

COORDINADORES

Marcelo D. Lerman

Leandro A. Dias

Castigar y prevenir

Patricia Ziffer



Editores
del Sur

Castigar y prevenir

Patricia Ziffer



Contenido

Abreviaturas	13
Autobiografía	15

PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

1. Acerca del “resurgimiento” del retribucionismo	33
I. Introducción: la presentación de la discusión sobre “teorías de la pena”	33
II. ¿Adiós al retribucionismo?	34
III. Teorías expresivas de la pena	35
IV. Acerca del “renacimiento” del retribucionismo en Alemania	36
V. La discusión anglosajona y su recepción	41
a. La línea proporcionalista estricta	41
b. Enfoques alternativos	43
VI. Conclusiones	48
a. La transparencia de los fundamentos de las injerencias	48
b. Aportes a la dogmática de la determinación de la pena	50
c. ¿Es constitucional la eliminación del fin resocializador de la pena?	51
2. Concepto de pena y prevención	53
1. Introducción	53
2. La vigencia de <i>lege lata</i> de las llamadas teorías de la unión	57
3. El banco de prueba: el tratamiento de las necesidades de “doble vía”	59
3.1. Reincidencia	59
3.2. La integración de culpabilidad y fines preventivos en el ejemplo de la libertad condicional	63
3.3. La prisión perpetua	65

4. Conclusión. La necesidad de tener claridad con relación a cuál es el fundamento de las injerencias sobre la libertad.....	67
5. Bibliografía	69
3. La idea de "peligrosidad" como factor de la prevención especial. A propósito del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Fermín Ramírez"	73
1. Introducción. El rechazo de la "peligrosidad"	73
2. El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Fermín Ramírez"	76
3. El problema de la "reinserción social del condenado" como pretensión de rango constitucional	80
4. El problema de la legitimación de la prevención especial	84
5. La prevención especial frente a las exigencias del Estado de Derecho	87
6. El compromiso: las "teorías de la unión"	89
7. La prevención especial y la "eliminación de los «peligrosos»"	91
8. Conclusión: no hay prevención especial sin criterios de "peligrosidad"	93
4. Concepto de pena, irretroactividad de la ley penal y medidas de seguridad. El caso "M. v. Alemania" del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	97
I. Introducción	97
II. El caso	99
III. La decisión del Tribunal.....	102
a) El derecho a la libertad	102
b) El principio de legalidad y el concepto de pena a los fines de la Convención	104
IV. La proyección de la decisión.....	107
V. La distinción entre penas y medidas: la inaceptabilidad de la "estafa de etiquetas" ..	109
VI. ¿Es posible la distinción entre penas y medidas?	112
VII. Acerca de las particularidades del concepto de pena y la "doble vía"	114
VIII. La ilusión del monismo	117
IX. Consideraciones finales.....	122
5. El sentido de la libertad condicional y la "observancia de los reglamentos carcelarios" ...	125
I. El caso	125
II. Los fundamentos del fallo.....	126

a) La posición de la mayoría	126
b) La disidencia	126
III. La naturaleza “esquiva” de la libertad condicional	127
IV. Las tensiones características de la libertad condicional.....	129
V. La libertad condicional a la luz de las “teorías de la unión”	130
VI. Los objetivos de la libertad condicional	132
VII. La significación dogmática de la exigencia de “petición de parte” como presupuesto para la concesión de la libertad condicional	136
VIII. La reiteración extemporánea del pedido de libertad y la legitimación de la prisión una vez cumplido el tiempo mínimo	139
IX. El juicio de peligrosidad característico del rechazo de la libertad condicional	142
X. La observancia de los reglamentos carcelarios.....	145
XI. La solución de “Silber”: la fuerza de los hechos.....	148
XII. Consideraciones finales	149
6. La reclusión por tiempo indeterminado para el “multirreincidente”.....	151
I. Introducción: las diferentes formas de reacción del derecho penal	151
II. La naturaleza de la “accesoria de reclusión por tiempo indeterminado”	153
III. La accesoria de reclusión por tiempo indeterminado y la legitimidad de las medidas de seguridad	156
IV. La accesoria de reclusión por tiempo indeterminado y el pronóstico de reincidencia.....	162
V. Los límites a la reacción penal en un “estado liberal”	165
VI. El multirreincidente como incapaz de “dirigir sus acciones”: ¿la inimputabilidad como solución?.....	171
7. La distinción entre penas y “medidas” y la prescripción de la acción penal en la ley 23.737	173
I. El fallo	173
II. Los fines de prevención especial en la ley 23.737	174
III. Las críticas a las medidas curativas: ¿penas encubiertas?.....	176
IV. La distinción entre penas y medidas	178
a) La distinción como reflejo del principio de culpabilidad	178
b) Los argumentos que rechazan una distinción entre penas y medidas.....	180
c) Las posibilidades de formular una distinción entre penas y medidas.....	182

