

Extrait du El Correo

<http://www.elcorreo.eu.org/Formas-actuales-de-jaquear-la-democracia-en-Argentina>

¿Explicamos lo inexplicable ?

Formas actuales de jaquear la democracia en Argentina

- Argentine - Justice - Droits de l'homme -

Date de mise en ligne : dimanche 21 janvier 2018

Description :

Formas actuales de jaquear la democracia en Argentina - Eugenio Raúl Zaffaroni

Copyright © El Correo - Tous droits réservés

Una clase de Zaffaroni (para abogados y quienes no lo son) sobre el uso arbitrario de la preventiva y la asociación ilícita. El ex ministro de la Corte Suprema explica cuáles son las « formas actuales de jaquear a la democracia » bajo gobiernos electos. También entra en un debate jurídico que propuso, entre otros, Carlos Zannini cuando preguntó si alguien, en derecho, podía explicar su prisión.

Algún distraído ciudadano extranjero podría pensar que los argentinos sufrimos un régimen dictatorial, dado que son las dictaduras las que persiguen con saña a sus opositores. Se sorprendería al saber que no es así.

Pero muchos argentinos también estarán sorprendidos porque no se les ocurrió que bajo un gobierno electo se pudiera disponer la prisión de su antecesora, de sus ministros, del candidato a vicepresidente opositor, del anterior vicepresidente y de una diputada del Parlasur. También se sorprenderán de que el gobierno mirase con similares ganas al candidato a presidente opositor y a cuanto ex funcionario que fuere merecedor, según el mismo gobierno, de ser mandado a la luna. Tampoco los asombraría que acallara a la prensa y a los periodistas molestos, amenazara con excluir de medios a actores y actrices, despidiera en masa a empleados que cree opositores, acosara a la Procuradora General hasta provocar su renuncia, y que todo lo encubriese con un monopolio mediático de discurso y construcción de realidad únicos.

Otra cosa no imaginada por muchos es que el gobierno criminalizaría no ya la protesta, sino la simple movilización pública, so pretexto de unos pocos irresponsables y algunos infiltrados nunca detenidos, con « razzias » de vecinos y adolescentes. Le pasó al pibe Esteban Rossano, todavía bajo arresto. Nunca se les atravesó por la mente lo de Maldonado y Nahuel, que nuestro pueblo mapuche sería estigmatizado como terrorista pago por la Corona británica y que, desde un poder electo, se dijese que ante un muerto policial obra una presunción en favor de la policía y, por lo tanto, siempre se atenderán a la versión policial. Menos aún que el propio Presidente reclamase jueces « propios » y se persiguiese a los « impropios », sólo porque no se domestican en el contenido de sus sentencias.

Creyeron los sorprendidos que esto sólo pasaba en dictaduras o en regímenes totalitarios. Pero se equivocaron, porque también puede producirse bajo gobiernos electos. Ocurre cuando no se percibieron a tiempo las formas actuales de jaquear a la democracia y no se tomaron las precauciones de prevenirlas poniendo al día las instituciones. Ahora la misma Constitución, como proyecto de Estado de otros siglos, hace agua por todos lados y permite pervertir la democracia y burlarse de ella.

Por estos orificios institucionales, en las democracias del mundo y en especial de nuestra región, se filtra hoy el fantasma de Göbbels redivivo, con sus once famosos principios, ahora llamados « lawfare » [\[Guerra jurídica\]](#). Ese fantasma incorpora un sector judicial a su coro de « ceos » que machacan con un sonsonete : « *Se robaron todo* ». Ansiosos por comportarse como « jueces propios », insensibles a la evidencia del viejo Heráclito (« todo fluye »), quizá pensando en rápidos « ascensos », los jueces que pertenecen a esta minoría causan un triple daño : individual (a los perseguidos políticos), social interno (a la confianza en el derecho) y colectivo externo (a la imagen de la Nación). Sin duda que este « lawfare » es también « law far », porque está muy lejos del derecho. Es su antípoda. E incluso a veces cae en sus propios tipos penales.

