Copia privada para fines exclusivamente educacionales. Prohibida su venta

TEORÍAS ACTUALES EN EL DERECHO PENAL

75° Aniversario del Código Penal

AD-HOC

TEORÍAS ACTUALES EN EL DERECHO PENAL



TEORÍAS ACTUALES EN EL DERECHO PENAL

Guillermo OUVIÑA
Gustavo L. VITALE
Enrique BACIGALUPO
Francesco PALAZZO
Marcelo A. SANCINETTI
Nelson R. PESSOA
Juan BUSTOS RAMÍREZ
Bernd SCHÜNEMANN
Edgardo Alberto DONNA
Carlos CREUS
Manuel de RIVACOBA y RIVACOBA
Diego-Manuel LUZÓN PEÑA
Esteban RIGHI
Julio B. J. MAIER
Moisés MORENO HERNÁNDEZ
Yesid REYES ALVARADO
Edmundo HENDLER
José Antonio BUTELER (h.)
Gonzalo D. FERNÁNDEZ
José Luis DÍEZ RIPOLLÉS
Norberto Eduardo SPOLANSKY
David BAIGÚN
Sergio do REGO MACEDO
João Marcello de ARAUJO JUNIOR
John A. E. VERVAELE
Daniel P. CARRERA
Jorge de la RÚA
Benigno ROJAS VÍA
Nilo BATISTA
Eugenio Raúl ZAFFARONI
Guillermo J. FIERRO
Juárez TAVARES
Jaime MALAMUD GOTI



Buenos Aires - Argentina

Primera edición: mayo 1998

DIRECCIÓN EDITORIAL
Dr. Rubén Villela

Copyright by AD-HOC S.R.L.
Viamonte 1450 - Tel. 371-0778
1055 Buenos Aires, República Argentina

Printed in Argentina
Derechos reservados por la ley 11.723
ISBN: 950-894-127-8

ÍNDICE

Autoridades del Congreso 17
Prólogo 23
Prefacio 27
Presentación:
Trascendencia histórica del Código Penal 1921/1922, por Eugenio Raúl Zaffaroni 31

ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y DERECHO PENAL

I. *Estado constitucional de Derecho Penal*, por Guillermo Ouviña 49
1. Primera parte 49
2. Segunda parte 56
3. Tercera parte 65
4. Conclusiones 69

II. *Estado constitucional de Derecho y Derecho Penal*, por Gustavo L. Vitale 71
1. Introducción 71
2. La dogmática penal como garante del imperio de la Ley Fundamental 73
3. Garantías constitucionales mínimas que limitan el poder punitivo de todo órgano estatal 74
4. Influjo de las garantías enunciadas en el ámbito del Derecho Penal (y, en particular, en ciertas cuestiones centrales de las teorías de la ley penal, del delito y de la pena) 77
4.1. Intervención penal mínima y principio de oportunidad procesal 77
4.2. Creación legislativa de las normas penales . . 80
4.3. Retroactividad de la ley penal más benigna . . 81
4.4. Leyes penales en blanco 82
4.5. Tipos penales abiertos 82

4.5.1. Delitos culposo 83
4.5.2. Delitos impropios de omisión 83
4.6. Descripción imprecisa de la conducta prohibida y tipos penales de autor (art. 19, C.N.) . . 84
4.7. Violaciones al principio *nullum crimen sine conducta* (art. 19, C.N.) 86
4.8. Afectación necesaria de bienes jurídios ajenos . 87
4.8.2. Punición de la tenencia de estupefacientes para uso personal 88
4.8.3. Algunos delitos contra la "honestidad" o "libertad sexual" 89
a) Actos sexuales con enfermos mentales 89
b) Corrupción 90
c) Estupro 90
d) Punición del incesto 91
e) Punición de la homosexualidad 92
4.8.4. Penalización de modos de vida por vía penal contravencional 92
4.8.5. Punición de los llamados "delitos de peligro abstracto" 92
4.8.6. Punición del denominado "delito imposible" o de la llamada "tentativa inidónea" 93
4.9. Afectación relevante de bienes jurídicos de terceros 95
4.10. Afectaciones al principio de responsabilidad . 96
4.10.10. El delito de homicidio con motivo u ocasión del robo 97
4.11. Afectaciones al principio de responsabilidad penal subjetiva (exigencia de dolo o culpa) . . 99
4.11.1. Delitos calificados por el resultado 99
4.11.2. Caso fortuito en ocasión de la ejecución de actos ilícitos 100
4.12. Afectaciones al "principio de culpabilidad penal por el hecho" 101
4.12.1. Influjo de las concepciones psicológica y normativa (en el desconocimiento o reconocimiento del principio) 102
4.12.2. Penas o "medidas de seguridad" para culpables, por la supuesta "peligrosidad" 102

4.12.3. Agravación de la situación punitiva por la llamada "reincidencia", "habitualidad" o "profesionalidad" ... 104
4.12.4. Desconocimiento de la necesaria excusabilidad de los errores de prohibición o de prohibición penal (o punibilidad) y, en especial, de la necesaria excusabilidad del error "de Derecho" 106
4.12.5. Limitación del alcance del estado de necesidad disculpante (caso de la inculpable defensa necesaria provocada —no intencionalmente—) 108
4.12.6. El momento de la culpabilidad: lesión de derechos por vía de la *actio libera in causa*..... 110
4.12.7. Desconocimiento de las diferentes pautas culturales 110
4.12.8. El problema de la co-culpabilidad 112
4.12.9. Falta de garantías para los inimputables..... 112
4.12.10. Desconocimiento de la inexigibilidad deotra conducta como causa general supralegal y constitucional de inculpabilidad 113
4.13. Problemática de la pena estatal..... 114
4.13.1. Ilegitimidad de la llamada "pena de muerte" 114
4.13.2. Derecho Penal mínimo y penas no carcelarias 115
4.13.3. Excusas absolutorias 115
4.13.4. Determinación legislativa y judicial de la pena 119
4.13.5. Ejecución de la pena privativa de libertad 121
4.14. Reflexión final 130

III. *Principio de culpabilidad, carácter del autor y* poena naturalis *en el Derecho Penal actual,* por ENRIQUE BACIGALUPO 131

IV. *Estado constitucional de Derecho y Derecho Penal,* por FRANCESCO PALAZZO 153

IMPUTACIÓN OBJETIVA

V. *Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva,* por MARCELO A. SANCINETTI 181
Introito: De homenajes 181
1. ¿Una "teoría de la imputación objetiva"? 182
2. La derivación a partir de las teorías sobre la causalidad 185
3. ¿Ausencia de imputación objetiva vs. ausencia de dolo en los cursos inadecuados? 187
4. Inexistencia de un tipo objetivo común al dolo y a la imprudencia (delimitación entre dolo e imprudencia) 193
5. Imputación objetiva y fundamentación subjetiva del ilícito: La medida del riesgo como medida del ilícito 196

VI. *Imputación objetiva y el concepto de acción,* por NELSON R. PESSOA 199
1. Objetivo del trabajo 199
2. Algunas precisiones conceptuales 200
3. El concepto final de acción y el concepto jurídico social de acción 202
4. La tarea próxima de la dogmática penal 206
4.1. Necesidad de precisar el límite de lo prohibido 206
4.2. Necesidad de poner límites al poder punitivo estatal 207
5. Conclusión 210

VII. *La imputación objetiva,* por JUAN BUSTOS RAMÍREZ 211
1. La imputación objetiva es una alternativa a la causalidad 211
2. La imputación objetiva es una relación valorativa entre una afección al bien jurídico y la situación típica 212
3. La imputación objetiva pertenece al ámbito de la antijuridicidad 213
4. La teoría de la imputación objetiva es diferente a la relación valorativa entre un ámbito situacional y el tipo legal 214
5. La imputación objetiva es una consecuencia dogmática de carácter político criminal 215

VIII. *Consideraciones sobre la imputación objetiva,* por BERND SCHÜNEMANN 219

1. Introducción 219
2. El desarrollo de la doctrina de la imputación objetiva 221
3. Sobre la crítica y el mejoramiento de la teoría de la imputación objetiva 227
4. Sobre los grupos de casos relevantes para la imputación objetiva en particular 239
5. Resultado 248

PENA Y CULPABILIDAD

IX. *La culpabilidad y la prevención como conceptos antagónicos,*
por EDGARDO ALBERTO DONNA 251
1. Planteo general 251
2. El estado actual de las teorías sobre la culpabilidad 254
2.1. Teorías que aceptan la culpabilidad basada en un mínimo de libertad de la persona ... 254
2.2. Teorías que niegan la libertad del hombre, o por lo menos no la tienen en cuenta en la categoría de culpabilidad. La prevención general 256
2.2.1. La teoría de Roxin 256
2.2.2. La teoría de Mir Puig 260
2.2.3. La teoría funcional de la culpabilidad de Jakobs 261
2.2.4. Análisis crítico de las posiciones 266

X. *La culpabilidad y la pena en la actual doctrina penal,*
por CARLOS CREUS 275

XI. *Culpabilidad y penalidad en el Código Penal argentino,*
por MANUEL DE RIVACOBA Y RIVACOBA 291

XII. *Culpabilidad y pena en el Código Penal español de 1995,*
por DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA 311

DOGMÁTICA Y POLÍTICA CRIMINAL DE LA VÍCTIMA

XIII. *Dogmática y política criminal de la víctima,*
por ESTEBAN RIGHI 325
1. La neutralización de la víctima 325
2. La revalorización de la víctima en el proceso penal 327
3. La revalorización de la víctima en el ámbito del Derecho Penal material 334

XIV. *Dogmática penal y víctima del hecho punible,*
por JULIO B. J. MAIER 341
1. Introducción 341
2. Teoría del bien jurídico y victimodogmática 342
3. Acerca de las posibilidades de la dogmática penal de introducir el comportamiento de la víctima como factor relevante 345
4. Colofón 349

XV. *Política criminal y dogmática de las víctimas,*
por MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ 351
1. Introducción 351
2. Aspectos político-criminales del problema 352
2.1. La víctima en el sistema de justicia penal .. 352
2.2. Misión del Derecho Penal y víctima del delito . 356
2.3. La víctima en el proceso penal 361
3. Aspectos dogmáticos del problema 367
3.1. Redefinición del papel de la víctima. La llamada "victimodogmática" 367
3.2. Sobre los planteamientos victimodogmáticos 369
4. Bibliografía 373

XVI. *"Arrepentidos" y "testigos secretos": Remembranzas de la Santa Inquisición,*
por Yesid REYES ALVARADO 375
1. El Santo Oficio 375
1.1. La delación 376
1.2. La prueba testimonial 376
1.3. El arrepentimiento 377
2. "Arrepentidos" y "testigos secretos" en un Estado de Derecho 379
2.1. Los testigos secretos 379
2.2. Los "arrepentidos" 388

GARANTÍAS Y BIEN JURÍDICO

XVII. *La razonabilidad de las leyes penales: La figura del arrepentido,*
por EDMUNDO HENDLER 393
1. Garantías y bienes jurídicos 393
2. Bienes jurídicos y "debido proceso sustantivo": Una perspectiva comparada 394
3. La razonabilidad de las leyes 396
4. La figura del arrepentido: Antecedentes históricos . 398
5. La legislación comparada 400

6. La legislación argentina 401
7. Las normas vigentes en los Estados Unidos 402

XVIII. *Garantías y bien jurídico,*
por José Antonio Buteler (h.) 405
1. Introducción 405
2. Ley penal (tipo legal), norma y bien jurídico 406
3. Bien jurídico 408
3.1. Criterio sistemático en la ley penal 408
3.2. Condición *sine qua non* del castigo penal .. 409
3.3. Naturaleza 410
3.4. Concepción personal del bien jurídico 410
4. El concepto de bien jurídico como estándar constitucional en el Derecho Penal argentino 412
5. Conclusiones 414

XIX. *Bien jurídico y sistema del delito,*
por Gonzalo D. Fernández 417
1. Introducción 417
2. Bien jurídico y principio de lesividad 419
2.1. Evolución de la dogmática argentina 420
2.1.1. La teoría del interés protegido .. 420
2.1.2. El giro hacia la socialidad 421
2.2. Para una teoría operativa del bien jurídico penal 422
2.2.1. Los puntos de partida 423
2.2.2. La socialidad del bien jurídico penal 423
3. Bien jurídico y responsabilidad penal 425
3.1. Tipo y afectación del bien jurídico 425
3.2. Bien jurídico y culpabilidad 426
4. Bibliografía 427

XX. *La contextualización del bien jurídico protegido en un Derecho Penal garantista,*
por José Luis Díez Ripollés 431
1. El orden social 431
2. El orden social constitucional 432
3. El control social como factor configurador del orden social 433
4. Modelos de intervención penal en el marco del control social 435
5. Los principios estructurales de la intervención penal garantista. Los principios estructurales de protección 436
6. La necesidad de una teoría sobre la legislación penal 440

7. Algunos aspectos a destacar de una futura teoría de la legislación penal 444
8. El bien jurídico protegido como instrumento de concreción de los contenidos penalmente protegibles . 450

INTEGRACIÓN REGIONAL Y DELITOS ECONÓMICOS

XXI. *Integración regional y delitos económicos,* por NORBERTO EDUARDO SPOLANSKY 459
Sumario 481

XXII. *Integración regional y delitos económicos,* por DAVID BAIGÚN 483
1. Entidad asociativa o contractual 483
1.1. La integración 486
2. El proceso de desarrollo y la política criminal en materia de delitos económicos 493
2.1. Delito económico 494
2.1.1. El delito aduanero 496
2.1.2. Defensa de la competencia 497
2.1.3. Defensa del consumidor 501
2.1.4. Delitos tributarios 502
2.1.5. Delitos cambiarios y financieros . 503
2.1.6. Delitos en materia de patentes de invención, marcas y diseños industriales 505
2.1.7. Delitos patrimoniales con dañosidad social 507
2.2. Modelo real y modelo paradigmático 508
2.2.1. Modelo real 509
2.2.2. Modelo paradigmático 514
3. Conclusiones 518
A manera de síntesis 519

XXIII. *La despenalización del ilícito tributario,* por SERGIO DO REGO MACEDO 521
1. El peso de los tributos 521
2. El desviado destino del tributo 522
3. El impuesto injusto 523
4. La conciencia jurídica y la mentalidad democrática 524
5. El ilícito tributario es ilícito penal 525
6. La injustificada importancia penal de la infracción tributaria 529
7. La inflación legislativa 530

8. La inconveniencia de leyes especiales en el Derecho Penal 531

XXIV. *Integración regional y delitos económicos.* Societas delinquere potest - *Estado actual. Legislación y doctrina,*
por JOÃO MARCELLO DE ARAUJO JUNIOR 533

XXV. *El Derecho (Procesal) Penal en el proceso de integración europea,*
por JOHN A. E. VERVAELE 541
1. Introducción 541
2. Mercado Común y Derecho Penal 541
3. Mercado Común y cooperación internacional en materia penal 552
4. Tratado de Amsterdam, Unión Política y Derecho Penal 559
5. Conclusión 559

ALTERNATIVAS A LA PENA
Y A LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD

XXVI. *Alternativas a la pena y a la privación de la libertad,*
por DANIEL P. CARRERA 563

XXVII. *Alternativas a la pena y alternativas a la prisión,*
por JORGE DE LA RÚA 571

XXVIII. *Alternativas a la pena y a la privación de libertad,*
por BENIGNO ROJAS VÍA 583
1. Derecho Penal 584
2. Breve incursión sobre la teoría de las penas 586
2.1. Las teorías absolutas 586
2.1.1. Teoría de la reparación 586
2.2. Crisis penal y crisis de la prisión 587
2.3. Origen de la prisión 588
3. Fines del Derecho Penal 588
3.1. La intimidación 588
3.2. Coacción psicológica en Feuerbach 588
4. Crítica de Hassemer 589
4.1. Temor a la pena o cumplimiento de la norma 589
5. ¿Es eficaz la intimidación? 590
6. Los abolicionistas 591
7. Desconocimiento de las normas 592
8. Los controles sociales 592
9. Derecho Penal mínimo 593

10. La prevención general positiva 594
11. Epílogo 596
12. Bibliografía 597

XXIX. *Alternativas a las penas privativas de la libertad en el Código Penal Argentino de 1922,*
por NILO BATISTA 599

LA CRECIENTE LEGISLACIÓN PENAL
Y LOS DISCURSOS DE EMERGENCIA

XXX. *La creciente legislación penal y los discursos de emergencia,*
por EUGENIO RAÚL ZAFFARONI 613
A modo de sumario 620

XXXI. *La creciente legislación penal y los discursos de emergencia,*
por GUILLERMO J. FIERRO 621

XXXII. *La creciente legislación penal y los discursos de emergencia,*
por JUÁREZ TAVARES 629
1. La perspectiva de la política criminal 629
2. El modelo neoliberal 631
3. La privatización del poder 632
4. La represión penal 635
5. El caso brasileño 640

XXXIII. *Poder desarticulante y los discursos de emergencia: El caso de la guerra contra las drogas,*
por JAIME MALAMUD GOTI 651

Nómina de participantes 669

AUTORIDADES DEL CONGRESO

CONSEJO DIRECTIVO

Andrés D'Alessio
Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Universidad de Buenos Aires.

Juan Carlos Bergonzi
Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Universidad Nacional del Comahue.

Ramón Yanzi Ferreira
Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Universidad Nacional de Córdoba.

Luis Enrique Abbiatti
Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional
de Cuyo.

Miguel Ángel Marafucchi
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la Universidad Nacional de La Plata.

Juan Carlos Gemignani
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la Universidad Nacional del Litoral.
Director del Instituto de Derecho Penal de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral.

Pedro Bautista Toma
Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional
de Lomas de Zamora.

Luis Pedro Slavin
Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional
de Mar del Plata.

Abraham Riser
Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de
la Universidad Nacional del Nordeste.

Daniel Erbetta
Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

Luis Rodolfo Argüello
Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán.

Eugenio Raúl Zaffaroni
Director del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

Julio Valbuena
Director del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Comahue.

Guillermo Ouviña
Director del Instituto de Derecho Penal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

Víctor Reinaldi
Director del Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Ramón Luis González
Director del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste.

Daniel Erbetta
René Baret
Juvencio Mestres
Directores del Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

COMITÉ EJECUTIVO

Eugenio Raúl Zaffaroni
Joaquín Pedro da Rocha
Universidad de Buenos Aires

Oscar Raúl Pandolfi
Universidad Nacional del Comahue

José A. Buteler (h.)
Víctor Reinaldi
Carlos Lascano (h.)
Universidad Nacional de Córdoba

Oscar Alberto Estrella
Juan Carlos Aguinaga
Universidad Nacional de Cuyo

Ramiro Pérez Duhalde
Ernesto Domenech
Elba Demaría Massey
Universidad Nacional de La Plata

Juan Carlos Gemignani
Universidad Nacional del Litoral

Pedro Bautista Toma
Universidad Nacional de Lomas de Zamora

Jorgelina Camadro
Universidad Nacional de Mar del Plata

Rita Mill de Pereyra
Universidad Nacional del Nordeste

Daniel Erbetta
Universidad Nacional de Rosario

Alicia Freidenberg de Ferreyra
Universidad Nacional de Tucumán

SECRETARÍA DE COORDINACIÓN

Joaquín Pedro da Rocha
Secretario de Coordinación

Francisco Ignacio Castex
Asistente de Coordinación

Mónica Cuñarro
Javier De Luca
María Lousteau
Alejandro Slokar
Ignacio Tedesco
Docentes

Alejandra Alliaud
Paola Iezzi
Paula López
Roxana Traverso
Pasantes

SUBSECRETARÍA DE RELACIONES INSTITUCIONALES DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA U.B.A.

Juan Pablo Más Vélez
Subsecretario

COMITÉ DE HONOR

Eduardo Carlos Acevedo
Eduardo Aguirre Obarrio
Bernardo Beiderman
José Severo Caballero
Jorge Frías Caballero
Carlos Gallino Yanzi
Ricardo Levene (h.)
Omar Lima Quintana
José Víctor Miguel
Gerardo Peña Guzmán
Enrique Ramos Mejía
Humberto S. Vidal

AUTORIDADES DE COMISIÓN

• COMISIÓN N° 1

Estado constitucional de Derecho y Derecho Penal

Coordinadores:
JULIO VIRGOLINI Y MARIO MAGARIÑOS

Relator:
Enrique Aníbal Ferraris
(Universidad Nacional de Mar del Plata)

Secretarios:
NORBERTO TAVOSNANSKA, ANDRÉS REPETTO
y FACUNDO CAPARELLI

• COMISIÓN N° 2

Imputación objetiva

Coordinadores:
JUAN JOSÉ ÁVILA y BENJAMÍN SAL LLARGUES

Relator:
MARCO ANTONIO TERRAGNI
(Universidad Nacional del Litoral)

Secretarios:
ALEJANDRO ALAGIA e IVANA BLOCH

• COMISIÓN N° 3

Pena y culpabilidad

Coordinadores:
MIGUEL ALFREDO ARNEDO y MARIO GUSTAVO COSTA

Relator:
JUAN CARLOS AGUINAGA
(Universidad Nacional de Cuyo)

Secretarios:
PATRICIA ZIFFER, STELLA MARIS MARTÍNEZ y DANTE VEGA

• COMISIÓN N° 4

Dogmática y política criminal de la víctima

Coordinadores:
ZULITA FELLINI y ALBERTO BERALDI

Relator:
ERNESTO DOMENECH
(Universidad Nacional de La Plata)

Secretaria:
GRACIELA OTANO

• COMISIÓN N° 5

Garantías y bien jurídico

Coordinadores:
AUGUSTO DIEZ OJEDA y MARTA LOPARDO
Relator:
JORGE BUOMPADRE
(Universidad Nacional del Nordeste)
Secretarios:
GUSTAVO BRUZZONE y CRISTINA CAAMAÑO

• COMISIÓN N° 6

Integración regional y delitos económicos

Coordinadores:
CARLOS CRUZ y PATRICIA LLERENA
Relator:
CARLOS LASCANO (H.)
(Universidad Nacional de Córdoba)
Secretarios:
GUSTAVO BOBBIO y LUIS BUNGE CAMPOS

• COMISIÓN N° 7

Alternativas a la pena y a la privación de libertad

Coordinadores:
CARLOS ELBERT y LYDIA LUENGO
Relator:
JULIO CÉSAR ÁLVAREZ SURIANI
(Universidad Nacional de Tucumán)
Secretarios:
LUIS NIÑO, RICARDO HUÑIS y KARINA LURATI

• COMISIÓN N° 8

La creciente legislación penal y los discursos de emergencia

Coordinadores:
HORACIO CATTANI y LUCILA LARRANDART
Relator:
ORLANDO A. COSCIA
(Universidad Nacional del Comahue)
Secretario:
SERGIO TORRES

PRÓLOGO

Cuando me tocó inaugurar el Congreso cuyos materiales se publican aquí, afirmé que nos habíamos reunido para celebrar el 75° aniversario de un sobreviviente.

En efecto, nuestro Código Penal de 1922 es un verdadero fenómeno de supervivencia. Lo fue desde su nacimiento y lo sigue siendo. Voy a tratar de demostrarlo.

Este Código fue uno de los últimos logros de una etapa en la que Argentina estableció las bases de su desarrollo y las aprovechó hasta extremos que aún seguimos disfrutando. Fue el Código Penal de la culminación de una Nación construida por la pacífica asimilación de múltiples corrientes inmigratorias desde Europa que llegaron a ser la mayoría del país, que aquí se mezclaron y, a través de un excelente plan de educación general y gratuita, tuvieron acceso al progreso que les era negado en sus tierras de origen.

El Proyecto que le sirvió de base, el presentado en 1917 por Rodolfo Moreno, a su vez se apoyó en los Proyectos de 1891 y 1906 y éstos provenían de la mejor tradición europea, las ideas de Feuerbach, Carrara y la Escuela de la Política Criminal, preocupada por conjugar las luminosas abstracciones de los primeros con una realidad compleja.

Empero, al momento de su sanción, la moda en nuestro país estaba constituida por el positivismo criminológico, apoyado también en abstracciones de sentido contrario. Los inspiradores de los proyectos antecedentes a nuestro Código creían en un hombre siempre libre, los positivistas se limitaban a considerar los casos en que él era esclavo de sus condicionamientos.

Por consiguiente, un Código que distinguía entre imputables, los que respondían al primer esquema y por tanto eran susceptibles de penas proporcionadas con el reproche que merecieran, e inimputables, aquellos que por falta de desarrollo o de desarrollo anormal no habían adquirido la capacidad de sobreponerse a los condicionamientos y debieran ser sometidos a medidas de

seguridad, constituyó una desilusión fuerte para los entusiastas de lo que entonces se concebía como el epítome de la modernidad.

La introducción de instituciones como la condena de ejecución condicional para evitar las perniciosas penas cortas privativas de libertad, la libertad condicional que permitía la reinserción gradual del condenado en la sociedad a la que pertenecía, la racionalidad en la construcción de las figuras y en las penas correspondientes a su realización, fueron olvidadas y, prácticamente de inmediato, se comenzaron a proyectar reformas que tendían a cancelar las virtudes del recién nacido Código.

Surgieron así los proyectos de "estado peligroso" pre y post delictual y el Proyecto de 1937, pero por encima de ellos, aquel sentimiento de orgullo "científico" ofendido precluyó la posibilidad de que los primeros pasos de nuestro Código fuesen acompañados de una elaboración dogmática leal, que sistematizase armónicamente sus contenidos y sirviese de base saludable tanto para su aplicación cuanto para el perfeccionamiento futuro de sus disposiciones. Sólo al iniciarse la década del 40 comenzó a revertirse esta tendencia en la ciencia jurídico penal argentina.

Paralelamente, el Código sufrió ataques desde otro ángulo y éstos fueron mucho más peligrosos y permanentes.

Se trata —el uso del presente no es inadvertido— de quienes pretenden que el Código Penal sea de una eficacia tal que conduzca a la prevención absoluta del crimen, de aquellos que reclaman una reforma del sistema de delitos y penas cada vez que un hecho golpea la sensibilidad de la opinión pública.

Estos ataques al Código se montaron en la crítica inspirada por la moda "científica" en boga durante la primera mitad del siglo que está finalizando, pero tuvieron una persistencia mucho mayor y llegaron, reiteradamente, a obtener consagración legislativa.

Como consecuencia del sistema de ideas que lo inspiró —que en definitiva no es otro que el plasmado en el texto constitucional, particularmente en sus artículos 18 y 19— el Código de 1922 se apoya en un cuidadoso respeto por los principios de legalidad, con sus corolarios y presupuestos, de culpabilidad, incluyendo en él la exigencia de proporción entre la entidad de la lesión y su reproche con la pena, y de exterioridad. Son consecuencia de ello la precisión en el diseño de los tipos, el requisito de la efectiva capacidad de comprender la criminalidad del acto como recaudo

para la aplicación de la pena, la distinción marcada entre las consecuencias de las figuras dolosas y culposas, la distinción entre acto preparatorio, tentativa y consumación, la exigencia del menoscabo o efectivo peligro para el bien jurídico tutelado como exigencia de la punibilidad.

A todos y cada uno de ellos se hizo excepción en una larga serie de modificaciones intentadas y consumadas.

He hablado ya de los proyectos de estado peligroso y de reforma general del Código derivados del convencimiento positivista, pero cabe mencionarlos de nuevo aquí porque ellos también sirvieron a las tendencias autoritarias a las que me refiero ahora.

La llamada Ley de Sabotaje y Espionaje (decreto ley 536/45) y la ley 13.985, condujeron a la penalización de conductas indefinidas que alcanzaron a quien "de cualquier modo... deprima el espíritu público causando un daño a la Nación".

La línea, si bien tal vez no con tanta transparencia, se continuó con el decreto ley 788/63, con las llamadas leyes 17.567, 18.701, 18.953, 21.338, la ley 20.642, para no nombrar sino las reformas de mayor trascendencia.

Baste para describir la tendencia que en una de ellas se estableció la pena de muerte para supuestos tan amplios y remisiones tan intrincadas que terminaba amenazando con esa pena máxima a quien robara una gallina disfrazado de vigilante.

Y a pesar de todo ello, en este momento la estructura central de nuestro Código sigue intacta. Su sana orientación ideológica mantiene plena vigencia.

Que la totalidad de sus disposiciones sean inmejorables no es sostenido por nadie, muchos de los trabajos publicados aquí son precisamente elaboraciones que importan afirmar lo contrario, pero la contundencia de este homenaje, la concurrencia a él de la prácticamente totalidad de los penalistas del país, y la coincidencia de sus opiniones en la necesidad de preservar una legislación punitiva inspirada en los principios que arriba enumeré, constituyen fundamento suficiente para la afirmación con que inauguré el Congreso.

Andrés D'Alessio
Decano de la Facultad de
Derecho y Ciencias Sociales
de la Universidad de Buenos Aires.

PREFACIO

El 29 de abril de 1922 entró en vigencia el Código Penal argentino. Fue la expresión de una tradición legislativa que inició Carlos Tejedor en el siglo pasado, inspirado en el Código de Baviera de 1813, debido al genio liberal de von Feuerbach.

Luego, el proyecto de 1891, con la fundamental participación de Rodolfo Rivarola, mantuvo la tradición de Feuerbach/Tejedor, introduciendo los aportes de los códigos europeos de la época. Sobre la base de este proyecto se elaboró el de 1906, que fue minuciosamente estudiado y criticado por el senador Julio Herrera.

Recién en 1917, Rodolfo Moreno (h.) le devolverá estado legislativo y presidirá la comisión especial para su redacción, siendo el artífice político que obvió las tendencias autoritarias y el positivismo peligrosista entonces imperante.

El Código, sancionado en 1921, ha vivido setenta y cinco años, tiempo en el que permitió el desarrollo de una doctrina penal nacional de alto nivel, superó cambios profundísimos en la política nacional y mundial, resistió todas las tentativas de cambio total, y por algo no sirvió a las dictaduras militares desde los años sesenta, que debieron reformarlo para adecuarlo a sus criterios autoritarios, creando delitos y aumentando penas.

La línea doctrinaria de Feuerbach-Tejedor-Rivarola-Herrera-Moreno, ha configurado una tradición político-legislativa altamente positiva en materia penal que merece revalorizarse y meditarse, en épocas en que una supuesta eficacia sin límites parece querer enseñorearse por sobre las garantías y los derechos individuales y sociales de los ciudadanos.

Pero admitamos también que esta corriente de pensamiento requiere ser actualizada y continuada, sin mengua de los principios penales y procesales del Estado de Derecho que nuestro Código supo mantener: ésa fue la razón del Congreso, cuyos frutos ratificaron la importancia y necesidad de la empresa.

Por eso elegimos como representación gráfica de nuestro homenaje al Código de 1921/1922, la figura detenida de una ejecu-

ción, símbolo de la contención del impulso punitivo irracional y autoritario, al que los penalistas debemos oponer los límites de la pena como *ultima ratio*, dentro de una convivencia plural y democrática.

El éxito de este *Congreso Internacional de Derecho Penal - 75° Aniversario del Código Penal Argentino*, desarrollado del 11 al 14 de agosto de 1997, con la organización federal —sin precedentes— de las once facultades de Derecho de las universidades nacionales, quedó demostrado por el alto nivel de las disertaciones, las ponencias y las conclusiones realizadas respecto de cada uno de los ocho temas en que se dividió la actividad, así como la impresionante concurrencia de más de mil setecientos participantes.

Esta evidencia del enorme interés despertado por la convocatoria nos motivó a un nuevo y justificado esfuerzo, que hoy se concreta con esta publicación, que recogerá en sendos volúmenes —de los cuales éste es el primero— toda la producción jurídica del Congreso.

A la inauguración concurrieron, entre otros, el rector de la Universidad de Buenos Aires, Oscar Shuberoff; el jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, Fernando de la Rúa; el ministro de Justicia de la Nación, Raúl Granillo Ocampo. Luego que el decano de esta Facultad, Andrés D'Alessio, declarara inaugurado el evento, el director de este departamento, Eugenio Raúl Zaffaroni, desarrolló la historia del Código Penal de 1921/22, en una pieza que se transcribe al comienzo de esta obra.

En el cierre, tuve el honor de destacar la importancia y trascendencia del Congreso, precediendo al discurso de clausura, expresado en nombre de todas las facultades organizadoras, por el decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad del Litoral, Prof. Juan Carlos Gemignani.

Como anticipáramos, más de 1.700 inscriptos provenientes de todo el país y del exterior (Brasil, Paraguay, Uruguay, Bolivia, Perú), colmaron en estas jornadas las instalaciones del salón de actos para escuchar a los distinguidos disertantes, obligando a trasmitir en pantalla en el auditorium, en el aula magna y en otros ámbitos, para posibilitar la participación de todos los interesados.

Durante las cuatro tardes se escucharon las disertaciones de los treinta y tres profesores invitados que aquí se publican, y durante las mañanas de los días martes, miércoles y jueves, muchos de los asistentes trabajaron con empeño y excelente nivel en las ocho comisiones temáticas.

Este Congreso ha servido sin duda para reafirmar vínculos intelectuales y de amistad entre los estudiosos del Derecho Penal de toda la Argentina y de otros países, debatiéndose en él los temas más interesantes de la dogmática actual y posibilitando la presentación y discusión de más de setenta ponencias sobre aquellos temas.

Es por eso que seguramente constituirá un punto de inflexión, que dará lugar a futuras actividades para el tratamiento y desarrollo de las cuestiones trascendentales del Derecho Penal.

No podemos dejar de expresar nuestro reconocimiento a los disertantes nacionales y extranjeros, por las enseñanzas que nos dejaron; a las facultades hermanas por el esfuerzo compartido; a las autoridades de esta Facultad, especialmente del Sr. decano, Prof. Andrés D'Alessio; al subsecretario de Relaciones Institucionales, Juan Pablo Más Vélez y su equipo; y a Abel Rodríguez y todos sus colaboradores, que más allá de sus obligaciones, asumieron el Congreso como propio.

También el reconocimiento para los profesores de todas las facultades que aceptaron oficiar de coordinadores, relatores y secretarios en las comisiones del Congreso; para EUDEBA, por la facción gratuita de los trípticos; para Abeledo-Perrot, por la donación de los códigos penales utilizados por los disertantes; para Hammurabi, por el aporte de carpetas, programas y carteles; para editorial Ad-Hoc, que asumió desde el principio el compromiso de esta publicación.

Por último, vaya nuestra especial gratitud para los docentes Francisco Castex, Ignacio Tedesco, Javier De Luca, Alejandro Slokar, María Lousteau, Alejandro Alagia y Mónica Cuñarro; para las pasantes Alejandra Alliaud, Paola Iezzi, Paula López y Roxana Traverso y para la larga lista de estudiantes, que trabajaron intensamente y gracias a cuyo concurso el Congreso fue posible.

En poco tiempo esperamos tener editada la segunda parte de esta obra, constituida por la totalidad de las conclusiones y ponencias del Congreso.

Será hasta entonces.

Joaquín Pedro da Rocha
Secretario de Coordinación
Buenos Aires, abril de 1998.

PRESENTACIÓN

TRASCENDENCIA HISTÓRICA DEL CÓDIGO PENAL 1921/1922

Ante todo, se impone agradecer en nombre de los organizadores la presencia de las autoridades que prestigian este Congreso, pero sobre todo, la de todos ustedes. La acogida que ha tenido el mismo entre los colegas ha dado por resultado un número tan elevado de inscripciones que superó nuestros cálculos más optimistas, fundados en la experiencia de muchos años. En nombre de los organizadores debo rogarles que nos disculpen por las molestias que este entusiasmo puede ocasionarles, porque lo cierto es que nuestra infraestructura estaba calculada para una concurrencia considerablemente menor.

En la preparación del Congreso han descollado por su cooperación los estudiantes de esta Facultad. La falsedad de las críticas superficiales a las actitudes de los jóvenes, que se reiteran cotidianamente con la ligereza de las generalizaciones prejuiciosas, queda ampliamente demostrada con el ejemplo de trabajo que han aportado de modo por entero espontáneo y desinteresado.

Un ineludible deber de lealtad y el más elemental sentido de gratitud y reconocimiento a la labor paciente y constante, nos impone ratificar lo que hace pocos instantes manifestó el profesor D'Alessio, Decano de esta Casa: es inexcusable el reconocimiento a quien, como artífice del Congreso, llevó adelante la iniciativa y dedicó muchas horas de trabajo, durante meses, a la preparación del mismo. Me refiero al profesor Joaquín Pedro da Rocha, subdirector del Departamento de Derecho Penal y Criminología. Sin esa actividad, este Congreso no se hubiese realizado: para hablar en términos dogmáticos, diría que se trata de un claro caso de dominio del hecho.

Por último, debo agradecer a todo el equipo de organización, la confianza que han depositado en mi persona al encomendarme el honor y la responsabilidad de la alocución previa, con la

cual entrar en tema, analizando la trascendencia del Código Penal de 1921/1922.

Han respondido a nuestra convocatoria aproximadamente mil setecientas personas para recordar el septuagésimo quinto aniversario de la vigencia de nuestro Código Penal. Pero si preguntásemos en la calle, al común de la población, algo acerca de este importante instrumento, casi nadie sabría decirnos mucho sobre él y la mayoría tendría una impresión negativa, producto de críticas nebulosas e imprecisas que se reiteran con asombrosa irresponsabilidad. Si les explicásemos que nos reunimos mil setecientas personas para rendirle este homenaje, creo que al público ciudadano le parecería insólito. Esto se explica, quizá, porque este Código ha servido para poner presas a muchas personas, pero lo cierto es que son muchas más las que le deben su libertad aunque no lo sepan.

Se cumplen setenta y cinco años de vigencia de un instrumento que tiene una formidable significación de la vida cotidiana de todos los habitantes de la Nación, aunque no haya conciencia de ello, lo que se debe a que éste —como todo Código Penal— es un apéndice de la Constitución. Por magnífica que sea una Constitución, no se concibe la República ni el Estado de Derecho sin Código Penal, que en definitiva es la carta que completa las garantías constitucionales. Y esta afirmación no es sólo producto de una deducción teórica, sino que nuestra historia —y la de nuestro Código, inextricablemente ligada a la misma— confirma empíricamente su carácter de instrumento indispensable para la configuración de la República y del Estado de Derecho.

Nuestro Código se gestó, fue formándose, nació y sobrevivió al compás de la historia nacional, siguió los pasos de la historia de la República, de nuestras luchas, de nuestros desgarramientos, de nuestros encuentros y desencuentros.

Su origen debe buscarse en los años sesenta del siglo XIX, toda vez que las experiencias anteriores, circundadas por la guerra civil y la anarquía, habían fracasado. Quizá como dato curioso de la etapa preorganizativa, sea oportuno recordar que fue el Coronel Dorrego el primero que se ocupó de emprender la tarea de sancionar un Código Penal. Para ello, la puso en manos de Guret de Bellemare, jurista y juez francés que había recalado en el Plata. Pero todos sabemos cómo terminó Dorrego y la obra de Bellemare se ha perdido: sólo muy parcialmente se la pudo recuperar y de su propio autor sabemos poco. No tiene más valor que el del dato

anecdótico, que sólo sirve para destacar la visión de estadista del gobernador de Buenos Aires, que tuvo esa preocupación en medio de las primeras luchas intestinas —de las que fuera víctima— y que reiteraron en nuestro territorio los enfrentamientos que, después de la independencia, tuvieron lugar en todos los países latinoamericanos, entre los nuevos intereses mercantilistas y los viejos intereses coloniales, vinculados a la economía primaria.

Pasando a la gestación misma del Código, es claro que la primera ley penal importante del país fue también la primera manifestación de nuestro Derecho Penal de emergencia: la famosa ley 49. Las guerras civiles en el interior, sobre todo la del general Peñaloza en La Rioja, determinaron al gobierno sancionar una ley de delitos federales en 1863. La ley 49 era una especie de semicódigo, sin parte general, dada la urgencia del caso. Pero la verdadera historia del Código tiene un origen más noble: se inicia en 1864, cuando el Poder Ejecutivo designa al profesor Dr. Carlos Tejedor, catedrático de Derecho Penal de esta casa, para que proyecte el Código Penal. Tejedor trabajó rápidamente y entre 1865 y 1868 elevó su proyecto.

Tejedor fue una figura curiosa y sumamente interesante. Como profesor de Derecho Penal, en 1861 había publicado su "Curso de Derecho Criminal", con leyes de fondo y de forma, en sendos volúmenes de pequeño formato, donde adoptaba una posición ecléctica que oscilaba entre Pellegrino Rossi y Chaveau. Pero su proyecto sorprende a todos cambiando por completo su fuente inspiradora: Tejedor había seguido de cerca el Código de Baviera de Johann Paul Anselm Ritter von Feuerbach, de 1813, a través de la traducción francesa de Vatel, publicada en París en 1852.

A más de ciento treinta años de distancia, cabe preguntarse si esto fue un antojo de Tejedor, una arbitrariedad de quien por encargo oficial se consideró dueño de escoger modelo. En modo alguno podemos creer eso: el Código de Baviera era producto de la filosofía criticista de su autor, fruto del fino pensamiento del penalista liberal por antonomasia, del verdadero garante del Derecho Penal liberal de la época.

Como tal, el Código de Feuerbach se enfrentaba al modelo napoleónico que, como dijo Pellegrino Rossi, sería el Código de Napoleón pero no el de Francia. El Código bonapartista era duro, propio de un militar, pero es suficiente echar una mirada sobre la parte especial de ambos para percatarse de su distancia ideológica: el Código de Napoleón ordenaba los tipos por bienes jurídicos

manteniendo la vieja estructura absolutista inspirada en el Decálogo, sólo que eliminaba a Dios y en su lugar ponía al Estado: el Código bávaro encabezaba su catálogo de bienes jurídicos con el ser humano. El primer delito del Código bonapartista era la traición; el primero del Código de Feuerbach era el homicidio.

El proyecto Tejedor se convirtió en el primer Código Penal argentino por sanción de las Legislaturas provinciales —excepto unas pocas— y del propio Congreso de la Nación como Código local de la ciudad de Buenos Aires, en función de la ley 1144 de 1881. También fue Código de la República del Paraguay a partir de 1880, donde mantuvo vigencia por más de treinta años.

El Congreso Nacional no tenía urgencia por cumplir el mandato constitucional y sancionar un Código Penal para todo el país. Eran las provincias las que sustituían provisoriamente su tarea, pero la única ley penal nacional seguía siendo la ley 49 para delitos federales. Esta negligencia se explica porque el control social punitivo distaba mucho de ser republicano en el cabal sentido de la palabra. A los sectores hegemónicos les bastaba con los códigos rurales, que reemplazaban las disposiciones sobre vagos y malentretenidos de la legislación colonial. Con esas normas se podía mandar a Martín Fierro a la frontera y con esas levas se controlaban a las capas inferiores de la población, al tiempo que las élites quedaban preservadas de cualquier abuso de poder, pues las manejaban exclusivamente sus subordinados —comisarios y jueces de paz— y tenían un definido destinatario social.

Mientras tanto, sin ninguna prisa se encomendó la revisión del proyecto de Tejedor a una comisión, cuyos miembros fueron reemplazados sucesivamente, hasta quedar integrada por tres jueces —Villegas, Ugariza y García— que, con su conocimiento práctico, no entendieron el texto. Cabe aclarar que no había traducción de las obras de Feuerbach, incluso hoy son escasos los textos vertidos al castellano o a otras lenguas. De allí que los revisores se nutrieran con los comentarios españoles de la época: Viada y Vilaseca, Groizard y Gómez de la Serna y el famoso Pacheco. No es raro que terminaran por elaborar otro proyecto diferente que presentaron en 1880, sobre la base del Código español de 1848-1850 en versión de 1870, que derivaba del Código criminal del Imperio del Brasil de 1830, es decir, un proyecto que se apartaba por completo de la línea ideológica de Feuerbach.

El texto de Villegas, Ugarriza y García no fue tratado, aunque también llegó a ser Código vigente por sanción de la Legislatura de Córdoba, motivando un comentario a su parte general de Adán Quiroga, de singular valor por la defensa de los principios garantizadores. Cabe recordar que Adán Quiroga, fallecido prematuramente, se destacó más por sus trabajos antropológicos, especialmente *La cruz en América*, siendo considerado con justicia uno de los fundadores de la antropología argentina.

En ese período, Tejedor había sido Gobernador de la Provincia de Buenos Aires y firme candidato a la presidencia de la República. En 1880, con motivo de la federalización de la ciudad de Buenos Aires, se levantó a la cabeza de la provincia y desató la última de las guerra civiles del siglo XIX, que costó aproximadamente cuatro mil muertos, cifra considerable para la población de la época. Como sabemos, Tejedor fue derrotado y se federalizó la cuidad, opacándose para siempre su estrella política. Sin embargo, la práctica política debía ser algo diferente en ese tiempo, porque seis años después, en 1886, el Congreso Nacional sancionó, con reformas que empalidecían su claridad originaria, el proyecto del gobernador sublevado seis años antes.

Fue de ese modo que se cumplió, con muchos años de atraso, el mandato de la Constitución de 1853-1860, sancionando el Congreso el primer Código Penal nacional, aunque su parte especial se ocupaba sólo de los delitos del fuero ordinario, pues para los federales mantenía la tipificación de la ley 49. En el proceso legislativo se introdujeron reformas desafortunadas al texto de Tejedor porque éste no participó de la discusión y, por ende, su proyecto quedó librado a las ocurrencias de los políticos. Sin embargo, era claro que se percibían los defectos de un texto con reformas improvisadas, al punto que en el mismo año de su sanción, el presidente Juárez Celman designó una comisión integrada por tres intelectuales jóvenes —apenas superaban los treinta años— para que elaborasen un nuevo proyecto.

Los miembros de esa comisión fueron los tres fundadores de la Facultad de Filosofía y Letras de esta Universidad: Norberto Piñero, José Nicolás Matienzo —que muchos años después sería candidato a vicepresidente de la República en una fórmula alternativa de la de Justo-Roca de 1932— y Rodolfo Rivarola. Cito a Rodolfo Rivarola en último término, porque es necesario detenerse en su personalidad y obra, dado que a mi juicio fue quien

más peso tuvo en el proceso de gestación que culminó con la sanción del Código de 1921-1922.

Rivarola fue el primer catedrático de ética en la recién fundada Facultad de Filosofía y Letras de esta Universidad. Comenzó desarrollando la materia con un programa claramente spenceriano, pero luego profundizó el estudio de Kant y, finalmente, se observa un acentuado vuelco al kantismo. Esta formación le permitió entender más cercanamente el Código de 1886 y el propio proyecto de Tejedor. No en vano Rivarola fue el más importante comentador del Código de 1886. De la mano de Rivarola y de sus compañeros de la comisión de 1996, es decir, de los tres intelectuales jóvenes del régimen de la época, surgió el proyecto de Código Penal de 1891, donde quedó configurada la estructura que luego habría de tener el Código de 1921-1922.

Ese texto recibió las influencias de los Códigos europeos de segunda generación: el belga de 1867 de Haus, cuyos trabajos preparatorios se difundieron con la recopilación de Nyppels; el Código holandés de 1871 de Moderman, cuyos trabajos preparatorios también habían sido traducidos al francés; el Código húngaro de 1878 y, sobre todo, el que era considerado el último grito de la moda en legislación comparada, el primer Código del Reino de Italia o Código Zanardelli, con sus trabajos preparatorios difundidos por la enorme recopilación de Crivellari.

El proyecto de 1891 avanzaba con la introducción de la libertad condicional y de otras instituciones; quedaba anclado al pasado al mantener la pena de muerte; y retrocedía al introducir algo que habría de arrastrarse penosamente hasta nuestro días: la pena de relegación, copiada a la letra de la ley de deportación francesa de 1885, segundo ensayo de relegación francés con destino a la Isla del Diablo (el anterior había fracasado porque la fiebre amarilla había matado a todos). El resto de esta desafortunada e inconstitucional institución se halla en nuestro art. 52.

El Congreso de la Nación no trató el proyecto de 1891 y en 1895 intentó establecer la pena de relegación con la llamada "ley Bermejo", que fracasó porque las penas para los delitos leves eran muy cortas, con lo cual los relegados llegaban al fondo de la Patagonia y debían regresar por haber agotado las mismas.

También en el 1895, un ilustre jurista correntino —Lisandro Segovia— pese a su dedicación preferencial por el derecho privado, publicó un proyecto particular, no encomendado por nadie,

que no se apartaba mucho del de 1891 e introducía como novedad importante la condenación condicional.

