caso en el que un joven tenga la suficiente madurez psicológica y demuestre suficiente depravación para merecer una pena de muerte, por lo que sería arbitrario e innecesario establecer una regla general, sino que debería analizarse caso por caso, y dejar la decisión sobre la pena de muerte a los jurados. El voto mayoritario disiente con tal criterio al indicar que las diferencias entre jóvenes y adultos son demasiado marcadas y bien conocidas como para arriesgarse a permitir que un joven reciba una pena de muerte a pesar de su culpabilidad disminuida. Toman por ejemplo el presente caso, en donde la minoría de edad fue desechada por el Fiscal como un factor de mitigación de la pena, y fue utilizada en contra del propio joven, lo que no puede ser pasada por alto. También indican que los expertos en psicología tienen dificultades en distinguir entre los jóvenes cuyos crímenes reflejan un desafortunada pero transitoria inmadurez y aquellos que raros casos cuyos crímenes reflejan una corrupción irreparable, por lo que tal situación no puede dejarse en consideración de los jurados quienes menos aún podrían determinar esa diferencia.

De alguna manera, expresan que cualquier línea que se trace siempre será arbitraria, ya sea a los 16 o a los 18, ya que el grado de madurez depende de cada persona. Sin embargo, trazar una línea es necesario por las razones antes analizadas.

Otro argumento tomado en cuenta, sorprendentemente, es que Estados Unidos es el único país del mundo que permitía, para ese entonces, la pena de muerte contra personas menores de edad, por lo que tal castigo resulta ser desproporcionado. Al respecto, se indicó que esa Corte, desde la década de 1950, ha tomado en cuenta las leyes de otros países y de las autoridades internacionales como instructivas para interpretar la Octava Enmienda en su prohibición a las penas crueles o inusuales. Así, toman en cuenta un gran número de *amici curiae*

que enfatizaron en que la CDN prohíbe esa penalidad, destacando que todos los países del mundo la ratificaron, menos Estados Unidos y Somalia (por ese entonces), sin que haya habido un país que haya hecho una reserva al respecto; y que otros instrumentos internacionales mantienen la misma prohibición. En resumen, Estados Unidos resultaba ser el único país del mundo que mantenía esa pena.

Por todo esto, la opinión mayoritaria de la Corte votó a favor de la abolición de la pena de muerte contra personas menores de 18 años.

La opinión de los jueces disidentes, si bien puede resultar de interés histórico, carece de pertinencia para lo que se pretende desarrollar en esta tesis en tanto el principal asunto que atendieron en este caso fue contradecir la existencia de un "consenso nacional" en Estados Unidos en contra de la pena de muerte contra jóvenes (tema absolutamente tangencial), y restarle valor al resto de los argumentos expuestos por la mayoría (como la irrelevancia de las leyes, doctrina o jurisprudencia extranjera).

II.2.b.2. "Graham c. Florida"

Terrance Jamar Graham nació el 6 de enero de 1987. Sus padres eran adictos al *crack*, y el uso de esta droga persistió en los primeros años de vida de Graham. En la escuela elemental le fue diagnosticado trastorno por déficit de atención con hiperactividad. Comenzó el consumo de tabaco a la edad de 9 años y marihuana a los 13.

En julio del año 2003, a los 16 años, junto con otros 3 jóvenes de su edad intentaron robar un restaurante en Jacksonville, Florida, mediante el uso de armas. Uno de los jóvenes, que trabajaba como empleado del local, dejó la puerta sin llave justo antes del cierre. Luego, usando unas máscaras, Graham y otro de ellos entró allí y golpeó dos veces al gerente con una barra de metal en la parte trasera de la cabeza. Cuando el gerente comenzó a gritarles, los jóvenes escaparon en un auto conducido por otro de los cómplices. El gerente necesitó puntos de sutura por su herida. No hubo dinero robado. Graham fue arrestado por este hecho.

En ese momento en Florida era facultad exclusiva del Fiscal decidir si se lo acusa como niño o como adulto, siendo que esta última fue la modalidad elegida. Así las cosas, la penalidad que podía serle impuesta ascendía hasta prisión perpetua sin posibilidad de libertad condicional (es decir, prisión perpetua efectiva) solamente por el crimen de "robo en primer grado"**(59)** [en el caso, el tipo penal podría ser descripto como robo armado en el que se entró a una propiedad ilegalmente y en el que se produjo un ataque o agresión con lesiones a la víctima **(60)**], aunque también fue acusado de "robo en segundo grado"**(61)** (igual al anterior, pero en grado de tentativa), cuya pena ascendía hasta 15 años.

Graham realizó lo que aquí denominaríamos un juicio abreviado **(62)** por la pena de tres años de *probation* **(63)**. Se requirió que el primer año de su condena fuera dentro de la cárcel, pero atento al tiempo que estuvo detenido a la espera del juicio fue liberado pocos días después del acuerdo, el 25 de junio de 2004.

Poco menos de seis meses después de ello, el 2 de diciembre de 2004, Graham fue arrestado nuevamente. Se lo acusó de que ese día a la tarde participó de un robo en el que se ingresó ilegalmente a una vivienda **(64)** junto a dos cómplices, Meigo Bailey y Kirkland Lawrence, ambos de 20 años. Los tres entraron en la casa de Carlos Rodriguez, primero golpeando la puerta y luego ingresando violentamente y apuntando al pecho de la víctima. Durante los siguientes 30 minutos saquearon la casa mientras tenían a Rodriguez y a un amigo de él a punta de pistola. Antes de irse, los encerraron en un closet. Luego

(59) "First-degree felony". Traducción propia.

(60) "Armed burglary with assault or battery". Traducción propia.

(61) "Second-degree felony". Traducción propia.

(62) "Plea agreement". No se trata de una traducción, sino una adaptación del término a lo que se permite en nuestro sistema procesal. Las diferencias entre ambos institutos se encuentran por fuera del objeto a investigar.

(63) En inglés se utiliza la misma locución latina. Sin embargo, el lector podrá darse cuenta a primera vista que el instituto de la suspensión de juicio a prueba (o la pena de ejecución condicional) resulta ser diferente al aquí planteado. Nuevamente debo expresar que las diferencias entre ambos institutos se encuentran por fuera del objeto a investigar.

(64) "Home invasion robbery". Traducción propia.

de ese episodio, los tres intentaron un segundo robo en el que Baley fue herido de bala. Graham llevó a Baley al hospital dejándolo con Lawrence. Mientras se iba un policía le dio la señal de alto, pero él continuó a gran velocidad hasta que se estrelló con un poste telefónico. Trató de huir a pie, pero fue detenido. En el interrogatorio policial confesó su accionar.

Fue condenado por dichos delitos, y también lo fue por haber violado su *probation*. Bajo las leyes de Florida, la pena mínima era 5 años de prisión y la máxima era prisión perpetua efectiva. El Departamento Correccional de Florida recomendó una pena aún menor, de 4 años, mientras que el Estado solicitó una pena de 30 años por el primer crimen y 15 por el segundo.

Los jueces que lo condenaron indicaron que se le había dado una oportunidad para hacer algo con su vida y que sin embargo la desperdició. Por eso, y dado que ya no pueden hacer nada para ayudarlo a modificar su accionar, entonces deben pensar en el resto de la sociedad y protegerla de él. De esta manera, justificaron la pena de prisión perpetua efectiva (en Florida esta pena en ningún caso permite la libertad condicional, salvo por clemencia del gobernador).

La sentencia fue recurrida por ser considerada violatoria de la octava enmienda. Sin embargo, la Corte de Apelaciones del Primer Distrito de Florida concluyó que la sentencia no fue groseramente desmesurada en relación con el crimen por el cual fue condenado y que el mismo era incapaz de ser rehabilitado, confirmando la misma. La Suprema Corte de Florida denegó la revisión del caso.

El día 9 de noviembre de 2009 la SCOTUS trató el caso, y declaró por mayoría que ninguna persona de 16 o 17 años puede ser condenada a la pena de prisión perpetua efectiva por crímenes no homicidas.

El voto mayoritario comienza con el significado de la octava enmienda, la denominada cláusula de castigos crueles e inusuales, y que para interpretarla la Corte debe ir más allá de su significado histórico hacia los estándares evolutivos de decencia que marcan el proceso de una sociedad en maduración (temas ya desarrollados en el punto anterior).

Se indicó que esta enmienda contiene un estrecho principio de proporcionalidad que no requiere una estrecha proporción entre crimen y sentencia, sino que solo prohíbe extremas sentencias que son groseramente desproporcionadas al crimen cometido; enumerándose diversos casos en los que esta cláusula se aplicó en los precedentes de la SCOTUS. Para ello, es importante la comparación de la sentencia impuesta con la de otras personas condenadas por ese delito en la misma jurisdicción y en otras. Hacen notar que en este caso no se está considerando la gravedad del delito, sino la clase de autor (como ocurrió en los casos "Roper", y el allí citado "Atkins").

Haciendo una comparación con el resto de los estados, se indicó que 6 de estos no permiten prisión perpetua a jóvenes, 7 solo lo hacen para crímenes homicidas, 37 lo permiten en algunas circunstancias, y la ley federal lo permite desde la edad de 13 años. Bajo esta mirada, el estado de Florida se defendió bajo el argumento que no existe consenso nacional en contra de este tipo de penalidades.

La Corte afirmó que este examen es incompleto e ineficaz ya que para realizar esta afirmación no es suficiente la letra de la ley, sino también la práctica judicial. En este sentido, la aplicación de estas sentencias a jóvenes es muy infrecuente. Según los estudios realizados (los que fueron concluidos y actualizados por la propia Corte) en todas las jurisdicciones de Estados Unidos había un total de 129 jóvenes condenados a prisión perpetua efectiva, de los cuales 77 provenían del estado de Florida, y los otros 52 provienen de tan solo 10 estados (California, Delaware, Iowa, Louisiana, Mississippi, Nebraska, Nevada, Oklahoma, South Carolina, and Virginia) más la jurisdicción federal. En otras palabras, solo 12 jurisdicciones imponen realmente este tipo de condenas, y la mayoría solo lo hace raramente, mientras que 26 jurisdicciones y el Distrito de Columbia no imponen esta penalidad aun estando permitida por ley.

Esto último comparado con la cantidad de delitos cometidos por jóvenes que podrían ser castigados con este delito demuestra que la apli-

cación de esta condena es totalmente inusual y, por lo tanto, excesiva.

También se indicó que el mero hecho de que un joven sea llevado a un tribunal de adultos no autoriza a que se le aplique la misma penalidad. El propio estado de Florida indicó que teóricamente un niño de 5 años podría recibir esta penalidad, siendo que este ejemplo demuestra que la falta de consideración legislativa deliberada y explícita.

Se concluyó que existe consenso nacional en contra, aunque ello no es suficiente para resolver el caso ya que ese consenso no es por sí mismo determinante para establecer que una pena es inusual o cruel. El ejercicio de la jurisdicción requiere consideraciones acerca de la culpabilidad del imputado de acuerdo con el crimen y sus características, como también el tipo de pena. En esa línea, la SCOTUS considera también si la condena sirve a un objetivo penológico legítimo (o, como lo diríamos en nuestros lares, si el fin de la pena es adecuado).

En este punto, repiten lo expuesto en el antecedente "Roper" antes estudiado, en donde se dijo que los jóvenes poseen una culpabilidad reducida por su falta de madurez, subdesarrollado sentido de la responsabilidad, mayor susceptibilidad a las influencias negativas y presiones externas (incluida la de los pares), y porque su carácter no esta tan bien formado como el de un adulto. Por ello se concluyó que no es posible determinar la diferencia entre aquellos jóvenes cuyos crímenes reflejan una inmadurez transitoria de aquellos raros casos que reflejan una corrupción irreparable. Un joven no es absuelto por la responsabilidad de sus actos, pero sus transgresiones no son moralmente reprochables como las de un adulto.

Agregan que no hay datos recientes (al momento del fallo) para reconsiderar las observaciones realizadas en "Roper". Por el contrario, los nuevos estudios refuerzan la mirada antes expuesta.

También se analiza que la SCOTUS en el caso 'Kennedy c. Louisiana' había prohibido la pena de muerte para adultos en los casos en que no hubo un homicidio consumado o tentado. Por consiguiente, si se lo compara con un asesinato cometido por un adulto, un joven que no mató ni intentó matar tiene una doble disminución de culpabilidad: su edad y la naturaleza del crimen.

Afirman que la prisión perpetua para una persona menor de edad significa negar cualquier esperanza, que el buen comportamiento y el mejoramiento del carácter son irrelevantes, que cualquiera sea el futuro reservado para la mente y espíritu del joven condenado, él permanecerá en prisión por el resto de sus días. También se considera que *para un joven la prisión perpetua implica estar privado de su libertad muchísimo más años y un porcentaje mayor de su vida que un adulto*: un joven de 16 años y un adulto de 75 sentenciados a prisión perpetua sin posibilidad de libertad *reciben el mismo castigo solamente en el nombre.*

Respecto a la justificación penológica de este tipo de sentencias, que es considerada como relevante para el análisis del caso, indican que el castigo criminal puede tener diferentes finalidades, y elegirla es una cuestión de discreción legislativa. Sin embargo, el propósito y el efecto de las sanciones penales es relevante al analizar la octava enmienda, ya que una sentencia que carece de una justificación penológica legítima es desproporcionada por naturaleza.

Bajo esta perspectiva, afirman que ninguna de las finalidades de la pena que son consideradas legítimas por la SCOTUS (retribución, disuasión, incapacidad y rehabilitación) proveen una justificación adecuada para la pena de prisión perpetua efectiva para jóvenes condenados por crímenes no homicidas. Seguidamente, explican cada una de ellas:

La retribución es una razón legítima para penar, pero no puede ser aceptada en este caso. La sociedad está autorizada a imponer sanciones severas a un joven condenado por un crimen no homicida para expresar su condena por este crimen y buscar la restauración del desbalance moral producido por este, pero el corazón de una retribución razonable es que la sentencia criminal debe estar directamente relacionada con la culpabilidad del autor. Habiéndose afirmado que un joven tiene una culpabilidad mitigada en relación con un adulto, la retribución no justifica imponer este tipo de penalidades.

La disuasión (léase prevención general) tampoco brinda una justificación adecuada. Como se dijo en "Roper", la falta de madurez y subdesarrollado sentido de la responsabilidad suele provocar acciones y decisiones impetuosas o apresuradas, provocando que sea menos probable que los jóvenes tengan en consideración al castigo cuando toman decisiones.

La incapacidad (léase prevención especial negativa o peligrosidad criminal) tampoco justifica la penalidad en este caso. Indica la SCOTUS que la reincidencia es un serio riesgo para la seguridad pública y la incapacidad es una finalidad importante. Sin embargo, si bien la incapacidad podría ser una finalidad penológica legítima suficiente en otros casos, es inadecuada en el caso de jóvenes por crímenes no homicidas. Para justificar que el joven en cuestión será siempre un peligro para la sociedad debe afirmarse que el mismo es incorregible lo que, como se dijo antes, no es posible de afirmar: lo incorregible es incompatible con la juventud.

