
El derecho penal como protector de derechos fundamentales i: formas alternativas al proceso penal y violencia de género

Mary Beloff^{*} y Mariano Kierszenbaum^{** ***}

Resumen

La discusión acerca de los fines y las funciones de la pena estatal han merecido la reflexión tanto de juristas como de teóricos de diversas disciplinas a lo largo de la historia. Sumado a ello, adquieren un peso autónomo a la discusión respecto de la pena las reflexiones respecto de la propia finalidad del proceso y el rol de la víctima. En general, las diferentes posiciones se han basado en principios de justicia o en criterios de utilidad, ajenos al derecho positivo. Sin embargo, el amplio desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos demanda nuevas visiones al respecto, en la medida en la que reclama, ante determinadas violaciones a los derechos fundamentales, la criminalización de los perpetradores. Un ejemplo que ha sido ampliamente discutido últimamente, y que ha merecido el análisis de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es el de la violencia contra las mujeres. ¿Cuál es la función que el derecho internacional le asigna al derecho penal? Esa pregunta guiará el presente ensayo.

Palabras clave: Derechos fundamentales - Derecho penal - Función de la pena - Derecho internacional de los derechos humanos - Violencia contra las mujeres - Violencia de género.

Fecha de recepción: 30 de junio de 2017 | **Fecha de aprobación:** 10 de agosto de 2017

^{*} Universidad de Buenos Aires y Universidad de Palermo.

^{**} Universidad de Buenos Aires.

^{***} Los autores agradecen a Martiniano Terragni y a Pablo Zalazar sus agudos comentarios, críticas y observaciones al texto. También agradecen a Rubén Alderete Lobo su atenta lectura y generosos comentarios.

Abstract

The debate about the aims and functions of criminal punishment has deserved the reflection of both jurists and theorists of various disciplines throughout history. Moreover, the reflections regarding the very purpose of the criminal process and the role of the victim acquire an autonomous weight in connection with the discussion regarding the justification of criminal punishment. In general, the different positions have been based on principles of justice or criteria of utility, without any connection with positive law. However, the broad development of international human rights law demands new visions in this field, insofar as it claims, in the case of certain violations of fundamental rights, the criminalization of the perpetrators. Violence against women constitutes a good example that has been widely discussed lately. It has also draw the attention of the Argentina Supreme Court of Justice. In short, ¿What is the role that international law assigns to criminal law? That question will guide the present essay.

Key words: Fundamental rights - Criminal law - Criminal procedure - International human rights law - Violence against women.

I. Introducción y aclaraciones metodológicas

Con este trabajo nos proponemos iniciar una línea de investigación dirigida a analizar las funciones del derecho penal respecto del afianzamiento de los derechos fundamentales.¹

A priori, el propósito podría parecer una obviedad; sin embargo, desde hace más de dos décadas y de forma predominante en los medios académicos y judiciales argentinos, se afirma que el derecho penal carece de justificación racional, aun cuando sea concebido como una expresión mínima y auto-limitada del Estado en la administración de conflictos sociales de determinada gravedad. Esta concepción, que llamaremos *restrictiva* a falta de una palabra mejor para describirla, está presente tanto en las versiones vernáculas del llamado garantismo penal,² como en las que abiertamente impugnan cualquier fin o función positiva de la pena estatal.³ De acuerdo con esta última posición, la sanción penal sólo cumpliría una función negativa y, por ello, carecería de potencialidad como aseguradora de derechos fundamentales.

¹ No asumimos que el derecho penal sea la única ni la mejor forma de protección de derechos fundamentales. Sólo indicamos que el derecho internacional de los derechos humanos explícitamente asume esa función. Es evidente que los derechos fundamentales pueden y deben tener diferentes protecciones a partir de las diversas afectaciones que puedan sufrir. Por ejemplo, el derecho a la vida puede ser objeto de variados tipos de protecciones (a veces penales, otras no) según cuál sea el tipo de lesiones que puedan afectarlo (por ejemplo, no es lo mismo un atentado intencional o culposo contra la vida, así como tampoco es lo mismo una lesión de la vida intrauterina); y lo mismo se advierte respecto del derecho de propiedad, que cuenta con una amplia protección constitucional y convencional, sin embargo no surge de allí que el Estado esté obligado a “criminalizar” todo atentado contra la propiedad. Le agradecemos a Pablo Zalazar esta observación.

² El término garantismo, según la primera acepción que le asigna Luigi Ferrajoli, se refiere a “(...) un modelo normativo de derecho: precisamente, por lo que respecta al derecho penal, el modelo de ‘estricta legalidad’ (...) propio del estado de derecho, que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, es garantista, todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva.”, en Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 851-852. Sobre los alcances de la teoría garantista en su versión originaria puede consultarse también Baratta, Alessandro, “Principios de derecho penal mínimo: para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal”, en *Revista Doctrina Penal*, Año X, No. 37-40, Buenos Aires, 1987, pp. 623-650.

³ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2ª ed., 2002, p. 44. Sobre la justificación del castigo afirman estos autores: “Se trata de un concepto de pena que es negativo por dos razones: (a) no le asigna ninguna función positiva a la pena; (b) se obtiene por exclusión (es la coacción estatal que no entra en el modelo reparador ni en el administrativo directo). Es agnóstico en cuanto a su función, porque parte de su desconocimiento.” *Ibíd.* p. 46.

Sin embargo, en los últimos años, fallos vinculados con la aplicación de normas internacionales de protección de derechos humanos emitidos por tribunales superiores, en particular por la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁴ y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵, han provocado en nuestro medio críticas (no podríamos afirmar que se ha llegado a producir un *debate académico*, con la extensión que esa expresión tiene en los ámbitos universitarios, pero sí es posible sostener que se ha generado un *debate político*) que, en sus objeciones radicales a las sentencias en cuestión, han arrojado luz, en nuestra opinión, sobre el rol que estas decisiones (y el derecho internacional de los derechos humanos) asignan al derecho penal. Contrariamente a la extendida posición que niega valor positivo a la pena estatal y, más en general, a la actividad penal del Estado (*jus puniendi*), tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como en los fallos que lo receptan, es fácil reconocer una concepción positiva de la actividad penal del Estado.⁶

⁴ El caso más emblemático es quizás el precedente CSJN, “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete) -causa N° 17.768-”, sentencia del 14 de junio de 2005, *Fallos*: 328:2056, el cual, a partir de la declaración de inconstitucionalidad de las llamadas leyes de “Obediencia debida” y “Punto final”, habilitó el juzgamiento de los crímenes cometidos durante la última dictadura militar argentina en el marco del terrorismo de Estado.

⁵ Por ejemplo, la Corte IDH en el caso “Bulacio vs. Argentina” sostuvo que: “El derecho a la tutela judicial efectiva exige entonces a los jueces que dirijan el proceso de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos, conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos.” (Corte IDH, “Bulacio vs. Argentina”, sentencia de 18 de septiembre de 2003, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 100, ¶¶ 115. En sentido similar, Corte IDH “Myrna Mack Chang vs. Guatemala”, sentencia de 25 de noviembre de 2003, Fondo, Reparaciones y Costas, serie C, No. 101, ¶¶ 210; y, Corte IDH, “Servellón García y otros vs. Honduras”, sentencia de 21 de septiembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, ¶¶ 151). En esta línea, en el caso “Bayarri vs. Argentina”, la Corte IDH concluyó que: “El Estado debe concluir el procedimiento penal iniciado por los hechos que generaron las violaciones del presente caso y resolverlo en los términos que la ley prevea (...)”, Corte IDH “Bayarri vs. Argentina”, Sentencia de 30 de octubre de 2008, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 187, ¶¶ 10.

⁶ Incluso el Prof. Raúl Zaffaroni, quien sostuviera una posición negativa de la pena, ha comenzado a legitimar la utilización del derecho penal (o la pena estatal) en materia de crímenes contra la humanidad. Así plantea el problema Zaffaroni: “... a medida que se internacionaliza la normativa penal, tanto por la vía del establecimiento de una jurisdicción como por el compromiso de sancionar ciertos crímenes, van surgiendo objeciones. No es posible ocuparse aquí en detalle de todas ellas, sino más bien de esbozar la legitimación que creemos más adecuada como respuesta a todas...”. Zaffaroni, Eugenio R., *Un proceso histórico*, Buenos Aires, Ediar, 2012, p. 19. El argumento legitimador que ofrece el jurista argentino es el que sigue: “El juicio al criminal es necesario para reafirmar el nivel ético del derecho, para reafirmar su superioridad ética: *Tú, masacrador, sigues siendo una persona y te juzgo como tal. No soy éticamente igual a ti, te reconozco el derecho que negaste a los otros, te reconozco como persona aunque tú no lo hayas hecho con los demás, justamente por eso eres un criminal y así te juzgo.* Desde ese momento, la eventual y aunque fácticamente excepcional *masacre del masacrador* queda deslegitimada, pues el derecho reafirma que *todo ser humano es persona*, incluso el masacrador, el autor de los más graves crímenes. Es allí donde *encontramos la legitimación del poder punitivo internacional, del deber de juzgar a los criminales contra la humanidad, de la necesidad de hacerlo cuando no lo haya hecho el*

Queda así planteado el problema que intentaremos abordar en este trabajo exploratorio: ¿Cómo es posible sostener una posición que se asume explícitamente como defensora y promotora de derechos fundamentales, a la vez que se impugna radicalmente la función que el derecho internacional de los derechos humanos asigna al derecho penal para la promoción y defensa de esos derechos extensamente regulados en este ámbito?

Para ingresar en el análisis de esta problemática tomaremos un caso testigo, vinculado con la aplicación del derecho penal a los fines de reafirmar los derechos fundamentales de las mujeres en el marco de la llamada “violencia de género”.

Particularmente, nos concentraremos en las discusiones que se han generado en torno de las restricciones para la aplicación del instituto procesal de la “suspensión del juicio a prueba” en los casos de violencia de género, a las cuales ha dado lugar la sentencia emitida en el caso “Góngora”⁷ por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina.

El ejercicio propuesto requiere realizar algunas consideraciones metodológicas. El análisis que realizaremos responde a los cánones de la dogmática jurídica clásica. Con ello queremos señalar que se trata de un estudio del derecho positivo vigente, del derecho como es y no del derecho como debería ser.⁸ Ese ejercicio demanda,

soberano territorial. Si no se lo hace y, por excepción en el plano fáctico, se produce la *masacre del masacrador*, el poder punitivo no tiene fuerza ética para condenar al *masacrador del masacrador*. No se extingue su *imperium* legal pero se agota la potencia ética que lo sustenta. Insistimos en que lo que acabamos de manifestar no es una mera construcción teórica, sino la verificación de lo sucedido en los pocos casos en que se dio efectivamente la *masacre del masacrador* y debió ser sometida a tribunales competentes e imparciales en regímenes democráticos. Podríamos tomar algunos de los ejemplos más notables, como el de la muerte de Mussolini, cuyo expediente se cerró casi un cuarto de siglo más tarde, con el insólito argumento de que se trataba de un acto de guerra, dado que la *Repubblica Sociale Italiana* no había firmado el armisticio. En verdad, la *república títere* de Salò ya no existía, dado que sus jefes estaban huyendo tratando de alcanzar por sorpresa la frontera suiza” *Ibid.* pp. 23 y 24. “Sólo la reincorporación a la comunidad jurídica por medio del derecho penal puede devolver la condición de persona al genocida y, por ende, darle al poder jurídico la base ética que le permite imponer límites y, en consecuencia, deslegitimar la acción de quien quiera masacrarlo.” *Ibid.* p. 33. En definitiva, el Prof. Zaffaroni, en este texto, parece asignar al derecho penal internacional la función de evitar la venganza privada sobre el criminal, y en esta medida, reconocerle una función positiva.

⁷ CSJN, “Góngora, Gabriel Arnaldo s/ causa n° 14.092”, sentencia del 23 de abril de 2013, Fallos: 336:392. Las discusiones se ven reflejadas en los comentarios o artículos que circularon en medios digitales inmediatamente después de emitida esta sentencia.

⁸ Para Sebastián Soler: “[La dogmática penal] es propiamente la sistematización doctrinaria de uno de esos derechos [entiéndase: derecho positivo argentino, venezolano, español, etc.], su ordenación expositiva para un mejor conocimiento del mismo; [la ciencia del derecho penal], sin las ataduras de un derecho vigente determinado, es un conjunto de indagaciones libremente articuladas sobre la idea central de ilicitud penal y sobre todas las implicancias de ella.”, Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, tomo I, TEA, Buenos Aires, 5ª ed., 1986, p. 26. Por su parte, en igual sentido, Jiménez de Asúa afirmaba lo siguiente: “[l]a Dogmática jurídico-penal consiste en la reconstrucción del Derecho vigente con base científica (...) El dogmático desarticula el Código, y

a su vez, algunas aclaraciones previas.

Por un lado, el trabajo procura analizar de manera armónica el ordenamiento jurídico argentino vigente sobre la materia, así como la normativa internacional que ha sido incorporada a él. No se *valorará* la justicia o eficacia del contenido de las normas estudiadas para realizar los fines para los que han sido aprobadas, sino que se las *interpretará* de modo de descubrir si la aplicación que hacen los tribunales —en el caso en estudio, la Corte Suprema— es acertada o no. En otras palabras, si una norma del derecho internacional exige la criminalización y el juzgamiento de un comportamiento, no se cuestionará aquí si esas exigencias constituyen la mejor solución al conflicto sobre el que trata o pretende resolver esa regla, o bien si otras alternativas serían más eficaces o justas para esos casos.