Terminó el siglo sin que el Congreso tratara ningún nuevo proyecto de Código Penal. Tampoco había prisa por hacerlo en los primeros años del siglo xx. No obstante, en 1903, se sancionó inopinadamente y sin mayor debate, la ley 4189, que reformó el Código de 1886. Julio Herrera dijo de ella que suprimió lo mejor y dejó lo peor. Pero no sólo se limitó a eso, sino que tomó del proyecto de 1891 justamente las disposiciones copiadas a la ley de relegación francesa de 1885, iniciando la relegación de "indeseables" en el sur. Completando el juicio de Herrera, podemos afirmar que no sólo suprimió lo mejor y dejó lo peor de Tejedor, sino que también tomó lo peor del proyecto de 1891.

Pero esta ley de 1903 no es una flor solitaria que, por mero azar establecía la pena de relegación, agravaba las sanciones y dejaba vigente la absurda presunción de dolo, sino que forma parte de un proyecto disciplinario y corporativizante de nuestra sociedad, mucho más amplio, que fue el modelo centralista y autoritario del roquismo, insertándose en él junto a las ideas de Cabred, que quería institucionalizar a cientos de miles de supuestos discapacitados para que no se reproduzcan; de Ricchieri que oficializaba la leva con el servicio militar obligatorio, que se prolongó prácticamente un siglo; de Miguel Cané con la ley de residencia, que permitía al ejecutivo expulsar extranjeros sin intervención judicial. Este panorama se completó años más tarde con la sanción de la ley 7029 de 1910, ley claramente antianarquista llamada "de defensa social" y aprobada en un debate parlamentario que Rodolfo Moreno hijo no titubeó en calificar de "torneo de moreirismo oratorio".

A este proyecto de control social también corresponde el establecimiento del tristemente célebre penal de Ushuaia, dirigido por el arquitecto napolitano Castello Muratgia, como materialización arquitectónica del positivismo racista de la época, orientado primero contra la llamada "plebe mestiza" (el gaucho) y luego contra la "plebe foránea" o "inmigrante degenerado".

La ley de 1903 y el penal de Ushuaia se enmarcan en un contexto ideológico signado por el temprano arraigo de las ideas del positivismo spenceriano, del darwinismo social y del lombrosianismo; de Luis María Drago con *Los hombres de presa*, que se tradujo al italiano como "I delinquenti nati" y lo prologó el propio Lambroso; de José Ingenieros, que en 1906 escribió un

artículo que se llamó *Las razas inferiores*, de un racismo realmente increíble; de Francisco de Veyga, que desarrollaba los mismos temas en las revistas de la época y que en 1938 terminó publicando un libro de tardío reduccionismo biologista sobre la "degeneración"; de *La mala vida en Buenos Aires*, de Eusebio Gómez, famoso libro prologado por Ingenieros, donde se pretende describir toda la marginación de la ciudad sin la menor intuición de lo social. Este verdadero paradigma ideológico fue reforzado con la presencia del propio Enrico Ferri en la Argentina, que visitó dos veces el país, trabando una insólita polémica con el líder socialista Juan B. Justo.

Fue bajo este paradigma elitista y racista, que el exquisito presidente Manuel Quintana nombró en 1904 una nueva comisión redactora de un proyecto de Código Penal. La formaban seis miembros y su propia distribución era todo un símbolo: dos redactores del proyecto de 1891 (Rivarola y Piñero), el que fuera jefe de policía roquista (Beazley), un juez (Diego Saavedra), el catedrático de Derecho Penal de Córdoba, positivista conservador cercano a Garofalo (Cornelio Moyano Gacitúa) y un médico, mentor del positivismo nacional, famoso autor de *La neurosis de los hombres célebres* (José María Ramos Mejía). Esta comisión produjo el proyecto de 1906, que seguía cercanamente al de 1891, lo que nos hace sospechar que la personalidad más activa de la misma siguió siendo Rodolfo Rivarola.

El proyecto de 1906 dio entrada a la segunda personalidad importante en el proceso de gestación del Código vigente: Julio Herrera, que lo sometió a una minuciosa crítica en un volumen de más de setecientas páginas publicado en 1911 con el título *La reforma penal*, y cuyas opiniones serían tomadas seriamente en cuenta en el posterior proceso de elaboración.

¿Pero quién era Julio Herrera? Jamás había sido profesor en ninguna universidad ni lo fue con posterioridad. Había sido juez en Catamarca, luego gobernador de esa provincia y más tarde senador por la misma. Conocía el funcionamiento del aparato de justicia en el pequeño contorno de su provincia, donde muchas veces no existen las formalidades que ocultan los hechos en las concentraciones urbanas, donde es más directa y cruda la comprensión del fenómeno humano y de su extremada problemática. Por eso, en su obra no deben buscarse ideas generales que, cuando las invocaba, resultaban ser los más comunes asertos positivistas citados de modo bastante insólito. Pero cuando

se buscan sus soluciones a los problemas particulares que investiga, caemos en la cuenta de que nos hallamos ante una personalidad de fuertes convicciones liberales y humanistas. Las críticas que Julio Herrera formuló a la pena de relegación en 1911, calificándola como la más injusta y arbitraria de las penas, pueden ser reiteradas hoy sin agregarle nada y hasta creyendo que estamos ante un teórico del *labeling*.

Pasaron los años y el proyecto de 1906 durmió en el Congreso, hasta que en 1916 entró en escena la tercera figura que determinará la sanción definitiva del Código: el diputado Rodolfo Moreno hijo. Moreno sería luego embajador en Japón, gobernador de la provincia de Buenos Aires y precandidato a la presidencia de la República en los años cuarenta, cuando el partido conservador optó por la candidatura de su opositor interno —Patrón Costas— con lo que precipitó la ruptura de 1943.

La posición política de Rodolfo Moreno hijo no era la más ideal para encabezar un proyecto de semejante magnitud, pues era nada menos que el presidente del bloque conservador de la provincia de Buenos Aires, el más cerradamente opositor al gobierno, que le había intervenido la provincia. Sin embargo, es claro que Moreno era un hábil político, lo que le permitió lograr que la Cámara aprobase la formación de una Comisión Especial de Legislación Penal y lo designase su presidente. Por cierto que esa comisión la integraban también dos diputados radicales: Pradere y, sobre todo, Délfor Del Valle (hombre de la confianza personal del presidente Yrigoyen e imprescindible vínculo político con éste) y un socialista (De Tomasso).

Moreno en principio se limitó a retomar el proyecto de 1906 a presentarlo a la Cámara con ligeras variantes, convocando una encuesta con cuyos resultados comenzó a trabajar la comisión, para establecer el proyecto definitivo de 1917, que obtuvo la media sanción de la Cámara de Diputados. Omitiré los detalles del trámite parlamentario, pero lo cierto es que en el Senado fue revisado por una comisión que integraban Joaquín V. González, Garro y Del Valle Iberlucea, que propuso algunas reformas al proyecto con media sanción de 1917, entre las cuales, la más importante era el sostenimiento de la pena de muerte, impulsada con la disidencia de Del Valle Iberlucea. Algunas de las modificaciones propuestas por el Senado fueron aceptadas por Diputados, pero la pena de muerte fue frontalmente rechazada por unanimidad, agotándose el complejo mecanismo de envíos y reenvíos entre

ambas Cámaras y quedando finalmente sancionado el texto, que fue promulgado por el presidente Yrigoyen —refrendado por su ministro de Justicia e Instrucción Pública, Salinas— el 29 de octubre de 1921. Se establecía un *vacatio legis* de seis meses, por lo cual entró en vigencia el 29 de abril de 1922.

Si en el país existiese la costumbre de designar a los códigos con el nombre del gobernante que los promulga —Napoleón en Francia, Juárez en México, etc.— podríamos llamarlo "Código Yrigoyen". De cualquier manera, toda vez que históricamente es interesante, cabe preguntarse si Yrigoyen tuvo algo que ver en la sanción de este Código. Es claro que en forma directa no intervino, pero pocas dudas caben de que el puente tendido a través de Délfor Del Valle le permitía estar permanentemente informado y, además, no creemos que un presidente que visitaba las prisiones y se preocupaba por los indultos y conmutaciones en forma personal —lo que le acarreó críticas de la oposición— se desinteresase por el curso de la elaboración del Código Penal. Por otra parte, hay tres puntos muy caros a Yrigoyen y que se consagran en el Código de 1921-1922. El primero es la abolición de la pena de muerte: se había aplicado en 1890, luego hubo un largo paréntesis hasta que en 1915 se le aplicó a los homicidas de Livingston (que habían actuado por instigación de la mujer de la víctima) y, a partir de entonces, Yrigoyen había conmutado todas las que la justicia había impuesto. El segundo era la condenación condicional, que había sido parte del programa radical en la campaña de 1916 y respecto de la cual, el Poder Ejecutivo había enviado un proyecto de ley para que se estableciera incluso antes de la sanción del Código. El tercer punto es la orientación no peligrosista del Código Penal. El Código menciona dos veces y de paso la peligrosidad: una al tratar de la tentativa inidónea o delito imposible; la otra en el art. 41, como un criterio más introducido a último momento y como concesión al Senado, donde, según la confesión del propio interlocutor —el profesor Juan P. Ramos— su oratoria en la exposición ante la comisión del Senado impresionó a Joaquín V. González. Es decir que la peligrosidad en nuestro Código es una cuña de extraña madera, pero que su sistemática no tiene nada de positivismo ni de peligrosismo, lo que hubiese desagradado mucho al convencido krausista que era Yrigoyen.

Pues bien: de esta manera se sancionó el Código de 1922. Pasaron setenta y cinco y el Código resiste: maltratado, arruinado, alteradas sus escalas penales con mínimos arbitrarios impues-

tos al compás de las emergencias y las demagogias de turno, pero de cualquier manera resiste. Resistió los proyectos de estado peligroso que remitía Alvear en la década del veinte (Yrigoyen nunca remitió un proyecto de estado peligroso, porque era abiertamente contrario a ellos). Resistió el golpe de 1930 y la dictadura uriburista, que fusiló *in situ*, juzgó por consejos de guerra, fusiló a Di Giovanni y Scarfó, pero no tocó el Código Penal. Resistió el proyecto de Derecho Penal de emergencia del Poder Ejecutivo en 1932, que proponía agravar la mitad de las penas y establecer el estado peligroso sin delito. Superó el debate del mismo en el Senado, donde le dieron media sanción y agregaron la pena de muerte, ahora por electrocución, porque era el último grito de la moda norteamericana. No logró vencerlo el proyecto positivista de dos profesores de esta casa —Jorge Eduardo Coll y Eusebio Gómez— en 1937, ni tampoco el de José Peco —otro recordado maestro de Buenos Aires y La Plata— en 1941, de tinte neopositivista o de positivismo juridizado al estilo de Grispigni.

Con el primer gobierno peronista tuvo lugar una importante reforma en el campo penitenciario, llevada a cabo por Roberto Pettinato: se cerró el tristemente célebre penal de Ushuaia por decreto de 1947 y se desocupó completamente en 1952; se abolió el traje cebrado y los grilletes. Eva Perón pronunció un famoso discurso en la Penitenciaría Nacional en la Navidad de 1947. Pero el Código Penal, pese incluso a la reforma constitucional de 1949, permaneció indemne. El proyecto del recordado profesor Isidoro De Benedetti, de 1951, no mereció la atención del Congreso, y el del profesor Ricardo Levene (h) de 1953, no tuvo estado parlamentario.

Se bombardeó esta ciudad desde el aire, se produjo el golpe de 1955, se ejecutaron fusilamientos por causas políticas, pero nadie tocó el Código. El embate reformador con mejores perspectivas de éxito político fue el proyecto Soler de 1960, pero la interrupción del orden constitucional en 1962 frustró su tratamiento y, a partir de ese momento, comenzó un largo período en el cual, siguiendo los desgarramientos que sufría el país, la norma serán las reformas *de facto* y masivas al Código, y el restablecimiento de su estructura con el advenimiento de los gobiernos constitucionales: reforma masiva en 1963, derogación en 1964; reforma masiva en 1967, derogación en 1973; reforma masiva en 1976, derogación en 1984. En medio de este tumulto de sanciones militares y derogaciones civiles, hubo dos

proyectos de Código: uno de parte general en 1974, que no tuvo continuidad ni tratamiento y que, si bien estaba archivado con el Derecho Penal de emergencia de ese mismo año, cayó definitivamente con el golpe de 1976; el otro en 1979, durante la dictadura, muy cercano al proyecto Soler, pero que el propio esquema de poder tampoco demostró interés en impulsar. El Código superó todas estas tentativas y también la media sanción del Senado en 1990, mencionable sólo a título folclórico, en que la Cámara propone un proyecto integral elaborado sin ninguna línea político criminal y con una técnica e información poco menos que disparatada.

Si bien el Código de 1921-1922 se resintió con penas irracionales, con mínimos arbitrarios, es hoy susceptible de ser corregido por vía de interpretación jurisprudencial y de control constitucional, sobre todo a partir de la reforma de 1994, en que la incorporación de los principios de racionalidad y humanidad de las penas en forma expresa a través del inc. 22 del art. 75, obliga a considerar a todos los mínimos como meramente indicativos. Aun dentro de esta perspectiva, quizá sea necesario abatir los mínimos de este Código para evitar erróneas interpretaciones judiciales, será menester reformar su sistema de penas, pero el resto, pese a los setenta y cinco años transcurridos, puede seguir funcionando.

Este Código que partió de lejos, del "bayerisches Strafgesetzbuch" de 1813, elaborado y reelaborado aquí por dos gobernadores de Buenos Aires que se quedaron en las puertas de la presidencia de la República, por un gobernador catamarqueño, por un candidato a vicepresidente, por los tres fundadores de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, ha resistido y superado la lucha política de un país largamente desgarrado. Tuvo el particular mérito de haber sido sancionado en tiempos del paradigma positivista, peligrosista, racista, biologista, y no responder al mismo. Evitó la entronización del control social que compartía en lo sustancial la ideología del holocausto. Y más tarde sirvió para evitar que llegara a nuestras playas el tecnicismo jurídico del fascismo de Rocco, que golpeó al Uruguay primero y al Brasil luego.

¿Por qué pasó esto? Me inclino a creer que por dos razones fundamentales: una de forma y otra de fondo.

La de forma, es que se trata de un texto extremadamente sobrio, que no cae en definiciones, no pretende introducir un tratado ni un manual dentro de un Código. Esta sobriedad de

estilo ha permitido un trabajo dogmático de considerable nivel que, a lo largo de varias décadas, fue siguiendo los pasos de la doctrina alemana sin hallar obstáculos legales de elaboración. Nuestros autores pudieron seguir los pasos de von Liszt, de Beling, de Mezger y de Welzel, y hoy se pueden discutir los caminos que sugiere en debate contemporáneo incluso crear otros, sin que el Código sea un obstáculo. El texto cobró una importante vida dogmática con obras generales como las de Sebastián Soler, Ricardo C. Núñez y Carlos Fontán Balestra, por no citar más que a quienes ya no están entre nosotros.

Pero también —y fundamentalmente— creo que hay una razón de fondo, que es histórica y política, que explicando su gestación contribuye a comprender su supervivencia. La historia de su gestación hasta 1922 y la de su supervivencia hasta hoy aparece como una clara historia de lucha y de pasiones. En ella se pueden distinguir dos bandos: el de quienes creyeron en las penas frente a quienes creyeron en los límites. El Código y su supervivencia se explican porque representa el predominio de quienes creyeron en los límites. Por ello puede afirmarse que hay una tradición legislativa argentina, que une a Feuerbach con Tejedor, con Rivarola, con Herrera, con Rodolfo Moreno.

La historia del Código es historia de pasión, porque es la historia de la República y, además, porque la del penalismo siempre es historia de pasiones. Cuando recorremos los anaqueles de las bibliotecas y vemos los lomos sobrios de los libros de Derecho Penal, no debemos permitir que nos mueva a engaño el silencio y el polvo acumulado, porque detrás de esos lomos siempre hubo pasiones: allí estará Beccaria en Milán, publicando su panfleto subversivo en forma anónima; Mello Freire en Portugal, defendiendo su proyecto contra las acusaciones de impiedad de sus censores; Giandomenico Romagnosi perseguido por carbonario; Pellegrino Rossi, insólito ministro de Pío IX, asesinado a puñaladas en circunstancias hasta hoy no esclarecidas, como suele decir la crónica de nuestros días. Y pensemos en Feuerbach, quien pese a que todo indica que murió de muerte natural, la tradición comenta que fue envenenado porque estaba investigando quién era un niño privado del derecho a la identidad a quien habían llamado Kaspar Hauser.

La historia del penalismo siempre es de lucha y pasiones, y por la nuestra desfiló la historia nacional. Los bandos no se dividieron exactamente por partidos, pues hubo personas de todos los colores políticos de uno u otro bando. Por eso no debe llamar

la atención la confluencia de voluntades ubicadas de modo tan dispar en el mapa de la política general. En la línea de Feuerbach, de Tejedor, de Rivarola, de Herrera, de Moreno, hubo conservadores, radicales, peronistas y socialistas, pero también los hubo del lado contrario. No fue una lucha signada por el color político, sino por el entendimiento que cada uno tuvo de la República y por su concepción de la sociedad.

Y hoy este Código que ha resistido todo, sigue resistiendo, porque los ataques no cesan. Hoy resiste los embates de un pretendido Derecho Penal pragmático para el cual el Estado es una empresa y los límites éticos no existen, interesando sólo su eficiencia, empresarial por cierto aunque de una empresa cada día más quebrada, frágil y reducida a casi un conjunto de ruinas. Ese Derecho Penal de emergencia pretende que los jueces sean autores mediatos de delitos, que el Estado se valga de espías delincuentes autorizados por los jueces a cometer delitos, que el Estado negocie impunidad a cambio de datos para condenar a otro o incluso para obtener dinero, que los tribunales se valgan de testigos secretos. Por ese camino vamos hacia el tribunal secreto, el fiscal secreto, es decir, eso que ya tenemos en algún país de la región y que no es más que el restablecimiento de la Inquisición. Y el Código sigue resistiendo a todo esto y estoy seguro que se impondrá su línea, la que nos señalaron sus gestores, la que debemos continuar con el perfeccionamiento de su obra, siempre amenazada por las emergencias de turno.

Es verdad que, a lo largo de esta historia que acabo de relatar, muchas de las manifestaciones de sus protagonistas, valoradas desde las perspectiva actual, pueden considerarse reaccionarias o represivas. Tengamos cuidado al emitir los juicios: no podemos olvidar que esto es producto de la inevitable dialéctica de la libertad: con igual criterio, mañana, los reaccionarios y represivos seremos nosotros. Pasa lo mismo con la dialéctica del saber: muchas de las grandes verdades de hoy son las grandes tonterías de mañana.

Para los que —equivocados o no— siempre apostaron a la línea privilegiante de los límites; para los que posibilitaron este proceso de gestación republicana y democrática del Código; para los que defendieron su subsistencia durante setenta y cinco años; para los que contribuyeron a que muchos caminen por las calles sin saber que a este Código le deben su libertad. Para todos ellos, sea el homenaje de este Congreso.

Eugenio Raúl Zaffaroni



Temas

- *ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y DERECHO PENAL*
- *IMPUTACIÓN OBJETIVA*
- *PENA Y CULPABILIDAD*
- *DOGMÁTICA Y POLÍTICA CRIMINAL DE LA VÍCTIMA*
- *GARANTÍAS Y BIEN JURÍDICO*
- *INTEGRACIÓN REGIONAL Y DELITOS ECONÓMICOS*
- *ALTERNATIVAS A LA PENA Y ALA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD*
- *LA CRECIENTE LEGISLACIÓN PENAL Y LOS DISCURSOS DE EMERGENCIA*

Estado constitucional de Derecho y Derecho Penal

GUILLERMO OUVIÑA

GUSTAVO L. VITALE

ENRIQUE BACIGALUPO

FRANCESCO PALAZZO

Coordinadora: JORGELINA CAMADRO

I. ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO PENAL

POR GUILLERMO OUVIÑA

1. *Primera parte*

Hace setenta y cinco años comenzó a regir el Código Penal sancionado en 1921. Si se recuerdan los rechazos que la intelectualidad argentina le prodigó, las enmiendas que le hicieron los mismos legisladores que poco tiempo antes lo habían sancionado, los proyectos que intentaron completarlo, modificarlo y, aun, sustituirlo, su prolongada vigencia podría causar nuestro admirado asombro. Dos aclaraciones nos evitarán juicio tan equivocado.

La primera, porque según una sabia máxima expuesta por Portalis —jurista que mucho sabía del oficio de hacer códigos— "...la experiencia prueba que los hombres cambian más fácilmente de dominación que de leyes...". Lo dicho vale para nosotros, pues en buena parte de estos setenta y cinco años los argentinos comprobamos cómo se desmoronaba el sistema republicano de gobierno y, naturalmente, cómo se desconocían y avasallaban las garantías constitucionales. Y no ocurrió en una sola oportunidad, sino en varias, y en ellas comprendimos dolorosamente la precoz advertencia de Mariano Moreno, acerca del peligroso destino de los pueblos que cambian de tiranos, pero no de tiranía. Y tales tropelías políticas se hicieron sin derogar la Constitución Nacional, ni el Código Penal, aunque la primera fue violada, y el segundo desfigurado. Es cierto, pues, que cambiamos más fácilmente de dominadores que de leyes, con la salvedad que encierra la restante aclaración.

El mismo Portalis, en el Discurso preliminar al Proyecto de Código Civil Francés, señala que "... los códigos de los pueblos se hacen con el tiempo, mejor dicho no se acaban de hacerse jamás...". Lo que en buen romance significa que nuestro Código Penal es una obra abierta, esto es, un sistema normativo que continuadamente se está haciendo desde 1922.

En suma, los pueblos cambian más fácilmente de gobiernos que de leyes, y éstas no están definitivamente hechas, sino que se van haciendo a través del tiempo. Es destino común a todos los Códigos que desde su sanción están ya maduros para ser reformados o derogados, y expuestos al riesgo de su equivocada interpretación.

El misticismo legalista, imperante en los albores de la codificación europea, atribuyó a los Códigos una perfección original, sin vínculos culturales con el pasado, ni aperturas hacia el futuro, pues creyendo que la razón era un instrumento idóneo para conocer las verdades universales y eternas, se confió en que podía por sí sola tener la suficiente y anticipada previsión de los problemas humanos, para los cuales también tendría la adecuada solución jurídica.

Tal concepción estimó que los Códigos estaban definitivamente terminados desde su creación, y eran tan razonables sus disposiciones que no podían dejar de ser fácilmente comprensibles. Por lo tanto, la interpretación no sólo apareció como una tarea inútil sino conspirativa, ya que la autoridad sospechó que so pretexto de querer descubrir el sentido de lo legislado, en verdad lo que se quería era desconocerlo.

La interpretación apareció, entonces, como un acto intelectual de usurpación de la autoridad. La conocida expresión atribuida a Napoleón traduce no sólo la sorpresa del Emperador, sino el temor de una subversión forense. Similar sentimiento debe haber animado a la autoridad política que expresamente prohibió comentar o dar lecciones al Código Penal de Baviera de 1813.

Hoy ya no compartimos tal optimismo racionalista, verdadera ingenuidad política, pues sabemos que los Códigos no sólo se complementan, reforman y derogan, sino que continuamente se interpretan. Al igual que en el tiempo de los hombres, en el de las leyes siempre es posible distinguir el inevitable envejecer del posible madurar.

Por lo tanto, el real sentido de esta evocación debe ser aclarado, porque más que homenajear el tiempo que ha transcurrido desde su sanción, lo que en verdad deberíamos festejar son los setenta y cinco años de esta continuada tarea colectiva que viene haciendo nuestro Código Penal. Cabe preguntarse si lo estuvimos haciendo bien o mal, y si durante este lapso algunos no estuvieron deshaciéndolo.

Tal interrogación no debiera limitarse a la consideración de sus bondades o defectos técnicos, sino que tendría que abarcar un espectro más amplio, dentro del cual tiene suma importancia el examen de las funciones o disfunciones políticas causadas. Al fin de cuentas, los Códigos son productos de la interacción humana, y por lo tanto manifestaciones de la cultura de una comunidad que resultan de la concurrencia de una serie compleja de factores. Nacen rodeados por las no siempre conciliables expectativas de distintos sectores de opinión y de grupos de presión, tratan de sobrevivir entre apologías y rechazos, y deben soportar el asedio de quienes si no los reemplazan, los mutilan o destruyen.

Además deben integrarse con otras pautas, pues en la configuración cultural de una sociedad conviven distintos marcos normativos para guiar la conducta de sus miembros, cuyos eventuales comportamientos determinarán distintas formas de respuesta social: aprobación, indiferencia o sanción. El reproche comunitario, a su vez, puede estar institucionalizado o no, y en el primer caso, a través de distintas ramas del ordenamiento jurídico, entre las cuales el Derecho Penal aparece como el instrumento portador de las sanciones más severas previstas por la comunidad, pero delegadas al Estado. Si se recuerda que dentro de las configuraciones políticas posibles, las atribuciones del Estado de Derecho son las más acabadamente definidas, se podrá comprender que aquél sólo recurrirá en mínima medida y en contados casos a la sanción penal, tratando de solucionar las restantes situaciones conflictivas por otros medios de acción ajenos a tan severo instrumento coactivo.

Por lo tanto, el Derecho Penal de un Estado de Derecho tendrá necesariamente, como rasgo esencial, una acotada finitud. Es más, su crecimiento desmedido no sólo nos mostrará la alteración de sus propios límites, sino que de modo indirecto nos alertará acerca de la peligrosa transformación del Estado que lo sanciona. Un cambio de tales características nos haría dudar de ese Estado aparentemente democrático, pues sospecharíamos que a la manera de un caballo de Troya, nos invade un oculto autoritarismo enmascarado en una forma aparentemente constitucional para vencer nuestro contralor y frustrar toda posible resistencia.

Por lo tanto debemos hacer el elogio de la vigilia, único modo de amparar la inevitable fragilidad estructural del Estado de Derecho. Pero, no puede hacerse una exitosa vigilancia de la Repúbli-

ca si no se aprende a reconocer los productos culturales que afectan su estabilidad. Es necesario adiestrarse en alguno de los oficios idóneos para tal objetivo, entre los cuales merece nuestro particular interés el de saber reconocer las disfunciones políticas de las legislaciones penales. Claro está que nadie puede reconocer lo que no ha conocido antes, por lo que tal tipo de percepción presupone recurrir a la memoria histórica para que puedan contemplarse los datos ilustrativos del pasado, que faltan en el presente democrático.

Por lo tanto, y recordando la advertencia inicial, me propongo examinar si durante estos setenta y cinco años hemos estado haciendo un Derecho Penal a la imagen y semejanza del Estado de Derecho o de un orden indefinidamente represivo. En suma, nos preocupa saber si hemos avanzado o retrocedido en el camino hacia el ideal de un Derecho Penal republicano.

Para poder formular tal juicio evaluativo sobre bases objetivas, es necesario contar con una breve, pero decente, crónica penal, es decir, con un inventario de datos que no estén contaminados por la subjetividad de las preferencias de escuelas, partidos o militancias. Tal tipo de evocación evitará el olvido de un pasado represivo y favorecerá el reconocimiento de las eventuales similitudes que puedan aparecer en el futuro.

A partir de esos datos objetivos que se exhiben como el aspecto manifiesto de un orden jurídico, es posible conocer los valores, jerarquías axiológicas, actitudes, prejuicios, sentimientos colectivos y tradiciones, es decir el conjunto de todos aquellos factores reales que integrando el aspecto encubierto de la cultura, estructuran los cimientos de un orden represivo subyacente y oculto.

Vale la pena recordar que este Código tuvo origen legítimo, tanto en sentido formal como sustancial. Lo primero porque fue sancionado por el Congreso de la Nación y promulgado por un Presidente Constitucional. Lo segundo, porque se trataba del primer gobierno elegido por medio del sufragio obligatorio y secreto, es decir, por la llamada "ley Sáenz Peña", en la que triunfó el candidato opositor Hipólito Irigoyen. Una ley electoral que se eligió desde el poder sin pensar en la posibilidad de una derrota, sino en la razonabilidad de su procedencia eleva a grado óptimo la democracia real de un Estado de Derecho. En esa cuna republicana nació el Código en 1921, blasón que seguramente luce más por el contraste con algunas reformas que luego le sucedieron.

El Código Penal fue mal visto al tiempo de nacer, como si se tratara de un bastardo para la entonces dominante intelectualidad universitaria que lo pretendía positivista y que viéndolo neoclásico le negó legitimidad científica. A este generalizado desdén académico se sumó la previsible oposición de las mentalidades autoritarias que se sintieron desamparadas porque apartándose del Código anterior, el nuevo no adoptaba la pena de muerte, ni la presunción del dolo, y, en cambio, admitía riesgosas formas de ejecución de las penas restrictivas de la libertad.

En verdad, tales críticas carecían de serio fundamento. No existe razón para que el dolo pudiera ser judicialmente presumido, escapando a las exigencias generales que impone la carga probatoria en el debido proceso. En cuanto al reproche positivista, el haberse distanciado de sus principales postulados, más allá de la concesión hecha por el codificador a la peligrosidad al tratar la pena del delito imposible (C.P. 44 *in fine)* —que justificara la conocida objeción de Núñez— ha sido uno de sus principales méritos, como lo ha demostrado la franca retirada de tal escuela ante las críticas demoledoras que se le dirigieron.

Y en lo relativo a la pena capital y a la condena y libertad condicionales, es evidente que ni la ausencia de la primera, ni la adopción de las últimas eran motivos suficientes para descalificar un código por haber hecho una elección que, no sólo muchos juzgamos acertada, sino que por entonces tenía y hoy sigue teniendo la fundada aceptación de importantes sistemas extranjeros.

Por cierto, la legitimidad de su origen no excusa sus defectos técnicos, como tampoco la procedencia constitucional de una autoridad política autoriza a disimular sus yerros. Pero, una vez que pasaron las actitudes prejuiciosas, sin disimular sus vacíos legislativos, ni sus errores, la doctrina nacional dejó de ignorarlo y comenzó a intentar por medio del método dogmático su mejor comprensión. Es así como, desde 1940, fecha de la publicación de la parte general del tratado de Sebastián Soler, se ha logrado por la meritoria acción de los estudiosos de diferentes tendencias y orientaciones una doctrina penal de notable jerarquía.

Pero, sin sustento en la doctrina y muchas veces a pesar de la opinión de los penalistas más destacados, el Derecho Penal argentino tuvo desviaciones autoritarias. Espero demostrar que a través de estos setenta y cinco años tanto el Derecho Penal como el Estado de Derecho marcharon no sólo por caminos, sino también por atajos paralelos, y si bien no estamos frente al Código

perfecto de un país perfecto, también espero que se le reconozca el mérito de haber podido sobrevivir en tiempos antidemocráticos como el Código Penal posible para una República posible. Y convengamos que no es poco.

Cabe formular aquí una reflexión que espero no se juzgue prescindible. No sabemos si nuestra siempre incipiente República ha madurado lo suficiente para no caer en el antiguo yerro de enfrentar las dificultades de la realidad cotidiana recurriendo a la reforma de las leyes, pero conservando las actitudes y los malos hábitos sociales y políticos que las hacen impracticables. Sobre este reiterado error político ya nos llamaba la atención el filósofo Bentham con palabras memorables.

Es sabido que cambiar una Constitución no es una tarea muy difícil: seguramente es más fácil que la de educar a varias generaciones en la difícil disciplina de respetarla. Es evidente que la hoy tan requerida seguridad no nos pide la reforma integral de todos los códigos y leyes vigentes en nuestro país, lo que además de insensato sería estéril si no fuera precedida por un cambio de actitudes hacia el Derecho, tanto por parte de las autoridades como de los individuos. Aquéllas, con su equivocada acción dificultan la vigencia del Derecho, y una de las formas más paradojales es la continua revisión de las leyes, pues un marco inestable dificulta o imposibilita la comprensión del significado jurídico de nuestros propios actos.

Esa necesaria estabilidad legal supone no sólo el acierto de saber crear normas adecuadas y oportunas, sino el no menor mérito de resistir a la tentación de cambiarlas, por el mero hecho de poder hacerlo. La realidad social suele dar lecciones cuando no se respetan estas elementales razones del sentido común, pues ni la excelencia de un proyecto, ni la autoridad científica de sus autores asegura la procedencia del cambio, ni el éxito político de su sanción. No debe considerarse un hecho paradojal o un sin sentido político la distinta suerte corrida por el Código Penal y por los Proyectos que pretendieron reformarlo. El primero, elaborado por el trabajo personal del Dr. Rodolfo Moreno (h) , que no era catedrático, ni publicista, sino un hombre político, logró ser sancionado y promulgado. En cambio, una sucesión de Proyectos redactados por destacados profesores de Derecho Penal presentados en 1937, 1941, 1951, 1953, 1960 y 1979, que pretendían su integral sustitución —es decir, tanto de la parte general como de la parte especial— no lograron su sanción. Un viejo

dicho español dice que las cosas tienen sus veces. Podemos agregar: los Códigos también.

A diferencia del fracaso de los proyectos sistemáticos, un buen número de los que sólo proponían su reforma parcial o su complementación efectivamente lograron convertirse en leyes, y si bien algunas lo mejoraron, otras alteraron indebidamente su sistema.

Estos datos nos informan acerca de ciertas actitudes en el aspecto encubierto de nuestra cultura jurídica, las que parecen traducir una cierta resistencia parlamentaria a las sustituciones integrales del sistema y una marcada preferencia por las reformas parciales. Tal vez por ahí apunte la correcta asimilación de las reflexiones de Portalis, sobre todo en las postrimerías del siglo xx, un tiempo en el que no sólo ha desaparecido el mito de las legislaciones racionalmente perfectas, sino en el que se está cuestionando el real beneficio de los no siempre justificados procesos codificatorios, en los que a veces un cierto fetichismo por lo sistemático suele amancebarse con no pocas frivolidades académicas. Acaso esta prolongada vida del Código Penal no sea necesariamente una mera y disfuncional resistencia al cambio, sino una manifestación de los factores reales que debe contemplar la legislación, para no convertirse luego en simples hojas escritas. También en materia de Códigos, mejorar no siempre significa demoler. Las leyes no nacen en un vacío cultural desvinculadas del pasado, ni tampoco desaparecen sin arrastrar tras de sí buena parte de la doctrina que generaron en torno a sus reglas y estructuraron en relación a su articulado. No parece sensato despreciar los antecedentes, ni los frutos consecuentes.

Pero, al margen de su eventual derogación, durante su vigencia deben ser estudiados desde distintos enfoques para lograr su comprensión integral, partiendo del nivel de lenguaje objeto hasta aproximarse a los contenidos normativos no explícitados por el legislador.

Si bien el Código Penal ordinariamente debe someterse al conocimiento científico interdisciplinario, en ciertas ocasiones puede ser destinatario de graves cuestionamientos. En estos casos, será sentado en el banquillo de los acusados cuando se lo sospeche instrumento políticamente perverso al servicio del autoritarismo, o se lo denuncie como inútil para amparar al individuo que en una situación límite se pregunta si no ha llegado la hora de armarse en defensa de su propia seguridad, y de satisfacer su sentimiento de justicia por mano propia.

Estas dos demandas las juzgo preferentes pues si el Derecho Penal, por cínico o por inútil, nada hiciera para librarnos del torturador o del bandido, no daría respuesta a una necesidad elemental, acuciante e impostergable, que al no ser atendida podría canalizarse por medios peligrosos para todos. La voz de los desamparados es la que debiera escucharse preferentemente, pues el Derecho en general y el Derecho Penal en particular, no han sido creados para atender solamente peticiones académicas. Tienen el concreto objetivo político de intentar la protección de los bienes jurídicos, meta común con otros medios a los que no sólo deben sumarse sino integrarse. No hay Código que pueda estar a cubierto de tales demandas, ni democracia que pueda subsistir mucho tiempo a la espiral vindicativa de la lucha de todos contra todos. Pero, tanto el uno como la otra podrán salir airosos si logran demostrar a través de su concreta vigencia que aún el Derecho Penal y el Estado de Derecho son posibles.

Von Liszt decía que el Código Penal era la Carta Magna del delincuente, en el sentido de que por el hecho de haber cometido un delito aquél no dejaba de ser una persona con derechos, por lo que si era tratado fuera de sus previsiones o padecía más allá de lo estrictamente admitido como sanción penal, el delincuente era en verdad una víctima. Se ha enfatizado a tal punto esta idea, por cierto correcta, que en buena parte de la vigencia de nuestro Código Penal se ha olvidado, con pocas excepciones, a la víctima, cuya consideración ha tenido tardía incorporación a la doctrina dogmática o criminológica.

En tal sentido, debemos aunar nuestros esfuerzos para configurar un Derecho Penal tan equilibrado en sus objetivos y en sus medios, que realmente funcione como la Carta magna de todas las víctimas, es decir de todos los damnificados por el poder criminal, sea que éste provenga de la conducta particular o del abuso de los funcionarios. En el mundo actual ya nadie pone en duda la existencia de criminales tremendamente poderosos, en algunos casos más que el propio Estado, y, en otros, confundiéndose con el Estado mismo.

2. ***Segunda parte***

Dice Soler que "a un Estado siempre se le puede decir: muéstrame tus leyes penales, porque te quiero conocer a fondo". A través de estos setenta y cinco años, el poder político ha tenido

distintas configuraciones, y frecuentemente al mostrarnos las normas penales que iba creando, pudimos ver que en el fondo tenía muy malas entrañas.

No me refiero al hecho de que las leyes penales nos revelen el fondo represivo de un gobierno. Es sabido que frente al delito tanto las personas como los Estados suelen tener un alto grado de intolerancia, notoriamente mayor que el previsto para otro tipo de ilicitudes. También es sabido que la consecuencia es una sanción notoriamente más grave que las establecidas en otras ramas del Derecho. Pero, una cosa es que el Estado apele excepcionalmente al Derecho Penal como instrumento garantizador de la seguridad individual y colectiva, y otra, muy distinta, que se convierta en el medio defensivo ordinario del propio Poder. El orden autoritario crea adicción al verdugo, oficial o clandestino, y hasta en el lenguaje se reiteran palabras endurecidas como, por ejemplo, "aniquilamiento, exterminio, solución final", ajenas al habla de los hombres de Derecho.

Bueno es saber que estas formas corruptoras o destructoras del Estado de Derecho no avisan su llegada. Directamente se instalan, y a veces lo hacen enmascaradas para dificultar su descubrimiento. La clave del reconocimiento de una modalidad represiva es la aceptación del poder como razón suficiente para un decisión. Se trata de una legitimación viciada que pretende justificar el acto elegido simplemente porque se lo puede hacer.

Por supuesto, el poder hacer algo no tiene las mismas dificultades de comprensión que presenta el deber de hacerlo, pues en aquél cada uno sabe inmediatamente si podrá o no lograr un determinado objetivo o emprender una cierta acción. En cambio, no existe tal inmediatez en el campo de los derechos, facultades, atribuciones, obligaciones y deberes, pues entre nosotros y nuestros objetivos debe existir la máxima que justifique su procedencia, y es sabido que el descubrimiento de tal máxima no es tarea sencilla, ni siquiera para los filósofos especializados en los temas de la razón práctica.

Por eso, la sensación de saberse fuerte tiende al uso de la falacia represiva, razonamiento lógicamente inválido que pretende inferir del hecho circunstancial de poder hacer algo, el derecho de hacerlo. Es un caso de improcedencia lógica por inversión del consecuente, que otorga autónoma, pero aparente, razonabilidad a la conducta del violento. Así, un hombre pegará a su

mujer o a su hijo simplemente porque puede pegarles, el capanga azotará al mensú porque puede azotarlo, el carcelero apremiará al detenido porque puede torturarlo.

Si comparamos el poder que de hecho tienen esos dominadores sobre sus circunstanciales dominados con el poder institucionalizado, percibiremos una diferencia abismal, pues la relación política no es aleatoria sino jurídicamente asimétrica, ya que uno de los términos —el Estado— no sólo tiene permanente capacidad para tomar decisiones que pueden afectar al otro, sino que puede incluso recurrir legítimamente a la fuerza para imponer tales decisiones. (Tucídides ya lo percibió cuando dijo : "los oprimidos no legislan").

La disponibilidad de la violencia institucionalizada es la *ultima ratio* del Estado, y por ella puede poner límites para evitar o contener una acción no querida por el Poder. Precisamente en su origen, la palabra represión significaba la acción destinada a poner límites, sentido que aún conserva la palabra "represa". Y en la terminología utilizada por el codificador es frecuente encontrar la expresión "será reprimido" como equivalente a "será penado". La determinación legal de esa amenaza evidencia la noción de límite característica del Estado de Derecho, por lo que la represión entendida en su significado etimológico, es precisamente una de sus atribuciones legítimas

Pero, como decía el maestro Ángel Vasallo, una explicación que se limitara al sentido etimológico de las palabras, incurriría en una especie de barbarie filosófica. Por cierto, las palabras también se civilizan con el tiempo, van complicando su sentido original, y en esta desviación semántica —no sería correcto hablar de evolución— nos conducen con igual derecho a distintos significados. Es así como la palabra "reprimir" ha ido perdiendo el claro sentido de legítima limitación para convertirse prácticamente en sus antónimos "extralimitación, persecución, exterminio".

Con este último significado hicimos, hace algunos años, un seminario acerca del "orden represivo" en nuestro país, a la manera de una Semiología jurídica destinada al reconocimiento de los síntomas del autoritarismo penal, para que los estudiosos del Derecho se adiestraran en la oportuna y adecuada percepción de sus apariciones precoces. El tiempo concedido a los expositores de este panel me impide una explicitación exhaustiva, pero confío en que los datos seleccionados resulten suficientemente ilustrativos.

Ante todo, es necesario despojarse de cualquier categorización maniqueísta, fundada en prejuicios, militancias partidistas, o cualquier postulación subjetiva. Sólo debe atenderse a los datos objetivos para un análisis de la represión autoritaria. Esto nos evitará caer en una división simplista entre grupos de pertenencia y grupos de referencia, a la manera de los buenos y los malos, división que en materia de política es tan poco eficaz, como efímera, porque tanto unos como otros pueden mudarse continuamente de bando.

Lowenstein ironizaba al respecto diciendo que el poder es demoníaco y que sólo en el hipotético e improbable caso de que los santos lo tomaran, habría gobernantes que segura y ciertamente resistirían a la tentación de abusar de él.

Por lo tanto, si bien debemos esperar que durante los gobiernos de facto ocurran desviaciones y deformaciones del Derecho Penal, no debemos descartarlas en la actividad de los gobiernos *de jure*, pues en éstos también pueden aparecer brotes represivos. Es posible que, en el caso de nuestro país, tal posibilidad obedezca a que nuestra vida institucional no ha logrado una suficiente madurez cívica a consecuencia de su forzada discontinuidad.

Pero, un Derecho Penal totalitario no nace imprevistamente *ex nihilo*, ni aparece en cualquier comunidad. Por el contrario, suele ir preparándose a través de una serie de factores que moran en su cultura encubierta y crecen a costa de la debilidad histórica de ciertas vacilaciones políticas. Si se repara que después de lograda nuestra independencia la vida cotidiana durante décadas fue enturbiada por luchas intestinas en las que el homicidio, la tortura y el saqueo no escasearon, y que la pena capital se ejecutaba a lanza y cuchillo, no nos puede sorprender la fragilidad de nuestra organización política. No siempre se ha sabido valorar en su justa dimensión que la guerra civil constituye la más cruel y persistente forma de criminalidad, no sólo porque durante el tiempo bélico pocos desmanes quedan sin emprenderse, sino porque sus secuelas sobreviven a la capitulación del bando perdedor, dejando a los vencidos a merced de los compatriotas vencedores.

Las democracias que se asientan sobre tan comprometidos cimientos históricos difícilmente dejen de recurrir a formas severas de dominación. Ellas tienden a retacear, aunque sea transitoriamente, las libertades políticas, circunstancia que no pasó

desapercibida hace más de un siglo para Juan Bautista Alberdi cuando diseñaba las bases de una república posible. Por eso, la irrupción de las formas políticas autoritarias no puede causar sorpresa a quien analice las vicisitudes de nuestra organización constitucional y reconozca los signos de debilidad institucional que presentaba la República.

Además, de los componentes disociadores de un pasado político altamente conflictivo, tanto el Estado de Derecho como el Derecho Penal recibieron estímulos ideológicos nocivos.

En cuanto al primero, las doctrinas que sustentaron las variadas formas del totalitarismo europeo tuvieron repercusión en grupos castrenses, sindicales y políticos. Las nuevas ideas postulaban un orden asentado en la represión fulminante y ejemplarizadora del infractor, especialmente si se trataba de un disidente político.

Tal concepción movilizó no sólo tentativas corporativistas sino un Derecho Penal intimidatorio, dando nuevos impulsos a quienes postulaban la reimplantación de la pena de muerte, para lo cual se presentaron proyectos de ley en 1927, 1929 y 1933, todos los cuales fracasaron.

Como dije, también el Derecho Penal padeció la influencia de estímulos nocivos, por obra de la doctrina pretendidamente científica del positivismo criminológico italiano, que en la Argentina tuvo notable y prolongada aceptación, pues salvo pocas excepciones, contó con la adhesión de la mayoría de los penalistas y criminólogos.

El giro copernicano que tal doctrina promovía al desplazar el fundamento de la seguridad jurídica hacia el concepto de la defensa social, determinó una disminución del valor teórico del delito, que pasó a tener sólo una importancia sintomática, pues el epicentro del sistema debía girar sobre la peligrosidad, especialmente sobre la peligrosidad sin delito. Todas las categorías analíticas y teorías del Derecho Penal quedaron alteradas por este pasaje desde el campo del hacer al del ser, desplazando la función garantizadora de la tipicidad como previa descripción legal de lo prohibido, hacia la vaguedad conceptual de la peligrosidad. Por fortuna, la lucidez de Soler, revelada en su primer libro (1929), y la ironía de Madureira de Pinho, expuesta en un Congreso internacional (1939), desnudaron la máscara pretendidamente científica del positivismo y revelaron sus falencias e incongruencias.

Pero, como suele ocurrir con las ideas falsas, su muerte académica no importa su defunción política. El positivismo fracasó en sus tentativas doctrinarias, pero involuntariamente dejó instrumentos conceptuales para la represión política. Los totalitarismos europeos congeniaron con este sistema conceptual que no limitaba, sino intensificaba, la falacia represiva.

En nuestro país, inmediatamente después de la sanción del Código, hubo tres intentos frustrados por transformar el sistema penal al modo positivista, con los proyectos de estado peligrosos de 1924, 1926 y 1928. Fueron batallas perdidas para el positivismo, pero esta triple derrota no tuvo el valor de una capitulación total. La doctrina peligrosista, en plena retirada consiguió refugiarse en el importante dominio del derecho contravencional, donde algunos edictos policiales aún se sustentan en la versión ontológica de la ilicitud, como en el conocido caso del "profesional del delito que vagare por la ciudad", en el que claramente se pena no por lo que alguien hace, sino por quien es el alguien que lo hace.

Todas estas variables acosaron al Estado de Derecho y al Derecho Penal democrático, pero no determinaron su inmediata transformación, para lo cual debió contarse con el detonante de la violencia ejercida por grupos sediciosos.

Si bien ningún golpe de Estado nos manda el preaviso del inminente despido de nuestras garantías constitucionales, pues simplemente se instala en el asalto delictivo del Poder, en nuestro país aparecieron paulatinamente signos inequívocos de una incipiente doctrina represora, a través tanto del menosprecio manifestado hacia el sufragio universal, como de la aceptación de una moral de los resultados, sustentada en el principio según el cual el fin justifica los medios.

En septiembre de 1930 —cuando el Código Penal tenía apenas ocho años de vigencia— se consumó impunemente uno de sus más graves delitos. Ese cuartelazo que al derrocar a un gobierno constitucional lograba interrumpir una prolongada vida institucional organizada en 1853, inauguró una serie de golpes de Estado que fueron progresivamente deteriorando al ordenamiento jurídico del país y, como se podrá apreciar, al sistema penal en particular.

La sedición no sólo no fue judicialmente condenada sino que, a través de una incalificable actitud de la Corte Suprema de Justicia, recibió el reconocimiento del único Poder que no había

avasallado. La Corte, violando su propia doctrina según la cual los jueces no deben formular apreciaciones de carácter abstracto, esto es, fuera de un concreto caso jurisdiccional, dictó la insensata Acordada del 10 de septiembre de 1930. Por ésta, sostuvo que ante un gobierno de facto cuyo título no podía ser judicialmente discutido pues ejercitaba la función administrativa y política derivada de su posesión de la fuerza como resorte del orden y de seguridad social, y por razones de necesidad, resolvió convalidar la legitimidad de las futuras designaciones de funcionarios y la de los actos que éstos realizaran. Además, sostuvo con increíble ingenuidad que si después de normalizada la situación el Gobierno desconocía las garantías constitucionales, el Poder Judicial se encargaría de restablecerlas y de hacer cumplir la Constitución Nacional.

