

## **CONCLUSIONES DEL PRIMER CONGRESO UNIVERSITARIO DE DERECHO PENAL**

### **1. Introducción**

En la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, se realizó entre los días 1 y 3 de diciembre de 1988, el I Congreso Nacional Universitario de Derecho Penal, organizado por el Grupo de Investigación en Derecho Penal de la revista "Lecciones y Ensayos".

El evento fue auspiciado por nuestra Facultad, por la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, por la Comisión del Proyecto de Reforma del Código Procesal Penal de la Nación, y por la Unión de Empleados de Justicia de la Nación. Fue declarado de interés académico por la Universidad de Buenos Aires y de interés nacional por el Ministerio de Educación.

En la sesión inaugural fueron leídas las palabras que dejara el doctor Zaffaroni (presidente académico), quien lamentablemente no pudo concurrir por encontrarse fuera del país, tras lo cual pronunció su discurso Sergio Rocamora (presidente estudiantil). Posteriormente, el señor decano, doctor Jorge A. Sáenz, declaró formalmente abierto el Congreso. Durante los tres días funcionaron simultáneamente cinco comisiones de trabajo que trataron los siguientes temas: a) delincuencia juvenil y de menores; b) drogas; c) penas privativas de la libertad; d) leyes de policía y organismos policiales; y e) obediencia debida. En cada una de ellas se realizaron exposiciones a cargo de al menos dos profesores relatores y de los estudiantes que presentaban sus ponencias. Después de cada alocución se abrió el debate, concluido por un alumno coordinador.

Por otra parte, y mientras no estaban reunidas las comisiones, se realizaron conferencias y mesas redondas en las que intervinieron miembros del Consejo Académico.

El último día por la mañana, las comisiones elaboraron un despacho que incluyó las distintas posturas sostenidas en las exposiciones y los debates.

En el acto de clausura, tras la lectura de las conclusiones de cada comisión y unas breves palabras de despedida y agradecimiento a cargo de Sergio Rocamora, el señor decano de la Facultad de Derecho de Cádiz, España, doctor Juan Terradillos Basoco, dio por clausurado el Congreso a pedido del Comité Organizador.

Es destacable el grado de participación demostrada por los estudiantes, ya que hubo más de 600 asistentes, entre ellos alumnos de derecho de Bolivia, Paraguay, Uruguay, Chaco, Corrientes, Santa Fe, Mendoza, Tucumán, Mar del Plata y Entre Ríos. Asimismo es justo resaltar la calidad de las ponencias presentadas en cada una de las comisiones de trabajo.

Hoy, reflexionando sobre lo que vivimos durante esos tres intensos días de diciembre, nos sentimos orgullosos de haber participado en esta experiencia que demuestra que los estudiantes podemos ser, además de consumidores de cultura jurídica, verdaderos constructores de un nuevo pensamiento legal. La enorme concurrencia, la gran aceptación lograda y la diligente colaboración de quienes hicieron posible este Congreso nos reconfortan y nos comprometen aún más con nuestro objetivo, que no es otro que lograr el cambio necesario para alcanzar un alto nivel académico a través de la participación constante y consciente de toda la comunidad universitaria.

El gran compromiso que debemos asumir como estudiantes universitarios es la búsqueda de la consagración de la justicia desde nuestro lugar.

Es en estos primeros pasos de nuestra formación como juristas donde se torna imprescindible una decisión acerca del rol a cumplir ante los conflictos sociales que carecen de una solución satisfactoria.

Toda injusticia debe motivarnos a investigar una propuesta distinta. Este espíritu de esfuerzo en el trabajo intelectual crítico es el que es útil a toda comunidad académica, y, específicamente en el ámbito del derecho penal, es necesario que seamos capaces de reformular y replantear todo para lograr una mayor humanización y racionalidad en el ejercicio del poder punitivo estatal. Este fue el ánimo que inspiró la realización de este Congreso, y éste es el cambio que planteamos como estudiantes. Creemos que

este cambio es posible, y que la participación estudiantil en este Congreso lo demuestra.