Las afirmaciones valorativas acerca de cómo debería ser una norma escapan a la órbita de la dogmática jurídica y pertenecen al ámbito de la política criminal. Pueden, en cualquier caso, formar parte de la ciencia jurídica en sentido amplio, pero no pueden orientar las decisiones de los jueces pues si así lo hicieran quebrantarían el principio republicano de gobierno en la medida en la que las decisiones judiciales se arrogarían facultades legislativas (o eventualmente ejecutivas). El juez puede no aplicar una norma, pero ello no puede fundarse en que a él le gustaría que fuese de otra manera, sino en que esa norma entra en colisión con una norma de jerarquía superior.⁹ En la medida en la que este supuesto no ocurra, las normas deben ser aplicadas y, para ello, previamente interpretadas.

Por otro lado, un estudio de dogmática jurídica como el que aquí se propone exige diferenciar los planos normativos y empíricos. La función de la pena, desde este punto de vista, no puede definirse por el modo en el que se la aplica: por ejemplo, del hecho de que las cárceles estén sobrepobladas (argumento empírico) no puede

como el *prius lógico* es la infracción, construye primero ésta con ordenado estudio de sus caracteres, positiva y negativamente concebidos; pero lo hace conforme al Derecho vigente en el país cuyas leyes estudia.” Jiménez de Asúa, Luis, *Principio de Derecho penal. La ley y el delito*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 3ª ed. 1997, p. 24. Más actualmente, Claus Roxin afirma: “*La dogmática jurídica penal es la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización y elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho penal. Por su referencia al Derecho vigente y por sus métodos se diferencia de la historia del Derecho penal y del Derecho penal comparado, pero también de la política criminal, cuyo objeto no lo constituye el Derecho como es, sino como debería ser en cuanto a una adecuada disposición para sus fines.*” Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, Madrid, Civitas, 1997, p. 192.

⁹ Véase en ese sentido los argumentos desarrollados en el considerando 13 del voto en disidencia del juez Zaffaroni en CSJN, “Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/ acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855 s/ medida cautelar”, sentencia del 18 de junio de 2013, Fallos: 336:760. Allí el juez de la Corte decide por la constitucionalidad de la norma aun cuando ella contrariaba su propio pensamiento en cuanto a cómo debería ser regulado el instituto en cuestión. Para hacerlo, desarrolla con mucha claridad las diferencias existentes entre la propia valoración y la contradicción o no de una disposición legal con una norma de jerarquía superior.

derivarse necesariamente la afirmación de que el castigo penal no cumpla ninguna función socialmente valiosa (argumento de principio). Podrá afirmarse, en cualquier caso, que la pena es aplicada de un modo incorrecto, pero no puede extraerse de allí una conclusión final respecto de su justificación.¹⁰ Del mismo modo, si el legislador decide que la pena es el modo eficaz de proteger un derecho, en un estudio dogmático no cabe, respecto de ese principio, intentar su comprobación empírica. Eso no significa que no sea fundamental llevar adelante estudios empíricos rigurosos que, sobre este punto, verifiquen si esa creencia o confianza en la eficacia del derecho penal para defender derechos fundamentales tiene sustento real o no y, en caso negativo, proponer otras soluciones legislativas que sí sean eficaces a los fines señalados; pero ése, como indicamos, no es el marco ni la finalidad de este estudio.

II. La idea del derecho penal en el derecho internacional de los derechos humanos y en la Constitución Nacional

1. La idea del derecho penal en el derecho internacional de los derechos humanos

Las normas del derecho internacional de los derechos humanos reconocen y declaran la existencia de derechos fundamentales. El propósito de la existencia de este orden jurídico es claro: reafirmar y asegurar los valores básicos que la sociedad humana considera mínimos indispensables que deben ser respetados a cualquier persona sin importar su condición etaria, orientación sexual, religión, origen étnico o nacional, sexo, posición socio-económica o convicción política. Estos derechos fundamentales tienen que ser reconocidos y protegidos por los Estados que ratifican los aludidos instrumentos internacionales.

A su vez, existen organismos del derecho internacional universal y regional denominados “órganos de monitoreo de los tratados” que emiten opiniones generales e informes respecto del cumplimiento de los respectivos convenios por parte de los Estados. Estos organismos son, en el orden universal, el Comité de Derechos Humanos (CCPR), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), el Comité Para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), el Comité contra la Tortura (CAT), el Comité de los Derechos del Niño (CRC), el Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (CMW), el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD), el Comité contra las Desapariciones Forzadas (CED),

¹⁰ Véase en ese sentido Rusconi, Maximiliano, *El sistema penal desde las garantías constitucionales*, Buenos Aires, Hammurabi, 2013.

y el Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (SPT).¹¹

En el orden regional, esos órganos son la Corte y la Comisión interamericanas de Derechos Humanos. El primero de ellos tiene una relevancia especial debido a que se trata de un tribunal supranacional.¹²

A los fines de este trabajo interesa recordar que el reconocimiento y protección de derechos fundamentales debe hacerse operativo, de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos, en distintos niveles, algunos de ellos normativos y otros ejecutivos. Por una parte, los Estados tienen que ratificar esos instrumentos para asumir la obligación internacional. Por otro lado, los Estados tienen que incorporarlos a su derecho interno de acuerdo con los procedimientos previstos en cada sistema legal doméstico a tal fin; tal como es el caso de la República Argentina desde el año 1994, algunos países incorporan estos instrumentos en el lugar de norma fundamental del Estado (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional), otros los ubican por debajo de la Constitución y otros los sitúan a la par de cualquier otra ley general.

Incorporados los derechos fundamentales de que se trate al derecho interno, la siguiente obligación que se desprende de las normas internacionales es, en prácticamente todos los casos, la de *prohibir* los comportamientos que atenten contra esos derechos fundamentales. El elemento relevante aquí es que no se exige cualquier prohibición; específicamente se reclama la *criminalización* de las acciones que vulneren los derechos fundamentales amparados por un tratado.

Esta exigencia de *criminalización* exige, a su vez, varias conductas. No sólo reclama la creación de tipos penales que contemplen los comportamientos prohibidos (criminalización primaria), sino que demanda al Estado *investigar, enjuiciar y condenar* los comportamientos que infrinjan aquellas normas (criminalización secundaria).

La fórmula: “tipificación, persecución, juzgamiento y condena de los perpetradores” se repite en la gran mayoría de las normas destinadas a proteger derechos fundamentales. Veamos algunos ejemplos.¹³

¹¹ Para una un mayor detalle de cómo funcionan y cuáles son los diferentes órganos de tratados de derechos humanos, véase: Alto Comisionado de las Naciones Unidas Para los Derechos Humanos (ACNUDH), “El seguimiento de los principales tratados de derechos humanos”, <http://www.ohchr.org/SP/HRBodies/Pages/TreatyBodies.aspx>. Último acceso: 07 de noviembre de 2017.

¹² Con el alcance que le asignó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Giroldi” al referirse a las condiciones de vigencia de los tratados requeridas por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, esto es, de acuerdo al modo con el que un instrumento internacional de Derechos Humanos es aplicado en el ámbito internacional por los “tribunales competentes para la interpretación y aplicación”. Véase CSJN, “Giroldi, Horacio David y otros/ recurso de casación - causa n° 32/93”, sentencia del 7 de abril de 1995, Fallos: 318:514.

¹³ Se consideran sólo los tratados de rango constitucional en la República Argentina por los presupuestos metodológicos planteados al inicio que explican las características de este trabajo,

La Convención Para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio dispone en su artículo 1: “Las partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, *es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar.*”¹⁴

Por su parte, la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes establece en su artículo 4:

1. *Todo Estado Parte velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura.*
2. *Todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad.*¹⁵

La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial establece en su artículo 4 que los Estados:

- ... a) *Declararán como acto punible conforme a la ley, toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tal efecto, contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación.*¹⁶

35

En igual sentido, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas establece en su artículo 1:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a:

- a) *No practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales;*
- b) *Sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así*

si bien esta estructura puede reconocerse en una multiplicidad de otras normas internacionales regionales que no integran el sistema legal argentino, las que deberían mencionarse en, por ejemplo, un estudio de derecho comparado

¹⁴ Convención Para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, Art. 1, adoptada el 9 de diciembre de 1948, *United Nations Treaty Series*, vol. 78, p. 277 (el destacado me pertenece).

¹⁵ Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, art. 4, adoptada el 10 de diciembre de 1984 *United Nations Treaty Series*, vol. 1465, p. 85 (el destacado me pertenece).

¹⁶ Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada el 21 de diciembre de 1965, *United Nations Treaty Series*, vol. 660, p. 195 (el destacado me pertenece).

como la tentativa de comisión del mismo.¹⁷

Por su parte, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía establece en su artículo 3:

1. *Todo Estado Parte adoptará medidas para que, como mínimo, los actos y actividades que a continuación se enumeran queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente:*
 - a) *En relación con la venta de niños, en el sentido en que se define en el artículo 2:*
 - i) *Ofrecer, entregar o aceptar, por cualquier medio, un niño con fines de:*
 - a. *Explotación sexual del niño;*
 - b. *Transferencia con fines de lucro de órganos del niño;*
 - c. *Trabajo forzoso del niño;*
 - ii) *Inducir indebidamente, en calidad de intermediario, a alguien a que preste su consentimiento para la adopción de un niño en violación de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables en materia de adopción;*
 - b) *La oferta, posesión, adquisición o entrega de un niño con fines de prostitución, en el sentido en que se define en el artículo 2;*
 - c) *La producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión, con los fines antes señalados, de pornografía infantil, en el sentido en que se define en el artículo 2.*
2. *Con sujeción a los preceptos de la legislación de los Estados Partes, estas disposiciones se aplicarán también en los casos de tentativa de cometer cualquiera de estos actos y de complicidad o participación en cualquiera de estos actos.*
3. *Todo Estado Parte castigará estos delitos con penas adecuadas a su gravedad.*¹⁸

Este deber estatal, al que llamaremos “mandato de criminalización”, aparece también reflejado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Así, por ejemplo,

¹⁷ Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada el 9 de junio de 1994 en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General (el destacado me pertenece).

¹⁸ Protocolo facultativo de la convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, adoptado el 25 de mayo del 2000, *United Nations Treaty Series*, vol. 2171, p. 227 (el destacado me pertenece).

en el caso *Fornerón e Hija vs. Argentina*”, el Tribunal estableció:

*LA CORTE DECLARA, por unanimidad (...) Y DISPONE que: (...) 4. El Estado debe adoptar las medidas que sean necesarias para tipificar la venta de niños y niñas, de manera que el acto de entregar un niño o niña a cambio de una retribución o cualquier otra compensación, cualquiera que sea su forma o fin, constituya una infracción penal, de conformidad con los estándares internacionales y lo establecido en los párrafos 176 y 177 de la presente Sentencia.*¹⁹

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina, con base en precedentes de la Corte IDH, en el reconocido caso “Simón”, sostuvo la existencia de un:

*...deber del Estado de articular el aparato gubernamental en todas sus estructuras del ejercicio del poder público de tal manera que sean capaces de asegurar la vigencia de los derechos humanos, lo cual incluye el deber de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención, lo cierto es que las derivaciones concretas de dicho deber se han ido determinando en forma paulatina a lo largo del desarrollo de la evolución jurisprudencial del tribunal internacional mencionado, hasta llegar, en el momento actual, a una proscripción severa de todos aquellos institutos jurídicos de derecho interno que puedan tener por efecto que el Estado incumpla su deber internacional de perseguir, juzgar y sancionar las violaciones graves a los derechos humanos.*²⁰

37

En sentido equivalente se ha expresado el Comité de Derechos Humanos en su Quinto Informe Periódico sobre Argentina:

*El Estado debe incrementar sus esfuerzos para prevenir y combatir todas las formas de violencia de género, asegurando la aplicación efectiva del marco legislativo en vigor en todos los niveles del Estado y dotándolo de los recursos necesarios para su cumplimiento. El Estado debe investigar de manera pronta y efectiva los hechos de violencia contra la mujer, enjuiciando e imponiendo sanciones apropiadas. El Estado debe además hacer efectivo el derecho de las víctimas a una reparación que incluya una adecuada y justa compensación, así como capacitación y sensibilización para enfrentar la violencia de género en todos los ámbitos.*²¹

¹⁹ Corte IDH, “Fornerón e Hija vs. Argentina”, sentencia de 27 de abril de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 242, (la cursiva me pertenece).

²⁰ CSJN, Simón, *supra* nota 4, considerando 19 del voto del juez Petracchi (el destacado me pertenece).

²¹ Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de

A partir de este mandato que se encuentra casi sin excepción en todos los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, podemos formular, cuanto menos, las siguientes preguntas:

- i. ¿Qué función cumple la pena estatal para el derecho internacional de los derechos humanos?, y
- ii. ¿Qué finalidad asigna este derecho a la justicia penal?

