

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año V, número 8, pp. 2-34

Autobiografía

AUTOBIOGRAFÍA *

Prof. Dr. Dr. *h.c.* (mult.) Marcelo Alberto SANCINETTI

I.

A) Nací en Buenos Aires, el 27 de noviembre de 1950, como tercer hijo de un matrimonio de origen humilde, de madre: *María Luisa Liñayo* (1924), descendiente de padres españoles (provenientes de Galicia) que habían llegado a Buenos Aires en 1924, y de padre: *Marcelo Aurelio Sancinetti* (1914), descendiente de madre vasco-española y padre italiano (oriundo de Castrovillari, provincia de Cosenza, Calabria), arribados a Buenos Aires a fines del siglo 19.

Mis dos hermanas mayores: *Nélida Nilda* (1944) y *Mirta Aida* (1947) asistían a una escuela primaria estatal, mientras yo jugaba aún, “perdido en mis pensamientos”, hamacándome casi todo el día en un caballito de madera, que, por ser mi juguete predilecto, incluso tenía nombre propio

* Publicada primeramente en versión alemana de SCHMITT y GAUß en Hilgendorf (comps.), *Die ausländische Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen – Die internationale Rezeption des deutschen Strafrechts*, Berlín/Boston, DeGruyter, 2019, pp. 407/438 [*La ciencia extranjera del Derecho penal en autobiografías – La recepción internacional del Derecho Penal alemán*], con introducción de HILGENDORF. La sobretapa de protección de la obra está ilustrada con las fotografías de Enrique Bacigalupo (España), Taira Fukuda (Japón) y Feridun Yenisey (Turquía). En el año 2012, el profesor, doctor en Filosofía y doctor en Derecho, Eric Hilgendorf (Universidad de Würzburg), concibió la idea de publicar un volumen con autobiografías de juristas penales extranjeros vinculados a la ciencia jurídico-penal alemana; así pretendió continuar una obra precedente, publicada en 2010, con autobiografías de juristas penales alemanes (HILGENDORF [comp.], *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen*, Berlín, 2010). El volumen que plasmó aquella idea contiene autobiografías de veinticuatro juristas provenientes, en conjunto, de “Argentina, China, Turquía, Méjico, Corea del Sud, España, Japón, Georgia, Suiza, Grecia, Croacia, Italia, Estonia y Serbia” (p. VII, *Introducción*; según orden alfabético en lengua alemana). De Argentina se cuenta también con la autobiografía de Patricia S. Ziffer. El texto inicial aquí publicado fue escrito, aproximadamente, entre 2013 y 2014, con algunas actualizaciones posteriores, pues llevar a cabo este proyecto insumió varios años y una ardua tarea de revisión del compilador. Unas pocas acotaciones posteriores fueron introducidas para esta publicación de la versión original en lengua castellana.

(“*El Tonny*”). A la edad de cuatro años mi madre me informó que debía comenzar a ir al jardín de infantes, a la misma escuela en la que mis hermanas hacían la escuela primaria. Creo que percibí enseguida que con ello se terminaría para siempre la “era de jugar” y que sobrevendría la de “hacer los deberes”. Quizá yo había abrigado la esperanza de que eso (sólo) “fuera cosa de mis hermanas”. Pero esta expectativa se derrumbó; y si bien tenía mis juguetes y disfrutaba del deporte, predominaba el sentimiento del deber. A esa escuela asistí hasta la 4.ª clase, pues a partir de allí los varones debíamos abandonarla para ir a otra que fuera “sólo de varones”; la nueva escuela también era estatal, pero *más humilde* que la anterior (hoy ya no existe). No fue un gran mérito egresar como mejor alumno del grado en esa escuela, dentro de un pequeño grupo; pero fue una satisfacción compartir ese galardón con uno de mis dos mejores amigos de la infancia (*Eduardo Besprosvan*, descendiente de inmigrantes judíos austríacos que habían logrado escapar del nazismo; *Jorge Astolfi* era el otro gran amigo fiel, con quien compartía la vida deportiva).

Ese cambio de escuela había ocurrido muy poco después de la prematura y traumática pérdida de mi padre, que falleció de infarto al corazón a la edad de 46 años (1960); mi madre vive aún, con 94 años de edad, muy bien llevados. Mi padre había sido suboficial del Ejército, hasta unos cinco años antes de su muerte; luego fue comerciante de pianos (era un pianista auto-didacta). Él tenía aptitudes naturales para explicar conceptos; recuerdo una clase de “triángulos” que me dio a mis nueve años, tomando como base de información un diccionario enciclopédico; aún hoy retengo algunos conceptos de aquella noche, que nunca me fueron explicados en mis estudios posteriores de *Geometría*. Unos años antes, mi padre había llevado a vivir a nuestra casa a un hermano suyo, algo menor que él (*Amadeo Ricardo*), padrino mío, también ex suboficial y poseedor de un pequeño comercio de pedicuría, quien de hecho ofició luego como una suerte de padrastro; también mi tío moriría de una afección cardíaca bastante joven, a los 58 años (1976), cuando mis dos hermanas ya se habían casado y tenido hijos; mis cuatro sobrinos: *Nadine, Ana Paula, Alex y Martín*. Ya antes de que falleciera mi padre, mi madre ejerció diversos oficios para asegurar nuestro sustento. Con el tiempo accedió al comercio que había sido de mi tío, al frente del cual ella operó durante unos veinte años. De niño, ella me enseñaba a exponer con claridad; ponía el acento en que uno leyera en público correctamente —levantando la vista al concluir cada párrafo, para lo cual había que retener *in mente* el texto final de la frase— y que incluso supiera declamar largas poesías con la entonación apropiada. Controlaba nuestros cuadernos de clase con sumo esmero y criticismo: las consonantes altas debían estar “todas a la misma altura”, aunque muchos

años después advertí que no todas las letras de imprenta le daban la misma estatura a todas las consonantes.

B) En un entorno familiar, entonces, en el que el “rendimiento escolar” era algo así como *el imperativo categórico*, yo asumí ese mandato de modo algo extremo. La otra máxima estricta era: *no mentir*, decir siempre *la verdad*.

En los últimos dos grados de la escuela primaria tuve un mismo maestro (*Rodolfo Melero*), que hizo todos los esfuerzos posibles ante mi madre para que yo estudiara *magisterio*, pues, de hecho, de niño se habían despertado en mí cualidades naturales para la docencia. No me era fácil aprender algo; pero, una vez aprendido, podía enseñarlo muy bien a otros. Era un orgullo que mi maestro de escuela quisiera que yo *también fuese maestro*; y de veras que yo quería serlo: nunca reconocí un oficio más noble que ése. Pero mi madre tenía decidido que yo hiciera mis estudios secundarios en el “Liceo Militar General San Martín”, donde de hecho estudié como *cadete* entre 1964 y 1968, ascendido a *dragoneante* y *dragoneante principal* en el último período, antes de graduarme como “Subteniente de reserva”. Era un instituto internado, en el que vivíamos desde el domingo a la noche hasta el viernes a la tarde, de modo que durante mi última etapa de la niñez y tierna adolescencia el contacto con mi familia fue escaso.

En el Liceo había posibilidades de auto-exigencia cuasi-infinitas, dado que ya la hetero-exigencia era *mayúscula*: desde la hora “del toque de *Diana*” (6 h)¹ hasta la del descanso nocturno (22 h), que con frecuencia era interrumpido para hacer dos horas de vigilancia en la cuadra durante la noche, función de guardián que recibía el nombre de “imaginaria” —además, yo era de aquellos, muchos, que se levantaban dos o tres horas por noche a estudiar los temas que no hubiéramos terminado de preparar durante las horas vespertinas—, había que cuidar tanto el aseo personal y la limpieza de la vestimenta, como el orden del armario y la prolijidad con la que había que dejar “hecha la cama” antes de abandonar *la cuadra* (compartida por unos ciento cincuenta compañeros, a la vez que por los cadetes de años superiores a los que, sobre todo en los primeros tres años, estábamos subordinados); también debíamos dejar ordenada la silla en cuyo interior se

¹ Recuerdo mi primera diana como un momento traumático. A la hora señalada, los cadetes de IV y V año (para quienes la diana era 5:30 h) tocaban silbatos y gritaban para que todos nos despertásemos y levantásemos en un *santiamén*. Esa impresión caló tan hondo en mí, que con el tiempo me despertaba de antemano, para no vivir ese momento de modo tan drástico. Posiblemente esta sea una de las razones por las cuales, desde la juventud, soy de estudiar o trabajar durante las noches y dormir (si puedo) *hasta pasado el mediodía*!

hallaban los elementos para lustrar el calzado, “marcar el paso” como un buen soldado al marchar hacia cualquier parte, rendir el máximo posible en las materias *de estudio* y, a mayores, también dar la talla en *aptitudes militares*. Esos fueron, quizá, los años más exigentes *de mi vida*, a partir de los cuales quedó el hábito, acaso inculcado ya por mi madre, de exigirse todo lo posible en los estudios y en cualquier otro ámbito de la vida (aunque uno, cada tanto, se desviara de sus ideales más elevados).

En un aspecto, la vida del Liceo fue mucho más *justa* que la que experimenté posteriormente; y es que *la retribución según el “mérito”* —y no según intereses *desviados*—, era un valor respetado casi *à outrance*, algo que no encontraría posteriormente, en el ámbito —paradójicamente— de los llamados “hombres de Derecho”.

C) Una vez egresado del Liceo, había que decidir entre optar por una vida definitivamente militar o seguir una carrera universitaria. Aunque de niño mis preferencias habían estado en la *Matemática* —porque en el pensamiento abstracto siempre me había sentido muy cómodo—, ya antes de ingresar al Liceo se había despertado en mí un sentimiento religioso que se agudizó en aquel “secundario militar”; y la *tensión* entre “el pensamiento matemático y filosófico”, por un lado, y “el mundo religioso”, por el otro, tuvo sus efectos. El capellán del Liceo (*Padre Atilio C. Fortini*, s. j.), nuestro director espiritual, era experto en adoctrinarnos en la *moral católica* más estricta y ortodoxa. Casi todo lo que a uno se le ocurría hacer “podía estar mal” a los ojos de Dios, ser *inmoral*, un *pecado*. Esto sí se conectaba con la *Filosofía*, pero no con la *Matemática*. Él más bien cercenaba el pensamiento *crítico*: “yo no discuto, enseño”, solía decirnos. Posiblemente la obsesión por *lo correcto* y *lo incorrecto*, *lo bueno* y *lo malo*, haya determinado mi ulterior interés *por el Derecho Penal*. Tampoco faltó por entonces la pregunta de si la “vida religiosa plena” (convertirme en *sacerdote*) no podría ser una opción. Pero esta pregunta se disipó bien pronto por la respuesta negativa.

Antes de decidirme a matricularme en Derecho, tuve la duda de si no sería “más fácil y rápido” llegar a tener una profesión, siguiendo la carrera militar (quizá no quería enfrentarme a la vida real de la sociedad civil). De modo que a fines de 1968, en una decisión repentina y sorpresiva para todos, rendí los exámenes para ingresar al Colegio Militar de la Nación, del que habría podido egresar como oficial de Ejército en sólo tres años más, es decir, a los veintiún años. Yo llevaba el “buen antecedente” de haber egresado del Liceo en el orden de mérito n.º 13 en una promoción de 148 camaradas.

El ingreso al Colegio Militar fue relativamente fácil, pero a partir del segundo día de estar en esta otra institución castrense, me asaltó el sentimiento profundo de que esa forma de ver el mundo no podía marcar *toda* mi vida. El ámbito para el *libre pensamiento* era —por “decir poco”— *bastante estrecho*, aunque sólo muchos años después percibí realmente cuán determinante habría sido para mí ese déficit, si hubiera seguido esa carrera. La vida militar se me había vuelto *agobiante*; el Colegio era “mucho peor” que el Liceo, de modo que a los 45 ó 50 días de haber ingresado, pedí la baja y abandoné para siempre ese camino. Eso representó “mi primer fracaso” en el ámbito de los estudios, en lo cual, desde niño, había sido siempre exitoso.