Esta claudicación del más alto tribunal del país comprometió seriamente no sólo los derechos de las personas contemporáneas al golpe, sino al futuro institucional de la República. A partir de entonces, sucesivas complacencias del mismo tribunal, aunque con distinta composición, fueron progresivamente conmoviendo los cimientos del Derecho Penal y las garantías del debido proceso. Fue así como el principio de legalidad terminó acosado por una serie de interpretaciones complacientes que convirtieron en una fórmula espuria a la garantía de no haber pena, ni delito sin ley previa, al sustituir la ley del Congreso por cualquier otra norma, es decir, decreto, decreto ley, bando, resolución, ordenanza, edicto. Hasta se cometió la picardía de llamar "ley" al decreto, como si de esta forma se pudiera salvar la clara objeción de los arts. 18 y 67 inc. 11 de la C.N.

Es posible que para alguno éstas sean formalidades intrascendentes. Enrique Galli solía decir que detrás de una formalidad jurídica siempre hay una libertad en peligro. Esto viene a cuento para aclarar que al prostituido sentido del *nullum crimen...* siguieron otras alteraciones patológicas del sistema: afiliaciones obligatorias para acceder a un cargo público, contribuciones forzosas, detenciones clandestinas, represión penal por pronunciar o escribir palabras prohibidas, clausura de periódicos, cesantías de jueces y profesores universitarios, movilización de huelguistas, consejos de guerra, leyes marciales, fusilamientos de civiles y militares, grupos de choque y escuadrones de la muerte, torturas y desaparición de personas, incluso de niños. Todo eso ocurrió en nuestro país, pero cabe acotar que el Código Penal per-

maneció al margen de tales desmanes jurídicos. No es poco mérito para que hoy sea honrado.

De acuerdo a lo anunciado, examinaré algunos textos legales que sancionados por distintos gobiernos fueron configurando una progresiva alteración del Derecho Penal republicano. Comenzaré por analizar tres leyes que, no obstante haber sido sancionadas por el Congreso de la Nación y promulgadas por el respectivo Presidente constitucional, son incompatibles con la noción de Estado de Derecho que estructura nuestra Constitución.

La primera fue la ley 4144 sancionada en 1903 como respuesta del gobierno constitucional a los problemas que presentaban los crecientes conflictos laborales, al temor que suscitaba por una parte su organización sindical y, por otra, la creciente actividad de los anarquistas. En virtud de dicha ley el Poder Ejecutivo podía expulsar inmediatamente del país a cualquier extranjero que considerara peligroso, hubiera cometido o no cometido delito, sin ningún tipo de proceso en el que se demostrara la procedencia de tal calificación, ni de ningún trámite que permitiera efectuar descargos o defensas. Esta ley fue acompañada por la creación de la luego famosa Sección Especial de la Policía, en la que se delegaría el trámite individualizador de los peligrosos. Este afincamiento represor de la doctrina positivista en el Poder de Policía hizo decir a Terán que una de las características del positivismo latinoamericano residía en su asombrosa capacidad para hablar desde la institución. En verdad, este hecho debiera convencernos acerca de la necesaria evaluación crítica de las ideas penales, para evitar que después de su ingenua aceptación en la cátedra terminemos padeciéndolas en el discurso represor. Esta ley, claramente violatoria del art. 20 de la Constitución, debida a la iniciativa de Miguel Cané, y reiteradamente condenada por el pensamiento político opositor, fue conservada por los sucesivos gobiernos constitucionales a lo largo de cincuenta y seis años. Demasiado tiempo para estimar que se trataba de una equivocada decisión tomada en un momento de confusión política. Nos parece un claro exponente de un orden penal represivo incompatible con el Estado de Derecho, toda vez que lo decisivo para su aplicación era sospechar por parte de la autoridad policial y ser extranjero por parte del sospechado. El etnocentrismo patológico que fundamenta esta fobia política marginó del amparo constitucional al que no era argentino, y despojó a los jueces del monopolio jurisdiccional previsto en la Constitución.

Un segundo caso es la ley 12.830 que reprimía el delito de agiotaje o, como se acostumbró a decir, el agio. Sumaba a los conocidos riesgos de toda ley penal en blanco, una complementación normativa tan peculiar que difícilmente pueda existir un sistema parecido en el Derecho comparado. Se trataba de una ley de emergencia, prorrogada año tras año, que penaba el acaparamiento y el lucro indebido en la comercialización de los artículos de primera necesidad, para lo cual tuvo que delegar en normas posteriores tanto la determinación de tales bienes, como la de sus correspondientes precios máximos. Esta ley en blanco fue sucesivamente integrada por otras leyes, decretos, decretos leyes y resoluciones ministeriales en una cantidad tal que difícilmente se podía determinar el contenido concreto del tipo delictivo, grave defecto al que se sumaba una excesiva batería de penas. En efecto, el hecho de vender un producto por encima de su precio máximo exponía al comerciante a padecer prisión hasta seis años, multa hasta un millón de pesos, expulsión del país si se trataba de un extranjero, pérdida de la personería jurídica si se trataba de un ente artificial de derecho, y clausura de los respectivos locales.

Como tercer y último ejemplo podemos citar la ley 13.569 (B.O. del 25 de octubre de 1949), que por su art. 4 agregó a la figura del desacato prevista en el art. 244 el siguiente texto: "...Cuando se utilice la imprenta para cometer desacato cuyo juzgamiento competa a la justicia federal o a la de cualquier fuero de la Capital o los territorios nacionales, será personalmente responsable el director del periódico en que apareciera la publicación o quien la editare, a menos que, indicado el autor por el imputado hasta tres días después de la fecha fijada para recibir la declaración indagatoria, aquél comparezca al juicio dentro de los cinco días posteriores y se declare autor de la publicación incriminada. Esta excepción no rige en el caso de que la ofensa haya sido proferida por otro anteriormente y se reproduzca en un impreso. El director o editor no será exonerado de responsabilidad si el que se presentare como autor no poseyere, manifiestamente, aptitud para haber ejecutado el hecho, estuviere procesado o sufriendo pena privativa de libertad, se hallare ausente, desertare del juicio o fuere incapaz. A los efectos de lo dispuesto precedentemente, los directores de publicaciones periodísticas comunicarán por telegrama colacionado al Registro de la Propiedad Intelectual su nombre y domicilio antes de que comience a

editarse el periódico o de que se hagan cargo de sus funciones si las recibieren de un antecesor. Se aplicará multa de dos mil a cinco mil pesos a quien incurriere en falsedad al formular la declaración. Los que la omitieren serán reprimidos con pena de la misma naturaleza, que consistirá en una cantidad fija de dos mil pesos, además de cien pesos diarios mientras permanezca incumplida la obligación."Como se podrá apreciar esta ley dio relevante función represiva al desacato cometido por el periodismo, convirtiéndolo en un instrumento para la persecución de la prensa libre.

La evocación de estas tres leyes, no vigentes en la actualidad, permite a título de muestreo suficientemente representativo, comprobar que a pesar del origen constitucional de los gobiernos que las sancionaron y promulgaron, sus disposiciones eran claramente incompatibles con el sistema penal de un Estado de Derecho.

3. *Tercera parte*

El cuartelazo de 1930 es el resultado de muchos factores políticos, sociales y económicos, tanto en el orden nacional como internacional. También incidieron el desequilibrio entre los yerros y aciertos de los gobernantes, y el enceguecido oportunismo de algunos opositores. Pero, estos ingredientes no son por sí mismos sediciosamente operativos, pues todavía les falta el detonante circunstancial que ponga en marcha la llamada falacia del poder, por la cual si alguien tiene fuerza suficiente para apoderarse del gobierno, debe hacerlo, y si en la defensa de tal fuerza, se puede hacer al adversario lo que se quiera, será necesario hacerlo.

Puestos en la tarea de instalar un concreto orden represivo, los sucesivos gobiernos de facto debieron dictar normas penales porque el Código Penal no era idóneo para tales fines.

Como primer ejemplo de este orden represivo podemos considerar el peculiar regreso de la pena de muerte a la legislación ordinaria, de la que había salido precisamente por obra de este Código. En verdad, lo que llama la atención no es la pena en sí misma, sino el modo en que fue institucionalizada y los alcances que se le concedieron. La pena de muerte, que en mi opinión merece muy serias objeciones, no está prohibida, sino limitada por nuestra Constitución Nacional, y dentro de tales restriccio-

nes el Congreso de la Nación la incorporó en varias oportunidades a la legislación común de nuestro país: Código de 1887, leyes 49 (en 1863), 4189 (en 1903), 7029 (en 1910), 13.234 (en 1948) y 13.985 (en 1950). Y aunque llame la atención también estuvo vigente entre 1877 y 1881, por obra de Legislaturas provinciales de Buenos Aires, Entre Ríos, Corrientes, Santa Fe, San Luis, Catamarca, Salta y Tucumán, que ante la inoperancia del Congreso Nacional adoptaron el Proyecto Tejedor que la tenía prevista. Y también rigió a través de ese mismo Proyecto en la ciudad de Buenos Aires, después de su federalización en 1880, por la ley 1144.

Pero en tales ocasiones la pena de muerte era una elección posible dentro de las alternativas ofrecidas por la política criminal, pero no importaba una distorsión del sistema constitucional del Estado de Derecho. Veamos, ahora, cómo regresa a través de los poderes sediciosos, esto es cómo se implanta la pena capital en la Argentina, sin Parlamento representativo que la debata y sancione, ni presidente electo que la promulgue.

Comenzaré por la llamada ley 18.701, publicada en el B.O. el 3 de junio de 1970:

Entre otros casos, castigaba con pena de muerte a quien atentare con armas contra un buque, aeronave, cuartel o establecimiento militar o de fuerza de seguridad, o sus puestos de guardia, o su personal. Como podrá apreciarse el hecho no requería resultado, pues aunque no se causare muerte o lesiones, ni daños sobre las cosas, era igualmente merecedor de la pena de muerte. Además equiparaba de modo sorprendente el ataque contra bienes con el previsto al final sobre las personas. Es evidente que un sistema penal que ha puesto el límite de 25 años de reclusión o prisión para el homicidio del propio hermano, no puede integrarse con tamaña forma de castigar un delito de peligro.

Más adelante, la misma norma factuosa reprime con pena de muerte a los que ilegalmente usaren insignias, distintivos o uniformes correspondientes a las fuerzas armadas o de seguridad, cuando se usaren para preparar, facilitar, consumar u ocultar cualquier delito que tuviere prevista una pena máxima superior a ocho años de reclusión o prisión, o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro. Es notorio que la gula represiva y la mala técnica legislativa iban de la mano, pues para lograr una remisión abarcadora, el ignoto legislador no se molestó en enumerar los delitos, sino que los nombró indi-

rectamente con una referencia a su penalidad. Así, de este engendro jurídico pueden resultar consecuencias penales francamente absurdas. En tanto un violador sin uniforme que consuma tal delito sería punible por nuestro C.P. con reclusión o prisión de 6 a 15 años, la norma del gobierno de facto ordenaba fusilar al que se pusiera el uniforme para cometer una violación, aunque ni siquiera hubiere llegado al grado de tentativa. En esta hipótesis nuestro C.P. sólo le reprocharía haber cometido el delito penado con multa en el art. 247. He aquí un claro ejemplo de la tragicomedia jurídica de los represores que se ponen a reformar lo que no conocen.

El mismo estilo se revela cuando la norma, que había previsto el fusilamiento del secuestrador si la víctima moría o sufría lesiones gravísimas, establecía la retroactividad de la pena capital aunque los secuestros hubieran comenzado antes de su entrada en vigencia (arts. 1 y 6), en franca violación del art. 18 de la C.N. y del art. 2 del C.P.

Por otra parte, el art. 5 mezclaba un no bien asimilado concepto del delito de encubrimiento y un muy bien entendido postulado inquisitorial de la delación obligatoria. En efecto, se penaba con reclusión o prisión de 5 a 25 años, entre otras conductas, el no haber denunciado de inmediato a la autoridad competente uno de los delitos comprendidos en la presente ley. Es tal el sentido represivo que no se distingue entre los que tienen, por su función, el deber de dar la noticia de cualquier delito, y el resto de la población, destinataria de una pena con un máximo similar a la prevista para la traición a la patria o para el homicidio.

Dos acotaciones para terminar con esta norma: *a)* la prisa y la falta de oficio le hacen a este legislador factuoso establecer imperativamente que la pena de muerte deberá cumplirse dentro de las 48 horas de encontrarse firme la condena. La sustitución del término legal "días" por "horas", parece haberle impresionado como plazo dotado de mayor rapidez, sin perjuicio de reconocer que la inesperada expresión "dentro" podía haberle causado más de un disgusto jurídico si, por cualquier motivo, hubiera transcurrido el término sin haber podido ejecutar la pena; *b)* Todavía hay más: la ley, por expresa disposición del art. 12, alteraba el sistema general de nuestro ordenamiento jurídico pues comenzaba a regir antes de su publicación. Y estamos hablando de la pena de muerte....

Un segundo ejemplo lo muestra la llamada ley 21.264 que implantaba la pena de muerte a partir de las trece horas del 24 de marzo de 1976, es decir dos días antes de su publicación en el Boletín Oficial (26 de marzo de 1976).

Entre las infracciones susceptibles de tal pena se incluían dos modalidades de peligro: el atentado a los medios de transporte (art. 2), y el envenenamiento de aguas (art. 3), los que determinarían el fusilamiento de los infractores aunque no hubieren resultado muerte o lesiones. Como se podrá apreciar tal tipo de penalidad distorsiona el sistema previsto para tales conductas en el Código Penal (conf. art. 193: un mes a un año de prisión; y art. 200: reclusión o prisión de tres a diez años).

A su vez por el art. 5, se establecía que el personal de las fuerzas de seguridad y policiales debían hacer uso de las armas en caso de que la persona incursa en tales delitos fuera sorprendida *in fraganti* y no se entregase. No se distingue entre las distintas conductas posibles del sorprendido (v. gr. resistir, fugar u ocultarse), de modo tal que en cualquiera de tales casos debía usarse las armas.

Si causa estupor que un procesado pudiera ser condenado a la pena capital por haber tirado una piedra al paso de un tren, qué decir de esta previsión del art. 5 por la que, fuera del debido proceso, el personal de vigilancia tenía atribuciones tan extremas que parecen conformar la legitimación de los fusilamientos al paso.

También se había previsto la equiparación de la pena del encubridor con la del partícipe, alterando los fundamentos mismos del encubrimiento, delito autónomo cuya autoría es incompatible con la condición de cómplice del delito encubierto. Pero, tal desatino científico nos revela, una vez más, que el propósito del gobernante es poder aplicar mayores penas. A mayor gravedad del delito encubierto, el encubridor tendrá mayor pena. Incluso la de muerte.

Estas normas descubren una argumentación encubierta: la equivocada creencia de que aumentando las penas se mejoran las leyes. Esto no sólo es un palmario error, sino un retroceso intelectual, si se recuerda que precisamente en la "Exposición de motivos" del Proyecto de 1917, base de nuestro Código, refiriéndose a similar yerro cometido con anterioridad, ya se nos advertía: el criterio que había predominado al redactar las modificaciones de la parte especial fue el de aumentar las penas, creyén-

dose con pensamiento simplista, que el crimen se atenúa por la mayor severidad en el régimen represivo. Si ese factor tuviera el valor que se pensó cuando la ley 4189 fue promulgada, el problema de la criminalidad sería muy sencillo, pues bastaría volver a las leyes de Dracón o a las más semejantes, para tenerlo resuelto (p.13).

No siempre el orden represivo es detectable con tanta facilidad —v. gr. decreto 9390/63— pues puede aparecer en contextos que aislados no nos advierten acerca de su operatividad, por lo que ninguna norma debe ser analizada en un vacío legal.

4. *Conclusiones*

El ordenamiento jurídico no es un conjunto infinito de normas, por lo cual el universo de discurso del Poder político necesariamente se encuentra sujeto a límites. Su definición más precisa y acotada se da en el Derecho Penal de un Estado de Derecho, pues a las limitaciones constitucionales de éste, se suman los fundamentos esenciales de aquél: legalidad, reserva, tipicidad, culpabilidad, mínima suficiencia. Soler ejemplificaba esta necesaria limitación del Derecho diciendo que orden jurídico tiene dos topes: hacia arriba, porque nada está por encima de la Constitución; hacia abajo, porque todo conflicto termina con la cosa juzgada.

Tales garantías no son gratuitas, sino que tiene un alto precio, pues toda protección presupone la intervención armónica de la ley y del juez, por lo que el Estado de Derecho será inevitablemente lento para lograr una adaptación adecuada e inmediata a la cambiante realidad. Tal merma a la satisfacción inmediata es un costo que los devotos de la inmediatez y de la eficacia no están siempre dispuestos a soportar, y su insatisfacción pone en movimiento operadores teóricos y propuestas políticas que instrumentan la rapidez y la eficacia.

En medio de las primeras, encontraremos las muy variadas formas de superar los tiempos lentos y los errores judiciales. Pero, ni la tentadora analogía, seguramente mucho más dúctil que el *nullum crimen*, ni la no menos seductora revisión de las decisiones judiciales por motivos de Justicia, se compadecen con el amparo y protección de los derechos personales, y por tanto con la seguridad individual y colectiva.

Entre las propuestas políticas, nuevos y distintos nombres evitarán llamarla dictadura, y retóricas proclamas y ambiguos

estatutos tratarán de disimular la configuración de un poder ilimitado, independiente del sufragio universal y de cualquier posible restricción normativa a sus atribuciones. Sin duda, el tiempo de las dictaduras no es lento, pues llegado el caso pueden prescindir tanto de la ley como del juez, y aun de toda forma institucionalmente controlable.

La Historia puede ofrecernos cierta uniformidad de datos acerca de cuál ha sido el costo real que distintas sociedades han debido afrontar para evitar las disfuncionalidades del Estado de Derecho. Cada uno de nosotros tendrá que saber elegir entre ambos precios, pero se me antoja que al tiempo de pagar, la opción por las dictaduras podrá vaciarnos los bolsillos del alma.

II. ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y DERECHO PENAL *

POR GUSTAVO L. VITALE **

1. *Introducción*

Resulta francamente problemático hablar de un *Derecho Penal propio de un Estado Constitucional de Derecho* desde un sector del planeta en el cual, en los hechos, no rige tal modelo de Estado, sobre todo en lo concerniente a los derechos de índole económico-social.

Como es fácil de percibir, en América Latina existen enormes masas humanas que no tienen posibilidades reales de satisfacer mínimamente sus necesidades básicas. Los elevados márgenes de desnutrición y mortalidad infantil, la terrible problemática de los niños de la calle (y en la calle), el problema de la deserción escolar, la falta de trabajo, la carencia de viviendas dignas, los salarios insuficientes, y, en general, los significativos índices de pobreza (como consecuencia de una distribución inequitativa de los recursos), nos muestra, desgraciadamente, la inexistencia de aquellas condiciones de vida necesarias para el funcionamiento de un *Estado Constitucional y Democrático de Derecho.*

* El presente trabajo, que constituye un anticipo de la conferencia a pronunciar, por el autor, en el *Congreso Internacional de Derecho Penal, 75° Aniversario del Código Penal* (argentino), tomó como base, además de algunas últimas ediciones de ciertos Códigos penales latinoamericanos, los textos de muchos de ellos que aparecen publicados en la obra de Juan Bustos Ramírez y Manuel Valenzuela Bejas: *Derecho Penal Latinoamericano Comparado*, t. III, Depalma, Buenos Aires, 1983, o en distintos tomos de la revista *Doctrina Penal*, Depalma, Buenos Aires Al mismo tiempo, he formulado una consulta previa al INECIP (Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales), de Buenos Aires, con la intención de no trabajar sobre Códigos derogados, por lo cual (además del merecido agradecimiento a dicha institución) espero haber cumplido con ese propósito (y, de no ser parcialmente así, valgan las apreciaciones formuladas como referidas a los textos citados). Este riesgo es asumido, en parte, por la necesidad de presentar el texto de la conferencia por anticipado.

** El autor es Profesor de Derecho Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Comahue, Argentina.

En los países latinoamericanos, para colmo, el Estado Constitucional no sólo ha sido tantas veces interrumpido por violentos golpes de Estado (que arrasaron con los derechos más elementales), sino que, en muchos casos y por esa misma razón, se encuentra transitando difíciles caminos en busca de su consolidación.

Si el Estado *de Derecho* requiere, entre sus presupuestos fundamentales, el *imperio de la ley* (como expresión popular) y el *reparto del poder estatal entre diversos órganos*, y si, a su vez, el Estado *Constitucional* de Derecho reclama el respeto irrestricto de la *supremacía de la Constitución* (como Ley Fundamental del Estado) *y de las Declaraciones y Convenciones Internacionales de Derechos Humanos* (que conforman el llamado "derecho internacional de los derechos humanos"), parece claro que (en los hechos) los latinoamericanos vivimos en un Estado *de no Derecho* (o *de poco Derecho*) o, en tal caso, en un Estado *no Constitucional* de Derecho (o, como podríamos también denominarlo) en un Estado *poco Constitucional* de Derecho. Quizá lo más preocupante sea que las garantías consagradas por esas normas fundamentales (con el fin de que los seres humanos podamos hacerlas valer frente al poder estatal, como pilares básicos de tal modelo de Estado), hayan sido transgredidas tan sistemáticamente no sólo por los autoritarios gobiernos *de facto*, sino también por los gobiernos constitucionalmente elegidos por el pueblo.

Es importante señalar que, en un marco social tan deteriorado como el que se acaba de describir muy genéricamente, nuestro sistema penal (en general) funciona (y ha venido funcionando) de una manera *irracionalmente selectiva*, como un modo de control y de persecución de los sectores sociales ya excluidos por el sistema socio-económico de nuestros Estados.

En este aspecto es que nuestro *sistema* penal (y, como parte de él, nuestro *Derecho* Penal) ha venido operando como un mecanismo más de exclusión social y de reproducción de las desigualdades que a tantos afectan.

Estas crudas realidades son, precisamente, las que nos crean la enorme responsabilidad (como juristas penales) de procurar, al menos, construir un diseño de Derecho Penal que responda (mínimamente) a las exigencias de un Estado Constitucional de Derecho, para limitar lo más posible el poder represivo que (nos guste o no) vienen ejerciendo los órganos estatales. De ahí, entonces, la necesidad de construir un modelo que pretenda ase-

gurar la *mínima intervención penal posible*, como manifestación (como ya lo ha expresado Alessandro Baratta[1]) de una "política de contención de la violencia punitiva", que —para ser realista— debe inscribirse "en el movimiento para la afirmación de los derechos humanos y de la justicia social".

Es por ello que, a propósito del cumplimiento de tres cuartos de siglo de vigencia del Código Penal argentino, se hace necesario no sólo apuntalar la general necesidad de adecuación de las legislaciones penales (incluida la Argentina) a los sistemas constitucionales (y al contenido de las Declaraciones y Convenciones Internacionales de Derechos Fundamentales), sino que (mientras se transite por ese largo camino de reforma) se ha tornado imprescindible la construcción de un *diseño constitucional del Derecho Penal (que no supedite su vigencia, en los aspectos más fundamentales, al mero dictado de leyes emanadas del órgano con competencia penal del Estado —es decir, del poder constituido—)*.

Con esta óptica constitucional es que debemos revisar las cuestiones básicas del Derecho Penal (tanto vinculadas con la *teoría de la ley penal* como con las *teorías del delito y de la pena*, y tanto respecto del *Derecho Penal común* como en relación a los denominados *derechos penales especiales* —incluyendo, entre estos últimos, la problemática penal *contravencional* y la que se vincula con la cuestión penal de la *niñez y la adolescencia*—).

2. *La dogmática penal como garante del imperio de la Ley Fundamental*

Corresponde detenerse a reflexionar sobre el alcance de la vigencia de las garantías constitucionales básicas que limitan el poder penal del Estado, no sólo a fin de señalar la necesidad de reformas legislativas, sino a su vez para reforzar la obligatoriedad de esas garantías también para los jueces (y no sólo para los legisladores). Es decir, debemos preguntarnos: ¿para qué sirve la previsión constitucional de garantías penales? ¿Son meras declamaciones no obligatorias? Al contrario, son cláusulas normativas obligatorias, establecidas para limitar el poder penal. ¿Pero son

[1] Alessandro Baratta: "Principios del Derecho Penal Mínimo (para una teoría de los Derechos Humanos como objeto y límite de la ley penal)", en *Doctrina Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 626.

límites sólo para *algún* órgano del Estado en particular y no para *todos*?; es decir, ¿limitan sólo la potestad del legislador, o también restringen el poder de los jueces? Ésta es una cuestión crucial, de la que depende, en verdad, el *ámbito real de su vigencia*. En tal sentido, *la efectiva vigencia de las garantías constitucionales limitadoras del poder punitivo se asegura sólo si, como mínimo, se reconoce su obligatoriedad para todos los órganos del poder estatal (y, particularmente, para los jueces, que, para aplicar el derecho, deben comenzar aplicando sus normas fundamentales, a las que deben subordinar la aplicación e interpretación de las normas penales provenientes del poder constituido)*.

Ello pretende reafirmarse aquí, a través de la defensa de una dogmática penal que no sólo efectúe una interpretación constitucional del texto de la ley penal, sino que, a su vez (y en la medida en que sea necesario), elabore directamente su instrumento conceptual (para resolver casos concretos) *a partir del propio texto de la Constitución y del texto de las Declaraciones y Convenciones de Derechos Humanos. Si los órganos judiciales aplican las leyes penales emanadas del poder constituido, con mayor razón (y ante el silencio de ese poder constituido) deben aplicar directamente las normas de mayor jerarquía (a través de postulados dogmáticos elaborados para tal fin). La dogmática penal de un Estado Constitucional de Derecho*, entonces, *debe garantizar la aplicación (y, si es necesario, la directa aplicación) de las normas constitucionales*, asegurando, de ese modo, el *imperio de la Ley Fundamental*.

3. *Garantías constitucionales mínimas que limitan el poder punitivo de todo órgano estatal*

Con esta óptica, centraré aquí la atención sólo en una serie de garantías constitucionales (limitativas del poder penal), a fin de determinar, luego, el grado mínimo de su influjo en ciertos problemas básicos del Derecho Penal (vinculados con la teoría de la ley penal, con la teoría del delito y con la teoría de la pena).

En tal sentido, el poder punitivo del Estado se encuentra claramente limitado, entre otros, por los siguientes principios:

1) el de *legalidad penal* (no hay delito ni pena que no estén descriptos en una ley anterior al hecho que se juzga —art. 11, 2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, N.U., 10/12/1948; art. 15, 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, N.U., 16/12/1966; art. 9 de la Convención Ame-

ricana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 22/11/1969; art. 40, 2, a, de la Convención sobre los Derechos del Niño, N.U., 20/11/1989; art. 18 de la Constitución Nacional de Argentina; art. 25, 1, de la Constitución de España—);

2) el *nullum crimen nulla poena sine conducta* (no hay delito ni pena sin conducta —previsto en las mismas normas citadas en el punto anterior, y, además, en Argentina, en el art. 19 de la Constitución Nacional—);

3) el de *culpabilidad penal* (no hay pena si al sujeto, por no haberse podido contramotivar en la norma penal, no le es exigible una conducta diferente a la realizada —previsto implícitamente en las normas citadas en relación al principio de legalidad penal, por ser una consecuencia lógica y necesaria de dicho principio, y, además, en Argentina, en los arts. 1 y 33 de la Constitución Nacional—);

4) el de *responsabilidad penal subjetiva* (o de prohibición de responsabilidad penal por la mera producción de un resultado —art. 19, última parte, de la Constitución Nacional argentina; art. 10, 2° párrafo, de la Constitución Nacional de Uruguay; art. 5 del Código Penal español, del 23/11/1995—);

5) el de *exigencia de daño a terceros* como presupuesto de la pena (no hay pena sin afectación a *bienes jurídicos ajenos al autor*—art. 19 de la Constitución Nacional de Argentina; art. 10, 1er párrafo, de la Constitución Nacional de Uruguay—);

6) el de *razonabilidad* —arts. 1 y 33 de la Constitución Nacional argentina—);

7) el de *racionalidad de los actos de gobierno* —art. 1 de la Constitución Nacional argentina—;

8) el *ne bis in idem* (o de prohibición de juzgar o sancionar dos veces un mismo hecho —art. 14, 7, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 8,4, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 1 y 33 de la Constitución Nacional de Argentina—);

9) el de *estricta necesidad de la imposición de penas* (según el cual no podrán preverse legalmente, ni aplicarse por los jueces, penas que no sean "estricta y evidentemente necesarias" —art. 8° de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, Francia, 26/8/1789; art. 37, b, de la Convención sobre los Derechos del Niño—);

10) el de *prevención especial (o "readaptación social") como fin de la ejecución penal* (arts. 5, ap. 6 de la Convención America-

na sobre Derechos Humanos y 10, ap. 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 75, inc. 22, C.N.);

11) el de *proporcionalidad de la pena* (tanto con la gravedad del ilícito, como con el grado de reprochabilidad —que surge de los principios de igualdad ante la ley, de racionalidad, de razonabilidad y de culpabilidad por el hecho—);

12) el de *humanidad de las penas o derecho de toda persona privada de libertad a recibir un trato humano y respetuoso de su dignidad* (arts. 10, ap. 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 5, ap. 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos);

13) el de *personalidad de la pena* o de *intrascendencia* a terceros no condenados (art. 5, ap. 3, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos);

14) el de *prohibición de penas crueles, inhumanas o degradantes* (Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, N.U., 10/12/1984; art. 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 5, ap. 2, de la Convención Americana de Derechos Humanos; art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos);

15) el "derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral" (art. 5, ap. 1, de la Convención Americana de Derechos Humanos);

16) el *derecho del procesado a no ser mezclado con personas condenadas* (art. 5, ap. 4, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 10, ap. 2, a, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos);

17) el *derecho de los menores a mantenerse separados de los adultos y a ser juzgados por tribunales especializados* (art. 5, ap. 5, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 10, ap. 2, b, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos);

18) del *derecho a la directa protección judicial de los derechos lesionados* (art. 25, ap. 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre);

19) del *derecho a un recurso efectivo ante la Justicia contra actos que violen sus derechos fundamentales* (art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 8, ap. h, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos);

19) del *derecho a la protección social y estatal de la familia* (art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

20) el de *prohibición del encarcelamiento por deudas* (art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 25, 2° párrafo, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 7,7, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos;

21) A su vez, me parece importante incluir aquí los principios de *intervención penal mínima*, de *ultima ratio* o de *subsidiariedad del Derecho Penal*, y, como una de sus manifestaciones en el proceso penal, el *principio de oportunidad procesal).*

4. *Influjo de las garantías enunciadas en el ámbito del Derecho Penal (y, en particular, en ciertas cuestiones centrales de las teorías de la ley penal, del delito y de la pena)*

La vigencia de estos principios debe poderse verificar (y debe comprobarse efectivamente) al momento de la interpretación y aplicación de la legislación penal (tanto común como especial), para descartar, al menos, afectaciones groseras a los derechos humanos. En tal sentido, ellos deben tener una incidencia decisiva tanto en la *legislación* penal como en la elaboración que la *dogmática* penal debe efectuar respecto de los problemas atinentes a la teoría de la ley penal, a la teoría del delito y a la teoría de la pena.[2]

4.1. Intervención penal mínima y principio de oportunidad procesal

Entre los últimos principios enunciados, los de *intervención penal mínima*, *ultima ratio* o *subsidiariedad del Derecho Penal*, son una consecuencia de la propia esencia de la pena, como la reacción más extrema y violenta a la que viene recurriendo el

[2] Sobre una revisión de las cuestiones básicas del sistema penal desde la óptica de los Derechos Humanos, puede verse, entre otros interesantes trabajos: *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina*, Primer Informe (1984) e Informe Final (1986), ambos del *Instituto Interamericano de Derechos Humanos (I.I.D.H.)*, Depalma, Buenos Aires; Alessandro Baratta: *Principios del Derecho Penal Mínimo (para una teoría de los Derechos Humanos como objeto y límite de la ley penal)*, pp. 623 y ss.; Gonzalo D. Fernández: *Derecho Penal y Derechos Humanos*, Instituto de Estudios Legales y Sociales de Uruguay, Trilce, Montevideo, 1988. Sobre una visión normativa comparada en Latinoamérica, ver Jorge de la Rúa: *La codificación penal latinoamericana*, Lerner, Buenos Aires, 1983.

Estado. Una potestad estatal tan poderosa sólo podría tolerarse mínimamente frente a la comisión de hechos verdaderamente insoportables para una vida comunitaria pacífica.

Una manifestación de estos principios, en el ámbito de la política de persecución penal, es el llamado principio de *oportunidad procesal* (que constituye un presupuesto básico de toda aplicación mínimamente racional de la ley penal, frente a la imposibilidad fáctica y a la inconveniencia de perseguir todos los delitos que puedan cometerse). Lo que quiero marcar aquí (como una suerte de desafío a las posturas tradicionales) es que nuestro sistema constitucional parece haber tomado partido por una política de persecución penal racional, necesitada de la vigencia del principio de *oportunidad procesal*. Ello surge del art. 1 de la Constitución Nacional argentina, en cuanto adopta la forma de gobierno *republicana*, que exige *racionalidad* en los actos de gobierno. Una política de aplicación de la ley penal mínimamente *racional* debe responder al enunciado principio de oportunidad (pues, como es conocido, ningún Estado cuenta con medios suficientes como para afrontar el enjuiciamiento penal de todos los delitos que puedan ejecutarse, resultando todo intento en contrario una manifestación de *irracionalidad manifiesta*). Por otra parte, la adopción del incumplido sistema de *enjuiciamiento por jurados*, exigido expresamente por el texto de la Constitución Nacional argentina (arts. 24, 75, inc. 12, y 118),[3] requiere implícitamente un sistema de persecución penal basado en criterios de oportunidad procesal, como presupuesto mínimo de supervivencia.[4] Un

[3] Valga recordar aquí el incumplimiento constitucional en el que continúan incurriendo los sucesivos legisladores, al no implementar esta institución tan representativa y republicana, como obligatoria. Sobre el punto puede verse, entre otros: Julio B. J. Maier: *Derecho Procesal Penal Argentino*, I, b, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, pp. 497 y ss.; Ricardo J. Cavallero y Edmundo S. Hendler: *Justicia y participación (el juicio por jurados en materia penal)*, Universidad, Buenos Aires, 1988; Mirna D. Goransky: "Un juicio sin jurados", en *AA.VV.. El nuevo Código Procesal Penal de la Nación, Análisis crítico*, del Puerto, Buenos Aires, 1993, pp. 103 y ss.; Germán J. Bidart Campos: "¿Hay omisión inconstitucional en la ausencia de juicio por jurados?", en *No hay derecho*, año 2, nº 5, Buenos Aires, fines de 1991, pp. 15 y 16; Daniel R. Pastor: "Acierto e hipocresía en una sentencia trascendente (¿Juicio por jurados ya?)", en *No hay derecho*, año 2, nº 5, Buenos Aires, fines de 1991, p. 17; Orlando A. Coscia: "Juicio por jurados", en *Revista de Jurisprudencia Provincial* (Buenos Aires, La Pampa, Neuquén y Río Negro), año 6, sept. de 1996, nº 9, Rubinzal-Culzoni, pp. 742 y ss.

[4] La vinculación necesaria entre juicio por jurados y oportunidad procesal fue señalada ya por Orlando A. Coscia, en "Juicio por jurados y oportunidad procesal", inédito (a publicarse en la *Revista de Ciencias Penales del Comahue*, de próxima aparición).

aspecto constitucional relevante del principio de oportunidad procesal (del que depende, en los hechos, su mayor o menor extensión) es el de la competencia —nacional o provincial— para legislarlo. Si bien viene siendo aceptada la competencia legislativa *nacional* sobre el punto, me parece importante comenzar a revertir esa suerte de dogma, tomando en cuenta la naturaleza *procesal* de la problemática relativa a la determinación de las políticas de *aplicación* de la ley penal emanada del órgano legislativo nacional.[5]

Estos principios aparecen violentados cotidianamente por todos aquellos sistemas penales que, como los latinoamericanos, criminalizan un elevado número de personas (generalmente de un modo demasiado inmerecido) y llevan adelante una persecución penal caracterizada, en general, por la falta de una programación racional (o por la existencia de programaciones irracionales), como consecuencia de lo cual se mal invierten los escasos recursos estatales, operando el Derecho Penal como una forma de control social discriminatorio de los sectores socialmente más postergados.

Existen, sin embargo, mecanismos que disminuyen las cuotas de irracionalidad de la persecución penal (y, por ende, de la aplicación de la ley penal). Entre ellos, cabe mencionar el instituto de la *suspensión del proceso penal a prueba* (previsto en los arts. 76 bis y ss. del *Código Penal de Argentina*), que posibilita (entre otras finalidades) sustituir en numerosos casos el proceso penal, la eventual condena y el eventual cumplimiento efectivo de una pena carcelaria de una duración no prolongada.[5 bis] El *Código Procesal Penal de Guatemala* regula el régimen de la llamada *suspensión condicional de la persecución penal*, que es aplicable a cualquier caso que permite la condena condicional. En su virtud, se suspende el trámite del proceso desde

[5] Una firme defensa, en Argentina, de la naturaleza *procesal* del aludido principio y de la consecuente competencia legislativa *provincial* en materia de oportunidad procesal, ha sido llevada a cabo por José Luis Said, con la colaboración de Carina Jorge (*Sobre la facultad de las provincias para reglar el principio de oportunidad en la persecución penal*, inédito).

[5 bis] Sobre el presente instituto, pueden consultarse, entre otras obras: José I. Cafferata Nores: "Suspensión del proceso 'a prueba'", en *Temas de Derecho Procesal Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1988; Julio De Olazábal: *Suspensión del proceso penal a prueba*, Astrea, Buenos Aires, 1994; Eleonora A. Devoto: *Probation e institutos análogos*, DIN, Buenos Aires, 1995; Gustavo L. Vitale: *Suspensión del proceso penal a prueba*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996.

su inicio —una vez recibida la declaración indagatoria—, pudiendo el juez imponer al imputado, durante el período de prueba, el deber de cumplir con ciertas reglas de conducta. En este caso, si la persona sometida a proceso cumple con las condiciones impuestas, el proceso penal tradicional ya no deberá llevarse a cabo.[5 ter]

La enorme extensión de la intervención punitiva, entonces, constituye una forma diaria de afectación de los principios referidos, y, por ende, del modelo de Derecho Penal propio de un Estado Constitucional de Derecho.

4.2. **Creación legislativa de las normas penales**

Aunque parezca obvio, resulta necesario remarcar la competencia constitucional exclusivamente *legislativa* para el dictado de las disposiciones penales de carácter normativo. Esto es así, fundamentalmente, por la gran cantidad de normas penales contravencionales o de faltas emanadas de la policía (que normalmente depende de los poderes ejecutivos de los Estados). Debe recordarse que esas normas establecen, incluso, penas privativas de la libertad (aunque la prevean con otra denominación). Esto no sólo ha venido y viene mostrando, en nuestras prácticas cotidianas, las enormes violaciones a derechos humanos producidas por las ilegítimas puniciones contenidas en los llamados *edictos policiales*,[6] sino, también, la preocupante legitimación que, en general, se viene dando a través de los fallos judiciales.

Urge, entonces, como reclamo inclaudicable de un Estado Constitucional de Derecho, la eliminación de las normas penales de cualquier tipo que provengan de un órgano estatal distinto al representante de la voluntad popular, resultando imprescindible (mientras ello no ocurra) la actuación firme de una justicia democrática que los declare contrarios a las normas fundamentales (tanto del derecho interno como internacionales).

[5 ter] Una explicación de este mecanismo, en César Barrientos Pellecer: "La desjudicialización en el nuevo proceso penal guatemalteco", en *Justicia penal y sociedad*, Revista Guatemalteca de Ciencias Penales, año III, nº 5, agosto de 1994, pp. 68 a 71.

[6] Unos de los tantos cuestionamientos constitucionales a los llamados "edictos policiales", formula: Omar SAR, *Edictos policiales. La monarquía absolutista dentro de la república*, La Ley, Buenos Aires, julio-agosto de 1994.

4.3. **Retroactividad de la ley penal más benigna**

Por encontrar base en la normativa internacional de los Derechos Humanos, la *retroactividad de la ley penal más benigna* debe ser necesariamente respetada, en toda su dimensión, por la legislación penal de cada uno de los Estados. En el aspecto que aquí me interesa destacar, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* consagra este principio con toda amplitud, al expresar que "si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello" (art. 15, 1). Idéntico texto contiene la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (art. 9). En caso de no ser respetada íntegramente esta garantía suprema por el órgano legislativo de un Estado, le corresponde, entonces, al órgano judicial la tarea indeclinable de interpretar su texto de conformidad con aquella cláusula de superior jerarquía, declarando (cuando sea necesario) la inconstitucionalidad de la ley inferior. De este modo, toda ley penal que imponga excepciones o limitaciones a este principio (ya sea pretendiendo aplicarlo sólo a los casos de *disminución* de la pena y no a los supuestos de *desincriminación*, o bien intentando aplicarlo sólo *hasta el momento en el que concluye la ejecución* de la pena y no en el *lapso posterior*, es decir no cuando la nueva ley más benigna entra en vigencia luego de cumplida la pena) debe ser desconocida por el órgano judicial de un Estado Constitucional de Derecho (ya sea por vía de interpretación constitucional o de declaración de inconstitucionalidad, según sea el caso).[7] Este desconocimiento de la literalidad del texto legal (por alguna de las vías aludidas) es la única opción que les queda, en ciertos supuestos, a los órganos judiciales de la mayoría de los países. Ello es lo que sucede en los casos argentino y español —entre muchos otros—, frente al texto de los arts. 2, segundo párrafo, del Código Penal Argentino ("durante la condena") y 2, inc. 2, del Código Penal Español ("aunque ... el sujeto estuviese cumpliendo pena"), que parecieran pretender limitar su alcance, sin justificativo legítimo alguno, sólo hasta el instante en que haya culminado la

[7] Esto ha sido señalado, con toda claridad, por los citados informes del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (I.I.D.H., en particular, *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina, Informe Final*, pp. 11 y ss.). Con igual alcance, Gonzalo D. Fernández: *Derecho Penal y Derechos Humanos*, pp. 115/6.

ejecución de la pena. Algo diferente ocurre con el claro texto del *Código Penal de Chile*, según el cual "si la ley que exima el hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa se promulgare después de ejecutoriada la sentencia, *sea que se haya cumplido o no la condena impuesta*, el tribunal de primera instancia que hubiere pronunciado dicha sentencia deberá modificarla, de oficio o a petición de parte..." (art. 18, 3er párrafo).

4.4. **Leyes penales en blanco**

La vigencia del *principio de legalidad penal* se encuentra, también, afectada por la previsión legal de leyes penales en blanco (en sentido propio), que constituyen verdaderas delegaciones, a los poderes ejecutivos, de la potestad de describir la conducta prohibida. De este modo, en muchos casos quien termina decidiendo cuáles son las conductas penalmente prohibidas y, por ende, cuándo corresponde imponer sanciones penales, es el órgano ejecutivo del Estado, en lugar del legislador (como órgano representativo de la voluntad popular). Existen sobrados ejemplos en los que, por esta vía, se pone en riesgo uno de los principios fundantes del Derecho Penal de un Estado Constitucional de Derecho.[8]

4.5. **Tipos penales abiertos**

El *principio de legalidad penal* aparece afectado, a su vez, en los supuestos de previsión legal de los llamados *tipos penales abiertos*.[9] En ellos, el legislador formula una descripción demasiado genérica e imprecisa de la conducta prohibida, dejando la tarea de cerrar los tipos al órgano judicial, quien efectúa esa labor después de cometido el hecho que es objeto de juzgamiento. Esto es lo que suele ocurrir, en el nivel de análisis de la tipicidad, en los supuestos de los *delitos culposos* y en la construcción extralegal de los llamados *delitos impropios de omisión o de comisión por omisión*.

[8] Conf. *Sistemas penales y Derechos Humanos, Informe Final*, pp. 14/15; Gonzalo D. Fernández: *Derecho Penal y Derechos Humanos*, pp. 116/7.

[9] Sobre las características de los tipos penales abiertos, puede verse, Claus Roxin: *Teoría del tipo penal (tipos abiertos y elementos del deber jurídico)*, Depalma, Buenos Aires, versión castellana de Enrique Bacigalupo, 1979.

4.5.1. Delitos culposos

En los tipos penales culposos, por razones en general de orden práctico, la conducta prohibida o mandada se encuentra generalmente descripta de un modo sumamente genérico, de forma tal que quien termina cerrando los contornos de la prohibición, o del mandato, es el órgano judicial al aplicar la ley (es decir, luego de la comisión del hecho del proceso). Es el órgano judicial, entonces, quien (después del hecho) debe precisar cuál era el deber concreto de cuidado que se le exigía al autor antes de su comisión (pues ese deber, por lo general, no estaba en aquel momento precisado como debiera en la ley penal).[10]

4.5.2. Delitos impropios de omisión

Otro supuesto de violación clara del *principio de legalidad* en la construcción de los tipos penales, es el caso de la creación dogmática de los llamados *delitos de comisión por omisión* o *delitos impropios de omisión*, en aquellas legislaciones penales que no los describen expresamente. En estos casos, ha sido la dogmática penal (y no la legislación) la que ha transgredido el *principio de legalidad*, a través de la equiparación por *analogía in malam partem* entre acción y omisión, a lo que se ha pretendido llegar por medio de la construcción extralegal de la "posición de garante" (que es aquella en la que, según esta construcción dogmática, tiene que encontrarse el autor para violar, por omisión, una norma prohibitiva, en contra de toda razón lógica, que indica —por el contrario— que una norma de esa naturaleza sólo admite su transgresión por una conducta positiva —si la norma penal prohíbe *matar*, sólo puede ser violada *matando*, pero nunca *dejando de matar*—).

Distinta es la situación en una serie de legislaciones penales que han previsto, en forma expresa, la punición de los *delitos impropios de omisión*, a través de una cláusula general que describe los recaudos que deben presentarse para que la *omisión de evitar un resultado* sea equiparable a una *acción* (y se la considere, entonces, violatoria de una norma prohibitiva). Ésa es la situación, entre otros casos, de los Códigos penales de Colombia

[10] Algunos problemas que plantea la culpa, en relación al principio de legalidad penal, puede verse en Luis Jiménez de Asúa: *Tratado de Derecho Penal*, tomo V, Losada, Buenos Aires, 1963, pp. 882 y ss.

(1980, art. 2, segundo párrafo); Brasil (1969, art. 13, parágrafo 2); Costa Rica (art. 18, segundo párrafo); Ecuador (art. 12, con una fórmula demasiado genérica); El Salvador (art. 22); Guatemala (art. 18). Es también el supuesto del Código Penal Tipo para Latinoamérica (art. 12, segundo párrafo). El texto del Código Penal Español actualmente vigente (del 23 de noviembre de 1995) ha previsto, igualmente, la fórmula de la comisión por omisión, describiendo las fuentes de la "posición de garante". Con ello (y a pesar de las objeciones a que se hace acreedora dicha fórmula, especialmente por la elevada imprecisión de la tercera fuente —la acción u omisión precedente—) se salva, al menos en una buena parte, la transgresión constitucional aquí denunciada.

Por lo que se viene diciendo, *el Derecho Penal de un Estado Constitucional de Derecho no debe admitir que, por vía de una interpretación extensiva de la ley penal, se reconozca la categoría de los delitos impropios de omisión* en aquellos textos que no describen en forma expresa la posición de garante, por su falta de legitimidad constitucional, en razón de la violación que importan al principio de legalidad penal.[11]

4.6. **Descripción imprecisa de la conducta prohibida y tipos penales de autor (art. 19, C.N.)**

Otro supuesto de violación de la *legalidad penal* es el de la frecuente descripción vaga e imprecisa de las acciones prohibidas en la ley penal,[12] que no sólo dificultan o imposibilitan el conocimiento de lo prohibido (y, por ende, impiden la posibilidad real de contramotivación en la norma), sino que, por ese mismo medio, encubren verdaderas puniciones de modos de ser o de características del autor (constituyendo vedadas formas de tipicidad de autor, violatorias del diseño constitucional de un Derecho Penal de acto y no de autor).

[11] Sobre las objeciones constitucionales a la construcción extralegal de los delitos de "comisión por omisión", en relación al principio de legalidad penal, puede verse, entre otros: *Sistemas penales y Derechos Humanos, Informe Final*, pp. 19/20; Gonzalo D. Fernández: *Derecho Penal y Derechos Humanos*, p. 118; Hugo J. Pinto: "Delitos de omisión impropia y el principio de legalidad", en *Doctrina Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1988, pp. 665 y ss.; Ricardo O. Sáenz: "Algunas cuestiones relativas a los delitos de omisión", en *Doctrina Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1989, en particular pp. 304 y ss.

