

EL PROCESO DE RECONSTRUCCIÓN DEL DERECHO POSITIVO VIGENTE Y SU

IMPORTANCIA EN MATERIA PENAL.

Leandro Luis Mai¹

Sumario: I. Introducción II. Los principios y su valor simplificador e iluminador. III. La búsqueda del derecho positivo vigente en materia penal a posteriori de la reforma constitucional del 94. IV. El tránsito de lo caótico a lo equilibrado.

I.- Introducción:

Debemos asumir que "conocer" el derecho positivo vigente ha devenido en estos últimos tiempos una tarea para nada sencilla -en realidad una empresa inabarcable- tanto para el ciudadano común como para el profesional del derecho.

En efecto, todos podemos reconocer fácilmente el fenómeno² de la gran proliferación de normas jurídicas, muchas de ellas innecesarias, contradictorias o reiterativas.

¹ Abogado, docente de la cátedra de Derecho Procesal Penal de la UCSF, Subsecretario de Persecución Penal de la Fiscalía Regional de la Cuarta Circunscripción Judicial, Ministerio Público de la Acusación de la Provincia de Santa Fe.

² Svetaz nos enseña que el fenómeno de la contaminación legislativa es la ruptura del equilibrio del sistema de las leyes debido al crecimiento descontrolado de las normas legislativas y a la dificultad de eliminar las normas derogadas. Así se utilizan varias normas para regular un mismo fenómeno y en múltiples ocasiones hacerlo en forma diferente, lo que se traduce en la dificultad de determinar el derecho aplicable puesto que concurre la imposibilidad de establecer la normativa vigente por la existencia de derogaciones implícitas. En cambio la expresión inflación legislativa, pone el acento en la innecesaria sobreabundancia de normas que es otra manifestación del mismo fenómeno. Los sujetos de derecho perciben a cada norma como menos vinculante. Y esa sensación social es directamente proporcional a la cantidad de normas. A semejanza del valor de la moneda, cuantas más unidades hay en circulación, menos vale cada pieza. En la Argentina el crecimiento de la

Así, nos encontramos al momento de ir en búsqueda del derecho aplicable al conflicto a resolver, con normativa internacional, nacional, jurisprudencia vinculante, decretos y resoluciones dictadas por las distintas agencias estatales que parecen no hablarse entre sí, o desconocerse unas a otras.

Este fenómeno ha ido acompañado en la Argentina también por otro a nuestro entender aún más grave, que es el profundo divorcio existente entre la Constitución Nacional y la legislación de fondo.

Así, por ejemplo en el derecho privado, no fue sino hasta la sanción del nuevo código civil y comercial mediante la Ley N° 26.944 *-con vigencia a partir del 1° de agosto de 2015-*, que se incorporó en la legislación interna el caudal interpretativo de los tratados de derechos humanos, resultando a todas luces evidente que es muy naciente la búsqueda y la procura de la constitucionalización del derecho privado.

Ahora bien, circunscribiéndonos al derecho público, y más puntualmente en la materia penal, el sistema también intenta "constitucionalizarse" luego de un divorcio por demás de prolongado.

Quien pose su mirada en la Constitución Nacional, encontrará diversas disposiciones que aparecen desatendidas, pudiendo traerse

legislación se ha vuelto desmedido y se está perdiendo la noción de cuál es el derecho vigente (véase SVETAZ, Maria Alejandra y otros. Técnica Legislativa. Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1998).

a colación en esta oportunidad -entre otras- al principio de personalidad de la pena, el derecho penal de acto, el establecimiento del juicio por jurados, las cuales se encuentran actualmente en mayor o menor medida desconocidas por la legislación infraconstitucional.

Entonces, aparece el interrogante de cómo marchar en la búsqueda de la constitucionalización de la materia penal, reconociendo estos dos fenómenos -el de la gran proliferación de normas y su no correspondencia con la manda constitucional- las cuales aparecerían como una gran madeja que solo aquellos con mucha templanza y con una sólida base científica estuvieran en condiciones de resolver.