D) Pero fue también una decisión *muy sabia*; y que, por azar, “por la mala conjunción de ciertos aconteceres nefastos”, devendría con los años en *mucho más acertada aun* de lo que yo podría haber imaginado, pues quienes siguieron en ese entonces la carrera militar pertenecen a la generación de aquellos que terminaron ejecutando actos lesivos de los derechos fundamentales durante la dictadura militar de 1976-1983; no todos los militares de entonces quedaron implicados en los hechos, pero sí una buena parte. Con frecuencia me pregunto si yo habría podido oponerme al cumplimiento de órdenes de ejecutar actos de esa índole, en el caso de que hubiera tenido que enfrentarme a la situación; me pregunto, entonces, si yo habría tenido la entereza moral y el valor suficiente como para “negarme” a costa de cualquier riesgo personal; e incluso cabe la pregunta de si a uno le habría parecido “justificada” tal forma de obrar, p. ej., para facilitarse a sí mismo la aceptación del cumplimiento de una orden. El no tener la seguridad de cómo se habría comportado uno mismo en el devenir del mundo hipotético puede llegar a ser atormentante, sobre todo si uno estudia cuál fue la gravedad de los hechos cometidos durante la dictadura, especialmente en “centros clandestinos de detención”, con posterior exterminio de unas 8.000 personas, llamadas hoy “desaparecidas”.² Acaso ese difícil interrogante por el comportamiento en el mundo hipotético haya marcado con el tiempo el destino de *dos* de mis

² En la obra de SANCINETTI/FERRANTE a que me refiero *infra*, nota 4 (allí, pp. 136 ss), estimé el número de desaparecidos en unos diez mil. Pero hoy en día existe una investigación particular sobre el recuento de personas desaparecidas, hecha por la señora Graciela FERNÁNDEZ MEJIDE, madre de un desaparecido. En su libro *La Historia íntima de los Derechos Humanos en la Argentina (A Pablo)*, Buenos Aires, Sudamericana, 2009), la autora llega a un número cercano a ocho mil, aunque los datos tampoco pueden ser precisados con exactitud. El “hombre de la calle” —sobre todo si se auto-denomina “progresista”— suele hablar de que habría habido “treinta mil desaparecidos”; pero no hay ningún elemento para arribar a esa cifra. No obstante, los políticos demagógicos hablan de treinta mil; políticos “no demagógicos” hay pocos. FERNÁNDEZ MEJIDE se desempeñó en política y es una “Madre de Plaza de Mayo”; ella procura llegar al dato *verdadero*.

obras más conocidas en el extranjero, publicadas entre 1988³ y 1999⁴, la segunda de las cuales, escrita en coautoría con Marcelo FERRANTE, fue llevada a cabo por encargo del Instituto Max Planck para el Derecho Penal extranjero e internacional, y publicada tiempo después en lengua alemana.⁵

En sustancia, yo sostenía que las llamadas “leyes de impunidad” sancionadas durante el gobierno del presidente Raúl Alfonsín a fines de los años ochenta, como los indultos del presidente Carlos Menem a comienzos de los noventa, eran *inconstitucionales*, y que bien se podía declarar “todo nulo” y proceder nuevamente contra los responsables. Curiosamente eso mismo terminó ocurriendo mucho después, por modificaciones en la coyuntura política, a partir de la asunción del presidente Néstor Kirchner en 2003, quien hizo sancionar una ley que retrotraía los procedimientos a veinte años atrás. Para ese entonces a mí ya me parecía “demasiado tarde”, pues proyectos de leyes de esa índole habían sido considerados en el Congreso a fines de los años noventa, con resultados negativos.⁶ ¿Hasta cuándo se podía revisar una y otra vez toda marcha y contramarcha? La pretensión de “imprescriptibilidad” no es argumento suficiente; pues si un proceso debe concluir dentro de “un plazo razonable” no es posible que el Estado se reserve el derecho de iniciar, detener, clausurar y reabrir las causas penales *sine die*; brevemente: también la acción penal debe ejercerse “dentro de un plazo razonable”. Con prescindencia de eso, a partir de allí percibí como “extravagante” aquello en lo que terminarían convirtiéndose los procedimientos. Hoy en día parece bastar con que el imputado haya sido *militar* en la época de la dictadura y alguna persona diga que cree “reconocerle su voz” o datos vagos de esa índole, para que un anciano ex militar sea encarcelado, aunque fuese de presumir que difícilmente vivirá ya al momento del

³ SANCINETTI, *Derechos humanos en la Argentina postdictatorial*, Buenos Aires, Lerner, 1988 (comentado por MARRÉ en la revista alemana “Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht”, 1988, pp. 801/803). Un reflejo resumido de esa obra lo constituye mi artículo “Entwicklung der Menschenrechte in Argentinien nach der Diktatur”, en *Lateinamerika*, 1989, pp. 47/57, versión alemana de MARRÉ y GARZÓN VILLADA.

⁴ SANCINETTI/FERRANTE, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos. La protección de los derechos humanos mediante el derecho penal en las transiciones democráticas. Argentina*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999.

⁵ Versión alemana de LÖSING, en ESER/ARNOLD (comp.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse. 3 Argentinien*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Iuscrim, Freiburg i. Br., 2002, tomo S 82.3.

⁶ Uno de los proyectos había sido redactado por mí a inicios de 1998, y presentado por el diputado Bernardo P. Quinzio —de quien yo era por entonces “asesor”—, con el apoyo de Oraldo Britos.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año V, número 8 (2019)

juicio. Esta tendencia alcanza también a numerosos civiles, tratados como colaboracionistas, así fuese que sus acciones pudieran calificarse como “neutrales”.*

* En el trasfondo de la situación actual se enraza la actitud mental de que tales imputados “carecen de derechos humanos”, y, por ello, *pueden ser privados de cualesquiera derechos y garantías* (aunque nadie se atreva a decirlo así). En nombre de la *defensa de los derechos humanos* se priva a esas personas de la “dignidad humana”. Hay un sinfín de actos jurídicos y decisiones diletantes que jalonan ese escenario. La última manifestación de esa “exclusión del carácter de humanos de esos seres” lo dio el debate sobre si les era aplicable a ellos, en tanto hubieran sido encarcelados preventivamente por más de dos años — como ocurrió en muchos casos, sin que estuviera justificada en sí, para nada, una prisión preventiva (cf. PASTOR, “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del prestigio actual de los derechos humanos”, en *Nueva Doctrina Penal*, 2005/A, p. 114, nota 79)—, el beneficio que, en 1994, había sido introducido por la ley 24.390, que fijaba un plazo máximo de duración de la prisión preventiva de *dos años*. Dado que muchas leyes procesales ya habían decretado límites de esa índole reiteradamente, pero el límite como tal era *burlado por actos pretorianos de los jueces*, la ley 24.390 estableció una forma de *compensar* el destrato del Estado hacia un acusado que hubiera estado en prisión preventiva por un “plazo irrazonable”. La compensación por la falta del Estado era fijada en *dos días de prisión por cada día que excediera de esos dos años* (aunque también era interpretable como: si se excedió de dos años, *cada día vale doble*, también los de los primeros dos años; pero ese no es el punto a tratar ahora). La ley se consideró a sí misma (art. 9) reglamentaria del art. 7, párr. 5, CADH (ser juzgado *dentro de un plazo razonable* o, en su defecto, *ser puesto en libertad*). Con todo, la ley quiso introducir una diferencia entre el cómputo de la pena de *prisión* y el de la *reclusión*, dándole a ésta el “cómputo frío” (1 : 1). Pero con el tiempo la Corte Suprema declaró, “ya en general”, inconstitucional el “doble régimen”, puramente “nominalista”, de la pena privativa de libertad; toda pena de esa índole debía interpretarse, entonces, como “pena de prisión”. La ley 24.390 excluía de su régimen, también, a la imputación *por tráfico de estupefacientes y figuras afines*. Pero esta “exclusión” fue declarada inconstitucional, pues un derecho humano no puede depender del “carácter del delito cometido”. Fue un hecho fortuito el que yo tuviese que dictaminar, como asesor del senador Carlos A. Juárez (Santiago del Estero), en mi primera intervención ante él, sobre la oportunidad y conveniencia de la ley (mi dictamen oficial fue publicado como *Cómputo del encarcelamiento preventivo. Plazo máximo razonable [Pacto de San José de Costa Rica]*, en DOMÍNGUEZ HENAÍN, *Ley 24.390 – Prisión preventiva – Plazo máximo, cómputo del encarcelamiento cautelar [Análisis dogmático y jurisprudencial]*, Rosario, Juris, 1996, pp. 90/133). La ley conducía a situaciones muy dispares (en esa medida, *injustas*), para la misma clase de hechos, en razón de la gran diversidad de tratamiento de la prisión preventiva, según fuese el tribunal o el imputado del caso. Esa ley fue derogada en 2001, por la ley 25.430; ésta no previó *otra* forma de compensación (alternativa) del exceso de la duración de la prisión preventiva (p. ej., una *indemnización pecuniaria*). Pero esta derogación, como es evidente, no podía alcanzar a hechos cometidos *con anterioridad a esa derogación* (simplemente: art. 18, CN), pues, para poder ser aplicada a hechos cometidos en el pasado, la ley debe ser *más benigna* (art. 2, CP); esta derogación convertía al sistema en *más gravoso*, por ende, no era aplicable a los hechos cometidos en los años de la dictadura militar. Hubo quienes argumentaban que, habiendo sido declarada la “desaparición forzada de personas” como “delito permanente” por convenciones internacionales, el delito “se seguía cometiendo” (¡aún hoy!). En primer lugar, esa declaración era, por su parte, también *ex post facto*, de modo que no podía aplicarse a hechos del pasado (mi argumentación de fines de los años ochenta contra las leyes de impunidad se basaba en el derecho interno *argentino*, no en un supuesto “*ius cogens*”). La privación de libertad en sí es un delito permanente, pero “mientras esté claro que *persiste la privación de libertad*”. Muy por encima de ello, para casos de víctimas ya fallecidas, sería “obtusos” (por decir poco), sostener que el delito “sigue siendo cometido” (el silencio sobre los actos propios del pasado no puede co-constituir el ilícito, pues eso violaría el “principio *nemo tenetur*”). E, *in dubio pro reo*, hoy sería bien razonable la presunción de que todo desaparecido en los años de la dictadura o bien recuperó su libertad o bien ya está muerto. Por ende, la ley 25.430 no podía afectar a los hechos en cuestión, “sin peros ni condiciones”. Pues bien, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el llamado “Caso Muiña” (aunque conocido oficialmente como “Bignone, Reynaldo Benito A.”), por sentencia del 2/5/2017, basada en apretada mayoría (jueces Rosenkrantz, Highton de Nolasco, Rosatti c. los votos de Lorenzetti y Maqueda), le concedió al acusado el cómputo que evidentemente le

En suma, hasta hoy no se ha podido desarrollar en la Argentina una cultura que le dé valor a los derechos del individuo, *qua individuo*, no como “partidario del grupo al que le toca ganar o perder en cada momento”. No puedo eliminar por completo la sospecha de que esta toma de posición no derive del hecho de que siempre me haya sentido más cómodo yendo “contra la corriente”.