d) El sentido de insistir en la distinción: las consecuencias concretas para la ejecución	184
V. Las implicancias de la distinción: la sujeción de las medidas a criterios de necesidad y proporcionalidad.....	186
VI. Los problemas interpretativos de la ley 23.737 y la distinción entre penas y medidas	188
VII. La cuestión de la imposición coactiva del tratamiento.....	190
VII. Consideraciones finales	193
8. La intervención de la justicia penal en las medidas de seguridad.	
¿Protección de derechos constitucionales o mera cuestión de competencia?	195
§ 1. El caso	195
§ 2. El fallo. Fundamentos	196
§ 3. Las cuestiones problemáticas	197
a. ¿Las medidas de seguridad relativas a sujetos inimputables violan el principio de culpabilidad?.....	197
b. ¿Los inimputables están en peor situación que los culpables?	198
c. El sistema de “doble vía” y la intervención de la justicia penal respecto de los inimputables sometidos a internación psiquiátrica	200
d. La materia de lo resuelto y los principios constitucionales de protección de los enfermos psiquiátricos	205
e. ¿Mayor “especialización” de los jueces civiles?	212
f. Una discusión poco clara: la relevancia del “hecho previo” como límite.....	216
§ 4. Conclusión: la necesidad general de legitimación de la persecución de fines de aseguramiento respecto de los enfermos psiquiátricos.....	221
9. Medidas de seguridad y pronósticos de peligrosidad.....	225
I. La inserción de las medidas de seguridad en el sistema penal	225
II. La cuestión de la legitimación de las injerencias apoyadas en la peligrosidad.....	227
III. La legitimación del sistema penal de medidas de seguridad	230
IV. La inseguridad de los pronósticos de peligrosidad como obstáculo para la legitimación de las medidas	232
V. Las dificultades del pronóstico de peligrosidad como un problema normativo	234
VI. Los pronósticos de peligrosidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	236
VII. Las medidas aplicadas a inimputables.....	238

VIII. Los fines curativos como legitimación de injerencias coactivas	241
IX. ¿Fines tuitivos en manos de jueces penales?	243
X. La irrelevancia del juez competente respecto de la naturaleza y gravedad de las privaciones de la libertad preventivas	247
XI. La indeterminación temporal de la internación	251
XII. La reclusión por tiempo indeterminado y sus equivalentes funcionales	253
XIII. La falta de transparencia de la discusión: los límites del rechazo a injerencias “peligrasistas” en el derecho penal argentino.....	257
XIV. Conclusión	260
10. Problemas de legitimación de la aplicación de medidas privativas de libertad a partir de los límites de los pronósticos de peligrosidad.....	261
A) Introducción: el sistema penal de medidas de seguridad.....	261
B) La necesidad de justificación de un sistema de medidas	263
C) La justificación de una privación de libertad sostenida en la peligrosidad en un estado de derecho: los argumentos legitimantes de un sistema de medidas de carácter penal	268
D) La falta de certeza de los pronósticos de peligrosidad como obstáculo para la legitimación de las medidas	272
E) Las dificultades del pronóstico de peligrosidad como un problema normativo	275
F) La solución “pragmática” frente a las dificultades de los pronósticos de peligrosidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	279
G) El problema particular de la reclusión por tiempo indeterminado para reincidentes.....	281
H) Las principales objeciones en contra del sistema de doble vía	287
I) Los argumentos aparentes en torno de la reclusión por tiempo indeterminado y la discusión argentina sobre “peligrosidad”	291
J) A modo de conclusión: la necesidad de reflexionar acerca de la posible superioridad jurídica de la alternativa más transparente.....	295

DETERMINACIÓN DE LA PENA Y CONCURSOS

1. Algunos aspectos problemáticos del régimen legal del “concurso real” en Argentina	301
I. Observaciones preliminares.....	301
II. La fijación de la pena en la regulación argentina sobre concurso real.....	304
a. Las alternativas en discusión	304

b. La “responsabilidad única” como idea rectora	306
c. La normativa vigente	308
d. Las objeciones al máximo legal vigente	310
III. A modo de conclusión	315
2. Concurso real y <i>ne bis in ídem</i>	317
3. Determinación de la pena. Criterios individualizadores	327
I. Bibliografía	328
II. Evolución legislativa	330
III. Doctrina.....	338
IV. Jurisprudencia.....	362
A. De la graduación del ilícito y la culpabilidad	362
B. De los recursos en materia de determinación de la pena y el deber de fundamentación de la sentencia	366
Menores	370
C. De la valoración de circunstancias procesales.....	371
D. De la relevancia de los fines de la pena para su graduación	372
E. De la función de las escalas penales	373
F. Graduación de la pena.....	373
1. Consideraciones generales.....	373
2. Naturaleza de la acción y medios empleados	373
3. Extensión del daño causado.....	374
4. Peligrosidad.....	375
5. Nocturnidad	377
6. Agravación y atenuación de la pena	378
a. Antecedentes penales	378
b. Arrepentimiento	380
c. Confesión	381
d. Mendacidad	382
e. Dificultad de ganarse el sustento	382
f. Conducta del imputado	382
g. Suspensión del juicio a prueba	383
h. Reincidencia.....	383
i. Violencia	384
j. Salidas transitorias.....	385
k. Reiteración delictiva.....	385
i. Emoción violenta.....	386
g. Audiencia “de visu”	386

4. La cuestión del concurso entre delitos permanentes e instantáneos. Un análisis a partir de la relación del tipo de asociación ilícita con los delitos objeto de la asociación	387
I. Introducción	387
II. El problema de la “unidad de hecho” y la categoría de “delitos permanentes”	389
III. El problema del llamado “efecto enlace”	393
IV. La asociación ilícita como delito permanente (art. 210, CP).....	397
V. El fundamento del concurso ideal entre la asociación ilícita y los delitos que constituyen su objeto	399
VI. El <i>quid</i> de la cosa juzgada.....	404
VII. Observaciones finales.....	410

Autobiografía

I

Para quien se ha dedicado al derecho, la propuesta de presentar sus antecedentes no ya mediante la fría estructura de un currículum vitae sino bajo la forma de una “autobiografía”, en la que se reflejen las experiencias con relación al intercambio cultural con Alemania, significa un interesante cambio de perspectiva y casi una invitación a incursionar en lo literario.