Aquí cobra profunda significancia la definición brindada por Luis Jiménez de Asúa, quien con un envidiable poder de síntesis señalaba que "...Dogmática es la reconstrucción del derecho positivo vigente sobre bases científicas..."³. Esta explicación tan simple y contundente nos instruye el camino a seguir, es decir, conocer primero que indica el derecho positivo vigente para luego de conocido el mismo, elaborar en base lo que dictamina el derecho positivo una teoría del delito.

³ Véase la referencia efectuada por Marco Antonio Terragni en YouTube al momento de recordar las enseñanzas impartidas por Luis Jiménez de Asúa en <https://www.youtube.com/watch?v=fxTPv8gebz0>, particularmente al min: 15:37.

II.- Los principios y su valor simplificador e iluminador.

Decíamos al momento de la introducción que conocer el derecho positivo vigente es una tarea harto dificultosa, lo cual no debería ocurrir en ninguna materia del derecho, pero sobre todas las cosas no habría de serlo en materia penal⁴.

Este fenómeno de la hipertrofia legislativa en materia penal dista de generar algún efecto positivo, y muy por el contrario aparece realmente desaconsejable en términos de plasmar y hacer realizable un programa efectivo de política criminal.

Primeramente, porque al dictarse tal volumen de normas se genera en nuestras sociedades de conocimiento o de información el "hartazgo de la información".

La accesibilidad, la facilidad de transmisión y manejo de conocimiento de todo tipo ha provocado un "nivel de saturación", que solo puede ser solucionado mediante la *gestión racional de la información*⁵.

⁴ "...Se dice que en 1945 los aliados derogaron de un plumazo 40.000 disposiciones penales que la histeria de los nazis había acumulado en los años del horror...en nuestro propio país y en nuestros días, en que las leyes penales nacionales, las leyes comunes nacionales con disposiciones penales, las leyes provinciales con contenido penal, las reglas del mismo tipo provenientes de otros ámbitos del poder punitivo menor deben sumar un número semejante a aquel de la Alemania de su periodo negro..."TERRAGNI, Marco Antonio "Tratado de Derecho Penal", T.I. pág. 9, La Ley.

⁵ DAVENPORT, Thomas H.: Working Knowledge. How Organizations Manage What They Know. Harvard Business School Press, Boston, 1998

Así las cosas, este "hartazgo" frente a la información excesiva, genera que el individuo interponga reales barreras y selecciona determinadas variables que puede manejar, ya que lo otro le resulta inalcanzable o inabarcable porque ha superado su límite de saturación.

Ahora bien, este "exceso" -paradójicamente- solo puede ser solucionado con el uso del conocimiento de mejor calidad, con la capacidad de ordenar o "iluminar" el resto de la información colectada.

En realidad, como toda ciencia, en el derecho es fundamental la sistematización del conocimiento, lo cual en nuestra disciplina se realiza mediante el establecimiento de principios generales y la gradación jerárquica de normas a los efectos de brindarle al ordenamiento y a la norma en particular coherencia interna y externa.

Solo así, frente a la vasta inmensidad de la legislación penal existente y vigente, uno puede hacer pie y reconocer aquellos principios y valores que cimientan el sistema.

Es la única forma actual de "iluminar" el sistema y brindarle claridad, puesto que la hipertrofia legislativa parece aún no encontrar su techo.

Aparece entonces fundamental retornar a los "principios y valores" que están insertos en nuestra constitucional nacional y en los tratados internacionales incorporados a ella cfr. art. 75 inc. 22.

Estos valores se encuentran luego en todo el ordenamiento jurídico, y así por ejemplo a la "libertad" nuestra Constitución Nacional la impone como "...valor y como un principio general..."⁶.