Finalmente, la rehabilitación (léase prevención especial positiva) tampoco es una finalidad aceptable para esta penalidad, lo cual es bastante obvio: la prisión perpetua efectiva implica una renuncia a cualquier ideal de rehabilitación. Desde esta perspectiva, la pena en cuestión no es apropiada dada la capacidad para el cambio que presentan los jóvenes, y su limitada culpabilidad. La ausencia de oportunidades y tratamientos de rehabilitación en un joven provoca una desproporción aún más evidente de la consecuencia penal.

En resumen, ninguna teoría sobre la función o finalidad de la pena es adecuada para justificar una pena de prisión perpetua efectiva por un delito no homicida, lo que provoca que la misma deba ser considerada como cruel e inusual para jóvenes de menos de 18 años al momento del hecho.

Afirma la SCOTUS que su decisión no implica que un joven no pueda estar privado de su libertad toda su vida, sino que impide que no se le brinde la posibilidad de obtener alguna libertad en el futuro al demostrar madurez y rehabilitación.

El punto C del voto mayoritario explica el motivo por el cual debe afirmarse una regla general que impida esta pena, porqué no es admisible una resolución caso por caso, y otras cuestiones relativas a la dinámica constitucional estadounidense que considero irrelevantes para lo que interesa en la presente tesis.

Luego de ello, la SCOTUS afirma que la opinión internacional respecto a la aceptación de una pena en particular no es intrascendente, siendo que la pena de prisión perpetua efectiva a jóvenes que no cometieron un homicidio es rechazada alrededor del mundo. Un estudio indicó que solo 11 naciones en el mundo aceptan la prisión perpetua contra jóvenes en cualquier circunstancia, y solo 2 de ellos, Estados Unidos e Israel, alguna vez impusieron una, y solo Estados Unidos la impone a crímenes no homicidas **(65)**.

También se indicó que el art. 37.b de la CDN prohíbe la prisión perpetua efectiva contra jóvenes. De esta manera, y al igual que en "Roper", Estados Unidos es el único que mantiene esta penalidad en un mundo que le ha dado la espalda a la prisión perpetua contra jóvenes. Empero le negó a esta cláusula la calidad de norma de *ius cogens* al indicar que las normas internacionales analizadas no son obligatorias.

En el voto concurrente en el caso (pero no en la regla general) se indicó que, si bien en este caso resulta ser desproporcional, podrían existir ocasiones en que el crimen sea tan aberrante como para merecer una condena de prisión perpetua, por lo que proponía una solución caso por caso **(66)**.

En lo que resulta relevante, el voto disidente afirma que la única forma de interpretar la octava enmienda es como prohibición a ciertos modos crueles de penar, ya que esa es la úni-

(65) Claramente ese estudio no tuvo en cuenta el caso argentino. Si así fuera, entonces solo 3 países en el mundo impusieron ese tipo de pena alguna vez. Aunque, claro, la prisión perpetua efectiva no es aceptable en nuestro sistema legal.

(66) Entiendo que se podrían establecer interesantes similitudes entre esta forma de votar y el fallo Maldonado de la CS, como lo es dejar la puerta abierta a la prisión perpetua para los casos más graves.

ca interpretación histórica posible: los constituyentes estadounidenses pretendían evitar las torturas. Desde este punto de vista, ni esta enmienda ni ninguna cláusula de esa constitución prohíbe penas desproporcionales (afirmándose que no es un asunto constitucional); y los denominados "estándares evolutivos" son desechados bajo la idea de que resulta ser una pura creación de la propia SCOTUS que carece de sustento legal.

Afirma también que es una cuestión reservada a las legislaturas estatales y federales, y que no existe consenso nacional respecto de la no aplicación de esta penalidad. Analiza varios precedentes para llegar a la conclusión de que siempre se había trazado una línea entre la pena de muerte y la de prisión perpetua, que es destruida con esta decisión de la corte.

Asevera que la incapacidad y la disuasión son motivos suficientes para justificar una pena de este estilo a personas menores de 18 años, a la vez que le resta valor a los estudios que afirman diferencias entre jóvenes y adultos por entender que los mismos no son aplicables a aquellos jóvenes especialmente violentos.

Indica que existe una contradicción en la opinión mayoritaria, por no existir una verdadera diferencia entre jóvenes que cometen crímenes no homicidas y homicidas y, en consecuencia, no se brinda una explicación en porqué se da un trato diferencial en estos casos.

Cree que los principios establecidos en "Roper" (que, por cierto, no comparte) no pueden extenderse más allá de los casos de pena de muerte, y que no encuentra parámetros para afirmar la existencia de una grosera desproporción en la penalidad analizada. El resto de los argumentos ensayados por la disidencia, aunque interesantes, resultan impertinentes para el desarrollo de esta tesis.

II.2.b.3. "Miller c. Alabama"

Esta sentencia de la SCOTUS trata al mismo tiempo dos casos: Jackson y Miller, ambos niños de 14 años condenados a prisión perpetua.

En noviembre de 1999, Kuntrell Jackson, quien por entonces tenía 14 años, junto con otros dos chicos decidieron robar una tienda de videos. Mientras iban hacia allí, Jackson se enteró que uno de los chicos, Derrick Shields, poseía un arma de fuego (carabina recortada). Jackson decidió quedarse afuera cuando los otros dos entraron en la tienda. Dentro de la misma, Shields apuntó a una empleada del local demandando dinero, pero la empleada se rehusó. Pocos instantes después, Jackson le habló a Shields (durante el debate oral se disputó si lo que dijo fue "no estamos jugando" o "pensé que estaban jugando"). Cuando la empleada amenazó con llamar a la policía, Shields le disparó y la mató. Los tres salieron de la tienda sin botín alguno.

La ley de Arkansas le da a la Fiscalía libertad para elegir si acusa a un niño de 14 años como niño o como adulto, siendo que se decidió acusarlo como adulto por los delitos de homicidio agravado y robo agravado. En el año 2003 el jurado condenó a Jackson a la pena de prisión perpetua efectiva, siendo que indicaron que "en vista de un veredicto, solo hay una pena posible". Nótese que a ley de ese Estado impone para estos casos la pena de muerte o la de prisión perpetua efectiva, sin que habilite ninguna otra opción.

Luego de la firmeza de su condena, Jackson solicitó una revisión de esta a raíz de lo resuelto en el caso "Roper" dado que, según él reclamaba, la prisión perpetua efectiva forzosa **(67)** también violenta la octava enmienda. Su caso fue rechazado y apelado a la Suprema Corte de Arkansas. Mientras su caso era tratado en dicha instancia, la SCOTUS resolvió el caso "Graham" antes analizado. Luego de ello, se rechazó la apelación dado que el caso de Jackson no encajaba en ninguno de los dos antecedentes, dado que no se trataba de una pena de muerte y había sido condenado por un crimen homicida. Hubo una disidencia en la que se indicó Jackson no fue quien disparó y cualquier evidencia de in-

(67) Entiéndase "prisión perpetua efectiva forzosa" como aquella pena de prisión perpetua que no permite libertad alguna y no permite una pena alternativa (como puede ser una pena de prisión por un plazo temporal determinado). Salvando las distancias (dado que la prisión perpetua efectiva no es una pena prevista en nuestra legislación), sería comparable con el homicidio agravado de nuestro Cód. Penal, que no permite otra condena que no sea la prisión perpetua (o reclusión, que para el caso es lo mismo).

tención de matar era inexistente. Bajo esta premisa, la disidencia indicó que el caso de Jackson contradecía el precedente "Graham" dado que allí se había indicado que "la edad del acusado es relevante para la octava enmienda, y cualquier ley de procedimiento criminal que no la tiene en cuenta es defectuosa".

Evan Miller también tenía 14 años al momento del crimen. Miller había tenido varias idas y vueltas en el sistema de acogimiento familiar a raíz del problema de drogadicción y alcoholismo de su madre y el maltrato recibido por su padrastro. Miller también era usuario regular de drogas y alcohol, e intentó suicidarse en cuatro oportunidades, siendo la primera a los 6 años.

Una noche del año 2003, Miller estaba en su casa con un amigo, Colby Smith, cuando un vecino, Cole Cannon, vino a venderle droga a la madre de Miller. Los dos niños siguieron a Cannon hasta su camioneta, en donde fumaron marihuana y jugaron juegos de beber. Cuando Cannon se desmayó, Miller le robó su billetera 300 dólares que dividió con Smith. Miller trató de poner la billetera nuevamente en el bolsillo de Cannon, pero este se despertó y tomó a Miller del cuello. Smith golpeó a Cannon con un bate de beisbol y, una vez liberado, Miller lo tomó y lo golpeó a Cannon repetidas veces. Luego puso una sábana sobre él, le dijo "soy Dios y vengo a tomar tu vida", y asistió un nuevo golpe. Los acusados se retiraron a la casa de Miller, pero luego volvieron para tapar las evidencias del crimen encendiendo dos fuegos. Cannon terminó muriendo por las heridas y del humo inhalado.

La ley de Alabama requiere que inicialmente sean acusados como jóvenes, pero le permite que luego sea juzgado como adulto si la Fiscalía brinda motivos para ello, y eso ocurrió en este caso. Miller fue acusado por el delito de homicidio agravado por incendio, que tiene una pena de prisión perpetua efectiva forzosa.

Gracias al testimonio de Smith, quien fue beneficiado con un juicio abreviado por un crimen menor **(68)**, el jurado condenó a Miller a la pena de prisión perpetua efectiva. Se afirmó que esta condena "no era demasiado dura comparada con el crimen cometido" y que la naturaleza forzosa de la condena era permitida bajo la octava enmienda. La Suprema Corte de Alabama no permitió la revisión del caso.

Ambas sentencias fueron apeladas a la SCOTUS por los abogados de los acusados, y se aceptó el *certiorari* de estos.

El voto mayoritario comenzó indicando que la octava enmienda brinda el derecho de no ser objeto de sanciones excesivas. Este derecho se deriva del principio básico de justicia por el cual el castigo por el crimen debe ser graduado y proporcionado, siendo que el concepto de proporcionalidad es central en la octava enmienda. Luego, realizan un recuento de los antecedentes necesarios para resolver el caso, que ya fueron analizados anteriormente.

Tanto en "Roper" como en "Graham" se estableció que los jóvenes son constitucionalmente diferentes de los adultos a los efectos de la sentencia. Como los jóvenes tienen una capacidad de culpabilidad disminuida y mayores expectativas de rehabilitación, se ha afirmado que son menos merecedores de los castigos más severos. Reiteran el análisis de la mente joven expuesto en "Roper" (indicando que los estudios actuales siguen brindando más evidencia científica a favor de lo allí expresado). También reiteraron el análisis respecto a la finalidad de la pena realizado en "Graham".

Indican que en "Graham" se proscribió la pena de prisión perpetua efectiva contra jóvenes acusados de crímenes no homicidas, y la Corte se ocupó de distinguir entre esos delitos y los homicidios, basándose tanto en la culpabilidad moral como en el daño producido. Sin embargo, nada dicho sobre los jóvenes en relación con sus rasgos mentales y vulnerabilidades ambientales está vinculado exclusivamente a un tipo de crimen, sino que esas características son independientemente aplicables. De esta manera, el razonamiento realizado en "Graham" involucra cualquier prisión perpetua efectiva, aunque la proscripción solo aplique para casos no homicidas.

(68) "Plea agreement". No se trata de una traducción, sino una adaptación del término a lo que se permite en nuestro sistema procesal. Las diferencias entre ambos institutos se encuentran por fuera del objeto a investigar.

Fundamentalmente, en "Graham" exige que la juventud del acusado se tome en cuenta al determinar pertinencia de una condena de prisión perpetua efectiva. Las características de los jóvenes y la forma en que se debilitan las razones para el castigo pueden hacer desproporcionada una sentencia de prisión perpetua efectiva. Entonces, tal como se dijo en ese precedente, "la edad del acusado es relevante para la octava enmienda, y cualquier ley de procedimiento criminal que no la tiene en cuenta es defectuosa".

El esquema de sanciones penales forzosas en cuestión impide evitar el juzgador tenga en cuenta estas consideraciones centrales. Al remover a la juventud de la balanza, sometiéndolo a la misma pena aplicable a un adulto, estas leyes prohíben evaluar si el término del encarcelamiento más severo de la ley castiga proporcionalmente a un joven. Esto controvierte el principio fundamental de precedentes "Roper" y "Graham": *la imposición de las penas más severas sobre acusados juveniles no puede proceder como si ellos no fueran jóvenes.*

Afirmando que en "Graham" se asimiló la pena de prisión perpetua efectiva a la pena de muerte en el caso de juveniles, se indicó que en un precedente se habían prohibido las penas de muerte forzosas basadas exclusivamente en la calificación legal, dado que aquellas implican no darle importancia al carácter y antecedentes de un acusado o las circunstancias del crimen, excluyendo de la consideración la posibilidad de factores atenuantes. Por ello, se había afirmado que la pena de muerte está reservada solo para los acusados más reprochables de los crímenes más serios.

El factor atenuante de la juventud debe ser considerado. Todo lo dicho en "Roper" y en "Graham" aplica en este respecto. Solamente la edad cronológica de un joven es por sí mismos un factor atenuante relevante de gran peso, y más lo es todavía su contexto, y su desarrollo mental y emocional.

A la luz de "Graham", la prisión perpetua efectiva forzosa contra un joven es también inconstitucional ya que, por su naturaleza, impide tomar en consideración todos estos aspectos inherentes a la juventud del acusado. Y, tal como se indicó en ese precedente, *la pena que en definitiva se le impone a un joven solo es igual a la de un adulto en el nombre, dado que en los hechos implica una penalidad mucho mayor: una persona adulta, por su expectativa de vida, estará mucho menos tiempo privado de su libertad que un joven.*

Se analizan los casos particulares de Miller y de Jackson para concluir que, por su entorno familiar y demás características del hecho, existían muchos factores atenuantes que no fueron considerados dada lo forzoso de la pena a aplicar. De esta manera, concluyen que aplicar esta penalidad de manera forzosa es inusual y, por lo tanto, contraria a la octava enmienda de la constitución estadounidense.

Seguidamente tratan los argumentos dados por los estados de Arkansas y Alabama en contra de la posición dada por las defensas de los acusados: darles la razón implicaría ir en contra de un precedente de la SCOTUS, y la edad de acusado es tomada en cuenta al momento de decidir si es acusado por un tribunal de jóvenes o de adultos.

El precedente al que se refieren se trata de uno en el cual se indicó que la prisión perpetua efectiva forzosa en el caso de adultos no puede ser prohibida, y que las consideraciones que se hacen respecto a la pena de muerte no son aplicables a esta otra penalidad ya que 'la muerte es diferente'. La Corte desecha este argumento indicando que ya se ha establecido en múltiples oportunidades que una condena permisible para un adulto puede no serlo para un joven, rematando con la frase 'los niños también son diferentes'.