Ya los años anteriores a la dictadura, ensombrecidos por el terrorismo ejercido por facciones extremistas de izquierda —que en parte provocaron el “golpe militar” padecido a partir de 1976—, habían marcado mi juventud como una época de violencia y frustraciones espirituales. Más allá de la “condena interior” de esos hechos, yo quedé completamente al margen de tales contextos, al igual que la mayor parte de mis conciudadanos pacíficos. En ese clima desalentador se dieron mis estudios universitarios.

correspondía. Tras manifestaciones populares, más algunos cabildos políticos, el gobierno hizo sancionar la ley 27.362, de 2017, según la cual la ley intermedia más benigna (24.390), que *preveía el beneficio* (compensatorio de un *déficit del Estado*) de la duplicación de los días de prisión preventiva debía ser interpretada como exclusivamente aplicable (art. 2) “a aquellos casos en los que el condenado hubiere [hubiera; pues ‘hubiere’, justamente es *futuro* del subjuntivo] estado privado de su libertad en forma preventiva durante el período comprendido entre la entrada en vigencia y la derogación de aquella ley”. Dado que, con esa configuración, la ley 27.362 regulaba sólo “casos del pasado”, si bien *formalmente* era una ley, “*materialmente* era una *sentencia judicial*” (“la ley del pasado se interpretará de tal forma” es materia jurisdiccional y NO legislativa). Este es un vicio (de legitimidad del órgano) similar al que tuvo —ya en el plano *formal*, sin entrar a considerar sus vicios materiales— la llamada Ley de Obediencia Debida de fines de los años ochenta, pues ésta imponía una determinada interpretación oficial acerca de cómo debían ser juzgados ciertos hechos verificados sólo en el pasado, lo cual es propiamente una *función jurisdiccional* (este argumento se hallaba desarrollado en la disidencia del ministro Jorge A. Bacqué, en el fallo de la Corte alfonsinista que convalidó aquella ley, invalidada retroactivamente casi tres lustros después; esa fue la razón de que yo le dedicase Bacqué mi libro de *Derechos humanos en la Argentina post-dictatorial*). El 4/12/2018, en el llamado “Caso Batalla” (aunque conocido oficialmente como “Hidalgo Garzón, Carlos del Señor”), la Corte Suprema modificó su doctrina, en tanto que dos de los jueces que antes habían considerado aplicable el beneficio, por aplicación de la ley intermedia más benigna (24.390), revertían su criterio por el hecho de que rigiera ahora una “ley interpretativa”. Pero el Congreso (incluso en algo que fuese una *ley material*, es decir, también dirigida a algún caso que fuese cometido *en el futuro*) no puede sancionar leyes interpretativas más gravosas, que alcancen a hechos del pasado, porque eso es *derecho penal ex post facto* (principio de legalidad: “*lex praevia*” = *irretroactividad de la ley penal más gravosa*). Sobre el particular —sin pretensión de exhaustividad—, menciono los trabajos de FARREL, “La otra Batalla”, en el blog *En Disidencia*, <http://endisidencia.com/2018/12/la-otra-batalla/> [enlace verificado el 11 de mayo de 2019], ROSLER, “El Estado de Derecho caído en ‘Batalla’”, en *En Letra: Derecho Penal*, n.º 7, 2018, pp. 20/34, y GELLI, “Leyes de interpretación en materia penal – Dilemas de la punición en Argentina”, en *La Ley*, 25/2/2019. El primero de estos autores pone el acento en que de los cuatro votos mayoritarios del segundo fallo, dos tienen un fundamento (prescindente de la “ley interpretativa”) y otros dos, otro (se basan en la ley 27.362), con lo cual falta un fundamento mayoritario homogéneo, que la Corte siempre le reclama a los tribunales inferiores, es decir, que el fallo “Batalla” tiene déficit *ya en lo formal*. Los otros dos autores se basan en los fundamentos materiales: *irretroactividad de la ley penal más gravosa*; también señalan el aspecto de “Derecho penal del enemigo” que anida en este ámbito. Basta con ello.

II.

A) El abandono casi inmediato de la carrera militar me permitió inscribirme ya en aquel mismo año 1969 en la carrera de Derecho en la Universidad de Buenos Aires, al mismo tiempo que ingresé a trabajar en un colegio secundario, como “preceptor” (eso sonaba al “oficio de Aristóteles”); casi todos los estudiantes de Derecho trabajaban de modo paralelo, al menos en un trabajo modesto. El año de ingreso transcurrió de modo aceptable, como si no *hubieran* quedado rastros del titubeo inicial. Pero *sí quedaban*; yo seguía *inseguro* no sólo respecto de si había tomado una “buena decisión” al despedirme para siempre del Ejército, sino también al decidirme por estudiar *Derecho*. La cuestión de cuál era la razón real que se hallaba detrás de esta última decisión no estaba para nada clara. Quizá se explicaba en que la mayor parte de los estudiantes de vocación indefinida se inscribieran por aquel entonces en Derecho. Pero también podía ocurrir que las preguntas de filosofía práctica a que me había conducido la formación religiosa de la adolescencia me hubiese precipitado hacia los interrogantes de *lo justo y lo injusto, las normas y su infracción*. ¿Será acaso que un Dogmático del Derecho Penal es algo así como un “sacerdote laico”? Como razón de mi propio caso lo dudo, porque ya en la niñez —antes de todo “sentimiento *religioso*”— el “problema moral”, “los normativos en general” y los de “filosofía del conocimiento” eran objeto principal de mis rudimentarios pensamientos e intuiciones de justicia. Ya el “tener que decir la verdad” le genera a uno un torso de “pensamiento científico” y el temor a errar; por ello, mis frases de la niñez solían estar acompañadas de un complemento: “me parece que sí”; “creo que es así”, etc.

Mis estudios de Derecho fueron un “fracaso”, al menos *parcial*. En aquel entonces, la “carrera de abogacía” —como le llamaban los demás— consistía en aprobar veintiocho asignaturas. Hasta hoy, no se conoce en la Argentina nada similar a lo que en Alemania es el “examen de Estado”, de modo que uno se convierte en *Voll-Jurist en tracto sucesivo*, casi “por usucapión”, aprobando cada tramo de la carrera, representado por cada una de las asignaturas, cuyo examen se rinde en general ante el mismo profesor que le impartió clases al estudiante, a lo sumo ante un tribunal examinador formado también por otros profesores.

Mientras que un estudiante incluso relativamente mediocre podía rendir entre cuatro y seis asignaturas al año —la carrera estaba prevista para unos cinco años, una vez concluido el año de ingreso—, yo no avanzaba más que a un promedio de unas *dos* asignaturas; excepcionalmente llegué a rendir tres materias en un mismo año; en otros casos, a la inversa, dediqué todo un año a

una sola. En este retraso apenas influyó el hecho de que en aquel entonces jugara *hockey* sobre césped, como “arquero”, en un equipo de 1.ª división: *Hurling Club*, una asociación de irlandeses de gran tradición; el arquero titular, mi amigo Ovidio Sodor —a quien había conocido en mi trabajo de preceptor— debía jugar casi todo ese año para el seleccionado nacional, y no había *nadie* para ocupar su puesto; yo apenas si tenía cierta “idea de la cosa”, porque desde niño había jugado mucho al fútbol en ese mismo puesto, y hasta había hecho el intento (frustrado) de dedicarme al fútbol profesional. Esto se correspondía con un espíritu deportivo que me había sido inculcado también desde niño: “*mens sana in corpore sano*” (ya lo decía mi madre, desde que éramos niños). Pero cuando la ciencia del Derecho se convirtió en mi interés preponderante, dejé también el deporte oficial⁷, sin que por ello llegase a avanzar más a prisa en mis estudios, aunque quizá sí más a fondo. En razón de que yo siempre dudaba de que fuese a culminar mis estudios, busqué un trabajo de mayor peso que el de preceptor de un colegio secundario; y fue así que durante unos tres años fui empleado del Banco Central.

Esta lentitud en mi carrera —que condujo a que mi licenciatura terminase recién el día anterior a que yo cumpliera treinta y dos años— se había convertido muy pronto en un conflicto psicológico agudo, en el que no faltaron encrucijadas morales —acaso normales para la época de la juventud—, acompañadas de la pregunta de si “no pudiera ser que Dios *no existiese*”. Mi yo y mi “Súper-Yo”^{*} se estremecían.

En orden a los estudios de Derecho en sí, no veía un gran interés en mis compañeros; si preguntaba por la razonabilidad de la explicación de un libro de texto, se me contestaba que eso no interesaba en absoluto; que yo tenía que repetir “lo que decía el libro”. Pronto percibí que había cierta *simulación* entre estudiantes y profesores; si bien parecían gremios antagónicos, en el trasfondo se apoyaban recíprocamente. Había un escaso interés por discutir problemas jurídicos y más bien se trataba de “hacer de cuenta” que unos eran *profesores* y otros, *estudiantes*, pero como si fuera “una cosa seria”.⁸ Para dar con profesores de buena talla había que hurgar muy prolijamente,

⁷ Hoy solo practico tenis; en forma regular, tomo clases con Gabriela A. Mosca, una ex jugadora de la W.T.A. (1985-1991; 1994-1995), quien, además, es *abogada*. Pero recientemente los médicos me recomiendan limitar mi preparación física al gimnasio y a la natación, evitando todo “deporte de impacto”, para proteger mi (debilitada) columna vertebral.

^{*} La traducción de “Súper-Yo”, aunque es la expresión usual entre los psicoanalistas y psicólogos de lengua castellana, no es del todo correcta; no se trata de un yo que es un “*súper*”-sujeto, sino de un yo que está *por encima* de uno. La traducción más ajustada sería: “Supra-Yo” (“*Über-Ich*”).

⁸ Este problema acaso se haya *agravado* aun, cuarenta o cincuenta años después.

en general tratando de elegir el profesor contrario a aquel que recomendaba el “Centro de Estudiantes”, es decir, había que cursar con aquel profesor del cual huyera la mayoría. Me llevó tiempo darme cuenta de que para estudiar Derecho en profundidad había que hacer todo lo contrario a lo que hacía el grueso del estudiantado. Entonces uno podía encontrar realmente “grandes maestros”; éstos no abundaban, pero existían. Había verdaderos “expertos”, pero no era fácil dar con ellos.

B) En el segundo semestre de 1972, cuando yo ya llevaba “un atraso considerable”, mi compañera de estudios Alicia Miguel me llevó casi coactivamente a que escuchara clases de quien luego sería mi maestro: Enrique BACIGALUPO. Por entonces él era muy joven, treinta y cuatro años —“profesor adjunto” de la cátedra del Prof. Dr. Enrique RAMOS MEJÍA—, pero ya era un maestro destacado. Él había estudiado con el profesor español, exiliado en Buenos Aires, Don Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, y merced a una beca de la *Fundación Alexander von Humboldt* había investigado en los seminarios de WELZEL y Armin KAUFMANN, doctorándose en Buenos Aires con una tesis sobre “Los delitos impropios de omisión”. Fue él quien me dijo un día: “Ud. tiene cualidades para la ciencia del Derecho, pero tiene que *aprender alemán*”; era una condición *lapidaria* para quien, en el secundario, apenas había podido aprender a decir en inglés: “*That is a pencil*”. Me dio también el consejo de que en cualquier materia estudiara “por un europeo”; “después lea las cosas triviales que le pidan acá, pero siempre lea europeos”. Ese consejo dejaba injustamente preterido el “mundo anglosajón”, por lo pronto el norteamericano en forma literal. Pero eso no era del todo irrazonable, dado que la Europa Continental había sido la fuente de nuestros derechos, a excepción del Derecho Constitucional, de origen norteamericano. Por eso seguí también el consejo de otro maestro, Leopoldo SCHIFFRIN —a quien conocí por BACIGALUPO—, de leer “El Federalista”, de HAMILTON y otros.

Al año siguiente fui ayudante alumno de la cátedra en la que BACIGALUPO había sido designado “profesor titular” en forma interina; y a partir de entonces quedé vinculado al Derecho Penal. Pero tenía por delante aún unas tres cuartas partes de mis estudios. BACIGALUPO me invitó a sus seminarios, en algunos de los cuales discutían profesores. Excepcionalmente, se me autorizaba a participar en esas discusiones.