La importancia de estos principios y valores consagrados constitucionalmente redunda no solo en un ordenamiento jerarquizado y "coherente" en donde se pretende subsumir toda la dinámica del régimen político en las previsiones normativas, sino que también tienen una potencialidad enorme en la regulación de las conductas de los individuos.

Con respecto a lo primero, al momento de la introducción habíamos sostenido que uno de los primeros desafíos que encontramos frente a la hipertrofia legislativa era conocer el derecho positivo vigente, y de allí la importancia de la gradación jerárquica para su "reconstrucción".

Así, dentro de este universo jurídico encontramos un conjunto de normas ordenadas jerárquicamente en cuya cúspide encontramos a la Constitución Nacional.

Este principio rector y ordenador de la sistemática que subyace en el diseño constitucional, se vincula con la idea de un poder constituyente que establece que todo acto o norma que se oponga a la misma debe ser privado de validez, para lo cual se ejerce un

⁶ BIDART CAMPOS, German J. "Manual de la Constitución Reformada" T I, pág. 521 EDIAR.

"control de constitucionalidad"⁷ que es llevado por parte del Poder Judicial.

Aparece entonces con una inmejorable redacción el artículo 31 de la CN, el cual reza que "...*Está Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicente por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son ley suprema de la Nación...*".

Esta y no otra es la gradación normativa que nuestro derecho positivo formula, sin perjuicio de destacar la existencia de tratados con jerarquía constitucional incorporados a ella cfr. el art. 75 inc. 22 de la CN⁸.

A su vez, estos principios y valores constituyen una herramienta por demás de provechosa a la hora de establecer guías de conducta,

⁷ Nuestro sistema de control de constitucionalidad deja en manos de cualquier juez que integre el Poder Judicial ese control, a diferencia de los sistemas "concentrados" que dejan en manos de un "Tribunal Constitucional" el contralor y cuya característica es que no integra el Poder Judicial. Para mayor detalle véase HIGTON, Elena I "Sistema de Control concentrado y difuso de constitucionalidad" UNAM, pág. 172

⁸ Art. 75 inc 22 CN. "...Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

orientaciones de la vida social cuyo cumplimiento puede devenir de forma voluntaria.

En ese sentido los convencionales constituyentes, plasmaron en el texto constitucional los principios y valores de una forma de organización política que representaba la voluntad popular, y de allí su fortaleza interpretativa e integradora.

Es "...evidente que los resultados colectivos que se derivan del cumplimiento voluntario son superiores a los que resultan de la aplicación de la fuerza, en virtud de los enormes costos que demanda un sistema de sanciones..."⁹.

Así, se sostiene que la construcción de ideales colectivos tiene una importancia radical en la orientación de conductas colectivas¹⁰, atento a que los valores son los que producen emociones¹¹ que ordenan la vida social.

Con su particular mirada sobre el hombre, Herman Hesse¹² decía que los individuos a la hora de pensar en lo colectivo, recurrían a

⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis "La vigencia de un nuevo Código", La Ley, Tomo 2015 - D, pág. 4

¹⁰ NUSSBAUM, Martha "Political emotions. Why love matters for justice", Belnak, Press. 2013.

¹¹ A partir de una reacción emocional podemos aprender mucho de lo que a una persona le interesa en la relación con su medio o en la vida en general, cómo interpreta el mundo o a sí misma, y cómo se enfrenta a los prejuicios, peligros y retos. Ningún otro concepto en psicología revela con tanta riqueza el modo en que un individuo se relaciona con la vida y las especificidades de su medio físico y social. Lazarus, Emotion and adaptation, p. 6 y 7. Citado por Nussbaum, Paisajes del pensamiento: la inteligencia de las emociones, p. 134.