Se indica también que en este caso no se toma en cuenta la cantidad de estados que permiten esta penalidad, ni el consenso nacional de su práctica, dado que esta decisión no prohíbela pena de prisión perpetua efectiva, sino que solamente indica que esta no puede ser forzosa. Asimismo, indican que con otros porcentajes aún menos favorables se adoptó la decisión en "Graham", por lo que el argumento no es viable.

Respecto del momento de la transferencia a un tribunal de adultos, la Corte pone de resalto que muchas jurisdicciones realizan este pase de forma forzosa ante determinadas calificacio-

nes legales o dejan esto a criterio de la Fiscalía sin posibilidad de reevaluación judicial (y estas últimas usualmente carecen de estándares, protocolos o consideraciones apropiadas para tal decisión).

Incluso cuando la temática es debatible, su utilidad es limitada. En efecto, al momento de tomar esta decisión el juez carece de toda la información del caso que, en definitiva, será brindada durante el debate oral.

Asimismo, la Corte indica que en algunos casos podría acontecer que un joven merezca una penalidad mayor a la que se le daría si fuera considerado niño pero menor a la que le correspondería un adulto. Por lo tanto, la discreción permitida al momento de tomar la decisión respecto de la transferencia de un joven a un tribunal de adultos no puede substituir la discreción relativa a la cuantificación de la pena.

El voto disidente, en breves palabras, indica que para tomar la decisión que tomó la mayoría era necesario observar la existencia de consenso nacional (en sintonía con lo que consideran los indicios objetivos de los estándares de la sociedad, y los estándares evolutivos de decencia). Se afirma que los precedentes "Roper" y "Graham" no brindan suficiente sustento al presente fallo, dado que se tratan de casos diferentes al resuelto en el presente. Ambos razonamientos se enmarcan en los presupuestos constitucionales estadounidenses que fueron analizados con anterioridad. El resto de los argumentos desarrollados en la disidencia no los encuentro relevantes para la presente tesis.

II.2.b.4. Conclusión con relación a la situación de Estados Unidos

Para comenzar, resulta cuanto menos llamativo que en "Roper" la SCOTUS para resolver la inaplicabilidad de la pena de muerte haya considerado principalmente a la misma como inusual o extraordinaria por el "consenso nacional" que hay en su contra, y en un segundo lugar que resulta ser una pena desproporcionada para un NNyA. El largo y tendido debate respecto de este 'consenso' como punto de inflexión en la temática se va de bruces con la jurisprudencia emanada por tribunales internacionales de derechos humanos, como es el ya analizado fallo Mendoza de la Corte IDH. Aunque, claro, estamos hablando del país que es conocido por no firmar o ratificar tratados de derechos humanos.

Y, sin embargo, resulta sorprendente que la SCOTUS haya considerado a los tratados de derechos humanos, especialmente la CDN, para resolver la cuestión. En este punto es interesante señalar al Informe de Fondo 62 del 22 de octubre del 2002, "Michael Domínguez c. Estados Unidos", en donde la CIDH declara que la prohibición de la pena de muerte contra niños, niñas o adolescentes forma parte del *ius cogens;* es decir, una norma imperativa del derecho internacional (de conformidad con el art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

En lo que respecta al fallo, es revelador que se haya considerado diversas características de la adolescencia para concluir la desproporcionalidad que implicaría aplicarle las mismas consecuencias penales que a un adulto, como son: la falta de madurez; la falta de desarrollo en el sentido de la responsabilidad; su mayor vulnerabilidad o susceptibilidad a influencias negativas y presiones externas, incluidas la presión que ejercen los pares (teniendo menos control o menos experiencia con el control sobre su propio entorno); que su carácter no se encuentra lo suficientemente desarrollado; y que los jóvenes, por estos motivos, no realizan un correcto análisis de costo-beneficio.

Lo mismo acontece con haber afirmado que, por las características propias de la adolescencia, la pena de muerte no sirve como disuasiva para un joven. Y es que, siendo honesto, leer tales líneas me resultó increíble ya que esperaba de cualquier país del mundo menos de Estados Unidos una afirmación tan categórica en contra de la aplicación de la teoría de la prevención general en la población de jóvenes. Si este país, mundialmente conocido por sus altas penalidades, en el año 2005 realizó tal afirmación, ¿qué estamos esperando para hacer lo propio en nuestro país? ¿Cómo es posible que se afirme lo contrario en la actualidad?

Si bien este tema será nuevamente abordado más adelante, y tal como se señaló al momento de analizar la legitimación de la pena y la culpabilidad, no es posible aplicar los mismos cri-

terios en adultos y en NNyA. Las bases mismas de su reprochabilidad son absolutamente diferentes, como así también su modo de entender y actuar en el contexto que les rodea. Con las distancias del caso, las consideraciones de la opinión mayoritaria de la SCOTUS en los casos analizados van en la misma dirección que expongo, resultándome inentendible que aún hoy se apliquen penalidades propias de una responsabilidad adulta a un NNyA en nuestro país.

Para el ojo avizor, hago notar que buena parte del vocabulario utilizado por la SCOTUS en el caso "Roper c. Simmons" se observa frecuentemente en publicaciones científicas que estudian el Derecho Penal Juvenil en cualquiera de sus áreas. El uso de expresiones o el análisis de conceptos como costo-beneficio, comportamientos antisociales, susceptibilidad a la influencia de pares, entre otros, luego de este fallo serán de uso habitual en cualquier *paper* de habla inglesa, aún en los casos que los autores no sean abogados. Esto se verá, por ejemplo, cuando analicemos la cuestión neurocientífica.

Continuando con "Graham c. Florida", y reanalizando el caso, entiendo que el verdadero meollo del asunto era el siguiente: la SCOTUS había prohibido la pena de muerte para casos no homicidas en adultos, y también había dicho que los jóvenes no pueden recibir la misma penalidad que un adulto. Entonces, si ambos supuestos se mantienen incólumes, la única conclusión lógica era que los jóvenes no podían ser condenados a la pena de prisión perpetua en estos casos. Visto desde este punto de vista, *el caso "Graham" resulta ser un devenir necesario del caso "Roper" en concordancia con otros precedentes de la propia SCOTUS.*

Y, sin embargo, esto no lo priva de ser un caso de avanzada, especialmente si tenemos en cuenta que la prisión perpetua (como penalidad) se prohibió en nuestro país recién en el año 2013 con el analizado fallo "Mendoza" de la Corte IDH, mientras que este fallo brindó una primera restricción a esta pena en Estados Unidos en el año 2010.

La mayoría de los fundamentos resultan ser muy similares a "Roper", sobre todo en lo relativo al funcionamiento de la mente joven, pero se introduce como revelador el tratamiento penológico. Es absolutamente revelador que la SCOTUS afirme que la pena de prisión perpetua efectiva contra un joven carece de finalidad, lo que conecta con lo analizado en el capítulo de legitimación de la pena. Si bien se trata solamente de la prisión perpetua, aquí *la SCOTUS afirma que las teorías legitimantes son insuficientes para justificar esta pena contra una persona menor de edad, y también afirman que cualquier pena que carezca de finalidad es desproporcionada por naturaleza.* Esta sola afirmación debiera ser suficientes para replantear la legitimación, tal como se hizo en el capítulo mencionado, tema al que volveré en la conclusión de esta tesis.

La negación hecha por la SCOTUS respecto a la existencia de una norma de *ius cogens* era absolutamente esperable dada la falta de ratificación de Estados Unidos a la CDN, más allá de ser un tema que excede esta tesis.

Por último, y en lo que respecta al caso "Miller c. Alabama", observo la prohibición de la prisión perpetua efectiva forzosa como una consecuencia lógica de los fallos anteriormente analizados y el resto de los precedentes de la SCOTUS. En efecto, si se había dicho que la pena de muerte forzosa era inadmisible para un adulto, y que para la pena máxima para un NNyA es la prisión perpetua, era una consecuencia lógica que luego se dijera que esa pena aplicable a los NNyA tampoco debiera ser forzosa.

También es sumamente importante recalcar que se afirmó que la imposición de una pena a un acusado juvenil no puede proceder como si ellos no fueran jóvenes, lo que implica que un NNyA y un adulto no pueden ser sentenciados a la misma condena.

Seguramente este caso tiene muchas aristas relativas al derecho constitucional estadounidense que resultan importante, empero escapan a la presente tesis.

Finalmente, quiero destacar que estos fallos han tenido repercusiones muy interesantes dentro de Estados Unidos. Un ejemplo de esto ha sido el fallo de un juez del condado de Fayette, Kentucky, que ha declarado la inconstitucionalidad de la pena de muerte para las personas menores de 21 años dado que el desarrollo cere-

bral no concluye hasta después de esa edad **(69)** (se volverá a ver este tema en el capítulo VIII.4), siendo que este caso debe ser analizado próximamente por la Corte Suprema de dicho estado.

Con esto se puede concluir que los avances de la neurociencia en el derecho penal y en el Derecho Penal Juvenil no han concluido, y todavía quedan varios asuntos por debatir que, como este asunto, quedará pendiente para futuras investigaciones.

II.2.b.5. Consideraciones conexas

Aún a riesgo de excederme respecto del tema que corresponde a esta tesis, entiendo necesario realizar algunas consideraciones tangenciales, aunque muy relevantes. Contrariamente al prejuicio que podría tenerse con Estados Unidos dado por la falta de ratificación de importantes tratados de derechos humanos, *este país posee un complejo andamiaje de derechos y garantías que, en ciertas situaciones puntuales, parecería ser incluso más benévolo que nuestro propio sistema constitucional y convencional.* Realizo esta controvertida afirmación entendiendo que la realidad es insobornable: ¿cómo es posible que Estados Unidos haya abolido la pena más grave de su sistema (pena de muerte) a los jóvenes en el año 2005 y haya reducido considerablemente la pena de prisión perpetua efectiva en el año 2010 y 2012, y que Argentina haya sido condenada por aplicar esta última pena en el año 2013?

En esta línea, debe considerarse que todos los antecedentes antes destacados se basaron exclusivamente en una parte de una oración de la enmienda constitucional estadounidense, que configura lo que ellos denominan 'cláusula de penas crueles e inusuales'. Es admirable como han sabido construir una doctrina y jurisprudencia tan vasta que solo se ha sostenido en esta frase. Y, por el contrario, en nuestro país pareciera que no bastaron todos los artículos de la constitución y de los diversos tratados de derechos humanos que hablan sobre la proporcionalidad, razonabilidad, culpabilidad y demás principios, para afirmar que un joven y un adulto no poseen igual grado de reprochabilidad. Quizás aquí se hace palpable ese viejo dicho que a veces se escucha en los pasillos de los tribuales: no hacen falta mejores leyes, sino mejores operadores de justicia.

Esta crítica, sobre todo, la merece nuestra propia Corte Suprema que durante los últimos años se ha abstenido de tratar la temática penal juvenil y que, cuando lo ha hecho, evitó expedirse sobre la penalidad excesiva que aún soportan los jóvenes en nuestro país, perdiéndose oportunidades históricas. Cabe recordar que en el fallo Maldonado del año 2005 no se prohibió la pena de prisión perpetua, sino que se afirmó que esta pena tendría carácter de excepcional. Las diferencias en el tratamiento de la temática por parte de la SCOTUS y de la CS dejan mucho que desear.

Finalmente, y por pura honestidad científica, debo afirmar que la lectura y comprensión de los fallos de la SCOTUS aquí analizados (y siendo que el inglés no es mi lengua natal) me ha sido más sencillo que la lectura y comprensión de algunos fallos argentinos. Con esto quiero poner de resalto que las resoluciones judiciales no necesitan expresarse con términos confusos, y que es perfectamente posible redactar un fallo de tal manera que pueda ser estudiado incluso por personas que no saben de derecho. Además, también me resulta admirable que, a diferencia de diversos casos locales, estos fallos de la SCOTUS reduzcan notablemente cualquier margen de doble interpretación, lo que es una bendición para la seguridad jurídica.

Todo esto de ninguna manera implica afirmar que la Corte estadounidense es mejor en todos los aspectos a la nuestra, ni que lo es su sistema jurídico. Lo que intento resaltar son ciertos aspectos que considerar para mejorar nuestro propio sistema a semejanza de aquellas virtudes que vemos en otros países. Nuestro bloque de constitucionalidad federal es muy superior a las enmiendas estadounidenses en derechos y garantías, pero ello poco importara si luego estos no son aplicados.

II.3. Estándares internacionales

En el análisis de derecho comparado se ha podido observar que el Comité de los Dere-

(69) "Commonwealth of Kentucky c. Travis M. Bredhold", caso 14-CR-161, sentencia del 1 de agosto de 2017, disponible en https://jlc.org/cases/commonwealth-v-bredhold [consultado 10/10/2018].

chos del Niño en varias oportunidades establece que determinada norma no satisface estándares internacionales. Dichos estándares, en la temática que está bajo estudio, fueron determinados en la Observación General 10 **(70)** de ese organismo **(71)**.

Dicho informe comienza afirmando:

"1. (...) muchos Estados Partes distan mucho de cumplir cabalmente la Convención, por ejemplo en materia de derechos procesales, elaboración y aplicación de medidas con respecto a los niños que tienen conflictos con la justicia sin recurrir a los procedimientos judiciales, y privación de libertad únicamente como medida de último recurso.

4. En un principio, el Comité desea subrayar que, de acuerdo con la Convención, los Estados Partes deben elaborar y aplicar una política general de justicia de menores, lo cual significa que no deben limitarse a aplicar las disposiciones específicas contenidas en los arts. 37 y 40 de la Convención, sino tener en cuenta también los principios generales enunciados en los arts. 2º, 3º, 6º y 12 y en todos los demás artículos pertinentes de la Convención".

Aquí se observa algo ya analizado pero que es conveniente reeditar: el art. 37.a, en cuanto prohíben la pena de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación, bajo ningún punto de vista está permitiendo la pena de prisión perpetua con posibilidad de excarcelación, sino que ese artículo debe ser leído en concordancia con el 37.b que dice que la pena de prisión (cualquiera sea) debe utilizarse tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda, y también en concordancia con el resto de los artículos de la CDN, como el Comité indica en el párrafo que antecede.

Más adelante en el informe, cuando tratan el tema del interés superior del niño, realizan una afirmación muy relevante:

"10. En todas las decisiones que se adopten en el contexto de la administración de la justicia de menores, el interés superior del niño deberá ser una consideración primordial. Los niños se diferencian de los adultos tanto en su desarrollo físico y psicológico como por sus necesidades emocionales y educativas. Esas diferencias constituyen la base de la menor culpabilidad de los niños que tienen conflictos con la justicia. Estas y otras diferencias justifican la existencia de un sistema separado de justicia de menores y hacen necesario dar un trato diferente a los niños. La protección del interés superior del niño significa, por ejemplo, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes. Esto puede realizarse al mismo tiempo que se presta atención a una efectiva seguridad pública".