Pero el consejo de aquella época más importante de mi maestro fue el de que leyese el *Lehrbuch* de WELZEL, del cual había sido traducida al español la Parte General de la 11.ª edición, por los juristas chilenos Juan BUSTOS RAMÍREZ y Sergio YÁÑEZ PÉREZ. La lectura de WELZEL fue

una *experiencia conmovedora*. Recién al leer a WELZEL —en particular lo referido a “la doctrina final de la acción” y la contraposición entre *disvalor de acción* y *disvalor de resultado*— capté que yo podía tener un camino *auténtico* si seguía estudiando Derecho. ¿Podría llegar a ser algo así como “un WELZEL”? ¡Eso era “mucho pedir”! Paralelamente se despertó mi interés por la Filosofía del Derecho, en parte también por la lectura de la obra de WELZEL: “*Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*”, que había sido publicada en español bajo el nombre editorialmente “más apetecible” de: “Introducción al Derecho”, más una compilación de artículos de WELZEL reunidos bajo el título: “Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico”. Era la época de posguerra, de las “estructuras lógico-objetivas” (WELZEL) o de la “naturaleza de la cosa” (en el lenguaje de RADBRUCH).

En la Argentina siempre se mantuvo una tradición de excelentes filósofos del Derecho, que en parte tradujeron al español las obras de KELSEN y H. L. A. HART, y provocarían nutridas discusiones. Entre aquellos filósofos se hallaban Genaro CARRIÓ, Carlos ALCHOURRÓN, Eugenio BULYGIN y Roberto VERNENGO. Se ponía el acento en la filosofía analítica, por un lado, y en el positivismo jurídico, por el otro. Con el tiempo vino una ola de “iusnaturalismo moderno”, especialmente de la mano de Carlos NINO, que modificó sustancialmente el panorama. La tradición filosófica de la Argentina perdura hasta hoy; pero predomina el mundo anglosajón, no el alemán.

C) A los inicios, mi maestro ya nos había recomendado a un grupo de asistentes que escribiéramos un “libro de casos”. En aquella época se conocían en Buenos Aires las traducciones de los libros de casos de KERN (de Parte General y Especial) y de BAUMANN. Me tomé esa recomendación *muy en serio* y acometí la tarea mientras seguía atrasándome en mis estudios. En unos pocos meses de 1974 terminé un pequeño libro (*Taschenbuch*): la 1.ª edición de mi libro de “Casos”⁹, formulado a partir de los supuestos de hecho discutidos en los manuales de WELZEL, MAURACH y MEZGER. Cuando un año después le obsequié un ejemplar a la profesora alemana Hilde KAUFMANN, ella expresó delante de otros profesores argentinos: “¡en Alemania no hay estudiantes que escriban libros!” Sin duda, se trataba de una censura; pero nadie podía quitarme el

⁹ SANCINETTI, *Casos de derecho penal*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1975 (220 páginas); 3.ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2005-2006 (1.002 páginas); al igual que en la 1.ª ed., se ofrecen aquí algunas soluciones del autor, pero, además, se hallan incluidas la solución a un caso para estudiantes, preparada por STRATENWERTH, y otra escrita por ZIFFER.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año V, número 8 (2019)

orgullo de haber escrito uno de los primeros libros de casos jurídicos escritos directamente en lengua española. A fines de 1975, a instancias de SCHIFFRIN, mi maestro de Derecho Constitucional —como también lo había sido Reynaldo VANOSI— ingresé a trabajar como empleado en la Procuración General de la Nación, con la idea de ser algo así como “relator de SCHIFFRIN”. Pero poco antes del golpe militar de 1976, éste emigró a Alemania, país que acogió generosamente a muchos otros juristas que corrían peligro en aquellos tiempos, como había ocurrido ya con mi maestro BACIGALUPO.

Durante 1976 se me permitió participar en unas Jornadas de Derecho Penal, en principio previstas para *profesores* o al menos para *graduados*. Con reticencias y oposición de muchos, me fue aceptado incluso presentar una ponencia sobre “teoría del error”, que constituyó mi primer artículo científico en la materia.¹⁰

D) A partir de allí mis estudios de Derecho se hicieron cada vez más difíciles, pues pretendía convertir en un “seminario de investigación” un curso ordinario de cualquier asignatura, y no podía rendir un examen si no consideraba que pudiese desarrollar una teoría propia sobre los puntos nucleares de cada materia: seguramente una pretensión absurda y presuntuosa, pero al menos me impulsaba a pasar las noches de estudio en un estado de exaltación espiritual.

En el ínterin había cambiado de trabajo; de la Procuración General me había ido a trabajar —a comienzos de 1978— como relator de un juez de cámara en lo civil y comercial federal, el camarista Oscar Freire Romero, quien me hizo ver muy pronto que mi manera de escribir era arriesgada y que mi forma de razonar “iba demasiado lejos”, hasta que uno se perdía en la penumbra. Con él trabé una amistad que perduró hasta su fallecimiento*, para lo cual incidió seguramente mi admiración por su sano juicio de juez, por su hombría de bien y por su redacción llana y directa. Su forma paternalista de relacionarse conmigo llevó a que, muchos años después, él fuera mi padrino de bodas.

¹⁰ “Error, dolo y culpabilidad: ¿un problema de lege lata?”, en *Nuevo Pensamiento Penal*, 1976, pp. 267/293 (luego también en SANCINETTI, *Sistema de la teoría del error en el Código Penal argentino*, Buenos Aires, Hammurabi, 1990, pp. 27/55).

* Oscar Freire Romero falleció a los 89 años, en la mañana del 30/1/2016, aunque este dato no figura en la publicación en lengua alemana, pues quedó la forma escrita en origen de “amistad que perdura hasta hoy”, frase que para una compilación de autobiografías aparecida finalmente en 2019 entristece. Quiero pensar más bien lo contrario. Dado que “nuestros” muertos —por así decirlo— siguen siendo un punto de referencia en nuestra actitud mental (¿qué pensaría él en este caso?; ¿qué esperaría de mí?, etc.), que la “amistad perdura hasta hoy” sería respecto de él (y otros), en esa medida, una frase “verdadera”.

El trabajo como relator en lo civil y comercial duró unos escasos cuatro años; pues, siendo aún estudiante, fui tentado por un estudio jurídico (*Ernesto Galante-Abogados*), a fines de 1981, a ingresar a realizar trabajos de redacción y fundamentación jurídica, sobre todo dictámenes, en las más variadas materias. Sólo me faltaba aprobar dos asignaturas para graduarme, pero eso significaba para mí *un año entero*.

E) Durante mis estudios, ocasionalmente seguía participando en la discusión científica del Derecho Penal con la publicación de artículos; y también incursioné en problemas de quiebra internacional, en razón de una disposición polémica de la ley argentina que otorgaba preferencias de cobro a los acreedores argentinos sobre aquellos cuyo crédito fuese pagadero en el extranjero.¹¹ Estos artículos fueron publicados en el último tramo de mi carrera, como producto derivado de mi trabajo en aquel Estudio Jurídico, dado que tuve que intervenir precisamente en un “concurso preventivo” de una sociedad que tenía un pasivo considerable, en gran parte constituido por créditos pagaderos en el extranjero. No puedo negar que mi toma de posición profesional en un dictamen influyó en la configuración de esas publicaciones, dado que mi inclinación natural habría sido la de darle un trato igualitario a todos los acreedores; sólo que la ley *decía otra cosa*. Con el tiempo, la doctrina especializada consideró que aquellos trabajos constituían un material crítico digno de ser tenido en cuenta.

Finalmente, el 26 de noviembre de 1982 concluí mis estudios con un promedio general de 9,50 puntos sobre 10, al rendir Derecho Internacional Privado con la máxima calificación. Mi maestro de esa materia fue Antonio Boggiano, quien mucho después fue juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (1994-2005). Al asumir el poder el presidente Kirchner en 2003, éste instó con éxito a dos jueces de la Corte a que presentaran su renuncia; otro falleció cuando ya habíase dispuesto su enjuiciamiento político. De dos jueces del máximo tribunal, Eduardo Moliné O’Connor y Antonio Boggiano, el presidente Kirchner no logró que presentaran la renuncia, por lo que hizo llevar a cabo, en el Senado de la Nación —la mayor parte de los senadores hicieron la voluntad del presidente, entre ellos naturalmente su esposa, Fernández de Kirchner, presidente de la Nación hasta fines de 2015—, sendos juicios políticos, primero a uno (2004) y luego al otro (2005), juicios éstos plagados de violaciones a los derechos fundamentales,

¹¹ “El art. 4 de la Ley de Concursos: su legitimidad constitucional y la arbitrariedad de la propia Corte”, en *La Ley*, 1983-D, p. 402/421; “El art. 4 de la Ley de Concursos: historia e historia de una reforma”, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1984, S. 139/166.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año V, número 8 (2019)

a las garantías del acusado, a los principios del Estado democrático de Derecho y a la división de poderes. Constituyó uno de mis principales honores profesionales el haber sido (co-)defensor — junto a mi querida colega, la constitucionalista María Angélica GELLI— de mi maestro Boggiano en su enjuiciamiento, aunque su destitución fuera políticamente inevitable, tal como en definitiva ocurrió.¹² Más tarde, los casos respectivos fueron llevados por los ex jueces, como peticionarios, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ésta le ha dado *curso* a los procedimientos, pero no ha tomado hasta hoy ninguna resolución.

III.

A) Por contraposición a la lentitud de mis estudios de grado, mi carrera como docente universitario fue *vertiginosa*. A tres años de haber concluido mi licenciatura, y sin haberme doctorado aún, me hallaba participando en un concurso para catedráticos, que se había abierto tras el cese de la dictadura militar. En 1985 la Universidad de Buenos Aires convocaba a cubrir por concurso doce plazas de “profesor titular” o “asociado” en Derecho Penal y Procesal Penal. Desde el año anterior yo había sido designado ya “profesor adjunto interino” en Derecho Penal y — paralelamente— en Derecho Internacional Privado (pues Boggiano había intentado que yo me volcase para siempre hacia esa materia, instruyéndome en SAVIGNY y STORY).

Yo era el más joven de los postulantes. Dos cargos fueron declarados “desiertos”, y obtuve un lugar en la última plaza, como n.º 10, bajo el título de “profesor asociado”. De hecho, con todo, no había ninguna diferencia en el ejercicio de la cátedra entre los profesores *titulares* y los *asociados*; predominantemente, esta segunda denominación se concedió a quienes no tenían aún título de doctor. De este modo, probablemente me convertí en uno de los catedráticos más jóvenes que haya tenido la Universidad de Buenos Aires, y con alta probabilidad el único que haya llegado a ese

¹² Cf. SANCINETTI, *Juicios políticos a jueces de la Corte Suprema de Justicia en Argentina / Politische Verfahren gegen Richter des Argentinischen Obersten Gerichtshofes* (versión alemana de KLIEGEL), publicado en ambos idiomas en *El dial – Biblioteca Jurídica online* (www.eldial.com - elDial-DC82F - elDial-DC82E), 13/3/2006; también en la revista electrónica suiza: www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_03 [enlace verificado el 11 de mayo de 2019]. Véase también GELLI/SANCINETTI *Juicio político. Garantías del acusado y garantías del Poder Judicial frente al poder político. La defensa del juez Antonio Boggiano*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005. Es poco comprensible que numerosos políticos de la oposición y los medios de prensa corporativos contrarios al gobierno hayan alzado sus críticas a la intensa intervención, de hecho en sí existente, del Poder Ejecutivo en el “control del Poder Judicial” *recién a partir de cierto lapso de tiempo* del gobierno del matrimonio Kirchner, cuando la injerencia en el Poder Judicial se inició “de entrada”, de la forma “más drástica”, con el derrocamiento de una gran parte de la Corte Suprema, que sin embargo fue asentada con júbilo por los mismos que, luego, tardíamente ya, se quejaron de la injerencia del Poder Ejecutivo en el Poder Judicial.

grado académico a sólo tres años de haberse graduado (mas esto era más bien un producto de mi “retraso como estudiante”). A la par de ello, seguía ejerciendo la abogacía, sobre todo con la elaboración de dictámenes. La razón de que, en la Argentina, un profesor de Derecho deba “trabajar de otra cosa” reside en que el sueldo con el que se retribuye a un profesor en las universidades públicas, al igual que en muchas de las privadas, es muy magro.