¹² "...El espíritu de la corporación, desde las asociaciones estudiantiles y los coros hasta las naciones, no es más que un producto de la necesidad. Es una solidaridad por miedo, temor y falta de imaginación... Los hombres se unen porque tienen miedo los unos de los otros; los señores se asocian, los trabajadores se asocian, los sabios se asocian ¿Y por que tienen miedo?. Solo se tienen miedo cuando se está en disensión consigo mismo. Tienen miedo porque nunca se han reconocido a si mismos. ¡Una sociedad de hombres que tienen miedo de lo desconocido que anida en ellos!..." Hesse, Hermann, "Demian", pág. 143 Editorial Alianza, Buenos Aires 2007.

una emoción bien concreta, la cual básicamente consistía en el miedo.

En lo que respecta a los objetivos que una persona posee, éstos pueden venir dados por la biología, en el caso de las necesidades más básicas, pero también por un proceso de desarrollo personal en el que la sociedad posee un papel fundamental.

Por ello comenzábamos diciendo que los principios y valores plasmados en la constitución nacional poseen la particularidad de simplificar el mensaje, hacerlo "cognoscible" y a su vez la de "iluminar" aquellos aspectos centrales de la vida en sociedad que merecen ser subrayados por poseer la capacidad de provocar la reacción emocional de su cumplimiento voluntario y no forzoso.

III. La búsqueda del derecho positivo vigente en materia penal a posteriori de la reforma constitucional del 94.

Nuestra carta magna consagra¹³ que a la par de los derechos "explícitos" que obran en el texto constitucional, debe estarse al reconocimiento de otros "implícitos" que también merecen tutela, especialmente teniéndose en cuenta la marcada progresividad que poseen los derechos humanos tanto en el plano interno como internacional.

¹³ Artículo N° 33 CN.- Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno

Ahora bien, si bien previo a la reforma del 94 era un verdadero desafío el hallar los derechos implícitos en el derecho positivo vigente, esto ha sido solucionado con la reforma, la cual al otorgarle jerarquía constitucional a los tratados internacionales, ha ampliado de tal forma el catálogo de derechos humanos fundamentales que el verdadero desafío ya no radica en su reconocimiento sino en cómo lograr su cumplimiento por el estado argentino.

No puede desconocerse la *"...incidencia que progresivamente ha tenido el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la legislación interna, a tal punto que poco a poco y por su influencia se han ido modificando diversas instituciones locales - de forma y de fondo- para adaptarlas a este nuevo esquema sustancial (que nace de los tratados y del ius cogens) y adjetivo (con fuente en la Carta de la OEA, las Convenciones y en los Reglamentos)...¹⁴"*.

La materia penal *-sobra decirlo-* también ha sido influenciada por la existencia de esta marcada progresividad de los derechos humanos fundamentales, siendo necesario estudiar los casos bajo el *"bloque de convencionalidad"*.

Esta nueva herramienta puede definirse como aquella *"...que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la*

¹⁴ HITTERS, Juan carlos en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/usuario/mxcelo/r25295.pdf>.

Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y su jurisprudencia..."¹⁵.

Fue en Almonacid Arellano Vs. Chile la primera vez en donde se pronunció la denominación "control de convencionalidad", proveniente de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁶.

Así se dijo en Almonacid Arellano vs. Chile¹⁷ que "...el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana...".

Ahora bien, el sentido y alcance de aquella definición se ha ido ampliando por la jurisprudencia de la CIDH hasta nuestros días, pudiéndose decir que el control de convencionalidad en la actualidad posee las siguientes características, a saber;

a) Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH

¹⁵ Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7, "Control de Convencionalidad".

¹⁶ No obstante ello, con anterioridad el juez Sergio García Ramírez en sus votos en los casos Myrna Mack y Tibi¹⁶, había efectuado una aproximación a lo que a futuro iba a terminar definiéndose como "control de convencionalidad".

¹⁷ Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006

y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte;

b) Es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias;

c) Para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no sólo se debe tomar en consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte;

d) Es un control que debe ser realizado ex officio por toda autoridad pública;

e) Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública.