En relación con la primera, parece claro que la aplicación de la pena estatal desempeña, en este esquema, la función de garantía secundaria²² del derecho fundamental, en la medida en la que, sin su existencia, la mera enunciación de la prohibición de realizar un comportamiento que atente contra el derecho fundamental carecería de toda eficacia.²³

Respecto de la segunda, de forma muy cercana a la anterior, la finalidad es la de reafirmar el valor fundamental protegido por la norma penal, posición que expresa una confianza considerable en las capacidades de la pena estatal para satisfacer fines socialmente muy relevantes.

En definitiva, el derecho internacional de los derechos humanos postula, defiende y reclama la utilización de la justicia penal para defender los derechos fundamentales por él regulados. Ello implica, lógicamente, una concepción positiva no sólo de la pena estatal, sino también del proceso penal. Esta visión del derecho penal como garantía de los derechos fundamentales se opone a aquellas posturas, ya mencionadas, que consideran que el derecho penal no cumple ninguna función positiva ni ningún fin deseable en la sociedad.²⁴

38

Argentina, 10 de agosto de 2016, ¶ 10 (el destacado me pertenece).

²² Ferrajoli, Luigi, *La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 43, 59, 62, 63. En relación con la "obligación de garantía", la Corte IDH desarrolló los alcances de la palabra "garantizar" contenida en el art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos desde su primera sentencia de fondo emitida en 1988. Esta interpretación de la Corte IDH, tal como nos lo indicó Pablo Zalazar, ya desde lo "terminológico" apoya la idea central de este artículo (esto es, que los derechos fundamentales requieren de garantías, y que esas garantías requieren, en alguna medida, del derecho penal). Además, la Corte IDH afirma que esa obligación de garantía genera el deber de "investigar" (fin procesal) y "sancionar" (fin material) toda violación de los derechos reconocidos por la Convención aunque el Estado no sea el responsable de la violación originaria que generó, justamente, esa obligación de garantía (véase, por ejemplo, Corte IDH, "Velásquez Rodríguez vs. Honduras", sentencia del 29 de julio de 1988, Fondo, Serie C, No. 4, ¶ 166).

²³ En este sentido, se trataría de una moral positiva tal como se explica en Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1979.

²⁴ Estas teorías fueron discutidas en nuestro medio entre mediados de la década de 1980 y mediados de la década de 1990, momento histórico en el cual resultaba fundamental poner en crisis el poder represivo del Estado en atención a la inmediata historia argentina pasada. Sin embargo, a décadas del restablecimiento del Estado de Derecho, puede preguntarse qué función cumple hoy el vaciamiento de sentido de la actividad punitiva estatal, sobre todo si se tiene en cuenta que lo que parece caracterizar al período democrático argentino contemporáneo es una preocupación

2. La idea del derecho penal en la Constitución Nacional de la República Argentina

Esta forma de protección de los derechos fundamentales a través de la utilización del derecho penal no es nada novedosa. Ya la Constitución Nacional conocía esta estructura desde su formulación en 1853. Así, por ejemplo, el reconocimiento del derecho a la libertad como derecho fundamental trajo como correlato la prohibición de la esclavitud (garantía primaria del derecho a la libertad) y el correspondiente mandato de criminalizar cualquier comportamiento que atente contra la prohibición (garantía secundaria; art. 15 CN).

La misma idea se encuentra detrás de varias conductas cuya tipificación es ordenada en el texto constitucional, como el delito de sedición (arts. 22, 127 CN), la traición a la patria (arts. 29, y 36) CN, la traición a la Nación (Art. 119 CN) o el enriquecimiento ilícito (Art. 36 CN).

Estas referencias permiten concluir que la utilización del derecho penal para reafirmar valores esenciales de la Nación Argentina es, a la vez, originaria y actual, debido a que fue elegida tanto por los constituyentes del año 1853 como por los del año 1994. En ese sentido, difícilmente pueda denominarse a una posición que reivindique una función positiva de la pena y del proceso penal en orden a proteger derechos fundamentales como “*neo-punitivista*”.

39

por la consolidación de los derechos fundamentales, función para la cual, tal como se sostiene en este trabajo, la pena estatal opera como reaseguro. Véase, por ejemplo, Beloff, Mary, “Teorías de la pena: la justificación imposible” en: Maier, Julio B. J. (comp.), *Determinación judicial de la pena*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993, p. 53 y ss. En especial, merece recordarse el muy interesante debate académico que tuvo lugar entre los profesores Zaffaroni y Nino en aquellos años, en la Revista *No hay derecho*. En aquella oportunidad sostenía Raúl Zaffaroni: “... *Nino parece pasar por alto toda la criminología sociológica, principalmente estadounidense, y con ello no repara en que cualquier sistema penal es selectivo, que siempre van a dar a la cárcel los protagonistas de conflictos burdos, que las cárceles no están llenas de asesinos y violadores psicópatas (que son la ínfima minoría que se usa para propaganda), sino de ladrones fracasados, que no hay ningún genocida...*” Zaffaroni, Eugenio Raúl, “¿Vale la pena?”, en *No Hay Derecho*, 1992, Vol. 5, Buenos Aires, Editores del Puerto, p. 5. En tanto Carlos Nino argumentaba: “... **me opongo a que se generalice sosteniendo que toda pena es inherentemente ineficaz (al menos en una medida que hace que sus efectos beneficiosos nunca puedan compensar sus costas), a que se ignore que la pena puede ser un medio de protección a los derechos humanos (y no sólo usada como táctica en algunos casos de violaciones aberrantes), a que se desconozca el obvio efecto preventivo general de algunas penas, y a que se desprecie la necesidad de corroborar las conclusiones teóricas con pruebas empíricas fehacientes, y a que no se distinga suficientemente entre un orden jurídico legítimo pero parcialmente injusto de uno ilegítimo (como se hace cuando se insiste en asimilar las penas con secuestros).**” en Nino, Carlos Santiago, “Se acabó el debate” en *No Hay Derecho*, 1993, Vol. 8, Buenos Aires, Editores del Puerto, p. 25 (las negritas me pertenecen).

III. ¿Pueden los malos casos generar buen derecho? El precedente “Góngora” de la Corte Suprema de la Justicia de la Nación de la República Argentina

En el muy citado caso “Góngora”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó una resolución de la Cámara Nacional de Casación Penal que había otorgado la suspensión del juicio a prueba, aún con oposición del agente fiscal, luego de dejar sin efecto el pronunciamiento del Tribunal Oral que había rechazado el otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba a partir de la mencionada oposición del titular de la acción penal pública.

La Corte Suprema entendió que el otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba contrariaba lo dispuesto en el artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (*Convención de Belem do Pará*) en tanto este tratado dispone:

Los Estados Partes 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:

- (...) b) actuar con la debida diligencia para prevenir, *investigar y sancionar* la violencia contra la mujer
- (...) 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.²⁵

40

La Corte Suprema concluyó que la interpretación que realizó la Cámara Nacional de Casación Penal de la Convención de *Belem do Pará* resultaba contraria al principio de buena fe en la interpretación de los tratados que surge de las pautas de interpretación del artículo 3.1²⁶, inciso primero, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

De ese modo, la Corte entendió que:

...siguiendo una interpretación que vincula a los objetivos mencionados con la necesidad de establecer un ‘procedimiento legal justo y eficaz para la mujer’, que incluya ‘un juicio oportuno’ (cfr. el inciso ‘f’, del artículo citado),

²⁵ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención Belem Do Para”, art. 7, adoptada el 6 de septiembre de 1994 (la cursiva me pertenece).

²⁶ “Regla general de interpretación. 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.” En Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, adoptada el 23 de mayo de 1969, *United Nation Treaty Series*, Vol. 1155, p. 331.

*la norma en cuestión impone considerar que en el marco de un ordenamiento jurídico que ha incorporado 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.*²⁷

El voto concurrente del juez Zaffaroni remite a los argumentos del Procurador Fiscal, en los que, con buen criterio, se pone el acento en el carácter vinculante de la oposición del agente fiscal, sin entrar a considerar los motivos utilizados por la mayoría del Tribunal Supremo para revocar el fallo de la Cámara de Casación.

La solución adoptada por la Corte en el caso “Góngora” puede discutirse por distintos motivos. Por un lado, *puede discutirse si los hechos imputados en el caso realmente constituían una forma de violencia contra la mujer en los términos de la Convención.*

Este aspecto, sin embargo, no fue analizado por la Corte, la que sostuvo:

*... debe dejarse en claro que el a quo no ha puesto en crisis la calificación de los sucesos investigados como hechos de violencia contra la mujer; en los términos del artículo primero del citado instrumento (...). Teniendo en cuenta que, sobre esa base, el recurrente cuestiona únicamente la posibilidad de otorgar el referido beneficio legal a hechos como los que son objeto del sub lite, el punto vinculado a su sub sunción en el texto convencional no será discutido en esta instancia.*²⁸

41

No obstante la consideración que hace la Corte a los efectos de no ingresar en el análisis de ese aspecto, cabe señalar que en función del “deber que tienen las instancias inferiores de conformar sus decisiones a las sentencias de la Corte dictadas en casos similares...”²⁹ y de que el apartamiento infundado de un precedente de la Corte constituye causal de arbitrariedad de sentencia, que da lugar a la interposición de recurso extraordinario federal (art. 14, ley 48), resulta crítico que la doctrina de la Corte sea establecida en casos en donde los hechos juzgados no presenten dudas en cuanto a su real subsunción en las normas constitucionales o convencionales de derechos humanos,³⁰ pues de otro modo resultaría muy difícil para las demás instancias aplicar la doctrina de ella emanada.

²⁷ Góngora, *supra* nota 7, considerando 7 del voto de la mayoría.

²⁸ Góngora, *supra* nota 7, considerando 5 del voto de la mayoría.

²⁹ Dictamen del Procurador General de la Nación que la Corte hace suyo en CSJN, “Fermín, Mauricio s/ causa N° 2061”, sentencia del 20 de junio de 2008, Fallos: 331:1664.

³⁰ Más allá de que la Convención de Belem do Pará no tenga aún jerarquía constitucional, es derecho federal, razón por la cual la Corte Suprema podría haber aplicado el art. 16 de la Ley 48 y haber propuesto su propio análisis de subsunción de los hechos del caso en el concepto de “violencia contra la mujer”. Agradecemos a Pablo Zalazar su observación en este punto.

La Corte entendió en el precedente “Góngora” 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 (cfr. también el inciso ‘f’ del artículo 7 de la Convención) de la manera más amplia posible, en pos de hacer valer su pretensión sancionatoria.³¹

Más allá de la discusión en torno a si la víctima realmente tiene una “pretensión sancionatoria” en los delitos de acción pública, lo cierto es que en el caso en análisis las damnificadas habían manifestado que no deseaban estar presentes en la audiencia de suspensión del juicio a prueba y que aceptaban cualquier tipo de reparación económica que ofreciere el imputado.

Por todo ello, la elección del caso “Góngora” por parte de la Corte Suprema para establecer una premisa interpretativa en cuanto a la garantía de acceso a la justicia en casos de violencia de género puede ser seriamente cuestionada.

Por otro lado, puede debatirse la equiparación que realiza el Tribunal entre la “sanción” exigida por la Convención con la pena estatal.

En los distintos fallos que han tratado esta temática, los defensores suelen utilizar como argumento para la procedencia del instituto el hecho de que la suspensión del juicio a prueba impone la realización de ciertas reglas de conducta que podrían ser consideradas como sanciones, en los términos de la Convención. Esta argumentación había sido utilizada incluso por el defensor en el caso “Góngora”.

42

El argumento merece ser tenido en cuenta, más aún cuando el más reciente Anteproyecto de Código Penal elaborado en el país³² regula como “penas alternativas a la prisión” (art. 22), entre otras, la obligación de residencia (inc. c), prestación de trabajos a la comunidad (inc. e), cumplimiento de las instrucciones judiciales (inc. f) y multa reparatoria (inc. g). Como se aprecia, estas reglas que el Anteproyecto llama penas son muy similares a las reglas de conducta que se imponen en la suspensión del juicio a prueba.

En los fundamentos del anteproyecto, se explica:

La innovación más importante del presente anteproyecto es la supresión de la genérica libertad condicional. Esta institución, que delimita a una forma de ejecución de la pena de prisión, pasaría a ser reemplazada por un abanico de penas alternativas que suplirían las meras condiciones del artículo 13º vigente.³³

³¹ Góngora, *supra* nota 7, considerando 7 del voto de la mayoría.

³² Comisión Para la Elaboración del Proyecto de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, “Anteproyecto de Reforma del Código Procesal Penal de la Nación” Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, 2014. Disponible en: <http://www.telam.com.ar/advf/documentos/2014/04/53598b9463e9b.pdf> . Último acceso: 10 de noviembre de 2017.

³³ *Ibíd.* p. 106.

Esta equiparación de las “penas alternativas” con las consecuencias de la condena de ejecución condicional pueden, *a priori*, asimilarse a las consecuencias normativas de la suspensión del juicio a prueba, en la medida en la que las reglas de conducta son las mismas que en la condena de ejecución condicional. Sin embargo, un dato que no debe soslayarse y que debe ser introducido como un matiz sustancial en cuanto a la naturaleza jurídica de las consecuencias que emanan de la suspensión del juicio a prueba y de la condena de ejecución condicional (o de las “penas alternativas”) finca en que, en la suspensión del juicio a prueba, esas consecuencias jurídicas no son el resultado de la declaración de culpabilidad y no forman parte del reproche que el Estado formula por un comportamiento disvalioso porque, justamente, no se ha establecido la culpabilidad del presunto autor, mientras que en las reglas de conducta que siguen a la condena de ejecución condicional (y lo mismo puede predicarse de las así llamadas “penas alternativas”) las consecuencias jurídicas surgen a partir de la sentencia condenatoria.³⁴

Los aspectos señalados ponen en evidencia la necesidad de que la Corte Suprema seleccione con suma prudencia aquellos casos en los que desea establecer una doctrina sobre un punto específico de las normas constitucionales. No podemos compartir, por ello, los fundamentos de la mayoría en el precedente citado. Otra valoración merece el voto concurrente del Ministro Zaffaroni, que en su remisión al dictamen del procurador pone de resalto el carácter vinculante de la oposición del Ministerio Público Fiscal, elemento que consideramos central en el instituto de la suspensión del juicio a prueba y guiará nuestro análisis posterior.