Sea porque quedan jueces « impropios » o no del todo « propios » (o porque otros van siendo conscientes de la inevitable temporalidad del poder), algunas decisiones se rectificaron, lo que nada quita al carácter jurídicamente aberrante de las que se revocan, como tampoco de las que se mantienen, sin precedentes dignos de cita en nuestra historia judicial y doctrinaria.

Las arbitrariedades judiciales apelan siempre a los temas en que la debilidad argumental del instituto permite retorcer los y, por cierto, hay dos temas sumamente endeble y manipulables : uno es la prisión preventiva, de naturaleza procesal ; el otro es la asociación ilícita, de naturaleza penal. En estos dos puntos débiles de papeles, centraremos aquí la atención.

Prisión preventiva

La prisión preventiva es la que se dispone durante el proceso, antes de cualquier condena, ante una simple imputación y, como su nombre lo dice, se traduce en una prisión, o sea que se impone una pena cuando todavía no se sabe si el penado es o no culpable. Se trata del tema más incomprensible de todo el derecho procesal penal : una verdadera cuadratura del círculo.

Para evitar que se admita que hay penas sin condena, los procesa listas afirman que es una medida cautelar, análoga al embargo civil. No lo es, porque el embargo es de bienes y el embargado puede exigir una garantía para el caso de no ser condenado en el proceso civil, que también será en bienes o dinero. Pero como el preso pierde libertad, es imposible repararlo devolviéndole el pedazo de existencia que se le quitó.

Los juristas nazis y fascistas reconocieron que era una pena y afirmaron que debía ser lo : si alguien está preso, siempre « por algo será ». Uno de los más citados entre nosotros se preguntaba : ¿Cómo es posible que se considere a alguien inocente y se lo meta preso ? [1]

Los que no somos nazis ni fascistas también afirmamos que es una pena para alguien que, como aún no sabemos si es culpable, por lo menos de momento debemos considerarlo inocente. Por eso, justamente, sostenemos que nadie debería estar preso sin haber sido antes condenado.

Pero como tampoco estamos locos debemos reconocer que, si alguien mató al vecino, no puede tomar mate al día siguiente en el jardín de su casa y saludar a la viuda por encima del cerco. Por eso, no resolvemos la cuadratura del círculo, pero no nos queda otro remedio que sostener que esa pena sin condena sólo puede ser extremadamente excepcional. Eso es lo que prevén nuestra Constitución, nuestra legislación, el derecho internacional y nuestros juristas de todos los tiempos, contra una realidad que se empeña en llenar las cárceles con penados sin condena.

Esta inevitable resignación frente a la cuadratura del círculo se encuentra en el propio artículo 18 de la Constitución Nacional, invariable en sus 165 años de vigencia. Si bien comienza declarando que « *ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso* » [2], su último párrafo admite la prisión preventiva : « *Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas* » [3], agregando como admonición derivada de su excepcionalidad y precisamente dirigida a los jueces, que « *toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificar los más allá de lo que ella exija, hará responsable al juez que la autorice* ».

En consonancia con esta disposición constitucional, el artículo 319 del Código Procesal Penal, establece que podrá denegarse la exención de prisión o la excarcelación, respetándose el principio de inocencia y el artículo 2º de este Código, cuando [4] la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, [5] la posibilidad de la declaración de reincidencia, [6] las condiciones personales del imputado o si éste hubiere gozado de excarcelaciones anteriores, hicieren presumir, fundadamente, que el mismo intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones. El art. 2º del código, expresamente recordado aquí, en la parte que interesa dice : « *Toda disposición legal que coarte la libertad personal, que limite el ejercicio de un derecho atribuido por este código, o que establezca sanciones procesales, deberá ser interpretada restrictivamente* » [7].