Quizás aquí tenemos el mejor resumen de lo que significa el tratamiento diferencial entre adultos y NNyA. El Comité es muy claro: las diferencias entre unos y otros son la base de la menor culpabilidad, y las nociones represivas no son aplicables a este grupo vulnerable.

Luego, se vuelve a enfatizar este punto al afirmar:

"14. El Comité reconoce que la preservación de la seguridad pública es un objetivo legítimo del sistema judicial. Sin embargo, considera que la mejor forma de lograr ese objetivo consiste en respetar plenamente y aplicar los principios básicos y fundamentales de la justicia de menores proclamados en la Convención".

El Comité también trata el tema de la denominada "intervención o remisión de casos", indicando:

"22. Las autoridades estatales pueden adoptar dos tipos de medidas en relación con los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes: *medidas que no supongan el recurso a procedimientos ju-*

(70) Ver http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc.docs/CRC.C.GC.10_sp.pdf.

(71) Si bien este tema podría haber sido tratado en el capítulo relativo a la evolución histórica de la legislación, entendí que resultaba mucho más enriquecedor tenerlo en cuenta una vez que hemos analizado la situación de cada uno de los países americanos, con las observaciones particulares que el Comité ha hecho en cada uno de ellos.

diciales y medidas en el contexto de un proceso judicial. El Comité recuerda a los Estados Partes que deben tener sumo cuidado en velar por que se respeten plenamente y protejan los derechos humanos del niño y las garantías legales.

23. Los niños que tienen conflictos con la justicia, incluidos los reincidentes, tienen derecho a recibir un trato que promueva su reintegración y el desempeño de una función constructiva en la sociedad (arts. 40 1 de la Convención). La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se utilizará tan solo como medida de último recurso [art. 37 b)]. Por tanto, es necesario desarrollar y aplicar, en el marco de una política general de justicia de menores, diversas medidas que aseguren que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción cometida. *Tales medidas comprenden el cuidado, la orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional y otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones* (art. 40 4) (el destacado me pertenece)".

El Comité se preocupa por poner de resalto la importancia de procedimientos alternativos que no impliquen la criminalización de los NNyA, especialmente en la remisión del caso, al que le dedican varios párrafos:

"24. De acuerdo con los establecido en el párr. 3º del art. 40 de la Convención, los Estados Partes tratarán de promover medidas en relación con los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes que no supongan un recurso a procedimientos judiciales, siempre que sea apropiado y deseable. Teniendo en cuenta que la mayoría de los niños delincuentes solo cometen delitos leves, deberán estar previstas una serie de medidas que entrañen la supresión del procedimiento penal o de justicia de menores y la reorientación hacia servicios sustitutorios (sociales) (es decir, remisión de casos), que pueden y deben adoptarse en la mayoría de los casos.

25. El Comité opina que es obligación de los Estados Partes promover la adopción de medidas en relación con los niños que tienen conflictos con la justicia que no supongan el recurso a procedimientos judiciales, si bien esa obligación no se limita a los niños que cometan delitos leves, como el hurto en negocios u otros delitos contra la propiedad de menor cuantía, o a los menores que cometan un delito por primera vez (...)

26. Los Estados Partes deben adoptar medidas en relación con los niños que tienen conflictos con la justicia sin recurrir a procedimientos judiciales en el marco de su sistema de justicia de menores, velando por que se respeten plenamente y protejan los derechos humanos de los niños y las garantías legales [art. 40 3 b)].

27. Queda a la discreción de los Estados Partes decidir la naturaleza y el contenido exactos de las medidas que deben adoptarse para tratar a los niños que tienen conflictos con la justicia sin recurrir a procedimientos judiciales, y adoptar las medidas legislativas y de otro tipo que sean precisas para su aplicación. Sin embargo, de acuerdo con la información contenida en los informes de los Estados Partes, es indudable que se han elaborado diversos programas basados en la comunidad, por ejemplo, el servicio, la supervisión y la orientación comunitarios a cargo, por ejemplo, de asistentes sociales o de agentes de la libertad vigilada, conferencias de familia y otras formas de justicia restitutiva, en particular el resarcimiento y la indemnización de las víctimas. Otros Estados Partes deberían beneficiarse de estas experiencias. Por lo que respecta al pleno respeto de los derechos humanos y las garantías legales, el Comité se remite a las partes correspondientes del art. 40 de la Convención y hace hincapié en lo siguiente:

— La remisión de casos (es decir, medidas para trata a los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes sin recurrir a procedimientos judiciales) solo deberá utilizarse cuando se disponga de pruebas fehacientes de que el niño ha cometido el delito del que se le acusa, de que ha admitido libre y voluntariamente su responsabilidad, de que no se ha ejercido intimidación o presión sobre él para obtener esa admisión y, por último, de que la admisión no se utilizará contra él en ningún procedimiento legal ulterior.

— El niño debe dar libre y voluntariamente su consentimiento por escrito a la remisión del caso, y el consentimiento deberá basarse en información adecuada y específica sobre la naturaleza, el contenido y la duración de la medida, y también sobre las consecuencias si no coopera en la ejecución de esta. Con el fin de lograr una mayor participación de los padres, los Estados Partes también pueden considerar la posibilidad de exigir el consentimiento de los padres, en particular cuando el niño tenga menos de 16 años.

— La legislación debe contener indicaciones concretas de cuándo es posible la remisión de casos, y deberán regularse y revisarse las facultades de la policía, los fiscales y otros organismos para adoptar decisiones a este respecto, en particular para proteger al niño de toda discriminación.

— Debe darse al niño la oportunidad de recibir asesoramiento jurídico y de otro tipo apropiado acerca de la conveniencia e idoneidad de la remisión de su caso ofrecida por las autoridades competentes y sobre la posibilidad de revisión de la medida.

— La remisión efectiva de un niño deberá suponer el cierre definitivo del caso. Aunque podrá mantenerse un expediente confidencial de la remisión con fines administrativos y de examen, no deberá considerarse un 'registro de antecedentes penales', y no deberá equipararse la remisión anterior de un caso a una condena. Si se inscribe este hecho en el registro, solo deberá permitirse el acceso a esa información y por un período de tiempo limitado, por ejemplo, un año como máximo, a las autoridades competentes que se ocupan de los niños que tienen conflictos con la justicia".

Está claro que la legislación argentina carece del instituto de la remisión, o de algún instituto semejante. Lo más cercano a ello son ciertas atribuciones fiscales que habilita el Código Procesal Penal, como el archivo sujeto a condición (art. 56 bis del Cód. Proc. Penal), el que es igualmente aplicable en adultos y en NNyA; o el archivo del art. 40 de la ley provincial 13.634, que habilita al Fiscal a "no iniciar la persecución al niño por la supuesta comisión de un hecho ilícito, o abandonar la ya iniciada, cuando consideren que ello resulta conveniente para la mejor solución del conflicto jurídico penal o para el futuro del niño".

Empero, más allá de ser institutos procesales provinciales, ambos supuestos son de escasa utilización por no brindarse ningún parámetro objetivo para su utilización. Asimismo, la mediación penal estatuida por la ley provincial 13.433 es de difícil aplicación en los supuestos del fuero de responsabilidad penal juvenil por prohibir la mediación en donde existen víctimas menores de edad (art. 6º de esa ley).

Además, esto genera un inevitable conflicto entre leyes sustanciales y formales de difícil solución. ¿Hasta qué punto puede una ley formal decir que determinados delitos deben no ser perseguidos si se reúnen determinadas condiciones? Y aquí hay una clara diferencia entre adultos y NNyA, porque es incomparable el archivo por falta de prueba suficiente para fundamentar una acusación, al instituto de la remisión que promueve el Comité. Desde mi lectura, queda claro que este instituto debe ser reconocido en la legislación de fondo y, en todo caso, luego reglamentado en la ley de forma.

Pero dejando de lado tal discusión, se observa con claridad que el Comité no solo promueve la remisión, sino que promueve cualquier tipo de penalidad que no implique la privación de la libertad. Este punto también es inobservado por la legislación argentina, dado que en el Derecho Penal Juvenil solo existen dos tipos de penalidades: la privación de la libertad o la prisión en suspenso (la multa y la inhabilitación están excluidas como penas por el art. 1º del dec.-ley 22.278). El caso chileno antes estudiado es un excelente ejemplo de cómo es posible aplicar otro tipo de condenas como la amonestación, cursos educativos, y trabajos comunitarios, entre otros.

El Comité reitera esta recomendación en el punto 68, cuando indica que iniciar un procedimiento penal contra un menor no implica necesariamente que el proceso deba concluir con el pronunciamiento de una sentencia formal. Con respecto a las intervenciones judiciales, el Comité afirma:

"28. Cuando la autoridad competente (por lo general la fiscalía) inicia un procedimiento judicial, deben aplicarse los principios de un juicio imparcial y equitativo (véase sección D *infra*). Al mismo tiempo, el sistema de la justicia de menores debe ofrecer amplias oportunidades para tratar a los niños que tienen conflictos con la justicia con medidas sociales y/o educativas, y limitar de manera estricta el recurso a la privación de libertad, en particular la detención preventiva, como medida de último recurso. En la fase decisoria del procedimiento, la privación de libertad deberá ser exclusivamente una medida de último recurso y que dure el período más breve que proceda [art. 37 b)]. Esto significa que los Estados Partes deben tener un servicio competente de libertad vigilada que permita recurrir en la mayor medida y con la mayor eficacia posibles a medidas como las órdenes de orientación y supervisión, la libertad vigilada, el seguimiento comunitario o los centros de presentación diaria obligatoria, y la posibilidad de una puesta anticipada en libertad".

En lo que respecta a la edad mínima a efectos de responsabilidad penal, el Comité indicó:

"30. Los informes presentados por los Estados Partes ponen de manifiesto la existencia de un amplio margen de edades mínimas a efectos de responsabilidad penal. *Varían desde un nivel muy bajo de 7 u 8 años hasta un encomiable máximo de 14 o 16 años.* En un número bastante considerable de Estados Partes hay dos edades mínimas a efectos de responsabilidad penal. Se considerará que los niños que tienen conflictos con la justicia que en el momento de la comisión del delito tuvieran una edad igual o superior a la edad mínima menor, pero inferior a la edad mínima mayor, incurren en responsabilidad penal únicamente si han alcanzado la madurez requerida a ese respecto. La evaluación de la madurez incumbe al tribunal/magistrado, a menudo sin necesidad de recabar la opinión de un psicólogo, y en la práctica suele resultar en la aplicación de la edad mínima inferior en caso de delito grave. *El sistema de dos edades mínimas a menudo no solo crea confusión, sino que deja amplias facultades discrecionales al tribunal/juez, que pueden comportar prácticas discriminatorias.* Teniendo en cuenta este amplio margen de edades mínimas a efectos de responsabilidad penal, el Comité considera que es necesario ofrecer a los Estados Partes orientación y recomendaciones claras con respecto a la mayoría de edad penal (el destacado me pertenece)".

Si bien la Argentina no posee este doble sistema, alguno de los proyectos legislativos que pretendían un cambio en el sistema proponían este sistema de dos edades mínimas, el cual es absolutamente desaconsejado por el Comité, y por eso la importancia de destacarlo. Además, el Comité indica que las edades de 14 o 16 años como edad mínima a los efectos de la responsabilidad penal (denominada por ellos EMRP) es elogiable. Sería muy penoso, entonces, que Argentina modificara para peor ese único punto en el cual fue enaltecido internacionalmente.

Finalizando este punto, se indica que el establecimiento de una edad mínima a efectos de responsabilidad penal inferior a 12 años no es internacionalmente aceptable para el Comité, sin perjuicio de lo cual se alienta a los estados parte a designar mínimos aún mayores.

En lo que respecta al denominado límite de edad superior para la justicia de menores, el Comité asevera:

"37. El Comité desea recordar a los Estados Partes que han reconocido el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de acuerdo con las disposiciones del art. 40 de la Convención. Esto significa que *toda persona menor de 18 años en el momento de la presunta comisión de un delito debe recibir un trato conforme a las normas de la justicia de menore***s**".

Resulta increíble que sea necesario hacer esta aclaración: el momento en que se define qué trato debe recibir una persona es el momento de la presunta comisión del delito, y no uno posterior. Si un NNyA comete un delito teniendo menos de 18 años, pero luego supera esa edad antes o después de la condena, eso no implica que se lo pueda tratar como un adulto. Más adelante, al tratar la pena de muerte (punto 75), el Comité indica que esta pena no es aplicable a la persona menor de 18 años al momento de la presunta comisión del delito, independientemente de cuál sea su edad cuando se celebre

el juicio, se dicte sentencia o se ejecute la pena. Se volverá a tratar este asunto más adelante (ver capítulo X.3.1).

Al tratar la temática de la prisión perpetua, el Comité expresa lo siguiente:

"71. El Comité desea subrayar que la respuesta que se dé al delito debe ser siempre proporcionada, no solo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a la edad, la menor culpabilidad, las circunstancias y las necesidades del menor, así como a las diversas necesidades de la sociedad, en particular a largo plazo. La aplicación de un método estrictamente punitivo no está en armonía con los principios básicos de la justicia de menores enunciados en el párr. 1 del art. 40 de la Convención (véanse párrs. 5º a 14 *supra*) (...)

77. No se condenará a cadena perpetua sin posibilidad de puesta en libertad o libertad condicional a ningún joven que tuviera menos de 18 años en el momento de cometer el delito. *Con respecto a las sentencias dictadas contra menores, la posibilidad de la puesta en libertad deberá ser realista y objeto de examen periódico.* En este sentido, el Comité se remite al art. 25 de la Convención, donde se proclama el derecho a un examen periódico para todos los niños que hayan sido internados para los fines de atención, protección o tratamiento. El Comité recuerda a los Estados Partes en los que se condenan a menores a la pena de cadena perpetua con la posibilidad de la puesta en libertad o de libertad condicional que esta pena debe estar plenamente en armonía con los objetivos de la justicia de menores consagrados en el párr. 1º del art. 40 de la Convención y fomentar su consecución. Esto significa, entre otras cosas, que el menor condenado a esta pena debe recibir una educación, un tratamiento y una atención con miras a su puesta en libertad, su reintegración social y el desempeño de una función constructiva en la sociedad. *También requiere que se examinen de manera periódica el desarrollo y la evolución del niño para decidir su posible puesta en libertad. Teniendo en cuenta la probabilidad de que la condena de un menor a cadena perpetua, aun con la posibilidad de su puesta en libertad, hará muy difícil, por no decir imposible, la consecución de los objetivos de la justicia de menores, el Comité recomienda firmemente a los Estados Partes la abolición de toda forma de cadena perpetua por delitos cometidos por menores de 18 años* (el destacado me pertenece)".

Empecemos con lo básico: el Comité recomienda la abolición de la pena de prisión perpetua con posibilidad de libertad dada la imposibilidad de cumplir con los objetivos de la justicia penal juvenil. Este criterio, recordemos, fue sostenido por la Corte IDH en el fallo "Mendoza".