43

1. El precedente “Góngora” en la jurisprudencia de las Cámaras Federal y Nacional de Casación Penal

Más allá de las características de la sentencia del Tribunal cimero en el caso “Góngora”, describiremos brevemente su impacto en la jurisprudencia, a partir del relevamiento de lo resuelto por las diferentes Salas de la Cámara Federal de Casación Penal (CFCP).

Dentro de los casos analizados por el mencionado Tribunal, hay supuestos en donde los respectivos fiscales de juicio, como así las víctimas, habían consentido la suspensión del juicio a prueba, pero los tribunales habían decidido no concederla.

La Sala II de la CFCP resolvió esta cuestión en el fallo “González”³⁵ a favor del

³⁴ Este punto ha sido señalado por Diego Freedman en su comentario a la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal n° 4 del 6 de julio de 2016, en la causa 28.154/2014, en la que se equiparaban ambos institutos. En Freedman, Diego, “Breves consideraciones sobre la procedencia de la *probation* respecto de los delitos de violencia de género”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Año VI, Número 9, Octubre de 2016.

³⁵ CFCP Sala II, “González Díaz, Agustín s/recurso de casación”, Causa n° 1156/13, sentencia del 12 de marzo de 2014.

otorgamiento del instituto.³⁶ El fundamento central del fallo radica en que considera dirimente el consentimiento del fiscal, pues “es contrario al debido proceso legal y al derecho de defensa en juicio realizar un debate cuya suspensión ha sido postulada por el titular de la acción [y que] (...) son los representantes del Ministerio Público Fiscal quienes tienen a su cargo el juicio de oportunidad acerca de la prosecución de la acción penal en los casos concretos, determinando la conveniencia de su continuación en base a razones de política criminal, valoración que, por ende, está vedada al juzgador.”³⁷

Por su parte, la Sala III de la CFCP resolvió en el sentido opuesto, convalidando el fallo del Tribunal Oral, en el precedente “Delgado”. Para resolver así entendió que “... sólo resulta vinculante para la decisión de los jueces la oposición del representante del Ministerio Público Fiscal debidamente fundada, no así el consentimiento, con el cual, una vez prestado que sea, el tribunal podrá o no suspender la realización del juicio.”³⁸ El Tribunal consideró adecuados los argumentos de la jueza correccional en el sentido de que no había encontrado motivos para apartarse del precedente “Góngora”.

En otro caso, tanto el fiscal como la víctima se habían opuesto al otorgamiento de la suspensión y el Tribunal Oral concordó con ese criterio, por lo cual rechazó la suspensión. La Sala I de la CFCP tuvo oportunidad de resolver esta cuestión en el fallo “Amoroso”³⁹ y, con apoyo en el precedente “Góngora” y en la *Convención de Belem do Pará*, confirmó la resolución del Tribunal Oral. Así, destacó que “la progenitora de la menor [se trataba del abuso sexual sobre una menor] manifestó su voluntad de llegar al juicio oral, a lo que debe agregarse que prescindir de la sustanciación del debate implicarla —tal como lo ha señalado la Corte Suprema nacional—, contrariar una de las obligaciones que asumió el Estado argentino al aprobar la ‘Convención de Belém do Pará’ para cumplir con los deberes de prevenir, investigar y sancionar hechos como los aquí ventilados.”⁴⁰

En otros casos sólo se valoró la oposición del fiscal y los tribunales orales concedieron de todos modos la suspensión. La Sala I de la CFCP analizó este supuesto en el fallo “Bonelli” (se imputaban lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo —marido contra su esposa— y amenazas en concurso real) en donde hizo lugar al recurso del fiscal. Allí se sostuvo “que aun cuando el tribunal puede anular el dictamen del representante de la vindicta pública por falta de logicidad o fundamentación, en

³⁶ Mayoría compuesta por los magistrados de Ledesma y Slokar, con disidencia del juez David.

³⁷ González Díaz, *supra* nota 35, del voto de la magistrada Ledesma.

³⁸ CFCP Sala III, “Delgado Barrozo, Vladimir s/recurso de casación”, Causa n° 1444/13, sentencia del 20 de febrero de 2014, del voto del Juez Riggi.

³⁹ CFCP Sala I, “Amoroso, Eduardo Alberto S/ Recurso de Casación”, Causa n° 915/13, sentencia del 20 de diciembre de 2013.

⁴⁰ *Ibíd.*, del voto del juez Gemignani al cual adhirieron el juez Cabral y la jueza Figueroa.

base a lo dispuesto por el artículo 69 del Código Procesal Penal de la Nación, lo que no puede hacer es suplir su consentimiento, en razón de su carácter de titular del ejercicio de la acción pública.”⁴¹ Luego consideró fundada la oposición del fiscal en función del fallo “Góngora” y la *Convención de Belem do Pará*.

En otro caso, el fiscal aceptó la suspensión, pero la víctima se opuso y el tribunal no hizo lugar al pedido del imputado. La Sala III de la CFCP tuvo oportunidad de analizar ese supuesto en el fallo “Funes”⁴² donde sostuvo que solo es vinculante para el tribunal la oposición del fiscal, no así su consentimiento. Entendió también que al tratarse los hechos imputados de violencia de género —lesiones leves dolosas y amenazas en perjuicio de su mujer—, debía estarse a lo resuelto por la Corte en el fallo “Góngora”, por lo cual rechazó el recurso del imputado.

En otro precedente el Fiscal consintió la suspensión (la víctima, según afirma el recurrente, no pudo ser localizada) pero el Tribunal rechazó la aplicación del instituto. La Sala II de la CFCP resolvió esta situación en el precedente “Yaringaño Rodríguez”⁴³, en donde por mayoría⁴⁴ hizo lugar al recurso del imputado y anuló la resolución del Tribunal Oral. El voto de minoría⁴⁵ se mostró de acuerdo con la resolución del Tribunal Oral y fundó su postura en el precedente “Góngora”.

La nueva Cámara Nacional de Casación Penal⁴⁶ también ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca de los alcances del tan citado precedente de la Corte Suprema de Justicia y ha fijado las posturas que siguen. Por un lado, en cuanto a la oposición del Ministerio Público Fiscal para el otorgamiento de la suspensión del proceso a prueba basándose en la obligación estatal de perseguir los delitos que encarnan violencia contra la mujer, la Cámara Nacional de Casación Penal consideró que el dictamen fiscal era vinculante en ese sentido en los fallos Setton⁴⁷, Herrero⁴⁸,

45

⁴¹ CFCP Sala I, “Bonelli, Alejandro Matías S/ Recurso de Casación”, Causa n° 215/13, sentencia del 26 de agosto de 2013, del considerando II del voto del Juez Cabral, al cual adhirieron los jueces Gemignani y Figueroa.

⁴² CFCP Sala III, “Funes Ribert, Oliver Franklin S/ recurso de casación”, Causa n° 492/2013, sentencia del 12 de septiembre 2013.

⁴³ CFCP Sala II, “Yaringaño Rodríguez, Christian S/ recurso de casación”, Causa n° 121/12 sentencia del 1 de noviembre 2013.

⁴⁴ *Ibíd.* Votos del juez Slokar y de la jueza Ledesma.

⁴⁵ *Ibíd.* Voto en disidencia del juez David.

⁴⁶ Habilitada por la Acordada 38/14 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para finalmente comenzar su actividad jurisdiccional el 2/03/15.

⁴⁷ CNCP Sala III, CCC 063872/2013/TO01/CNC001, sentencia del 7 de abril de 2015. Disponible en: <http://www.mpf.gov.ar/ufem/files/2015/06/2.-20150407-CNCP-SJP-VG-Setton.pdf>. Último acceso: 20 de junio de 2017.

⁴⁸ CNCP Sala II, CCC 013329/2014/TO01/CNC001, sentencia del 10 de abril de 2015. Disponible en <http://www.mpf.gov.ar/ufem/files/2015/06/3.-20150410-CNCP-SJP-VG-Herrero.pdf>. Último acceso: 20 de junio de 2017.

Rabaza,⁴⁹ Chavero,⁵⁰ Rocca,⁵¹ Calvelo⁵² y Martínez;⁵³

Por otro lado, también emitió opinión en relación con el consentimiento fiscal para que la suspensión del proceso a prueba fuera otorgada. En los fallos Riquelme⁵⁴ y Capozucca,⁵⁵ el Tribunal consideró que el dictamen resultaba vinculante también en ese sentido, siempre que superara el filtro del control negativo de legalidad.⁵⁶

Finalmente, cabe señalar que en el precedente “Barceló”,⁵⁷ el Tribunal dejó sentado el criterio referido a que la suspensión del juicio a prueba no procede en los casos de violencia contra la mujer según la *Convención de Belem do Pará* y que el dictamen del fiscal, aun en el caso de que sea afirmativo respecto de la concesión del instituto, no vincula al juez, pues en materia de aplicación de derecho, la decisión

⁴⁹ CNCP Sala III, “Rabaza, Luciano s/ recurso de casación” CCC 022355/2014/TO01/CNC001, sentencia del 24 de abril del 2015. Disponible en <http://www.mpf.gob.ar/ufem/files/2015/06/5.-20150424-CNCP-SJP-VG-Rabaza.pdf>. Último acceso: 20 de junio de 2017.

⁵⁰ CNCP Sala III, “Chavero, Sebastián Leónidas s/ abuso sexual”, CCC 037754/2014/TO01/CNC001, sentencia del 30 de abril del 2015. Disponible en <http://www.mpf.gob.ar/ufem/files/2015/06/6.-0150430-CNCP-SJP-VG-Chavero.pdf>. Último acceso: 20 de junio de 2017.

⁵¹ CNCP Sala II, “Rocca Oroya, Lino S/ coacción en concurso real con lesiones leves”, CCC 072231/2013/TO01/CNC001, sentencia del 3 de junio de 2015. Disponible en: <http://www.mpf.gob.ar/ufem/files/2015/06/10.-20150603-CNCP-SJP-VG-Rocca-Oroya.pdf>. Último acceso: 20 de junio de 2017.

⁵² CNCP Sala III, “Calvelo Mariano José S/ lesiones leves”, CCC 072495/2013/TO01/CNC001, sentencia del 3 de junio del 2015. Disponible en: www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-133297021.pdf. Último acceso: 20 de junio de 2017.

⁵³ CNCP Sala II, “Martínez, Alejandro Esteban S/ abuso sexual” CCC 055007/2014/TO01/CNC001, sentencia del 11 de junio de 2015. Disponible en: <http://www.mpf.gob.ar/wp-content/uploads/2016/03/15.-20150611-CNCP-SJP-VG-Martínez.pdf>. Último acceso: 20 de junio de 2017.

⁵⁴ CNCP, Sala II, CCC 004216/2014/TO01/CNC001, sentencia del 22/04/2015

⁵⁵ CNCP Sala II, “Capozucca, José Leonardo S/ abuso sexual - art.- 119, primer párrafo”, CCC 040026/2014/TO01/CNC001, sentencia del 11 de junio de 2015. Disponible en: <http://www.mpf.gob.ar/ufem/files/2015/06/14.-20150611-CNCP-SJP-VG-Capozucca-inicializado.pdf>. Último acceso: 20 de junio de 2017.

⁵⁶ El juez Mahiques, según la posición sentada en el fallo Setton, sostiene que los casos de rechazo de la suspensión del proceso a prueba no habilitan la competencia de la Cámara de Casación, dado que no se equiparan a sentencia definitiva. Sin embargo, suscribe el fallo “Barceló” en el cual el tribunal se expide en el sentido de la improcedencia del instituto de la suspensión del juicio a prueba para casos de violencia contra la mujer. Por otra parte, debe hacerse la salvedad con relación a la opinión de la Jueza Garrigós de Rebori, quien si bien al integrar la Sala III en el caso Calvelo adhirió a la postura del juez Días en cuanto al carácter vinculante del dictamen fiscal, sostiene que el dictamen fiscal solo es vinculante en los casos del párrafo 4to. del art. 76 bis del Código Penal, mientras que en los casos en los que el máximo de la pena en abstracto no supera los tres años de prisión, es una facultad del tribunal conceder la aplicación del instituto. Dicha postura quedó plasmada en el fallo CNCP Sala II, “Berio, A. V. S/ Suspensión de Juicio a Prueba, CCC 008490/2014/PL01/CNC001, sentencia del 9 de junio de 2015. Disponible en <http://www.mpf.gob.ar/ufem/files/2015/06/12.-20150609-CNCP-SJP-VG-Berio-inicializado.pdf>. Último acceso: 20 de junio de 2017. La misma posición puede encontrarse en el voto del juez Niño tanto en el mencionado caso Berio como en el fallo Fernández (CNCP Sala III, CCC 710074358/2012/PL01/2, sentencia del 18 de noviembre de 2015).