Nací en el año 1962, en pleno centro de la ciudad de Buenos Aires y a pocos metros del Palacio de Justicia, en donde trabajaría años más tarde. Mi padre era médico y mi madre se desempeñaba como periodista. Como es bien usual en Argentina, ambos eran hijos de inmigrantes europeos que habían llegado a América en busca de mejores horizontes. Mis abuelos maternos eran de origen español e italiano. Por su parte, mi abuela paterna provenía de un hogar irlandés, y su esposo, Adolfo Ziffer, había nacido en la ciudad de Doubrava, en la actual República Checa. Durante mi infancia, escuchar otros idiomas mezclándose en forma caótica con el particular español de Buenos Aires formaba parte de la normalidad.

Mis primeros años escolares transcurrieron durante los tumultuosos años 70 en una escuela privada, en donde tuve mis primeros contactos formales con el idioma alemán. Ni siquiera los niños en edad escolar podían escapar a los avatares de una época signada por la violencia; los atentados terroristas o la noticia de la explosión de una bomba aquí y allá apenas nos sorprendían.

Al finalizar esa etapa, en marzo de 1976, ingresé en una escuela pública, a fin de realizar mis estudios como bachiller, casi en el mismo momento en que un golpe militar derrocaba al gobierno constitucional y se iniciaba

la dictadura militar en la Argentina. No era la primera vez que el régimen democrático se veía interrumpido por un golpe militar; antes bien, la alternancia entre regímenes *de iure* y *de facto* parecía ser una característica “natural” de la vida política argentina. De manera que nadie parecía estar demasiado sorprendido ni alcanzar a prever la magnitud de la violencia estatal que se desataría entre 1976 y 1981.

Dentro de ese contexto, mi adolescencia transcurrió en una atmósfera oscura y marcada por el temor, con poco lugar para discusiones abiertas. Sin embargo, como mi nueva escuela no incluía el estudio del alemán, para no perder lo que había aprendido en la escuela primaria, tomé la decisión de continuar mis estudios del idioma en el Goethe Institut Buenos Aires. Entrar al “Goethe” en esos años era como estar en una isla, donde nadie parecía preocuparse demasiado por las consecuencias de lo que se decía. En una edad decisiva para la formación personal, fue allí donde tuve la oportunidad de tomar contacto no sólo con la importancia de los “Für” und “Wider” de un argumento, sino con contenidos que de otro modo me hubieran resultado completamente ajenos. La humanización del trabajo, el comienzo del interés en la protección del medio ambiente, la discusión en torno de la emancipación de la mujer, entre otros temas, integraban el contenido de las “Lektionen” y les abrían a los alumnos argentinos un mundo de problemas sociales y políticos sobre los que se podía discutir crítica y abiertamente. El contraste con la forma en que se desarrollaban las clases en mi escuela era drástico.

Luego de obtener mi título de “Bachiller con orientación en Letras”, en 1981 ingresé a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, cuando ya se vislumbraba próxima la perspectiva del regreso a la democracia. La decisión de estudiar derecho fue relativamente casual, pues en aquel momento mi objetivo era obtener un título universitario que me permitiera ingresar al Servicio Exterior y dedicarme a la carrera diplomática. Las primeras materias, vinculadas al derecho privado, ratificaron esa decisión, pero a poco de comenzar el curso de Derecho Penal, Parte General, no dudé en cambiar el rumbo. El estudio del Derecho Penal, además de resultarme extraordinariamente interesante, incluía el estudio de numerosos autores alemanes. En ese contexto, tener acceso al idioma alemán presuponía una ventaja relativa importante para el desarrollo profesional posterior, y decidí tomar ese camino. Por cierto, no fue un error. En efecto, todavía siendo estudiante, comencé a hacer las reseñas de la “ZStW” para

la revista *Doctrina Penal*, quizá la más prestigiosa que ha conocido la Argentina en temas penales. Tiempo después, aquellas sencillas reseñas me llevarían a dedicarme a la carrera académica.

II

Mis estudios universitarios se desarrollaron sin altibajos. Siendo ya una estudiante avanzada, y habiendo tomado la decisión de dedicarme al derecho penal, a fines del año 1983, comencé a trabajar como empleada en un juzgado de Instrucción, mientras llegaba al final de la carrera. Paralelamente, me desempeñé como ayudante alumna en la cátedra de derecho penal a cargo del Prof. David Baigún (uno de los directores de la revista *Doctrina Penal*). Ya en esos años finales de mi carrera supe que, una vez obtenido el título de abogada (con el que se finalizan los estudios de derecho en la Argentina), no abandonaría la universidad. Esa decisión, tanto ayer como hoy, presupone compatibilizar las funciones académicas con alguna otra tarea jurídica. En nuestro país, en principio, no es posible subsistir económicamente “sólo” como profesor; prácticamente, no existen profesores que puedan dedicarse exclusivamente a la universidad o que vivan del sueldo que allí se paga. Salvo en alguna universidad privada de creación reciente, los profesores no tienen un despacho en la facultad, sino que interrumpen sus trabajos de jueces o abogados para ir a dar clase una o dos veces a la semana. Todo trabajo de investigación, en este contexto, se hace sacrificando el tiempo libre, que suele ser muy poco. De allí que, en 1987, luego de haber finalizado mis estudios, comencé a trabajar en una cámara de apelaciones de la justicia federal, como “secretaria letrada”. Allí realizaba tareas de asesoramiento a jueces acerca de los problemas jurídicos implicados en los expedientes. Esto me permitía mantener cierta práctica en la percepción de los problemas teóricos, y a la vez, me daba suficiente tiempo como para continuar realizando tareas como ayudante en la universidad. En ese mismo año rendí el examen para comenzar a realizar tareas como ayudante graduada y realicé mi primera traducción al español. Por encargo del Prof. Julio Maier, traduje al español el trabajo de Hans-Joachim Hirsch, “Strafrecht und rechtsfreier Raum”, publicado en el Homenaje a Bockelmann. La versión en español fue publicada en *Doctrina Penal*. Esta tarea significó mi primera experiencia en