Además, el Comité (como en su turno hizo la Corte IDH) hizo hincapié en la necesidad de *exámenes periódicos para una puesta en libertad realista*, principio derivado del 37.b de la CDN, en cuanto dispone que la privación de la libertad (independientemente del monto de la pena) debe ser una medida de último recurso y por el plazo más breve posible. La única forma de determinar si ese plazo es efectivamente 'el más breve' es mediante exámenes periódicos.

Visto desde este punto de vista, *el espíritu de la libertad condicional en nuestro país* (conf. art. 13 del Cód. Penal) *no llega a satisfacer este precepto convencional* ya que exige que el condenado este una buena parte de su condena en sin que antes pueda obtener su libertad en la legislación nacional.

A nivel provincial, existe la libertad asistida del art. 102 de la ley provincial 12.256, que habilita la libertad seis meses antes que la libertad condicional, pero sigue imponiendo un requisito temporal que se da de bruces con la idea de los exámenes periódicos. Asimismo, tenemos la libertad asistida del art. 79 de la ley provincial 13.364, que ya fue tratada anteriormente.

Queda claro que el Comité decidió no tratar cuál debería ser el monto máximo de pena en el Derecho Penal Juvenil. Sin embargo, el límite que impone el Comité no viene por el lado de cuánto tiempo debe durar la pena en

total, sino cuanto tiempo debe durar la privación de la libertad en particular. El derecho a una posibilidad realista de puesta en libertad en conjunción con la obligación de los exámenes periódicos y el derecho a que la privación de la libertad dure el plazo más breve posible brinda un claro enfoque.

Tampoco indica el Comité cada cuanto debe ser este examen periódico, sin perjuicio de lo cual es lógico concluir que debe ser en un tiempo razonable, y también ligado al monto de la pena. De poco serviría que la revisión fuera anual si la privación de la libertad durará menos de un año.

Como paralelismo, y en la legislación provincial, podemos observar que la prisión preventiva de un joven solo puede durar un máximo de un año y que debe ser revisada obligatoriamente antes de los seis meses, tal como lo indica el art. 43 de la ley 13.634. Asimismo, a pedido de parte, es posible revisar la medida cada tres meses (lo que implica que la revisión a los 3 y 9 meses deba ser pedida, y la de los 6 meses sea obligatoria). Podría ser este un buen punto de partida para lo que significa la revisión de la privación de la libertad como condena, tema al que se volverá más adelante (ver capítulo X.3.3).

El punto 40 (y luego en el 92 y 93) de la Observación General 10 indica que la garantía a un juez especializado, como así también la especialización de todo el personal profesional que intervenga (agentes de policía, fiscales, representantes legales y otros representantes del niño, agentes de libertad vigilada, asistentes sociales, etc.) forma parte de la garantía a un juicio imparcial.

El Comité también indica que la prisión preventiva de NNyA debe ser una medida de último recurso y por el plazo más breve posible, observando con preocupación a algunos Estados que permiten que esto dure meses o años. Indica la necesidad de contemplar otras alternativas a esta medida (puntos 79 y 80). También hace mención de varias condiciones de tratamiento, condiciones, alojamiento, derechos procesales, y demás asuntos (como la obligación de escolarización) que exceden al marco de esta tesis.

VII.4. Conclusión de la sección

Es escalofriante observar tantos países en el mundo que tratan a los NNyA como si fueran adultos en el ámbito penal, o que le aplican penas privativas de la libertad que provocan el mismo efecto que si los consideraran adultos, como es la prisión perpetua o penas altísimas (especialmente teniendo en cuenta que la prisión perpetua para adultos no es permitida en todos los países). Aún peor es observar que existen países en América que permiten la aplicación de la pena de muerte.

Es evidente que se han analizado una gran cantidad legislaciones que no son buenos ejemplos. También es bastante claro que no solo la Comisión y la Corte IDH (como se vio en el fallo "Mendoza", apartado I.3.) sino también el Comité de los Derechos del Niño de la ONU establecen los estándares internacionales derivados de la CDN.

Teniendo estos estándares como elemento tamizador, sería posible realizar un análisis de aquellos países que sí son capaces de satisfacerlos.

La SCOTUS, al momento de definir si una pena es inusual o extraordinaria toma en cuenta el consenso nacional estadounidense. Realizando un paralelismo con tal razonamiento, creo que sería un interesante punto de comparación si se realiza una suerte de consenso interamericano respecto de qué penalidades se podría considerar proporcional. Obviamente, esta comparación sería interesante solo para sumar un nuevo punto de análisis a la discusión desde un dato fáctico, y no implica una obligatoriedad.

Si nos guiáramos con ese norte, observaríamos que las penas máximas en el continente americano que respetan los estándares internacionales oscilan entre 3 y 10 años de

prisión **(72)**, con un promedio que ronda los 7 años de prisión (ver el Anexo II, en donde se puede observar un gráfico con todos los máximos de pena analizados).

Esta media se da de bruces con legislación argentina, que permite penas muchísimo más altas, al punto que *algunas calificaciones legales poseen una pena mínima que es mayor a este promedio.* Es simplemente inaudito: la pena mínima de algunos delitos en Argentina cometidos por NNyA es superior a la pena máxima promedio del continente que satisface estos estándares.

Considero que este dato es sencillamente escalofriante, y da cuenta de las penas draconianas que se aplican a los NNyA en nuestro país. A su vez, también puede observarse los institutos de la ley de ejecución penal (que son replicados en el Derecho Penal Juvenil sin más) tampoco cumplen con los estándares internacionales al no permitir una posibilidad real de liberación en el plazo más breve posible, ni se encuentra reglamentada la posibilidad de una revisión periódica de la condena.

El caso más claro es la pena de prisión perpetua que hoy en día, si fuera aplicada a un NNyA, tendría una posibilidad de liberación recién a los 35 años (art. 13 del Cód. Penal según ley 25.892). Esto también acontece en caso de penas elevadas, como puede ser 12 años de prisión cuya liberación es posible a los 8 años, por lo que el examen periódico es inexistente en nuestras leyes.

En cualquier caso, todos estos asuntos son consecuencias del problema madre, esto es, los excesivos montos de pena que se aplican contra jóvenes, por lo que si resolviéramos ese problema el resto de los asuntos se verían mucho más armonizados. Pero ello no quita que también desde este punto de vista podamos observar otra de las terribles consecuencias de nuestra actual legislación en materia penal juvenil.

De la misma manera, es muy destacable la numerosa cantidad de países que tienen la posibilidad de aplicar condenas diferentes a la prisión (ya sea efectiva o en suspenso). Estos son: Antigua y Barbuda, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

Todos estos son buenos ejemplos de cómo se puede armonizar el Derecho Penal Juvenil incorporando otro tipo de sanciones posibles, más allá de la prisión. Y es que en determinados delitos puede tener mucho más sentido que se imponga una amonestación, pedido de disculpas a la víctima y reparación del daño que una condena de prisión en suspenso. Esta visión del Derecho Penal Juvenil abre puertas para encontrar una solución más armoniosa de los derechos y garantías del niño, como así también permitiría cumplir los ideales de la justicia restaurativa. Retomare este tema en el capítulo X.2.3.

III. Bibliografía

BELOFF, Mary, "Los Sistemas de Responsabilidad Penal Juvenil en América Latina", en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio - BELOFF, Mary, *Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, Ed. Temis - Depalma, Bogotá, 1998.

— "Los derechos del niño en el sistema interamericano", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004, 1ª ed., 204 ps., ISBN: 978-9120-65-5.

— "Los adolescentes y el sistema penal. Elementos para una discusión necesaria en la Argentina actual", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 6, nro. 1, Buenos Aires, 2005, ISSN 0328-5642,

(72) Descarto la pena máxima de 15 años de prisión que permite El Salvador y Costa Rica y 12 de Paraguay, no solo porque las mismas son desproporcionada, sino además porque en los informes respectivos el Comité de los Derechos del Niño se ha expresado enfáticamente en contra de esas disposiciones legislativas, por lo que no se puede afirmar que respeten los estándares internacionales.

http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n6N1-Octubre2005/061Juridica05.pdf.

BELOFF, Mary (dir.), "Nuevos problemas de la justicia juvenil", Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 2017, 1ª ed., 402 ps., ISBN: 978-987-745-077-4.

BELOFF, Mary - FREEDMAN, Diego - KIERSZENBAUM, Mariano - TERRAGNI, Martiniano, "La sanción en el Derecho Penal Juvenil y el ideal de educación", en BELLOF, Mary (dir.), ob. cit., 2017a, ps. 113-138.

— "La justicia juvenil y el juicio abreviado", en BELLOF, Mary (dir.), ob. cit., 2017b, ps. 139-186.

BELOFF, Mary - FREEDMAN, Diego - TERRAGNI, Martiniano, "Las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia penal juvenil", en BELLOF, Mary (dir.), ob. cit., 2017a, ps. 39-88.

— "Debido proceso y niños inimputables en razón de la edad en la jurisprudencia argentina", en BELLOF, Mary (dir.), ob. cit., 2017b, ps. 187-216.

BELOFF, Mary - KIERSZENBAUM, Mariano, "Aportes para la discusión sobre la reforma del sistema de responsabilidad penal de adolescentes en la República Argentina", en BELLOF, Mary (dir.), ob. cit., 2017, ps. 21-38.

BELOFF, Mary - KIERSZENBAUM, Mariano - TERRAGNI, Martiniano, "La pena adecuada a la culpabilidad del imputado menor de edad", LA LEY, año LXXXVI, nro. 43, Buenos Aires, 05/03/2012, ISSN: 0024-1636.

— "La pena adecuada a la culpabilidad del imputado menor de edad", en BELLOF, Mary (dir.), ob. cit., 2017, ps. 89-112.

BELOFF, Mary - TERRAGNI, Martiniano, "La extensión del principio de especialidad a la ejecución de sanciones aplicadas a menores penalmente responsables cuando adquieren la mayoría de edad", en BELLOF, Mary (dir.), ob. cit., 2017, ps. 281-298.

CORTÉS MORALES, Julio, "La infancia y el sistema penal chileno. La Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes en el marco de las transformaciones del control social y el castigo", *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, fasc. 9, septiembre de 2008, ps. 1584-1598, ISSN: 1851-0353.

ELHART, Raúl, "Individualización judicial de la pena en el derecho argentino", tesis doctoral, Ed. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Director: Doctor Ricardo Ferrario, 2012, http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/34940/Documento_completo.pdf?sequence=3 [consultado 07/03/2018].

— "Sobre la perforación de los mínimos de las escalas penales en el fuero penal juvenil y la doctrina del máximo tribunal de justicia bonaerense y su enlace con el fallo 'Maldonado' de la Corte Suprema", *Revista El Derecho Penal*, *El Derecho*, nro. 121, Ed. UCA, Buenos Aires, diciembre de 2013, ps. 5-9, ISSN: 1667-1805.

— "Sobre la imposibilidad de imponer pena de prisión perpetua a los menores punibles y el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Mendoza y otros vs. Argentina de fecha 14 de mayo de 2013", *Revista Pensamiento Penal*, edición 165, Buenos Aires, marzo de 2014, ISSN: 1853-4554, http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/38352-sobre-imposibilidad-imponer-pena-prision-perpetua-menores-punibles-y-fallo-corte [consultado el 11/11/2016].

IIN (Instituto Americano del Niño de la OEA), "Legislación ateniente a la Niñez en las Américas", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1995, ISBN: 950-14-0851-5.

MELÉNDEZ REYES, Víctor M., "La imparcialidad objetiva en el proceso penal contra adolescentes. Aspectos sustantivos y procesales. Especial referencia a la sentencia de competencia 27-COMP-2011", tesis de maestría, Universidad de El Salvador, Escuela de Ciencias Jurídicas, Asesor: Dr. Rei-

naldo González, Ed. Ciudad Universitaria, San Salvador, marzo de 2014, http://ri.ues.edu.sv/5730/1/La%20imparcialidad%20objetiva%20en%20el%20proceso%20penal%20contra%20adolescentes%20aspectos%20sustantivos%20y%20procesales%20especiales.Referencia%20a%20la%20sentencia%20de%20competencia%2027-%20Comp.-%202011.pdf [consultado 20/05/2017].

MUÑOZ ORTEGA, José M., "Hacia una sistematización de la relación entre determinismo y libertad", *Daimon Revista Internacional de Filosofía*, 56:5-19, Murcia, 2012.

— "Neurofilosofía y libre albedrío", *Daimon Revista Internacional de Filosofía*, 59: 57-70, Murcia, 2013.

— "Mecánica cuántica y libre albedrío: cinco cuestiones fundamentales", *Daimon Revista Internacional de Filosofía*, 19[1]:65-92, Murcia, 2015a.

— "Libre Albedrío y Responsabilidad Moral: Una aproximación desde la Neurociencia (tesis doctoral)", Ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia (Facultad de Filosofía), Madrid, 2015b, http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:Filosofia-Jmmunoz/MUNOZ_ORTEGA_Tesis.pdf [consultado 20/05/2017].

— "El libertarismo frente a los experimentos 'tipo Libet'", Conferencia Magistral presentada en el Seminario del Grupo Ciencia, Razón y Fe, en la Universidad de Navarra, Pamplona, el 20/09/2016, https://youtu.be/cyBDfV-ZKPg [consultado 20/05/2017].

— "Causalidad mental y neurociencia: el modelo de la poda semántica", *Theoria*, vol. 33, nro. 3 (en prensa), San Sebastián (España), 2018, eISSN: 2171-679X | ISSN: 0495-4548. DOI: 10.1387/theoria.17312.

PIÑERO, Veronica B., "Protección del Menor vs. Protección de la Sociedad. La racionalidad penal moderna en la justicia de menores", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, 1ª ed., 142 p. (traducido por la autora), ISBN: 978-950-894-627-0 (primera publicación: "The semantic of repression: Linking, opposing and linking again rehabilitation and protection of society", *Revue Générale de Droit [189]*, University of Otawa, 2006, 36:2).

— "Canadian International Human Rights Obligations in the Context of Assisted Human Reproduction": 193-240, en AA.VV., *The Canadian Yearbook of International Law (Annuarie canadien de Droit international)*, vol. XLVI, Ed. UBCPress, Vancouver-Toronto, 2008, ISBN: 978-077-481-780-6.

— "Transformations in the Canadian Youth Justice System. Creation of Statutes and the Judicial Waiver in Quebec", tesis doctoral, Ed. Universidad de Ottawa, Facultad de Derecho, Doctorado en Leyes, 2013, http://oatd.org/oatd/record?record=handle%5C:10393%5C%2F24065 [consultado el 11/11/2016].

SANTOIANNI, Juan Pablo, "Algunas consideraciones sobre la reducción de la pena en la forma prevista para la tentativa y sus proyecciones en diversos institutos procesales", en BELLOF, Mary (dir.), ob. cit., 2017, ps. 325-340.