Veamos ahora cómo se manipula la prisión preventiva en un caso concreto, con las dictadas contra Cristina Kirchner, Timerman y Zannini (como coautores) y Khalil, D'Elía y Esteche (como cómplices necesarios).

La Cámara revocó la disparatada imputación de traición a la Nación, encuadrando las supuestas conductas [8] en un triángulo curioso de tipos penales, con penas máximas de seis meses (art. 241), dos años (art. 248) y seis años (art. 277).

Haciendo un esfuerzo para dejar de lado el desopilante escrito de Alberto Nisman, que ahora recogen los jueces (mientras se persigue a uno de ellos por haber decidido el desprocesamiento) [9], centrémonos en la prisión preventiva.

En cuanto a la « *objetiva y provisional valoración de las características del hecho* », que sería la primera objeción a la excarcelación, el máximo de pena más grave es idéntico al de una estafa simple y, por ende, no es la gravedad del hecho imputado un impedimento, pues de lo contrario todo procesado por estafa estaría en prisión preventiva, lo que obviamente no sucede.

Respecto de la « *posibilidad de declaración de reincidencia* », pese a su dudosa constitucionalidad, cabe observar que no corresponde al menos a los casos en que los procesados no registran condenas firmes anteriores, pero tampoco parece ser el obstáculo decisivo para los jueces incluso en esos casos.

En cuanto a que alguno de los procesados « *intentará eludir la acción de la justicia* » no existe el menor indicio, puesto que todos han estado a derecho, ninguno quedó rebelde o prófugo y, más aún, en el caso de Zannini, se presentó espontáneamente ante la policía y le dijeron que no obraba ninguna orden en su contra, pero horas después y en nocturnidad lo detuvieron en forma espectacular, conforme a la práctica de exhibir a los presos políticos de modo vergonzante y prohibido.

A este respecto conviene recordar la penosa publicidad mediática de la detención del ex-vicepresidente. A éste, mientras estaba en prisión preventiva, la justicia lo había autorizado a asistir al nacimiento de sus hijos, pero con custodia y sólo por ese momento, debiendo regresar de inmediato a la prisión de máxima seguridad. Preferimos no imaginar a custodios en una sala de partos. Es bueno recordar también que una de las condiciones de la pena -y más de la prisión preventiva- es que no trascienda a terceros inocentes [10]. Todo eso, sin perjuicio de la admonición del art. 18 dirigida a los jueces.

Es bueno acotar que, según el defensor, el juez que le niega la excarcelación a D'Elía le había concedido antes la eximición de prisión, por lo cual éste no se sabía amenazado por una prisión preventiva, medida que al parecer tampoco fue revocada expresamente.

En síntesis, podríamos decir que es tan probable que cualquiera de ellos intente eludir la acción de la justicia, como que mate a su abuela.

Cabe agregar que el estado de salud de Timerman le impide materialmente eludir la justicia. Su prisión preventiva cae en la admonición de la última parte del 18º constitucional, dadas las condiciones impuestas : debía avisar cada semana su programa de tratamiento, sin contar con la tentativa de interrupción de éste que implicaba su imposibilidad de viajar. Podemos arriesgar que no sólo se trata de una medida que lo « *mortifica más allá de lo que la seguridad requiere* », sino de una pena cruel, inhumana y degradante, prohibida por todo el derecho.

En cuanto a las « *condiciones personales del imputado* », que deben ser objetivas, respecto de Zannini en particular,

en primera instancia se hizo valer « *la desfavorable impresión sobre sus condiciones personales* », sin que quede claro si ésta se debe a que se presentó desaliñado o sudoroso y sin ducharse.

Dado que la negativa de la excarcelación no pudo hacer pie en ninguno de los otros motivos de excepción señalados en el artículo 319 del código procesal, se hizo valer la posibilidad de entorpecer la investigación. Es imposible entorpecer lo que se ha terminado y, por cierto, la investigación se termina con la elevación a juicio ya decidida. Sin embargo, los procesados siguen presos, con el argumento de que aún falta revisar unos 200.000 mails de la cancillería.