[12] Conf. *Sistemas penales y Derechos Humanos, Informe Final*, pp. 15 y ss.; Gonzalo D. Fernández: *Derecho Penal y Derechos Humanos*, pp. 117/8.

a) Esto sucede, entre otros casos, con los tipos penales que prohíben los actos de "corrupción", sin precisar mínimamente su contenido (el Código Penal de Argentina llega a prever, incluso, para algunos casos de corrupción, la irrazonable pena mínima de diez años de prisión o reclusión, es decir una pena mínima mayor al mínimo del homicidio doloso —ello es lo que ocurre con el art. 125, último párrafo—, y considera delito, inclusive, el promover o facilitar la corrupción, con el consentimiento de la víctima, cuando esta última "fuera mayor de *dieciocho* años y menor de *veintidós*" —art. 125, inc. 3—, extendiendo enormemente el ámbito de aplicación de un delito ni siquiera delimitado conceptualmente en una mínima medida).

b) También ocurre lo mismo con el llamado "delito de escándalo público" (que en Cuba se encuentra reprimido con privación de libertad de tres meses a un año o multa y describe la acción del que "ofenda *el pudor o las buenas costumbres* con *exhibiciones impúdicas o cualquier otro acto de escándalo público*" —art. 303, inc. b, del Código Penal de Cuba— o del que "produzca o ponga en circulación publicaciones ... *u otros objetos que resulten obscenos, tendentes a pervertir y degradar las costumbres*" —art. 303, inc. c del mismo cuerpo legal—).

c) A su vez, la imprecisión constituye la manera habitual de redactar los ilegítimos *tipos penales contravencionales* de América Latina, que penalizar, por ejemplo, a "los que perturbaren el orden público *de cualquier manera que fuere*" (art. 1, inc. b del edicto policial sobre desórdenes para Buenos Aires, que establece la pena de multa o arresto de seis a quince días); el "*molestar* a una mujer" en lugar público, sin intención deshonesta (art. 53 del Código de Faltas de Neuquén, Argentina); encontrarse, por su culpa, con "vestimenta contraria a la *decencia* pública" (art. 54 del Código de Faltas de Neuquén); la admisión en bailes públicos de "danzas *inmorales* u *obscenas*", reprimida con multa o arresto de quince a treinta días por el art. 4, d, del edicto policial sobre "bailes públicos" para Buenos Aires; la prohibición en bailes públicos de "cantos, discursos y danzas *indecentes*", reprimida con las penas de los edictos de "escándalo" y

"bailes públicos", por el art. 7 del edicto sobre "carnaval" de Buenos Aires; "los que públicamente vertieren palabras *torpes, obscenas o indecentes* ofendiendo el pudor o *corrompiendo las buenas costumbres*" o "se exhibieren en comercios, plazas u otros lugares de esparcimiento público, con *vestimentas indecorosas*", son reprimidos con multa o arresto de seis a quince días por el art. 1 inc. b o con multa o arresto de seis a veintiún días por el art. 2 inc. e, respectivamente, del edicto policial sobre "escándalo" para Buenos Aries; el que "ejecutare actos contrarios a la *decencia pública* con acciones o palabras *torpes*", es sancionado con multa o arresto de hasta 20 días, por el art. 51 del Código de Faltas de Mendoza, variando sólo la redacción o la pena en los arts. 85 inc. 1 del de La Pampa, 96 del de Formosa, 65 del de Santa Fe, 70 del de San Luis (todas éstas provincias argentinas).

La vaguedad de la descripción legal de la conducta prohibida (y, en general, la consiguiente ocultación legal de punición de características de la personalidad del autor) constituye, por ello, otro modo de violación sistemática del principio de legalidad penal, y, como consecuencia, del de culpabilidad por el hecho, ambos consagrados por los textos constitucionales y por las Declaraciones y Convenciones de Derechos Humanos.

4.7. **Violaciones al principio *nullum crimen sine conducta* (art. 19, C.N.)**

El principio según el cual "no hay pena sin conducta" (que surge tanto de las normas internacionales como de las propias constituciones y de las leyes penales de los distintos Estados), es una exigencia que ha sido también desconocida en una importante dimensión.

Pensemos, primeramente, en aquellos *tipos penales contravencionales* que penalizan características de las personas y no sus conductas. Tal es el caso de punición de la vagancia o del alcoholismo (que en muchas legislaciones se encuentra reprimidos con pena privativa de la libertad —aunque con otra denominación—).

A su vez, pueden recordarse las puniciones de las *meras tenencias de ciertos objetos* (como es el caso de ciertas armas o estupefacientes), que constituyen no sólo una ilegítima preten-

sión de penalizar peligros abstractos de comisión de ciertos delitos, sino que, también, adolecen de una peligrosa técnica legislativa descriptiva de verdaderos estados de cosas.[13] Uno de los tantos ejemplos de este tipo de punición se presenta en el *Código Penal de Colombia (1980)*, que penaliza la tenencia de armas (art. 197).

Una evidente violación al *nullum crimen sine conducta* se produce en todos los delitos que penalizan el mero *formar parte* de una asociación (como es el caso del *Código Penal de El Salvador*, que pretende convertir en delito "la mera participación en asociaciones subversivas" o en "organizaciones o entidades extranjeras que preconizaren doctrinas anárquicas o contrarias a la democracia" (arts. 376 y 377). Por no sancionarse conducta alguna, tipos penales como éstos deben declararse inconstitucionales.

4.8. **Afectación necesaria de bienes jurídicos ajenos**

El principio de *afectación necesaria de derechos de terceros* (o de *necesaria afectación de bienes jurídicos ajenos al autor*), como presupuesto de la pena estatal, aparece ampliamente violentado en el ámbito de nuestros Derechos penales.[14]

4.8.1. Delitos de mera desobediencia

Los casos en los que se penaliza como delito la simple desobediencia a la orden impartida por determinada autoridad, sin consideración al peligro o a la lesión de bien jurídico alguno distinto de la mera autoridad estatal, constituyen hipótesis de punición sin bien jurídico, pues la autoridad de los órganos del Estado no configuran un bien jurídico penalmente tutelable. Los delitos serían, entonces, delitos contra el Estado, que sería, en

[13] Sobre la incompatibilidad de los tipos penales de mera tenencia con el principio *nullum crimen sine conducta* y sobre los peligros que ellos importan para los derechos humanos, puede consultarse, entre otros, *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina. Informe final*, del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (I.I.D.H.), pp. 23 y ss.; Gonzalo D. Fernández: *Derecho Penal y Derechos Humanos*, p. 119; Jaime E. Malamud Goti: "La tenencia de estupefacientes para propio consumo: objeciones a la estructura del tipo", en *Doctrina Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1979, pp. 859 y ss.

[14] La ilegitimidad de la creación de "delitos que no afectan bienes jurídicos", ha sido claramente desarrollada en *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina. Informe final*, del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (I.I.D.H.), pp. 26 y ss.; igualmente: Gonzalo D. Fernández: *Derecho Penal y Derechos Humanos*, p. 119.

definitiva, el titular de los bienes jurídicos de cada uno de los habitantes (lo que es propio de cualquier Estado totalitario).[15]

4.8.2. PUNICIÓN DE LA TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES PARA USO PERSONAL

Un ejemplo de criminalización sin afectación bienes jurídicos ajenos lo constituye la punición de la *tenencia de drogas para uso personal del tenedor*, que sólo resulta susceptible de comprometer, en su caso, la salud del propio autor y no la de personas ajenas a él, afectándose de ese modo la esfera de privacidad en la que no puede intervenir legítimamente el poder penal estatal (en Argentina, la ley 23.737 —de octubre de 1989— sanciona con prisión de uno a seis años y multa al que "tuviere en su poder estupefacientes" con fines distintos a la comercialización —art. 14, 1er párr— y con prisión de un mes a dos años "cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal" —art. 14, 2° párrafo—). Más allá de la falta de descripción de *conducta* ya señalada (en § 4., IV, 7), la inconstitucionalidad de estas normas surge, más claramente, por la falta de *perjuicio a terceros* como presupuesto de toda sanción penal.[16]

[15] Conf. *Sistemas penales y Derechos Humanos, Informe Final*, p. 28; Gonzalo D. Fernández: *Derecho Penal y Derechos Humanos*, pp. 119/120.

[16] Entre la importante cantidad de decisiones judiciales que han declarado la inconstitucionalidad de la punición de la tenencia de drogas para propio consumo, pueden citarse los criteriosos fallos de la *Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina* durante el primer período constitucional que siguió a la dictadura militar que mantuvo la usurpación violenta del poder estatal desde 1976 hasta 1983. Me refiero a los casos "Bazterrica, Gustavo Mario s/tenencia de estupefacientes" y "Capalbo, Alejandro Carlos s/tenencia de estupefacientes", ambos resueltos el 29 de agosto de 1986, por una Corte en aquel entonces integrada por cinco miembros y por la mayoría conformada por los votos de *Enrique Santiago Petracchi, Jorge Antonio Bacqué* y *Augusto César Belluscio*. Más adelante, al asumir el actual Presidente Menem y luego de aumentar a nueve el número de miembros de la Corte —lo que constituyó una clara manifestación antirrepublicana de mero poder—, ese máximo tribunal logró la mayoría necesaria para apartarse (entre otras) de las sanas decisiones constitucionales antes citadas. Como he dicho en otro lugar, quien tiene drogas en su poder para destinarlas al consumo personal —cualquiera sea la cantidad y la calidad de la droga— corre el riesgo de afectar su propia salud y no la de los demás; esto es, no perjudica la salud pública, que es el único "bien jurídico" que puede proteger una ley penal respetuosa de las normas fundamentales (Gustavo L. Vitale: *Principio de insignificancia y error —sobre la base de casos—*, pp. 51 a 55, en donde se citan, además de los aludidos fallos de la C.S.J.N. los anteriores de otros órganos judiciales: Jgdo. Nac. en lo Crim. de Sentencia, letra V, 1978 —juez Zaffaroni—; Jgdo. Nac. en lo Crim. de Sentencia, letra E, 1979 —juez Maier—;

4.8.3. ALGUNOS DELITOS CONTRA LA "HONESTIDAD" O "LIBERTAD SEXUAL"

Otro caso de penalización sin bien jurídico se presenta en aquellos sistemas normativos que convierten en "delito" ciertos ejercicios de la libertad sexual entre personas capaces de comprender el significado del acto que pretende prohibirse o que hayan alcanzado un determinado grado de madurez que les acuerda un grado razonable de elección de su vida sexual.

a) *Actos sexuales con enfermos mentales*

El *Instituto Interamericano de Derechos Humanos* menciona, entre estos casos, el de los actos sexuales (que suelen calificarse como "delitos"), realizados con *enfermos mentales*, alertando sobre la necesidad de restringir la punición "a los casos en que el padecimiento impide el reconocimiento de la naturaleza del acto o de la identidad de la pareja, pero no a cualquier acto sexual realizado voluntariamente por una persona enferma o disminuida". Ello por cuanto "los enfermos mentales no están privados del derecho a la satisfacción a su vida sexual".[17] Un riesgo de afectación de la libertad sexual de personas mentalmente enfermas se presenta en el Código Penal de Perú (1991), que reprime con privación de libertad entre cuatro y ocho años al que, "conociendo el estado de su víctima, practica el *acto sexual u otro análogo* con una persona *que sufre anomalía psíquica*, grave alteración de la conciencia, *retardo mental* o que se encuentra en incapacidad de resistir" (art. 172). Ello más allá de la necesidad republicana de efectuar una interpretación constitucional como la propuesta por el *Instituto Interamericano de Derechos Humanos*.

Jgdo. Nac. en lo Crim. de Sentencia letra F, 1979 —juez Bonorino Peró—). Entre la numerosa doctrina que se ha expedido en tal sentido, puede mencionarse, entre otros: Jaime E. Malamud Goti: *La tenencia de estupefacientes para propio consumo: objeciones a la estructura del tipo)*. Con la misma idea, puede verse Elias Neman: *La legalización de las drogas*, Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 133 y ss.; Abel Cornejo: *Los delitos del tráfico de estupefacientes*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994, pp. 204 a 206); Daniel Aníbal Erbetta: "Tenencia de estupefacientes. Delitos de peligro abstracto y principios constitucionales", en *Revista Jurisprudencia Penal* de Santa Fe, Juris. nº 2, 1991, pp. 213 y ss. (en particular, pp. 215, 226 y 227).

[17] *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina, Informe final*, del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (I.I.D.H.), pp. 32 y ss. (en particular, pp. 33 y 34) ; Gonzalo D. Fernández: *Derecho Penal y Derechos Humanos*, p. 121.

b) *Corrupción*

El mismo *Instituto Interamericano de Derechos Humanos* hace referencia, también, a la punición de los actos de "corrupción" de personas mayores de determinada edad.[18] En tal sentido, el Código Penal de Argentina (1922) considera delito inclusive el promover o facilitar la "corrupción" de personas mayores de *dieciocho* años y menores de *veintidós*, con su consentimiento (art. 125, inc. 3). En estos supuestos no sólo no se tutelan derechos de terceras personas, sino que la propia punición es la que afecta el bien jurídico que se dice proteger con la ley penal, desconociéndose el derecho de las personas mayores de dieciocho años a disponer libremente de su "libertad sexual", de acuerdo a sus propias pautas morales. Resulta además irrazonable (y, por ende, inconstitucional por otra razón) toda ley que pretenda tutelar una determinada "moral sexual" a personas que tienen capacidad de elección en tal sentido y a quienes, por otro lado, se autoriza a contraer matrimonio o puede enviárselos a participar en una guerra.

c) *Estupro*

Algo análogo ocurre, al menos parcialmente, con la penalización del *estupro*, entendido como relación sexual consentida con una mujer (o con una persona de cualquier sexo) menor de cierta edad, pues sobre todo la evolución social ha hecho que la comprensión del significado de la relación sexual se adquiera hoy a más temprana edad que en otras épocas. En relación a ello, el *Código Penal de México (1931)* sanciona con tres meses a cuatro años de prisión "al que tenga cópula con persona mayor de doce años y menor de *dieciocho*, obteniendo su consentimiento por medio de engaño" (art. 262); el *Código Penal de Cuba (1988)* establece prisión de tres meses a un año al que "tenga relación sexual con mujer *soltera* mayor de 12 años y menor de *16*, empleando abuso de autoridad o engaño" (art. 305); el *Código Penal de Perú (1991)* pena con privación de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario al que, "mediante engaño, practica *el acto sexual* con una persona de catorce años y menor de *dieciocho*" (art. 175); el *Código Penal de Colombia*

[18] Ídem nota anterior.

(1980) sanciona con prisión de uno a cinco años al que "mediante engaño obtenga acceso carnal con persona mayor de catorce años y menor de dieciocho" (art. 301) y con arresto de seis meses a dos años a quien "mediante engaño realice en una persona mayor de catorce años y menor de dieciocho, acto sexual diverso del acceso carnal" (art. 302); el *Código Penal de Panamá (1982)* pena con prisión de uno a tres años al que "tenga acceso carnal con mujer doncella, mayor de doce años y menor de *dieciséis*, con su consentimiento" (art. 219); el *Código Penal de Argentina (1922)* sanciona con reclusión o prisión de tres a seis años al que tuviere acceso carnal consentido con "mujer *honesta* mayor de doce años y menor de *quince*" (art. 120). En estos casos, la evolución social y la realidad cultural de cada región muestran la mayor o menor magnitud del peligro de afectación, o de la afectación directa, de la libertad sexual (de los jóvenes con capacidad de comprensión y disfrute de las relaciones sexuales consentidas).

d) *Punición del incesto*

También transgrede la esfera de reserva de la persona la prohibición penal del *incesto*, en las legislaciones en las que perdura (como es el caso del *Código Penal de México*, vigente desde 1931, cuyo artículo 72 reprime con prisión de uno a seis años "a los ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes" y con pena de seis meses a tres años de prisión a los descendientes que tengan relaciones sexuales con sus ascendientes o al "caso de incesto entre hermanos", o el del *Código Penal de Cuba*, vigente desde 1988, cuyo artículo 304 prohíbe las mismas conductas, aunque establece sanciones más severas para los ascendientes —de dos a cinco años—, previendo privación de libertad de seis meses a dos años para los ascendientes y de tres meses a un año para los hermanos). Algo análogo ocurre con el *Código Penal de Costa Rica*, que penaliza con prisión de dos a seis años el "acceso carnal con un ascendiente o descendiente por consanguinidad o afinidad o con un hermano consanguíneo, siempre que no se trate de una violación o estupro" (art. 174). El incesto, como es claro, no afecta de ningún modo la disponibilidad de la vida sexual de nadie (sino que, en todo caso, la afecta), por lo que su intento deslegitimado de punición sólo pretende tutelar una determinada moral, lo que le está vedado a un Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

e) *Punición de la homosexualidad*

Algo similar ocurre con la previsión legal de pena carcelaria o multa para el que "importune a otro con requerimientos *homosexuales*" (previsto como delito por el art. 303, inc. a, del *Código Penal de Cuba*, que contempla la pena de privación de libertad de tres meses a un año o multa de una serie de cuotas) o para quien "tuviere acceso carnal con un menor de diecisiete años y mayor de doce (reprimido con prisión de uno a tres años por el art. 173 del *Código Penal de Costa Rica*). Con ello se pretende, sin legitimación alguna, imponer una determinada moral, a través de un acto de notoria violencia discriminatoria, afectando incluso el derecho de los propios terceros a la libre elección de las pautas morales de vida.

4.8.4. PENALIZACIÓN DE MODOS DE VIDA POR VÍA PENAL CONTRAVENCIONAL

Igualmente ocurre con la descripción legal como *contravenciones* (reprimidas incluso con penas privativas de la libertad) *de una serie de modalidades de vida que no afectan derechos de terceros* (como es el caso, entre muchos otros, de la punición contravencional de la prostitución, del travestismo, de la vagancia, del alcoholismo).[19] En algunos de estos supuestos (como en la represión de la prostitución o del travestismo entre adultos), no sólo se pretende tutelar una determinada modalidad de vida y no derechos de terceros (como también sucede con los demás), sino que incluso, como se señaló en el punto anterior, se termina afectando la disponibilidad de la vida sexual tanto de los autores como de los terceros (o su derecho a optar por unas u otras pautas de "moralidad sexual").

4.8.5. PUNICIÓN DE LOS LLAMADOS "DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO"

La categoría de los "delitos de peligro abstracto" ha sido creada de un modo contrario a las normas constitucionales que exigen, como presupuesto de imposición de toda pena estatal, la prueba de la afectación a bienes jurídicos de terceras personas. Ello sucede por cuanto suele pretenderse que los citados "delitos" son tales por el hecho de presumirse, sin admitir prueba en

[19] Acerca de la violación al principio de necesaria afectación de bienes jurídicos ajenos al autor en el ámbito contravencional, puede verse, entre otros, Eugenio Raúl Zaffaroni: *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 1985, pp. 103 y ss.

contrario, que afectan un bien jurídico ajeno (aunque, en verdad, ello no ocurra). Con ello no sólo se violenta el derecho humano a la *presunción de inocencia* (que exige al Estado, como condición para imponer penas, la prueba de todos y cada uno de los presupuestos de punibilidad —y que, correlativamente, no requiere al imputado la prueba de ninguna circunstancia de no punibilidad—), sino que, además, se permite la punición sin afectación alguna a la disponibilidad de derechos de terceras personas.[20]

4.8.6. Punición del denominado "delito imposible" o de la llamada "tentativa inidónea"

Otro caso de flagrante violación al principio de *necesaria afectación de bienes jurídicos*, como presupuesto mínimo de intervención penal del Estado, es el de la penalización del llamado *delito imposible* o de la denominada *tentativa inidónea*.[21]

En este supuesto el autor comienza la ejecución de un acto, con el propósito de consumarlo, pero *sin tener posibilidad alguna de lograr la consumación*. Ya sea que se restrinja el concepto a los casos de inidoneidad del medio empleado, o que también se comprenda en él los supuestos de inidoneidad del autor o del objeto de la acción (en los que el bien jurídico ni siquiera existe), la tentativa inidónea en ningún caso pone en peligro bien jurídico alguno. Por ello es que muchos, para legitimar su punición, han tenido que fundar la falta de violación a este principio en la supuesta existencia de una tercera forma de afectación al bien jurídico (distinta a la lesión o al peligro). En rigor de verdad, tal intento de legitimación ha fracasado claramente, pues las únicas formas de afectación al bien jurídico son la *lesión* y el *peligro*.

No es punible la tentativa inidónea:

a) en los *Códigos Penales de Colombia* (1980, arts. 4 y 22); *de Panamá* (1982, art. 44); *de Ecuador* (1991, art. 16),

[20] Entre los tantos que cuestionan la legitimidad de la categoría de los llamados "delitos de peligro abstracto": *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina. Informe final*, del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (I.I.D.H.), pp. 28 y ss.; Gonzalo D. Fernández: *Derecho Penal y Derechos Humanos*, p. 120; Daniel Aníbal Erbetta, "Tenencia de estupefacientes. Delitos de peligro abstracto y principios constitucionales", pp. 213 y ss.

[21] La ilegitimidad de la punición de la *tentativa inidónea* ha sido denunciada, entre otros, por *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina. Informe final*, del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (I.I.D.H.), pp. 65 y ss. (en particular, pp. 33 y 34) ; Gonzalo D. Fernández: *Derecho Penal y Derechos Humanos*, p. 126.

que exigen expresamente, como elemento de la tentativa, el inicio de la ejecución por medio de *"actos idóneos"*;

b) en el *Código Penal de Paraguay* (cuyo art. 3 requiere, para la tentativa, que el autor, "por *medios idóneos*", haya "dado principio de ejecución de un *delito posible*");

c) en el *Código Penal de Venezuela* (que exige, en su art. 80, *"medios apropiados"* para la tentativa y "lo que es *necesario para consumarlo"* para el delito frustrado);

d) en el *Código Penal de Brasil* (1969), para el cual "no se pune la tentativa, cuando, por *ineficacia absoluta del medio empleado* o por *absoluta impropiedad del objeto*, el imposible consumar el crimen" (art. 16);

e) en el *Código Penal de El Salvador* (que, luego de exigir en el art. 28 la ejecución de "actos directos y apropiados para lograr su consumación", como elementos de toda tentativa, vuelve a referirse a la cuestión en el artículo 29, que, bajo el título de *delito imposible*, expresa que "no es punible el delito imperfecto o tentado cuando fuere *absolutamente imposible la consumación* del mismo por *falta de idoneidad total del medio empleado* o por *inexistencia del objeto*");

f) en el *Código Penal de Perú* (1991), al disponer su art. 17 que "no es punible la tentativa *cuando es imposible la consumación* del delito, por la *ineficacia absoluta del medio empleado* o *absoluta impropiedad del objeto"* (luego de disponer, para mayor claridad, que *"la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley"* —art. IV del Título Preliminar—);

g) en el *Código Penal de México* (1931), en cuanto reclama, como elemento de la tentativa, la realización total o parcial de "los actos ejecutivos *que deberían producir el resultado"* o la omisión de aquellos *"que deberían evitarlo"* (art. 12);

h) tampoco resulta punible la *tentativa inidónea* en el nuevo *Código Penal de España* (nov. de 1995), pues éste, en su art. 16, requiere expresamente, como elemento de la tentativa, la realización de "todos o parte de los actos *que objetivamente deberían producir el resultado"* (y no hay duda que *deberían producir el resultado "objetivamente" sólo los actos idóneos*).

i) en el *Código Penal de Nicaragua*, la *tentativa inidónea* resulta impune, salvo respecto del autor "enfermo mental o intoxicado", sólo para el cual "queda el juez autorizado para adoptar *medidas de seguridad*" (art. 12). Para los demás autores, es siempre absolutamente impune.

A diferencia del recién citado *Código Penal de Nicaragua*, los *Códigos Penales de Bolivia* (art. 10), *Costa Rica* (art. 24), *Guatemala* (arts. 14 y 15) y *Uruguay* (art. 5, 3° y 4° párrafo) establecen que el autor de tentativa inidónea (al que se declara exento de "pena") será pasible de "medidas de seguridad".

Por el contrario, otras legislaciones penalizan expresamente el "delito imposible", como es el caso, entre otros, los *Códigos Penales de Argentina* (de 1922, cuyo art. 44 lo denomina de esa misma forma y establece como pena la de la tentativa disminuida en la mitad, pudiendo reducírsela al mínimo legal "o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente"), *de Cuba* (de 1988, que faculta la atenuación de la sanción sin ajustarse a su límite mínimo y aun a eximir de ella, en caso de "evidente ausencia de peligrosidad" (art. 14) y *de Alemania* (art. 23, apartado 3°, en virtud del cual se autoriza al juez a "prescindir de la pena o atenuarla según su libre apreciación", en los casos en los que el autor ignorase que la tentativa no podía conducir en absoluto a la consumación "por grosera incomprensión").

Otros regímenes legales directamente no legislan el instituto (como es el caso, entre otros, de los Códigos Penales de Chile (ver su art. 7, 3er párrafo) y de Santo Domingo (conf. art. 2).

En suma, el *Estado Constitucional de Derecho*, a través de la consagración constitucional del principio de *afectación necesaria de bienes jurídicos* de terceros, exige al *legislador* penal que, al describir la tentativa, incorpore como uno de sus elementos la *idoneidad de la conducta* para lograr la consumación buscada por el autor. En el caso en que el Poder Legislativo no haya cumplido con este presupuesto constitucional de punibilidad, son los órganos *judiciales* de un *Estado Constitucional de Derecho* quienes están obligados a desconocer legitimidad constitucional a tal intento de punición sin bien jurídico en peligro.

4.9. **Afectación relevante de bienes jurídicos de terceros**

Los principios de *proporcionalidad* y de *racionalidad de las penas (como actos estatales)* prohíben, entre otras cuestiones, la

penalización de las conductas *insignificantes*, por lo cual los intérpretes están obligados por dichos principios a desconocer la tipicidad material de las acciones socialmente irrelevantes y, por ende, a reconocer su necesaria exclusión del ámbito punitivo por vía de una dogmática penal elaborada sobre la base de normas jurídicas supremas.[22]

4.10. **Afectaciones al principio de responsabilidad penal personal o por el hecho propio**

Tanto la redacción defectuosa de los tipos penales, como la jurisprudencia no apegada a los principios del Estado Constitu-

[22] Sobre la atipicidad penal de las conductas insignificantes y su necesaria exclusión del ámbito punitivo por vía de la dogmática penal, puede verse, entre muchos otros trabajos: Claus Roxin: *Política criminal y sistema del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1972, p. 53; Hans Welzel: *Derecho Penal Alemán*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1976, trad. de Bustos Ramírez y Yáñez Pérez: pp. 53 y ss. y *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Ariel, Barcelona, 1964, versión castellana y notas por José Cerezo Mir, pp. 53 a 56; Heinz Zipf: *Introducción a la política criminal*, edición española Edersa, 1979, trad. de Miguel Izquierdo Macías-Picavea, en particular el punto 4 del cap. 5, titulado "El problema de la criminalidad de bagatela"; Juan Bustos Ramírez: *Manual de Derecho Penal español, Parte General*, Ariel, Barcelona, 1984, p. 220, y *Bases críticas de un nuevo Derecho Penal*, Temis, Bogotá, 1982, pp. 57 y ss. y en particular p. 60. En nuestro país, lo reconocen, entre otros: Germán Bidart Campos: "¿Es constitucional aplicar la sanción penal prevista en la ley al autor de una conducta delictuosa insignificante?", en *El Derecho*, t. 140, pp. 678/9; Eugenio Raúl Zaffaroni: *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, t. III, Ediar, Buenos Aires, 1981, pp. 553 a 557 y *Manual de Derecho Penal, Parte General*, p. 405; Julio E. S. Virgolini: "El art. 31 de la Ley de Vinos y un caso de aplicación del principio de insignificancia en la afectación del bien jurídico", en *Doctrina Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1984, pp. 333 y ss. y "Las lesiones levísimas: un caso de atipicidad por insignificancia", en *Doctrina Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1985, pp. 119 y ss.; Carlos Creus: *Derecho Penal, Parte General*, Astrea, Buenos Aires, 1988, p. 166; Luis F. Niño: *Eutanasia. Morir con dignidad (consecuencias jurídico-penales)*, Universidad, Buenos Aires, 1994, pp. 136/7; Maximiliano A. Rrusconi: *Los límites del tipo penal (un análisis de la tipicidad conglobante)*, Ad-Hoc, 1992, pp. 73/5; Enrique García Vitor: *Planteos Penales (Principio de insignificancia, delito experimental y agente provocador, ¿legalización de la droga?, responsabilidad de las personas jurídicas, obligatoriedad de la jurisprudencia plenaria*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, 1994, pp. 21 y ss.; Víctor R. Corvalán: "Reflexiones jurídico penales de una borrachera", en *Revista de Jurisprudencia Penal de Santa Fe*, nº 1, 1990, pp. 38 y ss.; Adrián Fernando Berdichevsky: "Falso testimonio e insignificancia: un acierto en casación", en revista *Nueva Doctrina Penal*, 1996/B, Editores del Puerto, pp. 519 y ss.; Gustavo L. Vitale: *Principio de insignificancia y error (sobre la base de casos)*. Una fundamentación más acabada que en la primera edición, sobre la base de normas jurídicas positivas superiores a la ley penal, pretendo desarrollar en la segunda edición del libro citado.

cional de Derecho, han dado entrada (en forma ilegítima) a formas de responsabilidad penal por el hecho ajeno, violatorias del principio de responsabilidad penal personal.[23]

4.10.1. El delito de homicidio con motivo u ocasión del robo

Un ejemplo de ello se ha presentado en *Argentina*, en relación al texto del *artículo 165 del Código Penal*, por el que se impondrá nada menos que reclusión o prisión de diez a veinticinco años *"si con motivo u ocasión del robo resultare un homicidio"*. La pésima redacción acordada al tipo penal y la errónea interpretación meramente literal que muchos jueces han efectuado de su texto (contrariando abiertamente el principio de responsabilidad penal personal), han dado lugar a criterios verdaderamente sorprendentes, por la magnitud de las afectaciones a derechos humanos que se vienen produciendo.

El tipo penal referido penaliza la acción homicida que, dolosamente, lleva a cabo *el autor de un robo*, en ocasión o con motivo de su ejecución. Si bien hay otras cuestiones constitucionales que adquieren relevancia en relación al tipo de referencia,[24] lo que más interesa destacar aquí es que (aunque no parezca creíble) *existen criterios judiciales* (incluso de algún máximo tribunal de provincia, como es el caso de la *Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires*) *que ni siquiera respetan el principio constitucional que exige que, para imputarle el homicidio al autor del robo, este último debe haber sido el que produjo la muerte*. Ello nos muestra que, en los hechos, algunos jueces vienen permitiendo que al au-

[23] Sobre violación al principio de responsabilidad personal, o por el hecho propio.

[24] Si bien los intérpretes entienden en general que basta, para esta tipicidad, con que el autor del robo cometa un homicidio *culposo* (no siendo necesaria la comisión dolosa), ello resulta francamente *irrazonable*, pues no existe razón válida alguna que explique entonces un aumento de pena semejante, pues, en virtud de esa interpretación, el autor de un homicidio culposo (por el solo hecho de cometerlo con motivo u ocasión de un delito patrimonial) se encontraría reprimido con una pena carcelaria mínima dos años mayor al mínimo legal del homicidio doloso. Es decir, se entiende en general que un mismo delito cometido con *culpa*, por el contexto patrimonial en el que se realiza, se encuentra sancionado con un mínimo de pena carcelaria mucho más severa que si ese mismo delito hubiera sido ejecutado con *dolo*. Por ello, en base al principio constitucional de *razonabilidad* y de *proporcionalidad de las penas*, debe entenderse que el citado art. 165 de la ley penal argentina contempla sólo los casos de homicidio *doloso*. Cabe aclarar que, en Argentina, el homicidio *culposo* se encuentra penado con prisión de seis meses a tres años (art. 84), mientras que el homicidio *doloso* con reclusión o prisión de ocho a veinticinco años (art. 79).

tor de un robo se lo penalice por el homicidio cometido (con motivo de ese robo) por otro participe del robo, por la víctima, por la autoridad policial interviniente o por cualquier tercero (es decir, *permitiendo que se le impute una conducta homicida ajena, por el solo hecho de encontrarse robando*).[25] Aunque parezca mentira (excediendo límites mínimos de razonabilidad), se ha llegado incluso a penalizar al autor de un robo, por el homicidio que (en esa ocasión) cometió *un policía* contra otro de los autores del mismo robo (e incluso contra un tercero ajeno al robo), a raíz del tiroteo que tuvo lugar entre ellos y la policía (podrá discutirse, en la situación concreta, si corresponde o no penar al policía por la muerte que causó, pero lo que no puede hacerse, jurídicamente, es negarse que él haya sido el autor del homicidio y pretenderse así que quien causó la muerte no haya sido quien introdujo el proyectil en el cuerpo de la víctima, sino el que sólo intentó o consumó un apoderamiento patrimonial ilegítimo). A pesar de la claridad que me merece la cuestión, la trato aquí por las severas consecuencias que viene produciendo en la vida de muchas personas (fundamentalmente de aquellas seleccionadas y criminalizadas en forma irracional y cotidiana por el sistema penal), *distorsionándose así la jerarquía constitucional de los valores en juego, por priorizar, inadmisiblemente, el patrimonio sobre la vida*.[26]

[25] Conf. Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires: causas "Banzerevich, Julio Daniel s/homicidio en ocasión del robo", P. 37124, del 13/6/89 (jueces: Elías Homero Laborde, Miguel Amilcar Mercader, Guillermo David San Martín, Ernesto Víctor Ghione, Héctor Negri —por la mayoría— y Emilio Rodríguez Villar —por la minoría—); "Guiñez, Nelson Edgardo s/robo calificado", P. 42063, del 18 de diciembre de 1990 (jueces: Antonio Carlos Vivanco, Juan Manuel Salas y los integrantes de la mayoría en la causa antes citada, con la importante disidencia de Emilio Rodríguez Villar); con análogo contenido, causa 49159, del 3/11/92. En cambio, dejan en claro que el autor del homicidio en ocasión del robo debe ser el mismo autor del robo (y no un tercero): el Tribunal Superior de Córdoba, "B.J.C.", t. XXI, p. 299.
Sobre esta violación constitucional, puede consultarse, entre otros: Gustavo L. Vitale: "La defensa del provocador (derecho a la vida del autor de robo)", en *Aequitas, Semanario Jurídico Regional*, Neuquén, 25 de febrero de 1991 (en particular, apartado V. A.); Gabriel E. H. Ganón: "Homicidio en ocasión de robo: ¿un supuesto de responsabilidad obetiva?", en *Revista de Jurisprudencia Provincial* (de Buenos Aires), volumen III, nº 1, Rubinzal-Culzoni, febrero de 1992; Andrés Repetto Escardó y María Cristina Beute: *Crítica a la usual interpretación inconstitucional del art. 165 del Código Penal Argentino*, Ponencia presentada al Congreso Internacional de Derecho Penal, 75° Aniversario del Código Penal argentino, Buenos Aires, agosto de 1997.

[26] Tal como lo ha sostenido correctamente David Baigún, "la valoración de la vida como bien primario y la imposibilidad de confrontarla en ningún caso con la propiedad está ya en el umbral de los sistemas penales modernos" ("Dos cuestiones dogmáticas conocidas —legítima defensa y dolo eventual— y las valoraciones de la política criminal", en *Doctrina Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1987, en particular p. 271).

4.11. **Afectaciones al principio de responsabilidad penal subjetiva (exigencia de dolo o culpa)**

Del mismo modo a lo que sucede con el tema anterior, ya sea por vía legislativa como por medio de cierta jurisprudencia, se han venido plasmando (ilegítimamente) verdaderas formas de responsabilidad penal objetiva (o por la mera producción de un resultado), violatorias del principio de responsabilidad penal subjetiva, que exige (como uno de los tantos presupuestos de punibilidad) la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del autor.[27]

4.11.1. Delitos calificados por el resultado

Suelen denominarse "delitos calificados por el resultado" aquellos que fundan o agravan la pena por la producción de un resultado más gravoso que el querido por el autor. Ejemplo de ellos son los casos de los delitos llamados *preterintencionales* (que además de una acción dolosa requieren la producción culposa de un resultado más grave que el perseguido). En verdad, si (en el ámbito de interpretación de la ley penal) se respetara el principio constitucional que prohíbe toda forma de responsabilidad objetiva (o por la mera producción de un resultado), la cuestión no tendría la relevancia que adquiere en las realidades de nuestros sistemas penales (que lo desconocen a menudo).

En primer lugar, las deficiencias existentes en la redacción de las leyes penales contribuye a mantener el aludido peligro de violación constitucional. La tipicidad preterintencional, ya citada, por lo general da lugar a esta confusión. Para mencionar sólo algún ejemplo: el *Código Penal de Argentina* sanciona con pena "al que, con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, *produjera la muerte de alguna persona, cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte*" (art. 81, b), lo que ha dado lugar a criterios divergentes acerca de la merituación de la "razonabilidad" del medio utilizado, dejándose de lado muchas veces la necesidad de probar la imputación culposa del resultado. Lo mismo ocurre, entre otros, con el *Código Penal de Ecuador*, que (declarando que "la infracción es dolo-

[27] *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina. Informe final*, del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (I.I.D.H.), pp. 34 y ss.; Gonzalo D. Fernández: *Derecho Penal y Derechos Humanos*, pp. 121/122.

sa o culposa" —art. 14, 1er. párrafo—) añade que la infracción es preterintencional "cuando de la acción u omisión *se deriva* un acontecimiento dañoso o peligroso más grave que aquel que quiso el agente" (art. 14, 4° párrafo), como si bastara con la mera causación de ese resultado más grave. Incluso en legislaciones como la de *El Salvador* (que aseguran la no punibilidad si la acción "no es dolosa, preterintencional o culposa" —art. 32 del *Código Penal de El Salvador*—) se presenta este riesgo igualmente, pues se sanciona a los que cometen un "homicidio preterintencional" (art. 157), definiendo a su vez (confusamente) la *preterintención* como la hipótesis en la que el resultado más grave "pudiera ser previsto" por el autor —art. 34— (lo que podría hacer pensar que para la preterintención basta con la *posibilidad de previsión* del resultado más grave, aunque ese resultado previsible fuera inevitable —lo que sería equivocado—).

No obstante ello, la necesaria interpretación constitucional de la ley penal obliga a exigir, al menos, culpa, para poder imputar el resultado más gravoso a quien sólo quería uno más leve. De este modo, el peligro de violación constitucional aludido puede ser contrarrestado con una correcta aplicación judicial de la ley, sobre la base de las normas fundamentales. Sin embargo, este elemental requerimiento constitucional suele ser desconocido por parte de cierta jurisprudencia, en la medida en que no requiere la prueba de la *culpa* para imputar el resultado más grave.

En suma, cualquiera sea la redacción del tipo penal, el resultado más grave (no querido por el autor) sólo podrá imputársele a título de culpa (y nunca por la mera circunstancia de su producción), por la vigencia del aludido principio consagrado por las normas fundamentales. Por ello es que la legislación penal debiera suprimir los tipos preterintencionales (al menos en aquellos casos que bien pueden ser resueltos por aplicación de las normas del concurso), definiendo, en tal caso, *con precisión* los tipos preterintencionales que se decidiera mantener.

4.11.2. Caso fortuito en ocasión de la ejecución de actos ilícitos

Ciertas normas penales dan lugar a confusión y, por ende, a un riesgo de afectación al principio de responsabilidad penal subjetiva. Me refiero a aquellas disposiciones legales que declaran no punibles los resultados producidos por casos fortuitos originados

en una acción *lícita*, con lo cual pareciera admitir responsabilidad penal en relación a los casos fortuitos que tienen su origen en actos *ilícitos* del autor. Tal el caso del *Código Penal de El Salvador*, que (no obstante disponer que no hay pena sin dolo, preterintención o culpa, con lo que declara respetar la exigencia de responsabilidad subjetiva) establece que "es inculpable: 1°) Caso fortuito. Quien con ocasión de ejecutar un acto lícito, con la debida diligencia, causa un daño por mero accidente". Algo análogo ocurre en el *Código Penal de Guatemala* (arts. 11, 12 y 22) y con el *Código Penal de Chile* (arts. 2, 10 inc. 8 y 11 inc. 1). Las normas citadas y la aplicación de ellas según la interpretación literal —por argumento en contrario— posibilitan la afectación del principio de responsabilidad subjetiva, creando el riesgo de restablecimiento del *versari in re illicita* (y, por ende, el peligro de atribución ilegítima de resultados sólo por encontrarse el autor cometiendo un acto ilícito).

4.12. **Afectaciones al "principio de culpabilidad penal por el hecho"**

El principio de culpabilidad penal (según el cual no hay pena sin que al autor de un acto ilícito penal le sea exigible su no comisión, por haberse podido contramotivar en la ley penal —y ser, por ello, reprochable por dicha comisión—), tiene indiscutida base tanto en las normas constitucionales de los Estados como en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Con este contenido (de exigibilidad por la posibilidad de contramotivación en la ley penal), *el principio de culpabilidad se desprende del principio de legalidad penal*, que exige, como presupuesto de punibilidad, el dictado de una *ley anterior* al hecho del proceso que describa el delito y la pena. Precisamente esta descripción anterior se hace necesaria para posibilitar el conocimiento y comprensión de la prohibición y de la pena. Es esa posibilidad de comprensión la que, precisamente, constituye la base del principio de culpabilidad penal.[28]

[28] Sobre este fundamento del principio de culpabilidad penal, puede consultarse, entre otros, Enrique Bacigalupo: *Delito y punibilidad*. Civitas, Madrid, 1983, p. 167; Marcelo A. Sancinetti: "Error, dolo y culpabilidad: ¿un problema 'de lege lata'? (A propósito de la polémica entre Enrique Bacigalupo y Ricardo C. Núñez, sobre el art. 34, inc. 1, del Código Penal"), en *Nuevo Pensamiento Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1976, p. 273, en particular la nota 18); *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina*. Informe final, del Instituto Interamericano de Dere-

Las afectaciones a este principio supremo se producen, básicamente, por el desconocimiento de su jerarquía constitucional o bien por el desconocimiento de su contenido mínimo.

4.12.1. Influjo de las concepciones psicológica y normativa (en el desconocimiento o reconocimiento del principio)

La influencia de la concepción meramente *psicológica* de la culpabilidad (que, de la mano del "causalismo naturalista", la reducía a la exigencia de dolo o culpa, como relaciones psicológicas entre el autor y su acto) ha contribuido a desconocer la vigencia del principio señalado como un principio limitador del poder punitivo, independiente del que exige la responsabilidad penal subjetiva.[29] De todos modos (como lo aceptó luego el "causalismo valorativo o normativista"), la exigibilidad de una conducta distinta por la posible contramotivación en la norma (reprochabilidad) es un componente de la culpabilidad (y, con ello, un presupuesto más para la imposición de la pena estatal). Tanto es así que, con el "finalismo", se terminó limitando la culpabilidad a la comprobación de un mero juicio de reproche formulado sobre el autor de un acto ilícito penal. La concepción *normativa* de la culpabilidad, en este sentido, permitió diferenciar mucho más claramente la exigencia de reprochabilidad, de la de dolo o culpa, a fin del necesario reconocimiento de ambas como límites a poder penal.

4.12.2. Penas o "medidas de seguridad" para culpables, por la supuesta "peligrosidad"

Un ámbito de violación del principio de *culpabilidad penal por el hecho* (como garantía individual frente al poder punitivo del Estado) se presenta en todos aquellos casos en los que se admite la imposición, a personas culpables, de cualquier medida de contenido punitivo basada en la "peligrosidad" (y no en la exigibilidad de una conducta distinta por la posibilidad de contramotivación

---

chos Humanos (I.I.D.H.), p. 35; Gustavo L. Vitale: "Principio de insignificancia y error (sobre la base de casos)", Publicación de *Derecho Penal de la Universidad Nacional del Comahue*, Neuquén, 1988, p. 91, nota 14.

[29] La independencia entre el principio de prohibición de la responsabilidad penal objetiva (no hay pena sin dolo o culpa) y el principio de culpabilidad (no hay pena sin reprochabilidad) es explicada claramente por Eugenio R. Zaffaroni.

en la norma). No interesa la denominación que a estas medidas se asigne ("penas", "medidas de seguridad" o como fuere), pues en todo caso son reacciones inconstitucionales del Estado, que importan una verdadera *pena sin culpabilidad*.

a) Un ejemplo lo constituye la monstruosa *"reclusión por tiempo indeterminado", como accesoria de la última pena*, prevista en el artículo 52 del *Código Penal de Argentina* (cuya ilegitimidad resulta manifiesta, por importar una medida de naturaleza indiscutidamente *punitiva*, que, incluso, se cumple del mismo modo y en idénticos lugares que la pena de prisión o reclusión). Esta *pena indeterminada* resulta contraria a las normas fundamentales, no sólo por su indeterminación (violatoria del principio de *legalidad penal*), sino porque, además de transgredir el principio de *culpabilidad* (por constituir una pena que no considera este presupuesto esencial de imposición), violenta el principio de *presunción de inocencia*, pues se aplica sólo por haber cumplido el condenado cierta cantidad de penas carcelarias anteriores (en relación de "reincidencia" entre ellas), presumiendo la "peligrosidad" sin admitir prueba en contrario. Ello es independiente, claro está, de la inconstitucionalidad de esta *"pena indeterminada para peligrosos"* por una razón independiente: por su vinculación legal con el ilegítimo instituto de la "reincidencia".[30]

b) De un modo igualmente violatorio del *principio de culpabilidad penal*, el *Código Penal de El Salvador* permite imponer "medidas de seguridad" a personas culpables (art. 110) "cuando el sujeto sea declarado *delincuente habitual o profesional"* (inc. 5°), "cuando durante el cumplimiento de la condena el reo observare *notoria mala conducta"* (inc. 6°), o "cuando, *cumplida la sentencia*, el juez estime que la eficacia de la pena ha sido nula en lo relativo a la readaptación del delincuente, fundándose para ello en la *viciosa conducta del reo"* o "en sus *hábitos de vagancia"* (inc. 7°). La violación al señalado principio fundamental no sólo se presenta por la mera circunstancia de admitirse verdaderas penas sin culpabilidad, sino además por las

[30] La inconstitucionalidad de la llamada "reclusión accesoria por tiempo indeterminado" ha sido denunciada ya por muchos autores. Entre ellos, puede verse las citadas obras de Eugenio Raúl Zaffaroni (por la vinculación de ese instituto con el de la reincidencia, en la ley argentina, ver nota siguiente).

propias pautas de imposición, que, como es claro, ni siquiera se vinculan al hecho cometido, sino a las características del autor del delito, constituyendo reales modalidades de la proscripta "culpabilidad de autor" (irrespetuosa de la exigida "culpabilidad por el hecho" y de la garantía de mínima reserva ética). También se producen aquí transgresiones al principio de necesaria afectación a bienes jurídicos ajenos (como un presupuesto más de la reacción penal).

4.12.3. Agravación de la situación punitiva por la llamada "reincidencia", "habitualidad" o "profesionalidad"

Otra forma de frecuente violación al principio de culpabilidad penal por el hecho de previsión legal del instituto de la "reincidencia", como un modo de *agravar* la situación punitiva del condenado.

Ello ocurre en los Códigos Penales de Argentina (arts. 14, 41, 50, 52, y 53), Brasil (1969, art. 74, I, b), Chile (arts. 12 y 16), Ecuador (77 y 80), Costa Rica (arts. 39, 40, 41, 70 segundo párrafo, 78 y 98 inc. 3, referidos a "reincidentes", "habituales" y a "profesionales"), El Salvador (arts. 5, 78, 110 inc. 5°, 111 y 112, sobre "reincidentes", "habituales" y a "profesionales"), Guatemala (arts. 27 inc. 23, 27 inc. 24, 33, 51 inc. 1, 87 inc. 3 y 91, que se refieren a "reincidentes" y "habituales").

Por el contrario, han eliminado la "reincidencia" el Código Penal de Alemania y el de Colombia.

Las señaladas categorías de "reincidencia", "habitualidad" o "profesionalidad", legisladas como modo de agravar la situación punitiva del condenado, constituyen una forma de valoración de las características de la personalidad del sujeto o de su modo de vida, que, por no basarse en el hecho cometido, importan manifestaciones de *Derecho Penal de autor* (a través de la *culpabilidad de autor*), que invaden la *esfera de reserva ética*. Por esa razón, son contrarias al principio de *culpabilidad por el hecho*, revistiendo ilegitimidad manifiesta.