Para esa misma época, mi antiguo maestro *Bacigalupo* —que desde 1975 se había radicado en el exilio, primeramente gracias a la ayuda de la Fundación Humboldt, durante un tiempo en Bonn, y poco después definitivamente en Madrid—, me había instado a presentarme a una beca del entonces llamado *Instituto de Cooperación Iberoamericana*, por lo que en el año lectivo 1985-86, disfruté de una estancia de investigación en la Universidad Complutense de Madrid, para investigar bajo su tutoría la relación entre “la tentativa y la teoría de las normas”. Él no mostraba el menor “entusiasmo” por el tema que yo había escogido para preparar mi tesis doctoral; pero yo estaba absolutamente decidido a defender una posición cercana a la que sostenía la llamada “escuela de Bonn”, de Armin KAUFMANN y sus discípulos. La idea central rezaba: lo ilícito y culpable de cualquier hecho punible sólo puede consistir en abandonar de sí mismo una decisión de acción; que eventualmente se produzca además un resultado externo depende de “la casualidad”.

Así fue como retomé mis estudios de alemán en Madrid, y con escasos conocimientos aún comencé a traducir de a poco la disertación de Diethart ZIELINSKI, que años después vio la luz en lengua española¹³, una vez que, ya en Buenos Aires, pude “construir” y revisar la traducción, con la ayuda de mi profesora de alemán: Margarida ANER. BACIGALUPO se hallaba bastante distanciado ya de las ideas de Armin KAUFMANN —quien, en el ínterin, había fallecido—; pero yo recuerdo muy bien la impresión que me había causado mi maestro cuando, unos doce años antes, había sostenido en Buenos Aires que “el resultado”, en los delitos imprudentes, no podía ser más que una “condición objetiva de punibilidad”, porque no podía influir en nada en la “infracción al deber de cuidado”. Pero, ¿por qué podría ser “diferente” en los delitos dolosos? Al igual que *Le Petit Prince*, yo no abandonaba una pregunta una vez que me la hubiera formulado.

¹³ ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, Buenos Aires, Hammurabi, 1990 (*Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Berlín, 1973).

Durante el ciclo lectivo 1985-86 hice cursos de doctorado en la Universidad Complutense de Madrid, que en aquel entonces podían ser concluidos en un solo año y con ello uno quedaba habilitado a presentar una tesis doctoral. BACIGALUPO me había instado a alternar el estudio de la teoría de la tentativa con lecturas sobre filosofía de la ciencia —en particular, obras de POPPER y de KUHN—, lo que derivó en una excursión inacabable por diversos filósofos. De modo cáustico me dijo un día: “si ahora se va a los presocráticos no va a llegar nunca a la tesis”.

Al cabo de un año de estudios como becario, debí regresar a Buenos Aires, pues si bien la beca me había sido renovada por un año más, yo ya me había habituado a llevar un estándar de vida que no podía sostenerse con un estipendio más bien *modesto*. Entonces, tras un año de investigación en Madrid, regresé a Buenos Aires, “cargado de deudas”.

B) A mi regreso a Buenos Aires, en noviembre de 1986, asumí mi cátedra como “profesor asociado”, en la que había sido designado a comienzos de ese año, pero en uso de licencia por investigación. De hecho, el ejercicio efectivo de mi cátedra comenzó en el ciclo lectivo de 1987. En el ínterin, había intentado abrir mi Estudio Jurídico propio, con otros dos colegas; pero, abrumado por las deudas, volví a mi anterior empleo en el Estudio Jurídico para el que había trabajado desde 1981.

En 1987, mientras dictaba un curso elemental para estudiantes iniciales, para lo cual los manuales de JESCHECK y STRATENWERTH constituían mi arsenal principal, iba avanzando en la traducción de la obra de ZIELINSKI, a la vez que seguía preparando mi trabajo de tesis.

Ya a fines de 1986 había conocido en el despacho del profesor Julio B. J. MAIER, a la entonces asistente Patricia Susana ZIFFER, quien había ido allí a traducir un artículo de Hans-Joachim HIRSCH; era evidente que dominaba el alemán, pero también era una dama muy bonita (como lo es hoy). Me casé con Frau ZIFFER el “Día de San Patricio” de 1989, a mis 38 años, mientras que ella lucía con 26.¹⁴ De esa unión nacieron nuestros hijos: Sofía María (Bonn, 1992), Marcelo Agustín (Buenos Aires, 1997) y María Lucía (Buenos Aires, 1998). Sería el destino de ellos hacer sus estudios primarios y secundarios (más allá del año y dos meses que cursaron en la ciudad de

¹⁴ En razón de hallarse ocasionalmente en Buenos Aires, a la boda asistieron Wolfgang Schöne —el primer jurista alemán que yo había conocido en 1973—, así como también Eberhard y Eva Struensee, a quienes habíamos conocido dos días antes. Eva Struensee deparó elogios para el “Ave María”, que, a pedido de la novia, había sido cantado en alemán.

Freiburg i.Br., de septiembre de 2006 a octubre de 2007, en la *Ana Frank Schule* y en el *Goethe Gymnasium*) en un colegio alemán del barrio de Belgrano, de Buenos Aires: la *Pestalozzi Schule*, a media cuadra de la cual residimos durante casi veinte años.*

C) El primer año de casado me había alentado a la redacción final de mi tesis doctoral ante la Universidad de Buenos Aires: “Disvalor de acción y teoría del ilícito (el dolo como caracterizador del ilícito)”, aprobada en 1990 con la máxima calificación y recomendación al “Premio Facultad”¹⁵; como “Doktorvater” operó el procesalista Julio B. J. MAIER, uno de los maestros que más había insistido en que yo no abandonase el estudio del idioma alemán.

El grado de doctor me habilitó a postularme a una beca de la Fundación Alexander von Humboldt, para realizar una investigación sobre “la impunidad por desistimiento de la tentativa” en el *Rechtsphilosophisches Seminar* de la Universidad de Bonn, por entonces dirigido por Günther JAKOBS. En efecto, disfruté de tal honrosa beca alemana desde junio de 1991 hasta julio de 1993; pero dado que mi trabajo no estaba aún concluido, tuve que prolongar mi estancia en Alemania a mi propia costa, hasta diciembre de 1993. En el ínterin había nacido nuestra primera hija, en el *Evangelisches Krankenhaus* de Bad Godesberg (Bonn). El seguir viviendo en Bonn durante seis meses, por medios propios, “costaba una fortuna”; pero *valió la pena*.

Trabajar bajo las enseñanzas de JAKOBS dos años y medio fue una de las experiencias intelectuales más agradables y nutritivas de mi vida. ¿A qué más podía aspirar yo, cuando de pronto me veía en el seminario que había sido de WELZEL y Armin KAUFMANN, trabajando bajo la tutoría de un discípulo de WELZEL, el autor cuya lectura me había dado el impulso y entusiasmo necesarios para estudiar realmente Derecho? El arribo al seminario de JAKOBS no pudo ser más auspicioso. Dio la casualidad de que concluía el semestre de invierno, y se daba la última sesión del seminario, en la que el ponente debía exponer precisamente sobre la obra de ZIELINSKI. JAKOBS me presentó así: “hoy nos acompaña un profesor argentino, con su señora esposa, el que ha traducido al español ese libro”. Claro que las ideas de JAKOBS distaban mucho de todo eso. Se avecinaban dos años de trabajo muy arduos, cargados de vívidas discusiones. En uno de los

* A fines de abril de 2018 volvimos a vivir a unos 300 m de la Facultad de Derecho, de donde nos habíamos mudado hacia Belgrano, a mediados de 1998.

¹⁵ Publicada bajo el título *Teoría del delito y disvalor de acción. Un análisis de las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 1991 (reimpresión, 2001).

primeros encuentros con JAKOBS él narró la siguiente anécdota: “Una vez Armin Kaufmann defendió en el seminario de WELZEL la idea de que sólo el disvalor de acción fuese relevante. Al cabo de una ponencia brillante, WELZEL le dijo: ‘Está muy bien, Herr Kaufmann, pero, dígame: ¿a quién le pertenece el cadáver entonces?’”. Yo estaba tentado a decirle: “Un cadáver ¡es *res nullius!*”; pero eso habría sido muy impertinente, por lo que, según recuerdo, opté por callar. Presumo que aquel episodio debía de haber sido muy importante para JAKOBS, porque dieciséis años después (2007), cuando durante la cena ofrecida por él con motivo de recibir el “ejemplar primo” de su libro de homenaje, tomó la palabra para hacer un extraordinario *racconto* de su vida académica —en un discurso lleno de gracia y elegancia—, narró nuevamente aquella anécdota, y hasta algunos comensales asintieron con un ligero movimiento de cabeza, como si *de veras* la pregunta de WELZEL implicase un “argumento”. En aquella cena inolvidable, yo debía cerrar la jornada con unas palabras; tenía una gran ocasión de decir de una vez que un cadáver ¡es *res nullius!** ; pero yo llevaba preparado un breve discurso serio y afectuoso, cuya lectura había practicado con el esmero que JAKOBS merecía (apenas me aparté un segundo del texto, para argumentar en favor de la relevancia de los cursos causales hipotéticos, basándome en que el civilista Heinrich LEHMANN, a quien JAKOBS había mencionado en su discurso, le había dado a la llamada “Hipótesis de la diferencia” un valor creciente en las sucesivas reelaboraciones de ENNECCERUS / LEHMANN: *Recht der Schuldverhältnisse*).

D) Bajo su tutoría escribí mi libro “Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa”.¹⁶ La tesis capital de esta obra rezaba: los puntos de partida de JAKOBS deberían llevarlo también a él a expulsar el resultado del ámbito del ilícito culpable, como lo demostraba —a mi juicio— su nueva posición (restrictiva) sobre la impunidad por desistimiento de la tentativa, conforme a la cual no se podía cultivar una dogmática regida por la máxima “*Ende gut, alles gut*” (“final bueno, todo bueno”; pero, en español, *no luce*).

Un grupo de juristas —entre los cuales se hallaban Manuel CANCIO MELIÁ y mi esposa, aunque también colaboraron no juristas— había ido preparando una versión alemana a la par que

* En verdad, no es del todo cierto que un cadáver califique como tal; no es, sin más, “una cosa de nadie”, pues *no es pasible de apropiación*, sino que tiene su régimen jurídico propio, en parte también por respeto a la memoria y dignidad del fallecido. Sólo es “*res nullius*” en el sentido de que “no pertenece a nadie”, mientras que JAKOBS había usado el verbo “*gehören*” (= pertenecer). Dicho en lenguaje coloquial: “¿de quién es el muerto?”; o bien, en traducción más libre: “¿quién *carga* con el muerto?”

¹⁶ Publicada primeramente en Bogotá, 1995, y posteriormente en Buenos Aires, 2005.

yo escribía el manuscrito en español y revisaba esa traducción. Llegué al final de la estancia de investigación con ambas versiones finiquitadas. Aunque, de hecho, mi obra no contó con el beneplácito de JAKOBS, los juristas Wolfgang SCHÖNE y Eberhard STRUIENSEE se ofrecieron a apoyar su publicación y a hacer una revisión completa de la redacción. La versión resultante fue publicada por Carl Heymanns Verlag en 1995.¹⁷ En el instituto de JAKOBS no faltó quien le llamase a mi libro: “el Anti-Jakobs”. El manuscrito de la versión española, cuyo título originario rezaba de modo algo diferente (“¿Fundamentación objetiva del ilícito en Jakobs?”), fue presentado como trabajo de tesis doctoral ante la Universidad Complutense de Madrid, en 1994, bajo la dirección del jurista español Enrique GIMBERNAT ORDEIG, con lo que obtuve un segundo título de doctor. También esta tesis recibió la máxima calificación de esa universidad: “apta *cum laude*”.

