

Extrait du El Correo

<http://elcorreo.eu.org/Lawfare-o-guerra-judicial-en-America-Latina-La-asociacion-ilicita-como-metodo-de-clonacion-de-procesos>

Lawfare o guerra judicial en América Latina

- Argentine - Justice - Droits de l'homme -

Date de mise en ligne : vendredi 12 juillet 2019

Description :

*Lawfare o guerra judicial en América Latina. La asociación ilícita como método de clonación de procesos...*Eugenio Raúl Zaffaroni

Copyright © El Correo - Tous droits réservés

Vivimos la triste realidad de procesamientos y prisiones preventivas arbitrarias impuestas a personas de la oposición, como resultado del ahora mundialmente llamado « *lawfare* » o « [guerra judicial](#) », es decir, de persecución y producción de presos políticos como fabricación del enemigo al mejor estilo de lo peor de Carl Schmitt, con Milagro Sala como caso más paradigmático y aberrante a la cabeza.

Esto nos pone de cara a dos sentidos del uso del derecho : uno, el sano, como medio de coexistencia democrática y pacífica, es decir, racional, en el marco de un Estado más o menos de derecho ; el otro, el perverso, como medio de ejercicio del poder arbitrario hegemónico, irracional, como pulsión de un Estado de policía.

El último era el único que consideraba el viejo marxismo, pero como todavía quedamos quienes creemos en la posibilidad del primero, entendemos que debemos seguir empujando al Estado de derecho para tratar que todos seamos lo más iguales posible ante la ley ; los que ahora impulsan el segundo, tratan que todos estemos sometidos a la voluntad arbitraria del que manda.

Cada jurista elige de qué lado quiere estar. Algunos prefieren no elegir y hacerse los distraídos. En este último caso también eligen el lado peor. Como siempre, la elección tiene sus costos : unos son satanizados por los medios monopólicos del *lawfare*, pero duermen tranquilos ; los otros son alabados como sabios por esos mismos medios concentrados del discurso único, pero toman psicofármacos y racionalizan con mecanismos de huida, al decir de Ana Freud.

Esta irracionalidad represiva -como todo- tiene también algún efecto positivo : las personas legas de nuestros barrios, que nunca se interesaron mucho por el derecho y la justicia, ahora preguntan y abren un interesante espacio de difusión jurídica que antes no existía. Esto confirma que el mal absoluto no existe, o sea, que el maniqueísmo es falso, aunque no por eso legitimemos todo funcionalismo.

Una de las preguntas más frecuentes es cómo se inventan tantos procesos penales, y es a esto que queremos responder aquí, con la brevedad del caso. Explicaremos el sencillo método perverso que se usa, aprovechando algún resquicio no del todo esclarecido de nuestra doctrina jurídica de siempre y de la anárquica jurisprudencia de nuestros tribunales.

Nunca tuvieron muy en claro nuestros doctrinarios (autores de libros) cuándo hay un único delito y cuándo varios delitos, lo que se reflejó sobre las decisiones de nuestros tribunales que, como se sabe, son caóticas, porque si bien tenemos un único código penal, hay tantas interpretaciones posibles como fueros (federal, provinciales y de la CABA), sin que nadie unifique los criterios de interpretación judicial.

Es decir : cada juez puede echar mano con total libertad de la interpretación que más conviene a lo que quiere decidir. Primero decide y luego rebusca en la jurisprudencia y en la doctrina los argumentos : esto suele llamarse tóptica y lo permite nuestra anarquía jurisprudencial institucionalizada.

En este caso se echa mano del tipo penal de la llamada asociación ilícita del artículo 210 del código, que pena al 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.

En la versión original del código de 1921, la pena era de un mes a cinco años. Con motivo de la violencia política, en enero de 1974, la ley 20.642 aumentó la pena de tres a diez años y agregó que los jefes u organizadores tendrán como mínimo cinco años. Pasó la violencia política, pero el texto quedó escrito hasta ahora en esos términos. Es

decir, que su altísima pena vigente es un resabio de una coyuntura histórica superada hace casi medio siglo.

La primera cuestión que plantea este supuesto delito es su constitucionalidad. Obsérvese que, si tres personas medio alegres con copas se ponen de acuerdo para asaltar bancos, con ese sólo acuerdo se comete el delito, aunque al día siguiente se diesen cuenta de que habían decidido una estupidez y no hiciesen absolutamente nada más. Sólo podrían ser absueltas por inimputabilidad si hubiesen estado del todo borrachos.

Esto es inadmisibles, porque ni siquiera se trata de un acto preparatorio y mucho menos aún de una tentativa, lo que se pena es únicamente la idea de cometer los delitos.

En general, los delitos se penan cuando comienzan a ejecutarse, es decir, cuando hay tentativa. Todos los actos anteriores o preparatorios son en general impunes (comprar el cuchillo con el que se piensa amenazar a alguien), porque son equívocos (dado que también se lo puede comprar para comer un asado).

Pero la asociación ilícita ni siquiera pena un acto preparatorio, que recién lo habría, por ejemplo, si comenzasen a proveerse de armas. Y el comienzo de ejecución de la tentativa está aún mucho más lejano de ese mero acuerdo verbal. Semejante adelantamiento de la prohibición no tiene ningún sentido, porque sólo se trata de una exteriorización verbal y ni siquiera se exige ésta en forma expresa, pues bastaría con el simple asentimiento con una bajada de cabeza, con un gesto.