A su vez, y en particular en lo que respecta a la agravación de la situación punitiva por la denominada "reincidencia", se contrarían aquí abiertamente violentadas normas fundamentales, por afectarse (además del principio de *culpabilidad por el hecho*), el principio *ne bis in idem* y el de *inocencia*, todos consagrados por disposiciones constitucionales de los Estados o por

normas internacionales (arts. 11 inc. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 8 inc. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14 incs. 7 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 40, 2, b, i de la Convención sobre los Derechos del Niño).[31] En cuanto al *ne bis in idem*, no hay duda que al agravarse la situación punitiva por haber sido antes condenado o por haber cumplido antes pena

[31] En favor de la inconstitucionalidad del peligroso instituto de la "reincidencia", se han expedido, entre otros, Eugenio Raúl Zaffaroni, *en Manual de Derecho Penal* (p. 73) o en "Reincidencia: un concepto de Derecho Penal autoritario", en *Derechos Fundamentales y Justicia Penal*, Ilanud, Juricentro, San José, Costa Rica, 1992; Edgardo A. Donna (*Reincidencia y Culpabilidad, Comentario a la ley 23.057 de reforma al Código Penal*, Astrea, Buenos Aires, 1984, p. 77); Julio B. J. Maier ("Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple, Ne bis in idem", en *Doctrina Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1986, pp. 454 y ss.); Miguel A. Arnedo (La reforma penal y el nuevo régimen de la reincidencia, *El Derecho*, t. 115, p. 929 y ss); Carlos Elbert (causa Varela, Luis R., Cám. Nac. en lo Crim. y Corr., sala VI, del 27/12/1985; ver *Ejercicios de Derecho Penal —y derecho procesal penal—, por crónicas periodísticas y jurisprudencia, Parte General*, pp. 479 y ss.); Gustavo L. Vitale ("Comentario bibliográfico", en *Doctrina Penal*, 1985, pp. 164 a 168, nota 1 de la p. 165 y *Suspensión del proceso penal a prueba*, pp. 338/9, nota 204); Martín Clemente (*Invalidez constitucional de la reincidencia. Una aproximación* a la cuestión como consecuencia de los recientes fallos plenarios sobre la materia, pp. 29 a 40); Gonzalo D. Fernández: *Derecho Penal y Derechos Humanos*, pp. 127/8; Luis De La Bareda Solarzano ("Los jinetes de la peligrosidad", en *Revista Mexicana de Justicia*, nº 4, vol. 5, Procuraduría General de la República, Instituto Nacional de Ciencias Penales, oct.-dic., 1987, pp. 21 a 28); Moisés Moreno Hernández ("Derechos humanos y legislación penal sustantiva", en *Revista Mexicana de Justicia*, nº 4, vol. 5, Procuraduría General de la República, Instituto Nacional de Ciencias Penales, oct.-dic., 1987, p. 110). A igual conclusión parecen arribar, entre otros, Juan Bustos Ramírez (*Manual de Derecho Penal Español, Parte General*, Ariel, Barcelona, 1984, p. 430), Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arón (*Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 432). Por considerarla un caso de "culpabilidad de carácter", también propugna su abolición Roberto Bergalli (*La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella. La perspectiva histórico-penal en la República Argentina y su análisis según el enfoque del etiquetamiento —"labelling-approach"—*, Sertesa, Barcelona, 1980, p. 83). Sobre la violación a derechos humanos producida por la agravación de penas por reincidencia, puede verse, también, *Sistemas Penales y Derecho Humanos en América Latina*, del *Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, pp. 86 y ss. Como es sabido, desde otro siglo hasta el presente, una larga lista de autores han venido bregando por la abolición de toda forma de agravación de pena por reincidencia (tal el caso de Carmignani, Gerterding, Carnot, Alauzet, Mittermaier, Tissot, entre muchos otros). En favor de la inconstitucionalidad de la reincidencia en la jurisprudencia, puede verse la causa Varela, Luis R., resuelta el 27 de diciembre de 1985 por la *Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal*, sala VI (ver su texto en *La Ley*, 1986-B-421).

carcelaria, se vuelven a hacer renacer hechos juzgados (para valorarlos en contra del condenado por un hecho posterior): la situación punitiva es más gravosa porque antes cometió delitos (ya juzgados). La presunción de inocencia se violenta también, porque, dados los presupuestos legales, corresponde la declaración de reincidencia, sin darse la posibilidad al condenado de comprobar que no merece tal agravación (aunque, como se dijo, ella es siempre ilegítima).

4.12.4. Desconocimiento de la necesaria excusabilidad de los errores de prohibición o de prohibición penal (o punibilidad) y, en especial, de la necesaria excusabilidad del error "de Derecho"

Un ámbito de violación constante del principio de *culpabilidad penal por el hecho* se viene produciendo a través del reconocimiento del ilegítimo principio *error iuris nocet* (por el cual se pretende que *nadie pueda invocar desconocimiento del Derecho*, pues —se dice— el Derecho se presume conocido *iuris et de iure*, es decir aunque verdaderamente no se lo conozca y no se lo haya podido conocer). Esta violación viene teniendo lugar tanto a nivel legislativo (me refiero a las leyes dictadas por los poderes constituidos), como en el ámbito judicial, al menos en una buena parte todavía (aunque existe ya una creciente tendencia hacia su desconocimiento, como consecuencia de la paulatina concientización acerca del imperio de la ley fundamental en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho).

Establecen expresamente el principio *error iuris nocet* los Códigos penales de Venezuela (art. 60), Brasil (1969, art. 20, aunque atenuado, pues permite *atenuar la pena o sustituirla por otra menos grave*, en caso de "excusable ignorancia o errada comprensión de la ley"), Colombia (art. 10), Ecuador (art. 31), El Salvador (art. 3; aunque el art. 41 inc. 2 atenúa la responsabilidad por error de derecho que no le sea reprochable).

En otros Códigos la situación es discutida, pues no establecen la inexcusabilidad en forma expresa, pero sólo prevén como excusante el "error o ignorancia de hecho" (como es el caso del Código Penal de Argentina, en su art. 34 inc. 1).

Por último, existen Códigos penales que, correcta y expresamente, consagran el principio contrario de la *excusabilidad del "error de Derecho Penal" o del "error de punibilidad"*. Tal es el

caso del *Código Penal de Costa Rica*, para el cual "no es culpable, el que por error invencible cree que el hecho que realiza no está sujeto a pena. Si el error no fuere invencible, la pena prevista para el hecho podrá ser atenuada, de acuerdo con lo que establece el artículo 79", es decir "podrá ser discrecionalmente atenuada por el juez" (arts. 35 y 79). Algo similar ocurre con el *Código Penal de Bolivia*, que consagra como causa de inculpabilidad "el error o ignorancia de la ley no imputable al agente, cuando éste hubiere obrado en la creencia de que su acto era lícito", estableciendo a su vez la atenuación de pena para el error de derecho imputable al autor (arts. 16 inc. 2 y 39). Igualmente sucede en el *Código Penal de Perú (1991)*, para el cual "el error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena" (art. 14, segundo párrafo).

El desconocimiento de la necesaria excusabilidad del error de derecho pretende fundarse, generalmente, en la ficticia "presunción de conocimiento del derecho", es decir en algo irreal y, por ende, contrario a la realidad de las cosas. Si alguien cree, en forma invenciblemente errónea, que cierta conducta no está prohibida o penada, es precisamente por ese error que no puede contramotivarse en norma penal alguna, por lo que el Derecho Penal no le puede exigir una conducta distinta (por la vigencia del principio fundamental de culpabilidad por el hecho).

Por estas razones, debe quedar en claro que *cualquier disposición legal que pretenda desconocer la necesaria excusabilidad del error sobre la ley (ya sea sobre el precepto o sobre la sanción), debe ser desconocida por el intérprete, que se encuentra obligado, ante todo, a reconocer operatividad directa al principio supremo de culpabilidad por el hecho.*[32]

[32] En favor de la exigencia constitucional (y de derecho internacional) de respeto al principio de excusabilidad del "error de derecho", puede verse: *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina, Informe final*, del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (I.I.D.H.), pp. 44 y ss.; Gonzalo D. Fernández: *Derecho Penal y Derechos Humanos*, pp. 123/4; Gustavo L. Vitale: "Principio de insignificancia y error (sobre la base de casos)", Publicación de *Derecho Penal de la Universidad Nacional del Comahue, Neuquén*, 1988, p. 91, nota 14.

4.12.5. Limitación del alcance del estado de necesidad disculpante (caso de la inculpable defensa necesaria provocada —no intencionalmente—)

Otra infracción al *principio de culpabilidad penal* se presenta por vía de la limitación del alcance de la coacción o del estado de necesidad disculpante (como causas de inculpabilidad, de disculpa o de no punibilidad). Me refiero a aquellas interpretaciones que pretenden exigir la *falta de provocación culposa de la situación de coacción o de estado de necesidad disculpante*, como presupuesto fáctico de dichas eximentes de pena (más aún en las legislaciones que no la requieren en su texto y en las que, por el contrario, exigen la falta de provocación suficiente por parte del que se defiende como elemento de la legítima defensa —por lo que, de entender que medió dicha provocación, quedaría excluida dicha causa de justificación—).

En relación a ello, admiten la coacción o el estado de necesidad disculpante aunque sea provocado (fortuita o culposamente) por el autor: los Códigos penales de Argentina (art. 34 inc. 2), Colombia (art. 40 inc. 2), Costa Rica (art. 38), El Salvador (art. 40, 3°, B y C).

La relevancia de la cuestión se advierte si se piensa en los bienes que, comúnmente, se ponen en juego en los casos que los sistemas penales atrapan en forma cotidiana: la vida y el patrimonio individual. Quien sólo persigue atacar el patrimonio (suponiendo que lo hace con armas o que dé a pensar que lleva una) puede con ello provocar (previsiblemente, aunque no en forma intencional) una reacción agresiva de la víctima hacia su persona, pudiendo generarse, entonces, la necesidad de actuar agresivamente en defensa de su vida o de su integridad corporal (atacada por la víctima del delito patrimonial que él ejecutaba), por no tener otro modo de eludir el ataque. Ante ello, el Derecho Penal no puede exigir al autor de robo que se deje matar, invocando que ello debe ser soportado por dicho autor por haber generado la situación de defensa (posterior a la ejecución de su delito patrimonial). Y no puede exigirlo por imperio del principio fundamental de *culpabilidad*, que no exige actos heroicos de nadie.[32 bis] Si el autor de

[32 bis] Resultan extremadamente peligrosas, por la tan común como ilegítima interpretación meramente literal de las leyes penales, las disposiciones de los arts. 22 y 23 del Código Penal de Ecuador, que consideren que 'no hay infracción alguna cuando uno de los cónyuges mata, hiere o golpea al otro, o al correo, en el instante de

robo (como provocador —culposo— de la situación de defensa que luego se ve obligado a repeler) no tiene posibilidad de evitar de otro modo un grave daño a su persona (ni siquiera huyendo), su acto de defensa no puede serle penalmente reprochado (recuérdese que, como me estoy refiriendo a las legislaciones que exigen la *falta de provocación culposa de quien se defiende* —como presupuesto fáctico de la legítima defensa—, no puede ese autor de robo invocar la citada causa de justificación).[33]

En suma, cuando la ley penal no exige la falta de provocación como elemento de la coacción o del estado de necesidad disculpante, dicho elemento no debe ser requerido por el intérprete, so pena de violentar el principio de culpabilidad penal. Cuando, en cambio, la legislación requiere dicha falta de provocación (como elementos de las señaladas causas de inculpabilidad o de no punibilidad), debe entenderse que no hace referencia a la provocación *culposa*, sino sólo a la falta de provocación *intencional* de la situación disculpante (en cuyo caso el autor podría estarse utilizando a sí mismo, con dominio del hecho, como instrumento

---

sorprenderlos en flagrante adulterio, o cuando una mujer comete los mismos actos en defensa de su pudor, gravemente amenazado" (art. 22) y que "no hay infracción en los golpes que se den, sin causar heridas o lesiones graves, a los reos de hurto o robo, cuando se les sorprende en flagrante delito, o con las cosas hurtadas o robadas" (art. 23). Pareciera que, por estas normas, se pretende cosificar al infiel o al ladrón (aunque en el primer caso la cosificación es tan burda que pretende autorizarse incluso la acción homicida). Por supuesto que una interpretación constitucional e internacional de estas disposiciones obliga a probar todos los presupuestos de punibilidad, a fin de aplicarlas sólo cuando exista al menos una duda seria sobre su concurrencia.

[33] Sobre el punto puede consultarse: Luis Jiménez de Asúa: *Tratado de Derecho Penal*, t. IV, Losada, 1961, p. 247 (quien propone la inculpabilidad de la defensa necesaria provocada, por vía de la "causa genérica y supralegal de inculpabilidad que se denomina *no exigibilidad de otra conducta*"); Nelson R. Pessoa: "Legítima defensa imperfecta", en *Doctrina Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1980, pp. 73 a 82; Jorge A. Sandro: "Inculpabilidad voluntaria y responsabilidad objetiva", en *Doctrina Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 80; Eugenio Raúl Zaffaroni: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. III, p. 610 o *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 494; Carlos Creus: *Derecho Penal. Parte General*, Astrea, Buenos Aires, 1988, p. 268; Gustavo L. Vitale: "La defensa del provocador (derecho a la vida del autor de robo)", en *Aequitas. Semanario Jurídico Regional*, Neuquén, 25 de febrero de 1991. Al contrario, la legítima defensa no requiere tal presupuesto, y, por ello, puede ser invocada por el provocador culposo, en ciertas legislaciones penales, como, por ejemplo, el Código Penal de Costa Rica (art. 28), el Código Penal de Colombia (1980, art. 29, inc. 4). Tampoco lo exige el Código Penal Tipo para Latinoamérica (ver: Juan Bustos Ramírez y Manuel Valenzuela Bejas: *Derecho Penal Latinoamericano Comparado. Parte General*, t. I, p. 200).

inculpable de su propia acción —aunque éste sería un caso más de gabinete que real—).

4.12.6. El momento de la culpabilidad: lesión de derechos por vía de la *actio libera in causa*

Si bien es cierto que, en la evolución de las ideas penales, la *actio libera in causa* significó un límite más al poder punitivo en relación a la aplicación lisa y llana del *versari in re illicita*, también lo es que por vía de la *actio libera in causa* se termina penalizando por delito doloso a quien se embriaga intencionalmente para, en estado de inculpabilidad, cometer un ilícito penal determinado (que luego no se está en condiciones de llevar a cabo *por aquella decisión anterior*). En otras palabras, quien llega a vivenciar un estado de perturbación profunda de la conciencia por embriaguez, no está en condiciones de actuar guiado por la propuesta anterior de delinquir en ese estado. Si delinque en ese estado lo hará por otra razón, pero no por la propuesta anterior. La culpabilidad se debe comprobar al momento de la acción y, precisamente, al momento de ejecución de la acción comisiva del delito doloso el autor carece de culpabilidad (por carencia de posibilidad de comprensión de la criminalidad del acto o de dirección de su acción). Si no es culpable por su conducta dolosa, no queda otra alternativa penal que no penalizar a título de dolo (pues al momento de colocar la causa —en cuyo instante es libre el sujeto— no actuó con dolo, pues no comenzó la ejecución de delito doloso alguno). La *actio libera in causa*, entonces, pretende legitimar una *punición dolosa ilegítima*.[34]

4.12.7. Desconocimiento de las diferentes pautas culturales

Otra violación al principio de culpabilidad por el hecho se presenta con aquellas legislaciones que discriminan a ciertos grupos humanos que no comparten las pautas comunitarias de la mayoría. Es el caso del *Código Penal de Bolivia (1974)*, que considera inimputable al "indio selvático que no hubiere tenido ningún con-

[34] Cuestionan la *actio libera in causa*, entre otros: *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina. Informe final*, del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (I.I.D.H.), p. 37; Eugenio Raúl Zaffaroni: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, EDIAR, Buenos Aires, 1985, pp. 447 y ss.; Jorge A. Sandro: "Inculpabilidad voluntaria y responsabilidad objetiva", en *Doctrina Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1978, pp. 73 y ss.

tacto con la civilización" (art. 17 inc. 5) y semiimputable al "indígena cuya incapacidad derive de su inadaptación al medio cultural boliviano y de su falta de instrucción" (art. 18, segundo párrafo), a quienes puede imponerse, como "medidas de seguridad", la internación coactiva "durante todo el tiempo requerido para la seguridad, educación o curación" (para los primeros: art. 80) o durante un tiempo que "no podrá exceder el término de la pena impuesta, salvo el caso en que por razones de seguridad sea necesario prolongarla" (para los segundos: art. 81). El *Código Penal de Colombia (1980)* trata el supuesto específico del "indígena inimputable por inmadurez psicológica", previendo para él una medida de seguridad consistente en "la integración a su medio ambiente natural" (art. 96, tercer párrafo), es decir una especie de expulsión de la "sociedad mayoritaria" por su condición de *indígena*.

Por el contrario, ciertas legislaciones penales evitan tal discriminación, por medio de la previsión expresa del "error culturalmente condicionado" como causa de inculpabilidad o de disminución del reproche, como ocurre en el *Código Penal de Perú (1991)*,[34 bis] que derogó la vieja hipótesis discriminatoria del Código antes vigente en ese país (que hacía expresa referencia a los "salvajes", comparándolos con el "hombre civilizado", supeditando la libertad condicional de ellos a que "su asimilación a la vida civilizada y su moralidad" lo hagan "apto para conducirse", haciendo mención también de los que llama "indígenas semicivilizados o dagradados por la servidumbre y el alcoholismo" (arts. 44 y 45 del viejo Código peruano).

Si bien es posible que ciertos grupos indígenas no puedan comprender ciertas pautas culturales "mayoritarias" no compartidas desde su infancia, no por ello deben ser tratados como grupos humanos *inferiores* a los que se los debe "insertar culturalmente a la sociedad". Por el contrario, ellos deben ser tratados como iguales, es decir con las mismas garantías que a todos debe reconocer el Derecho Penal de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho. Por ello es que, si (en cierta situación) no pueden comprender la criminalidad de determinado acto, no

[34 bis] El art. 15 del Código Penal de Perú (1991) expresa: "el que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de un acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena".

podrá imponérseles pena, ni "medida de seguridad" alguna, por imperio del principio supremo de culpabilidad por el hecho.[35]

4.12.8. El problema de la co-culpabilidad

Resulta necesario (y más en las trágicas realidades sociales latinoamericanas) la previsión de mecanismos legales que hagan recaer en el Estado (o en la sociedad), y no en el individuo, aquellos aspectos indispensables para el desarrollo de una vida digna (desde el comienzo de la vida humana).[36]

En tal sentido, corresponde exigir a las legislaciones penales el establecimiento expreso de normas que así lo hagan (como es el caso de las previsiones de atenuantes de pena en razón de la mayor cuota de necesidades básicas insatisfechas, ya existentes en numerosos Códigos penales). Existen, sin embargo, legislaciones penales que no lo han hecho (como es el caso, entre otros, del *Código Penal de Venezuela*, que no incluye pautas de co-culpabilidad entre las "circunstancias atenuantes" (previstas en su art. 74). De la misma manera, los jueces se encuentran obligados a reconocer la *co-culpabilidad* al resolver las cuestiones atinentes a la imposición y determinación de la pena, aunque nada diga al respecto el texto expreso de la ley penal, pues ésta es una obligación impuesta a todos los órganos del Estado por las normas constitucionales e internacionales que rigen la materia (a través del principio de *culpabilidad por el hecho*).

4.12.9. Falta de garantías para los inimputables

La carencia de garantías brindada legislativamente a los inimputables constituye una infracción más al principio de *culpabilidad por el hecho*. En efecto, bajo el rótulo de "medidas de

[35] Conf. *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina. Informe final*, del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (I.I.D.H.), pp. 55 y ss.; Víctor E. García Vitor: *Diversidad cultural y Derecho Penal (aspectos criminológicos, político-criminales y dogmáticos)*, Universidad Nacional del Litoral, 1994; Beatriz Kalinsky, *Diversidad sociocultural y formas punitivas del Estado (en busca de respuestas antropológicas al sistema jurídico penal en el sur de la Provincia del Neuquén, Argentina*, en Alteridades, 1996, pp. 89/95.

[36] Sobre el necesario reconocimiento de la co-culpabilidad: Eugenio Raúl Zaffaroni: *Política criminal latinoamericana (perspectivas-disyuntivas)*, Hammurabi, Buenos Aires, 1982; Luis Fernando Niño: "Ubicación sistemática de la co-culpabilidad", en *Revista Mexicana de Justicia*, nº 4, vol. V, Procuraduría General de la República, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Instituto Nacional de Ciencias Penales, octubre-diciembre de 1987.

seguridad" se establecen, para ellos, reacciones estatales sustancialmente punitivas (como es el caso de las internaciones coactivas en manicomios o en lugares análogos) sin exigir muchas veces determinada gravedad del hecho cometido por el inimputable y sin imponer claros límites materiales y temporales a las "medidas", permitiendo en general disponerlas por tiempo indeterminado y aceptando que puedan librarse de esa privación coactiva de libertad recién cuando se consideren desaparecidas las causas que mostraban su "peligrosidad" (hay, por supuesto, excepciones que disminuyen la irracionalidad, como es el caso, entre otros, del Código Penal de Venezuela —1964, con reformas—, que supedita la imposición de medidas privativas de libertad a la ejecución de un "delito grave" —art. 62, segundo párrafo—, o el supuesto del *Código Penal de México* —1931, con reformas—, que establece como límite máximo el que "corresponda al máximo de la pena aplicable al delito" (—art. 96—). El principio de culpabilidad por el hecho reclama la inculpabilidad (y, con ello, la no punibilidad) del inimputable, pero también, y por eso mismo, exige que no se le brinde un trato más severo que al imputable. Por ello es que el Estado Constitucional de Derecho obliga a cualquier órgano estatal a respetar, para los inimputables (y como mínimo) las garantías que se reconocen para los imputables.[37]

4.12.10. Desconocimiento de la inexigibilidad de otra conducta como causa general supralegal y constitucional de inculpabilidad

Cuestiones como las que se viene tratando, muestran la necesidad de brindar directa operatividad al principio supremo de culpabilidad por el hecho, sea cual fuera la situación por la cual al autor no le es exigible penalmente una conducta distinta, por no haberse podido contramotivar en la ley penal (tanto en el precepto como en la sanción). Ello puede lograrse, como ya lo propuso Luis Jiménez de Asúa, a través de la "no exigibilidad de otra conducta como causa general y supralegal de inculpabilidad".[38] El no reconocimiento de esta causa equivale, enton-

[37] Conf. *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina, Informe final*, del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (I.I.D.H.), pp. 47 y ss.

[38] Conf. Luis Jiménez de Asúa: *Tratado de Derecho Penal*, t. VI, Losada, 1962, pp. 932 y ss.

ces, al desconocimiento del alcance del principio constitucional de culpabilidad penal (con el riesgo de limitar su vigencia al contenido que quiera darle el legislador penal, como manifestación del poder constituido). Una Justicia enmarcada en un Estado Constitucional de Derecho reclama, por ello, la plena vigencia de esta causa de inculpabilidad, como un modo de lograr la operatividad directa de un principio que, como el de culpabilidad por el hecho, se encuentra contenido en las Constituciones de los Estados y en las normas internacionales.

4.13. **Problemática de la pena estatal**

Adquiere singular importancia prestar la debida atención al sistema normativo que rige la imposición, determinación y ejecución de la pena y a la interpretación que debe efectuarse de este sistema, a la luz de los textos constitucionales y de la normativa internacional de los Derechos Humanos.

La obligatoria aplicación directa (antes de toda otra norma jurídica) de las disposiciones constitucionales y de las contenidas en las Declaraciones y Pactos Internacionales, produce consecuencias importantes en el ámbito de la aplicación de las normas que rigen la imposición, determinación y ejecución de las penas (y, especialmente, de las penas carcelarias).

Con tal inteligencia, me referiré aquí a una serie de cuestiones que revisten particular trascendencia.

4.13.1. Ilegitimidad de la llamada "pena de muerte"

En primer lugar, constituye un acto de ilegitimidad extrema, por crueldad e inhumanidad manifiesta, el mantenimiento de la llamada "pena de muerte", que por desgracia aún perdura en ciertas legislaciones (como es el caso, entre otros, del Código Penal de Chile, Cuba, El Salvador o Guatemala).

Ante esta irracionalidad tan palmaria y violatoria de los derechos más elementales de la persona humana, no queda otro remedio (en aquellos países que mantienen la *muerte* como *pena*) que negarse a imponerla, declarándola contraria a los proclamados fines de la pena y, con ello, a las normas fundamentales (que, paralelamente a la lucha por su eliminación, prohíben las penas crueles, inhumanas o degradantes).[39]

[39] El cuestionamiento de la legitimidad de la "pena de muerte" es realmente universal, por lo que resulta innecesario abundar en las numerosísimas citas bibliográfi-

4.13.2. Derecho Penal mínimo y penas no carcelarias

Un Derecho Penal *mínimo* no sólo debe penalizar la menor cantidad posible de conductas, reservando la *sanción penal* para las más insoportables, sino que debe hacerlo reservando a su vez la *pena carcelaria* para aquellos delitos que adquieran excesiva gravedad. En la actualidad existe, en tal sentido, una violación evidente de esta exigencia de *mínima racionalidad* del Derecho Penal, emanada del Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

Por esta razón es que, un diseño de Derecho Penal construido sobre la base de las normas fundamentales, requiere indefectiblemente la previsión de un catálogo, lo más completo posible, de *penas no privativas de la libertad*, que posibilite el uso de las penas de encierro como última alternativa (para los casos de extrema gravedad). A su vez, deben establecerse los mecanismos necesarios para que la pena carcelaria, cuando se encuentra prevista en la ley, pueda imponerse en suspenso en la mayoría de los casos y, al mismo tiempo, pueda irse sustituyendo por otras menos severas.

4.13.3. Excusas absolutorias

Las llamadas *excusas absolutorias* constituyen una manifestación concreta de una serie de principios de raigambre constitucional e internacional (estricta necesidad de la pena; prohibición de penas crueles, inhumanas o degradantes; racionalidad o razonabilidad de las penas; proporcionalidad de la pena; fin preventivo-especial como fin de la ejecución o de la pena). En virtud de ellas, la pena (en principio "merecida") deja de aplicarse por falta de conveniencia o de necesidad (desde el punto de vista de sus fines). Por esta razón, el reconocimiento expreso de ciertas

---

cas existentes sobre el tema. Debe si recordarse que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos procura firmemente abolir la llamada pena capital, a tal punto que sus disposiciones comienzan diciendo: "*en los países que no hayan abolido la pena capital* sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos", prohibiéndola para aquellos que, al momento de comisión del delito, fueran menores de 18 años o mujeres embarazadas (art. 6 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*) o si tuvieran más de 70 años o por delitos políticos o comunes conexos con los políticos, y prohibiendo su restablecimiento a los Estados que la hubieran abolido (art. 4 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*).

excusas absolutorias por parte de las legislaciones penales, no debe ser entendido como excluyente de todas y cada una de las que se deriven del fundamento genérico de su falta de conveniencia o necesidad (como consecuencia de la aplicación a los casos concretos de principios como los enunciados).

En tal sentido, debe tomarse en cuenta que ya la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (del 26 de agosto de 1789), como culminación de la revolución francesa, que tanta influencia ha ejercido en numerosas Constituciones del mundo, dispuso expresamente (en su artículo 8°) que "la ley no debe establecer más penas que las *estricta y evidentemente necesarias*". La estricta y evidente necesidad deberá determinarse, en cada caso, de conformidad con el resto de los principios superiores aplicables a esta problemática.

1. Entre las *excusas absolutorias* que las legislaciones penales establecen, en forma expresa, puede mencionarse el caso del *desistimiento voluntario de la tentativa*. En este supuesto, la pena (en principio "merecida") deja de ser necesaria para cumplir su fin preventivo-especial, pues precisamente viene a demostrar que el autor ha enmendado su acción por propia voluntad, permitiendo que el bien jurídico en peligro no reciba una concreta lesión. Por esta misma razón es que, incluso, algunas legislaciones extienden correctamente el desistimiento de la tentativa (en forma expresa) a la conducta "de aquel que se esforzara seriamente por impedir la ejecución del delito, aunque los otros partícipes prosigan en su ejecución o consumación", y, en consecuencia, aunque el delito llegue a consumarse pese a su esfuerzo (es lo que ocurre en el *Código Penal de Perú*, 1991, art. 19).

2. Otro supuesto establecido por las legislaciones penales, en general, es el del *matrimonio contraído, después de cometido el hecho, entre el autor de un delito contra la libertad sexual y su víctima* (por ejemplo, art. 307 del *Código Penal de Colombia, 1980*). En esta hipótesis, la no punibilidad se funda también en consideraciones político-criminales vinculadas a la falta de conveniencia o de necesidad de la pena, en atención a la necesidad o conveniencia de preservar la unión de la nueva familia construida.

3. La *comisión de ciertos delitos patrimoniales en perjuicio de determinados parientes* es, igualmente, una *excusa absolutoria* que las legislaciones en general contemplan, reconociendo que la imposición de pena, para esos casos, resultaría innecesaria o,

al menos inconveniente, generando más perjuicios que beneficios (ejemplo: art. 185 del *Código Penal de Argentina*).

4. La *reparación de la víctima*, en muchos casos, es tratada legalmente como *excusa absolutoria*. Ello sucede en relación con el delito de "incumplimiento de los deberes de asistencia económica" (art. 277 del *Código Penal de El Salvador*), con *"el que pagare los alimentos debidos"* (art. 280, B, 1°), o, respecto al delito de peculado, con *la devolución del total de lo sustraído* (arts. 438 a 440 del mismo Código).

5. La misma naturaleza es atribuida a la *existencia de "razón justificada en beneficio del menor para perpetrar la sustracción o lograr el abandono"* (art. 280, B, 2° del *Código Penal de El Salvador*) en lo que se vincula con los delitos de sustracción de menores y determinación al abandono del hogar (previstos en los arts. 280 y 280, A).

6. Se reconocen, a su vez, como excusa absolutoria, *los espontáneos actos de impedimento de la realización del plan terrorista, efectuados por los conspiradores* (art. 403, 2° párrafo, del Código Penal de El Salvador).

En los casos referidos, entre muchos otros, la pena, que en principio se entendía "necesaria", ha dejado de serlo por una u otra razón. El fundamento común para la previsión de la no punibilidad radica, entonces, en la falta de necesidad o conveniencia de la imposición de pena.

Lo que interesa destacar aquí (y que justifica suficientemente el tratamiento de la cuestión) es *la obligatoriedad (para cualquier órgano estatal) de reconocer, como exigencia de una serie de principios constitucionales e internacionales, la existencia de tantos casos de no punibilidad como lo demande la aplicación directa de los principios enunciados.*

7. Una hipótesis que merece la pena tratar aquí, por las estrictas razones de justicia que la amparan, es la de la denominada *"pena natural"*, en virtud de la cual el autor de un delito padece graves sufrimientos como consecuencia de su ejecución. Pensemos en el caso tan mencionado, y que por desgracia ocurre tan frecuentemente en la realidad, del autor de un delito culposo (cometido en el contexto del tránsito automotriz) que, como consecuencia de su obrar descuidado, queda paralítico o produce la muerte de su pequeño hijo. ¿Qué sentido o necesidad tiene la pena allí?, o, en todo caso, ¿tiene mayor sentido o necesidad en este caso que en los usualmente reconocidos en forma expresa por las legislaciones pe-

nales? Es claro que la imposición de una pena (y más aún de una tan estigmatizante como la privativa de la libertad) no tiene, en un caso como el citado, más que una función de *mero castigo innecesario e inconveniente*. La imposición de una pena para los supuestos de la llamada "pena natural", violentaría abiertamente el principio de *estricta necesidad de la pena*. A su vez, importaría una reacción estatal verdaderamente cruel, con lo cual se estaría transgrediendo el principio de *prohibición de las penas crueles, inhumanas o degradantes*. Por supuesto que, a su vez, ello sería un modo ilegítimo de desconocer el principio de *racionalidad* de los actos de gobierno y de *razonabilidad* de las decisiones judiciales, resultando la pena en concreto una respuesta del Estado incapaz de servir para el cumplimiento del *fin de "reinserción social"* que las normas fundamentales le atribuyen a su ejecución.

Por estas razones es que, aunque no resulte necesario, el principio ha sido reconocido legislativamente. En el sentido indicado, aunque limitándolo a penas privativas de la libertad no superiores a un año, el *Código Penal alemán* dispone que "si, a la vista de las consecuencias del hecho que hubieren afectado al propio reo, la imposición de una pena fuera manifiestamente improcedente, el tribunal prescindirá de la pena" (§ 60). Como se ha sostenido, "con este precepto ... el Código Penal alemán ordena al juez que se abstenga de extraer las consecuencias que, normalmente, constituyen su misión: determinar una pena e imponerla, si ... ha llegado al convencimiento de que están presentes todos y cada uno de los supuestos de una acción punible".[39 bis]

En el caso de la "pena natural", entonces, "la reacción penal rompe cualquier requisito de racionalidad", por lo que "a todas luces sería cruel o inútil".[40]

En suma, las excusas absolutorias, como causas de no punibilidad, pueden estar expresamente previstas en la legislación penal, o pueden no estarlo. En este último caso, *los intérpretes de la ley penal (sobre la base de los principios constitucionales e*

[39 bis] Winfried Hassemer: "La 'renuncia de la pena' como instrumento político criminal", trad. de Joan Josep Queralt, en *Política Criminal y reforma del Derecho Penal*, Temis, Bogotá, 1982, pp. 214 y ss. (en particular, p. 214). Se aclara aquí que el texto del parágrafo 60 del Código Penal alemán es el traducido en el marco del artículo citado de Hassemer.

[40] *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina. Informe final*, del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (I.I.D.H.), pp. 99 y ss. (en particular, p. 101).

internacionales que guían la materia) deben reconocer tantas causas de no punibilidad como supuestos concretos se presenten en los que la pena se convierta en una medida inconveniente e innecesaria para el cumplimiento de los fines que se le asignan.[40 bis]

4.13.4. Determinación legislativa y judicial de la pena

1. En lo que respecta a la determinación *legislativa* de la pena, la sanción penal debe describirse con precisión (por imperio del *principio de legalidad penal*), atendiendo fundamentalmente a la mayor o menor gravedad del ilícito (en comparación con otros), de modo tal que el órgano judicial pueda, dentro del límite legal, individualizar la pena en concreto, de acuerdo con una serie de circunstancias que diferencian uno y otro caso, y que, por ello, deben ser consideradas en cada hipótesis por imperio del *principio de igualdad ante la ley* (que exige desigual trato en desiguales situaciones, o, si se quiere, un trato menos severo ante circunstancias menos graves).

Por esta razón es que resulta cuestionable constitucionalmente la previsión legal de *penas carcelarias perpetuas* (y más aún cuando, por la previsión de ilegítimos obstáculos, prohíben la libertad condicional como modo de cumplimiento de la sanción).[41] Tal es así que hay legislaciones que no las contemplan.

[40 bis] Con análoga preocupación, Jorge Arenas Salazar (bajo el título *"La culpabilidad necesaria pero no suficiente para imponer una pena. Hacia un nuevo elemento en la estructura del delito: 'la necesidad de la pena'"*), nos dice que "sin renunciar a ninguno de los elementos del delito de la actual dogmática jurídico penal, se está abriendo paso la posibilidad de adicionar estos ingredientes con el de la 'necesidad de pena'. De tal manera que el juez deberá, después de comprobar que el acto es típico, antijurídico y culpable, entrar a considerar si, desde los fines de la pena —y no habrá pena sin un fin— y en el caso concreto el individuo que ha violado la ley, necesita tratamiento penitenciario. Si la propuesta fuere negativa se abstendrá de imponer pena" ("Política criminal y dogmática. Incorporación de los conocimientos de la política criminal en la estructura dogmática penal", en *Lecciones de Criminología*, Asociación Colombiana de Criminología "Alfonso Reyes Echandía", Temis, Bogotá, 1988, p. 43).

[41] Cuestionan la constitucionalidad de las penas perpetuas, entre otros: *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina. Informe final*, del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (I.I.D.H.), pp. 69/70; Eugenio Raúl Zaffaroni, en *Manual de Derecho Penal* (pp. 139 y 664), aunque aclarando que se refiere a los casos en los que, "haga lo que haga el sujeto el resto de su vida, no desaparezca en algún momento en forma definitiva" (p. 664); Enrique Bacigalupo: *Derecho Penal. Parte General*, Hammurabi, Buenos Aires, 1987, pp. 79/80, para quien, por carecer "de un efecto preventivo más intenso que pueda probarse empíricamente" y en razón de que "sus efectos sobre la personalidad del condenado son verdaderamente perturbadores, hay serias razones para poner en duda su constitucionalidad" (p. 80).

Una de las pautas que, contrariando el principio de culpabilidad penal por el hecho, suelen prever ciertas legislaciones para agravar la escala penal de determinados delitos, es el *parentesco* entre autor y víctima. Esto sucede, por ejemplo, en el *Código Penal de Panamá*, con el delito de "parricidio" (art. 80 inc. 1), que establece una pena mayor que la del homicidio simple sólo por ser cometido el hecho "en la persona de un pariente cercano con conocimiento del parentesco o del padre o madre adoptantes o hijo adoptivo del homicida" (art. 132 inc. 1). Lo mismo ocurre, para dar otro ejemplo, en el *Código Penal de Argentina*, con ciertos delitos sexuales, respecto de los cuales el parentesco agrava siempre la escala penal legalmente establecida (arts. 122, sobre violación; 123, sobre estupro; 125 último párrafo, sobre corrupción; 127 segundo párrafo, sobre abuso deshonesto; art. 127 bis segundo párrafo, sobre trata de mujeres y menores). La transgresión al citado principio fundamentel es notoria, pues las circunstancias de vida propias de la relación de parentezco origina, en muchos casos, una disminución del ámbito de determinación del autor.[41 bis]

2. La determinación *judicial* de la pena en cada caso concreto debe llevarse a cabo, a su vez, en el marco de las garantías constitucionales, para restringir al mínimo posible las cuotas de irracionalidad que parecen imposibles de eliminar.

En tal sentido, conviene tener en cuenta que la pena debe guardar proporción, en primer lugar, con el *grado de culpabilidad por el hecho*, sirviendo esta pauta como límite máximo de la pena individualizable. Al mismo tiempo (y siempre dentro del límite máximo señalado), la pena debe ser proporcional a la *gravedad del ilícito penal*. Las *consideraciones preventivo-especiales* que indiquen la mayor o menor *necesidad de la pena* nunca darán lugar a la fijación de una pena superior a la que permita el marco máximo acordado por el grado de culpabilidad por el hecho. Si bien este límite al poder punitivo se deriva de la vigencia del *principio constitucional de culpabilidad por el hecho* (que rige ya sea como garantía expresamente consagrada —ejemplo: *Códi-*

[41 bis] Por otra parte, ciertas situaciones particulares de *parentesco* ni siquiera crean un especial deber de respeto, como para justificar la agravación de la escala penal para todos los casos (piénsese, por ejemplo, en el caso del hijo que mata a la madre biológica que lo abandonó desde la infancia).

go Penal de El Salvador, art. 2, primera frase— o como garantía implícita —ejemplo: Derecho Penal argentino, arts. 18 y 33 de la Constitución Nacional—), parece conveniente su consagración expresa en el texto de la ley (tal como lo hace el *Código Penal de El Salvador*, al disponer que "la pena no excederá la medida de la culpabilidad" —art. 2, segunda frase—).

Resulta inadmisible (y sin embargo es moneda corriente en las distintas legislaciones penales) la previsión de la denominada *"peligrosidad"* del condenado, para aumentar la pena concreta en base a este último criterio, incluso por encima del tope señalado por el grado de culpabilidad por el hecho. De este modo, la Justicia de un Estado Constitucional de Derecho debe desconocer la aludida "peligrosidad", como pauta para la determinación judicial de la pena (fundamentalmente como pauta de agravación), por cuanto ella violenta abiertamente el principio de *culpabilidad por el hecho*, y, por ello, resulta contraria a los principios consagrados en las normas fundamentales. Lo mismo ocurre con la pretendida valoración, como agravante de pena, de las *condenas penales anteriores* o de las *carecterísticas de la vida del condenado*, por cuanto ello conduce directamente al reproche del individuo por su conducción de vida y no por el hecho cometido, que es aquello a lo que debe limitarse el juicio de reproche por la exigibilidad.[42]

4.13.5. Ejecución de la pena privativa de libertad

Un Estado Constitucional de Derecho reclama, también, el respeto de una serie de garantías durante la etapa de *ejecución* de la pena privativa de la libertad.

[42] Con una postura crítica acerca de las pautas que, en general, prevén las legislaciones para fijar la pena en concreto, se expiden, entre otros: *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina. Informe final*, del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (I.I.D.H.), pp. 72 y ss.; Eugenio Raúl Zaffaroni: *Manual de Derecho Penal* (pp. 697 y ss.); Gonzalo D. Fernández: *Derecho Penal y Derechos Humanos*, pp. 128/9; Claus Roxin: *Iniciación al Derecho Penal de hoy* (traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Diego-Manuel Luzón Peña), Universidad de Sevilla, 1981, pp. 48/9 y "Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad", en *Determinación judicial de la pena*, Editores del Puerto, Buenos Aires, en especial p. 38; Patricia S. Ziffer: *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996; Mary Beloff: "Teorías de la pena: la justificación imposible", en *Determinación judicial de la pena*, Editores del Puerto, Buenos Aires, pp. 53 y ss.; Mario Magariños: "Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena", en *Determinación judicial de la pena*, Editores del Puerto, Buenos Aires, pp. 71 y ss.

a. Los programas de derechos humanos formulados para la etapa de ejecución de la pena carcelaria (destinados a señalar los derechos que los reclusos pueden hacer valer frente el Estado) no son, en verdad, efectivamente realizables (al menos en una importante dimensión), por la sencilla razón de que el problema de la cárcel lo constituye la cárcel misma. Existe, por ende, una incompatibilidad inicial entre cárcel y derechos humanos.

b. Como se sabe, la pena carcelaria produce perniciosos e irreversibles *efectos desocializadores*. Entre muchos otros, ocasiona su apartamiento de la vida comunitaria, la ruptura (o por lo menos el alto riesgo de ruptura) de los lazos afectivos y familiares, la pérdida de su inserción laboral (o de las chances de ocupación) y la consiguiente imposibilidad de mantener a su familia, el sometimiento a un régimen de violación de sus derechos más esenciales (comenzando por su intimidad), el ocio forzoso al que es sometido habitual y en algunos casos permanentemente, además de generar situaciones cotidianas de violencia de todo tipo (entre las que cabe mencionar los frecuentes casos de homicidios y violaciones cometidos en el ámbito de las penas de encierro).

c. Es sabido también que los intentos realizados para justificar racionalmente las penas carcelarias han fracasado desde todo punto de vista. En lugar de compensar el mal del delito, la cárcel constituye un mal que aumenta el dolor humano (fracaso de la concepción retributiva). Más allá de que la privación de libertad de un ser humano no puede ser legítimamente utilizada como un medio para cumplir alegados fines estatales de intimidación colectiva, la previsión legal de este tipo de penas, su imposición judicial en la sentencia y su puesta en ejecución no son susceptibles de apartar del delito al resto de los miembros de una sociedad (fracaso del fin preventivo general). Por último, la ejecución de la pena de prisión, lejos de servir al encarcelado como motivo para no volver a delinquir, viene funcionando como un mecanismo altamente reproductor del fenómeno criminal a través de la asunción del rol de delincuente por parte de quien la ha sufrido (fracaso del fin preventivo especial). Se evidencia aquí la paradoja consistente en pretender "reinsertar socialmente" a una persona (a la misma sociedad que normalmente lo excluye), recurriendo para ello al apartamiento de esa persona de la vida social, a través de la convivencia obligatoria en un submundo regido por valores diferentes a los aceptados en la vida libre. Desde otra óptica, en lugar de aplicarse la pena de cárcel

a las conductas humanas más intolerables y en los casos en los que no existe otra alternativa menos violenta o grave, se viene recurriendo a ella para hechos que no revisten suficiente gravedad y para los cuales existe una enorme gama de penas no carcelarias (fracaso de la pretendida justificación por los presupuestos). Esto nos muestra el evidente divorcio existente entre los discursos jurídicos elaborados acerca de la pena privativa de libertad, por un lado, y la realidad carcelaria, por el otro.

d. No obstante lo dicho, la cárcel es hoy una realidad, a la que nuestros sistemas penales desgraciadamente recurren todavía para reprimir a los responsables de casi todos los delitos (por más diferentes que sean entre ellos). Por esa razón es que, pese a lo dicho, *se encuentra justificado todo intento de reducir la violencia y la irracionalidad que genera el uso del encierro carcelario* (y más aún ante su empleo discriminatorio, que viene afectando, en la gran mayoría de los casos, a los sectores socialmente postergados y alejados del poder, que son los que sufren permanentemente las más terribles violaciones a sus derechos humanos). Se impone, entonces (a pesar de lo señalado), la consideración (y, en su caso, la elaboración) de programas de derechos humanos invocables por los reclusos frente el poder estatal.[43]

e. Una cuestión importante a tomar en cuenta consiste en la necesidad de aplicación a los *procesados*, como mínimo, de todas los derechos y garantías vigentes para la ejecución de la pena carcelaria. Ello al menos restringe, en parte, el exagerado dolor que sufren los *presuntos inocentes* que, pese a ello, permanecen encarcelados en contra del principio supremo de *presunción de inocencia*. Si bien es cierto que no existe justificativo legítimo alguno para mantener a ninguna persona en la cárcel mientras sólo se

[43] Sin pretender legitimar esta clase de penas, sino con el propósito de disminuir los deteriorantes efectos que producen sobre la personalidad humana y sobre la vida comunitaria, se ha manifestado una preocupación universal por limitar el poder estatal en la etapa de ejecución de la pena carcelaria. Entre los numerosos trabajos sobre el tema puede consultarse: Iñaki Rivera Beiras, María Bachs I. Estany, Roberto Bergalli, Xavier Balaguer Santamaría, Antoni Gisbert Gisbert y José Antonio Rodríguez Sáez: *Cárcel y Derechos Humanos (un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos)*, en coautoría con Josep Bosch, Barcelona, 1992; Alfonso Zambrano Pasquel, David Baigún, Eugenio Raúl Zaffaroni, Eugenio Freixas, Borja Mapelli Caffarena, Mónica Pinto, Luis F. Niño, Joaquín da Rocha, Elías Neuman, Martín Vázquez Acuña, Daniel Sans, Carlos Rodolfo Hüguel, Alberto Bovino y Marcos G. Salt: *Jornadas sobre sistema penitenciario de derechos humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 35 y ss.

averigua si es o no penalmente responsable por la comisión de un delito (por lo cual la mal llamada "prisión preventiva" carece de legitimación constitucional o internacional),[44] conviene extender el alcance de la legislación ejecutiva penal a las personas presas sin condena, no sólo por ser ello una realidad cotidiana, sino además por encontrarse los procesados, en general, en peores condiciones de ejecución carcelaria que las personas condenadas.

f. La declarada finalidad de "readaptación social del condenado" debe guiar no sólo la interpretación de la normativa vigente en la etapa de ejecución de la pena, sino las medidas que se adopten en dicha fase.

Este principio, para dar un ejemplo, obliga a desconocer la legitimidad del común recaudo legal de *"buena conducta carcelaria" como presupuesto para el desempeño de tareas laborales fuera del establecimiento o para la obtención de un régimen de salidas con fines de afianzamiento de los lazos familiares y sociales* (tal como ocurre en Argentina, con los arts. 17, III, y 23 de la ley nacional nº 24660/1966, como condición para la obtención de "salidas transitorias" o "semilibertad", o en Brasil, con el art. 37 de la Ley de Execução Penal nº 7210/1984, con la ley complementaria nº 79/1994, que requiere "disciplina" como condición

[44] Una serie de trabajos vienen proclamando la falta de legitimación constitucional de la privación coactiva de la libertad durante el transcurso del proceso penal. Es el caso de José García Vizcaíno ("Libertad bajo fianza", en *El Derecho*, Buenos Aires, T. 92, 1981), Gabriel E. Pérez Barberá ("Prisión preventiva y excarcelación", en *La Ley*, Córdoba, diciembre de 1992), Gustavo L. Vitale ("La prisión de presuntos inocentes", en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Comahue, año 1, nº 1, General Roca, Río Negro, 1993, pp. 90 y ss. y "Deslegitimación constitucional de la prisión durante el proceso", en revista *Universitas Iuris*, Publicación de alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, año 3, nº 14, julio de 1997, pp. 147 y ss.), Daniel R. Pastor ("Escolios a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo", en *Nueva Doctrina Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, A/1996, pp. 283 y ss.), resultando interesante, además, el alcance restringido que este autor acuerda al término "arresto" contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional ("El encarcelamiento preventivo", en *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, pp. 43 y ss.), Carlos F. Poli ("La excarcelación en la provincia de Buenos Aires y el control de constitucionalidad"), Graciela Ledesma ("Presos sin condena: inocentes condenados", en "Ponencias", VIII Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología, Universidad Nacional de La Plata, 1996). Pareciera ser ésta, también, entre los trabajos argentinos, la posición de Fabián I. Balcarce (*Presunción de inocencia —Crítica a la posición vigente—*, Lerner, Córdoba, 1996). Entre los autores extranjeros que se han pronunciado en favor de la ilegitimidad del encarcelamiento anterior a la sentencia firme, puede destacarse, por su particular contundencia, el caso de Luigui Ferajoli (*Derecho y Razón —teoría del garantismo penal—*, Trotta, Madrid, 1989).

para obtener el condenado autorización para desempeñar un "trabajo externo").

