

DOS MINUTOS DE DOCTRINA

7 de noviembre de 2017

PARA PENSAR: “PELIGROSAS ‘FICCIONES’ JURÍDICAS”

Esta vez, el texto no es nuestro. El diario “La Nación” de Buenos Aires nos permitió reproducir aquí este artículo de Diana Cohen Agrest, doctora en filosofía por la Universidad de Buenos Aires y presidenta de la Usina de Justicia. Va sin agregados o comentarios. Sobrarían.

Durante los días en que las marchas se venían sucediendo reclamando la aparición con vida de Santiago Maldonado, no sólo desaparecían a diario jóvenes tan pobres como anónimos (pero no se alzaba ninguna voz contra esas injusticias repitiendo un partidismo victimal para el que hay víctimas mortales más víctimas que otras).

En esos días, también, se otorgaron salidas transitorias a los asesinos de Natalia Mellman, una jovencita de 15 años que sufrió lo indecible hasta morir. Pese a que la causa fue caratulada como “privación ilegítima de la libertad agravada, abuso sexual agravado y homicidio triplemente calificado por ensañamiento, alevosía y en concurso de dos o más personas”, los jueces alegaron que los asesinos “*deben estrechar sus vínculos familiares*”.

En estas dos historias se anudan tres ficciones jurídicas: el 2x1¹, el concurso de

¹ Así se llama en la Argentina a una norma sancionada en 1994, reglamentaria de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que permitía computar doble el tiempo que una persona permanecía detenida sin condena. Fue derogada en 2001.. Por efecto del principio de la ley penal más

delitos y la ley penal más benigna, y en ellas confluye una ideología sesgada por una matriz jurídica que incurre en incongruencias que violan los principios de racionalidad.

En mayo último, ante el caso “Muiña”, todos los bloques de la Cámara de Diputados se rasgaron las vestiduras por la aplicación de un beneficio que liberó durante años a asesinos y a violadores sin despertar crítica alguna. Al unísono y sin dilación aprobaron un proyecto que acotaba el efecto de una resolución de la Corte que beneficiaba con el 2x1 a los represores, declarando que “no es aplicable a delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra”.

Los interrogantes son inevitables. Si los delitos mencionados suponen una valoración numérica, ¿por qué el concurso de delitos la descarta? ¿Acaso los homicidios perpetrados por reincidentes no son cometidos por omisión por el Estado? ¿Acaso la vida de quien fue asesinado por un [teléfono] celular es menos valiosa que la de quien es

benigna, continúa aplicándose en ciertos casos (Nota del editor).

asesinado en una redada policial? Ojalá nuestros hijos hubiesen muerto por un ideal, como dijo una vez la Abuela de Plaza de Mayo y no por un mísero celular.

En segundo lugar, el concurso de delitos prohíbe la acumulación numérica de las penas, limitando la condena al máximo de la pena de que se trate. Increíblemente, en el derecho no rige la matemática y es la única área del universo conocido donde diez más diez no es igual a veinte.

Por último, en lo que concierne a la ley penal más benigna, el artículo 2 del Código Penal estipula: “Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida en esa ley”.

La violación de la irretroactividad de la ley se justifica con el argumento de que si se castigó en un momento en que una conducta constituía un delito y las costumbres cambiaron, y ya no se la tipifica como tal, entonces la ley más benigna actualiza la situación del reo de acuerdo con los nuevos cánones morales de la sociedad. En otras palabras, así como no se puede condenar por una ley que no estaba vigente al momento de la comisión del delito, no se puede sancionar una conducta si la sociedad ya no considera una falta dicha conducta.

De ser así, la aplicación de la ley más benigna en las causas de homicidio es una incongruencia, dado que es un delito que continúa siendo grave, censurado por las costumbres y perseguido penalmente. Y no

se advierte que con la aplicación de la ley más benigna se incurre en un error categorial, sustituyendo un término perteneciente a una categoría (el tipo de delito) por otro término que no pertenece a dicha categoría (la pena).

De allí que, en lugar de la ley más benigna, la ley derogada debería continuar produciendo efectos en los casos de homicidio, donde una conducta lesiva sobrevive como tal y su efecto es irreversible.

Pero además se alega que si el reo no se beneficia con la ley más benigna, se lo estaría tratando peor que a todos los que siguen conductas similares a las que él siguió. Ese razonamiento sufre de obsolescencia: la centralidad de la víctima en el derecho actual le concede un lugar a partir del cual el reo no debe ser comparado con otro reo sino con la víctima, y, por representación, con las víctimas que la sobreviven.

Estas ficciones no se revisan a la luz de la lógica porque se las adopta por costumbre,. Pero si no son justas, la Comisión de Reforma del Código Penal en curso puede ahora rectificarlas.

El movimiento de la Tierra era negado hasta que Galileo lo demostró. Y ni siquiera era una ficción jurídica. Frente a quien intente defenderlas, emularé al gran italiano: “*Eppur si muove*”.

* * *

**Este artículo es un servicio de Negri & Pueyrredon Abogados a sus clientes y amigos.
No tiene por objeto prestar asesoramiento legal sobre tema alguno.**