Esto quizá -aunque dudosamente- podría ser admisible si se tratase de delitos de extremísima gravedad (genocidio, liberación de energía nuclear), pero se trata de cualquier delito, lo que lleva a otra irracionalidad : tres mecheras de tiendas se ponen de acuerdo para hurtar prendas de ropa interior de mujer y por ese sólo hecho tienen una pena mínima de tres años y, si una de ellas es la que organiza a las otras dos, de cinco años, pero si sin el acuerdo hurtasen alguna prenda, es decir, cometiesen el delito que acuerdan cometer, la pena no podría superar los dos años (art. 162 del código).

¿De dónde proviene este tipo penal inconstitucional ? Su genealogía es, por cierto, muy poco recomendable : surgió en Europa en los tiempos en que la huelga era un delito y tenía por objeto la represión a los sindicalistas. Como redactamos códigos por correspondencia, se incorporó a nuestra ley penal por arrastre.

Pero dejemos de lado su inconstitucionalidad, sólo a efectos de ver cómo funciona en la práctica.

En realidad, hay relativamente pocas condenas por asociación ilícita, pero hay muchos más procesamientos, porque sirve para denegar la excarcelación y dejar a las personas presas durante el proceso (prisión preventiva). Basta con procesar a alguien como jefe u organizador y, conforme al criterio de la grave amenaza de pena que hace presumir la fuga (el llamado riesgo procesal) se lo manda a prisión por años.

Pero hay mucho más que esto, porque también sirve para clonar procesos y prisiones preventivas al infinito.

Aprovechando -como dijimos- que nunca queda del todo claro para la jurisprudencia cuándo hay un delito y cuándo varios delitos, se pasa por alto un argumento irrefutable : cuando tres personas se ponen de acuerdo para cometer delitos y luego en la realidad los cometen, la voluntad de cometerlos manifestada en el acuerdo es la misma que se materializa en la comisión. Así, la voluntad de asaltar bancos se materializa en los asaltos que los delincuentes cometen luego. Hay una única voluntad desde el acuerdo hasta la comisión del crimen y no se la puede dividir. Esto hace que la asociación ilícita y los delitos que se cometen luego conforme a su finalidad sean un único delito, un único hecho. Técnicamente a esto se lo llama concurso ideal, en tanto que a toda pluralidad de delitos por los que

deba condenarse en una única sentencia se lo llama concurso real.

Basta con ignorar este argumento básico y elemental para desdoblar el hecho único en tantos hechos como supuestos delitos se quieran imputar a un procesado como cometidos por la asociación ilícita, para clonar procesos al infinito y, mucho más, si en cada uno de ellos se reitera el procesamiento por la propia asociación ilícita.

La amenaza de pena con este razonamiento y el número de procesos y sus respectivas prisiones preventivas llegan a montos siderales, porque la pena para el hecho único es la más grave entre todas las previstas, pero en el concurso de varios hechos en una sentencia las penas se suman, según algunos -y la ley del falso ingeniero Blumberg- hasta cincuenta años, aunque el genocidio tenga pena máxima de treinta, lo que parece que tampoco llama la atención de nadie (ni siquiera de la Corte Suprema).

¡Vaya cualquier abogado a impetrar una excarcelación con una amenaza de pena de medio siglo !

El problema es la forma perversa en que se llega a ese cálculo, o sea, mediante un tipo penal inconstitucional, de raíz persecutoria sindical, agravado en un momento de violencia que pasó hace medio siglo, desdoblando el hecho único que un entendimiento racional impone en el número de hechos que cada juez quiera o invente, convirtiendo un concurso ideal en real, aplicando una escala máxima superior al más grave de todo los delitos, todo para imponer prisiones preventivas inexcusables y de ese modo mantener presos a opositores políticos.

Puede sumarse a todo lo dicho la invención de la llamada doctrina de los vínculos residuales, que no la registra ni el último folleto del último anaquel de la más remota biblioteca jurídica, el insólito procesamiento por traición a la Nación sin guerra contra la expresa definición constitucional, el impedimento a que un procesado se trate un cáncer, como también el armado de los tribunales por decreto, la persecución a jueces por el contenido de sus sentencias y la amenaza mediante espías a otro, la recusación sin causa en el fuero penal, las instrucciones presidenciales al Consejo de la Magistratura y el manifiesto deseo del ejecutivo de tener jueces propios, máxima expresión de sinceridad nunca antes manifiesta.

En síntesis, dejamos explicado en los términos más simples posibles, el sencillo método para clonar procesos y prisiones preventivas corriente en nuestros días, por supuesto, del lado perverso del derecho. Seguirán consumiendo psicofármacos, porque quienes lo hacen también pasaron por una Facultad de Derecho y nada de lo dicho ignoran.

Buenos Aires, 10 de julio de 2019

Eugenio Raúl Zaffaroni* para [La Tecl@ Eñe](mailto:LaTecl@Eñe)

[La Tecl@ Eñe](mailto:LaTecl@Eñe). Buenos Aires, 10 de julio de 2019

* **Eugenio Raúl Zaffaroni** es 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