La Cámara sigue entendiendo que los procesados, como fueron funcionarios, se « presume » que mantienen « contactos residuales ». Es decir, que « presume » que, después de más de dos años, los procesados mantienen contactos que pueden eliminar alguno de los mails que quieren revisar y que se supone que su copia estará ya en poder de la justicia. Los únicos contactos « residuales » para ese efecto deberían ser con los propios jueces, pues de otro modo no podrían obstaculizar la lectura de mails cuya copia está en su poder.

El art. 319 admite la « presunción », pero « fundadamente », lo que aquí brilla por su ausencia, pues no hay ningún dato objetivo que permita inferir que los procesados pueden interferir en la revisión de los mails, o sea que crea una presunción que no admite prueba en contrario [11] y que no existe en la ley, lo que excede -y es mucho más grave- la violación al mandato de interpretación restrictiva del art. 2º del código, para caer en la analogía o invención judicial [12].

Cabe aclarar que con semejante jurisprudencia es mejor que nadie acepte ninguna función pública, porque bastará en el futuro cualquier imputación que a primera vista no sea descabellada, para que vaya a dar a la cárcel, pues para nuestros jueces será suficiente saber que fueron funcionarios para « presumir » sin más que mantienen « contactos residuales » y negarles su excarcelación, aunque después de un largo proceso resulten inocentes. Con mayor razón, cabrá « presumir » que los funcionarios en ejercicio no tienen contactos « residuales », sino en pleno acto.

No es un detalle menor recordar que se eleva la causa a juicio (se cierra la investigación), sin tomar declaración al testigo más importante, que es Noble, quien manifestara por escrito su voluntad de declarar como responsable de Interpol en el momento de los hechos y, precisamente, acerca de la inexistencia del supuesto encubrimiento, o sea, que el mayor "entorpecimiento de la investigación" no proviene de ningún procesado, sino de los propios estrados judiciales.

Por otra parte, si se trata de evitar la imposible interferencia de los procesados en la lectura de los mails, no sería necesaria la prisión en establecimientos de máxima seguridad, bastando con que estuviesen en otros de seguridad media o mínima. Pero es claro que eso no sería suficiente para satisfacer las ansias revanchistas de la actual administración ni de sus jueces « propios », porque no brinda suficiente material publicitario a su monopolio mediático.

Podríamos saltar a otro caso de manipulación de la prisión preventiva, escandaloso en otro sentido, que es el de Milagro Sala, como presa política por excelencia. En éste el gobierno de Jujuy y su judicial amarrado por el gobernador se burlan de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ante lo cual ésta permanece impávida.

Los ejemplos de la actual manipulación de la prisión preventiva son múltiples, pero basta con lo dicho para demostrar que se lo está haciendo en forma gravemente arbitraria, violando el mandato de interpretación restrictiva del código procesal, el último párrafo del art. 18 constitucional que hace responsable a los jueces y, en algún caso,

incluso la prohibición de penas crueles, inhumanas y degradantes de todos los tratados internacionales incorporados a la Constitución Nacional.

Asociación ilícita

El otro tema flojo de papeles que se sigue manipulando es de derecho penal de fondo. Se trata del extraño delito de « asociación ilícita » del art. 210 del código penal : « *Será reprimido con prisión o reclusión de 3 a 10 años, el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación* ».

Entendámonos : tres amigos toman unas copas de más pero no se emborrachan ni mucho menos, simplemente se « alegran ». En el entusiasmo de la charla se ponen de acuerdo en dedicarse a estafar con cheques. Les parece fácil. Al día siguiente se reúnen y reflexionan que estaban sólo entusiasmados por el alcohol, pero que es inviable, y no hacen más nada. A estar a la ley, el delito estaría consumado. Podrían ser condenados como mínimo a 3 años, o sea, a la pena de la tentativa de estafa que nunca iniciaron, y como máximo, a 10 años, o sea a cuatro años más que el máximo de la estafa consumada.