UNICEF — AA.VV., "Sentencias de reclusión perpetua y prisión perpetua a personas menores de 18 años de edad en la República Argentina (1997-2003)" (coautoría CPACF), Ed. UNICEF Argentina, Buenos Aires, 2003a, 292 ps., ISBN: 987-9286-35-2, http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PESentencias.pdf.

— "Situación de niños, niñas y adolescentes privados de libertad en la Provincia de Buenos Aires" (coautoría CELS), Ed. UNICEF Argentina, Buenos Aires, 2003b, 194 ps., ISBN: 987-9286-42-5, http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PESituacionninosprivadoslibertad.pdf [consultado el 11/04/2016].

— "Derechos del Niño. Seguimiento de la Aplicación de la Convención de los Derechos del Niño. Estándares mínimos de derechos humanos para una nueva ley de Justicia Penal Juvenil" (coautoría SENAF), Ed. UNICEF Argentina, Buenos Aires, 2005,

27 ps., http://www.unicef.org/argentina/spanish/estandaresminimos.pdf [consultado el 11/04/2016].

— "Privados de Libertad. Situación de Niños, Niñas y Adolescentes en la Argentina" (coautoría SENAF), Ed. UNICEF Argentina, Buenos Aires, 2006, 116 ps., ISBN-13: 978-92-806-4038-0, http://www.unicef.org/argentina/spanish/UNI-DDHHcompleto.pdf [consultado el 11/04/2016].

— "Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Seguimiento de la Aplicación de la Convención de los Derechos del Niño. Estándares de derechos humanos para la implementación de un Sistema de Justicia Penal Juvenil" (coautoría SENAF), Ed. UNICEF Argentina, Buenos Aires, 2007a, 169 ps., http://www.unicef.org/argentina/spanish/derechos_de_ninos.pdf [consultado el 11/04/2016].

— "Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Seguimiento de la Aplicación de la Convención de los Derechos del Niño. Conceptos, Debates y Experiencias en la Justicia Penal Juvenil", Ed. UNICEF Argentina, Buenos Aires, 2007b, 136 ps., http://www.unicef.org/argentina/spanish/Cuadernillo_Justicia_Penal_Juvenil.pdf [consultado el 11/04/2016].

— "Adolescentes en el Sistema Penal. Situación actual y propuestas para un proceso de transformación" (coautoría SENAF), Ed. UNICEF Argentina, Buenos Aires, 2008, 108 ps., ISBN-13: 978-92-806-4043-0, http://www.unicef.org/argentina/spanish/Adolescentes_en_el_sistema_penal.pdf [consultado el 11/04/2016].

— "Avances y Desafíos de un Sistema Penal Juvenil en Construcción", Ed. UNICEF Argentina, Buenos Aires, 2009, 251 ps., http://www.unicef.org/argentina/spanish/SISTEMA_PENAL_JUVENIL_baja.pdf [consultado el 11/04/2016].

— "Procedimientos Penales Juveniles a Nivel Provincial. Estado de avance de la adecuación a la Convención sobre los Derechos del Niño en la reforma legislativa y en la jurisprudencia provincial" (coautoría SENAF), Ed. UNICEF Argentina, Buenos Aires, 2012, 72 ps., ISBN: 978-92-806-4589-4, http://www.unicef.org/argentina/spanish/Procedim_Penals_02-12.pdf [consultado el 11/04/2016].

— "Superando el adultocentrismo", Ed. UNICEF Chile, Santiago de Chile, 2013, http://unicef.cl/web/wp-content/uploads/2012/12/UNICEF-04-SuperandoelAdultocentrismo.pdf [consultado 22/09/2018].

WHITE, Kevin, "The Constitution Limits of the 'National Consensus' Doctrine in Eighth Amendment Jurisprudence", *BYU Law Review*, nro. 1367, art. 6º, issue 4, Provo, Utah, 2012, https://digitalcommons.law.byu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2682&context=lawreview [consultado el 01/06/2018].

ZAFFARONI, Raúl E., "En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1990, ISBN: 950-574-077-8.

— "Hacia un realismo jurídico penal marginal", Ed. Monte Ávila, Caracas, 1993.

— "Criminología. Aproximación desde el margen", Ed. Temis, Bogotá, 1998.

ZAFFARONI, Raúl E. - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, "Derecho Penal. Parte general", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, 2ª ed., ISBN: 950-574-155-3.

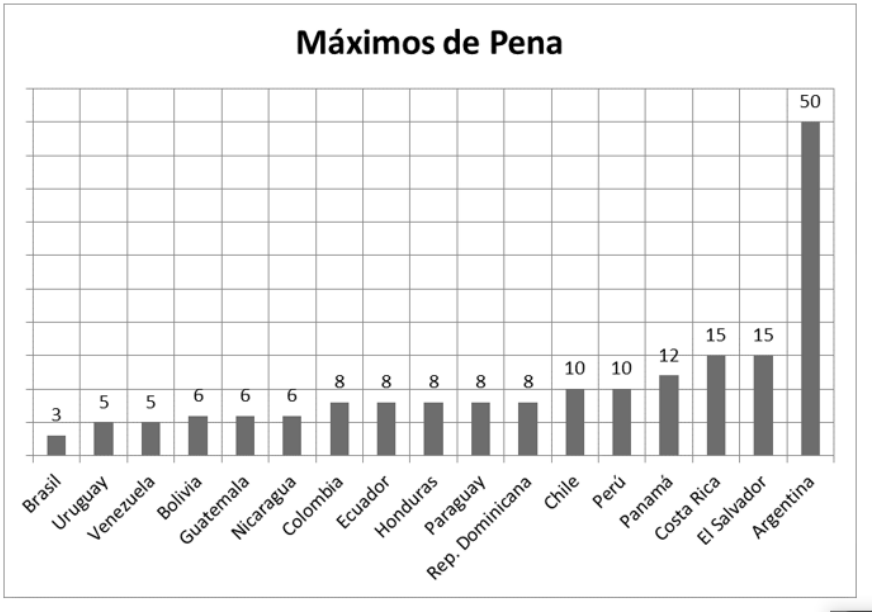
ZAFFARONI, Raúl E. - ARNEDO, Miguel A., "Digesto de Codificación Penal Argentina", Ed. AZ, Buenos Aires, 1996, 1ª ed., vol. 1, 382 ps., ISBN: 950-534-373-6.

ZAFFARONI, Raúl E. - NINO, Carlos, "Un debate sobre la pena", Ed. del Instituto, Buenos Aires 2004, 1ª ed., ISBN: 987-98793-5-X.

ZAFFORE, Jorge, "El derecho como conocimiento", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2012, 1ª ed., 432 ps., ISBN: 978-950-508-988-8.

ZIFFER, Patricia, "Lineamiento de la determinación judicial de la pena", Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2013, 2ª ed., 2ª reimpr., 202 ps., ISBN: 978-950-894-189-3.

IV. Anexo



Países Excluidos[74]	Motivo
Bahamas	Permite la **pena de muerte** a jóvenes
Barbados	Trata al joven como adulto
Belice	Permite la prisión perpetua a jóvenes
Canadá	Trata al joven como adulto
Cuba	Trata al joven como adulto
Dominica	Permite la prisión perpetua a jóvenes
Estados Unidos de América	No ratificó la CDN
Federación de San Cristóbal y Nieves	No fue posible encontrar su legislación
Granada	Trata al joven como adulto
Guyana	Trata al joven como adulto
Haití	Trata al joven como adulto
Jamaica	Permite la prisión perpetua a jóvenes
México	Trata al joven como adulto
San Vicente y las Granadinas	Trata al joven como adulto
Santa Lucía	Permite la **pena de muerte** a jóvenes
Suriname	Trata al joven como adulto
Trinidad y Tobago	Permite la prisión perpetua a jóvenes

(73)

(73) Territorios excluidos por no ser países soberanos: Anguila, Aruba, Bermudas, Bonaire, Isla Clipperton, Curazao, Groenlandia, Guadalupe, Guayana Francesa, Islas Caimán, Islas Georgias del Sur y Sándwich del Sur, Islas Malvinas, Islas Turcas y Caicos, Islas Vírgenes Británicas, Islas Vírgenes de los Estados Unidos, Martinica, Montserrat, Isla de Navaza, Puerto Rico, Isla de Saba, San Bartolomé, San Martín, San Pedro y Miquelón, San Eustaquio, y Sint Maarten.

COMENTARIO BIBLIOGRÁFICO

Criterios de oportunidad en el proceso penal. Su análisis desde los derechos y garantías constitucionales (*)

Autores: Carlos M. Romero Berdullas
Datos editoriales: Ediar, Buenos Aires, 2020

Reseña de
JUAN CRUZ ARTICO (**)

Últimamente hemos presenciado el advenimiento paulatino de los códigos procesales acusatorios. En la actualidad, en casi todo el territorio nacional las investigaciones penales se encuentran en cabeza del Ministerio Público Fiscal, circunstancia que trae consigo la discusión sobre un instituto estrechamente vinculado con este modelo procesal: el principio de oportunidad.

Tradicionalmente en la República Argentina rigió el principio de legalidad procesal, esto es, el deber del Ministerio Público Fiscal de ejercer de oficio la acción penal ante la noticia de un delito de acción pública. No obstante, la ley 27.147 **(1)** introdujo en el Código Penal novedosos criterios de oportunidad y nuevas causales de extinción de la acción.

En esta ocasión, Carlos M. Romero Berdullas (quien no aborda el tema por primera vez **(2)**) analiza la reforma legal en un trabajo abarcador y riguroso que pone en discusión la validez constitucional del principio y los criterios de oportunidad, echando mano de argumentos teóricos sólidos y de un depurado análisis normativo y jurisprudencial.

I. La obra comienza con un primer capítulo introductorio, de carácter general. Alude inicialmente a los antecedentes del instituto, que el autor ubica en el *write of nolle prosequi* ejercido desde el siglo XVI en Inglaterra, donde el procurador general podía desestimar el caso debido al interés general, para evitar pesquisas frívolas o insustanciales.

Acto seguido, repasa los esquemas receptivos de la oportunidad y los diferencia entre a) el libre, aquel en que el fiscal goza de la libre disponibilidad de la acción penal pública —Estados Unidos e Inglaterra—, y b) el reglado, en el cual la discrecionalidad de los fiscales se encuentra expresamente limitada por la ley —vgr., Alemania—. Concluye que solo el modelo libre cons-

(*) Romero Berdullas, Carlos M., "Criterios de oportunidad en el proceso penal. Su análisis desde los derechos y garantías constitucionales", Hammurabi, Bs. As., 2020.

(**) Abogado (UBA). Especialista en derecho penal (UBA). Diplomado en el Programa de actualización en gestión judicial (UBA). Doctorando en derecho penal y ciencias penales (USAL). Docente de derecho penal y procesal penal (UBA). Investigador (USAL). Secretario de redacción de la Revista de ciencias penales y criminológicas, IJ Editores. Capacitador del Centro de Formación Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Prosecretario Letrado de la Fiscalía General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y titular de la Oficina de Seguimiento de Implementación de la Política Criminal.

(1) Sancionada el 10/6/2015 y promulgada el 17/6/2015.

(2) Romero Berdullas, Carlos M., *De la inconstitucional regulación de la acción penal. Inconsecuencias de reformas contradictorias*, 23/4/19, el Dial-DC2735); *Derecho penal líquido. Inconstitucionalidad del principio de oportunidad*, Ad Hoc, Bs. As., 2020.

tituye un verdadero principio de oportunidad y que el paradigma reglado no es sino una expresión del principio de legalidad, en tanto consecuencia de una determinación propia y normal del Congreso.

II. En el capítulo II Romero Berdullas efectúa una reseña de las posturas que respecto del principio de oportunidad poseen algunos de los doctrinarios más destacados de nuestro país.

Así, resalta de Binder la conceptualización del instituto con base en a) la *ultima ratio* o relocalización y b) una selección orientada por razones de eficiencia política criminal. Subraya que a juicio de este autor existe una confusión entre la palabra "obligatorio" y la práctica "de oficio", circunstancia que lo lleva a negar el deber del Ministerio Público de perseguir todos los casos llegados a su conocimiento haya formado parte alguna vez del contenido del principio de legalidad. Por el contrario, el reconocido procesalista concibe a la noción de acción pública como un concepto totalmente artificial, pues la víctima siempre resulta su dueña natural y la obligación de justificar la participación estatal pasa a constituirse en regla.

Respecto de Maier, menciona su postura en cuanto a que la afirmación ciega de la legalidad procesal conduciría a graves disfunciones en un sistema signado por una selectividad oculta. Según Maier, explica Romero Berdullas, la oportunidad posibilita una racional administración de los recursos del sistema punitivo y también puede conducir a una reducción y simplificación de los procesos penales mediante un retorno (al menos parcial) a ciertas formas antiguas de solución de conflictos.

El autor continúa reseñando la opinión de Zaffaroni, para quien la oportunidad representa un recurso táctico frente a la arbitrariedad del poder punitivo; y por ende el principio bajo examen constituiría un paliativo a la violencia del sistema penal.

Finalmente, desde una perspectiva pragmática Rusconi afirma que la capacidad del Estado para perseguir todos los delitos cometidos, aun cuando fuera posible, devendría en la indeseable consecuencia de sancionar a casi todos los ciudadanos. En este sentido, apunta Romero Berdullas, el doctrinario analizado juzga positiva la implementación de la oportunidad dada su utilidad para a) una administración inteligente de los recursos judiciales, que deberán enfocarse sobre las infracciones de mayor gravedad, b) facilitar la incursión de métodos alternativos para resolver el conflicto y c) brindar herramientas procesales para aplicar correctivos a una serie de principios afincados en el nivel de la tipicidad —adecuación social del hecho, insignificancia, etcétera—.

III. En el capítulo III Romero Berdullas aborda la perspectiva de dos relevantes autores extranjeros: Winfried Hassemer y Teresa Armenta Deu.

El primero plantea una opción fundada en cierta combinación entre legalidad y oportunidad, en forma de principio de oportunidad reglado: la legalidad pone de relieve la justicia, en tanto la oportunidad remarca la finalidad (léase efectividad e inteligencia política). Y resume la propuesta en su famosa frase "tanta legalidad como sea posible y tanta oportunidad como sea necesario".

La segunda afirma que el principio de legalidad procesal dota de seguridad al particular, de que el fiscal se verá impulsado a perseguir todo delito, en consonancia con la ley vigente. No obstante, ofrece como los principales argumentos a favor de la oportunidad la necesidad de reconducir mediante criterios más ecuánimes y transparentes la irracionalidad de una "selectividad" velada, y la devolución del conflicto a las víctimas.