⁵⁷ CNCP Sala III, CCC 12167/2013/PL1/CNC1, sentencia del 21/06/2016.

es del juez y no del fiscal.

IV. Las diferentes concepciones de la suspensión del juicio a prueba

Desde su incorporación al ordenamiento jurídico nacional, la suspensión del juicio a prueba se ha constituido en uno de los institutos más utilizados en el marco de los procesos penales. La jurisprudencia ha avanzado a su cada vez más amplia aplicación,⁵⁸ hasta el punto de que, actualmente, parece haberse naturalizado su aplicación como si se tratara de un derecho del imputado.⁵⁹

Sin embargo, últimamente han surgido criterios restrictivos del instituto que imposibilitarían su aplicación a determinados grupos de casos, entre ellos, aquellos en los que exista violencia contra la mujer⁶⁰ (la llamada “violencia de género”).⁶¹

Esta tendencia ha sido criticada y tildada como un “retroceso” de nuestro máximo tribunal en materia de garantías constitucionales.

⁵⁸ En este sentido, CSJN, “Acosta, Alejandro Esteban S/ infracción art. 14, 1° párrafo ley 23.737”, sentencia del 23 de abril de 2008, Fallos: 331:858 y CSJN “Norverto, Jorge Braulio s/ infracción art. 302 del C.P.”, sentencia del 23 de abril de 2008. Disponible en: <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=88887>. Último acceso: 20 de junio de 2017.

⁵⁹ Esta extendida aplicación del instituto sólo cumple la función de descomprimir la justicia penal dado que no existen programas institucionales de seguimiento y verificación del cumplimiento de las obligaciones asignadas a los “probados”.

⁶⁰ “... debe entenderse por violencia contra la mujer 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.” Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer “Convención de Belem Do Para”, *supra* nota 25, art. 1. En la legislación interna, la violencia contra la mujer es definida como como “... *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.*” Ley N° 26.485, de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, B.O. del 14/04/2009, art. 4.

⁶¹ La noción de violencia de género, que abarca la violencia contra la mujer, debe distinguirse de la llamada “violencia doméstica”. Al respecto, explica Amorós que: “...*el concepto ‘violencia doméstica’ es una chapuza conceptual y, precisamente por eso, despolitiza; porque suma magnitudes heterogéneas: invisibiliza, por tanto, el carácter estructural del fenómeno de la violencia de género porque ni toda agresión contra mujeres se produce en el ámbito doméstico ni todas las agresiones que se producen en el ámbito doméstico tienen como sus víctimas exclusivamente a las mujeres*”, en Amorós, Celia, “Conceptualizar es politizar”, en Laurenzo, Maqueda y Rubio (coords.), *Género, violencia y derecho*, Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2008, p. 5.

1. La naturaleza jurídica de la suspensión del juicio a prueba: ¿facultad del fiscal, derecho del imputado o derecho de la víctima?

Si se parte de la tradicional definición de un derecho subjetivo como la facultad de exigir de los otros un determinado comportamiento, la suspensión del juicio a prueba no puede ser entendida como un derecho del imputado. Nadie tiene derecho a que su causa no sea investigada ni elevada a juicio. En todo caso puede afirmarse que el imputado tiene derecho a formular esa solicitud y que ella sea analizada razonablemente,⁶² pero no a que efectivamente se suspenda el proceso, dado que éste cumple otras funciones y tiene otras finalidades respecto de otros actores,⁶³ además de asegurar el derecho de defensa del imputado.

La suspensión del proceso a prueba tampoco puede ser entendida como un derecho de la víctima a que el hecho no se investigue ni se enjuicie, pues el único titular de la pretensión punitiva (en los delitos de acción pública) es el Ministerio Público Fiscal. De allí que el instituto de la suspensión del juicio a prueba, si bien le brinda participación a la víctima (a ella se debe ofrecer una reparación y debe ser citada a la audiencia), no considera su oposición como vinculante⁶⁴ de ninguna forma.

El sistema penal argentino se estructura sobre la base de la acción penal pública. Ello quiere decir que el titular de la acción penal es el Estado, más específicamente, como indicamos, el Ministerio Público Fiscal (Cf. arts. 5, 65, CPPN; 25.c, ley 24946; 120 CN). El fundamento de este principio no es otro que el de reconocer que los

48

⁶² Este parece ser el sentido de “derecho” que le asigna la Corte en el precedente Padula, en donde si bien el tribunal cimero afirmó que se trata de un “derecho del procesado a poner fin a la acción y evitar la imposición de una pena [en función de que]... la finalidad de quien requiere la suspensión del juicio a prueba no es la de obtener una sentencia absolutoria, sino la de no seguir sometido a proceso mediante la extinción de la acción penal”, (CSJN, “Padula, Osvaldo Rafael y otros s/ defraudación”, Fallos: 320:2451, sentencia del 11 de noviembre de 1997, considerando 5 del voto de la mayoría, lo que se analizaba en realidad era la posibilidad de recurrir el auto que rechazaba la aplicación de la suspensión del juicio a prueba. La Corte entendió que el auto que rechazaba el recurso “resulta descalificable como acto jurisdiccional válido, sin que esto implique abrir juicio sobre la procedencia o improcedencia del beneficio solicitado.” *Ibid.*, considerando 6to. del voto de la mayoría.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Ello no significa que los intereses de la víctima no estén representados en esta institución procesal. El lugar de la víctima en el proceso penal es resguardado por el MPF no sólo en materia de suspensión de juicio a prueba, sino también de juicio abreviado. Así, la Resolución PGN No 90/99 establece: “que los Sres. fiscales, cuando consideren oportuno celebrar un acuerdo de juicio abreviado en los delitos contra la integridad sexual o contra las personas cometidos en el ámbito intrafamiliar, arbitren los medios para que se le otorgue a la víctima y/o sus representantes legales la oportunidad de ser escuchados previamente a concretar el acuerdo con el imputado y su defensor.” PGN N° 90/99, del 23 de diciembre de 1999, art. 1. Disponible en: <http://www.mpf.gov.ar/resoluciones/pgn/1999/pgn-0090-1999-001.pdf>. Último acceso: 20 de junio de 2017.

Asimismo, “se deberá poner en conocimiento a la víctima y/o sus representantes legales sobre la eventual liberación del imputado que podría resultar como consecuencia de la celebración del juicio abreviado, para que adopten los recaudos que estimen pudieren corresponder.” *Ibid.*, art. 3.

intereses tutelados por el ordenamiento jurídico penal son, esencialmente, públicos y estatales. Cuando alguien mata a otro no entra en conflicto (sólo) con su víctima o con la familia de ésta, sino con toda la comunidad: ha quebrantado una norma fundamental para la convivencia, y su sanción, para reafirmar la vigencia de la norma (y de los valores que a ella le dan sustento) es un asunto de interés público, de interés del Estado. Ello resulta así porque, en definitiva, “[l]o que está en juego en la reacción jurídico-penal contra el hecho no es la compensación del daño causado a la víctima ni tampoco (o al menos no principalmente) el proporcionarle una satisfacción personal. La pena es una reacción de la generalidad contra la lesión del interés público en la validez de la norma jurídica infringida por la comisión del delito.”⁶⁵

De allí se deriva que, en la generalidad de los casos, sea irrelevante la opinión de la víctima o sus representantes con relación a la decisión respecto de si un delito debe o no perseguirse. Por ejemplo, si X mata a un sujeto que nadie quiere, ni siquiera su familia, será irrelevante que la familia del muerto se manifieste en contra de la persecución penal porque ha perdonado al agresor o que la comunidad se exprese también en contra porque el sujeto en cuestión era considerado un “enemigo del pueblo”.

Adicionalmente, y como regla general, el MPF debe instar la acción penal pública siempre (principio de oficialidad o legalidad procesal, arts. 71, CP; 5, CPPN). Por lo tanto, cualquier norma que habilite la no persecución de los delitos en determinadas oportunidades expresará variaciones a las facultades del MPF de conducir la acción penal. Podría, con licencia dado que en los supuestos de suspensión de juicio a prueba la acción penal se ha inicialmente formalizado, constituir un ejercicio reglado de criterios de disponibilidad de la acción, en la medida en la que exceptúa al MPF del principio de legalidad procesal.

Desde este punto de vista podemos decir que el instituto de la suspensión del juicio a prueba es, de algún modo, una manifestación de criterios de oportunidad⁶⁶ una vez que

⁶⁵ Frister, Helmut, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Hammurabi, 2011, p. 38.

⁶⁶ Así lo sostuvo, con base en los antecedentes parlamentarios, la mayoría en el plenario “Kosuta”: “... se advierte a partir de las expresiones del Diputado Antonio M. Hernández (Conf. Antecedentes Parlamentarios, La Ley, año 1994 No 2, parágrafo 31) quien al subrayar la importancia del instituto en examen, señaló que ‘... es una flexibilización del principio de legalidad que existe en la materia’, cuando ‘... desde hace tiempo se requiere el establecimiento de otro principio, como es el de la oportunidad’. En concordancia con ello, la mencionada Ley Orgánica del Ministerio Público (Ley N° 24.946) en su art. 29, bajo el título ‘Principio de Legalidad’, y en inequívoca referencia a leyes especiales como la que nos convoca, establece que: ‘Cuando se tratare de una acción pública, el Ministerio Público actuará de oficio. La persecución penal de los delitos de acción pública deberá ser promovida inmediatamente después de la noticia de la comisión de un hecho punible y no se podrá suspender, interrumpir o hacer cesar, salvo en los casos y bajo las formas expresamente previstas en la ley.’” CNCP, “Kosuta, Teresa R. s/ Recurso de Casación”, del voto de los jueces Riggi, Capolupo, y Catucci y otros, plenario de fecha 17 de agosto de 1999 (las cursivas me pertenecen). Disponible en: <http://www.sajj.gov.ar/camara-nacional-casacion-penal-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-kosuta-teresa-recurso-casacion->

se ha formalizado el proceso, de los que, vale recordarlo, el único titular es el MPF, en cuanto exige, en algunos casos y bajo determinadas condiciones (entre ellas, la previa solicitud del imputado), al órgano persecutor del impulso de la acción penal. Abona esta idea el modo en el que está regulado el instituto en nuestro ordenamiento jurídico.

En efecto, en primer lugar, el instituto aparece normado en el derecho de fondo y no del derecho de forma (artículos 76 *bis*, 76 *ter* y 76 *quater*⁶⁷ —título XII, libro primero— del Código Penal), a diferencia de la tendencia legislativa latinoamericana de las últimas décadas. Si tenemos en cuenta que el régimen de la acción penal en la República Argentina es materia de fondo y no de forma, o al menos así lo ha decidido el legislador argentino al regular este punto en los títulos X y XI del libro primero del CP, es razonable concluir que las excepciones al principio de persecución oficiosa (art. 71, CP) también deban regularse en el código sustantivo⁶⁸. Por lo tanto, esta forma de regulación aparece como compatible con la introducción de un criterio de oportunidad entendido como lo hicimos precedentemente.

En segundo lugar, el artículo 76 *bis*, 4º párrafo dice claramente, como requisito de procedencia del instituto, “si (...) hubiese consentimiento del fiscal”. De allí se extrae con claridad que el rol del Fiscal es decisivo en cuanto a la concesión del instituto con independencia de que se cumplan los otros requisitos legales; es decir, el consentimiento del fiscal es un requisito adicional *sine qua non*, no suplementario. Ello tiene sentido, nuevamente, en la medida en la que sólo el titular de la acción es quien puede decidir no continuar la persecución. Como se puede apreciar, nada dice el Código Penal de la oposición o el consentimiento de la víctima, pues, ciertamente, aunque deba tenérsela en cuenta, nada puede decidir en nuestro sistema acerca de la disposición de la acción.

La exigencia del consentimiento del fiscal, sin embargo, fue cuestionada por la doctrina⁶⁹ y por la jurisprudencia. Se debatió, incluso, en torno de si la oposición del fiscal era o no vinculante, es decir, si el juez podía, de todos modos, ante la oposición del fiscal, conceder el beneficio. La Cámara Nacional de Casación Penal resolvió

causa-1403-fa99261001-1999-08-17/123456789-100-1629-9ots-eupmocsollaf. Último acceso: 20 de junio de 2017.

⁶⁷ Incorporados al Código Penal a través de la Ley N° 24.316, sancionada el 1994/05/04, publicada en el B.O. el 1994/05/19.

⁶⁸ El tema divide a la jurisprudencia en las diferentes jurisdicciones. En otros sistemas procesales, como en el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la mediación introducida en el Código Procesal Penal (CPP, art. 204, inc. 2º) ha sido tildada de inconstitucional por haber regulado materia de fondo (acción penal) mediante leyes dictadas por legislaturas locales (ver: fallo Cámara de Apelaciones Penal Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala III, “Acosta Vera, Ángel Ramón s/ infr. art. [s]. 149 bis, Amenazas - CP [p/ L 2303]”, sentencia del 29/06/2009). En esta jurisdicción el MPF emitió una instrucción general para que los fiscales se opongan a las formas restaurativas en casos de violencia de género.