Otro ejemplo de *interpretación constitucional* de las disposiciones legales de ejecución, se presenta en la necesidad de valorar la incidencia que debe adjudicarse al fin constitucional de "reinserción social" y al derecho a la directa "protección judicial" de los derechos lesionados (ambos de raigambre constitucional) acerca del alcance que debe acordarse a las *potestades y deberes judiciales en materia de ejecución penal*, en el ámbito de la citada ley de ejecución de la pena privativa de la libertad, de Argentina, nº 24660/1996. Por una parte, los primeros artículos de dicha ley establecen expresamente la competencia *judicial* en relación a cualquier posible vulneración de derechos del condenado y con respecto a la autorización de egresos de la cárcel (art. 4) y garantizan al condenado el "permanente control judicial" de la ejecución de la pena carcelaria, estableciendo el deber judicial de garantizar el cumplimiento de las normas de jerarquía constitucional y el respeto de los derechos del condenado no afectados por la condena o por la ley (art. 3). Con esto quedaría asegurada la "protección judicial" proclamada por la Constitución. Sin embargo, los arts. 10, 18 y 208 podrían dar lugar a cierta interpretación enfrentada con los primeros artículos (que ya ha sido ensayada en algunos casos), como sería la que sugiere una interpretación meramente literal del texto del art. 18, según la cual, al disponerse que el director del establecimiento "propondrá" a la autoridad judicial que otorgue al condenado un régimen de salidas transitorias o de índole laboral, estaría condicionando las salidas al pedido del director. Ella sería no sólo una incorrecta interpretación literal contraria a la teleológica (en virtud de la cual esta disposición legal sólo busca garantizar, en mayor medida, que se cumplan los diversos aspectos del fin preventivo-especial de la ejecución penal), sino que contrariaría el derecho constitucional a la "protección judicial" del condenado, ya que impediría a este último (como titular de derechos) el ejercicio del derecho constitucional a la "reinserción social" y, como parte de ese derecho, el de acceder a los regímenes de egreso previstos en la ley de ejecución, en todos aquellos casos en los que al director no se le ocurra presentar tales peticiones.[45] Las normas superiores aseguran, por ende, que el

[45] Ésta es la interpretación del texto propiciada por Marcos G. Salt: "Comentarios a la nueva ley de ejecución de la pena privativa de libertad", en *Nueva Doctrina Penal*, 1996/B. Editores del Puerto. Buenos Aires, en particular pp. 575 a 577.

condenado o su defensor puedan solicitar los regímenes de egreso, si es que no lo ha hecho satisfactoriamente antes el director de la unidad, y que el órgano judicial los puede disponer aunque nadie los requiera.

Como estos, podrían citarse otros ejemplos que conducen a reflexionar acerca de la necesidad de efectuar un análisis dogmático de la legislación de ejecución penal, tomando como marco normativo las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos, las Constituciones (Nacional y local que corresponda) y las leyes que en su consecuencia se dicten.

g. En el ámbito de la República Argentina, y tomando en consideración la naturaleza *sustancialmente procesal* que la ejecución penal reviste (pues se encarga de establecer el modo de cumplimiento de la pena —en este caso de la carcelaria—), debe advertirse que las provincias argentinas, al haber delegado en el Congreso de la Nación la potestad de dictar el Código Penal (en virtud del art. 75 inc. 12, C.N.), se han reservado la competencia para legislar la materia procesal y, por ende, la ejecución penal. Es así que queda abierta una rica posibilidad de apuntalar mucho más aún la normativa constitucional a través del dictado de legislaciones provinciales de ejecución de la pena privativa de la libertad (éste fue, entre otros, el intento llevado a cabo en el ámbito de la provincia de Neuquén, a través del Proyecto de Ley de Ejecución Penal presentado por el autor de este artículo a la Subsecretaría de Justicia de la Provincia, en el segundo semestre de 1992 —ver su texto en el Libro de Ponencias del VI Congreso Latinoamericano Universitario de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán, 1994, pp. 72 y ss.—. A propósito del citado proyecto, puede consultarse un interesante trabajo de Luis F. Niño, "Ejecución penal y derechos humanos, Hacia una reforma legislativa en Neuquén", en revista *Giros*, del Colegio de Abogados de Neuquén, nº 1, 1994, pp. 189 y ss.). Es éste un desafío importante y un compromiso de todo aquel que pretenda lograr una forma de gobierno auténticamente federal (art. 1, C.N.), por lo que la polémica es también aplicable a los países que han adoptado una estructura de gobierno similar.

h. Con esta óptica constitucional, una ley de ejecución penal debe establecer claramente el principio del *control e intervención judicial en la vida carcelaria*, el que sólo puede intentarse (con una

mínima seriedad) a través de la creación de una *Justicia de Ejecución Penal*, en la que exista, además, un órgano encargado de la defensa en materia de ejecución (un defensor de ejecución penal). Al mismo tiempo, hay cuestiones que sólo pueden ser de competencia judicial (aunque no lo diga expresamente ley alguna), pese a lo cual se necesita una legislación que así lo aclare expresamente, a fin de evitar conflictos previsibles con la autoridad administrativa de ejecución. Esto último ocurre, por ejemplo, en la República Argentina, en relación a las decisiones de *trasladar a un condenado de un establecimiento a otro* (más aún cuando son lejanos entre sí). En el ámbito de la ley nacional 24.660 (aunque el tema no está así tratado expresamente), estos traslados (por poner en juego derechos del condenado, como el de recibir visitas o el de evitar la ruptura de sus vínculos familiares), deben considerarse hoy de competencia *judicial*, en virtud de lo dispuesto por su art. 4 a.[46] Ello se señala a pesar de que, en la práctica, dicha potestad *judicial* suele no ser tomada en cuenta en absoluto, existiendo numerosos traslados fuera de las jurisdicciones provinciales en cuyo ámbito se han dictado las condenas, que funcionan como verdaderas relegaciones, rememorando los tristemente célebres traslados a la histórica cárcel de Ushuaia (lo que constituye una forma de violación al derecho constitucional a recibir un trato humano y respetuoso de la dignidad del condenado, a no recibir tratos crueles, inhumanos o degradantes, al respeto a la integridad psíquica de la persona y, además, al derecho a la protección estatal de la familia, sin contar las transgresiones a las normas de las constituciones provinciales argentinas que prohíben expresamente trasladar condenados fuera de la jurisdicción territorial de la provincia —como es el caso del art. 41 de la Constitución de la Provincia de Neuquén—).

i. Al mismo tiempo, un Estado Constitucional de Derecho exige la creación de mecanismos legales que produzcan una *real apertura del régimen de cumplimiento*, con el objeto de evitar la ruptura de los esenciales lazos de integración comunitaria. Este empeño no debe reducirse a la mera preocupación edilicia (que desgraciadamente suele conducir a la construcción de más cárceles, sin incluso clausurar o demoler las anteriores —lo que es

[46] Ésta es también la interpretación de Marcos G. Salt: *Comentarios a la nueva ley de ejecución de la pena privativa de libertad*, p. 676, nota 53.

un despropósito—), sino que debe concretarse, necesariamente, en el contenido de un régimen legal de cumplimiento (mucho más amplio, por supuesto, que el establecido en la ley nacional 24.660, como se lo ha intentado hacer en el citado Proyecto de Ley de Ejecución Penal para la provincia de Neuquén).

j. Una legislación de ejecución debe prohibir aquellas sanciones que perjudiquen directamente a terceras personas no condenadas (como es el caso de la prohibición de visitas), pues ella afectaría el *derecho constitucional a que la pena no trascienda de la persona del condenado*, afectando directamente al visitante, y, con ello, en muchos casos el derecho a la *protección estatal de la familia*.

k. Del mismo modo, debe quedar prohibida toda *sanción que agregue limitaciones a la relación del penado con la vida libre* (como la prohibición de participar en actividades educativas), ya que ello violentaría el derecho constitucional a la "reinserción social".

l. Igualmente, resulta imprescindible reglamentar adecuadamente el *derecho de defensa* en la etapa de ejecución de la pena, lo que necesita del respeto a la jurisdiccionalización de los conflictos carcelarios, de modo tal que le permita al condenado contar con un defensor técnico que pueda asistirlo antes de decidirse la aplicación de sanción alguna (para poder defenderse de la posibilidad de recibir una nueva medida punitiva) y que pueda, además, ejercitar los recursos que, con efecto *suspensivo*, deben preverse (o aceptarse judicialmente) contra toda decisión que afecte sus derechos. Ésta es una consecuencia del aludido derecho constitucional a la "protección judicial" de los derechos lesionados.

m. La exigencia constitucional e internacional de contar con *cárceles aptas para "readaptar socialmente" al recluido* ("sanas y limpias, para seguridad y no para castigo", como expresa el art. 18 de la Constitución Nacional de Argentina) y el reconocimiento del derecho constitucional a recibir un *trato humano, respetuoso de la dignidad del condenado*, tornan necesaria la previsión legal (o el reconocimiento judicial) de *deberes de clausura de todo establecimiento que no reúna ciertas condiciones mínimas de habitabilidad, acompañados del deber de liberar a los recluidos en caso de no contarse con lugar alguno que reúna esta exigencia mínima*. Estos deberes, entonces, no sólo recaen sobre los órganos legislativos, sino que, ante su incumplimiento o falta de previsión

legal, alcanzan a los organismos judiciales, como un modo de garantizar la operatividad real de las garantías.

n. El *principio que prohíbe la conversión de la multa en prisión*, es otro de los aspectos generalmente incumplidos por las distintas legislaciones penales (tal como lo demuestran, entre otros, los Códigos penales de Colombia (1980, art. 49), El Salvador (art. 84), Guatemala (art. 55), Argentina (art. 21). Esta conversión de la multa en pena carcelaria para el caso de incumplimiento en el pago, constituye un claro supuesto de la proscripta *prisión por deudas*, por lo que (en las legislaciones penales en las que se ha establecido) debe ser desconocida por la judicatura por resultar contraria a las normas fundamentales (de orden internacional) que la prohíben.

ñ. Así como se postuló, en lo relativo a la *imposición* de la pena, el reconocimiento judicial de causas de no punibilidad (excusas absolutorias) no mencionadas expresamente en las legislaciones penales, del mismo modo resulta necesario que se establezca legislativamente (o que sea reconocido por la magistratura) el instituto del *perdón judicial* (de la pena o de parte de ella), para aquellos casos en los que la pena concreta (o lo que queda de ella por cumplir) deja de resultar necesaria o conveniente para el logro de sus fines declarados. La facultad de acordar el perdón judicial es una manifestación más de los principios enunciados, aplicables a la ejecución de la pena carcelaria (especialmente, el de "reinserción social"). Entre las legislaciones que contemplan el *perdón judicial* en forma expresa, puede mencionarse la de Brasil (art. 107, V, C.P.), Costa Rica (art. 80 inc. 7 y 69 sobre "conmutación", C.P.) o Guatemala (art. 83, C.P.).

o. Por supuesto, el mentado derecho a la "readaptación social" no puede consistir más que en el deber estatal de llevar a cabo todo aquello que sea necesario (asumiendo sus cuotas de co-culpabilidad), para disminuir las cuotas de vulnerabilidad del condenado frente al sistema penal, y, en todos los casos, debe ser entendido como el deber del Estado de brindar un trato humano al condenado.[47]

[47] Conf. Eugenio Raúl Zaffaroni: "Sentido y justificación de la pena", en *Jornadas sobre sistema penitenciario de derechos humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 35 y ss.; José Daniel Cesano: *Los objetivos constitucionales de la ejecución penitenciaria*, Alveroni, Córdoba, 1977, pp. 112 y ss. y 177, punto 10.

En verdad, son innumerables los aspectos de la ejecución penal que requieren de una interpretación *constitucional* de las normas que la regulan, o bien (y paralelamente) de una elaboración dogmática que parta de los propios textos de las Constituciones y normas internacionales de Derechos Humanos.

4.14. **Reflexión final**

En definitiva (y con esto concluyo), el diseño de Derecho Penal mínimo que se deriva del Estado Constitucional y Democrático de Derecho nos crea (a los juristas penales) el serio compromiso de luchar (con toda firmeza) por la disminución de las cuotas de irracionalidad de nuestros sistemas penales, y, con ello, por la reducción de las desiguales cuotas del innecesario dolor punitivo que recae generalmente sobre los mismos de siempre. Parafraseando a Bertolt Brecht: "Con esto no se hace la revolución", pero sin embargo habrán innumerables seres humanos que, desde la marginación más estigmatizante (o desde la postración más absoluta en una cárcel), nos van a agradecer —al menos— cada cuota de disminución de sus espantosos sufrimientos cotidianos.

III. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD, CARÁCTER DEL AUTOR Y *POENA NATURALIS* EN EL DERECHO PENAL ACTUAL

POR ENRIQUE BACIGALUPO*

I

Las teorías jurídicas están estrechamente vinculadas a la estructura jerárquica del sistema normativo. La introducción en el orden jurídico español de un catálogo de valores superiores del ordenamiento jurídico (arts. 1° y 10.1 CE) y de derechos fundamentales adquiere una relevancia en la elaboración de los conceptos dogmáticos de las ramas ordinarias del Derecho desconocida hasta la sanción de la Constitución.

En este sentido, la principal consecuencia que ha tenido la Constitución de 1978 es la trascendencia de los principios establecidos en ella sobre el Derecho ordinario. Hasta 1978 la vinculación de un texto legal con principios superiores a la ley era una opción metodológicamente libre del intérprete. En un sistema en el que las leyes eran las normas últimas, éstas eran la expresión de la voluntad de un legislador no sometido a otros límites que los que él se impusiera. La Constitución, al establecer un catálogo de derechos fundamentales directamente invocables y al enumerar en su art. 1° los valores superiores del ordenamiento jurídico, ha establecido un sistema bien diferente: la autoridad del constituyente está por encima de la autoridad del legislador.

El principio de culpabilidad constituye, en este sentido, un ejemplo paradigmático. En el Derecho Penal anterior a 1978 este principio no tenía una importancia trascendental. Su aplicación y su contenido dependía de su *reconocimiento* por el legislador. Esto se pone de manifiesto en la discusión en torno a si el Dere-

* Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho Penal.

cho Penal español había sido estructurado sobre la base del *versare in re illicita*.[1] La discusión no partió del principio de culpabilidad, sino de la ambigüedad de los términos de los textos legales del Código Penal.[2]

Por el contrario, en un sistema en el que la aplicación de los textos legales depende de su compatibilidad con principios superiores, es decir, constitucionales, existe una continuidad entre el orden normativo constitucional y el legal que se manifiesta en dos distintas direcciones. Por un lado existe un *efecto irradiante* de los derechos fundamentales y de los valores superiores del orden jurídico que determina un contenido de las normas legales condicionado por tales derechos y valores.[3] Por otro lado, la interpretación de los textos legales se debe realizar de *acuerdo con la Constitución*, es decir, dando preferencia entre los significados posibles de los mismos a aquellos que resultan compatibles con la Constitución.[4]

El sistema vigente desde 1978 aumenta considerablemente la complejidad de la tarea cotidiana de la administración de justicia, dado que el conocimiento de los textos legales y un entendimiento posible de los mismos ya no es suficiente para llevarla a cabo. Como contrapartida se garantiza una aplicación más racional del derecho vigente.

II

El Tribunal Constitucional ha reconocido el rango constitucional del principio de culpabilidad. En la STC 65/86 vinculó el principio de culpabilidad con la exigencia de adecuación entre la medida de la pena y la gravedad de la culpabilidad. En ella dijo el tribunal que:

"Las cuestiones relacionadas con la medida de la pena y la culpabilidad sólo se podrían plantear cuando la gravedad de la pena atribuida al condenado fuese superior a la legalmente imponible en relación a la gravedad de la culpabilidad".

[1] Confr. Rodríguez Muñoz, Notas a la ed. castellana del Lehrbuch de Mezger (*Tratado de Derecho Penal*), II, 1949, pp. 27 y ss.

[2] Confr. Cerezo Mir: *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, 1982, pp. 61 y ss. y 74 y ss.

[3] Confr. Jarass/Pieroth: *GG-Kommentar*, 1989, art. 1.21.

[4] Confr. Hesse: *Grundzüge d. Verfassungsrechts d. BRD*, 16ª ed. 1988, pp. 29 y ss.

En la STC 76/90 se vinculó el principio de culpabilidad con la exigencia de dolo y culpa. Y en la STC 150/91 se sostuvo que:

"La CE consagra, sin duda, el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho Penal" y que:

"No es constitucionalmente legítimo un Derecho Penal de autor que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos".

El Tribunal Constitucional no ha dicho hasta ahora de dónde deriva este principio "estructural" del Derecho Penal. En la STC 65/86 sólo sostuvo que una pena no adecuada a la culpabilidad no podía ser considerada como un "trato degradante" en el sentido del art. 15 CE. Sin embargo, es evidente que existen tres puntos de apoyo indudables en la Constitución que fundamentan el rango constitucional del principio de culpabilidad. En primer lugar la *justicia* como "valor superior del orden jurídico" (art. 1 CE) y en segundo lugar de los "fundamentos del orden político" (art. 10 CE) que garantizan la *dignidad de la persona* y el *libre desarrollo de la personalidad.* Precisamente de estos dos últimos derechos ha deducido el Tribunal Federal Constitucional alemán el principio de culpabilidad. La notoria similitud de la CE y la Ley Fundamental alemana en este punto permite tomar en consideración los precedentes del Tribunal Constitucional Federal expuestos en reiteradas sentencias.[5] El valor *justicia* determina que la pena deba ser proporcionada a la gravedad del hecho y que ésta a su vez dependa de la reprochabilidad del autor. La *dignidad de la persona* requiere que las personas sean un fin en sí mismas y que *no sean utilizadas como medio* para obtener otros fines. Y el *libre desarrollo de la personalidad* presupone que la actuación penal del Estado sea previsible y ajustada a límites que no conviertan la libertad en excepción y que la libertad sea protegida dentro del marco jurídico de la Constitución.[6]

De las citadas sentencias del Tribunal Constitucional se deduce que el principio de culpabilidad tiene una doble dimensión: actúa determinando los *presupuestos de la pena* y, además, en el marco de la *individualización de la pena*, es decir, tanto significa que no hay pena sin culpabilidad, como que la

[5] Confr. BVerfGE 6,389 (439); 9,167 (169); 20,323 (331); 28,386 (391); 50,125 (133).
[6] Hesse: loc. cit. pp. 164 y ss.

pena no puede superar la gravedad de la culpabilidad. El principio de culpabilidad, por lo tanto, va mucho más lejos que el modesto art. 5° C.P., en el que sólo se hace referencia al dolo y la imprudencia como presupuestos de la pena.

III

En el primero de los sentidos, en el de los presupuestos de la pena, el principio de culpabilidad impone que la pena sólo sea aplicada si, en primer lugar, el autor pudo conocer la antijuridicidad de su hecho, si pudo comprenderla y si pudo comportarse de acuerdo con esa comprensión. En segundo lugar exige que el autor haya obrado con dolo o culpa y que el error, inclusive sobre la antijuridicidad, sea relevante.[7] Desde la reforma de 1983 (arts. 1° y 6 bis a] C.P.) estos efectos del principio de culpabilidad han sido reconocidos en la ley penal de una manera no totalmente satisfactoria, pero, de todos modos, aceptable. En gran parte los errores del legislador de 1983 han sido reiterados por el de 1995, cuando no los ha agravado. Concretamente, la excesiva y poco plástica atenuación de la pena para el *error de prohibición evitable* (art. 14.3 C.P.) constituye un impedimento para el pleno desarrollo de esta pieza fundamental del principio de culpabilidad. Para evitar atenuaciones injustificadas en ciertas ocasiones la jurisprudencia recurre al equivocado camino de invertir, en materia de error de prohibición, la carga de la prueba, sin tener en cuenta que el error no constituye una excepción procesal (p. ej. similar al pago), sino un elemento que niega uno de los presupuestos de la culpabilidad.[8] No obstante, la situación jurídica en esta primera fase de los efectos del principio constitucional de culpabilidad sobre el Derecho ordinario, se puede considerar cumplida, aunque necesitada de retoques.

En el segundo de los sentidos, en el referente a la individualización de la pena, el principio de culpabilidad determina los límites de la legitimidad de la pena aplicable al autor concreto. Se trata de la cuestión de la proporcionalidad entre la gravedad de la pena y la gravedad del reproche. Dentro del marco penal legalmente determinado los tribunales deben fijar la pena en un

[7] Confr. en este último sentido las *SS de la Corte Costituzionale italiana n° 364/88.*

[8] Confr. Bacigalupo, en *Estudios sobre el C.P. de 1995 (Parte Especial)*, CGPJ, 1997, pp. 123 y ss.

punto que resulta adecuado a la gravedad de la culpabilidad, es decir de la reprochabilidad del autor. Dicho gráficamente: si el tribunal debe aplicar la pena de un homicidio dentro de la mitad inferior del marco penal abstracto del art. 138 C.P., tendrá que hacerlo de una manera proporcionada a la gravedad del reproche que corresponda al autor, es decir vinculado por esta gravedad del reproche.

Mediante esta doble influencia en el Derecho Penal el principio de culpabilidad aspira a cumplir una función de singular trascendencia: sólo mediante esta vinculación de la pena con la existencia de un reproche y de la gravedad de la pena aplicable con la gravedad del reproche es posible evitar una instrumentalización de la persona que debe sufrir la pena.[9] En la medida en la que la pena no se utilice para perseguir fines preventivos, deberá ajustar su gravedad a la de la culpabilidad. En este sentido dice Roxin:[10] "Sin perjuicio de la renuncia a toda idea retributiva, hay un elemento decisivo de la teoría retributiva que debe tener lugar en las teorías preventivas de la unión: el principio de culpabilidad como medio para limitar la pena". Dicho con otras palabras: se trata de la prohibición de que la gravedad de la pena que se impone por un delito supere la gravedad de la culpabilidad referida al concreto delito, aunque ello pudiera ser justificado por necesidades preventivas (especiales o generales).

De todo esto surge la necesidad de una aclaración: el principio de culpabilidad no se dirige sólo al legislador, imponiéndole renunciar a determinadas soluciones legislativas que lo contradicen (p. ej.: *versari in re illicita;* penas relacionadas con la forma de ser de una persona, etc.), sino también y muy especialmente al juez, que debe establecer la gravedad de la culpabilidad (individualización) para adaptar el marco penal a la sanción aplicable al delito cometido.

IV

¿Cómo pueden llevarse a la práctica las premisas que establece la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en las

[9] Confr. Arthur Kaufmann: *Das Schuldprinzip*, 1961, pp. 15 y ss. y 127 y ss.; ver también Roxin: *Lehrbuch des Strafrechts, I*, 1992, p. 41; críticamente: Jakobs: *Das Schuldprinzip*, 1993, p. 7.

[10] Loc. cit. nota 9.

sentencias antes comentadas?. En particular: ¿Cómo repercute en el Derecho Penal vigente la *prohibición de "determinar las penas en atención a la personalidad del reo"* y la *exigencia de hacerlo "según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos"?*

a) A primera vista el Código Penal parece tener un sistema de reglas para la individualización de la pena que sería incompatible con el contenido del principio de culpabilidad definido en las SSTC antes citadas. En este sentido la regla 1ª del art. 66 dice que, si no concurren atenuantes y agravantes, la pena se debe imponer "en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho", lo que parece ser exactamente lo que la STC 150/91 ha dejado claramente fuera de consideración, es decir la determinación de la pena según la personalidad del reo. Sin embargo, la reforma de 1995, al reemplazar la "personalidad del delincuente", por sus "circunstancias personales" ha reducido ya considerablemente la posibilidad de fricciones entre el texto legal y el principio constitucional, dado que las circunstancias personales tienen un carácter accidental que es precisamente lo contrario de la personalidad, que indica un aspecto sustancial y permanente de un individuo. En el concepto de "circunstancias personales" caben aquellas que son determinantes de la situación de una persona que pueden incidir en una mayor o menor gravedad de su comportamiento. Consecuentemente, la regla 1ª del art. 66 C.P. no contiene ya una referencia a la personalidad del autor, sino a las circunstancias en las que la personalidad se encontraba en el momento de ejecutar la acción. De esta manera el nuevo concepto legal permite considerar dos clases de circunstancias personales: las atenuantes del art. 21 C.P. y las agravantes de carácter personal (en el sentido del art. 65.1 C.P.) contenidas en el art. 22 C.P., que se pueden llamar *nominadas* y otras *innominadas*, que no están expresas en dichos artículos, pero que deben responder a la misma idea básica que inspira a las nominadas. Es evidente que no tendría ningún sentido que si concurren las circunstancias de los arts. 21 y 22 C.P. la pena se deba graduar de acuerdo con una idea, pero que, si no concurren, la pena se determine por otros criterios. La nueva fórmula legal, sin superar la falta de claridad que en su día introdujo la desafortunada regla 4ª del art. 61 C.P. 1973, ha reducido en algo la tensión que existía en el sistema de individualización de la

pena y ya no permite una interpretación basada puramente en la idea de la prevención especial.

Aclarado lo anterior, no cabe duda de la posibilidad de una total compatibilidad entre el principio de culpabilidad y el sistema legal de la individualización de la pena.[11] En efecto las agravantes personales y las atenuantes nominadas expresan circunstancias que revelan la mayor o menor culpabilidad del autor y, consecuentemente, sirven para una primera fase de la individualización, consistente en establecer un *marco penal "individualizado"* en relación a la gravedad de la culpabilidad, en ciertos casos de una manera *indirecta* a través de la mayor o menor gravedad de la ilicitud (p. ejemplo en algunas eximentes incompletas, art. 21,1ª C.P.).

Pero allí no termina la función de la culpabilidad: también en la segunda fase, de fijación del punto correspondiente dentro de la mitad superior o inferior o dentro del grado los tribunales deberán recurrir a factores de la individualización que permitan concretar definitivamente la pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad. Ejemplificativamente: si la pena del homicidio se debe imponer en la mitad inferior del marco legal previsto en el art. 138 C.P., el punto en el que se fije la pena se debe ajustar también a la gravedad de la culpabilidad.

b) Una vez aclarado que las fricciones entre el texto legal y el principio de culpabilidad, entendido en el sentido de la STC 150/91, son más aparentes que reales y que, en todo caso, resultan fácilmente superables con el nuevo texto del art. 66 C.P., se debe plantear una segunda cuestión, la de su realización técnica. ¿Cómo es posible distinguir la pena establecida "en atención a la personalidad" y la pena determinada "según la culpabilidad del autor en la comisión del delito"?. Para ello se requiere una *fórmula dogmática operativa* que sea capaz de garantizar los resultados perseguidos.

Tal propósito sólo se puede lograr mediante un *concepto "puro" de culpabilidad por el hecho.* Ello requiere excluir de las consideraciones referentes a la culpabilidad las que se refieren a una ponderación general de la personalidad como objeto del jui-

[11] Sobre la relación de las fases de determinación e individualización y el principio de culpabilidad, Bacigalupo, en GSf. Hilde Kaufmann: 1986, pp. 557 y ss.; Pérez del Valle: en *Estudios sobre el CP.* 1995 (coord. por del Rosal), Valencia, 1997, pp. 46 y ss.

cio de reproche.[12] Concretamente el juicio de culpabilidad relevante para la individualización de la pena debe excluir como objeto del mismo las referencias a la conducta anterior al hecho (sobre todo las penas sufridas), a la peligrosidad, al carácter del autor, así como a la conducta posterior al hecho (que sólo puede compensar la culpabilidad del momento de la ejecución del delito).

En esta línea intentan avanzar las SSTS de 24/6/91 y 28/10/91 en las que se procura definir los elementos determinantes de la gravedad de la culpabilidad, estableciendo que ésta dependerá de la gravedad de la ilicitud,[13] de las circunstancias que permitan juzgar sobre la mayor o menor exigibilidad (especialmente las que se vinculan con la mayor o menor comprensión que puede generar el comportamiento del autor) y, por último, el mayor o menor disvalor ético social de los motivos que impulsaron al autor (la mayor o menor correspondencia de los valores del autor con los del ordenamiento jurídico).

Como es claro este programa jurídico-penal puede conducir, sino conducir directamente, a una antinomia entre la pena adecuada a la culpabilidad y la pena requerida por la personalidad, es decir, por la prevención especial. Probablemente no tan considerable sea la antinomia con la prevención general, dado que cuanto menor es la culpabilidad del autor menor son los requerimientos de la ratificación de la validez de la norma. Pero esta antinomia, que está en la base de todo sistema de doble vía, se resuelve por la primacía del principio de culpabilidad. En la práctica esto significa que entre la pena adecuada a la prevención y la pena adecuada a la culpabilidad existe una relación que no es excluyente. La gravedad de la culpabilidad determina el límite máximo de la pena, pero no obliga —como en la concepción de Kant— a la aplicación de la pena adecuada a la culpabilidad. Por debajo de ese límite es posible observar exigencias pre-

[12] Stratenwerth: *Tatschuld und Strafzumessung*, 1972, p. 29; en el mismo sentido Arthur Kaufmann: *Das Schuldprinzip*, 1961, p. 261: "Toda consideración de circunstancias ajenas a la culpabilidad es una renuncia al principio (de culpabilidad)". Al parecer en contra de este concepto: Díez Ripollés, en *La Ley* de 30/4/93. También en otra dirección, Jiménez de Asúa: *Tratado de Derecho Penal*, V, 3ª ed. 1976, pp. 239 y ss. y Mezger, Lehrbuch, 3ª ed. 1949, p. 272 que incluyen un elemento caracterológico en el juicio de culpabilidad.

[13] La cuestión es controvertida: Haffke, en *Grundfragen des modernen Strafrechtssystem*, 1984, edit. por B. Schünemann, p. 205, sostiene que la correlación mayor ilicitud mayor culpabilidad es una ficción.

ventivas que, inclusive pueden determinar una reducción de la pena adecuada a la culpabilidad. Dicho de otra manera: la retribución de la culpabilidad, que proviene de las teorías absolutas, sólo determina el límite máximo de la pena aplicable al autor, sin excluir la posibilidad de dar cabida a las necesidades preventivas, proveniente de las teorías relativas, hasta el límite fijado por la culpabilidad.

V

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo el principio de culpabilidad no ofrece grandes dificultades en lo concerniente a los presupuestos de la pena (dolo, culpa, capacidad de culpabilidad, error). Ya han sido mencionados los problemas de la supuesta prueba del error de prohibición, que, en realidad, constituyendo el mayor obstáculo al principio de culpabilidad en este ámbito, no determinan una frustración total de sus objetivos, dado que, en la práctica no han conducido a soluciones insoportables.

Por el contrario, en el marco de la individualización de la pena existen problemas que todavía no han encontrado una solución satisfactoria. Tres grandes cuestiones han sido campo de discusión en torno a los alcances del principio de culpabilidad: la reincidencia, la reparación de la vulneración del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas y el arrepentimiento y la reparación. A través de ellas se percibe que la jurisprudencia (y en parte un sector de la doctrina) tienden, por un lado, a admitir la *culpabilidad de carácter* (en el caso de la reincidencia) y a reducir excesivamente la *compensación de la culpabilidad* cuando tienen lugar después del delito hechos que la reducen, al menos, en parte.

a) La *reincidencia* es una circunstancia agravante que no resulta explicable por una mayor culpabilidad por el hecho cometido, como las restantes contempladas en el art. 22 C.P. La repetición del comportamiento delictivo tiene sobre todo un significado sintomatológico caracterológico. Es indicativa de la tendencia del autor y, por lo tanto, de otros posibles ataques a bienes jurídicos, o sea de su peligrosidad. Como lo subraya Haffke,[14] "la investigación profunda y sutil de la personalidad del autor

[14] Loc. cit. nota 12, p. 208; confr. también: *Frosch: Die allgemeine Rückfallvorschrift des § 48 StGB*, 1976, pp. 105 y ss.

conducirá, según todos los conocimientos disponibles sobre el autor reincidente, previsiblemente a afirmar que su culpabilidad por el hecho debe ser, por regla, atenuada".[15] Por lo tanto, la agravación de la pena fundada en la reincidencia sólo se puede fundamentar en la personalidad del reo, es decir, precisamente en lo que la STC 150/91 *excluye* como fundamento legítimo. En este sentido, la sentencia mencionada comparte puntos de vista que hoy merecen la adhesión clara de los penalistas más modernos. Ejemplo de ello son las opiniones de Köhler[16] quien categóricamente sostiene que "especialmente criticable es una individualización de la pena basada en un pronóstico de conducta". Y agrega, luego de subrayar la inseguridad de la llamada "investigación de pronóstico", que "por esta razón se excluye penar o aplicar medidas de seguridad a una persona con miras a hechos más o menos supuestos, pues ello significa negarles su libertad".[17] Las nuevas tendencias parten de una crítica de las teorías instrumentales o preventivas de la pena, que permite arropar la premisa básica de la STC 150/91: "Las teorías preventivas —se afirma— descansan en la racionalidad técnica del modernismo. La trasposición de esta forma de pensamiento en las teorías jurídico-penales preventivas fascina, ante todo, por su racionalidad final (aparente) (...) pero desconoce en la base el principio jurídico de la libertad general".[18]

La STC 150/91, sin embargo, parece, al menos a primera vista, contradictoria, dado que termina negando lo afirmado en su propia premisa básica. En efecto, por un lado excluye la legitimidad de fundamentar la pena y su medida en la personalidad del autor y por otro admite la reincidencia como una circunstancia agravante legítima, no obstante que los conocimientos actuales (y no actuales) sobre ella indican que sólo puede tener fundamento en la personalidad del autor y no en una mayor culpabilidad. El Tribunal Constitucional dice que la Constitución no ha consagrado, a pesar de que la culpabilidad sea un principio estructural básico, un determinado concepto o una determinada doctrina de la culpabilidad (Fº Jº 4.a). Pero lo cierto es que la propia sentencia excluye un concepto fundado en la "culpabili-

[15] Otro punto de vista Jakobs: *Strafrecht, AT*, 2ª ed. 1991, 17/26 (p. 486).
[16] Michael Köhler: *Strafrecht, AT*, 1997, p. 589.
[17] Loc. cit. nota anterior, p. 589.
[18] Köhler: loc. cit. nota anterior, p. 44.

dad de la personalidad". Sus argumentos, por lo demás, son eficaces contra las argumentaciones del juez que planteó la cuestión de inconstitucionalidad, sobre todo en lo referente a la imposibilidad de prever las consecuencias de sus actos que la agravante de reincidencia determinaría para los ciudadanos, pero lo cierto es que ésos no son los únicos argumentos que avalan la posible inconstitucionalidad de una aplicación automática de la agravante del art. 22.8ª C.P. Sobre todo el Tribunal Constitucional no ha percibido la dimensión del problema en orden al principio *non bis in idem*. En la STC 150/91 se dice que "es claro (...) que con la apreciación agravante de la reincidencia (...) no se vuelve a castigar el hecho anterior, o los hechos anteriores (...), sino única y exclusivamente el hecho posterior". Lo que en realidad es claro es lo contrario: el hecho posterior se castiga nuevamente *una culpabilidad ya extinguida por la pena sufrida* (!) o se castiga lo que el propio Tribunal Constitucional considera incompatible con la Constitución: la personalidad (peligrosa) del autor.

Sin embargo, a pesar de su debilidad argumental, la STC 150/91 admite una interpretación positiva, si se pone el acento hermenéutico en el Fº Jº 4 a), pues en verdad lo que en ella se afirma rotundamente es que la agravante de reincidencia puede ser compatible con la fundamentación de la pena en la culpabilidad por el hecho, siempre que la pena resultante no se fundamente en la personalidad.[19] El resto de la sentencia sólo contesta, con mayor o menor fortuna, los argumentos del juez que planteó la cuestión de inconstitucionalidad.

En este sentido la STC 150/91 viene a coincidir con la del Tribunal Constitucional Federal Alemán del 16/1/79[20] en la que se dice: "(...) La regla (del § 48 StGB) no contradice el principio constitucional de culpabilidad, en la medida en la que no dice que aquellos que resultan nuevamente punibles a pesar de las condenas anteriores, siempre será más reprochable, sino que amenaza al autor, bajo ciertas circunstancias, con una pena agravada, si cabe formularle un reproche de culpabilidad elevado en relación a sus condenas previas. Si éste es o no el caso (...) deberá investigarlo el juez del hecho de oficio".

[19] Otra interpretación, Mir Puig: *Derecho Penal P.G.*, 4ª ed. 1996, p. 646.
[20] *BVerfGE* 50, 125 y ss., 134, 136.

De estas consideraciones surge una conclusión que no ofrece ninguna duda. La STC 150/91 desautoriza la línea jurisprudencial de algunas sentencias del TS que entienden que la agravación "se justifica por fines de prevención general y especial de la delincuencia" y que esto eleva la culpabilidad porque "el que a sabiendas comete por segunda o más veces un hecho criminoso (...) asume su culpabilidad con todas las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes" (STS 18/1/91), o que se puede apoyar en la "personalidad del delincuente" (STS 5/11/90 y 5/12/90), o en "una mayor peligrosidad social" (STS 13/11/1990).

Por el contrario, la STC 150/91 no afecta la validez de otra línea jurisprudencial que sostiene que no cabe una agravación automática de la pena cuando se dan los presupuestos contenidos en el art. 22.8ª CP., sino que es preciso comprobar que la pena resultante no supere la gravedad de la culpabilidad (SSTS de 6/4/90; 5/10/90; 26/12/90; 22/4/91; 6/5/91). Esto significa en la práctica que no cabe excluir la aplicación de la mitad inferior del marco penal abstracto aunque concurra la reincidencia, sin una previa valoración del hecho y la determinación de la culpabilidad del autor. Es decir: si el autor formalmente reincidente ha obrado en el nuevo delito con una motivación muy poco reprochable y en circunstancias que disminuyen la exigibilidad del comportamiento adecuado a derecho, la culpabilidad será menor y puede excluir el efecto agravante de la reincidencia. Sin perjuicio de ello la reincidencia podrá ser considerada en todo caso para decidir sobre la posibilidad de aplicar penas alternativas a la privación de la libertad, cuando lo permita la ley, a los efectos de los sustitutivos penales (arts. 80 y ss.), sobre todo para decidir la suspensión de la ejecución en el caso del art. 87 C.P., en lo que el tribunal debe atender a "la peligrosidad criminal del sujeto". En estos supuestos no se trata de la determinación de la cantidad de pena, sino de modalidades de la ejecución que son independientes de la gravedad de la culpabilidad.

Sin embargo, este último punto de vista ha sido objeto de discusión en la doctrina.[21] En esta discusión merece una especial consideración el punto de vista de Mir Puig,[22] quien admite

[21] En principio han apoyado este criterio: Zugaldía, en *Estudios de Jurisprudencia* 3/1992, pp. 67 y ss.; Borja Jiménez: *Rev. Gral. de Derecho* nº 558, pp. 1135 y ss.; en lo referente al carácter no automático de la agravante: Diez Ripollés, en *La Ley* 30/4/93.

[22] En ADPCP XLVI (1993), pp. 1139 y ss. con mayores referencias bibliográficas.

que el sentido admonitorio y el añadido de rebeldía del autor previamente condenado como fundamento de la reincidencia, hace que esta agravante "aparezca como rechazable en el Derecho Penal que aconseja la Constitución",[23] pero sostiene que a partir de la STC 150/91 la agravante de reincidencia se debe aplicar obligatoriamente.[24] En realidad, la aplicación obligatoria (en verdad "formal") o sometida a las exigencias del principio de culpabilidad no fue ninguna de las cuestiones discutidas por el Tribunal Constitucional en aquella sentencia, dado que —como se dijo— el tribunal se limitó a rechazar los argumentos del juez que propuso la cuestión de inconstitucionalidad sin analizar la alternativa de la jurisprudencia del Tribunal Supremo: constitucionalidad sometida al respeto del principio de la culpabilidad (por el hecho). Consecuentemente, no cabe deducir de la *ratio decisionis* de la STC 150/91 nada respecto de la solución dada en la STS del 6/4/90 que admite la constitucionalidad, pero la condiciona a la no vulneración del principio de culpabilidad. En realidad la STC 150/91 deja abierta la vía técnica por la cual se deben compatibilizar las exigencias del principio de culpabilidad con la agravante de reincidencia, sin pronunciarse sobre su aplicación formalista. Más aun: no dice el TC que la aplicación "formalista" sea la única compatible con la Constitución.

Por el contrario, la tesis básica de la STS del 6/4/90 ha sido puesta en duda aisladamente por considerar que aumenta el arbitrio judicial y compromete la seguridad jurídica y el principio de legalidad.[25] Ambos argumentos son erróneos. El arbitrio judicial no resulta en modo alguno extendido, dado que siempre se trata de que el juez determine la gravedad de la pena conforme a la gravedad de la culpabilidad. Si esto se admite en general no se explica en qué consiste el aumento del arbitrio judicial. En lo que concierne al principio de legalidad y a la seguridad jurídica, la crítica resulta especialmente inconsistente. El principio de legalidad, en tanto derecho fundamental, no puede operar nunca *contra* el ciudadano y, por lo tanto, no se lo puede invocar para limitar el principio de culpabilidad. Dicho de otra manera, no existe ningún conflicto de derechos fundamentales, pues ambos principios generan derechos fundamentales a favor de los ciuda-

[23] Loc. cit. p. 1145.
[24] Loc. cit. p. 1149.
[25] Ángeles Jareño Leal, en *Poder Judicial* nº 22, 1991.

danos. La idea de derechos fundamentales contra el ciudadano, que es la base de la crítica comentada, desconoce evidentemente el origen histórico y democrático de los derechos fundamentales y resulta verdaderamente insólita.[26] La reciente STC 41/97 viene a desautorizar expresamente la tesis criticada: "La Constitución —dice el Tribunal Constitucional— no otorga ningún derecho a obtener condenas penales" (F° J° 4°); y agrega: "en el proceso penal las garantías constitucionales de una de las partes —el imputado— adquieren un especial relieve en sede de amparo constitucional, mientras que, como tal, la potestad pública de imponer penas que se ventila en él no es susceptible de amparo". Como se ve éstas son consecuencias procesales que se derivan de la concepción de los derechos fundamentales como derechos que no pueden ser ejercidos en nombre de la sociedad (o del Estado) contra el ciudadano. El lógico corolario de este punto de vista es la "inviabilidad de anular en esta sede (Tribunal Constitucional) una sentencia de pronunciamiento absolutorio de fondo que haya adquirido firmeza" (STC 41/97, F° J° 6°).

b) La cuestión de la *compensación de la culpabilidad* es posiblemente la contrapartida de los problemas de la reincidencia, dado que no se refiere al pasado, sino a las modificaciones que puede sufrir la culpabilidad en el tiempo posterior a la comisión del hecho. Se trata de una cuestión relacionada con la extinción de la culpabilidad o con su reducción parcial. Es una problemática tradicional de la teoría de la culpabilidad y está implícita en su carácter *cuantificable. Precisamente por ser cuantificable, la culpabilidad puede ser compensada por hechos posteriores que reducen su significación originaria.*

En el pensamiento penal moderno la concepción de la culpabilidad como una entidad cuantificable reconoce un punto de partida básico en Kant que definió la culpabilidad *(Verschuldung)* como *demeritum*[27] y señaló que éste podía tener diversos grados: "subjetivamente el grado de la capacidad de imputación *(imputabilitas)* de las acciones es de apreciar según la magnitud

[26] También carece de razón la crítica de B. Garzón Real / A. Manjón Cabeza (*Actualidad Penal N° 1/1991*, pp. 7 y ss.), basada en la confusión de la individualización legal de la pena con la judicial. Críticamente al respecto de estos autores: Pérez del Valle, loc. cit., p. 51, nota 41.

[27] *Die Metaphysik der Sitten*, 1797, p. 30 (citada según la edición de W. Weischedel, *Kant Werke in Zwölf Bänden*, VIII, 1956, p. 335).

de los obstáculos, que hubieron de ser superados en su realización" (...) "cuanto menor es el obstáculo natural, cuanto mayor es el obstáculo fundado en el deber, mayor será la imputación de la infracción (como culpabilidad)".[28]

La doctrina posterior llegó a considerar que la *cancelación* de la culpabilidad *(Tilgung der Schuld)* merecía un capítulo especial dentro de la teoría del delito.[29] En la doctrina moderna de la individualización de la pena la posible compensación de la culpabilidad (al menos en parte) es el fundamento de la relevancia de ciertos aspectos de la conducta del autor *posterior* al hecho, sobre todo de la reparación.[30] En particular afirma Jescheck en este sentido que "también la conducta posterior del autor puede permitir sacar consecuencias respecto de su culpabilidad (...)" y que "la reparación del daño y los esfuerzos de un acuerdo con el lesionado pueden operar como atenuante".[31] El Código Penal ha recogido esta idea en las atenuantes del art. 21,4ª y 5ª C.P.

La compensación de la culpabilidad puede tener lugar en dos sentidos diversos: cabe hablar ante todo de una *compensación socialmente constructiva de la culpabilidad*, que tiene lugar cuando el autor del delito mediante un *actus contrarius* reconoce la vigencia de la norma vulnerada, como en el caso del art. 21,4ª y 5ª C.P. ya citados. Pero también cabe hablar de una *compensación destructiva*, que tiene lugar cuando el autor recibe, como consecuencia del delito, un mal que compensa total o parcialmente su culpabilidad: *el prototipo* de la compensación destructiva de la culpabilidad *es la pena*, cuyo cumplimiento *extingue* la culpabilidad por compensación total. La idea de compensación de la culpabilidad en un sentido destructivo ha sido tenida en cuenta por el legislador al ordenar en los arts. 58 y 59 el abono para el cumplimiento de la pena de todas las privaciones de derechos que haya sufrido el acusado durante el proceso (privación de la libertad, art. 58.1; privación de derechos, art. 58.2). *Expresamente* el legislador se ha referido a la *compensación* (en senti-

[28] Loc. cit. p. 29/p. 334.

[29] Confr. Köstlin: *Neue Revision der Grundbegriffe des Strafrechts*, 1848, pp. 626 y ss.; Hälschner: *Das preussiche Strafrecht*, 2, 1858, pp. 477 y ss.

[30] Bruns: *Das Recht der Strafzumessung*, 2ª ed. 1985, p. 239; Schmidhäuser: *Strafrecht*, 1975, pp. 20/63; Jescheck / Weigend: *Lehrbuch des Strafrecht*, 5ª ed., p. 898 (en la 4ª ed. § 83, III).

[31] Ibidem nota 25.

do parcial) en el art. 59 C.P. en los casos de distinta naturaleza de las medidas cautelares sufridas y la pena impuesta.

La compensación socialmente constructiva, por su parte, de la culpabilidad se manifiesta, como se dijo, especialmente en los casos de la conducta posterior del autor prevista en los N$^{os.}$ 4 y 5 del art. 21 C.P. La STS de 23/3/93 ha establecido en este sentido que dichas atenuantes tienen su fundamento en el arrepentimiento y la reparación. La jurisprudencia, había eliminado las exigencias relativas a la contricción del autor (confr. SSTS de 22/4/94 y 8/11/95, entre otras), pero mantuvo el punto de vista de la compensación de la culpabilidad (STS de 3/11/88). En estos casos el autor reconoce la vigencia de la norma vulnerada reparando el daño causado o favoreciendo su propia persecución y ello determina ya una ratificación de la misma que permite compensar una parte de su culpabilidad. Dicho en terminología kantiana: el autor ha hecho más de lo que el Derecho le exige, pues la reparación espontánea del mal no constituye un deber antes de la condena, y, por lo tanto, su acción constituye un *meritum*, que reduce, por compensación, el *demeritum* de la culpabilidad.[32]

La compensación destructiva de la culpabilidad tiene lugar cuando el autor recibe como consecuencia de la comisión del delito un mal grave que se debe abonar en el cumplimiento de la pena. *Estos males pueden ser jurídicos o naturales.* Los últimos dan lugar a la tradicional figura de la *poena naturalis* (el ladrón que al huir cae del tejado y queda tetrapléjico o el conductor ebrio que produce un accidente en el que muere su hijo). "En estos casos —dice Jescheck/Waigend[33] se prescinde de la pena, por un lado, porque la culpabilidad del autor ha sido compensada por las graves consecuencias del hecho, que para él tienen efectos similares a una pena (*poena naturalis*) y porque, por otro lado, por dicha razón no se reconoce ninguna necesidad preventiva". En tales supuestos, la sanción sería una "tortura sin sentido que inclusive vulneraría el art. 2,I de la Ley Fundamental".[34]

[32] Loc. cit. nota 22, p. 334.
[33] *Lehrbuch des Strafrechts AT*, 5ª ed. 1996 (hay traducción castellana de J.L. Manzanares Samaniego de 4ª ed. 1993), p. 862.
[34] Ibidem, p. 863.