## 2. COMISIÓN A: DELINCUENCIA JUVENIL Y MENORES

a) Deben diferenciarse tres distintas situaciones a fin de proceder a su posterior tratamiento: los menores no delincuentes; los menores prostituidos, y los menores delincuentes.

b) Respecto a los menores no delincuentes se afirma la conveniencia de que la cuestión quede sujeta a la jurisdicción de los tribunales con competencia civil (en especial derecho de familia). Se propicia la profundización de la tendencia a la "desinstitucionalización" y a la "descentralización" en el tratamiento del problema. Esto es la paulatina eliminación de los establecimientos que bajo el rótulo de asistenciales se manejan con criterios carcelarios, y por otro lado, la búsqueda de soluciones en el contexto social próximo al menor (p.e.j., municipalidad, barrio, etcétera). Se sostiene como principio modular en el tema que no debe criminalizarse la asistencia del menor, y que la acción social del Estado en la materia, no debe confundirse jamás con la actividad estatal de control social. Por lo demás, como consecuencia de los valores fundamentales relacionados con la persona, se afirma categóricamente la necesidad de que toda internación de un menor, aun como medida asistencial o de seguridad, tenga por presupuesto una decisión judicial.

c) Respecto de los menores prostituidos quedan sujetos a las pautas y principios enunciados precedentemente, pues no son delincuentes sino sujetos pasivos de un delito. Los corruptores quedarán sujetos a la justicia penal.

d) Respecto del menor que consuma acciones tipificadas por el derecho penal debe considerarse:

1) Que el principio de imputabilidad tiene una base política e ideológica que prioriza la defensa de la seguridad social ante los derechos y garantías del menor en tanto persona. Mediante dicho principio el sistema procura controlar socialmente al menor, al que se le reconoce cierto grado de peligrosidad. Las medidas de seguridad se basan en la peligrosidad del sujeto, en la antijuridicidad del autor, y no en la antijuridicidad del acto. Por eso si bien en apariencia, son la consecuencia de un tratamiento legal más benigno

no, producen en la práctica una merma de los derechos del menor, y la inoperancia de las garantías procesales. Esto le permite al sistema controlar al menor "peligroso" sin que su actividad quede sujeta al control de la sociedad en su conjunto. Asimismo, también estigmatiza al sujeto si bien no como delincuente si como anormal, al calificar su persona (no su conducta) como contraria a las pautas y valores de la sociedad.

2) Se propone en consecuencia la imputabilidad del menor como la forma más adecuada de introducirlo en el ámbito de vigencia de los principios y garantías del derecho penal. El menor sólo será pasible de una pena cuando cometa una acción típica, antijurídica y culpable. De tal manera la antijuridicidad de la acción será el presupuesto de la actividad punitiva del Estado y no la antijuridicidad (o la peligrosidad) del sujeto. Se evitará la aplicación de penas bajo la apariencia de medidas asistenciales y por lo tanto ajenas a las garantías procesales y a los principios del derecho penal.

3) El fundamento de la imputabilidad del menor debe ser la capacidad de motivarse por las normas, al punto de decidir su obediencia. Se estima un criterio útil al efecto: la finalización de la educación obligatoria, esto es el período durante el cual el Estado asume la obligación de educar al sujeto, transmitiéndole los criterios valorativos vigentes en la sociedad y las pautas de comportamiento que en ella rigen, motivándolo al cumplimiento de las normas que traducen esos valores y pautas.

4) La responsabilidad penal del menor implica que puede ser éste pasible de una pena. Dicha pena debe ser determinada y determinable, sujeta al principio de legalidad, tendiente a la resocialización (siempre y cuando sea ésta voluntaria y no forzosa) y salvo situaciones excepcionales, alternativa a la de privación de la libertad. Asimismo se afirma la conveniencia de que las penas se ejecuten en un ámbito próximo al contexto social del menor (p.ej., Municipios, barrios, pueblos, etcétera).