Vamos a otro caso inverso : tres mujeres se ponen de acuerdo para hurtar prendas íntimas de las tiendas. Con eso basta para una pena de tres años como mínimo. Sin embargo, si consumasen el hurto, la pena sería de un mes a dos años.

La lectura literal del texto, con las consecuencias que antes mencionamos, es una expresión del llamado « derecho penal de voluntad », propio del nazismo [13]. De ninguna manera se puede extender la pena a un acto preparatorio, extremadamente anterior a cualquier inicio de ejecución (tentativa), sin violar todos los principios del derecho penal de un Estado de derecho, cuando aún está lejísimo cualquier peligro para un bien jurídico. Más aún : si una de las « mecheras » propusiese que se asociasen y las otras se negasen, no faltará quien piense que hay una « tentativa » de asociación ilícita por parte de quien la propuso [14].

Este dispositivo es completamente inconstitucional, y su genealogía también lo indica, aunque puede resultar simpática al actual gobierno : se dice que tiene origen en la necesidad de reprimir a los « brigantes » (bandas de asaltantes de caminos), pero no es cierto, porque para eso se crearon los tipos de robo agravado, en despoblado y en banda. En verdad, se lo usó ampliamente, en tiempos en que la huelga era un delito (y el *lockout* patronal no lo era), para perseguir a los sindicatos como « asociaciones ilícitas ». Por otra parte, es bueno recordar que la pena original del código de 1921 era de un mes a 5 años, pero con motivo de la violencia política de los setenta se aumentó y fue quedando y agravándose aún más con las calificaciones.

La inconstitucionalidad de este artículo, al menos en la forma en que se lo manipula en versión literal, la hemos sostenido siempre, incluso cuando fue procesado por este delito el ex-presidente Menem, de modo que no es una ocurrencia para ningún caso actual y, además, nadie ha respondido fundadamente la incuestionable objeción de inconstitucionalidad.

En la práctica hay pocas condenas por « asociación ilícita », pero no por ello deja de ser útil a cualquier revanchismo político. Todo empleado de juzgado penal sabe que cuando se quiere denegar una excarcelación se suele procesar por este delito, aunque finalmente se lo absuelva o condene por otro. Su vinculación con la manipulación de la prisión preventiva, por ende, en la práctica es estrecha, aunque en doctrina no tengan ningún vínculo.

En conclusión, después de mostrar cómo se manipulan dos temas jurídicos para retorcer los en función de revanchismo político, podemos afirmar que hasta las falsas razones (racionalizaciones) tienen un límite, porque dejan de ser « razones » cuando carecen de creatividad. Somos conscientes de que hay diferentes posiciones y que el derecho es « maleable », que podemos interpretarlo diversamente conforme a nuestras concepciones del mundo, pero la maleabilidad debe ser creativa (a veces, incluso perversamente creativa), porque cuando desaparecen las razones y su lugar lo ocupa el « porque me da la gana y tengo el poder para hacerlo », allí el derecho se rompe y sus astillas saltan para todos lados. Al final, entonces, quedan las « ganas » y « el poder » pasa. Como siempre pasó.

Eugenio Raúl Zaffaroni *

* **Eugenio Raúl Zaffaroni**. (Buenos Aires, 7 de enero de 1940) es un abogado y escribano argentino graduado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires en 1962, doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional del Litoral (1964), y ministro de la Corte Suprema de Justicia de su país desde 2003, hasta el 2014 cuando presentó su renuncia por haber llegado a la edad límite que fija la Constitución. Actual Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

[Página 12](#). Buenos Aires, 21 de enero de 2018

[1] Ver el « Tratado de derecho procesal penal » de Vincenzo Manzini.

[2] Son los llamados « principio de legalidad » y « principio de inocencia ».