volcar al español un trabajo jurídico, y me inició en una tarea que sigo encontrando fascinante y que repetiría en múltiples ocasiones. Pero no fue esa su única importancia para mi futuro. Además, durante las tareas de corrección de las primeras versiones de la traducción en el estudio jurídico en el que trabajaba el Prof. Maier, tuve ocasión de conocer al Prof. Marcelo Sancinetti, quien algún tiempo después se convertiría en mi esposo y compañero en las empresas más importantes de mi vida.

III

Al poco tiempo de que contrajéramos matrimonio en 1989, mi marido finalizó su trabajo de tesis. Ello le permitió acceder a una beca de la Alexander von Humboldt Stiftung para realizar un trabajo de investigación con el Prof. Günter Jakobs en el *Rechtsphilosophisches Seminar* de la Universidad de Bonn. Así, a mediados de 1991 nos instalamos en la *Gästehaus* que la Fundación tenía en el elegante barrio de Bad Godesberg, y dio comienzo una de las etapas más felices de nuestras vidas, tanto en lo profesional como en lo personal. El contacto con una universidad en la que se trabajaba seriamente y la calidez con que fui recibida como acompañante de mi marido por el Prof. Jakobs y por todos sus colaboradores constituye un recuerdo imborrable. Para aprovechar la estadía, comencé a realizar los estudios para realizar un *Magister iuris*, y rendí los exámenes correspondientes a las *Vorlesungen* de los Prof. Kindhäuser (*Strafrecht AT*), Marquardt (*Kriminologie*) y Pietzcker (*Staatsrecht I*). Al mismo tiempo, fui gentilmente admitida a escuchar los seminarios del Prof. Jakobs, en donde las discusiones teóricas intensas y ricas constituían una regla inquebrantable. Las discusiones, por lo demás, no quedaban limitadas al ámbito del seminario. Cada día, con una amabilidad interminable, el Prof. Jakobs invitaba a todos los becarios extranjeros que se encontraban desarrollando investigaciones con él a acompañarlo a la *Mensa*, en donde el pintoresco grupo continuaba las polémicas. Así fue como la estadía en Bonn no sólo significó entrar en contacto con la cultura jurídica alemana, sino que me permitió conocer a calificados colegas de otras nacionalidades como el español Manuel Cancio, el japonés Yung Shiomi y los colombianos Yesid Reyes Alvarado, Eduardo Montealegre-Lynett y Claudia López Díaz.

Mi asistencia regular a la universidad fue interrumpida por la noticia de mi embarazo, y la indicación médica de guardar reposo por algún tiempo truncó la posibilidad de llevar hasta el final el proyecto de *Magister*. Pero la alegría del nacimiento de mi primera hija, Sofía María, el 28 de agosto de 1992 en el *Evangelisches Krankenhaus* de Bonn, borró cualquier posible sombra de frustración.

Transcurridos los laboriosos primeros meses de crianza de la bebé, retomé paulatinamente mis proyectos académicos. Siguiendo un consejo del Prof. Jakobs, comencé un trabajo de investigación sobre la dogmática de la determinación de la pena, un tema sobre el cual no existía en Argentina prácticamente ninguna elaboración doctrinaria. Con la inestimable colaboración de mi esposo, que compartía a la par las tareas de atender a nuestra hija, iba periódicamente a la biblioteca de la universidad para comenzar a recopilar el material bibliográfico que luego leía y elaboraba en casa.

IV

Pero como todo lo bueno tiene un final, en la navidad de 1993 la estadía en Bonn llegó a su fin. Luego de dos años y medio en Alemania, el regreso a la Argentina ya no podía ser postergado por más tiempo. La beca había concluido seis meses antes, y los ahorros con los que habíamos prolongado nuestra estancia para que mi marido pudiera concluir su investigación estaban agotados. Había que emprender el regreso y sabíamos que no sería nada fácil abandonar la vida exclusivamente dedicada a la investigación. Poco antes de abandonar la Argentina, el estudio jurídico en el que trabajaba mi marido había cerrado y yo había renunciado a mi cargo en el Poder Judicial, de modo que nos vimos obligados, prácticamente, a recomenzar desde cero. Fueron días bien complicados. Pasada la primera alegría del reencuentro con familiares y amigos, nos encontrábamos en una posición económica y profesional difícil, pues sólo conservábamos nuestra posición en la universidad, insuficiente para solventar una familia. En contra de lo que se podría pensar, haber realizado una estancia científica en Alemania no abría ninguna puerta, sino que más bien parecía generar cierto recelo en los colegas argentinos. Sin embargo, poco a poco la situación fue mejorando. Luego de un tiempo de ejercer la profesión de abogada, recuperé mi antiguo cargo en la justicia federal. Al mismo tiempo, retomé