### 3. COMISIÓN B: DROGAS

Se coincide en poner de manifiesto la ineficacia de los medios y políticas utilizadas en la actualidad para combatir los efectos negativos de la drogadicción en la sociedad.

La Comisión se pronunció, casi por unanimidad, en favor de la despenalización del consumo y tenencia para el consumo de drogas. En ese sentido se considera inconstitucional el art. 6º de la ley 20.771 en razón de lo dispuesto por el art. 19 de la Const. Nacional y se recomienda su derogación.

Se debatió respecto de los límites de la esfera de acción privada de los consumidores y en qué medida repercuten sus actos en la sociedad o ambiente público.

La ponencia uruguaya hizo una crítica al sistema vigente en su país regido por la ley 14.294. También manifestó su oposición a la incriminación del consumo propuesta por algunos proyectos parlamentarios, ya que en este momento no es punible de acuerdo con el régimen citado.

Los relatores españoles propugnaron como alternativa político-criminal, la despenalización de la tenencia para el consumo y el tráfico de drogas.

#### 4. COMISIÓN C: PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD

Casi unánimemente se ha impugnado el actual sistema penal como apéndice de todo un sistema de marginación de sectores sociales, a la vez que dicha estructura ni siquiera cumple sus fines normados.

Apuntamos a un cambio de estructura, a un cambio del deber ser y no a lavarle la cara al sistema.

Creemos también que el discurso rehabilitador ha sido nada más que un argumento para legitimar el encierro. "Encerremos en aras de la libertad", parece contradictorio, por eso fue necesario crear un fundamento: la rehabilitación, la readaptación, etcétera.

Retomando el hilo de la primera reflexión, creemos que la justicia sólo se puede realizar a partir de la existencia de un poder como prerrequisito para imponer sus decisiones. Nuestro actual sistema no es ajeno a ese principio general, y un poder hegemónico dentro de la sociedad que también se reproduce en instituciones judiciales propugna en casi todas las sentencias un modelo de hombre basado en la escala de valores de los sectores hegemónicos.

Por lo tanto para una nueva justicia es necesaria una nueva sociedad basada en una nueva escala de valores.

Estamos también de acuerdo con que el cambio que proponemos sea gradual porque somos conscientes que de

otro modo se produciría una fractura con el consenso popular (opinión pública). De aquí parte nuestro problema: "desde qué concepción global cambiamos el sistema sin oponernos, como dijimos antes, al consenso".

Somos conscientes de que los medios de comunicación, principalmente, así como también otras formas de reproducción ideológica son los que influyen y condicionan al sistema y dentro de él a sus componentes (la opinión pública).

Planteamos en este encuentro también algunas alternativas a la pena de prisión como solución urgente aunque transitoria.

Es importante abrir un abanico de alternativas para que el juez en el momento de individualizar la pena pueda optar por la que sea más conveniente al sujeto.

Creemos que existe una simbología y un mito en cualquier pena, en cualquier alternativa, por eso las consideramos con grandes posibilidades de éxito.

Y para terminar queremos señalar la importancia de este encuentro en el cual hemos convenido estudiantes, profesores, presos, agentes de policía, etc., en una dinámica poco usual en un Congreso, pero sí más rica e integradora.

Esto demuestra una vez más que cualquier reforma que deba encararse necesita, antes que nada, la restitución y fortalecimiento de los lazos solidarios de todos los segmentos de la sociedad.

Nosotros como estudiantes y futuros abogados o magistrados asumimos la responsabilidad y el compromiso de propender al cambio para así modificar al sistema.