⁶⁹ Zaffaroni, E., y otros, *supra* nota 3, p. 973.

sobre este punto, en el conocido plenario “Kosuta”, que “la oposición del Ministerio Público Fiscal, sujeta al control de logicidad y fundamentación por parte del órgano jurisdiccional, es vinculante para el otorgamiento del beneficio.” (punto 3 de la parte resolutive). A pesar de que los puntos 1 y 2 de la parte resolutive de “Kosuta”⁷⁰ (referidos a la pena de tres años y a la inhabilitación) se han dejado de lado, este último punto no ha sido abandonado por la Casación ni cuestionado por la Corte Suprema, por lo tanto el criterio actual de nuestros tribunales es el de considerar vinculante la oposición del fiscal,⁷¹ aunque, ello, por supuesto, no excluye la posibilidad (e incluso el deber) de que el juez controle la fundamentación de su oposición.

Este aspecto fue claramente señalado en el dictamen del Procurador Fiscal (al cual se remite el voto concurrente del Dr. Zaffaroni) en el mencionado caso “Góngora”. Allí se destacó que “(...) el texto del artículo 76 bis del Código Penal es claro en cuanto prevé el consentimiento del fiscal como requisito para la concesión del beneficio en examen (...)” y que “(...) tiene dicho la Corte que ‘es regla de interpretación de las leyes la de que los jueces deben atenerse al texto de las mismas, cuando es claro y no da lugar a dudas’ (Fallos: 120:372)”.

También destaca el Sr. Procurador Fiscal, con cita de los antecedentes parlamentarios, que la necesidad del consentimiento fiscal para otorgar el beneficio surge con claridad de la voluntad del legislador.

En conclusión, la posición que afirma que la suspensión del juicio a prueba es un derecho del imputado parecería basarse más sobre el dato empírico de su extendida utilización, que sobre razones jurídicas contundentes que permitan sustentarla.

Por lo demás, considerarla como un derecho del imputado colisionaría con otros derechos, cuestión que no puede ser desarrollada aquí⁷², lo que introduciría enormes desequilibrios en el modelo constitucional argentino.

51

2. Las decisiones de política criminal del Ministerio Público Fiscal

Como lo dejamos sentado en el punto anterior, el Ministerio Público Fiscal es quien debe manifestar su consentimiento al otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba. Su oposición es, sin dudas, vinculante en el diseño legal federal de la institución.

Como también lo señalamos, al juez le cabe el rol de controlar la razonabilidad de esa oposición, la que deberá tener como norte los criterios generales del Ministerio Público Fiscal, en función de los principios de coherencia, unidad y jerarquía que rigen la institución.

⁷⁰ Fallo “Kosuta, Teresa R. s/ Recurso de Casación”, *supra* nota 66.

⁷¹ Así, entre otros: CNCP Sala I, “Ruarte”, causa n° 9680, reg. n° 12956, sentencia del 2008/12/02; CNCP Sala II, “Matthews”, causa n° 9654, reg. n° 15316, sentencia del 2009/10/13; CNCP Sala III, “Franco”, causa n° 12341, reg. n° 1162/10, sentencia del 11/08/2010.

⁷² Como por ejemplo, la garantía de acceso a la justicia.

Según los criterios del Ministerio Público Fiscal expresados en sucesivas y concordantes Resoluciones de los diferentes Procuradores Generales de la Nación, el instituto de la suspensión del juicio a prueba tiene por finalidad evitar la criminalización de sujetos acusados de perpetrar en forma primaria delitos menores, con sus secuelas contrarias a los fines preventivos especiales de la pena⁷³, de estigmatización y apartamiento de la sociedad, al tiempo que ayuda al sistema de administración de justicia a concentrarse en hechos de mayor trascendencia social⁷⁴ cuyo juzgamiento sea fundamental para consolidar los valores que fundan la convivencia (*Véase* Resolución PGN 97/09). Por lo tanto, de acuerdo con estas Resoluciones, en aquellos casos en los que la realización del juicio y la aplicación de una pena aparezcan como absolutamente necesarios para la reafirmación de los derechos fundamentales, la suspensión del juicio a prueba no debería proceder.

Obsérvese, con un ejemplo perturbador, la pertinencia de lo afirmado en el párrafo anterior en términos del rol del Ministerio Público en la consolidación del Estado de Derecho. Si sólo se tuviera en cuenta el monto posible de la pena y la reunión de los otros requisitos legales, sin necesidad de ninguna valoración específica y, a la vez, se pensara que la suspensión del juicio a prueba es un derecho del imputado, se llegaría a la situación de tener que admitir su aplicación incluso respecto de delitos de lesa humanidad para autores civiles, pues la escala penal para ese grupo de delitos se extiende de 3 a 25 años de prisión,⁷⁵ con lo cual, según la tesis amplia⁷⁶ respecto de la suspensión del juicio a prueba, podría corresponder su aplicación.

Más allá de esa referencia ejemplificativa, lo relevante en este punto es que, como lo ha establecido la Procuración General de la Nación, “nada obsta a que, más allá de esas excepciones a la procedencia de la suspensión del juicio a prueba prevista por la ley, se puedan establecer otras basadas en criterios de política criminal, derivadas del cumplimiento de las obligaciones asignadas a este Ministerio Fiscal de velar por los intereses generales de la sociedad y la facultad expresamente otorgada por

⁷³ Resolución PGN 24/00, de fecha 27 de abril del 2000. Disponible en: <http://www.mpf.gov.ar/resoluciones/pgn/2000/pgn-0024-2000-001.pdf>. Último acceso: 20 de junio de 2017. Resolución PGN 86/04, de fecha 02 de agosto de 2004. Disponible en <http://www.mpf.gov.ar/resoluciones/pgn/2004/pgn-0086-2004-001.pdf>. Último acceso: 20 de junio de 2017.

Resolución PGN 130/04, de fecha 09 de septiembre de 2004. Disponible en: <http://www.mpf.gov.ar/resoluciones/pgn/2004/pgn-0130-2004-001.pdf>. Último acceso: 20 de junio de 2017.

⁷⁴ Véase Resolución PGN 39/97, de fecha 27 de agosto de 1997. Disponible en: <http://www.mpf.gov.ar/resoluciones/pgn/1997/pgn-0039-1997-001.pdf>. Último acceso: 20 de junio de 2017. Resolución PGN 86/04, de fecha 2 de agosto de 2004. Disponible en: <http://www.mpf.gov.ar/resoluciones/pgn/2004/pgn-0086-2004-001.pdf>. Último acceso: 20 de junio de 2017 y 130/04, *ibid.*

⁷⁵ “En los casos previstos en el artículo 7° del Estatuto de Roma [crímenes de lesa humanidad] la pena aplicable es de 3 a 25 años de prisión. Si ocurre la muerte, la pena será de prisión perpetua.” Ley N° 26.200, Ley de implementación del Estatuto de Roma, B.O. del 09/01/2007, art. 9.

⁷⁶ Véase fallos “Acosta” “Norverto”, *supra* nota 58; Resoluciones PGN 39/97, *supra* nota 74, 24/00 y 130/04, *supra* nota 73.

la Ley Orgánica de diseñar a través de instrucciones de carácter general la política de persecución penal del organismo⁷⁷ Ello es así, en virtud de que, del mismo modo en que la no celebración del debate oral puede resultar útil para la consecución de los fines del Ministerio Público Fiscal, también puede resultar su realización, concretamente en aquellos supuestos en los cuales únicamente mediante esa forma de resolución del caso resulte posible cumplir con el fin de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses de la sociedad.⁷⁸

El establecimiento de estos criterios se realiza mediante resoluciones generales que, sin embargo, funcionan en general como recomendaciones que deben ser aplicadas de acuerdo a las particularidades del caso en concreto, así se estableció por ejemplo en la ya citada Res. PGN 97/09 referida a hechos de “corrupción”, que “...es recomendable que el fiscal, *tomando en cuenta las particularidades del caso concreto* y fundando su dictamen en ellas, se oponga a la procedencia del beneficio...”.⁷⁹ De allí que el hecho de sostener un criterio general para la oposición del fiscal en materia de suspensión del juicio a prueba no exime a los fiscales de ponderar si en el caso específico bajo análisis el espíritu de la resolución general es o no aplicable.

V. Las funciones del derecho penal: el derecho penal como garantía de los derechos fundamentales

Nuestro medio vive en estos tiempos una paradoja en relación con las funciones del derecho penal, pues mientras más terreno gana la idea de que el derecho penal (o el llamado actualmente por considerable cantidad de autores latinoamericanos: “poder punitivo”)⁸⁰ no cumpliría ninguna función positiva en la sociedad, más

⁷⁷ Ley N° 24.946, Ley orgánica del Ministerio Público, B.O. del 23/03/1998, Arts. 1, 33 y concordantes.

⁷⁸ Resolución PGN 97/09, de fecha 14 de agosto de 2009. Disponible en: <http://www.mpf.gov.ar/resoluciones/pgn/2009/pgn-0097-2009-001.pdf>. Último acceso: 20 de junio de 2017.

⁷⁹ *Ibid.*, considerando.

⁸⁰ La definición tradicional del derecho penal como el “conjunto de normas dotadas de sanción retributiva” (Soler, S. *supra* nota 8, p. 26.) designa al derecho penal objetivo en sentido material y en general es la definición aceptada para el término derecho penal. Sin embargo, actualmente, se impone la idea del derecho penal en el sentido de ciencia del derecho penal. Así lo explicaba el maestro Zaffaroni en publicaciones respecto de su posición en cuanto a qué cosa sea el derecho penal. Por ejemplo, afirma Zaffaroni en su obra *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*: “... suele confundirse derecho penal con ley penal. Debe quedar claro que cuando nos referimos aquí al derecho penal estamos hablando en el sentido del saber penal, o si se prefiere, de la ciencia del derecho penal, de esto que hacemos los penalistas. ¿Y qué hacemos los penalistas? Hacemos una labor interpretativa, interpretamos un mundo normativo, un objeto normativo, y la interpretación no puede ser más que discursiva, pues el derecho en general es eso, un discurso.” Zaffaroni, E., *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007, p. 17. Muchos años atrás, Alimena formuló una definición que emparenta al derecho penal con la

umenta la tendencia a incluir dentro de una agenda de “derechos humanos” al juzgamiento de crímenes que atentan contra los derechos fundamentales.

Esta paradoja demuestra que, en realidad, como sostiene la doctrina aun mayoritaria tanto en el plano nacional como internacional, el derecho penal (el *jus puniendi* estatal) es absolutamente necesario para el mantenimiento de la vida en sociedad en términos de la defensa de los valores fundamentales que la definen. Es el punto de vista, como indicamos, que expresa el derecho internacional de los derechos humanos.

Nos interesa señalar aquí que esta tendencia a asociar cada vez más los derechos humanos con el juzgamiento de crímenes que lesionan derechos fundamentales puede tener como base, aunque no claramente definida, la concepción de la norma prohibitiva como manifestación de un derecho fundamental de protección constitucionalmente reconocido y a la sanción penal como garantía de aquella norma. En efecto, los derechos fundamentales, en lo que aquí interesa, pueden clasificarse como derechos negativos o positivos, de acuerdo con la clásica clasificación realizada por Georg Jellinek.⁸¹

Mientras que los derechos negativos son derechos de defensa, en la medida en la que otorgan a su titular la facultad de repeler invasiones del Estado en su ámbito de organización, los derechos positivos son aquellos que requieren la intervención del Estado para su satisfacción. Entre estos derechos positivos existen derechos de seguridad, que se manifiestan en normas que protegen al individuo frente a los ataques de terceros.⁸² De esta forma, el derecho a la vida, por ejemplo, se manifiesta negativamente en la medida en la que le exige al Estado que no mate a los individuos (por ejemplo, mediante la prohibición de la pena de muerte),⁸³ pero también positivamente en la medida en la que el Estado debe proteger a los individuos de ataques de terceros (por ejemplo, mediante la prohibición del homicidio).

La afirmación de estos derechos, sin embargo, requiere, para su efectiva

ciencia del derecho penal. En palabras de Jiménez de Asúa, se trata de una “definición de *sentido jurídico*”. Decía Bernardino Alimena que el Derecho penal es “la ciencia que estudia el delito como fenómeno jurídico y el delincuente como sujeto activo, y, por tanto, las relaciones que derivan del delito como violación del orden jurídico y de la pena, como reintegración de este orden” en Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal. I. Concepto de derecho penal y de la criminología. Historia y legislación penal comparada*, Buenos Aires, Losada, 5ª edición, 1950, p. 32.

⁸¹ Este autor agrega además los derechos de status activo y neutro, pero ellos no revisten relevancia para nuestro análisis. Véase Jellinek, Georg, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2. Aufl. 1919, citado en Pieroth y Schlink, *Grundrechte Staatsrecht II*, 27. Auflage, C.F. Müller, 2011, p. 21. Véase también Schmidt, Rolf, *Grundrechte*, 13. Auflage, 2011, p. 7; Hufen, Friedhelm, *Staatsrecht II. Grundrechte*, 2. Auflage, Beck, München, 2009, p. 52. Un análisis sobre la clasificación de Jellinek se encuentra en Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 119 y ss. En sentido equivalente Berlin, Isaiah, “Two concepts on liberty”, en *Four essays on liberty*, Londres, Oxford University Press, 1ª ed., 1969.

⁸² Véase Alexy, R., *Ibid.*, p. 171.