[3] No cabe duda de que este texto se refiere, por lo menos, a la prisión preventiva, pues está tomado a la letra de un iluminista [La « Ilustración » fue un movimiento cultural e intelectual europeo del siglo XVIII y es conocido, por este motivo, como el Siglo de las Luces.] : « La cárcel no se ha hecho para castigo, sino para custodia y seguridad de los reos » (Manuel de Lardizábal y Uribe, Discurso sobre las penas contrahido á las leyes criminales de España, para facilitar su reforma (con estudio preliminar de Manuel de Rivacoba), Vitoria/Gasteiz, 2001, p. 211) y se remonta al Digesto : *Carcer enim ad continendos homines non ad puniendos haberi debet* (cárceles son para contención de los hombres y no para su castigo) (El Digesto del Esperador Justiniano traducido y publicado en el siglo anterior por el licenciado Don Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca del Colegio de Abogados de esta Corte, nueva edición, Madrid, 1874, T. III, 19.8.9, p. 695).

[4] Ver el « Tratado de derecho procesal penal » de Vincenzo Manzini.

[5] Son los llamados « principio de legalidad » y « principio de inocencia ».

[6] No cabe duda de que este texto se refiere, por lo menos, a la prisión preventiva, pues está tomado a la letra de un iluminista : « La cárcel no se ha hecho para castigo, sino para custodia y seguridad de los reos » (Manuel de Lardizábal y Uribe, Discurso sobre las penas contrahido á las leyes criminales de España, para facilitar su reforma (con estudio preliminar de Manuel de Rivacoba), Vitoria/Gasteiz, 2001, p. 211) y se remonta al Digesto : *Carcer enim ad continendos homines non ad puniendos haberi debet* (cárceles son para contención de los hombres y no para su castigo) (El Digesto del Esperador Justiniano traducido y publicado en el siglo anterior por el licenciado Don Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca del Colegio de Abogados de esta Corte, nueva edición, Madrid, 1874, T. III, 19.8.9, p. 695).

[7] Esto se corresponde con lo establecido en los tratados incorporados a la Constitución (art. 75 inc. 22) : el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos : « Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley » (art. 14 párrafo 2°) ; la Convención Americana de Derechos Humanos : « Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad » (art. 8, párr. 2) ; Convención Americana de Derechos Humanos : « 1°) Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales... 3°) Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios » (art. 7).

[8] Cabe aclarar que como las conductas que se imputan no quedan muy claras, no se sabe bien si son las mismas que antes se calificaban como « traición a la Nación ».

[9] Debe observarse que también es poco clara la calificación de « cómplices necesarios ». ¿Acaso, si el hecho fuese delito, no podrían sus autores haberse valido de otros cooperadores ? ¿No podrían haber acordado el « memorándum » sin esa cooperación ? Todo esto sin perjuicio de observar que en algunos casos, como el de Zannini, no se sabe en qué consistió esa supuesta cooperación, pero se la da por « necesaria ».

[10] Se llama « principio de personalidad » o de « intrascendencia a terceros » de la pena.

[11] Son las llamadas presunciones « *juris et de jure* », que sirven para dar por cierto lo que no se sabe si es cierto.

[12] La interpretación puede ser « restrictiva » o « extensiva », pero en cualquier caso debe estar dentro de los límites semánticos de la ley. Cuando directamente se crea lo que la ley no dice, no se trata de una « extensión interpretativa », sino de una creación analógica, directamente prohibida por todo el derecho penal del mundo occidental, y sólo tolerada hoy en China, y antes en el régimen nazista y estalinista.

[13] V. Roland Freisler, Derecho penal de voluntad, con estudio preliminar de Fernando Arnedo, EDIAR, Bs. As., 2017.

[14] Es verdad que esto lo niega la doctrina en general, pero como eso interesa poco a la arbitrariedad judicial, no es raro que alguien lo sostenga desde algún estrado.