E) Esas dos obras, mi 1.^a y mi 2.^a tesis, desarrollan un concepto de ilícito desprovisto de la “magia causal” del disvalor de resultado, algo que, a mi juicio, debería haber sido la conclusión del mismo WELZEL, aunque de hecho no haya sido así. ¿Por qué habría de elevarse el ilícito y la culpabilidad cuando la víctima muere varios meses después del hecho, en el hospital?, rezaba una significativa pregunta de Armin KAUFMANN. Pero mientras que en la 1.^a tesis yo seguía apegado aún a la posibilidad de que el autor pudiera obtener una impunidad por “desistimiento de la tentativa” aún después de haber asumido una posibilidad de consumación y perdido el control de revocación segura de la producción del resultado (tentativa acabada), y en tanto y en cuanto lograrse *efectivamente* “evitar el resultado” —a la manera de la opinión dominante en Alemania—, en la 2.^a tesis, y sobre la base de un trabajo de JAKOBS¹⁸, desarrollé la teoría de que una vez que el autor asume aunque más no fuese por un momento una chance de consumación, sólo queda la posibilidad de un “comportamiento *posterior al hecho*”, con lo cual “el hecho” es *la tentativa acabada*; tras ésta, ya no hay posibilidad de “desistimiento”: o bien hay consumación o bien tentativa fracasada (delito frustrado / *delit manqué*). A la tentativa *acabada* no le corresponde, así, ningún *minus* frente al “delito consumado”, ni en el concepto de ilícito, ni en la posibilidad de desistimiento excusante. Éste opera sólo en el ámbito de la tentativa *inacabada*. Me resultó

¹⁷ *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch. Zugleich eine Untersuchung der Unrechtslehre von Günther Jakobs*, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1995.

¹⁸ *Rücktritt als Tatänderung versus allgemeines Nachtatverhalten*, en *ZStW*, t. 104 (1992), p. 82.

imposible hacerle ver a JAKOBS que entre su (nueva) solución *restrictiva* para el desistimiento de la tentativa y su teoría del ilícito “fiel al resultado” (“resultatista”) había una contradicción.¹⁹

El desarrollo de ese punto de vista, que se lleva a cabo en mis dos trabajos principales en teoría de la imputación, si bien parte del patrimonio común de la escuela de Armin KAUFMANN y sus discípulos, probablemente se remonte a mis primeras intuiciones de la infancia y adolescencia. ¿Por qué razón un padre reacciona, en general, de modo más severo cuando un niño infringe una norma de cuidado (p. ej.: “no jugar a la pelota dentro de la casa”), si el niño efectivamente rompe un vidrio, que cuando el niño hace exactamente lo mismo, pero no rompe nada? ¿No se anidan aquí sentimientos atávicos de irritación y venganza, que deberían ser ajenos a un sistema de imputación racional?²⁰

El punto de vista de que la producción de un resultado no puede aumentar el ilícito ni la culpabilidad sigue encontrando representantes de peso en la filosofía moral de lengua inglesa²¹; y hasta un adversario conspicuo de esa tesis, como Michael S. MOORE, denomina a ese punto de vista “la opinión ilustrada estándar”.²² Pero acaso se trate de un problema filosófico de respuesta eternamente abierta.

IV.

¹⁹ Véase su crítica reciente a mi punto de vista en JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Frankfurt a. M., 2012, p. 69. Según JAKOBS, afirmar que la culpabilidad de voluntad no conoce nada que sea “externo” sería contrario a una sociedad liberal. Pero tendría que sorprenderle a cualquiera que algo que sea “externo” asegure más un pensamiento imputativo “liberal”, cuando no hay nada más “liberal” que la “libertad de voluntad”. Los principios de una sociedad liberal, pues, no tienen nada que decir en contra de eso. Además, que el autor de un hecho intente un movimiento corporal y fracase ya al inicio —en la medida en que ese movimiento corporal habría sido riesgoso si se hubiera logrado llevarlo a cabo— está en situación similar a la de un omitente que cree erróneamente que se da una situación fáctica en la que él estaría en posición de garante, si tal situación existiese efectivamente. JAKOBS considera punible —como tentativa por omisión— este último caso. Pero, entonces, él, que —con razón— no ve ninguna diferencia esencial entre *comisión* y *omisión*, tampoco puede ver ninguna objeción en que “sin nada externo” pueda haber un hecho “socialmente relevante”, en la medida en que la representación del autor que acompaña a su acción o a su omisión sea percibida por la sociedad como conmovedora de la confianza en la norma como modelo de orientación para el contacto social.

²⁰ Cf. SANCINETTI (*infra*, como en nota 30).

²¹ En tiempos recientes, sobre todo ALEXANDER/KESSLER FERZAN, *Crime and Culpability. A Theory of Criminal Law*, Cambridge University Press, 2009 (“Results don’t matter”); cf. también FEINBERG, “Criminal Attempts: Equal Punishments for Failed Attempts” en FEINBERG, *Problems at the Roots of Law. Essays in Legal and Political Theory*, Oxford University Press, 2003, pp. 77 ss. Anteriormente, ya HART, *Intention and Punishment*, ahora en *Punishment and Responsibility*, Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 131.

²² MOORE, *Placing Blame. A Theory of Criminal Law*, Oxford, 1997, esp. pp. 191 ss.

A) Al regreso de mi estancia de investigación en Alemania, en 1994, retomé mi cátedra en la Universidad de Buenos Aires, en la que accedí al grado de “profesor titular” en sentido estricto, en 1996, que mantengo hasta el presente²³; esta vez obtenía el primer lugar en el orden de mérito de un nuevo concurso. Casi a la par, mi esposa accedía también a la *venia legendi* en Derecho Penal y Procesal Penal como “profesora adjunta por concurso”, ubicada asimismo en el primer puesto, compartido con mi discípulo y amigo común, Gustavo BRUZZONE. Durante los ciclos lectivos de 1996 y 1997 fui también profesor titular de la Universidad Torcuato Di Tella, hasta que dejé ese puesto en manos de mi entonces prometedor discípulo Marcelo FERRANTE, quien hizo allí una carrera brillante.

Paralelamente debí seguir ejerciendo la abogacía en forma solitaria, en parte en la elaboración de dictámenes o asesoramiento de otros colegas. Desde el año 2003 hasta el presente, me desempeño como abogado en un estudio jurídico-penal integrado, junto con el colega y amigo de la Universidad de Buenos Aires, Prof. Dr. Daniel R. PASTOR —también ex becario Humboldt—, el profesor adjunto interino de mi cátedra, Gustavo F. TROVATO —ex alumno de mis primeros cursos y queridísimo amigo— y la brillante asistente de mi cátedra, ex alumna de mi esposa y de mí mismo, María Soledad ACCETTA.²⁴

Desde 2009 y especialmente desde 2010, me desempeño a la vez como profesor titular de “Derecho Penal y Contravencional” en el Instituto Superior de Seguridad Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en la que se forman los cadetes que egresan como oficiales de la Policía de la Ciudad (antes: Policía Metropolitana); en esta misión alterno las enseñanzas de Derecho con reminiscencias de mis años de cadete del Liceo Militar. Me mido con los jóvenes, a ver “quién sabe desfilar mejor” o cantar las canciones patrias con “voz más altisonante”.*

²³ En la Universidad de Buenos Aires uno nunca tiene su cargo de profesor “de manera definitiva”, sino que cada *siete años* debe presentarse a un concurso (de antecedentes y oposición) para renovar su condición de profesor. En ese concurso el titular puede fracasar y ser desplazado por otro candidato. La última vez que tuve que exponerme a un tal concurso fue el 25/11/2014, en el que retuve mi cátedra, con una exposición sobre “La tentativa inidónea”. Ya por razones de edad, ahora sí tendré mi cátedra en forma definitiva, pues a más tardar al alcanzar setenta años uno debe retirarse de la vida académica activa, lo que ocurriría en mi caso a fines de 2020, si es que mi vida no acaba antes.

²⁴ De 2003 a 2005 integraba el estudio Andrea Casaux; de 2006 hasta hoy la firma se denomina: *Sancinetti / Pastor / Trovato & Accetta - Abogados*.

* Desde 2016, en los primeros semestres de cada año, llevo también un curso de Parte Especial en la Universidad de San Andrés, para lo cual me asisten varios de mis discípulos, ya distinguidos juristas.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año V, número 8 (2019)

B) Desde mis tiempos de Bonn hasta el presente, he disfrutado de otras dos estancias de investigación en Alemania, como acompañante de mi esposa, que primeramente fue becaria del Instituto Max Planck (Freiburg i. Br.), en un breve período de 1995 (en tiempos en que era dirigido por Albin ESER), de lo que derivó su libro sobre “Lineamientos de la determinación de la pena”²⁵, y muchos años después (2006-2007), tras haberse doctorado en 2005 con un trabajo sobre “El delito de asociación ilícita”²⁶, también ella obtuvo una beca Humboldt, para investigar nuevamente en Freiburg, sobre “Sicherungsverwahrung”²⁷, pero en esta ocasión en el Instituto de Teoría del Derecho de la Universidad de Freiburg, bajo la tutoría de su director, Wolfgang FRISCH.

En este último período —y tras superar un infarto al corazón, por el que fui socorrido por la *Deutsches Rotes Kreuz*, trasladado de urgencia al *St. Josefskrankenhaus* en Freiburg, donde fui atendido exitosamente, y tras un período de rehabilitación en *Klinik Baden*, de Bad Krozingen, todo a resguardo de la fiable compañía *Die Continental Versicherung*²⁸— recibí una Wieder-Aufnahme (beca de re-invitación) de la Fundación Humboldt (bajo la tutoría de Prof. Dr. FRISCH), para realizar una investigación sobre la relevancia de los cursos causales hipotéticos, de lo que resultó mi trabajo “*Hypothetische Kausalverläufe und die Differenztheorie*” [Cursos causales hipotéticos y la teoría de la diferencia].²⁹ La idea central es similar a la de SAMSON y otros autores que le dan relevancia a los cursos causales hipotéticos; la innovación consiste en argumentar a partir de la doctrina alemana del Derecho de las Obligaciones que, con raíces en Friedrich MOMMSEN, defiende la llamada “Hipótesis de la diferencia”. Además de la buena disposición del Prof. FRISCH, conté también con el amplio apoyo del Instituto Max-Planck, dirigido ya por Ulrich SIEBER.

²⁵ ZIFFER, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1996; 2.ª edición, 1999.

²⁶ ZIFFER, *El delito de asociación ilícita*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006.

²⁷ De aquí derivó su obra ZIFFER, *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en Derecho Penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2008.

²⁸ Además de a todas estas instituciones, el autor agradece la humana y eficiente asistencia de: Dr. med. J. Ziupa (médico de cabecera), Dr. med. R. Gansser, Dr. med. K. Goetz, Dr. med. R. Safaie, Prof. Dr. med. J. Zähringer y asistente social E. Hatzfeld (*St. Josefskrankenhaus*); Dr. med. I. Müller, Dr. psic. Welsch (*Klinik Baden*); Sr. Richter (*Die Continental Versicherung*); también agradece a los médicos argentinos que contribuyeron a mi recuperación a la distancia: E. Meiller y R. García Eleisequi. En 2008 el autor fue sometido a una operación de carótida en el Hospital Alemán de Bs. As., por lo que agradece especialmente a los médicos A. Ceciliano, Guzmán Lopardo, F. Dekètele y al cirujano B. Mancini.

²⁹ *ZStW*, t. 120 (2008), pp. 661/703, versión alemana de KLIEGEL.

C) En el año 2010 fui galardonado con un título de doctor *honoris causa* por la Universidad de la Cuenca del Plata (Corrientes, Argentina, *Laudatio* a cargo del Prof. Daniel DOMÍNGUEZ HENAÍN), de lo que derivó mi *lectio doctoralis*: “El pensamiento de la Ilustración y el llamado ‘principio de lesividad’”, publicada hace poco tiempo en lengua alemana.³⁰ El grupo de juristas del nordeste argentino al que debo esa distinción ya me había honrado en 2005 al promover mi designación como profesor honorario de la Universidad Nacional del Nordeste (Corrientes), una universidad pública de gran incidencia en la zona de Corrientes, Chaco, Formosa y Misiones.