La idea de una distinción entre *poena forensis y poena naturalis* proviene de Kant,[35] aunque ya aparecía en Hobbes,[36] quien la denominaba "*pena divina*": "Dado que ciertas acciones —decía Hobbes— están conectadas por su naturaleza con diversas consecuencias perjudiciales, como cuando, por ejemplo, una persona al atacar a otra se golpea o lesiona a sí mismo, o cuando alguien contrae una enfermedad al ejecutar una acción contraria a la ley, tales perjuicios en relación a la persona no integran el concepto de 'pena', ya que no es infligida por una autoridad humana, aunque, en relación a Dios, el Señor de la naturaleza, es posible hablar de aplicación y por lo tanto de una pena divina". Kant, por su parte, aclaraba que ni la *poena forensis* ni la *poena naturalis* "pueden ser impuestas como mero medio para favorecer otros bienes, en favor del propio delincuente o en favor de la sociedad civil, sino que se infligen porque se ha delinquido; pues la persona no puede nunca ser manipulada como mero medio para los propósitos de otro y mezclada con los objetos de los derechos reales".[37]

Los males jurídicos son básicamente las consecuencias del proceso penal que van más allá de lo que el autor debe procesalmente soportar como consecuencia del hecho punible.[38] En España esta cuestión se ha presentado en relación a las *consecuencias jurídicas de las dilaciones indebidas de un proceso penal* (art. 24.2 CE). En tales supuestos el acusado ha sufrido como consecuencia del delito una lesión en su derecho a ser juzgado dentro de un tiempo razonable y por lo tanto, "mediante los anormales perjuicios del procedimiento que (el autor ha tenido que soportar, ya ha sido (en parte), penado".[39] De aquí se deduce que esta lesión jurídica debe ser abonada al acusado en la pena que se le aplique, pues de lo contrario, se vulneraría el principio de culpabilidad, en tanto éste exige una correspondencia proporcional entre el delito cometido y las consecuencias negativas que el mismo tenga para el autor.

[35] Loc. cit. nota 27, p. 453.

[36] *Leviathan* (1651), citado según la edición alemana de Iring Fetscher, 1984, p. 238.

[37] Loc. cit. nota 27, p. 453; en la dogmática actual la *poena naturalis* tiene también significación en diversos temas: confr. Jakobs, loc. cit. nota 14.

[38] Jescheck/Waigend: loc. cit. nota 25, pp. 897 y ss. dedican un capítulo especial, dentro de la individualización de la pena, a las anormalidades procesales que operan compensando (parcialmente) la culpabilidad del autor.

[39] Jescheck/Waigend: loc. cit. nota 25, p. 898.

En este sentido se ha pronunciado también el Tribunal Supremo Federal alemán:[40] "De acuerdo con lo antedicho el sobreseimiento no es el medio adecuado para dar cuenta de una lesión de la pretensión del acusado culpable a un desarrollo rápido del proceso penal; por el contrario ello debe tener lugar en la individualización de la pena. Sólo en el momento de pronunciar sentencia queda establecida la medida y la extensión de la culpabilidad, como para poder ser tomada en consideración como criterio seguro en relación a la cuestión de la exigibilidad de las demoras". Esta solución, concluye el BGH, se debe llevar a cabo a través de los medios que la ley contiene para reducir proporcionalmente la pena (por compensación de la culpabilidad). Este punto de vista ha sido, asimismo ratificado por el Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG).[41]

Y en sentido similar lo ha hecho el Tribunal Supremo en su STS 14/12/91 en la que vino a sostener que la compensación destructiva de la culpabilidad es de significación análoga a la compensación constructiva de la misma, dado que compensa (en parte) la culpabilidad. Ello posibilita la aplicación de una atenuante de análoga significación, dado que se trata de circunstancias que operan *ex post* compensando parcialmente la culpabilidad por el hecho en el sentido de las valoraciones ya contenidas en la ley penal respecto de otras consecuencias procesales soportadas por el acusado (el citado art. 58 C.P.).

Sin embargo, la jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo se inclinó por considerar que esta solución, siendo correcta *de lege ferenda*, no lo era *de lege lata*, razón por la cual el Tribunal Supremo y los Tribunales del Poder Judicial sólo podían solicitar que el Ejecutivo ejerciera el derecho de gracia en favor del condenado que había sido juzgado en un proceso de duración exagerada.[42] No obstante ello, la STS de 2/4/93 insistió todavía en la compensación de la culpabilidad con base, además, en el art. 1° CE, dado que —se dice— si la justicia es uno de los valores superiores del orden jurídico los tribunales deben computar en las penas aplicables los males injustificados que el procesado haya sufrido en el proceso por el funcionamiento anormal de la justicia.

[40] Confr. EBGHSt (*Sentencias del TSF. en causas penales [Colección oficial]*), t. 24, p. 242.
[41] BVerfG en *NJW* 1993, 3254.
[42] Confr. por todas la STS del 1/10/92.

La atenuación de la pena en los casos de dilaciones indebidas fue objeto de consideración por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Eckle*. STEDH de 15 de Julio de 1982. El TEDH estima en el Fundamento Jurídico 67, refiriéndose a la sentencia del BGH citada más arriba, que en la medida en la que la Convención forma parte del derecho de los EEMM, nada impide a este país (la República Federal Alemana) reparar la violación de la misma y, particularmente, la violación del art. 6 §1. *"Este Estado (Alemania) —dice la STEDH— dispone también de un medio de reparación que, a los ojos del TEDH se puede revelar apropiado para ello:* según una jurisprudencia firmemente establecida del Tribunal Federal de Justicia, al fijar la pena el juez penal debe tener en cuenta la superación eventual del 'plazo razonable' en el sentido del art. 6 §1".

El Tribunal Constitucional en la STC 35/94, de 31/1/94 trató la cuestión de las dilaciones indebidas y la posibilidad de atenuación de la pena sin tomar en consideración la STEDH citada en la que la atenuación de la pena (por compensación de parte de la culpabilidad) fue vista como un procedimiento adecuado de reparación. Por el contrario, de manera, cuanto menos, sorprendente ha dicho, en un *obiter dictum* que "la dilación indebida del proceso no puede traducirse en la inejecución de la sentencia con la que éste haya finalizado, ni tampoco —como pretendía el actor en el proceso *a quo*— la responsabilidad criminal ha de quedar alterada por la vía de aplicación de eximentes o atenuantes por el hecho de eventuales dilaciones" (F° J° 5). La afirmación del Tribunal Constitucional se basa en un error de concepto dogmático. El tribunal supuso que "entre las dilaciones indebidas y la realidad del ilícito y de la responsabilidad" existe una "desconexión" y que por ello "no cabe extraer de aquéllas (las dilaciones indebidas) una consecuencia sobre ésta" (la responsabilidad) (F° J° 5). En verdad, como se ha visto, lo que ocurre es todo lo contrario: como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional Federal alemán[43] lo que existe es una conexión entre la responsabilidad (mejor sería decir la culpabilidad) y la pena de tal forma que ésta resultaría desproporcionada si no se tuviera en cuenta, en la individualización de la pena, que el autor ya ha tenido que soportar la lesión de un derecho fundamental.

[43] BVerfG en *NJW* 1993, 3254 (3255).

El Tribunal Constitucional, por el contrario, entendió que la conexión, negada respecto de la culpabilidad, se daba en relación al indulto y a la remisión condicional de la pena. En tal sentido dice la STC 35/94 las dilaciones indebidas "deberán repararse por la vía de la responsabilidad del art. 121 CE" y que "tampoco cabe descartar la aplicación de otras medidas legalmente previstas para paliar los efectos del retraso producido, desde la petición de indulto, hasta la remisión condicional de la pena" (F° J° 3). En esta solución los errores antes señalados se ponen claramente de manifiesto. Es evidente que la pena impuesta sin considerar la lesión del derecho fundamental y la vulneración de éste constituyen dos lesiones jurídicas independientes. La sola reparación del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, por lo tanto, no puede reparar la infracción del principio de culpabilidad, toda vez que una pena que carece de legitimación por no haber tenido en cuenta la compensación de la culpabilidad sólo puede ser reparada por la aplicación de una pena legitimada por su correspondencia con la gravedad de la culpabilidad. El Estado no puede aplicar penas ilegítimas a cambio de una indemnización, si todavía es posible reducir la pena adecuadamente.

En consecuencia, cabe preguntar ¿cuál es la *conexión* entre las dilaciones indebidas y el indulto? De acuerdo con el art. 11 de la ley del 18/6/1870 el indulto se debe basar en "razones de justicia, equidad o utilidad pública". Las razones de justicia y equidad se dan cuando la pena resultante no es justa ni equitativa, es decir, cuando la gravedad de la pena supera la gravedad de la culpabilidad. Por lo tanto, mediante el indulto lo que correspondería es adecuar la pena a la gravedad de la culpabilidad subsistente después de computar la lesión del derecho fundamental sufrida en el proceso. Es evidente que no existe ninguna razón para que sea el Poder Ejecutivo y no el Judicial el que lleve a cabo este juicio, sobre todo si, como por regla ocurre, el tribunal de la causa no necesita reducir la pena más allá de lo que le permite la ley. Por lo demás, aquí se revela que es falso lo afirmado en la STC 35/94 en relación a la supuesta desconexión entre "ilícito y responsabilidad" con las dilaciones indebidas. Si fuera así no se explica cómo se podría remitir al indulto por razones de justicia y equidad como forma de reparación de la lesión de dicho derecho fundamental.

Ciertamente el indulto, como se vio, cabe también cuando la reducción o inejecución de la pena sea de "utilidad pública".

¿Cuál es la conexión entre las dilaciones indebidas y la "utilidad pública"? En realidad ninguna, dado que, la utilidad de la pena, es decir la prevención, no depende de si el proceso duró más o menos de lo debido. La renuncia a la ejecución (total o parcial) de la pena se explica por razones de utilidad pública cuando no existan razones de prevención general o especial que puedan justificar la ejecución de la pena resultante. Pues bien: las dilaciones indebidas del proceso no pueden eliminar ni reducir en ningún caso la necesidad de la prevención general.[44] Las expectativas sociales respecto de la vigencia de la norma vulnerada no dependen de que el proceso haya durado un tiempo razonable. La conmoción de la confianza en la vigencia de la norma que produce un asesinato no desaparece cuando el proceso contra el autor ha tenido una duración excesiva, sin que, de todos modos, haya operado la prescripción. La norma del Derecho Penal material ha sido vulnerada y debe ser ratificada, aunque el proceso haya tenido más duración de la razonable. De las dilaciones indebidas, por lo tanto, no se pueden derivar consecuencias para la prevención general, porque, en este contexto, tales dilaciones carecen de la menor conexión con el indulto basado en la ausencia de necesidad preventiva general.

Más clara todavía resulta la carencia de toda conexión si las dilaciones indebidas se refieren a la prevención especial. En efecto, es obvio que la excesiva duración del procedimiento no puede tener ningún efecto respecto de la peligrosidad del acusado: no la disminuyen ni la aumentan, pues la personalidad peligrosa es totalmente ajena a la duración del proceso. Pero, si lo tuviera, ¿qué razón existiría para que el juicio sobre las necesidades de prevención especial, una cuestión esencialmente penal, queden fuera de la competencia del Poder Judicial?

No menos sorprendente es el reenvío, que se hace en la STC 35/94 a la remisión condicional de la pena. No sólo porque ésta únicamente es aplicable a las penas que no superen los dos años (art. 88 C.P.) sino porque la suspensión condicional no se puede acordar más que cuando se dan sus presupuestos y entre éstos no se encuentra la excesiva duración del proceso.

En suma: la STC 35/94 niega la conexión de las dilaciones indebidas con la gravedad de la pena, precisamente, allí donde

[44] Sobre la prevención general ver Hassemer: *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1982, pp. 285 y ss. (295 y ss.); Jakobs, cit. nota 14, pp. 6 y ss.

ésta existe según un difundido consenso doctrinario y jurisprudencial comparado; por el contrario afirma tal conexión donde ésta no existe (en el indulto por razones de utilidad pública y en la remisión condicional de la pena).

De todos modos, lo cierto es que lo único afirmado por la STC 35/94 es que una atenuación de la pena no se puede derivar, en el caso de dilaciones indebidas, del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, pues, según surge del Fundamento Jurídico 1 del Antecedente 3 de la misma, el objeto del recurso de amparo era la denuncia de una vulneración del art. 24.1 CE. El Tribunal Constitucional, por lo tanto, no ha comprobado todavía si no abonar en la pena la parte proporcional a lesión del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas es compatible con el principio constitucional de culpabilidad, dado que la cuestión todavía no le ha sido planteada.

La situación a la que ha conducido la jurisprudencia es preocupante: la vulneración del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas carece, en la práctica, de reparación por parte del Poder Judicial y sólo resultaría reparable si el Poder Ejecutivo discrecionalmente lo estima procedente. Dicho en otras palabras: en el proceso penal el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas se ha convertido en un derecho fundamental respecto del cual no rige el art. 117.1 y 3 CE, dado que la reparación de las vulneraciones del mismo no puede ser decidida por jueces y magistrados y éstos, en todo caso, no podrían hacer ejecutar lo juzgado cuando comprobaran dilaciones indebidas. La cuestión afecta sin duda a la estructura de la división de poderes.

VI

El estudio realizado procura mostrar de qué manera inciden en la elaboración de los conceptos dogmáticos los valores superiores del ordenamiento jurídico (arts. 1° y 10.1 CE) y los derechos fundamentales. Una construcción de conceptos dogmáticos que conduzca a resultados incompatibles con estos valores y derechos carecerá de toda legitimidad metodológica. Dicho de otra manera: los resultados a los que se llegue mediante determinados conceptos dogmáticos deben ser confrontados con su repercusión sobre los derechos fundamentales y los valores superiores del ordenamiento jurídico.

IV. ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y DERECHO PENAL*

POR FRANCESCO PALAZZO* *

I

La formulación del título del tema que me fue asignado parece reflejar la transformación llevada a cabo a lo largo de este siglo en la historia constitucional de los principales Estados europeos. Si justamente el carácter fundamental del Estado de *Derecho* es que también el poder público, en sus diversas formas de manifestación, quede vinculado a la *regula iuris* predeterminada, así como lo están todos los otros sujetos del ordenamiento, la idea de Estado *constitucional* de Derecho expresa, hoy, algo más. A partir de una garantía, fundamental aunque indudablemente todavía de tipo "formal", como es todavía aquella proporcionada por el Estado de Derecho, se llega, en las modernas constituciones de matriz liberal-democrática, a una garantía también de tipo *material* o *de contenido*. Quiero decir que, no sólo el predominio del Derecho, la recepción absoluta e incondicional, *erga omnes*, de la *regula iuris* predeterminada, son aseguradas contra los intentos de violación incluso por parte del legislador (éste es el primer significado de la *legalidad constitucional);* más aun, las modernas constituciones expresan, así también, elecciones de valores fundamentales que se imponen al legislador estatal y, más en general, al poder público como criterios *materiales* de legitimidad relativa al contenido de su acción.

II

Pero veamos ahora cuál puede ser el significado fundamental y general de las *garantías proporcionadas por el Estado cons-*

* Título en italiano: *Stato costituzionale di diritto e di diritto penale;* traducción de Vanna Andreini (UBA), revisado por Gustavo A. Bruzzone (UBA).

** Universidad de Florencia, Italia.

titucional de Derecho en relación al Derecho penal. Que el poder punitivo, hoy enteramente y en todas partes en manos del Estado, sea aquel que reclama de las mayores garantías, es una verdad que no necesita ser demostrada. El Estado de Derecho, al sujetar aún al poder punitivo a la *regula iuris* predeterminada, no garantiza por cierto la mejor justicia posible. Es más, no sólo supone una identificación jurídico positiva de la justicia con la ley estatal (axioma al que ciertamente puede desmentir), sino que formaliza una igualdad de trato frente a la ley que puede conducir algunas veces a dejar de lado diversidades fácticas todavía más que esenciales y decisivas.

La verdadera garantía del principio del Estado de Derecho, que en el campo penal encuentra su máxima expresión en la legalidad de los delitos y de las penas, es totalmente política. Ella reside en primer lugar en impedir que la pena, o mejor dicho la pena penal, sea utilizada en la contingencia de la lucha política, y según el cambio de las situaciones, como instrumento de opresión sobre el adversario. Pero además y por sobre todas las cosas, al vincular el juez a la *regula iuris* preexistente, el Estado de Derecho consolida la distribución del poder punitivo preeminente en las manos de los órganos legitimados para la producción del Derecho. El Estado de Derecho, entonces, expresa y formaliza una determinada distribución del poder punitivo entre los órganos constitucionales según el modelo de equilibrios recíprocos que resulta legitimado por la historia política y social de un determinado país. Que se trate, por lo tanto, del predominio del Poder Legislativo, como en los países del *civil law*, o por la importante contribución aportada por los jueces en la producción del Derecho, también penal, como en los países del *common law*; en ambos casos el Estado de Derecho, al asegurar la predeterminación de la *regula iuris*, asegura a su vez su producción por los órganos dotados de la legitimación sustancial.

Además, la garantía del Estado constitucional de Derecho va más allá del rigor formal a través del cual las modernas constituciones rígidas construyen el principio de legalidad, volviéndolo inmodificable por el legislador ordinario. Si las constituciones no se limitan más a disciplinar sólo la organización de los poderes del Estado, sino que también contienen la enunciación de los valores fundamentales que se imponen al legislador, se aumenta su valor intrínsecamente jurídico, sustancialmente normativo. Las modernas constituciones realizan aquella clase de

milagro jurídico que es la *positivización del Derecho natural:* este fenómeno de positivización de lo metajurídico, que a menudo realiza sus movimientos según los Derechos inviolables del hombre como ellos se afirman en los documentos internacionales, alcanza algunas veces a delinear expresamente la configuración de los nuevos Derechos sociales, en un proceso histórico de largo período pero de indudable creciente reconocimiento de los valores personales. Si la nueva Constitución argentina acoge en su seno, atribuyéndole carácter constitucional, toda una serie de convenciones internacionales sobre los derechos humanos (art. 75.22), la Constitución italiana (que es de 1947) reveló un intenso empuje hacia la modernidad en las numerosas previsiones en las cuales emerge la dimensión social de los tradicionales derechos individuales (como por ejemplo la propiedad privada o el derecho de iniciativa privada: arts. 41 y 42) o se enuncian incluso como verdaderos y propios derechos individuales los del trabajo (arts. 4°, 35 y ss.), de la educación (art. 34), de la salud (art. 32).

Todavía más en general, el enriquecimiento de las modernas constituciones hasta la inclusión de los valores fundamentales hace de ellas textos que sellan y consagran un verdadero y propio *pacto* democrático: el entendimiento sobre los *contenidos,* sobre los valores fundamentales de la vida civil, social y política, expresa casi la identidad ideológico-cultural de un pueblo, un consenso general fundado en el reconocimiento de un patrimonio común de valores. Y la afirmación de este escenario de fondo tiene sus importantes reflejos también en el campo penal, si es cierto que justamente la utilización de la sanción criminal —más que cualquier otro instrumento jurídico— debería fundarse sobre un consenso social amplio que sea la base de una legitimación sustancial no deveniendo en instrumento de una parte, y más aún, de la mayoría.

III

La relación entre *Estado de Derecho y de Derecho penal* significa antes que nada —como ya hemos anticipado— legalidad de los delitos y de las penas, o sea, una tendencia a la concentración del poder punitivo en las manos del legislador, con la respectiva exclusión o reducción al mínimo de este rol por parte del Poder Ejecutivo y Judicial. Más que una realidad efectiva este objetivo se revela hoy en día como una aspiración y una herencia de la antigua doctrina de la división de poderes.

Comencemos con las *relaciones entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo*. Digamos en seguida que entre los dos hay una indudable proximidad político-sustancial, en el sentido de que en los regímenes parlamentarios el gobierno es la expresión de aquellas mismas fuerzas políticas que, teniendo la mayoría parlamentaria, dominan el Poder Legislativo. Este fenómeno de identificación sustancial deviene particularmente intenso en aquellos ordenamientos —como es hoy el italiano— caracterizados por sistemas electorales mayoritarios. En todo caso, que se desplace el *baricentro* de la producción normativa penal en favor del Poder Ejecutivo es un fenómeno imputable a toda una serie de factores característicos de las democracias con un intenso desarrollo tecnológico. La dilatación de los límites de la tutela penal hacia muchas nuevas materias, caracterizadas además por una intrínseca complejidad (medio ambiente, producción, finanzas), vuelve prácticamente improbable que el legislador mantenga un rígido monopolio. Sobre todo, cuando un sistema electoral, rigurosamente proporcional, favorece la multiplicación y fragmentación de los partidos políticos, con la consiguiente dificultad del parlamento de legislar en los tiempos y modos exigidos por las modernas sociedades tecnológicas. Por otra parte, allí donde se adopte un sistema electoral mayoritario, evidentemente es acentuada la proximidad político sustancial entre parlamento y gobierno, con la consiguiente implícita, pero evidente, erosión y atenuación del íntimo significado de la garantía de legalidad penal.

La experiencia italiana de los últimas décadas confirma de manera evidente el fenómeno del desplazamiento de la facultad de normar las cuestiones penales hacia el Poder Ejecutivo. En primer lugar, siempre son más numerosas las llamadas normas en blanco, en las cuales el precepto penal es integrado, completado o incluso determinado por actos normativos del Poder Ejecutivo de rango subordinado a la ley parlamentaria (llamadas fuentes *secundarias*). En segundo lugar, la mayor parte de las reformas suscitadas en los últimos veinte años en el sistema penal —y no sólo para hacer frente a fenómenos de *emergencia criminal* (como el terrorismo interno y la mafia)—, han sido adoptadas mediante decretos leyes, o sea, por medio del ejercicio de aquellas prerrogativas legislativas de las cuales puede valerse el gobierno en situaciones de particular necesidad y urgencia y, por último, aun más en general —y no obs-

tante algunas polémicas académicas— se va consolidando el principio según el cual aun las reformas más comprometidas, incluyendo aquellas de los códigos penales, pueden ser realizadas sólo a través de la delegación legislativa del parlamento al gobierno.

Me parece, en cambio, que la nueva Constitución argentina ha querido asegurarle al Congreso un rol decididamente prominente en la producción normativa en materia penal, asumiendo así, una determinación a la cual no le son probablemente extraños los sucesos de los años sesenta y setenta. Hay de hecho toda una cadena de normas que tienden a circunscribir las competencias penales del Poder Ejecutivo y del Presidente de la República. Aparte de la afirmación general del principio de legalidad contenida en el art.18, el art.75 inc.12 reserva al Congreso la redacción del Código Penal mientras que el art. 99 excluye a las cuestiones penales de la facultad (presidencial) de dictar decretos de necesidad y urgencia. Además, la delegación legislativa no puede constituir en Argentina un modo ordinario de legislar en materia penal, dado que el art. 76 la permite sólo en condiciones de *emergencia pública* y respetando una serie de relaciones consecutivas. Y aun, esta excepcional competencia, debe ser armonizada con la prohibición general del art. 29, en el que se establece la interdicción para el Congreso de conceder al gobierno poderes que puedan incidir sobre la vida, el honor y los bienes de los argentinos. No obstante, en realidad, como parece deducirse del establecimiento de una responsabilidad penal por la violación de esta prohibición, se trataría más de una sintética y resumida previsión de un ilícito constitucional que de un límite organizativo.

IV

Los principios del Estado de Derecho en lo relativo de relaciones entre Poder Legislativo y Poder Ejecutivo no sólo se ocupan de las *fuentes*. Es más, es precisamente en el plano de las eventuales resoluciones penales de carácter *individual*, adoptables por las autoridades gubernamentales, que los principios del Estado de Derecho imponen las garantías más rigurosas. De hecho, el monopolio legislativo de la producción normativo penal —quizás también el más integral— sería del todo inútil si luego fuera acompañada por la existencia de sistemas aflictivos parapenales, paralelos, o, también, internos a este último, pero

confiados a la gestión de autoridades del Poder Ejecutivo. En este primer plano, los mayores riesgos suelen provenir de la eventual existencia de sistemas preventivos de medidas policiales y del rol protagónico que ejerce la administración penitenciaria en la etapa de ejecución de la pena privativa de la libertad.

No estoy al tanto de *los poderes de prevención* con los que se encuentra dotada la policía argentina hoy. En Italia, existe una larga tradición de medidas de prevención que siempre han cumplido una función sustancialmente subrrogatoria respecto del verdadero sistema penal: sobre todo, en aquellas áreas de la criminalidad, como lo es la criminalidad organizada, en las cuales la sanción penal siempre ha encontrado las mayores dificultades de intervención. Después de la entrada en vigencia de la Constitución (1947) las medidas de prevención han sido *salvadas* gracias a su progresiva *jurisdiccionalización*, que las ha sustraído del Poder Ejecutivo para transferirlas a la competencia de la magistratura ordinaria. Aunque las medidas de prevención conserven no pocos puntos de tensión con el Estado de Derecho, sin embargo, hemos asistido a la forma en que se ha potenciado el componente jurisdiccional en la función substitutiva y de compensación de la flexión que las otras garantías del Estado de Derecho sufren en el campo de la prevención *ante delictum*. Deberemos hablar, en consecuencia, del fenómeno creciente del rol de garante asumido por el Poder Judicial.

Legalidad y jurisdicción marcan en cambio la transformación súbita del *ordenamiento penitenciario* tanto en Argentina como en Italia. Si bien durante mucho tiempo dejado de lado, es absolutamente fundamental para el Estado de Derecho, aquel principio según el cual, justamente, el segmento final del suceso punitivo, la cárcel, debe ser rodeado de mayores garantías. Y esto considerando el carácter tendencialmente *cerrado, total* de la institución carcelaria, en la cual se anidan los mayores peligros, no sólo de un ejercicio arbitrario, políticamente condicionado por el poder coercitivo del cual es titular la autoridad penitenciaria, sino también por una fatal degeneración en el sentido de la opresión generada por la inigual relación interpersonal entre custodios y prisioneros. En Italia, la reforma penitenciaria de 1975 se puede decir que ha sido una de las primeras reformas penales y, en todo caso, ha sido una de las pocas grandes reformas del sistema penal. Más allá de su inspiración en la idea de la resocialización del condenado, lo que interesa subrayar en este

lugar es la garantía que ella ha realizado, substrayendo la fase ejecutiva de la pena del originario dominio exclusivo de la autoridad administrativa para volverla a conducir a la legalidad de la fuente legislativa y someterla al control jurisdiccional de la magistratura ordinaria. El espíritu garantizador se manifiesta aún más en la reciente ley argentina 24.660 del 8 de julio de 1996, que en su art. 3° atribuye al juez el control del respeto de los derechos del condenado, originados no sólo en la propia Constitución sino también por los tratados internacionales ratificados por la República Argentina.

Dijimos que los principios del Estado de Derecho significan una tendencia al monopolio del poder punitivo en las manos del legislador. Pero en las modernas democracias parlamentarias, por un lado, la proximidad político-sustancial entre parlamento y gobierno, junto a la complejidad de la vida social, conducen a un amplio ingreso de las fuentes secundarias al lado de las legislativas primarias, mientras del otro lado queda fundamentalmente la exigencia de que los actos individuales sean substraídos al condicionamiento de las fuerzas políticas para quedar plenamente vinculados a la legalidad. Este condicionamiento puede ser ejercitado por la política, primeramente a través de las competencias de la autoridad administrativa. Pero también al Poder Legislativo le debe ser prohibido condicionar los actos individuales en materia penal, sobre todo en el Estado *constitucional* de Derecho, en el cual el legislador no es más *legibus solutus*. Es aquí, entonces, que el delicado sector de la *responsabilidad penal de los hombres políticos* registra la tendencia hacia una progresiva reducción del ámbito de la inmunidad. La progresiva reducción de este *foro especial* es, por otra parte, coherente con la creciente independencia del Poder Judicial, del cual hablaremos en instantes.

En Italia, recientes reformas han modificado, en sentido restrictivo, tanto el instituto de la autorización para accionar, manteniéndola en su originaria configuración sólo para algunos actos procesales determinados y particularmente importantes (1993), como la responsabilidad de los ministros por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones. Hoy están sujetos a la jurisdicción ordinaria, si bien con previa autorización de las cámaras (1989).

En Argentina, la materia está fundamentalmente disciplinada en los arts. 53, 59 y 60 de la nueva Constitución de manera que, me parece, se mantiene firme el componente *político* de este sistema de justicia especial. Si, de facto, por un lado es muy

significativo el hecho de que la competencia del Senado —o sea del órgano que juzga— se limite a las sanciones de tipo prohibitivo o de inhabilitación, siendo tarea de la magistratura ordinaria la de imponer las sanciones penales según las leyes ordinarias (art. 60), por el otro lado, es también cierto que la competencia de los órganos de la *justicia política* se extiende hasta los crímenes *comunes* cometidos por los sujetos cualificados a los que se refiere el art. 53. Pero, por sobre todo, me parece entender que, según la norma establecida por el art. 60, la sucesiva intervención de la magistratura ordinaria es sólo posible a condición de que haya habido una declaración de culpabilidad por parte del Senado, según lo establecido por la norma del art. 59.

V

La complejidad de las *relaciones entre el Poder Legislativo y Judicial* es claramente visible en los recientes sucesos italianos, que confirman cómo la efectiva validez de los principios del Estado de Derecho depende del rol *social* históricamente asumido por la magistratura.

La preeminencia del Poder Legislativo respecto del Poder Judicial se afirma en la tradición constitucional de los Estados de Derecho de Europa continental en la máxima de Montesquieu según la cual el juez es *la boca de la ley*. En el surco de esta tradición en Italia nunca ha caído la prohibición de analogía *(in malam partem)* en materia penal, ni siquiera durante el fascismo y, hoy, ella se puede extraer del principio de legalidad penal previsto por el art. 25 de la Constitución, además de encontrarse expresa y repetidamente prevista por el viejo Código Penal. En el Código argentino no se encuentran disposiciones referidas directa o indirectamente a los poderes interpretativos del juez en materia penal; tampoco la nueva Constitución va más allá de la enunciación del principio general de legalidad formulado con la consabida acentuación del perfil de irretroactividad. No obstante esto, se puede formular la hipótesis de que el *espíritu* de toda la Constitución —que en materia penal parece serle reservado al Congreso una posición de preeminencia— imponga la asunción del principio de legalidad en su acepción tradicional de máxima liberal-garantizadora.

En la base de las relaciones entre el Poder Legislativo y el Judicial en los Estados de Derecho queda, todavía, una contradicción latente. Por un lado queda, de hecho, excluido, que la garantía del predominio legislativo sobre el judicial pueda ser reali-

zada a través de una dependencia y subordinación *orgánica y funcional* del segundo respecto del primero, dado que implicaría en verdad la posibilidad para las fuerzas políticas de condicionar las resoluciones penales aún de tipo *individual*. Ello sería contrario al principio fundamental del Estado de Derecho de la predeterminación de la *regula iuris* para todos los sujetos del ordenamiento. Por el otro lado, pronto se ha comprendido sin embargo cómo la prohibición de analogía y, más en general, todos los instrumentos ideados para obligar al juez a un *estricta* interpretación, se revelen en realidad ilusorios. Las modernas teorías de la interpretación han aclarado definitivamente cómo la actividad hermenéutica del juez tendría necesariamente un carácter también creador y evaluador, lo que torna difícil y problemática la diferencia entre analogía e interpretación. Ante la imposibilidad, entonces, de asegurar, por un lado, un vínculo mecanicista entre el juez y la ley, y ante el rechazo, por el otro lado, a instaurar su subordinación orgánica y funcional al legislador, los Estados de Derecho han introducido el principio de *independencia* de la magistratura, con la convicción de que la desvinculación del juez de cualquier atadura, influencia, condicionamiento político, podría agilizar el acercamiento solamente a la ley. En este sentido hay que leer las fundamentales afirmaciones de la Constitución italiana al respecto: *los jueces están sujetos sólo a la ley* (art. 101.2) y *la magistratura constituye un orden autónomo e independiente de cualquier otro poder* (art. 104.1).

Empero, es justamente la conquistada independencia —en Italia realizada en máximo grado— la que activa un proceso de *potencialidad* del Poder Judicial que termina por poner al juez como interlocutor autorizado del poder político, sobre todo en el campo penal. La evolución reciente de los sucesos italianos muestra con más exactitud el interesante fenómeno de cómo la transformación del Estado de Derecho hacia el constitucional puede, a veces, suceder sin la realización de una real síntesis, sino acompañada, por el contrario, con el riesgo de una posible erosión de los más tradicionales principios del Estado de Derecho. Conciencia del carácter creativo-evaluativo de la jurisprudencia y una fuerte independencia de la magistratura son ciertamente el origen de la *potencialidad* del Poder Judicial, pero hay también otros factores en el origen de este importante fenómeno. Y se trata en particular de factores situables en el desarrollo del constitucionalismo.

La Constitución, como tabla de nuevos valores compartidos en el pacto social de la posguerra, constituye la *fuente* principal a la cual cada juez recurre directamente cuando las fuerzas políticas muestran una persistente incapacidad para traducir aquellos valores en el ordenamiento legislativo. La paradoja italiana, tener un código penal de huella fascista (1930) que continúa sobreviviendo aún hoy no obstante las profundas transformaciones constitucionales (1947), introduciendo así en el sistema penal una profunda contradicción, es de alguna manera atenuado por el fuerte rol de la magistratura. Por un lado, junto a la Corte constitucional, los jueces agilizan un proceso de liberalización del viejo Código promoviendo la declaración de inconstitucionalidad de las normas de más evidente talla autoritaria. Por otro, la magistratura se sirve de las normas del Código, llevándolas a menudo más allá de los límites de la legalidad y de la prohibición de analogía, para hacer frente de manera bastante más tempestiva que el legislador a fenómenos de gran relieve social; desde la tutela del medio ambiente, a la lucha contra el terrorismo, a la lucha contra la criminalidad organizada. Hasta aquí el Poder Legislativo —con sus tardías reformas— se encuentra sin embargo como detrás de la magistratura, que —además— conquista un constante aumento de su crédito social. Es en el momento en el cual la magistratura empieza, siempre sirviéndose del viejo código, a golpear la difundida red de corrupción política cuando las fuerzas políticas advierten cómo el desarrollo del Poder Judicial se coloca en tensión respecto de algunos principios propios del Estado de Derecho, es decir el de la legalidad en materia penal y, sobre todo, aquello de la necesaria responsabilidad y de las legitimaciones democráticas de cada poder.

Bajo este último perfil, en particular, la fuerte independencia junto a los otros factores histórico-constitucionales, como ya dije, llevan a la magistratura italiana a poder desarrollar un rol que, desde la originaria afirmación de una legalidad *constitucional* llega hasta el condicionamiento de la vida política, sin que a esto corresponda forma alguna de responsabilidad.

Yo no conozco las características y el rol social que posee la clase de los magistrados en la Argentina, sólo me limito a algunas impresiones extraídas de la simple lectura de la nueva Constitución. Pero me parece clara la preocupación de la Constitución de asegurar un estrecho vínculo de la magistratura tanto

con la sociedad como con las fuerzas políticas. Si esta relación es particularmente evidente en el procedimiento de nombramiento de los jueces de la Corte Suprema (les es necesario provenir de la abogacía: art. 111; ser designados por parte del Senado y nombrados por el Presidente de la República: art 99 inc. 4°), también lo es, en lo que se refiere al nombramiento de los jueces de los tribunales federales inferiores; no se puede, por cierto, hablar de una completa autonomía de ellos del juego de las fuerzas políticas. Es absolutamente cierto que la elección fundamental del constituyente argentino ha sido en favor de un reclutamiento de tipo *profesional* por medio de un concurso público (art. 114, n° 1), pero, también es cierto, que el procedimiento de nombramiento reconoce luego la participación, además del *Consejo de la Magistratura* (art. 114, n° 2), también —nuevamente— del Senado y del Presidente de la República (art. 99.4). En conclusión, excluida la existencia de un control de las fuerzas políticas sobre los actos y sobre la carrera de los magistrados —circunstancia que habría estado sin duda en contraste con los principios del Estado de Derecho—, la Constitución argentina garantiza una independencia (art. 114, 4-6) por medio de un sistema que tiende a conjugar, por un lado, el carácter profesional y burocrático de la magistratura (inferior) y, por el otro, una relación con la realidad social y política del país a través de un complejo procedimiento de nombramiento que involucra más órganos políticos.

Ahora bien, es posible decir, como muestra la experiencia italiana, que la afirmación de una *total e incondicional independencia* de la magistratura —aunque sin excluir, por cierto, la posibilidad de formas de condicionamiento informales y subterráneas— tiende a favorecer una mayor inclinación hacia la tutela de los Derechos del ciudadano y, entonces, un control más fuerte de la legalidad sobre el ejercicio de los poderes públicos. Un sistema, en cambio, de mayor *radicación social y política* de la magistratura, aunque actuado solamente en la fase del nombramiento, presupone no sólo una tradición de gran prestigio de la clase de los magistrados sino, y sobre todo, la existencia de un patrimonio común de valores culturales y socio-políticos de fondo. En presencia de esta condición, el magistrado bien puede ver potenciado, también respecto del legislador, su rol de solucionador de conflictos entre diversos intereses en una sociedad pluralista y, quizás también conflictiva, pero en la cual la convicción y la

costumbre de la democracia estén sólidamente consolidadas. Si falta esta condición de fondo, cuando el conflicto entonces se manifieste sobre el mismo valor y método democrático, cuando la exigencia prioritaria sea todavía *tutelar la misma Constitución*, quizás justamente a través del Derecho penal, una relación demasiado estrecha del juez con la realidad social y política puede acentuar el riesgo de un uso político del Derecho penal, y entonces de su sustancial deslegitimación. En el plano de los principios, se podría decir que la preocupación del Estado *constitucional* de impedir la formación de un poder *separado e irresponsable* se convierte en un peligro relevante para el Estado *de Derecho*: o sea, que el Derecho penal se convierta en un instrumento y no en el medio de control del conflicto político.

También la generalizada presencia del jurado para todos los juicios criminales ordinarios (art. 118, Constitución argentina) no es necesariamente el medio más seguro para realizar los principios del Estado constitucional de Derecho. El objetivo de poner en práctica el principio *constitucional* de plena legitimación democrática de la jurisdicción penal, por medio de la directa participación popular, sólo en presencia de bien consolidadas condiciones histórico-sociales puede ser perseguido sin degenerar en un incontrolable peligro de una populista negación de la *regula iuris* y con ello, del mismo Estado *de Derecho*. Es decir, nuevamente y en síntesis: cuando subsisten las condiciones para que el Derecho penal más que por su exaltación —no obstante toda su carga emotiva— pueda ser utilizado como un medio para la solución y la recomposición de los conflictos sociales.

VI

Las modernas constituciones han dado al Estado de Derecho una posterior y nueva caracterización: justamente, desde el Estado de Derecho al Estado *constitucional* de Derecho. Y ya he anticipado cómo, a mi entender, son dos los principales perfiles que constituyen la base de esta evolución: el carácter rígido de la Constitución, entonces inmodificable por la ley, y por sobre ello, la elevación de un patrimonio propio de valores de fondo a criterios *materiales, sustanciales* de legitimación de la acción legislativa. Tanto el uno como el otro de estos caracteres evolutivos del moderno constitucionalismo van en sentido de una delimitación de la omnipotencia del legislador: parecería posible decir, por lo tanto, que el principio *democrático* ha sufrido la necesidad de

una progresiva adaptación y contención para coexistir con un principio de *garantía*.

Luego de las trágicas experiencias democráticas populares en Europa oriental; luego de la disolución institucional inducida por las degeneraciones del populismo sudamericano; luego de la constatación de las manipulaciones que una clase política desinhibida y comerciante ha podido hacer del principio democrático, la referencia a la *soberanía popular* como fundamento de la democracia debe ser integrada por la referencia a los derechos inviolables del hombre.

En el campo del Derecho penal, creo que la experiencia del constitucionalismo italiano de la posguerra es particularmente interesante por el grado de evolución que ha sido alcanzado, y por la riqueza del debate cultural que la ha acompañado. De hecho, la originaria pero continua afirmación de los derechos inviolables del hombre ha sido seguida por la manera progresiva en que se fueron afinando algunos de los grandes principios penales de huella personal, hasta llegar a la hipótesis de una trama constitucional relacionada con algunos de los contenidos político-criminales del Derecho penal. Naturalmente, este complejo proceso evolutivo no se privó ni de contradicciones ni de tensiones; sobre todo a causa de las *emergencias* del terrorismo y de la criminalidad organizada y mafiosa. Pero se ha desarrollado siempre dentro del marco de la Constitución.

Empezando ahora a tratar algunos de los *Derechos inviolables del hombre*, debo señalar algunas diferencias entre la nueva Constitución argentina y la italiana. Por un lado, las disposiciones de la Carta italiana son mucho más detalladas que las de la Constitución argentina, en la cual —en verdad— parece que se limita a una disposición en forma de lista completa de las libertades individuales, agrupándolas en un único artículo (art. 14), mientras que la Carta italiana muchas veces se ha expandido (en los artículos desde el 13 al 28) en trazar las líneas fundamentales de una verdadera y propia disciplina de cada derecho individual de libertad. Por otra parte, mientras la Constitución argentina —en un evidente deseo de mantener a la República en el concierto internacional de los países democráticos— ha previsto una recepción global de todos los tratados y las convenciones internacionales sobre los derechos del hombre, la Corte constitucional italiana ha excluido la posibilidad de una recepción automática de los derechos inviolables afirmados en ámbito internacional

pero no expresamente previstos por nuestra Constitución. Todo esto no ha imposibilitado a la Corte constitucional a atenuar, por lo menos en parte, la persistente paradoja del ordenamiento penal italiano, en el que coexisten un Código Penal fascista y una Constitución liberal-democrática y garantista. Ante la perseverante inercia del legislador, la Corte ha procurado eliminar las normas penales más fuertemente liberticidas, en materia —por ejemplo— de libertad de reunión, de asociación, de manifestación del pensamiento, de huelga.

Decididamente amplia es, respecto de esto, la tutela jurisdiccional que el art. 43 de la Constitución argentina ofrece —por lo menos en el plano teórico— a los derechos inviolables por medio de las especiales previsiones tanto sea del *habeas corpus* (inciso último) como la de tutela de la privacidad (inciso tercero), pero por sobre todo por medio de la previsión de un juicio *de amparo* que se extiende a la constitucionalidad de las leyes. No estoy en condiciones de expresar ninguna opinión sobre el funcionamiento concreto del sistema de garantías delineado por el art. 43 de la Constitución argentina. Partiendo de la base de la experiencia italiana, me limito a decir que la tutela constitucional de los derechos de libertad exige en el juez una fuerte vocación garantista, dado que es claro —aparte del extraño caso de normas incriminadoras que prohíban formas de ejercicio del Derecho expresamente garantizadas por la norma constitucional— que habitualmente las normas penales expresan un *balance* entre el derecho de libertad y las exigencias de los intereses convergentes. Y el art. 28 de la Constitución argentina (según el cual los derechos fundamentales *no podrán ser alterados por leyes que disciplinen su ejercicio*), en su evidente ansia garantista, no podrá todavía excluir esta inevitable operación de balance, que ha sido por ejemplo reconocida sin reservas por la constante jurisprudencia de la Corte constitucional italiana. La cual, por otra parte, con la misma determinación, ha dejado para sí el poder de supervisar la corrección constitucional del balance.

Entonces, el control de la legitimidad constitucional supone necesariamente un juicio caracterizado por un alto índice de discrecionalidad política. Con la consecuencia de que solamente un órgano con la necesaria sensibilidad política unida a una fuerte vocación de garante pueda efectivamente asegurar la tutela constitucional de las libertades individuales fundamentales.

VII

Más largo debe ser mi discurso respecto de la afirmación de algunos *principios penales fundamentales de huella individual* en la Constitución italiana y luego, progresivamente, en la legislación penal. Ya he hablado del tradicional principio de legalidad respecto del Estado de Derecho y de las relaciones entre los órganos y el poder del Estado en la producción del Derecho penal. Aquí quiero hacer referencia a otros dos principios fundamentales concernientes, respectivamente, a la *culpabilidad* y a la *función de la pena.*

a) En lo que refiere al principio de culpabilidad, es necesario decir antes que nada que, no obstante la *retribución* presente en el Código Penal italiano, eran muy numerosas las hipótesis de responsabilidad sin culpabilidad. Para comprender las razones de este fenómeno alcanza con recordar la inspiración fuertemente represiva —coherente con el autoritarismo del régimen fascista— que dominó el Código Penal del '30. El objetivo de reforzar la represión tomó como base tradiciones liberales, premisas filosóficas y coherencias sistemáticas, produciendo un sistema caracterizado por una doble pareja de inspiraciones opuestas e inusualmente coexistentes: por un lado, retribución y responsabilidad sin culpabilidad; por el otro, responsabilidad y peligrosidad. No parece, por lo tanto, equivocado formular la conclusión que, así como las numerosas hipótesis de responsabilidad sin culpabilidad, también las medidas de seguridad con el delincuente peligroso extraen prevalentemente su origen de un objetivo político-criminal de refuerzo de la represión penal. A diferencia de ello, el Código Penal argentino —en su trama originaria de la parte general— parece mucho menos condicionado por un intento represivo, que se manifestará ciertamente más tarde y de forma maciza pero sobre todo en la parte especial. En efecto, al frente de no pocas concesiones sobre la peligrosidad subjetiva cual presupuesto incidente sobre la pena (entre las cuales me parecen particularmente significativas las del supuesto del delito imposible [art. 44] y las de la reincidencia [art.52]), más completo me parece el respeto por el principio de culpabilidad, como se evidencia en la previsión de una responsabilidad fundada exclusivamente en los límites del dolo en caso de concurso de personas en el delito (arts. 47 y 48). De esta forma se puede quizás concluir que, a diferencia del Código italiano, también las concesiones a la peligrosidad subjetiva contenidas en el sistema ar-

gentino de la responsabilidad son quizás debidas a elecciones y condicionamientos derivados de la cultura e ideología penal, más que a intentos puramente represivos.

Volviendo ahora a la progresiva afirmación del principio de culpabilidad en el ordenamiento italiano, quizás valga la pena señalar las tres etapas fundamentales de este proceso. En primer lugar, la doctrina italiana fue a interpretar la norma constitucional sobre la responsabilidad penal (art. 27, primer inciso) de manera tal de reconducir allí el principio de culpabilidad. En efecto, el texto del art. 27 de la Constitución italiana —*la responsabilidad penal es personal*— parecía revelar con bastante claridad la intención limitadora de los constituyentes, en alejar del Derecho penal toda forma de responsabilidad por el hecho del otro, que en cambio había sido tristemente conocida durante el último período —la guerra— del régimen fascista. Pero, con una operación interpretativa de gran sensibilidad jurídica y cultural, la doctrina sostiene que anclar el contenido del art. 27 en la voluntad histórica de los constituyentes significaría restarle potencia a la llegada del principio constitucional, bloqueándolo en el pasado en cambio de proyectarlo hacia la evolución del Derecho penal que, en sus desarrollos internacionales, ya estaba consolidando el principio de culpabilidad.