Los fallos de la CIDH que han brindado esta ampliación son los que se resumen a continuación:

1.- El Control de convencionalidad debe ser realizado ex officio y en el marco de competencias y regulaciones procesales correspondientes:

"...los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe

quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones..." **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006.**

2.- La obligación de realizar el control de convencionalidad corresponde a los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles.

"...Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana..." **Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.**

3.- El Control de convencionalidad es una obligación de toda autoridad pública.

"...Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana... la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo "susceptible de ser decidido" por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un "control de convencionalidad" [...], que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial..." **Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011.**

Así también se dijo en **Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014** que "...en el Caso de las Masacres de El Mozote y lugares aledaños que el Estado debe asegurar que la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz no vuelva a representar un

obstáculo para la investigación de los hechos materia del presente caso ni para la identificación, juzgamiento y eventual sanción de los responsables de los mismos y de otras graves violaciones de derechos humanos similares acontecidas durante el conflicto armado en El Salvador. Esta obligación vincula a todos los poderes y órganos estatales en su conjunto, los cuales se encuentran obligados a ejercer un control "de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana...".

4.- Parámetro de convencionalidad se extiende a otros tratados de derechos humanos.

"...este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que, cuando un Estado es parte de tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Belém do Pará, dichos tratados obligan a todos sus órganos, incluido el poder judicial, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad"..." **Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012.**

5.- La Convención Americana sobre derechos humanos no impone un determinado modelo de control de convencionalidad.

"...sobre la vulneración del derecho a la protección judicial con motivo de la ausencia de un Tribunal Constitucional, si bien la Corte reconoce la importancia de éstos órganos como protectores de los mandatos constitucionales y los derechos fundamentales, la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad. En este sentido, la Corte recuerda que la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana le compete a todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles...". **Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014.**

6.- Parámetro de convencionalidad ampliado a las opiniones consultivas:

"...Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos. A su vez, a partir de la norma convencional interpretada a través

de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.1) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3, 7, 8 y 9), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, constituye una guía a ser utilizada para resolver las cuestiones sobre infancia en el contexto de la migración y así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos...". **Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14. Resolución de 19 de agosto de 2014.**

7.- Puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH.

"...En primer lugar porque, conforme a lo señalado en los párrafos anteriores, el artículo 2 impone una obligación legislativa de suprimir toda norma violatoria a la Convención y, en segundo lugar, porque el criterio de las cortes internas puede cambiar, decidiéndose aplicar nuevamente una disposición que para el ordenamiento interno permanece vigente..." **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.**

"...La Corte considera que los jueces en Argentina deben seguir ejerciendo un control de convencionalidad a fin de garantizar el derecho de recurrir del fallo conforme al artículo 8.2.h) de la Convención Americana y a la jurisprudencia de este Tribunal. No obstante, la Corte se remite a lo señalado sobre las obligaciones que se derivan de los artículos 2 y 8.2.h) de la Convención Americana [...] y considera que, dentro de un plazo razonable, el Estado debe adecuar su ordenamiento jurídico interno de conformidad con los parámetros establecidos en esta Sentencia...".

Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013.

En conclusión podríamos decir con total seguridad que el "control de convencionalidad" ha sido y continúa siendo una creación de reciente y constante evolución.

No es casual que existan antecedentes recientes que continúan ampliando su sentido y alcance, todo lo cual lo coloca como un concepto cuya evolución aparece no del todo concluida.

De esta forma, nos encontramos que tanto por la vía consultiva como por los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos -respectivamente¹⁸- el estado se encuentra hoy en día obligado a controlar en el ámbito interno el respeto de los derechos humanos

¹⁸ Corte IDH, Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-19/05 del 28 de noviembre de 2005, Serie A No. 19, párr. 13 b

fundamentales -especialmente en la materia penal- verificando la correspondencia de las normas y prácticas nacionales con el "bloque de convencionalidad".