el intento de realizar un trabajo de investigación sobre determinación de la pena. Buena parte del material bibliográfico lo tenía conmigo, pues las fotocopias habían llegado por barco desde Bonn, pero no era sencillo terminar de completarlo mientras intentaba compatibilizar las tareas de la universidad y la profesión. Por ello decidí postularme a una beca breve del *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* en Freiburg i.Br. Desde marzo hasta junio de 1995 la familia se instaló en un pequeño departamento en la pintoresca residencia estudiantil, la “Stusie”, en el Seepark de Freiburg. Mi hija Sofía María pasaba buena parte del día en un jardín maternal en el barrio de Zähringen, en donde volvía a tener contacto con el idioma alemán. Entretanto, mi marido y yo recopilábamos material y trabajábamos en la increíble biblioteca del Instituto junto a becarios procedentes de todas partes del mundo. Esa estancia me permitió actualizar la literatura y concluir las tareas de redacción del trabajo, que finalmente se publicó en Buenos Aires en 1996. En la obra, titulada *Lineamientos de la determinación de la pena*, se presentaba el estado de la discusión sobre el tema, fundamentalmente tomando en cuenta la literatura alemana. Las estructuras de la normativa sobre determinación de la pena en el StGB y en el Código Penal argentino tenían similitudes muy importantes, y ello permitía una traslación sin problemas de las elaboraciones doctrinarias realizadas en Alemania al sistema argentino. Hasta ese momento, la decisión relativa a la calidad y monto de la pena era tomada en las sentencias judiciales con la mera referencia a que “el tribunal tomó en cuenta las agravantes y atenuantes del caso”. En la obra se sostenía que la fundamentación del punto posiblemente más significativo para el condenado sobre la base de un mero cliché resultaba inadmisibile en un estado de derecho, y que la imposibilidad de alcanzar una fundamentación silogística no eximía de explicitar las razones de la decisión, sino justamente todo lo contrario. Quizá por la curiosidad que despertaba un tema sobre el que la ausencia de material teórico era casi completa, la obra se difundió más rápidamente de lo esperado y en 1999 se publicó una segunda reimpresión.

V

Entre los problemas propios del sistema legal argentino de la determinación de la pena, en mi investigación se había examinado la superposición de la agravación de la pena por reincidencia junto con la imposibilidad de los reincidentes de acceder a la libertad condicional durante la ejecución de las penas privativas de la libertad, desde la perspectiva de la prohibición de doble valoración. Este concepto constituyó el núcleo de la ponencia con la que obtuve el primer lugar (compartido con otro colega) en el concurso por el cual fui designada profesora adjunta en mayo de 1996 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. A partir de ese momento tomé a mi cargo, hasta el día de hoy, un curso anual de “Elementos de Derecho penal y procesal penal”, en la cátedra del Prof. Maier, cuyo objetivo es introducir a los estudiantes en las bases teóricas del derecho penal y procesal penal y, al mismo tiempo, comenzar a ejercitarlos en la resolución de casos penales.

En ese momento, y como es frecuente en Argentina, si bien ya era profesora regular, aun tenía pendiente la realización de mi tesis doctoral. El objetivo no parecía sencillo de concretar. Mi investigación previa sobre determinación de la pena podría haber servido de base para un trabajo de tesis, pero buena parte de las ideas que podrían haber sido más desarrolladas en una investigación posterior ya habían sido publicadas y por lo tanto, quedaban reglamentariamente excluidas como tema. A esto se le sumaba la carga de tareas cotidianas, en las que debía compatibilizar mi trabajo en la justicia y en la universidad, con la vida familiar. En mayo de 1997 nació mi segundo hijo, Marcelo Agustín, y en diciembre de 1998, la más pequeña, María Lucía. En el ínterin, había comenzado a trabajar como secretaria letrada en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tarea que sigo desarrollando actualmente. A la manera de la “Supreme Court” americana, en ese tribunal se examinan, por un lado, casos vinculados al derecho federal, y por otro, casos en los que se encuentren en juego violaciones a derechos fundamentales y garantías constitucionales. De modo similar a mis funciones judiciales anteriores, también aquí mi trabajo consistía en examinar expedientes, detectar los aspectos problemáticos y presentar un proyecto de decisión en el caso. En ese momento, a fines de la década del noventa, varios escándalos de corrupción política ocupaban la discusión pública. En ese contexto, en múltiples causas judiciales de fuerte resonancia en los

medios, la ausencia de una clara imputación por hechos específicos comenzó a ser reemplazada por la vaga atribución del carácter de “miembro –o en su caso, jefe– de una asociación ilícita”. En la práctica, esto significaba, en muchos casos, que el imputado permanecía detenido en prisión preventiva sin que existiera demasiada claridad no sólo en cuanto a la existencia de peligro de fuga, sino ya en cuanto a qué era específicamente lo que se le atribuía como hecho delictivo. De este modo, la instrumentalización del tipo penal de asociación ilícita permitía eludir las dificultades investigativas características de las denuncias de corrupción política, y al mismo tiempo, generar en la opinión pública –ignorante de tecnicismos judiciales– la impresión de una administración de justicia activa y eficiente. Frente a tan discutible práctica judicial, comenzaron a surgir voces que directamente reclamaban la declaración de inconstitucionalidad del delito de asociación ilícita. De allí surgió mi interés por los diversos problemas teóricos que presentaba el delito de asociación ilícita, que se convirtió en el objeto de mi trabajo de tesis doctoral, llevada adelante bajo la dirección del Prof. Maier, y que fue aprobada en 2005 y publicada posteriormente como libro. Por razones profesionales algo fortuitas, mi marido había compilado buena parte de la doctrina alemana sobre este tema, y ese material me resultó de inestimable ayuda para conocer los puntos más críticos de esta clase de tipos penales, muchos de los cuales habían pasado completamente inadvertidos en la doctrina argentina sobre este tema. La obra consistió en el análisis crítico de los elementos del tipo de asociación ilícita en el Código Penal argentino, con el objetivo fundamental de establecer pautas de interpretación a fin de que el delito no afecte los principios básicos del derecho penal de hecho. Fundamentalmente, se sostiene –en contra de la doctrina dominante en Argentina– el carácter determinado del aporte que debe hacer aquel que es considerado “miembro” de la asociación para poder ser calificado de tal. El punto más polémico y novedoso, para la forma en que estaba planteada la discusión en Argentina, posiblemente haya sido la solución que se propone para la cuestión relativa a cómo han de concurrir el delito de ser miembro de la asociación ilícita y los delitos concretos cometidos por los miembros como aporte a la asociación. Hasta ese momento, en la doctrina argentina se había sostenido sin discusión la solución del concurso real, y la cuestión del llamado efecto enlace [“Klammerwirkung”] era muy poco conocida. La propuesta de la tesis para solucionar estos casos seguía la concepción de Jakobs sobre este punto. Esta idea, si bien no encontró demasiada