⁸³ Conf. arts. 18 y 75, inc. 22 (mediante el art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Constitución Nacional de la República Argentina.

protección, de una garantía, entendida como un mecanismo para el aseguramiento de los derechos.⁸⁴ En este sentido, la garantía de que el derecho de protección que da sustento a la norma prohibitiva será respetado está dada por la actuación del derecho penal (de la pena) a través del proceso penal.

1. La finalidad resocializadora de la pena

Uno de los argumentos que se esgrimen para negar a la pena el carácter de garantía de la reafirmación de derechos fundamentales es la del fin resocializador de la pena. Así, como lo hizo la sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal en el caso “Góngora”, se sostiene que al ser la resocialización la única finalidad posible de la pena, cualquier rechazo a una salida alternativa a su aplicación debería basarse en la imposibilidad de obtener el fin resocializador por otras vías distintas a la aplicación de una pena.

Esta afirmación parecería apoyarse sobre normas de derecho interno e internacional, pues la Convención Americana sobre Derechos Humanos (con rango Constitucional mediante art. 75, inc. 22, Constitución Nacional) establece en su artículo 5.6 que “[l]as penas privativas de la libertad tendrán como finalidad *esencial* la reforma y la readaptación social de los condenados.”⁸⁵ De allí podría extraerse, como lo han hecho varios, el fin preventivo especial de la pena. Sin embargo, tanto el texto convencional como la Carta Magna se refieren, *exclusivamente*, a la pena *privativa de la libertad*. Estas disposiciones, además, no comprenden las penas de multa y de inhabilitación, por lo tanto estas reglas son insuficientes para explicar el sentido general de la pena y su justificación en nuestro sistema legal, el que debe extraerse de la totalidad de las normas que regulan la cuestión sobre la base de su interpretación sistemática.

Por otro lado, de forma complementaria, la norma convencional *tampoco se refiere a la finalidad preventiva como exclusiva, sino que declara que ella es esencial*.

Por otra parte, el ordenamiento jurídico argentino establece el fin preventivo en la ley n° 24660 (Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad) que declara en su artículo 1: “La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas

⁸⁴ Sobre las diferencias y relaciones entre las garantías y los derechos, ver, entre otros, Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Depalma, 1991, p. 63; Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de Derecho constitucional argentino*, tomo II-A, nueva edición ampliada y actualizada a 2002-2003, Buenos Aires, Ediar, 2003, p. 12; Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal. Fundamentos*, Tomo I, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2ª ed., 1996, p. 474; Kierszenbaum, Mariano, *Un repaso sobre los límites del derecho penal sustantivo*, en Rusconi, Maximiliano y Kierszenbaum, Mariano, *Teoría del delito y garantías constitucionales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009.

⁸⁵ Convención Americana Sobre Derechos Humanos “Pacto San José de Costa Rica”, art. 5.6., adoptada el 22 de noviembre de 1969, *Serie sobre tratados OEA*, N° 36 (Las cursivas me pertenecen).

sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad.”⁸⁶

De allí es posible sostener que el fin resocializador sólo es obligatorio a los efectos de llevar adelante la ejecución de la pena privativa de la libertad, mas no en el momento de sancionar una ley penal (criminalización primaria) ni de fijar la condena en el caso concreto (criminalización secundaria).

Las razones invocadas posibilitan fundar la justificación de la pena estatal, con base en el derecho positivo argentino, a partir de una teoría de la unión.⁸⁷ Parece deberse a ello que la jurisprudencia haya entendido que para casos de graves violaciones a los derechos humanos resultaba irrelevante, al momento de la fijación de la pena, que el imputado hubiera permanecido treinta años sin cometer delitos, lo cual (según la defensa) excluía la necesidad de la prevención especial al determinar judicialmente la pena, pues lo relevante para castigar, en ese momento y, en ese caso particular, eran las razones de prevención general positiva.⁸⁸

⁸⁶ Ley N° 24.660, Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, B.O. del 16/07/1996, art. 1.

⁸⁷ Explica Roxin, como es sabido, que se deben distinguir tres momentos distintos en el camino de la aplicación de la pena. Afirma que si bien los distintos efectos preventivos (general y especial) están presentes en todas las etapas, éstos adquieren una diferente preponderancia en cada una de ellas. En el momento de la creación de la ley que contiene la amenaza de pena (criminalización primaria) la función de la pena será la de prevención general, en tanto que al momento de individualizarse la sanción en un caso concreto (criminalización secundaria), la pena ratificará la amenaza, pero no podrá exceder la medida de la culpabilidad (este dato limitador se obtiene de las teorías absolutas, pero vale aclarar que Roxin *niega cualquier carácter retributivo a la pena*, mientras que Maurach le asigna una función preponderantemente retributiva); finalmente, en el momento de la ejecución de la pena ésta deberá tener fines resocializadores (prevención especial positiva). Véase Roxin, *supra* nota 8, p. 95 y ss.

⁸⁸ “En cuanto a la prevención general y especial positivas, aun cuando pudieran analizarse cuestiones de prevención, en el momento de la imposición de pena deben primar cuestiones de prevención general por sobre cuestiones de prevención especial, las que por el contrario tendrán primacía al momento de su ejecución. En este sentido menciona Claus Roxin que la necesidad de prevención general se desprende y se justifica plenamente como un modo de mantener y recobrar la confianza en el Estado de Derecho, cuando la comunidad observa que a un sujeto que comete hechos de mucha gravedad, se le aplica la pena correspondiente, produciendo también un efecto de pacificación que se realiza cuando la conciencia jurídica se tranquiliza y se considera solucionado el conflicto social ocasionado por el autor (Conf. Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General*, tomo I, Editorial Thomson Civitas, p.792 y ss., y 983). Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Córdoba, “Videla, Jorge R. y otros” sentencia del 22 de diciembre de 2010, Abeledo Perrot N°: 70068199. También la Corte IDH alude a la impunidad como generadora de una “repetición crónica” de violaciones de derechos humanos, de donde podría seguirse que es necesario castigar para disuadir a otras personas (prevención general negativa). La Corte IDH se pronunció en este sentido específicamente respecto de la violencia contra las mujeres en el caso Corte IDH, “González y otras (‘Campo Algodonero’) vs. México”, sentencia de 16 de noviembre de 2009, Excepción

2. Algunos límites al derecho penal como violación de derechos fundamentales: el caso de la violencia de género

El hecho de que el derecho penal opera como garantía respecto de la protección de derechos fundamentales y, también, que el término “garantía” no siempre está asociado a una exigencia de introducir límites al derecho penal, queda de manifiesto en la clara contradicción que existe entre algunos límites establecidos al derecho penal y las normas constitucionales de protección de derechos fundamentales.

Particularmente, con relación a los derechos de las mujeres, históricamente han existido eximentes de punibilidad o atenuantes que evidenciaban las características patriarcales del derecho y que, desde la perspectiva actual, se encuentran en manifiesta contradicción con las normas constitucionales.

Por ejemplo, existió en el derecho argentino una norma que establecía una sorprendente atenuante para: “[e]l cónyuge que sorprendiendo en adulterio a su consorte dé muerte en el acto a esta o a su cómplice, o a los dos juntos” (Código Penal de la Provincia de Buenos Aires, 1884, art. 198. Esta norma establecía una pena de uno a tres años de prisión, mientras que la pena para el homicidio simple era de 6 años de prisión —art. 196—). El mismo Código, al regular el delito de violación establecía: “La pena de violación será de tres años de prisión si recae en mujer honesta.” (art. 254); y “La violación de mujer prostituta se castigará con tres meses de arresto.” (art. 255).

El Proyecto Villegas, Ugarriza, García de 1881 establecía: “Los padres y los hermanos mayores que den muerte a los que encuentren yaciendo con sus hijas o hermanas menores de edad sufrirán la pena de prisión menor.”⁸⁹ (artículo 198). Sobre el delito de violación, también establecía este proyecto una atenuante cuando la víctima fuere una prostituta: “La violación de mujer prostituta será castigada con arresto mayor”⁹⁰ (art. 272).

El Código Penal de 1886 establecía una eximente de punibilidad para “El padre o el hermano que hiere o mata al que encuentra yaciendo con su hija o hermana

57

Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 205, ¶ 378. Ya lo había hecho antes en el precedente Corte IDH, “Panel Blanca (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala”, sentencia de 8 de marzo de 1998, Fondo, Serie C No. 37, ¶ 173; y en el caso Corte IDH, Bulacio vs. Argentina, sentencia de 18 de septiembre de 2003, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 100, ¶ 120.

⁸⁹ Esta pena consistía en la privación de la libertad en cárcel de 1 a 2 años. (art. 54, inc. 9, 69) y podía sustituirse por la de servicio a las armas (art. 69). Mientras que para el homicidio simple la pena era la de penitenciaría menor (art. 197), la cual consistía en privación de la libertad “sin grilletes ni cadenas”, pero con trabajos forzados de 5 a 10 años (art. 54, inc. 6; 64).

⁹⁰ Esta pena se cumplía en cárceles, policía o cuerpo de guardia (art. 71) y duraba entre 1 año y un día a 2 años (art. 54, inc. 10), mientras que la pena para la violación de mujer honrada era de prisión mayor (art. 271): 4 años y un día a 6 años (art. 54, inc. 7).

menor de quince años.”⁹¹. Este Código también establecía una pena menor para la violación de la prostituta respecto de la mujer honrada: “3° Si la mujer violada fuese honrada, la pena será de penitenciaría por tres a seis años; 4° Si fuese prostituta, la pena será de arresto de un mes a seis.”⁹²

VI. Las funciones del proceso penal

Como se ha indicado, para el derecho internacional de los derechos humanos el derecho penal material es necesario para la protección de los derechos fundamentales por él regulados. Pretendemos aquí sostener, además, que el proceso penal, de forma autónoma, también cumple con esa función tuitiva para ese mismo derecho internacional.

Como exigencia constitucional, en función de la garantía de jurisdiccionalidad o juicio previo, la realización de un proceso es absolutamente necesaria para aplicar el derecho penal. Por lo tanto, de allí se funda que el proceso penal no pueda suspenderse en aquellos casos en los que la aplicación de una pena pueda resultar fundamental a esos propósitos.

Adicionalmente, el proceso penal tiene otros fines más allá de la realización del derecho penal de fondo. Ellos son la averiguación de la verdad histórica, la conservación de la justicia y el restablecimiento de la paz jurídica⁹³.

58 Con relación a la averiguación de la verdad histórica, ella constituye un valor en sí mismo —con independencia de la posterior sanción— al cual el Estado, en determinados contextos, no puede renunciar. Esta función del Derecho procesal penal se evidencia con total claridad en materia de juzgamiento de crímenes de lesa humanidad, en donde muchas veces (y particularmente en función de que los imputados ya han sido condenados a prisión perpetua por otros hechos), la búsqueda de la verdad histórica desplaza como fin primario a la realización del derecho penal de fondo.⁹⁴

En cuanto a la conservación de la justicia y el restablecimiento de la paz jurídica, son finalidades que en ocasiones se le atribuyen a la pena estatal, pero creemos atinada la opinión que las coloca como finalidades propias del proceso en sí. Ello es así en la medida en la que la evitación de la venganza privada no se produce principalmente a raíz de que el Estado aplique una pena, sino en la medida en la que el Estado realice un juicio en el que se arribe a una solución que la sociedad

⁹¹ Código Penal (versión 1886), art. 81, inc. 13.

⁹² *Ibid.*, art. 128.

⁹³ Hartmann, Arthur, Schmidt, Rolf, *Strafprozessrecht. Grundzüge des Strafverfahrens*, 5. Auflage, 2012, p. 1 ss.

⁹⁴ Una crítica a este enfoque se encuentra en Pastor, Daniel (Dir.) y Guzmán, Nicolás (Coord.), *Neopunitivismo y neoinquisición: Un análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008.

perciba como justa (independientemente de si se aplica o no una pena). Esta estrecha vinculación entre fines de la pena y proceso penal fue destacada por la Procuración General de la Nación como argumento para denegar la suspensión del juicio a prueba respecto de casos en los que se investiguen hechos de la así llamada “corrupción”; en efecto, la Resolución PGN 97/09 expresa que:

“la publicidad del juicio debe analizarse también desde el ángulo de los intereses estatales y su vinculación con los fines de la pena, pues en sí misma resulta un instrumento idóneo para producir los efectos preventivo-generales eventualmente atribuidos como finalidad de la pena estatal, puesto que muchas veces el juicio público es más idóneo como emisor de mensajes que el texto legal e implica un modo particular de insertar a la justicia en el medio social al ratificar la efectiva vigencia de los valores que fundan la convivencia.”⁹⁵

Estas parecen ser las ideas sobre las que se sostiene la confianza del derecho internacional de los derechos humanos en la activación del *jus puniendi estatal* como mecanismo eficaz para asegurar los derechos fundamentales de las personas.

En lo que aquí interesa, todos estos fines no podrían realizarse si el proceso se suspende. Por este motivo, es el Ministerio Público Fiscal, empoderado constitucionalmente en la representación de estos altos propósitos, quien tiene que ponderar, en cada caso particular, si se requiere o no la continuación del proceso en función de la satisfacción del programa penal de la Constitución Nacional.