Otras contribuciones publicadas en alemán se hallan en los libros de homenaje a Claus ROXIN (2001), Günter JAKOBS (2007) y Wolfgang FRISCH (2013). En el primero de estos trabajos se halla una defensa “de la solución de la tentativa” para el caso del “*dolus generalis*”; en el segundo se intenta argumentar en contra de la relevancia del disvalor del resultado a partir de la teoría de la atipicidad por disminución del riesgo; en el tercero de ellos se defiende la tesis de que un testimonio único nunca puede ser suficiente para formar una convicción subjetiva racionalmente fundamentable.

D) El cometido principal de mis investigaciones entre los años 2010 y 2013 fue la realización de un extenso dictamen para la Conferencia Episcopal Argentina, por encargo de su entonces presidente, Su Eminencia Reverendísima, Cardenal *Jorge Mario Bergoglio* (hoy Su Santidad: *Francisco*, Papa) sobre un caso judicial tramitado en los tribunales de la Provincia de Buenos Aires, en el que un sacerdote fue acusado por tres jóvenes de haber sido abusados por él, resultando absuelto por las imputaciones de dos de ellos y condenado por la de uno (los procesalistas modernos, basándose en conocimientos de la psicología cognitiva, denominan a esto el vicio del “efecto de una solución por contraste y compromiso”, lo que a su vez es una de las formas de “ponerle el hombro al Ministerio Público”). El caso surgió como consecuencia de un “programa de televisión”; los supuestos abusados nunca le habrían contado nada a nadie sobre los hechos que presentaron como ocurridos muchos años antes. He escrito sobre este caso cinco volúmenes, que suman unas 3.200 páginas.³¹

³⁰ “Das Denken der Aufklärung und das sogenannte Verletzungsprinzip”, en VORMBAUM (comp.), *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte*, t. 12, Hagen, 2012, pp. 267/299, versión alemana de KLIEGEL.

³¹ SANCINETTI, *Estudios sobre el “Caso Grassi”*, tomos I (2010), II/A (2011), II/B-1 y II/B-2 (2012), III (2013); hasta el momento, esta obra es de conocimiento exclusivo de la Conferencia Episcopal Argentina y autoridades del Vaticano. Sí es

Este trabajo me ha llevado a incursionar en “psicología de la declaración” y en la racionalización de estándares probatorios, con mayor intensidad de lo que ya había hecho en dictámenes profesionales anteriores, de cierta complejidad fáctica, pero en los que el “hecho principal” estaba claro, y sólo era oscura la autoría del hecho y mucho más difusa aun la supuesta responsabilidad de “instigadores”.³²

E) Mi lista de publicaciones no es extensa, en comparación con la que puede tener un colega alemán prolífico, una vez pasados los sesenta años. He escrito algo más de diez libros y poco más de cincuenta artículos, más allá de algunos comentarios bibliográficos.

Una prolongada tradición de los dogmáticos de lengua española consiste en levantar puentes con la cultura alemana *también por medio de traducciones*, y no sólo de investigaciones personales, en la consciencia de que el hacer accesible al público hispano-hablante al menos una parte de la ciencia jurídico-penal alemana puede ser un aporte más importante para el círculo al que pertenecemos que lo que pueden brindar nuestras propias obras.

En este sentido, he traducido —en algunos casos solo, en otros en conjunto o bien con la colaboración de otros colegas, como María de las Mercedes GALLI, Patricia ZIFFER, Marcelo LERMAN, José BÉGUELIN, Leandro DIAS y Manuel CANCIO MELIÁ—, obras capitales del pensamiento jurídico-penal alemán, en la forma de monografías, manuales y artículos, algunos de éstos compilados en libros de conjunto.

de conocimiento público que al autor le ha sido encomendado emitir una opinión sobre el caso, según su leal saber y entender. Tras la finalización del dictamen y la entrega del último volumen a la Conferencia Episcopal Argentina, el autor ha sido recibido en audiencia privada por S. S., Francisco, el 31/8/2013 (Casa de Santa Marta, Ciudad del Vaticano), al sólo efecto de expresar mi beneplácito por el haberme sido encargado un trabajo tan constanciado con los valores más elevados de la cultura humanista: la pureza, el honor, la verdad, que tanto los creyentes de todos los credos como los agnósticos y ateos reconocen como moralmente vinculantes. Reservo para mis propios recuerdos los contenidos de las conversaciones con quien en su momento fuera el Arzobispo Bergoglio y es hoy el Papa Francisco. Pero sí puedo participarle al prójimo una semblanza general de cómo es conversar con él. Uno puede ir “de aquí hacia allá”, tanto en los interrogantes nucleares sobre la existencia de Dios, sobre si la presencia de Dios “está allí”, cerca del alma, como tratar con él angustias personales, problemas particulares, o cambiar frontalmente hacia las vivencias emocionales del deporte; p. ej., “hablar de fútbol” (el Papa y el autor son simpatizantes del mismo club de fútbol de la Argentina: *San Lorenzo de Almagro*).

³² Fue de conocimiento público y muy utilizado por defensores oficiales, mi dictamen sobre el “caso Cabezas”: SANCINETTI, *Análisis crítico del caso “Cabezas”*, tomo I: *La instrucción*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, tomo II: *El juicio*, Buenos Aires, Ad-Hoc 2002, así como también el estudio particular *La nulidad de la acusación por indeterminación del hecho y el concepto de instigación – Diálogos de seminario a propósito del caso “Cabezas”*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001.

F) El último vínculo que un jurista nutrido en la cultura alemana puede hacer fructífero para la posteridad es el aliento a sus discípulos a que devengan en becarios alemanes, particularmente del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD), con el fin de preparar sus tesis doctorales, y postularse ulteriormente a una beca Humboldt, de tal modo de “mantener viva” la llama de la tradición de una dogmática jurídico-penal argentina ligada al pensamiento jurídico-penal alemán.

Con esa idea, he apoyado la postulación como becarios DAAD, finalmente exitosa, de brillantes discípulos, como Fernando J. CÓRDOBA, Marco CERLETTI y Guillermo ORCE (en Bonn, bajo la tutoría científica del Prof. JAKOBS); Marcelo D. LERMAN y Andrea Paola DROPULICH (en Regensburg, bajo la del Prof. Pawlik); José BÉGUELIN y María de las Mercedes GALLI (en Düsseldorf, bajo la del Prof. FRISTER). Todos mis discípulos han sido atendidos con gran generosidad por los colegas alemanes anfitriones de cada caso: una constante que tanto mi esposa como yo ya habíamos experimentado más de una vez; no conocemos ningún caso que haga excepción a esa regla.

ORCE, LERMAN y DROPULICH obtuvieron en Alemania el título de Magister. CÓRDOBA³³ y LERMAN³⁴ presentaron su tesis doctoral en Buenos Aires, accediendo al título de Doctor. De los demás, espero aún ansioso sus contribuciones científicas.

Pero no he de desmerecer a los muy buenos discípulos que he tenido —bien numerosos—, y que no han podido hacer el esfuerzo de aprender alemán o de postularse a una beca y trasladarse a Alemania para investigar allá. También éstos han abrevado en las aguas de la doctrina alemana, al menos la vertida al español, y se han destacado con contribuciones crítico-racionalistas de envergadura. No puedo mencionar a todos ellos nominalmente.

Otros discípulos que originariamente asistían a mis seminarios se abrieron luego un camino propio, y carezco de mérito en sus realizaciones. Así se doctoraron en el extranjero los siguientes

³³ CÓRDOBA, *La inevitabilidad del error de prohibición*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

³⁴ LERMAN, *La omisión por comisión*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2013. LERMAN ha sido posteriormente también “becario Humboldt”, en una estancia de investigación de seis meses, en la Universidad de Freiburg, con el Prof. PAWLIK.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año V, número 8 (2019)

juristas: Marcelo FERRANTE³⁵ (Ph. D. in Law, Yale University), Mariana SACHER³⁶ (Dr. iur. Universität München), Alejandro KISS³⁷ (Dr. iur. Universität Münster), Letizia G. SEMINARA³⁸ (Dottore di Ricerca in Ordine Internazionale e Diritti Umani [Doctor en orden internacional y derechos humanos], Universidad de Roma La Sapienza, y Docteur en Droit comparé [Doctor en derecho comparado], Universidad de Estrasburgo Robert Schuman [doctorado en co-tutela]) y Alejandro CHEHTMAN³⁹ (Ph. D. in Law, London School of Economics). FERRANTE y CHEHTMAN son actualmente profesores de la Universidad Torcuato Di Tella (Buenos Aires); Mariana SACHER prepara su escrito de habilitación profesoral, bajo la tutoría del Prof. Dr. Bernd SCHÜNEMANN; Letizia SEMINARA es asistente científica de Derecho Internacional y Derecho de la Unión Europea en la Universidad “Kore” de Enna (Italia) y Alejandro KISS se desempeña como calificado Jefe de Operaciones Judiciales, en el Tribunal Penal Internacional.

Los vínculos con Alemania produjeron también que mis cursos de la Universidad de Buenos Aires fueran visitados ocasionalmente por estudiantes alemanes, entre los cuales recuerdo a Sophia LENHARDT (proveniente de Berlín, 2001), Thomas KLIEGEL (de Münster, 2003, con el tiempo asistente de Prof. Dr. FRISTER, en Düsseldorf, donde obtuvo su título de Doctor), Lars HAMSEN⁴⁰ y Sven SCHIFFNER (de Münster, 2007), Cora HEIDER (de Passau, 2010), David BIEGER (de Bonn, 2011) y Nicola KLEE (de Mannheim, 2015); en 2001 también visitó mis clases universitarias la estudiante de traductorado Sabine FLACKER (Köln). En nuestro Estudio Jurídico hicieron pasantías (Wahlstation Referendariat) Thomas KLIEGEL (2009), Verena MERTENS (2009), María Alicia KÖPPEN (2012) y Laura ECKES (2014). Con Thomas KLIEGEL se trabó un intenso vínculo de amistad; a él debo valiosas traducciones de artículos de mi autoría y otras colaboraciones; también me conectó con Thomas WOSTRY (Düsseldorf), a quien debo otras traducciones. Ellos sucedieron así las tareas que anteriormente hacía en mi favor el hoy catedrático español Manuel CANCIO MELIÁ (Universidad Autónoma de Madrid), pues yo nunca podría escribir por mí mismo

³⁵ FERRANTE, *Punishment for Results. The Quest for a Justification*, Yale Law School, New Haven, Connecticut, 2005. Los dos argumentos principales fueron publicados en FERRANTE, “Deterrence and Crime Results”, en *New Criminal Law Review*, vol. 10.1 (2007), pp. 1-77; *idem*, “Recasting the Problem of Resultant Luck”, en *Legal Theory*, vol. 15.4 (2009), pp. 267-300.

³⁶ SACHER, *Sonderwissen und Sonderfähigkeiten in der Lehre vom Straftatbestand*, Dunker & Humblot, Berlín, 2006.

³⁷ KISS, *El delito de peligro abstracto*, Buenos Aires, Hammurabi, 2011 (original de la disertación: *Das abstrakte Gefährdungsdelikt*, Universität Münster, 2006).

³⁸ SEMINARA, *Les effets des arrêts de la Cour interaméricaine des droits de l’homme*, Bruylant, Bruxelles, 2009.

³⁹ CHEHTMAN, *The Philosophical Foundations of Extraterritorial Punishment*, Oxford University Press, 2010.

⁴⁰ Lamentablemente, este joven falleció en la Argentina como víctima de un trágico accidente de tránsito, en 2007.

directamente en lengua alemana (que no fuese de manera “cuasi-incomprensible” y con graves errores gramaticales).