aceptación, sí significó aumentar la conciencia con relación a los complejos aspectos teóricos implicados, tanto desde la perspectiva del derecho penal material como en cuanto a las consecuencias procesales de las diferentes soluciones, en particular, con relación al efecto clausura de la cosa juzgada.

VI

Haber podido concluir exitosamente mi tesis doctoral fue, sin duda, la concreción de un importante paso en mi vida académica. Entre otras satisfacciones, haber podido alcanzar ese objetivo abría la posibilidad de acceder a las becas de la Alexander von Humboldt Stiftung, y de ese modo, repetir, de alguna manera, la excelente experiencia de Bonn. Sin embargo, en ese momento las circunstancias eran bien diferentes a las que se habían presentado en el viaje anterior. En primer lugar, yo ya había superado la edad límite de 40 años para las becas Humboldt y eso parecía ser un impedimento insalvable. Por lo demás, ya no se trataba solamente de mi marido y de mí; una beca en Alemania significaba trasladar a una familia completa, con tres niños en edad escolar. Pero al tomar conocimiento de la existencia del programa de becas Georg Foerster de la Humboldt Stiftung, cuyo límite de edad era más amplio, el proyecto volvió a ser considerado. Yo tenía enormes dudas; las dificultades prácticas que significaba el traslado de toda la familia me parecían casi imposibles de administrar. Por lo demás, en esta ocasión yo sería la becaria, de manera que el proyecto no sólo significaba que mi marido debería abandonar todas sus ocupaciones en Buenos Aires, sino que, además, tendría que tomar a su cargo las tareas de organización de la vida escolar de los niños si es que nos instalábamos en Alemania. A pesar de la gran cantidad de restricciones que el proyecto le podría significar, con una generosidad y un optimismo increíbles, fue justamente mi marido quien insistió en llevarlo adelante e hizo caer todas mis objeciones en cuanto a la factibilidad de la empresa. Una estancia de investigación en Alemania, por lo demás, representaba para mí la posibilidad de profundizar un tema estrechamente vinculado al sistema de sanciones y que en ese momento resultaba de gran interés en la discusión jurídica argentina (¡y alemana!): la reclusión por tiempo indeterminado [“Sicherungsverwahrung”].

Entre los juristas penales argentinos, como así también, en general, entre los latinoamericanos, la idea de sostener privaciones de la libertad apoyadas en la “peligrosidad” es vista con extremo recelo. Las diferentes experiencias históricas con gobiernos dictatoriales para los cuales el ser calificado de “peligroso” podía significar el secuestro o la muerte se encuentran en el trasfondo de la concepción que intenta llevar al extremo un derecho penal de hecho y rechazar cualquier manifestación de derecho penal de autor. En ese contexto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en una decisión dictada en 2005 en el caso “Fermín Ramírez c. Guatemala” (20.06.2005) se pronunció en términos extremadamente severos en contra de toda consideración agravatoria de la sanción penal que estuviera apoyada en la peligrosidad del autor. Esta decisión reavivó la discusión en Argentina con relación a la regulación de la reclusión por tiempo indeterminado en el Código Penal argentino, que fue finalmente declarada contraria a la Constitución por la Corte Suprema de Justicia, por entender que, en contra de su *nomen iuris*, no se trataba ya de una medida de seguridad sino de una pena violatoria del principio de culpabilidad (sentencia del 5.9.2006). Sin embargo, desde mi punto de vista, la argumentación tanto en dichas decisiones como en la discusión planteada sobre este tema, se sostenía en un rechazo de las decisiones prospectivas demasiado tajante que no puede mantenerse ni en la teoría ni en la práctica. En efecto, en el sistema de derechos humanos interamericano, las penas privativas de la libertad han de estar orientadas a la reinserción social del condenado, y esto no es posible de llevar a cabo sin hacer consideraciones vinculadas con la posibilidad de que el condenado recaiga en delito. La inseparabilidad de las nociones de peligrosidad y resocialización, que en Alemania no necesita mayor aclaración, en Argentina puede llegar a provocar fuertes discusiones. En ese marco, mi plan de investigación se orientó a profundizar sobre estas cuestiones. Siguiendo una recomendación del Prof. Jakobs, decidí ir a trabajar sobre este tema, una vez más, a Freiburg; pero en esta ocasión en la universidad y bajo la dirección del Prof. Frisch, quien había escrito la monografía más importante sobre la problemática de las decisiones de pronóstico en derecho penal.