## 5. COMISIÓN D: LEYES DE POLICÍA Y ORGANISMOS POLICIALES

### a) Leyes de policía

1) La Corte Suprema de Justicia ha convalidado históricamente los edictos policiales, basándose en la existencia de un "recurso judicial suficiente", que estaría dado por el art. 587 y ss. del CPPN.

2) Sin embargo, creemos que el principio de razonabilidad de las leyes que emana del art. 28 de la Const. Nacional, no es receptado por la ley 14.467 (ley de ratificación de edictos). Por otra parte consideramos que los arts. 27, 586 y 587 del CPPN no se conciben con la Constitución Nacional.

3) Además, la existencia de los edictos policiales viola expresamente los siguientes principios constitucionales:

a) Principio de legalidad: Arts. 16, 18, 23, 28, 33, 67, incs. 11, 27 y 28, 88, incs. 2°, 4° y 19, 93, 108.

b) Principio de jueces naturales: Arts. 18, 67, inc. 17, 88, inc. 5°, 93, 100.

c) Principio de defensa en juicio: arts. 18, 23, 28, 68, inc. 11, 88, inc. 2°, 95. El Poder Judicial debe entender en primera instancia en estos casos.

d) Principio de debido proceso: Arts. 18, 23, 28, 95.

e) Principio de división de poderes: Arts. 1°, 29 y concordantes.

4) Creemos que nuestro razonamiento es respetado por las siguientes disposiciones legales (tanto de fondo como de forma):

a) Código Penal: arts. 42 y 227.

b) Ley 23.698, art. 6°.

c) Código de Procedimiento en Materia Penal de la Nación: arts. 2°, 9°, 363, 364, 368 y concordantes.

5) Los edictos policiales constituyen disposiciones de carácter general que crean tipos penales abiertos. Esto da lugar a su uso como medio de control social discrecional ejercido por los funcionarios policiales, excediendo los límites razonables que debieran enmarcar las facultades del poder de policía del Estado en una sociedad democrática.

6) Ante tal situación, creemos que el Poder Legislativo debe procurar morigerar gradualmente el exceso de facultades que en la actualidad tienen los organismos policiales. Por ende proponemos:

a) Incluir el tratamiento de las faltas y contravenciones como materia legislativa (a través de tipos penales cerrados acordes con los principios y garantías constitucionales).

b) Propiciar el pronto debate de los proyectos de Código de Procedimiento en Materia Penal que actualmente se encuentran a consideración de los legisladores, y la inclusión del tema contravencional como título especial dentro de dicho ordenamiento procesal; promover la creación de tribunales barriales.

c) Promover la rápida sanción de un código contravencional que judicialice el tema.

d) Hasta tanto se logren estos objetivos bregar por la aplicación de la normativa vigente de un modo acorde con los principios expuestos. Toda nuestra inquietud deriva de la preocupación por la efectiva defensa de la dignidad y de la integridad del hombre, así como por el debido respeto de sus derechos y garantías.

#### b) Organismos policiales

1) Aun cuando se considere que el conocimiento técnico específico que adquieren los funcionarios policiales en su etapa de formación es elevado, creemos necesario profundizar su capacitación doctrinaria en los aspectos cívicos fundamentales, y fomentar su concientización acerca de la situación social en la que se desenvuelve su actividad.

2) Los organismos policiales, el ministerio público y los jueces deben comprender que la verdadera e importante función de la policía aparte de su finalidad preventiva, es ser auxiliares de la justicia y no administradores de ella.

3) Hoy más que nunca se hace necesario que el Poder Judicial cuente con una Policía especial subordinada a él encargada de brindarle sus servicios para una eficaz labor de investigación de los hechos que debe dilucidar, separando y dejando a cargo de la policía dependiente del PEN la faz de prevención y de orden. Ambas deben contar con recursos suficientes.