IV.- El tránsito de lo caótico a lo equilibrado:

Como se advertirá al momento de la lectura del presente trabajo, el mismo no es más que un repaso de la necesidad de reconstruir el derecho positivo vigente mediante la metodología propuesta por nuestro sistema jurídico.

Ahora, frente a la superabundancia de normas penales, debemos procurar desarrollar un programa político criminal que "ilumine" aquellos principios y valores que están plasmados en nuestra constitución, a los efectos de simplificar el mensaje y hacerlo asequible.

Hoy parecería que el sistema penal responde a estímulos "mediáticos" y no empíricos, que solo dan una respuesta equivocada e ineficiente frente a la demanda social insatisfecha.

Frente al reclamo de mayor eficacia a la persecución penal, aparece como inmediata respuesta "prescindir" de las garantías del imputado, privándolo de su libertad preventivamente al solo efecto de calmar la "alarma social" sin que exista la acreditación de riesgo procesal alguno.

La "puerta giratoria" del sistema penal aparece demonizada por la falta de políticas estatales que sean contestes con reconocer y abordar el fenómeno desde la interdisciplinariedad. La persecución penal, como toda política de estado, debe articularse con las otras agencias estatales que tienen incidencia en la problemática y no aguardar que una sola -y quizás la menos idónea de ellas-

brinde todas las respuestas que le corresponden al conjunto de las agencias estatales.

Por otra parte, cabría preguntarse si alejándonos del diseño constitucional es que podremos solucionar la selectividad estructural del sistema penal o su ineficacia. Creemos que la respuesta es rotundamente negativa.

Entendemos que la presente situación caótica que atraviesa la legislación penal argentina desde hace ya tanto tiempo solo puede generar un nuevo sistema penal superador al actual.

Todo sistema sometido a situaciones extremas genera con el tiempo una nueva organización u configuración distinta a la conocida, para lo cual el factor tiempo juega un rol fundamental, puesto *"...que sin su rol constructivo no se podría pasar de un nivel de organización al siguiente..."*¹⁹.

Esta idea de "evolución" de Ilya Prigogine, sostiene que toda estructura a la cual se la someta a una situación extrema generará *"...un proceso irreversible que lleva al desorden. Pero simultáneamente se va generando un nuevo orden al crearse una distribución espacial diferente, y por tanto, una nueva estructura..."*²⁰.

Así, podemos citar como ejemplo que si bien nuestro diseño constitucional (art. 18 de la CN) establece que solo puede castigarse en base a un juicio de reproche que se le formula al autor porque habiendo podido obrar de una determinada manera, elige no hacerlo, encontramos que en el código penal argentino también se castiga a quien es *"temible para la sociedad"*²¹ habiéndose alejado o "desconfigurado" de la constitución.

¹⁹ Denise Najmanovich. Entrevista a Ilya Prigogine: ¿Nuevos Paradigmas? Zona Erógena. N° 10. 5

²⁰ Idem.

²¹ Véase Zaffaroni, Eugenio R, Slokar, Alejandro y Alagia, Alejandro; Manual de Penal Parte General, pág. 53, 7ma edición, año 2006

A futuro, la necesaria reforma penal deberá tener como horizonte la construcción de un texto que sea acorde al programa constitucional, y que ilumine "principios y valores" a los efectos de simplificar el mensaje a transferir.

Por último, trayendo a colación una frase de Molly Ivins²², anhelamos que quienes lleven adelante esa tarea lo hagan "arropados" en la Constitución Nacional y no agujoneados por la contingencia de la "inseguridad".

Leandro Luis Mai

DNI N° 28.764.041

²² "...I prefer someone who burns the flag and then wraps themselves up in the Constitution over someone who burns the Constitution and then wraps themselves up in the flag..." Ivins, Molly, comentarista y columnista política (véase en <http://www.azquotes.com/quote/359795>).