IV. Luego, en el capítulo IV el autor se dispone a analizar críticamente diversos criterios de oportunidad previstos en el art. 59 del código de fondo, en el art. 31 del Código Procesal Penal Federal y en otros ordenamientos de forma, a saber:

a- Conversión de la acción pública en privada **(3)**: su principal crítica finca en la contradicción axiológica que significa para el legislador el hecho de tipificar una conducta como delito de acción pública (es decir, como expresión de un acto gravoso para el todo social) y a la vez do-

(3) Art. 73, CP, modificado según ley 27.147

tar al fiscal de un margen de discrecionalidad en pos de evaluar si se halla gravemente comprometido el interés público.

b- Insignificancia procesal **(4)**: la diferencia de la insignificancia material **(5)** y considera que sujetar a la opinión del fiscal la apreciación política de la defensa de los intereses de la sociedad implica conferirle una facultad legislativa que por mandato constitucional corresponde al legislador

Indica asimismo como aspectos cuestionables de este criterio 1) el menoscabo a la seguridad jurídica y la previsibilidad, pues la pasividad del fiscal conducirá a parte de la ciudadanía a desconocer qué es materia de prohibición penal, 2) la tensión con el proceso acusatorio, al confundir funciones acusatorias y decisorias en un mismo órgano, 3) la ausencia de resortes constitucionales idóneos para controlar las decisiones adoptadas por los representantes del Ministerio Público Fiscal, traducidas a lo sumo en la circunstancial revisión de un fiscal del mismo organismo **(6)** y 4) el intento de legitimar o excusar de un modo "legal" el incumplimiento de las funciones asumidas.

c- Intervención penal de menor relevancia **(7)**: es un criterio de selección delimitado por la importancia del caso, emparentado por la doctrina a una proyección relativa de la insignificancia procesal, pero vinculada a la participación, culpabilidad y/o responsabilidad. Objeta el autor que en este caso la abstracción e imprecisión no solo complican la determinación de parámetros objetivos, sino también son disparadores de decisiones arbitrarias, en definitiva, guiadas por razones de eficiencia práctica y fundamentos político-criminales".

d- Pena carente de importancia **(8)**: obedece a la idea guía de no perseguir determinados hechos para enfocar todo el esfuerzo en el acontecimiento penal más grave o mejor probado; cuestión cuya crítica radica en que su aplicabilidad se basa en especulaciones sobre hechos futuros factibles de no concretarse.

e- Pena natural **(9)**: en este supuesto se advierte la significancia del fin retributivo de la pena y el principio de proporcionalidad. Romero Berdullas cuestiona la deficitaria ubicación normativa de este instituto, que en rigor de verdad no debe concebirse como un criterio de oportunidad, la cual podría subsanarse, regulando la denominada *poena naturalis* como una causa eximente o reductora de la pena comprensiva exclusivamente de los delitos culposos. Señala además la diferente regulación de la pena natural en las provincias, que en algunas abarca solo los delitos culposos y en otra también a los delitos dolosos, inexorablemente conduce a una aplicación del instituto vacua de coherencia y ecuanimidad en todo el territorio nacional.

f- Enfermedad incurable en estado terminal y/o avanzada edad **(10)**: resaltando que la indiferencia del fiscal ante un delito es un hecho sumamente grave y nocivo para la sociedad, el autor observa que ni el rango etario ni el menoscabo generado por una enfermedad terminal incurable disminuyen la culpabilidad del autor, relacionada con otros presupuestos como el conocimiento de la norma y la capacidad para motivarse de conformidad con ella. Por tal motivo, infiere, este criterio de oportunidad se enseña antagónico a la dignidad natural del hombre de setenta años o doliente de una enfermedad terminal e incurable.

(4) Art. 31, inc. a, Código Procesal Penal Federal.

(5) Explica el autor que la insignificancia material encuentra asidero en la aplicación de categorías, a partir de las cuales se considera atípicas nimias afectaciones de bienes jurídicos. En cambio, la insignificancia procesal constituye un concepto relativo que responde a razones político-criminales de relocalización o de eficiencia orientadas a enfocar la capacidad operativa del Ministerio Público Fiscal de modo tal, de otorgar prevalencia a la persecución de hechos socialmente más cuantificables, respecto a otros de menor relevancia.

(6) Vgr., la revisión por parte del Fiscal de Cámara prevista en los arts. 200, 201 y 202 del Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires.

(7) Art. 31, inc. b, Código Procesal Penal Federal.

(8) Art. 31, inc. d, Código Procesal Penal Federal.

(9) *Ibidem*.

(10) Si bien no se encuentra prevista en el Código Penal ni en el Código Procesal Penal Federal, el autor los incluye debido a su previsión en otras jurisdicciones, como el caso de los arts. 19, inc. 7°, y 44 de los Códigos Procesales Penales de las provincias de Santa Fe y Chubut, respectivamente.

Paralelamente, subraya que el instituto desvirtúa una serie de beneficios previsiones de índole humanitaria que ya están previstos otras normas (cf. arts. 7º y 10, CP y 32, ley 24.660 de ejecución penal.

g- Conciliación, acuerdo de partes y reparación **(11)**: Romero Berdullas vincula estas vías con la llamada "justicia restaurativa". Sus principales objeciones refieren a que 1) al atender únicamente la relación entre la víctima particular y el victimario, desdeña el interés público siempre comprometido en la consumación de un delito de acción pública, 2) socava el valor preventivo general de las penas, pues quien delinca ya sabrá por anticipado, que la impunidad se encuentra a su alcance a través de una conciliación, el perdón de la víctima particular y/o la entrega de una suma dineraria, 3) afecta la presunción de inocencia, 4) contraviene la prohibición de efectuar transacciones o negocios jurídicos sobre la acción penal pública, y 5) conlleva una confusión sustancial entre "conflicto" y "delito", pues estos términos no constituyen sinónimos.

V. El capítulo V se compone de análisis de fallos relevantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la Cámara Federal de Casación Penal, la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Tribunales Orales en lo Criminal y Correccional de la Capital, Cámaras Federales y Tribunales Orales Federales del interior, Tribunales Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y tribunales superiores del interior.

VI. Finalmente, la obra incorpora dos anexos. El primero, una selección de sumarios de los tribunales mencionados en el apartado previo, más Tribunales Orales en lo Penal Económico y la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El segundo anexo contiene el texto del Criterio General de Actuación establecido mediante la res. 79/2019 **(12)** de la Procuración General de la Nación, que impuso a los integrantes del Ministerio Público Fiscal de la Nación que apliquen las reglas de disponibilidad de la acción penal previstas en el Código Procesal Penal Federal en aquellas jurisdicciones en las cuales aún rige el procedimiento de la ley 23.984.

VII. En resumen, podemos decir que el principio de oportunidad encuentra justificación teórica en tres grandes postulados: 1) la devolución del conflicto a la víctima, a través de la promoción de métodos de resolución alternativos; 2) la racionalidad de la persecución, traducida en la no criminalización de conductas de escaso impacto lesivo; y 3) la administración eficiente de los recursos judiciales.

Ahora bien, Romero Berdullas pone en crisis estos tres puntos presentando como contrapartida: 1) el interés social afectado por el delito; 2) la contradicción con la significación social que el legislador asignó a aquellas conductas tipificadas como delitos de acción pública; y 3) la utilización del principio como una mera forma de excusar y compensar el rendimiento deficitario del sistema.

Para ello nos presenta un amplio abanico de réplicas que se basan en el derecho constitucional, el derecho procesal, la dogmática penal, las teorías de los fines de la pena, la criminología, la política criminal y la técnica legislativa. Y al margen de compartirlos o no, no puede negarse su solvencia, el esfuerzo argumental que denotan y el amplio conocimiento del autor de la obra, quien navega con igual destreza por todas las aguas de la ciencia penal.

Por cierto, el principio que aquí abordamos no goza de exclusividad, no emerge solitariamente en el vasto horizonte de la discusión jurídica. Existen otros institutos que merecieron igual discusión sobre su naturaleza sustantiva o adjetiva (vgr. la prescripción de la acción, la suspensión del juicio a prueba) y otros —sobre todo en el campo de la teoría del delito— que también son objeto de crítica bajo el pretexto de que aglutinan conceptos y los ubican sistemáticamente de manera defectuosa (imputación objetiva, tipicidad conglobante).

Ante órganos judiciales superados por la carga laboral y unas agencias penales que operan de manera selectiva ¿Es el principio de opor-

(11) Art. 59, inc. 6°, Código Penal.

(12) Dictada el 25 de noviembre de 2019.

tunidad el reconocimiento de la victoria del *ser* sobre el *debe ser*? ¿Acaso es producto de la resignación ante el fracaso de la legalidad procesal o acarrea beneficios genuinos para la sociedad? Para Romero Berdullas el deber ser apunta hacia la concreción de la legalidad procesal. Pero autores de relevancia que el propio autor cita emparentan al verdadero *deber ser* con el propio principio de oportunidad, en tanto herramienta de minimización punitiva, pacificación social y eficacia en la prestación del servicio de justicia.

¿En qué medida el principio aquí abordado violenta la división de poderes al conferir a los fiscales potestades legislativas, cuando es la propia ley la que le asigna esa facultad? Como apunta con lucidez Rusconi ¿No agregaría coherencia al sistema que soluciones sustantivas tengan correlato en la ley adjetiva (trayendo a colación la famosa frase de Beling de que el derecho penal no le toca un pelo al delincuente)? ¿Se espera realmente de un modelo de justicia penal la persecución y sanción de todos y cada uno de los ilícitos cometidos? En la respuesta a estas preguntas, entre otras tantas, está la decisión de aferrarse a la oportunidad o de sumarse al equipo de nuestro autor.

En definitiva, la obra comentada trae a debate un instituto que a menudo se acepta sin más como consecuencia necesaria del sistema acusatorio. Aquellos que discrepan del principio de oportunidad reforzarán su opinión y se nutrirán de explicaciones sólidas; en cambio, sus defensores serán puestos a prueba, ensayarán nuevos fundamentos o probablemente revean su postura. Quizás esto último sea el mayor mérito de Romero Berdullas y es lo que hace tan recomendable su libro: él no tiene ninguna duda, pero presenta argumentos de peso como para sembrarla en los lectores.

Derecho penal, Parte General, I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito (*)(**)

Autores: Claus Roxin y Luís Greco

Datos editoriales: Ediar, Buenos Aires, 2020

Reseña de

BONN GÜNTHER JAKOBS (***)

La 5.ª edición, ya incrementada en todo caso en 100 páginas según la numeración de pp., la ha ampliado *Greco* de un modo considerablemente mayor: el tamaño de los caracteres ha sido reducido claramente, algunas rúbricas han sido ahora incluidas dentro del comienzo del siguiente párrafo y otros cambios más de ese estilo. Este crecimiento es el precio que hay que aceptar para mantener las virtudes de este libro de *Roxin* tan valorado en amplias partes del mundo, o sea, para conservar la fundamentación a fondo, a veces casi monográfica de las teorías defendidas, la información no menos a fondo, las más de las veces ubicada en el texto, sobre las restantes opiniones ajenas existentes junto con la valoración de ellas, y las amplias, a veces hasta más que abundantes citas y referencias. Preservar esas características en una nueva edición aparecida casi década y media después de la anterior requiere sea como sea espacio, tanto más por cuanto que *Greco* no ha reducido los pasajes informativos, sino que mantiene las cualidades de un tratado y simultáneamente de un compendio. En esta situación se impone la pregunta de qué se puede recensionar en un espacio necesariamente limitado: o bien las modificaciones y adiciones de *Greco*, que ciertamente asume inmodificados todos los contenidos decisivos, de tal modo que solo resultaría una reseña más bien de puntos concretos, o por el contrario al menos algunos extractos seleccionados —completamente conforme a los propios intereses del *recensor* y con intención marcadamente crítica— del total de la obra, tal como actualmente se presenta. Esto último es lo que se va a intentar; pues designar unos cuantos pasajes de los que pertenecen al estado ya asegurado en la actual ciencia del Derecho penal significaría aburrir al lector experto.

Esta recensión en forma de extractos ha de comenzar con el capítulo "dogmática del Derecho penal y sistema del Derecho penal" (§ 7). Aquí fue aún *Roxin* quien ha expuesto las fases de la evolución histórica, en especial el sistema "clásico" del causalismo, el "neoclásico" con el reconocimiento de elementos subjetivos del ilícito o injusto, y la teoría final de la acción, de la que afirma —certeramente, por cierto— que, aunque mayoritariamente es "rechazada como teoría de la acción", no obstante, es aceptada y asumida en su consecuencia más importante (el dolo como elemento del tipo) (7/24). Sigue un esbozo de la concepción propia, en particular

(*) Recensión de: Claus Roxin - Luís Greco, "Strafrecht, Allgemeiner Teil, I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre" [Derecho penal, Parte General, I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito], München, Beck, 2020, XXXV, 5.ª ed., 1249 ps. Original alemán publicado en GA 2021, pp. 53-57. Esta traducción española aparece inicialmente en las revistas InDret 2021-2 y ForoFICP 2021-1.

(**) Traducción de Diego M. Luzón Peña

(***) Catedrático de Derecho Penal (emér.) Univ. de Alcalá, Madrid. Presidente de Honor de la FICP.

con su conocida distinción entre culpabilidad y responsabilidad (7/29). Ahora, bajo la rúbrica "evoluciones recientes" *Greco* informa sobre numerosas posiciones defendidas hoy (7/33a — q). Entre otras trata el "modelo neoidealista" de la escuela de E. A. Wolf, así como modelos de orientación normativa y modelos de orientación comunicativa. En particular se censura enérgicamente esta última teoría, aunque ciertamente incurriendo en algunos malentendidos: En caso de un comportamiento delictivo no se trata de una "manifestación" o "declaración" aislada, y producida del modo que fuera, o incluso de una "fracasada comunicación... con el Estado" (7/33p), sino antes bien del intento de comprender un *factum brutum*, más allá del cual no pasa el comportamiento de un hecho *per se* (¡!), como acontecimiento *social* (no: estatal; el significado e incluso el lenguaje no son algo "estatal"). Si el hecho de configurar el mundo social tiene un significado, ello no quiere decir que la configuración misma no sea un componente constitutivo de lo social. Este malentendido se encuentra ya en relación con los fines de la pena (3/36e). Conviene recordar que ya *Welzel* entendió la acción como "expresión de sentido" (ZStW 58 [1939], 491, 503 y en otras muchas).