Así fue como en el mes de julio de 2006 toda la familia llegó a Freiburg. Nos instalamos nuevamente en la *Studentensiedlung* y fuimos amablemente recibidos por el Prof. Frisch y sus colaboradores. Poco a poco, los niños comenzaron a adaptarse a las diferencias de su nueva vida en el extranjero,

y con ciertos altibajos, la familia parecía entrar en un cierto equilibrio. Pero apenas a un mes de habernos instalado, un duro golpe nos sacudió. Mi marido sufrió un infarto al corazón y debió ser atendido de urgencia en el St. Josefkrankenhaus. En esas circunstancias ya no parecía posible seguir adelante con el proyecto, y lo más razonable sería comenzar a organizar el regreso a Buenos Aires. Sin embargo, una vuelta inmediata tampoco era posible, en razón de que mi marido –quien había sido extraordinariamente bien atendido por médicos y enfermeras– aún debía permanecer en una clínica de rehabilitación en Bad Krozingen, a pocos kilómetros de Freiburg, para terminar de recuperarse. No quedaba otra alternativa, por lo tanto, que tratar de organizar la vida en Freiburg por algún tiempo más. Los dos más pequeños comenzaron a asistir a la Anne-Frank Schule, en donde, por la tarde, contábamos con la inestimable ayuda de las “actividades extraescolares” que se realizaban en la escuela. Por su parte, nuestra hija mayor asistía al Goethe-Gymnasium en el centro de Freiburg. La tranquilidad de Freiburg, tan diferente de la vida vertiginosa de Buenos Aires, permitía que los niños fueran y vinieran solos con sus bicicletas. De ese modo, paulatinamente, la vida fue retomando un ritmo más o menos normal, y pude dedicarme a mi investigación. Poco después, la salud de mi marido mejoró, y él mismo, gracias a una nueva invitación de la Humboldt-Stiftung, también comenzó a trabajar en la universidad junto al profesor Frisch y pudo concretar su propio proyecto de investigación sobre la relevancia de los cursos causales hipotéticos para la teoría de la imputación. Fue, sin duda, una experiencia llena de momentos difíciles, pero extremadamente enriquecedora para todos. Aun hoy, cuando alguien les pregunta a mis hijos qué era lo que más les gustaba de Alemania, ellos siguen respondiendo: “la libertad con que podíamos movernos”.

VII

Finalizada la estadía en Freiburg, a comienzos de noviembre de 2007 regresamos a Buenos Aires, y me reincorporé a mi trabajo en la Corte y la universidad. Volver a la Argentina después de vivir en Alemania es siempre difícil; intentar reacomodarse a una realidad en la que los acontecimientos políticos y sociales suelen venir acompañados de altas dosis de conflicto y en la que las normas suelen ser modificadas sustancialmente sin previo

aviso no es nada sencillo, pero en esta ocasión, al menos, contábamos con alguna estabilidad laboral.

Al año siguiente de nuestro regreso se publicaron los resultados de mi trabajo de investigación sobre las medidas de seguridad y los pronósticos de peligrosidad en derecho penal. Entre otros aspectos, en ella se intentaba crear alguna conciencia de la imposibilidad de sostener sistemas de ejecución penitenciaria progresivos, y al mismo tiempo, rechazar que las decisiones en esa materia tomaran en cuenta, en ciertas condiciones, los riesgos de reincidencia. Asimismo, también se marcaban las contradicciones y los límites de un sistema pretendidamente respetuoso del derecho penal de acto, pero en el que las penas privativas de la libertad no sólo constituyen la regla general, sino que son lo suficientemente altas como para que las posibilidades de libertad condicional entren en consideración sólo luego de muchos años en prisión. El tabú que veda la valoración de la peligrosidad del condenado no es difícil de sostener en la Argentina: las penas “adecuadas a la culpabilidad” son tan altas que, de todos modos, la posibilidad de reincidencia se vuelve irrelevante en los casos en los que esto puede ser significativo.

Luego de haberme dedicado casi con exclusividad a los problemas propios del sistema de sanciones, en un intento por mejorar en alguna medida la enseñanza del derecho procesal penal en la universidad, comencé a elaborar un libro de casos sobre esa materia destinada a complementar, en alguna medida, la obra de mi esposo, ya tradicional en la enseñanza de la teoría del delito en la Facultad de Derecho. La compilación de casos de ejercitación para estudiantes apareció a comienzos de 2011. Por lo demás, junto a la actividad universitaria, en el año 2009 me inicié en las tareas editoriales. Desde septiembre de 2009 dirijo una colección publicada por la Editorial Hammurabi del Buenos Aires en la que se recopilan trabajos científicos sobre las decisiones de la Cámara de Nacional de Casación Penal. Al mismo tiempo, dirijo (conjuntamente con otro colega) la *Revista de Derecho penal y Procesal penal* que publica la editorial Abeledo Perrot. Se trata de una tarea muy interesante desde el punto de vista de la posibilidad de difundir discusiones jurídicas e ideas innovadoras, pero que con mucha frecuencia se ve enturbiada y dificultada por la inestabilidad económica y social del país.

Casi a modo de entretenimiento, durante el año 2011, realicé un breve trabajo sobre la persecución penal de la brujería. Sin duda, las reflexiones

sobre aspectos históricos del derecho penal y procesal penal, siempre resultan interesantes. Sin embargo, los inevitables paralelos con el presente suelen dejar un sabor amargo. Pasan los siglos, y bajo nuevas formas, los mismos fenómenos oscuros suelen volver a repetirse. En materia de derecho penal las sociedades parecen empecinarse en cometer una y otra vez los mismos errores y en echar por la borda, en un segundo, avances jurídicos obtenidos con enorme esfuerzo. El científico del derecho penal, desde esa perspectiva, se transforma en una especie de Sísifo, cuya principal tarea es volver a levantar ese patrimonio jurídico tras cada una de esas caídas. Y para la realización de esa función, la ampliación de la cultura jurídica que deriva de conocer realidades jurídicas diferentes es, sin lugar a dudas, una herramienta central.