G) Mi última experiencia de intercambio fructífero con el mundo académico alemán, ha derivado de una invitación del Prof. Dr. Andreas HOYER (Kiel) a dar una conferencia en su curso de ejercicios para estudiantes, el 23/6/2015, en el contexto de la llamada “Semana de Kiel”: “Der Handlungsunwert als Grundlage einer rationalen Strafrechtsdogmatik”, que fue recibida con beneplácito por los estudiantes, aunque discutida por el colega Manfred HEINRICH. A su vez, los colegas Helmut FRISTER y Erich HILGENDORF me habían invitado también para que, tras la “Semana de Kiel”, reprodujera esa conferencia en el marco de sus institutos de Düsseldorf y Würzburg. Fueron en conjunto quince días maravillosos, aunque la discusión fue “compleja” en todas partes. Yo no iba a perder una ocasión de volver a abogar, con un texto completamente nuevo, sobre la “centralidad” del disvalor de acción en la imputación jurídico-penal.⁴¹

La última “tropa de discípulos” que visitaron Alemania se debe a la generosidad del colega Eric HILGENDORF, que apoyó la participación de cuatro de mis seguidores en la “Escuela de Verano” de Würzburg/2015. En efecto, bajo el patrocinio de la asociación *Juristen Alumni Würzburg* fueron acogidos en un curso de “Introducción al Derecho Penal alemán”, dictado en inglés, del 13 al 17/7/2015, ante un conjunto multicultural e internacional de jóvenes, mis discípulos: María Fernanda Prack, Antonella Donnes, Leandro Dias y Juan Nascimbene, quienes volvieron encantados por la hospitalidad con que fueron recibidos y por el incremento de su formación jurídica.*

H) Gracias a las múltiples estancias de investigación en Alemania y a mis humildes publicaciones he podido trabar contacto también con numerosos juristas extranjeros, de Brasil, Chile, Colombia, España, Italia, México, Paraguay, Perú, Uruguay y otras latitudes. Por haber dado una breve conferencia sobre la doctrina subjetiva del ilícito en el Instituto Max Planck de Freiburg (2007) tuve la suerte de conocer a la joven jurista italiana Kolis SUMMERER (por entonces: Universidad de Bologna; hoy “profesora adjunta” de la Universidad de Bolzano), quien,

⁴¹ Debo la versión alemana de ese texto nuevamente a Thomas Kliegel; por la ayuda para la discusión, respecto del idioma, quedo agradecido a Thomas Wostry (Düsseldorf) y Tilmann Gauß (Würzburg).

* Esto fue continuado en los años 2016, 2017 y 2018, respecto de otros 24 jóvenes juristas (5, 9 y 9, respectivamente), que no siempre provenían de mi cátedra ni todos residían en Buenos Aires.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año V, número 8 (2019)

por su dominio del alemán y del español, conocía de antemano buena parte de mis publicaciones. Además de la versión italiana de mi contribución al homenaje a JAKOBS⁴², a ella debo una de las frases más conmovedoras de mi carrera de profesor, cuando, sabiendo ella lo que WELZEL había significado para mí, me dijo un día por *e-mail*: “Ud. es el mío WELZEL”. Otra frase honrosa debo a palabras de la señora Ulrike JAKOBS, dichas en un simposio de ex becarios Humboldt organizado en Mar del Plata en 1997, poco antes de una breve ponencia a mi cargo: “Mein Mann ist sehr stolz auf Sie”.

V.

Lista de publicaciones principales:

A) Libros:

– *Derechos humanos en la Argentina postdictatorial*, Buenos Aires, Lerner, 1988.

– *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 1991 (reimpresión, 2001).

– *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, Bogotá, Temis, 1995; Buenos Aires, Hammurabi, 2005. Versión alemana de esta obra: *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch*, trad. de M. CANCIO y otros, Carl Heymanns Verlag, Köln y otras, 1995.

– (En coautoría con Marcelo FERRANTE) *El derecho penal en la protección de los derechos humanos. La protección de los derechos humanos mediante el derecho penal en las transiciones democráticas. Argentina*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999. Versión alemana de Norbert Lösing: *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse. 3 Argentinien*, Iuscrim, Freiburg i.Br., 2002.

⁴² “Principio della diminuzione del rischio *versus* rilevanza del disvalore d'evento nella teoria dell'illecito”, en *L'Indice Penale*, 2008, n.º 1, pp. 377/395.

– *Análisis crítico del caso “Cabezas”, t. I, “La instrucción”, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, t. II, “El juicio”, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002.*

– *La violación a la garantía de la imparcialidad del tribunal, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001.*

– *Dogmática del hecho punible y ley penal / Dogmatik der Straftat und Strafgesetz* (Edición bilingüe / Zweisprachige Ausgabe), Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003 (un producto derivado de la versión resumida: “Dogmatische Grunderfordernisse eines Allgemeines Teils aus argentinischer Sicht. Mindestanforderungen an die Regelung im Allgemeinen Teil der Strafgesetzbücher”, en: *Hirsch [comp.], Krise des Strafrechts und der Kriminalwissenschaften?*, Duncker & Humblot, Berlín, 2001, S. 169/173).

– (En coautoría con María Angélica GELLI) *Juicio político. Garantías del acusado y garantías del Poder Judicial frente al poder político. La defensa del juez Antonio Boggiano*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005.

– *Casos de derecho penal*, 3.ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2005-2006 (2.ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 1986; 1.ª ed., Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1975).

– *Causalidad, riesgo e imputación* (compilador / traductor / autor), Buenos Aires, Hammurabi, 2009. Contiene tres artículos propios, dos de ellos publicados primeramente en alemán, y traducciones de W. Frisch, H. Frister, R. Honig, A. Hoyer, G. Jakobs, Art. Kaufmann, U. Kindhäuser, M. L. Müller, I. Puppe, E. Samson, F. Schaffstein, F.-C. Schroeder, G. Stratenwerth y W. Wachsmuth / H. L. Schreiber (con la co-traducción parcial y revisión de las traducciones por Marcelo D. Lerman y Patricia S. Ziffer).

B) Artículos publicados en alemán:

– *Entwicklung der Menschenrechte in Argentinien nach der Diktatur* (reelaboración de una conferencia dada el 29/3/1988, en el *Institut für Soziologie der Université des Sciences Humaines in Strassbourg*), en: “*Lateinamerika*”, N.º 11/12 (1989), pp. 47-57, versión alemana de Franz-B. Marré y Ernesto Garzón Villada.

– „*Dolus generalis*“ und „*strafrechtliches Glück*“, en: *Schünemann y otros, Festschrift für Claus Roxin*, Berlin-New York, 2001, pp. 349/364, versión alemana de Manuel Cancio Meliá.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año V, número 8 (2019)

– *Politische Verfahren gegen Richter des Argentinischen Obersten Gerichtshofes / Juicios políticos a jueces de la Corte Suprema de Justicia en Argentina* (versión alemana de *Thomas Kliegel*), publicado en ambos idiomas en: “El dial – Biblioteca Jurídica online” (www.eldial.com - elDial-DC82F - elDial-DC82E), 13/3/2006; también en la revista electrónica suiza: www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_03.

– *Risikoverringerungsprinzip versus Relevanz des Erfolgswertes in der Unrechtslehre*, en *Pawlik* y otros: *Festschrift für Günther Jakobs*, Köln u. a., 2007, pp. 583/604, versión alemana de *Manuel Cancio Meliá* (Madrid); publicada también en italiano en la revista *L’Indice Penale*, en la versión de *Kolis Summerer*.

– *Hypothetische Kausalverläufe und die Differenztheorie*, en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, t. 120 (2008), pp. 661/703, versión alemana de *Thomas Kliegel*.

– *Das Denken der Aufklärung und das sogenannte „Verletzungsprinzip“*, en *Thomas Vormbaum* (comp.), *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte*, t. 12, Hagen, 2012, pp. 267/299, versión alemana de *Thomas Kliegel*.

– *Die einzelne Zeugenaussage und das Zweifelsprinzip*, en *Freund* y otros: *Festschrift für Wolfgang Frisch*, Berlín, 2013, pp. 1233/1253, versión alemana de *Thomas Wostry*.

C) Traducciones:

– De *Diethart ZIELINSKI*: *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito (Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff)*, Berlín 1973), Buenos Aires, Hammurabi, 1990.

– De *Günter STRATENWERTH*: *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el Derecho Penal* (contiene dos artículos del autor: su lección inaugural y su contribución a *FS Schaffstein*), Buenos Aires, Hammurabi, 1990; reimpresión 2006 (traducido en conjunto con *Patricia S. Ziffer*).

– De *Eberhard STRUENSEE*: *Dolo, tentativa y delito putativo* (traducción de dos artículos: *Versuch und Vorsatz - Verursachungsvorsatz und Wahnkausalität*), Buenos Aires, Hammurabi, 1992.

– De *Günther JAKOBS*: *Sobre el injusto del suicidio y del homicidio a petición (Zum Unrecht der Selbsttötung auf Verlangen)*, en *FS Arthur Kaufmann*, 1993, pp. 133 ss.), publicado en forma autónoma en la serie “Cuadernos de Conferencias y Artículos”, Universidad Externado de Colombia, 1996,

N.º 4, 32 páginas y como artículo en la “Revista Peruana de Ciencias Penales” (traducido en conjunto con Manuel Cancio Meliá).

– De Günter STRATENWERTH: *¿Qué aporta la teoría de los fines de la pena? (Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?)*, Berlín-Nueva York, 1995), publ. en la serie “Cuadernos de Conferencias y Artículos”, Universidad Externado de Colombia, 1996, N.º 8; publ. también como artículo en la revista “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”.

– De Manfred MAIWALD: *Conocimiento del ilícito y dolo en el derecho penal tributario (Unrechtskenntnis und Vorsatz im Steuerstrafrechts)*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997.

– De W. NAUCKE / H. OTTO / G. JAKOBS / C. ROXIN: *La prohibición de regreso en derecho penal* (recopilación de diversos artículos de estos autores), Universidad Externado de Colombia, 1998 (traducido en conjunto con Manuel Cancio Meliá).

– De Erich SAMSON: *Cursos causales hipotéticos en el derecho penal. Una contribución sobre la causalidad de la complicidad (Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Kausalität der Beihilfe)*, Frankfurt a. M., 1972), Buenos Aires, Hammurabi, 2003 (traducido en conjunto con Patricia Ziffer).

– De Diethart ZIELINSKI: *Dolo e imprudencia (AK-StGB, Zielinski, 1990)*, Buenos Aires, Hammurabi, 2003.

– De Günter STRATENWERTH: *Derecho Penal. El hecho punible. I (Strafrecht. Die Straftat. I, 2000, 4. ed.)*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005 (568 páginas); Civitas, Madrid, 2005 (traducido en conjunto con Manuel Cancio Meliá).

– De Ingeborg PUPPE: *La distinción entre dolo e imprudencia – Comentario al § 15 del Código Penal alemán (NK-Puppe, § 15 StGB, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2009)*, Buenos Aires, Hammurabi, 2010 (con “apéndice legislativo”). Revisión de la traducción por María de las Mercedes Galli.

– De Helmut FRISTER: *Derecho penal – Parte general (Strafrecht – Allgemeiner Teil, Verlag C. H. Beck, 4. ed. 2009)*, Buenos Aires, Hammurabi, 2011. Revisión de la traducción por María de las Mercedes Galli.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año V, número 8 (2019)

– De Eric HILGENDORF y Brian VALERIUS: *Derecho penal – Parte general (Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Verlag C. H. Beck, 2. Aufl. 2015), Buenos Aires, Ad-Hoc, 2017 (traducido en conjunto con Leandro Dias).

En su conjunto, ha traducido artículos o partes de comentarios al StGB publicados en español en revistas o en forma de opúsculos, de los autores: Gerhard Dornseifer, Wolfgang Frisch, Winfried Hassemer, Rolf D. Herzberg, Thomas Hillenkamp, Hans Kudlich, Günther Jakobs, Norbert Lösing, Manfred Maiwald, Wolfgang Mitsch, Harro Otto, Michael Pawlik, Ingeborg Puppe, Claus Roxin, Günter Stratenwerth, Eberhard Struensee, Uwe Wesel, Diethart Zielinski.*

* Este último párrafo fue suprimido en la versión alemana ya publicada, tal vez por la superposición parcial con la lista de traducciones precedente.