Sobre la relación entre pensamiento sistemático y problemático (sistemática *versus* tópica, o sea *versus* limitados sistemas ad-hoc) las bases proceden aún de *Roxin*. Como ventajas de la sistemática se menciona entre otras la aplicación uniforme del Derecho y el surgimiento de un marco para seguir desarrollando el Derecho (7/40 s.), y como desventajas el "olvido o descuido de la justicia en el caso concreto" y la posibilidad de "deducciones sistemáticas no legitimables político-criminalmente" (7/48 ss.), y ello con el resultado de admitir también complementariamente argumentaciones tópicas (7/54 s.). Se sostiene que debe producirse un "sistema estructurado teleológicamente" (7/58, 86 ss.), para lo que las "finalidades rectoras" han de ser "...de tipo político criminal" (7/59), de tal modo que importa un sistema de valoraciones, y no p. ej. uno de acontecimientos externos o psíquicos ("externo", "interno"), en el que los defensores del causalismo creían poder iniciar su construcción. Esa división (sistema *versus* justicia en el caso concreto) no evita sin embargo las usuales dificultades que aparecen siempre que se toma en consideración la llamada justicia del caso concreto; ya que ¿en qué se va a poder reconocer si ella es errónea a efectos de argumentación sistemática? A ese respecto solo puede tratarse de deducciones a partir de *otro* sistema; pues desordenadas valoraciones y desordenados casos concretos, a falta de un contexto ordenador, no enseñan o ilustran nada. —Ahora bien, la desventaja o defecto lógico-sistemático es al mismo tiempo una ventaja del libro; este, debido al manejo de sistemática y tópica una junto a otra, no conduce en ningún punto a conclusiones que por sí mismas (¡!) no sean como mínimo plausibles—. *Greco* amplía ahora lo anterior con una amplia exposición sobre el "futuro de la dogmática del Derecho penal" (7/85a — x). Al respecto se enfrenta a la extendida opinión de que dogmáticamente hay poco nuevo que decir y menciona como campos de trabajo actuales la teoría del bien jurídico, la teoría de la pena y el concepto de culpabilidad (7/85c). A su juicio, puede ser algo discutible si el estado de la dogmática se ha convertido en demasiado complicado (7/85s); aunque ciertamente podría constatarse un cierto desinterés del lado de la jurisprudencia (7/85g ss.) — Los planteamientos orientados filosóficamente son tratados por él muy escépticamente, cuando no incluso rechazados (7/85o s.).

Seguidamente algunas observaciones sobre la teoría del bien jurídico (§ 2): lesión del bien jurídico como "concepto material de delito" (7/ antes de 1). Es conocida la orientación del concepto en *Roxin* hacia "el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales" y la protección de un Estado que persigue igualmente esos objetivos (2/7). *Greco* ve certeramente que operando únicamente con la protección de esos bienes se puede tipificar como punible a placer cualquier conducta preparatoria entendida de modo amplio (§§ 89a-c StGB) y por eso aboga por un "límite de interioridad" en el caso de una conducta que "de modo comparable a los pensamientos" pertenezca al "ámbito del núcleo de la configuración privada de la vida" (2/12b, 19 s.). Lo que no se puede tratar como bien jurídico lo fija y constata mediante un catálogo de reglas negativas: y no solo el seguimiento de una directriz para un fin estatal (2/14 ss.), ni la mera inmoralidad (2/17 ss., 19a ss.), que según *Greco* es lo que concurre incluso en la adquisición de productos generados mediante lesión de algún bien jurídico

(2/19h; aunque ciertamente no parece que esa sea la última palabra en relación con la punibilidad de la receptación). También se sostiene que en el incesto entre hermanos se trata a lo sumo de una conducta inmoral (2/43 ss.), lo que podría ser correcto, dado que una relación familiar intacta entre hermanos hoy ya no pertenece a las condiciones de subsistencia de la sociedad. Aparte de esto, se señala como condiciones no suficientes para la punición v.gr. los supuestos de destrucción de la *propia* dignidad (2/20 ss.), suscitar sentimientos de disgusto, o también el sentimiento de inseguridad (2/27, aunque esto muy probablemente es problemático en el caso de un *derecho* a permanecer sin ser molestado, como p.ej. en el § 241 StGB [amenazas]), en el autodaño por propia responsabilidad (2/32 ss.), ello con la correspondiente consecuencia para el [auxilio al suicidio del] § 217 StGB **(1)** (2/33a ss.), y además siguiendo por esa vía los supuestos de posibilidad únicamente débil de fundamentación en los deberes de llevar puesto el casco y el cinturón en el tránsito o tráfico viario (2/36c). También son rechazados los objetos "de normas penales simbólicas" (2/37, pero con una problemática extensión de este concepto también a la "mentira [de la negación] de Auschwitz", 2/41 ss.), los de normas que únicamente protegen un tabú (2/43 ss.) y además, los de aquellas que resultan "inaprehensiblemente abstractas" (2/45c), y también faltará un bien jurídico en la mera protección de la limpieza (*fairness*) en la actuación (2/49b, ello con consecuencias muy problemáticas para la usura, § 291 StGB, caso en el que bien podría tratarse del mantenimiento de la medida *mínima* de limpieza —*fairness*— que es la única que hace aceptable un orden económico libre). Detallada y críticamente se pronuncia *Greco* sobre el mero favorecimiento de la persecución penal (2/49g ss.) así como sobre "mandatos o encomiendas internacionales de protección". — Estamos ante un impresionante catálogo para la limitación del poder punitivo o *ius puniendi*. Se podrá enjuiciar algunas cuestiones de otro modo distinto, pero las restricciones, a las que es sometido un Derecho penal liberal y propio del Estado de Derecho y mediante las que este es "adelgazado", no debería querer rechazarlas nadie que esté interesado en un Derecho penal así, porque solo este se acomoda a una sociedad normativamente constituida mediante liberalidad y estatalidad de Derecho. No obstante, ciertamente no se necesita un concepto del bien jurídico que sobrepase la conocida abreviatura de la idea del fin (*Honig*), ya que lo que está en juego son postulados *políticocriminales* dentro de una sociedad así, sin que todo dependiera de si el Derecho penal sirve a la protección de la sociedad, a la protección de la norma, a la protección de bienes jurídicos o a otras cosas más. Con cuál de esos puntos de cristalización se prefiere entroncar, bien podría ser indiferente, solo con tal de que el balance se ajuste a lo políticocriminalmente requerido. En especial, el concepto de bien jurídico no puede generar ninguna crítica al Derecho penal que no pudieran generar igualmente los otros enfoques (sin embargo, de otra opinión esta obra en 2/11 ss.).

Si bien la selección de los campos que aquí se tratan se hace de modo más bien arbitrario, sin embargo lo que no puede faltar es el campo de la llamada imputación objetiva, dado que *Roxin* ha jalonado ese terreno ya desde hace mucho (incluso ya antes de la 1ª edición del tratado; indicacs. bibl. en 11/50) y lo ha seguido labrando constantemente. A este respecto aquí no vamos a dirigir la atención principalmente a la imputación del *resultado*, sino más bien a la teoría de la conducta no permitida —destacada especialmente por *Frisch* (sobre ello 11/51) —. Como cláusula general se indica en el libro que se trata de "la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance el tipo" (11/49). En el caso de la disminución (no: sustitución; 11/54) de un riesgo faltará una conducta no permitida (11/53 ss.). Para determinar la "creación de peligro" se atiende al juicio de un "observador inteligente", que disponga también del "saber especial del autor concreto" (11/56). Entonces a continuación, sobre el conocido caso de laboratorio de un estudiante de biología que trabaja como camarero o mesero auxiliar en hostelería y que sirve una ensalada que —tal como él reconoce por ser biólogo— contiene algo muy tóxico, se dice que "un homicidio evidentemente doloso", al no haber justificación ni exculpación, ha de "ser castigado como tal" (11/57). — Esta argumentación podría provocar sorpresa en lectores

(1) Precepto en el que, en 2015, aprovechando que el § 217 estaba sin contenido, se tipificó el auxilio al suicidio organizado por entidades sociales, pero fue en seguida anulado por el BVerfG por inconstitucional.

que aún guarden en su memoria las posiciones antes expuestas sobre el modo de argumentar sistemático, conforme al cual ha de tratarse de un sistema de *valoraciones* (7/59); pues en ella falta la valoración de la circunstancia de que al camarero le fue encomendada una misión de configuración solo limitada, y en lugar de eso se atiende a la situación psíquica no valorada (el saber): *datos fácticos* como rectores del sistema. Además, una referencia a datos fácticos psíquicos en parte ni siquiera es moralmente plausible: ¿acaso el vecino, cuyas flores se secarían sin el agua infiltrada que produce un aspersor de césped en la finca colindante, debería tener un derecho o por lo menos una pretensión moral tan solo a que se siga produciendo la dispersión del agua debido a la causación de daños "evidentemente" dolosos que de lo contrario se producirían? En tales "casos de gorrones" que se aprovechan del vecino es de algún modo "evidente" que únicamente el saber dado que posea quien suspende la producción no puede constituir una razón para su responsabilidad.

El problema es tratado bajo los títulos "alcance del tipo" (11/106 ss.) y en particular "atribución a la esfera de responsabilidad ajena" (11/137 ss.) para otros grupos de casos, y por cierto sin atender únicamente a la situación psíquica. En primer lugar, se ocupa el libro de una "cooperación en la autopuesta en peligro dolosa" (11/107 ss.). *Greco* se opone al intento de encubrir la autorresponsabilidad de la "víctima" mediante una omisión (11/113 ss.), y lo ilustra al hilo de una valoración a fondo de la abundante jurisprudencia existente. Ya en este lugar se tratan por primera vez "casos de salvadores", en los que se rechaza la extendida opinión de que la solución depende de la razonabilidad del nexo de unión entre autopuesta en peligro y peligro al que hay que enfrentarse y contrarrestar: "Quien sin obligación jurídica se expone a un riesgo, no puede de ese modo cargar a otro con consecuencias jurídico-penales" (11/115). Esto es posteriormente aclarado e ilustrado por *Greco* modificando una tesis sustentada anteriormente por *Roxin*, pero luego abandonada por él, en el sentido de que solo tendrá lugar la imputación si existe un deber *jurídico* de salvar (11/139 s.). La conclusión es transplantada (pero otra vez discrepando de la edición anterior) a los supuestos de persecución en auto por la policía: el delincuente que huye responderá [de los daños sufridos por sus perseguidores] solo en caso de existencia de un deber de persecución para la policía (11/140). —Al menos para los casos de salvadores esta tesis se puede considerar problemática: si ante un peligro existente un salvador puede interferirse en intereses claramente inferiores de una *tercera* persona (§ 34 StGB), ¿por qué entonces él no iba a poder con reconocimiento jurídico sacrificar los correspondientes intereses *propios*?— Pero sea como sea, las exposiciones de esta obra cautivan como siempre por la profundidad de la argumentación así como por la intensidad de su toma en consideración de la doctrina y la jurisprudencia.

En último lugar volvamos aún la vista a la teoría de la imprudencia (§ 24). En este punto algunas cosas han sido ya prefiguradas por sus exposiciones acerca del tipo objetivo del delito doloso; así como en este se dice que dentro de todo delito doloso se alberga un delito imprudente (11/49), en el delito imprudente se dice que su tipo se "colma solamente mediante la teoría de la imputación objetiva" (24/10). El problema radica en la palabra "solamente", ya que esta afirma que en el delito imprudente no hay tipo subjetivo alguno, sino que, al contrario, la capacidad o la —por cierto, más importante— incapacidad individual de reconocer lo objetivamente imputable y poder así evitar el hecho solo debe considerarse en el contexto de la culpabilidad imprudente. Sin embargo, ciertamente a continuación tiene que restringir este planteamiento, en la medida en que sostiene —al igual que en el delito doloso— que las especiales capacidades del agente u omitente deben ser consideradas por el enjuiciador objetivo (24 61 s.). Pero tampoco en el marco de la imprudencia es obvio que el aprovechamiento de especiales recursos se le garantice jurídicamente a *toda* otra persona. — Y digamos aún una palabra más sobre la capacidad de prestaciones o rendimiento inevitablemente reducida: Según la obra, esta debe ser considerada en el marco del examen de la culpabilidad (24/56), pero entonces ¿por qué se constata en primer lugar el ilícito (o injusto) imprudente ciertamente con las capacidades especiales, pero sin las incapacidades especiales (algo sobre lo que ha advertido especialmente *Kindhäuser*, GA 2007, 221)? Se podría responder que a la potencial víctima ha de concedérsele un derecho de defensa, lo que muy probablemente es cierto como míni-

mo cuando el círculo organizativo *del autor* está configurado agresivamente. Pero de ese modo en el caso de capacidades inferiores al promedio no concurre más que la situación de un estado de necesidad *defensivo*. — Permítaseme una observación más para concluir: En todo lo que se expone en la obra sobre el concepto de acción la acción es entendida como una "manifestación de la personalidad" (7/60; 8/44, 75). Aquí puede quedar simplemente planteada, también para el delito doloso, la cuestión de si tal manifestación puede existir sin culpabilidad mediante la realización de un tipo, pero en todo caso bien podría ser que una conducta *objetivamente* imputable, pero en cambio *subjetivamente* inevitable no represente una "manifestación de la personalidad" de quien se comporta realmente, sino a lo sumo la de una ficticia persona-baremo.

Estas pocas observaciones no le hacen ni siquiera por aproximación justicia a la riqueza de temas y de ideas de esta obra grande en todos los aspectos; y debo subrayar de nuevo que la selección aquí efectuada se ha hecho con una intención *crítica*. Un montón de otros temas cabría mencionar en los que el *recensor* solo podría juzgar esto: ¡un modelo en contenido y forma de exposición, incluyendo la elaboración y tratamiento de la doctrina y su bibliografía y de la jurisprudencia! Justificar y acreditar todo ello en detalle sería como llevar lechuzas a Atenas. Por eso solo se puede no solo desear, sino incluso profetizar que la nueva edición repetirá otra vez la difusión e impacto doctrinal, es decir, la influencia con las que las cuatro ediciones anteriores han marcado a la ciencia del derecho penal. Quien ha trabajado a fondo en una obra y empresa así —el primer tomo de una PG—, va a esperar ansiosamente la nueva edición del segundo tomo.

THOMSON REUTERS
LA LEY™

Información confiable
que avala sus argumentos.

DELITOS SEXUALES Y TRATA DE PERSONAS

CONCORDADO CON LEGISLACIÓN LATINOAMERICANA Y EUROPEA

4.ª edición actualizada y ampliada

Jorge Luis Villada

2021



Código QR con material adicional.

1 Tomo Disponible en papel y *eBook*.

Obra inspirada no solo en aquellos conocimientos que surgen de la reconocida capacidad del autor, sino que también está trabajada por un cuerpo de notables y destacados especialistas en otras ramas de las principales ciencias auxiliares y complementarias del Derecho Penal, que convierten a este emprendimiento en un verdadero trabajo interdisciplinario. De esta forma, la publicación representa un texto de consulta obligatoria para quienes aspiran conocer y profundizar la particular problemática que aquí es abordada.

Esta nueva edición ofrece un tratamiento completo de aquellas nuevas formas delictivas contempladas en nuestro Código Penal que se vinculan particularmente con menores, como el caso del *grooming*, la pornografía infantil, etc., como así de otras figuras ilícitas especialmente referidas a los abusos en la minoridad y a delitos íntimamente relacionados con el ámbito de protección sexual de la víctima.

Adquirí la obra llamando al
0810-266-4444 o ingresando en
www.tienda.thomsonreuters.com.ar

THOMSON REUTERS®

Seguí nuestra página
de **Linkedin** con contenido
específico para abogados.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam
ThomsonReutersLatam