ÍNDICE DE OBRAS (SELECCIÓN)

1. Libros

- *Lineamientos de la determinación de la pena*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1996.
- *El delito de asociación ilícita*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2005.
- *Medidas de seguridad*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2008.

2. Comentarios

- *Comentario a los artículos 40 y 41 del Código Penal*, en Baigún / Zaffaroni (directores), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. II, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pp. 53 y ss.

3. Libros de casos

- *Casos de derecho procesal penal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

4. Artículos en revistas y libros colectivos

- “Consideraciones acerca de la problemática de la individualización de la pena”, en: Julio B. J. Maier (comp.), *Determinación judicial de la pena*, Buenos Aires, 1993, ps. 89 y ss. Publicado también en la revista *Derecho Penal y Criminología* de la Universidad Externado de Colombia, N° 51 (1993), ps. 47 y ss.
- “La discusión en torno al concepto de culpabilidad”, en revista *Derecho Penal y Criminología* de la Universidad Externado de Colombia, N° 53 (1995), ps. 111 y ss., publicado también en la *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 3 (1994), ps. 259 y ss.
- “El concurso entre la tenencia de arma de guerra y el robo con arma”, publicado de modo independiente en la colección de *Cuadernos de Conferencias y Artículos*, N° 5, Universidad Externado de Colombia, 1996; y en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, año II (1994), N° 4, pp.713 y ss.
- “El sistema argentino de medición de la pena (art. 41 del Código Penal argentino)”, publicado de modo independiente en la colección de *Cuadernos de Conferencias y Artículos*, N° 7, Universidad Externado de Colombia, 1996.
- “El deber de fundamentación de las decisiones judiciales y la determinación de la pena”, en revista *Contribuciones* (editada por la Konrad Adenauer Stiftung / programa CIEDLA), año XIII (1996), N° 3, pp. 133 y ss., y en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, año III (1997), N° 5, pp. 831 y ss.
- “Acerca de la invalidez del pronóstico de pena como fundamento del encarcelamiento preventivo”, en *La Ley*, t. 2000 - C, ps. 611 y ss.
- “Lineamientos básicos del delito de asociación ilícita”, en *La Ley*, T. 2002-A, pp. 1210 y ss.
- “Acerca de los delitos cometidos por los miembros de una asociación ilícita como reflejo del ‘cuerpo del delito’”, en *Lexis Nexis* (Jurisprudencia Argentina), T. 2003-IV, ps. 298 y ss.
- “El principio de legalidad y la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad”, en Baigún, David (comp.), *Homenaje al Prof. Julio B.J. Maier*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, ps. 745 y ss.

- “El derecho al recurso y los límites del ‘juicio de reenvío’”, en Bertolino, Pedro y Bruzzone, Gustavo (comp.), *Homenaje al Prof. Francisco D’Albora*, Lexis Nexis, 2005, ps. 501 y ss.
- “Sistema de sanciones: reclusión por tiempo indeterminado para el reincidente. ‘De una vez y para siempre’”, contribución al libro de Marcelo Sancinetti, *Casos de derecho penal*, 3ª. ed., Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 315 y ss.
- “La idea de ‘peligrosidad’ como factor de la prevención especial. A propósito del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso ‘Fermín Ramírez’”, en Suplemento La Ley de Derecho Constitucional, 19/12/2006, pp. 45 y ss.
- *Der hohe Preis der Sicherheit*, en *Humboldt Kosmos* (revista de la Alexander von Humboldt Stiftung) (en inglés y en alemán), n° 90/ 2007.
- “El delito de asociación ilícita frente al ‘derecho penal en expansión’”, en Cancio Meliá/Pozuelo Pérez, *Política criminal en vanguardia*, Civitas, Madrid, 2008, pp. 495 y ss.
- “Problemas de legitimación de la aplicación de medidas privativas de libertad a partir de los límites de los pronósticos de peligrosidad”, en Julio B. J. Maier y Gabriela E. Córdoba (comp.), *¿Tiene un futuro el derecho penal?*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2009.
- “El sentido de la libertad condicional y la ‘observancia de los reglamentos carcelarios’”, en *Jurisprudencia de Casación Penal*, n° 1, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2009, pp. 157 y ss.
- “Concurso real y *ne bis in ídem*”, en Córdoba, Gabriela (comp.): *Reflexiones sobre el procedimiento penal, Homenaje al Prof. Dr. h.c. Julio B. J. Maier en celebración de su 70° cumpleaños*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2010, ps. 37 y ss.
- “Concepto de pena, irretroactividad de la ley penal y medidas de seguridad: el caso ‘M. v. Alemania’ del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Abeledo Perrot, agosto 2011, ps. 1340 y ss.
- “La cuestión del concurso entre delitos permanentes e instantáneos. Un análisis a partir de la relación del tipo de asociación ilícita con los delitos objeto de la asociación”, en Maier, Julio; Sancinetti, Marcelo A. y Schöne, Wolfgang (comp.): *Dogmática penal entre naturalismo y*

normativismo. Libro en homenaje a Eberhard Struensee, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2011, ps. 743 y ss.

- “La persecución judicial de la brujería y otros ‘crímenes excepcionales’”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, n° 12, diciembre de 2011, ps. 2041 y ss.