59

VII. Conclusiones preliminares

1. En función de lo analizado hasta aquí es posible sostener que, de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho y el proceso penal cumplen una función positiva, esencial para el mantenimiento de los valores fundamentales que hacen a la vida en sociedad y para la defensa de los derechos que los expresan.
2. Esa función positiva radica en que, para el derecho internacional de los derechos humanos, tanto el derecho penal (tipificación y castigo) como el proceso penal, operan como garantías para el cumplimiento de los derechos fundamentales.
3. El sistema de protección internacional de derechos humanos confía en esos fines como principios rectores. Si este sistema está equivocado no es un objetivo que nos propusimos demostrar precisamente por la aclaración metodológica inicial; sólo nos propusimos analizar la consistencia y coherencia de las ideas que sostienen la política criminal con apoyo en un derecho positivo vigente.
4. La conclusión sentada en 3 no se vincula con comprobaciones empíricas. La circunstancia de que el Derecho o el proceso penal no cumplan, en la

⁹⁵ Resolución PGN 97/09, *supra* nota 78, considerandos.

práctica, en algún país, comunidad, momento histórico o circunstancia social, los fines de servir de aseguramiento de los derechos fundamentales, no permite concluir que ellos (los fines) se encuentren deslegitimados como justificaciones, precisamente por la necesaria distinción que debe establecerse, en un análisis dogmático, entre razones de principios y fracasos empíricos.

5. La suspensión del juicio a prueba es una manifestación de los márgenes de discrecionalidad reglada que el sistema legal argentino pone en cabeza del titular de la acción penal pública, el fiscal, quien debe decidir fundadamente, sobre la base de la política criminal del Ministerio Público Fiscal explicitada en instrucciones generales junto con las específicas circunstancias del caso, si en determinado asunto corresponde suspender el juicio a prueba o, por lo contrario, si es absolutamente necesario realizar el juicio y obtener eventualmente una condena penal contra el imputado.
6. De acuerdo con el mismo derecho internacional de los derechos humanos, el proceso penal, en sí mismo, cumple fines relevantes para la sociedad (averiguación de la verdad, mantenimiento de la justicia y restablecimiento de la paz jurídica), de modo que en caso de que la reafirmación de un derecho fundamental (por ejemplo, la integridad psicofísica o sexual de una mujer) requiera de la realización del juicio y la posible aplicación de una pena, el fiscal puede oponerse válidamente a la suspensión del juicio a prueba⁹⁶, tal como lo dictaminó el Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Góngora” y sostuvo en su voto el ministro Zaffaroni.

60

⁹⁶ Es obvio que el proceso debe evitar la revictimización; de otro modo se frustraría su finalidad de protección de derechos fundamentales. De todos modos se trata de un problema empírico, no de justificación.

VIII. Bibliografía

1. Doctrina

Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Amorós, Celia, “Conceptualizar es politizar”, en Laurenzo, Maqueda y Rubio (coords.), *Género, violencia y derecho*, Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2008.

Baratta, Alessandro, “Principios de derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal”, en *Revista Doctrina Penal*, Buenos Aires, Año 10, N° 37-40, 1987.

Beloff, Mary, “Teorías de la pena: la justificación imposible” en: Maier, Julio B. J. (comp.), *Determinación judicial de la pena*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993.

Berlin, Isaiah, “Two concepts on liberty”, en *Four essays on liberty*, Londres, Oxford University Press, 1ª ed., 1969.

Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de Derecho constitucional argentino*, tomo II-A, nueva edición ampliada y actualizada a 2002-2003, Buenos Aires, Ediar, 2003.

Comisión Para la Elaboración del Proyecto de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, “Anteproyecto de Reforma del Código Procesal Penal de la Nación”, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, 2014.

Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de Argentina, 10 de agosto de 2016.

Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Depalma, 1991.

Ferrajoli, Luigi, *La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.

Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Madrid, Trotta, 1995.

Freedman, Diego, “Breves consideraciones sobre la procedencia de la probation respecto de los delitos de violencia de género” en *Revista de Derecho Penal y*

Criminología, Año VI, Número 9, Octubre de 2016.

Frister, Helmut, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Hammurabi, 2011.

Hartmann, Arthur, Schmidt, Rolf, *Strafprozessrecht. Grundzüge des Strafverfahrens*, 5. Auflage, 2012.

Hufen, Friedhelm, *Staatsrecht II. Grundrechte*, 2. Auflage, Beck, München, 2009.

Jellinek, Georg, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2. Aufl., 1919.

Jiménez de Asúa, Luis, *Principio de Derecho penal. La ley y el delito*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 3ª ed., 1997.

Tratado de derecho penal. I. Concepto de derecho penal y de la criminología. Historia y legislación penal comparada, Buenos Aires, Losada, 5ª edición, 1950.

Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1979.

Kierszenbaum, Mariano, *Un repaso sobre los límites del derecho penal sustantivo*, en Rusconi, Maximiliano y Kierszenbaum, Mariano, *Teoría del delito y garantías constitucionales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009.

Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal. Fundamentos*, Tomo I, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2º ed., 1996.

Nino, Carlos Santiago, “Se acabó el debate”, en *No Hay Derecho*, Vol. 8, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993.

Pastor, Daniel (Dir.) y Guzmán, Nicolás (Coord.), *Neopunitivismo y neoinquisición: Un análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008.

Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, Madrid, Civitas, 1997.

Rusconi, Maximiliano, *El sistema penal desde las garantías constitucionales*, Hammurabi, Buenos Aires, 2013.

Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, TEA, Buenos Aires, 5ª ed., 1986.

Schmidt, Rolf, *Grundrechte*, 13. Auflage, 2011.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Un proceso histórico*, Ediar, Buenos Aires, 2012.

“¿Vale la pena?”, en *No Hay Derecho*, Vol. 5, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1992.

Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo, Buenos Aires, Hammurabi, 2007.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2ª ed., 2002.

2. Jurisprudencia

2.1. Cámara de Apelaciones Penal Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Sala III, “Acosta Vera, Ángel Ramón s/ infr. art. [s]. 149 bis, Amenazas - CP [p/ L 2303]”, sentencia del 29/06/2009.

2.2 Cámara Federal de Casación Penal

CFCP, Sala I, “Amoroso, Eduardo Alberto s/ Recurso de Casación”, Causa N° 915/13, sentencia del 20 de diciembre de 2013.

Sala I, “Bonelli, Alejandro Matías s/ Recurso de Casación”, Causa N° 215/13, sentencia del 26 de agosto de 2013.

Sala II, “González Díaz, Agustín s/recurso de casación”, Causa N° 1156/13, sentencia del 12 de marzo de 2014.

“Yaringaño Rodríguez, Christian s/ recurso de casación”, Causa N° 121/12, sentencia del 1 de noviembre 2013.

Sala III, “Delgado Barrozo, Vladimir s/recurso de casación”, Causa N° 1444/13, sentencia del 20 de febrero de 2014.

“Funes Ribert, Oliver Franklin s/ recurso de casación”, Causa N° 492/2013, sentencia del 12 de septiembre 2013.

2.3. Cámara Nacional de Casación Penal

CNCP, Sala I, “Ruarte”, Causa N° 9680, Reg. N° 12956, sentencia del 02 de diciembre de 2008.

Sala II, “Rocca Oroya, Lino s/ coacción en concurso real con lesiones leves”, CCC 072231/2013/TO01/CNC001, sentencia del 3 de junio de 2015.

“Berio, A. V. s/ Suspensión de Juicio a Prueba, CCC 008490/2014/PL01/CNC001, sentencia del 9 de junio de 2015.

“Capozucca, José Leonardo s/ abuso sexual - art.- 119, primer párrafo”, CCC 040026/2014/TO01/CNC001, sentencia del 11 de junio de 2015.

“Martínez, Alejandro Esteban s/ abuso sexual” CCC 055007/2014/TO01/CNC001, sentencia del 11 de junio de 2015.

“Matthews”, causa n° 9654, reg. n° 15316, sentencia del 13 de octubre de 2013.

“Herrero, Cristian Ariel s/coacción (art. 149 bis)”, CCC 013329/2014/TO01/CNC001, sentencia del 10 de abril de 2015.

“Riquelme, Jorge Gustavo s/amenazas y lesiones leves (art.89)”, CCC 004216/2014/TO01/CNC001, sentencia del 22 de abril de 2015.

64 Sala III, “Calvelo Mariano José s/ lesiones leves”, CCC 072495/2013/TO01/CNC001, sentencia del 3 de junio del 2015.

“Chavero, Sebastián Leónidas s/ abuso sexual”, CCC 037754/2014/TO01/CNC001, sentencia del 30 de abril del 2015.

“Franco”, Causa n° 12341, reg. n° 1162/10, sentencia del 11 de agosto de 2010.

“Rabaza, Luciano s/ recurso de casación” CCC022355/2014/TO01/CNC001, sentencia del 24 de abril del 2015.

“Setton, Gustavo Adrián s/coacción (art. 149 bis)”, CCC 063872/2013/TO01/CNC001, sentencia del 7 de abril de 2015.

“Barcelo, Héctor Oscar s/lesiones agravadas “, CCC 12167/2013/PL1/CNC1, sentencia del 21 de junio de 2016.

“Fernández, Bárbara Edith y Fernández, Roberto Antonio s/incidente de recurso extraordinario”, CCC 710074358/2012/PL01/2, sentencia del 18 de noviembre de 2015.

“Kosuta, Teresa R. s/ Recurso de Casación”, plenario de fecha 17 de agosto de 1999.

2.4. Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH, “Bayarri vs. Argentina”, sentencia del 30 de octubre de 2008, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, N° 187.

“Bulacio vs. Argentina”, sentencia del 18 de septiembre de 2003, Serie C, N° 100.

“Fornerón e Hija vs. Argentina”, sentencia del 27 de abril de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, N° 242.

“González y otras (‘Campo Algodonero’) vs. México”, sentencia del 16 de noviembre de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, N° 205.

“Myrna Mack Chang vs. Guatemala”, sentencia del 25 de noviembre de 2003, Serie C, N° 101.

“Panel Blanca (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala”, Sentencia de 8 de marzo de 1998, Fondo, Serie C, N° 37.

“Servellón García y otros vs. Honduras”, sentencia del 21 de septiembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas.

“Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, sentencia del 29 de julio de 1988, Fondo, Serie C, N° 4.

2.5. Corte Suprema de Justicia de la Nación

CSJN, “Acosta, Alejandro Esteban S/ infracción art. 14, 1° párrafo ley 23.737”, sentencia del 23 de abril de 2008, Fallos: 331:858.

“Fermín, Mauricio s/ causa N° 2061”, sentencia del 20 de junio de 2008, Fallos: 331:1664.

“Giroidi, Horacio David y otro s/ recurso de casación - causa n° 32/93”, sentencia del 7 de abril de 1995, Fallos: 318:514.

“Góngora, Gabriel Arnaldo s/ causa n° 14.092”, sentencia del 23 de abril de 2013, Fallos: 336:392.

“Norverto, Jorge Braulio s/ infracción artículo 302 del C.P.”, sentencia del 23 de abril de 2008, Fallos: N. 326. XLI. RHE.

“Padula, Osvaldo Rafael y otros s/ defraudación”, sentencia del 11 de noviembre de 1997, Fallos: 320:2451.

“Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/ acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855 s/ medida cautelar”, sentencia del 18 de junio de 2013, Fallos: 336:760.

“Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (Po-blete) -causa N° 17.768-”, sentencia del 14 de junio de 2005, Fallos: 328:2056.

2.6. Tribunal Oral en lo Criminal Federal

Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Córdoba, “Videla, Jorge R. y otros” sentencia del 22 de diciembre de 2010, Abeledo Perrot N°: 70068199.

3. Tratados y documentos internacionales

66

Convención Americana Sobre Derechos Humanos “Pacto San José de Costa Rica”, adoptada el 22 de noviembre de 1969, *Serie sobre tratados OEA*, N° 36.

Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, Art. 4, adoptada en 10 de diciembre de 1984 *United Nations Treaty Series*, vol. 1465.

Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, adoptada el 23 de mayo de 1969, *United Nation Treaty Series*, Vol. 1155.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, adoptada el 6 de septiembre de 1994.

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, Adoptada el 9 de junio de 1994 en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada el 21 de diciembre de 1965, *United Nations Treaty Series*, vol. 660.

Convención Para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, adoptada el de

9 de diciembre de 1948, *United Nations Treaty Series*, vol. 78.

Protocolo facultativo de la convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, adoptado el 25 de mayo del 2000, *United Nations Treaty Series*, vol. 2171.

4. Legislación

Ley N° 24.316, Probation, B.O. del 19/05/1994.

Ley N° 24.660, Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, B.O. del 16/07/1996.

Ley N° 26.200, Ley de implementación del Estatuto de Roma, B.O. del 09/01/2007.

Ley N° 26.485, Ley de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, B.O. del 14/04/2009.

Resolución PGN 130/04, de fecha 09 de septiembre de 2004.

Resolución PGN 24/00, de fecha 27 de abril del 2000.

Resolución PGN 39/97, de fecha 27 de agosto de 1997.

Resolución PGN 86/04, de fecha 02 de agosto de 2004.

Resolución PGN 86/04, de fecha 2 de agosto de 2004.

Resolución PGN 97/09, de fecha 14 de agosto de 2009.

67

5. Páginas de internet

Alto Comisionado de las Naciones Unidas Para los Derechos Humanos (ACNUDH), “El seguimiento de los principales tratados de derechos humanos”, <http://www.ohchr.org/SP/HRBodies/Pages/TreatyBodies.aspx>.