4) El ejercicio y las obligaciones de policía deben estar siempre subordinados a la Constitución Nacional y a las leyes. Asimismo, deben respetarse los derechos de los funcionarios policiales, que en el fondo coinciden con los del resto de los funcionarios públicos, sin perjuicio de la ubicación de la función policial dentro de los cometidos esenciales del Estado. Además de los derechos acordados por las leyes orgánicas respectivas no es incompatible con la función policial el derecho de asociación democrática, agremiación y huelga.

#### 6. COMISIÓN E: OBEEDIENCIA DEBIDA

Más allá de la naturaleza jurídica de la eximente, que fue objeto de discusión, planteándose diversas opiniones, hubo acuerdo en cuanto a los siguientes puntos:



a) Los hechos atroces y aberrantes no están amparados por la eximente.

b) Cuando el ejecutor conoce la ilicitud de la orden cesa la obligación de obedecer.

c) Si bien algunos autores hablan de coacción, se consideró que se trata de una eximente distinta.

Con relación a la ley 23.521, llamada de "obediencia debida", se concluyó por unanimidad en que es una norma manifiestamente inconstitucional pues:

1) Viola derechos humanos fundamentales, que ni siquiera pueden ser objeto de amnistía (art. 29, Const. Nacional).

2) Viola la división de poderes pues su naturaleza es la de una sentencia y, como tal, es arbitraria.

3) Asimismo, comparando el instituto de la obediencia debida y la ley llamada de obediencia debida, se concluyó en que no existe relación alguna entre ambas.

También se destacó que la excepción contemplada en el art. 2º, referida a la apropiación extorsiva de inmuebles, consagra una aberración valorativa al considerar un bien jurídico de mayor jerarquía la propiedad privada que la vida humana.

A la luz del análisis jurídico de la ley, se afirmó que ella importó la creación de una ficción con el único objeto de despenalizar obligatoriamente a quienes cometieron violaciones de derechos humanos, cuyos fundamentos sólo pueden encontrarse en una pretendida razón de Estado.

Es preocupante que el máximo tribunal de la Nación, salvo la honrosa excepción del ministro Bacqué, no haya advertido la notoria endeblez jurídica de esta norma, que además desoyó los tratados internacionales atinentes, de los que la Argentina es parte, y consumó una lamentable legitimación de las inconcebibles violaciones a los derechos humanos acaecidas en nuestro país.

#### 7. AUTORIDADES DEL CONGRESO

PRESIDENCIA ACADÉMICA

Doctor Eugenio Raúl Zaffaroni

PRESIDENCIA ESTUDIANTIL

Sergio R. Rocamora

**SECRETARÍA ACADÉMICA**

Doctor Julio E. S. Virgolini

**SECRETARÍA ESTUDIANTIL**

Silvina Bacigalupo

**CONSEJO ACADÉMICO**

Doctores Enrique Bacigalupo (Madrid, España); Alberto Binder; José Antonio Buteler; Cristina Camiña; José I. Cafarata Nores; Rocío Cantarero Bandres (Salamanca, España); Horacio Cattani; Joaquín Pedro Da Rocha; Zulita Fellini; Juan Carlos Ferré Olivé (Salamanca, España); Emilio García Méndez; Mirna Goransky; Edmundo Hendler; Lucila Larrandart; Julio Maser; Luis Niño; Esteban Right; Ricardo Sáenz; Marcelo Sancinetti; Norberto Spolansky; Juan Terradillos Basoco (Cádiz, España).

**COMITÉ ORGANIZADOR**

Mónica Cattani; Guillermo Gaggiolo; Alejandra Gil; Matilde González Sampaio; Verónica Guagnino; Maximiliano Rusconi.

**COLABORADORES**

Alberto Bovino; Gladys Egú; Adriana Gutiérrez; Viviana Kristicevic; Victor Varone; Martín Yacobucci.

**COORDINADORES**

Victor E. Abramovich Cosarín; Mary Ana Beloff; Carlos Espósito; Carlos Manuel Garrido; Daniel H. Lago; Ignacio Adrián Lerer; Daphne Pallopoli.