En segundo lugar, me parece verdaderamente significativa la orientación asumida por la Corte constitucional italiana en una famosa sentencia (la sentencia n° 364) de 1988, con la cual se acordaba relevancia excusante a la ignorancia inevitable de la ley penal, adecuando así el ordenamiento penal a la mayor parte de los ordenamientos europeos. Me urge más que nada subrayar, a propósito de este tema, no sólo el hecho de que la Corte diera ingreso al principio de culpabilidad precisamente en uno de los puntos de mayor resistencia del sistema, como lo es el de la absoluta irrelevancia de la *ignorantia legis*. El aspecto más significativo del suceso me parece ser el recorrido argumental elegido por la Corte para acoger el principio de culpabilidad. Este último entra en el sistema penal no tanto como consecuencia de una opción —digamos *intrasistemática*— referida a la función de la pena; sino por la exigencia —digamos *extrasistemática*— de garantía política en las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. Sostiene la Corte, de hecho, que en la base del fundamento de la culpabilidad se encuentra sustancialmente la inviolabilidad de los Derechos del individuo respecto de las legítimas preten-

siones del Estado de Derecho. Debido a que el Estado puede, por un lado, pretender legítimamente que el ciudadano observe el deber de asumir el conocimiento de la ley penal en cumplimiento de un general deber de solidaridad social; no puede, por otro lado, imponer una sanción penal a quienes habiendo cumplido con los deberes de información no hayan logrado alcanzar, sin culpa, el conocimiento del precepto penal.

En fin, frente a la sensibilidad mostrada por la doctrina y por la Corte constitucional respecto del principio de culpabilidad, el legislador no ha sido capaz en cambio de tender a sanear la relevante contradicción entre la originaria disciplina autoritaria del Código fascista y los principios penales del Estado de Derecho. Es además cierto que con la ley de 1990 la imputación de las circunstancias agravantes ya no se realiza más objetivamente, sino que ha sido subordinada a la presencia de la culpa, pero las hipótesis de responsabilidad sin culpabilidad son todavía numerosas en el Código italiano y la jurisprudencia persiste en utilizarlas, empujada también por la necesidad de reprimir adecuadamente una criminalidad imponente.

Mi conocimiento del ordenamiento penal argentino permite que me exprese sobre él sólo de manera muy aproximada. Sin embargo, me parece posible decir que, en lo que refiere a la nueva Constitución, no hay normas a partir de las cuales se pueda deducir el principio de culpabilidad mientras que, por otra parte, no faltan disposiciones que directa o indirectamente prohíban la responsabilidad por el hecho cometido por otro. Se trata del art. 17 que promueve la confiscación de los bienes por el Código penal (no obstante que tal prohibición esté contenida en el contexto de un largo artículo dedicado a salvaguardar la propiedad y la libertad de la imposición de prestaciones coercitivas) y el art. 119 sobre la traición a la Nación argentina (que permite a través de una interpretación *a fortiori* extraer una prohibición de responsabilidad por el hecho del otro en el entero dominio del Derecho penal). Esta orientación en contra de la responsabilidad por el hecho cometido por otro parece perfectamente coherente con la natural preocupación del constituyente argentino, a contraponerse a las no muy lejanas degeneraciones de los regímenes autoritarios, en los cuales, en efecto, se registra la instrumentación del Derecho penal con fines de represalia política con la consecuencia de odiosas formas de responsabilidad por el hecho del otro.

En lo que respecta, en cambio, al Código Penal, la original impronta, sustancialmente liberal en la parte general, parece haber impedido el reconocimiento indiscriminado de la responsabilidad objetiva como en cambio sucede en Italia. Por el contrario no faltan —como ya hemos notado— significativas disposiciones inspiradas en el principio de culpabilidad. Si bien debe ser reconocido, al contrario, que la privilegiada edad del Código da la razón del limitado desarrollo de las disposiciones sobre los presupuestos subjetivos de la responsabilidad; y, en particular, no puede no ser señalada con este fin justamente la ausencia de una expresa previsión de la eficacia excusante del error del Derecho. Laguna, esta, que se agrega además a la general característica del Código argentino de una pronunciada parsimonia en el empleo de normas de carácter determinante en materia, por ejemplo, de dolo, culpa, causalidad, etcétera.

b) Las penas *no pueden consistir en tratos contrarios al sentido de humanidad y deben tratar de reeducar al penado.* Ésta es la formulación del art. 27, inc. 3°, de la Constitución italiana, en el cual claramente se nota la presencia de dos normas complementarias pero distintas. La primera —*las penas no pueden consistir en tratos contrarios al sentido de humanidad*— es una norma de *garantía*, de contenido *negativo*, de indudable significado civil pero difícil de concretar fuera del contexto histórico de referencia. La pena, en efecto, posee un intrínseco componente *inhumano*, de manera que, el contenido del principio de humanidad de la pena no puede que ser relativo y cambiante. La segunda disposición —*las penas... deben tratar de reeducar al penado representa*— en cambio, una *elección de valor*, constituye una prescripción *de fin positivo.*

Quisiera detenerme en esta segunda norma, que afirma el llamado principio reeducativo de la pena, para subrayar su carácter casi revolucionario. Se trata de una opción tanto más explosiva e innovadora en tanto y en cuanto se encuentra efectuada por la misma Constitución sin, por otro lado, querer expresar la adhesión a una u otra escuela del pensamiento penal. En mi opinión, el principio reeducativo de la pena es, entonces, una opción formal y sustancialmente *constitucional*, es decir, constituye una elección cultural de civilización, una opción política de fondo del ordenamiento. Lo demuestran claramente los trabajos preparatorios con los cuales la Asamblea Constituyente llegó a la aprobación de aquel artículo en el ahora lejano 1947. El princi-

pio de la reeducación de la pena entró en la Constitución según la iniciativa de algunos que no eran penalistas, mientras que los penalistas —por el contrario— trataban de obstaculizarlo, temiendo que pudiera representar una inoportuna elección de campo entre las escuelas penales; tanto más inoportuna porque quedaba petrificada en el texto de una constitución rígida. Pero el significado profundo con el cual el principio reeducativo ha entrado en la Constitución italiana del '47 y que debe quedarse así, era y es distinto. Ello es la *expresión desde el Derecho penal* de aquel principio más general de solidaridad que circula en toda la Constitución, y expresa la idea que en la complejidad funcional de la pena no vaya en todo caso perdida la voluntad del Estado hacia el condenado; voluntad en ofrecer al condenado la oportunidad de una posible reinserción social. Una elección de solidaridad que, en el fondo, se revela perfectamente coherente con la idea de que también la sociedad tiene un importante peso y responsabilidad en los procesos de génesis de la criminalidad y que, por ello, en el origen del delito no hay sólo factores individuales.

No puedo entrar en este trabajo en un largo análisis de la compleja jurisprudencia constitucional sobre el principio reeducativo de la pena. Pero, me parece posible agregar que la orientación total de la Corte constitucional italiana refleja sin más esta concepción civil y política del principio reeducativo, como opción fundamental del sistema. La Corte, de hecho, ha afirmado por un lado el principio de la *polifuncionalidad* de la pena, queriendo con eso decir que la finalidad reeducativa es compatible y, entonces, debe poder coexistir con todas sus otras posibles finalidades. Por otro lado, sin embargo, ha descartado que en una sola de las faces del proceso penal la finalidad educativa pueda quedar totalmente excluida por prevalecer cualquiera de los otros fines.

También la norma de la Constitución argentina referida a la pena (art. 18) contiene algunas prohibiciones en función de *garantías* y algunas prescripciones en dirección *teleológica*, aunque indudablemente la preocupación garantista parece prevalecer en las intenciones del constituyente. Esto lo demuestra, antes que nada, la referencia del art. 18 exclusivamente a la pena privativa de la libertad; pero también la prescripción de que las cárceles deban ser *sanas y limpias*, así como la prohibición de cualquier medida que conlleve mortificaciones mayores que las ya implicadas en la intrínseca naturaleza de la pena. Se trata

entonces de prescripciones caracterizadas también por la concreción de contenidos, bastante inusual en un texto constitucional, pero evidentemente dictadas por la excesiva preocupación garantista de contener el peligro que el universo carcelario degenere en un lugar de embrutecimiento, de opresión y de brutalidad. En esta perspectiva me parece que hay que entender también la comprometida afirmación —contenida en el art. 18— de que la cárcel es un *instrumento de seguridad y no de castigo*. Entendida en su sentido literal esta afirmación pareciera excluir cualquier componente retributivo y punitivo de la pena privativa de la libertad y legitima, en cambio, una función exclusivamente de prevención especial mediante la neutralización de la peligrosidad. Afirmación comprometida, decía, aun por las relevantes consecuencias que derivarían respecto a la disciplina total del sistema sancionador e incluso del sistema penal. Baste con pensar en el hecho de que la pena privativa de la libertad, si tuviera que ser justificada sólo por las exigencias de seguridad, no constituiría más la sanción ordinaria del sistema sino un instrumento excepcional, cuya aplicación —además— sólo podría justificarse sobre la base de exigencias a evaluar en concreto. Mi impresión es, entonces, que el extremismo de esta afirmación de la Constitución argentina se sitúa más que nada en el espíritu de una fuerte acentuación de la *garantía* constitucional. En el sentido de que se ha querido tratar de contener el riesgo de un deslizamiento progresivo hacia formas sancionadoras siempre más aflictivas; riesgo que ciertamente deviene particularmente elevado cuando la sanción criminal es concebida en una dimensión exclusivamente punitiva.

Cualquier sistema de garantías constitucionales contra los siempre recurrentes peligros de las degeneraciones carcelarias, no es en realidad tal si no se garantiza también la efectividad. Y, dado el carácter totalizador y segregador de la institución carcelaria, al detenido le serán efectivamente garantizados sus derechos sólo allí donde existan canales de comunicación abiertos entre la cárcel y el mundo exterior, que lo substraigan de la total sujeción hacia la administración penitenciaria. En Italia existe hoy la posibilidad para los parlamentarios de efectuar visitas a los establecimientos penitenciarios y en este sentido van también las convenciones internacionales contra los tratos inhumanos y degradantes. Pero no hay duda de que el instrumento más eficaz, por ser institucional, *normal*, jurídicamente for-

malizado en los modos y en los efectos, es el de la *jurisdiccionalización* de la ejecución carcelaria, es decir de la sumisión al control del juez. Naturalmente a condición de que se trate de un juez realmente independiente respecto de las fuerzas políticas y de la administración penitenciaria. Bajo este perfil, entonces, puede crear un cierto estupor la última parte del art. 18 de la Constitución argentina, en el cual se manifiesta la preocupación de fundar una responsabilidad justamente a cargo del juez que haya autorizado restricciones ilegítimas (incluso *mortificaciones* en el texto argentino) en perjuicio del condenado.

VIII

La máxima evolución del constitucionalismo moderno es alcanzada cuando se empieza a hablar de una trama de *valores constitucionales vinculados al contenido mismo* del Derecho penal. Es el punto de máxima compenetración entre la Constitución y la política criminal, pero también es de inevitable tensión, dado que se trata de formular hipótesis sobre la existencia de indicaciones constitucionales vinculadas a elecciones de política criminal, más allá de los límites constituidos por la garantía de los derechos individuales y de los principios fundamentales del Derecho penal.

En Italia, hacia la mitad de los años '70 se abrió un debate de notable magnitud cultural que tendía a favorecer a la tendencia que identificaba valores constitucionales y bienes jurídicos penalmente tutelados. La perspectiva ideológica en la cual nos movíamos no era sólo aquella que defendía un refuerzo y acreditación de los nuevos valores afirmados por la Constitución por medio de un instrumento penal. Estaba muy presente también la idea de posibilitar una base sólida de legitimación al Derecho penal, identificando su contenido material con los valores y los intereses sociales verdaderamente fundamentales y compartidos por todos. Casi, entonces, una base de legitimación *sustancialmente* democrática, capaz de ir más allá del principio mismo de la democracia mayoritaria en cuanto posible de ser reconducido, incluso, hasta el pacto consensuado del pueblo italiano expresado, precisamente, en la Constitución. Al lado de este entendimiento, había luego otra idea convergente en la misma dirección. Es decir, aquella del Derecho penal como *ultima ratio*: si el área de lo penalmente relevante debía tender a achicarse para darle espacio a otros instrumentos de tutela menos incisivos y costosos, era natural que el

criterio de este proceso de progresiva delimitación fuera justamente aquel de la relevancia constitucional de los bienes objeto de la protección penal, de los bienes, que —para ser de relevancia constitucional— pueden correctamente ser considerados en verdad fundamentales y compartidos por la generalidad.

Sintetizando, entonces, se puede hablar de un proceso —o quizás del intento por comenzarlo—, de *constitucionalización* del Derecho penal. La renovación del contenido del Derecho penal habría debido traer resultados significativos, tanto en el plano de los principios —a través de la recuperación de la legitimación— cuanto en el plano del funcionamiento práctico del sistema, substrayéndolo a la creciente producción inflacionaria de las normas penales. En todo caso, el proceso de constitucionalización del Derecho penal se proponía, teóricamente, como un movimiento que tendía al progreso y al mejoramiento del Derecho penal, dado que trataba de dirigirlo hacia una elevación respecto de los constantes peligros de un uso políticamente instrumental y, entonces, antiliberal (si bien no necesariamente autoritario, sino, por ejemplo, simbólico) de la sanción criminal. Un fenómeno de gran significado evolutivo, casi a la par de aquel que tuvimos con las codificaciones de dos siglos atrás. Un proceso que realizaría, en el Derecho penal, el complemento del fenómeno de transformación del Estado *de Derecho* al Estado *constitucional* de Derecho.

No podemos decir, por cierto, que este proceso de constitucionalización (de los contenidos) del Derecho penal se haya realizado. Sería demasiado largo indicar aquí las causas de este objetivo no logrado. En síntesis, podemos decir que las razones de la política criminal se han salido con la suya respecto de la pretensión de inmovilizar el Derecho penal sobre una tabla de valores constitucionales. En esto han tenido un rol importante, también, la complejidad y la dinámica de la sociedad italiana de la posguerra, así como su participación en una organización internacional como la Comunidad Europea que representa una continua fuente, directa o indirecta, de producción normativa penal. Naturalmente, sin embargo, la época del constitucionalismo penal no ha transcurrido en vano. La Corte constitucional en particular, más que el legislador, ha podido y sabido recoger algunos frutos, aunque sí, ciertamente, limitados respecto de la amplitud de las transformaciones supuestas en aquel movimiento intelectual. En particular en estos recientes, recientísimos años, la Corte pareciera

estar consolidando dos orientaciones sobre la jurisprudencia: orientaciones que son el fruto del *constitucionalismo penal*. Por un lado, la Corte ha declarado la inconstitucionalidad de algunas normas, si bien todas muy antiguas y de origen fascista, por *demérito* del interés tutelado respecto a los cuadros de valores emergentes en la Constitución. Por el otro lado, el juez constitucional, hoy, parece inclinarse bastante más en la vigilancia de las elecciones de política criminal. No tanto, sin embargo, por medio del parámetro rígido de su conformidad inconformidad con los valores (constitucionales) objeto de tutela, sino, más bien, por medio del más dúctil criterio de lo razonable adecuable de la elección legislativa respecto del objetivo político criminal.

Si ahora, a la luz de la experiencia italiana a la cual nos hemos referido, dirigimos la mirada a la nueva Constitución argentina, no podemos no constatar la presencia de numerosas normas que poseen un *contenido penal*. Desde el art. 15 —en el más amplio contexto de la eliminación de la esclavitud— que prevé el crimen de compraventa de los seres humanos, al art. 22 que prevé el delito de sedición; desde el art. 29 que califica como *traición a la patria* la ilegítima asunción, por parte de las autoridades del Poder Ejecutivo, de poderes extraordinarios, al art. 36 que vuelve a conducir al mismo gravísimo ilícito los actos de fuerza contra el *orden institucional y el sistema democrático* (inc. 2°) y prevé, en los incisos siguientes, otros delitos contra la Constitución y contra el Estado, al art. 119 que define el delito de traición a la Nación.

Ahora bien, no nos debe sorprender el gran número de *cláusulas de penalización*, es decir, de normas constitucionales que directa o indirectamente prevén figuras criminales, que hacen surgir en el legislador la obligación constitucional de su incriminación. Ciertamente, respecto de la Constitución italiana, la argentina es mucho más rica en tales *cláusulas de penalización*, pero, es un dato históricamente confirmado por la comparación, que casi todas las constituciones más recientes se inclinan hacia una amplia utilización de aquellas cláusulas. Me parece, más que nada, tener que subrayar otra diferencia más significativa. Hemos dicho que en Italia en los años '70 se perfiló un proceso (si bien luego quedó por largo tiempo inconcluso) de *constitucionalización del Derecho penal*. Y bien, la impresión general que puede obtenerse de la Constitución argentina parecería ser, en cambio, la tendencia a una *penalización de la Constitución*.

En efecto, de las numerosas cláusulas de penalización antes recordadas, sólo el art. 15, en materia de esclavitud, realiza la función propia de las verdaderas cláusulas de penalización, es decir: aquella de indicar al legislador los nuevos valores sociales fundamentales. Ni siquiera el medio ambiente, que las nuevas constituciones, cada vez con mayor asiduidad, elevan a la dignidad de bien que merece la tutela penal, constituye, para el legislador argentino, el objeto de una expresa obligación constitucional de penalización (art. 41). Por lo demás, todas las otras normas de contenido penal asumen como objeto de la tutela penal a la Constitución en cuanto tal, es decir, el orden institucional afirmado con la Carta de 1994. Hay, en sustancia, una preocupación de la Constitución por garantizarse la asunción del instrumento penal para la tutela de la propia existencia, más que indicarle al Derecho penal una nueva tabla de valores sociales a tutelar. En el fondo, podríamos decir que el fenómeno al cual da vida la Constitución argentina no es tanto aquel de una legitimación del Derecho penal a través de la transformación de su contenido de tutela, sino, más bien, aquello de una acreditación y consolidación del nuevo orden institucional por medio del Derecho penal. Entonces, podríamos decir que ésta también es una utilización política e instrumental del Derecho penal, si bien lo es en el sentido de la democracia y del ejercicio de un poder legítimo antes que en el sentido del ejercicio de un poder arbitrario y opresivo.

Ahora bien, esta indicación que parece extraerse, en líneas generales, de la Constitución argentina respecto del Derecho penal, no sólo no nos debe sorprender, sino que debe ser apreciada positivamente precisamente en el completo cuadro de la marcha hacia una realización integral de los principios del Estado de Derecho. No nos debe sorprender porque se trata de una exigencia natural, históricamente fundada, en los recientes sucesos político-institucionales de la Argentina, que trata de consolidar, en primer lugar, las mismas bases ordenadoras de la democracia, el mismo *clima* y la *conciencia* democráticos antes de empezar un complejo proceso de transformación de los contenidos sociales del Derecho penal. Pero, esta indicación, en el sentido de una *penalización de la Constitución*, bien puede ser compartida, justamente en tanto y en cuanto vuelve a colocar al Derecho penal, entonces a la *regula iuris*, como salvaguarda del orden institucional, substrayéndola, así, del peligro de la irracionalidad y arbitrariedad de una tutela confiada únicamente al predominio de las fuerzas políticas.

Ciertamente, en este sentido, debe ser considerado de manera realista porque de cualquier sistema jurídico de protección penal del orden constitucional, no puede esperar una efectividad total. Es claro, de hecho, que cuando el poder de facto anticonstitucional haya logrado desplazar al orden constitucional, del cual participan también las normas penales, o, en todo caso, haya logrado obtener por lo menos un cierto grado de consolidación en el sistema, ninguna norma penal estará en condiciones de neutralizarlo adecuadamente, justamente porque habrá sido convertida en inefectiva e inoperante por el gobierno de facto. Sin embargo, por lo menos hasta tanto no hayamos llegado a una verdadera ruptura revolucionaria con la consiguiente inversión de las mismas bases formalmente constitucionales, las *normas penales* de la Constitución podrán realizar un cierta clase de tarea de tutela del orden democrático. De hecho, ellas permitirán mantener firme, también formalmente, la calificación de la ilegalidad del ejercicio del poder de facto, no obstante la momentánea afirmación y consolidación del sistema, y entonces permitirán sancionar penalmente las manifestaciones criminales una vez que se haya restablecido la legalidad, sin violar el principio de irretroactividad de la ley penal. Sin, por eso, violar aquellas garantías del Derecho penal que, perteneciendo al patrimonio intangible de los derecho humanos y del Estado de Derecho, no deberían ser tocadas ni siquiera en nombre de los valores constitucionales.

En síntesis, recordando cómo la garantía fundamental del Estado de Derecho en campo penal se manifiesta en la legalidad de los delitos y de las penas, se remarca que en la base del principio de legalidad está la exigencia de distribución del poder punitivo entre los órganos constitucionales del Estado, según criterios y equilibrios de legitimación derivados de la posición política y del crédito social adquirido por los distintos órganos estatales.

La experiencia constitucional italiana más reciente, muestra cómo el *baricentro* de la producción normativa penal se halla desplazado pasando del Poder Legislativo-Parlamentario tanto al Poder Ejecutivo cuanto, y sobre todo, al Poder Judicial. Bajo este perfil, la *politización* de la producción jurídico-penal, debida a la identidad sustancial entre las fuerzas políticas del gobierno y las mayorías parlamentarias, es mostrada por la creciente contribución de las fuentes *secundarias* en la configuración de los delitos, vuelta necesaria también por la complejidad de las materias objetos de la disciplina

penal. Contrariamente, es neta la tendencia a contener la influencia de las fuerzas políticas respecto de los actos individuales, en los sectores, principalmente, de las medidas de prevención, de la ejecución penitenciaria y de las inmunidades políticas. Bajo este segundo perfil, la magistratura italiana se ha beneficiado con su independencia desarrollando una penetrante acción de control de la legalidad de los poderes públicos, inspirándose directamente en los valores constitucionales. De manera tal que ha podido asumir un rol socio-político tan penetrante que le ha permitido dar una base más sólida a la legitimación democrática de su actuar.

La evolución del constitucionalismo moderno ha significado, para el Derecho penal, la afirmación de una garantía *sustancial* que se manifiesta a lo largo de las tres direcciones: de los derechos inviolables del hombre, de los principios fundamentales del Derecho penal, de los valores constitucionales. Luego de haber subrayado las diversidades de la Constitución italiana y argentina en la previsión y garantía de los derecho humanos, se muestra el significado político-constitucional y garantista tanto del principio de culpabilidad (como ha sido recibido en el sistema por obra de la Corte constitucional italiana), cuanto del principio reeducativo de la pena en su fundamento solidario, coherente con el espíritu personalista completo de la Constitución.

En fin, es recordado el movimiento que se propone adecuar los contenidos del Derecho penal y, entonces, las elecciones de política criminal a los valores sociales afirmados por la Constitución *(constitucionalización del Derecho penal)*, en armonía, también, con el llamado principio de *ultima ratio*. Señalados los frutos dejados por tales movimientos, se manifiesta la impresión de que la nueva Constitución argentina llame, más bien, al Derecho penal para tutelar el orden constitucional y democrático, produciendo así un fenómeno de *penalización de la Constitución*, que puede ser positivamente evaluado en la medida en que logre reconducir la tutela del nuevo orden institucional a las formas y a los principios jurídicos fundamentales del Derecho penal.

Imputación objetiva

MARCELO A. SANCINETTI

NELSON R. PESSOA

JUAN BUSTOS RAMÍREZ

BERND SCHÜNEMANN

Coordinador: RAMIRO PÉREZ DUHALDE

V. OBSERVACIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

POR MARCELO A. SANCINETTI*

Introito: De homenajes

Me uno a este homenaje al Código Penal de 1921, en la esperanza de que nuestra sociedad pueda recuperar la senda del Derecho, el principio de *legalidad*. Estamos dominados ahora por instituciones ajenas a nuestra tradición, legada por la Ilustración: "agentes encubiertos", "arrepentidos", "juicios abreviados" —es decir, delincuentes del Estado, negociadores exitosos, pena sin juicio previo—, institutos, todos, contrarios al Estado de Derecho. Mucha de esta decadencia se debe a la responsabilidad de los juristas penales, que consintieron estos institutos, al igual que antes, en los años sombríos, cosas peores, así como después su olvido, en los igualmente oscuros días de la obediencia. A todo ello ha contribuido una prensa interesada o poco ilustrada, y una universidad que —en lo que se refiere a los estudios de Derecho— está muy lejos de lo que debiera ser, sin ideas, ni modelos, ni generaciones de talla, un ámbito, en fin, en el que a la *complicidad* se le llama "tolerancia".

Si no rectificamos el rumbo, carecerán de todo valor temas tales como aquel del que debo ocuparme hoy: la "teoría de la imputación objetiva". Pues todo problema de teoría de la imputación presupone que la pregunta acerca de *cuál* es la solución más *justa* para un caso y la de *cuál* es la más *racional* son convergentes. Cuando las decisiones del Estado son dominadas

* Universidad de Buenos Aires, Universidad Torcuato Di Tella, Universidad Nacional de la Patagonia, Universidad Nacional del Nordeste.

por el eficientismo y la oportunidad, nada ligado al valor justicia es relevante, decide el *mercado*.

El jurista, empero, siempre ha de anhelar que el retorno a la senda del Derecho sea posible, así como que también lo sea la reconstrucción de la universidad, de la verdadera academia. *Por ello* paso a ocuparme del tema encomendado, que está directamente unido a la cuestión de en qué consiste una conducta prohibida y de qué depende, *en justicia*, la medida del ilícito y de la culpabilidad.

1. *¿Una "teoría de la imputación objetiva"?*

La "teoría" de la imputación objetiva no es propiamente *una teoría*, en el sentido de que configure un cuerpo armónico de proposiciones teóricas homogéneas.[1] Más bien es el nombre con el que hoy son aglutinados diversos principios delimitadores o correctivos de la *tipicidad* de una conducta punible, especialmente respecto de aquellas formas de conducta que la ley describe de modo *relativamente abierto*,[2] sin mencionar otra cosa que un acontecer lesivo causado por una acción humana, casos, por tanto, en los que la conducta típica sólo se identifica a través de la causación de un resultado: "matar a otro", "lesionarlo", "dañar una cosa ajena", "causar un incendio", etc. Éstos son los corrientemente llamados "delitos de resultado", en los que lo decisivo no es *que haya efectivamente* un resultado, sino que la acción es definida de modo *indirecto* y *abierto*, en tanto tenga *la tendencia a la causación del resultado*. Para aquellos tipos penales en que la conducta se describe, en cambio, mediante una concepción *más bien cerrada*, como tener acceso carnal por fuerza,

[1] Cf. Struensee: "Acerca de la legitimación de la 'imputación objetiva' como categoría complementaria del tipo objetivo", en *El Derecho Penal hoy. Homenaje al Prof. David Baigún*, Buenos Aires, 1995 (traducción de Fabrizio Guariglia, versión alemana inédita), pp. 251 y ss., esp. p. 254; en este punto coinciden también Suárez González / Cancio Meliá, en su estudio preliminar a la edición española del trabajo de Jakobs: *La imputación objetiva en Derecho Penal* (traducción de Manuel Cancio Meliá, versión alemana inédita), Madrid, 1997, p. 21.

[2] Me valgo aquí de la contraposición de Michael Köhler (*Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlín y otras, 1997), entre descripción "relativamente abierta" y "más bien cerrada" (lug. cit., p. 143): "... los tipos especiales definen siempre modalidades realmente posibles con una casualidad inmanente, de realizar determinado acontecer lesivo, sea en una versión *relativamente abierta* (p. ej., matar, dañar, etc.), sea en una concepción *más bien cerrada* (p. ej. sustraer)" (subrayado por mí).

falsificar un documento, librar un cheque sin fondos, sustraer una cosa ajena con ganzúa, etc., los criterios de la imputación objetiva apenas conservan una utilidad marginal.

Para poder formular estos criterios al modo de un principio homogéneo aglutinante es necesario encoger *tanto* su capacidad de rendimiento, que la definición resultante no informa prácticamente nada acerca del *contenido*. Esta formulación resumida reza aproximadamente: una acción está típicamente prohibida cuando constituye la creación de un riesgo reprobado y este riesgo se realiza efectivamente en el resultado.[3]

De todos modos, ni siquiera con esa parquedad la definición de "imputación objetiva" es totalmente correcta. Porque también una *tentativa* de producir un resultado satisface los requisitos de la tipicidad, y la *acción* en cuestión es en sí *la misma* que la del delito consumado. Por tanto, para identificar la acción de una tentativa hay que aplicar los mismos principios de la "imputación objetiva", aun cuando, ciertamente, falta la realización del riesgo en el resultado. Pero, entonces, lo común a toda forma de imputación objetiva, es decir, lo propio de "*la* teoría" —si es que ella ha de valer para todos los casos—, es el definir el comportamiento típico como *la creación de un riesgo reprobado*.

Esa base aparentemente incolora es comprendida realmente sólo cuando se entra en los *detalles* de la *determinación* del riesgo reprobado: ¿Es un riesgo reprobado aquel en que su causante tiene *derecho a confiar* en que otro neutralizará el riesgo, por más que *sepa efectivamente* que no lo hará ("principio de confianza")?; es decir: ¿puede ampararse un conductor en que él tenía prioridad de paso, aun cuando hubiera reconocido en el otro al atrevido del barrio que siempre cruza la bocacalle de modo peligroso?; ¿puede hacerlo aun cuando el afectado eventual sea un tercero? ¿Hay un riesgo permitido cuando el riesgo puede ser imputado a la víctima ("competencia de la víctima") o cuando se crea un riesgo que desde el punto de vista del rol que desempeña el causante es inocuo aunque sirva de vía para la comisión de un delito por parte de otro ("prohibición de regreso")? Dicho de nuevo

[3] Salvando detalles de la formulación, con esta definición mínima coinciden prácticamente todos los partidarios de la imputación objetiva. Al respecto, cf. Jescheck/Weigend: *AT* 5ª, pp. 278, 286 y s.; Jakobs: *AT* 2ª, 7/35 y ss.; Roxin: *AT* 2ª, 11/41 y ss.; Schönke-Schröder-Lenckner, previo al § 13, nºs 91 y ss.; Köhler: *AT*, pp. 143 y ss.

a modo de ejemplo: ¿tiene que responder el que colabora con una persona que se expone a sí misma a peligros excesivos, como llevarla en helicóptero para que se arroje al agua desde gran altura?; ¿tiene que responder el vendedor de una camioneta por el hecho terrorista que el comprador comete con ella, o esto es así sólo en el caso de que le haya sido encargado un acondicionamiento especial del vehículo para asegurar la eficacia del atentado, es decir, abandonando el mero rol de vendedor de mercancías?

Para el delito "consumado" —aun cuando esto tiene para mí menor significación— también tienen relevancia los detalles sobre la realización del riesgo: ¿se realiza el riesgo en casos de la llamada "desviación del curso causal" o cuando a un mismo resultado lesivo se habría llegado en caso de que el autor, en lugar de la conducta indebida, "hubiera realizado la conducta correcta" (la llamada "conducta alternativa conforme a derecho")?

Estos puntos críticos no pueden ser discutidos en sus detalles en una exposición de carácter general, como supuestamente se me pide. Pero, justamente porque la imputación objetiva no constituye una teoría uniforme, al mismo tiempo no es posible una exposición general sobre la imputación objetiva sin tratar detalles.

Para mi exposición escogeré, pues, algunos puntos que servirán también de confirmación de las tesis fundamentales sobre teoría del ilícito, que he desarrollado en diversas investigaciones anteriores:[4] El ilícito penal se circunscribe al disvalor de la acción; la consumación es un producto casual del ilícito, un concepto vicioso, fuente de toda clase de malentendidos. Para demostrar esto, la teoría de la imputación objetiva —en contra de lo que se cree— ofrece un importante arsenal de fundamentos.

[4] Sancinetti: *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, 1991; *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa — A la vez, una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs*, Bogotá, 1995 (*Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch — Zugleich eine Untersuchung der Unrechtslehre von Günther Jakobs*, trad. de Cancio Meliá y otros, Colonia, entre otras, 1996); en versión simplificada, orientadas a la divulgación, mis trabajos: *Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho Penal*, Bogotá, 1996; Buenos Aires, 1997; e *Ilícito personal y participación*, Buenos Aires, 1997.

2. *La derivación a partir de las teorías sobre la causalidad*

La teoría de la imputación objetiva surge primeramente como producto derivado de las discusiones sobre el concepto causal.

Los primeros invitados de esta discusión fueron los cursos causales inadecuados. Si también los cursos normalmente corrientes e inocuos para la generalidad de los hombres estaban abarcados por el tipo, parecía actuar típicamente toda persona que produjera el acontecer lesivo, aun cuando el curso causal fuera imprevisible. Ésta era la consecuencia de la *teoría de la equivalencia*: todas las condiciones son causa y toda acción que causa es típica. Frente a esto, surgió la *teoría de la adecuación*, según la cual sólo era causa aquella acción que desencadenara un curso causal *adecuado*, a partir de un riesgo previsible según el curso ordinario de las cosas. Esta vía procuraba *normativizar* el concepto causal en sí mismo, a tal punto de poder identificar —ya bajo un concepto *ad hoc* de causa— *cuál* era la conducta adecuada al tipo. Dado que de todos modos no se podía negar que un curso causal inadecuado fuera en suma "un curso causal", la teoría de la adecuación devino en la *teoría de la relevancia típica*; ésta procuró tan sólo independizar el ingrediente normativo que la causalidad adecuada incorporaba al concepto causal, manteniendo separados el concepto de *causación*, por un lado, y el *sentido* o *alcance del tipo*, como problema normativo, por el otro.

Ésa es la primera herencia que recoge la teoría de la imputación objetiva.[5] En este primer plano de los "cursos inadecuados", puede ser vista tan sólo como una transfiguración de las teorías de la causalidad. Su mayor capacidad de rendimiento aparece en institutos ulteriores.

[5] Sobre esta evolución hasta mediados de los años '60, con una descripción excelente, cf. Gimbernat Ordeig: *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966, esp. pp. 19 y ss., *passim*. Entre nosotros no hubo ninguna exposición hasta el trabajo de Héctor Mario Magariños: "Teoría de la imputación objetiva", en *Doctrina Penal*, año 12 (1989), pp. 651 y ss., que sirvió de base para el trabajo posterior; véase también Creus, *Teoría de la imputación objetiva*, Universidad Nacional del Litoral, manuscrito, p. 28; cf. por todos Reyes Alvarado: *Imputación objetiva*, esp. pp. 8 y ss.

Los nombres de Larenz[6] y Honig[7] están ligados al inicio de esta posición. Con bases en la teoría de la imputación de Hegel, Larenz intenta desvincular la adecuación, de la causalidad: "En vez de causalidad 'adecuada' [dice Larenz], la ciencia del derecho debería exigir causalidad 'objetivamente imputable'".[8] La pregunta decisiva, según Larenz, es la de "qué es lo que se puede atribuir al sujeto como su acción, de qué se lo puede hacer responsable...".[9] Cuando el resultado no es objetivamente previsible, el acontecer provocado por el comportamiento del causante no debe ser considerado como *su propio hecho* sino como un *acontecimiento casual.*[10] sino como un *acontecimiento casual,*[11] mientras que la cuestión de si el autor concreto "ha previsto el resultado o ha podido preverlo con sus aptitudes individuales" es tan sólo un problema de la imputación subjetiva[12] (en el sentido de "culpabilidad"). Honig emprende un camino similar. Él entiende que la tipicidad "crea el objeto de enjuiciamiento y, con ello, la base de la responsabilidad".[13] "Si la actuación de la voluntad no es típica, no existe absolutamente ninguna acción en el sentido que interesa al Derecho Penal".[14] Tiene la palabra "el punto de vista normativo, no el naturalista".[15] En este contexto, Honig trata un ejemplo que ya era constante en la discusión sobre la causalidad al menos desde 1865.[16] Se trata del llamado "caso de la tormenta", en que alguien manda a otro a un bosque durante una tempestad, con la esperanza de que sea alcanzado por un rayo, lo que efectivamente sucede.[17] El intento de provocar la muerte

[6] Larenz: *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung. Ein Beitrag zur Philosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der "Juristischen Kausalität"*, Leipzig, 1927.

[7] Honig: *Kausalität und objektive Zurechnung*, en: *Festgabe für Reinhard v. Frank*, t. I, Tubinga, 1930, pp. 174 y ss.

[8] Larenz: *Hegels Zurechnungslehre*, p. 84.

[9] Larenz: *Hegels Zurechnungslehre*, p. 51.

[10] Larenz: *Hegels Zurechnungslehre*, p. 61.

[11] Larenz: *Hegels Zurechnungslehre*, p. 61.

[12] Larenz: *Hegels Zurechnungslehre*, p. 95.

[13] Honig: *Frank-Festgabe*, t. I, p. 195.

[14] Honig: *Frank-Festgabe*, t. I, p. 195.

[15] Honig: *Frank-Festgabe*, t. I, p. 195, n. 3.

[16] En una tesis doctoral que prepara actualmente un discípulo del Prof. Struensee, Hendrik Timmer, el doctorando informa —al compulsar los pasajes de autores que tratan este tema entre 1865 y 1900— de al menos catorce citas de los llamados casos "de la tormenta" y "del tío de la herencia", en doce autores.

[17] Honig: *Frank-Festgabe*, t. I, p. 186.

mediante la caída de un rayo, dice Honig, no crea un riesgo mensurable de lesión del bien jurídico, falta aquí la "posibilidad objetiva de perseguir el resultado": "La conducta humana causante del resultado sólo es jurídicamente relevante [dice Honig] si se la puede concebir como dispuesta finalmente con respecto a la producción o evitación del resultado. En consecuencia, sólo con la posibilidad objetiva de perseguir que ha de ser añadida a la causalidad hay base suficiente como para considerar jurídicamente significativa a la conducta humana".[18] Esta *posibilidad objetiva de perseguir el resultado* es, en Honig, la clave para fijar el marco de la imputación objetiva.

3. *¿Ausencia de imputación objetiva vs. ausencia de dolo en los cursos inadecuados?*

Con todo, desde siempre fue un problema, tanto para la teoría de la causalidad adecuada como para la de la imputación objetiva, explicar cómo se formaba la *base de conocimiento* para emitir el juicio acerca del *grado de tendencia* de riesgo de determinado comportamiento. En concreto: ¿Debe incluirse en la base de la apreciación del riesgo los conocimientos particulares del autor, eventualmente superiores a los de la generalidad? Con esta alternativa, todo podía desmoronarse.

Atiéndase a la siguiente curiosidad: Junto a los restos de una pequeña fortaleza ubicada en la parte más alta de un bosque del barrio Zähringen, en la ciudad de Freiburg i. Br., se puede leer un recordatorio que rinde homenaje a un teutón muerto en los años '60 por la abrupta caída de un rayo,* y, aun junto a ese mensaje, otro cartel advierte lo siguiente: "El acenso a la torre ocurre a riesgo propio. En caso de acercarse una tormenta, se debe abandonar la cumbre". Tal curiosidad puede darle a casos de esta índole, llamados en general de "falta de conducibilidad del curso", otra perspectiva.

El que alguien envíe a otro en noche de tormenta a pasear por un bosque con la esperanza de que muera alcanzado por un rayo, *en general* no expone a la víctima a un riesgo mayor que los

[18] Honig: *Frank-Festgabe*, t. I, p. 188.

* El texto dice: "Hans Joachim..., teutón de Friburgo alcanzado por un rayo el 1° de agosto de 1965, en las ruinas de la fortaleza de Zähringen". Agradezco a Enrique García Vitor el haberme trasmitido las citas exactas —ésta y la que sigue—, las que tanto me impresionaron hace algunos años, al conocer el lugar.

que genera la vida cotidiana; pero la misma acción, bajo ciertas condiciones —como en el bosque de Zähringen—, podría constituir un caso de riesgo reprobado. Esto es reconocido también por los partidarios de la imputación objetiva, cuando hacen la salvedad de que el riesgo deja de ser un riesgo general de la vida si *hay razones* para pensar que, en el caso concreto, existe un riesgo especial (reprobado). Ya el propio Honig, en efecto, advertía que el caso de la caída del rayo debía ser resuelto en favor de la imputación, si se hubiera podido observar "que en esa época del año las tormentas pasaban por encima del monte, descargando allí sus rayos".[19] Hasta aquí, la solución puede parecer no problemática, en tanto las razones para reconocer el peligro especial sean reconocibles por la generalidad. Pero también son imaginables casos en que ni la generalidad, ni ningún hombre prudente imaginable, supieran nada de la situación especial, en tanto que sólo el malévolo, por haber vivido, por ejemplo, más de treinta años en las cercanías, conociera la proclividad especial del monte a recibir descargas eléctricas.

Todas las teorías correctivas o restrictivas de la equivalencia de condiciones debieron hacer aquí, nuevamente, una ampliación del tipo, destruyendo, en apariencia, los límites objetivos, levantados con tanto esfuerzo.[20] Si el autor concreto posee conocimientos especiales que hacen razonable la aceptación de un riesgo reprobado, entonces, para él decae el riesgo objetivamente permitido. Ahora, debería resultar al menos curioso que una teoría se pretenda a sí misma como furibundamente *objetiva* al determinar los límites de la tipicidad, cuando lo hace bajo la condición resolutoria *subjetiva* de un conocimiento superior, distinto, del autor individual.

Esta problemática mantiene enfrentados hasta hoy a finalistas y partidarios de la imputación objetiva en un antagonismo que, en parte, se debe a malentendidos.

Comencemos por la configuración originaria del caso, es decir, sin "conocimientos especiales" del autor, evocando a Welzel, para

[19] Honig, *Frank-Festgabe*, t. I, p. 186.

[20] Incluso en Soler se puede apreciar esta dificultad sistemática, cuando informa sobre las diversas teorías de la causalidad y propone su propia formulación de la "acción humana" conforme a tres principios, en los que el tercero reza: "las relaciones conocidas por el imputado, son acción para el imputado" (*Derecho Penal argentino*, t. I, § 24, IV, p. 303 de la 3ª ed., de 1963); cf. lug. cit., § 24, II, p. 299: "... es el conocimiento lo que nos hace autores: el que sabe más, puede más".

quien lo que falta en casos de no "dominabilidad del curso" es el dolo, no el tipo objetivo, porque, según él, "el dolo presupone que el autor se asigne una posibilidad de influir sobre el acontecer real",[21] aquello que "según el propio criterio del autor queda fuera de su posibilidad de influencia, podrá *esperarlo* o *desearlo* como encadenamiento casual con su acción, pero no *querer realizarlo*".[22] Contra esto replica Roxin que, "... ésa no es una fundamentación convincente: pues es indiscutible [dice él] que el autor quiere subjetivamente exactamente aquello que ha producido objetivamente; el planeamiento y el curso real se corresponden".[23] "Si nosotros [completa] "también consideramos incorrecto un castigo, ello reside ante todo en la casualidad objetiva del suceso. Sólo porque juzgamos que una causación de la muerte puramente casual no es ya objetivamente un acto de matar en el sentido jurídico, es que el dolo dirigido a ello no es un dolo de homicidio, sino uno dirigido a algo impune".[24] Ahora bien, en el caso paralelo en que un sujeto induce a otro a viajar en avión, Roxin da la misma solución, a excepción de que el autor reconozca un riesgo especial, porque "este conocimiento especial debe adscribirse también al juzgador inteligente", que "habría juzgado el viaje como muy peligroso". Aquí sí puede haber hasta un homicidio doloso, dice Roxin.[25] Pero así caemos de nuevo en la aparente imposibilidad de salir de un círculo. En los riesgos inadecuados faltaría la imputación objetiva, pero si el autor sabe de la adecuación del riesgo en el caso concreto, la imputación objetiva vuelve a subordinarse al dolo: un círculo, ante el que Roxin se tranquiliza con sólo hablar de "lo subjetivo en la imputación objetiva".[26] Pero "lo subjetivo" tiene que estar en la imputación *subjetiva*.

Esto ha motivado una nueva intervención de Struensee en una discusión ya inagotable, en su contribución al reciente homenaje a Baigún. Struensee critica a Roxin con agudeza, para refirmar la consecuencia de que, en el caso base en que el autor no tiene ningún dato especial acerca de la frecuencia de la caída de rayos en ese lugar, de todos modos se trata siempre de la falta de dolo, y no de la de un tipo objetivo supuestamente enriqueci-

[21] Welzel: *Strafrecht*[11a], p. 66.
[22] Welzel: *Strafrecht*[11a], p. 66.
[23] Roxin: *AT*2[a], 11/32.
[24] Roxin: *AT*2[a], 11/32.
[25] Roxin: *AT*2[a], 11/32.
[26] Roxin: en "Chengchi Law Review", vol. 50 (1994), p. 232, cit. por Struensee (*Homenaje a Baigún*, cit., p. 252).

do. Él concede que la argumentación de Welzel, Armin Kaufmann y Hirsch, en esta misma dirección, no es suficientemente clara. El dolo falta, según la fundamentación de Struensee, porque un vago e insustanciado pronóstico —insustanciado en el sentido de "incompleto"—[27] no es suficiente para el dolo: "... el dolo sólo está presente [dice Struensee] en un pronóstico sobre el curso causal suficientemente sustanciado por el conocimiento de circunstancias que justifican la aceptación de causalidad: si él falta, el autor actúa en desconocimiento de circunstancias semejantes: se encuentra en un error de tipo".[28]

Con esto, sin embargo, Struensee parece trazar un círculo de dirección opuesta. Porque, si el dolo no es más que la representación del tipo objetivo, y, sin embargo, debe cumplir con el requisito de la "completividad", ¿en qué lugar está la "completividad" a la que debe referirse el dolo, si no es en el tipo objetivo? Cierto es que se podría contestar sencillamente: la relación causal como tal *siempre* "está completa", y, por ende, para el requisito de la "completividad" del tipo objetivo no hace falta una teoría de la imputación objetiva, sino que basta con el concepto causal.

Pero esto no puede ser verdad sin más ni más. Porque si un autor se representa, por razones puramente casuales —como el haberlo soñado en su descanso—, que un rayo caerá justamente sobre la parte más alta de un monte, con inclinación N.O.-S.E., a las 20 hs. del sábado de gloria por causa de un huracán desconocido, y en razón *de ello* manda a su enemigo al lugar indicado, el autor tendría una representación "en sí completa" del curso causal. Si aun así esto *no* es una representación típica, es decir, si de todos modos este "ánimo" no cumple el tipo subjetivo, tendrá que ser porque el sentido del tipo objetivo —correctamente interpretado—, exigirá "buenas razones" para que la suposición de que *caerá un rayo en tal parte* constituya realmente el tipo subjetivo. Estas "buenas razones" (la completividad) se hallan en

[27] Tal como explica el traductor del trabajo de Struensee (Guariglia, lug. cit., p. 264, n. del t.), el adjetivo "sustanciado" se utiliza allí en el sentido del requisito procesal del Derecho alemán de que un escrito de demanda debe ser suficientemente "completo" ("sustanciado"), respecto de los hechos en que se funda.

[28] Struensee: *Homenaje a Baigún*, cit., p. 264. Y agrega: "Podrá parecer extraño que aquel que pretende un resultado (típico) y también lo alcanza por el camino representado, deba actuar con un error de tipo. Pero esta rareza resulta sólo de que se pierde de vista la necesidad de una suficiente concretización o sustanciación del dolo en relación con el camino hacia el resultado"

el tipo objetivo, y son objeto de la *"teoría" de la imputación objetiva*, es decir, que ella proporciona los criterios para establecer si una determinada representación del autor ya es suficiente para el tipo subjetivo, o sea, si el autor ya se ha representado un "tipo objetivo". Para el caso-base de la tormenta —*sin* conocimientos especiales— la teoría de la imputación objetiva dice que no con formulaciones diversas, como la falta de dominabilidad racional del curso, el riesgo general de la vida, la imposibilidad de planificar la evitación de riesgos de esta clase, etcétera.

Con esta explicación, sin embargo, queda oculto que el tipo objetivo cumple en verdad *dos* funciones totalmente distintas que normalmente son confundidas.[29]

Una función del tipo objetivo es la de ser el marco de referencia del conocimiento del autor para que se pueda afirmar que obró con dolo (congruencia). Para ello hace falta un tipo objetivo fundamentado en "buenas razones" (una dimensión *ex ante*); si falta este fundamento, la representación no será "racional", faltará el dolo y también el tipo objetivo *en su función de servir de juicio de valoración del objeto (subjetivo)*: "representación del autor". Sólo en *este* sentido el tipo objetivo es previo al tipo subjetivo, porque *lo define*.

La otra función del tipo objetivo es la de establecer si en el "mundo exterior" se dan luego las condiciones para tener al hecho como "objetivamente" consumado (la dimensión *ex post*). En los delitos dolosos, esta función carece de sentido si previamente no hay dolo (tentativa), porque únicamente lo tiene para aumentar la pena de la tentativa hasta la medida de la consumación, *si ya se sabe que hubo dolo (típico)*. Este aumento de pena *ex post facto* es, a mi juicio, arbitrario, a pesar de lo extendido del punto de vista opuesto. Pero, para quien acepte esta función *viciosa*, no hay duda de que el tipo objetivo, como tal, estará completamente *dado* si la víctima muere fulminada por un rayo, porque —objetivamente— todo rayo que realmente caiga caerá por "buenas razones". En *este* segundo sentido, *no* falta la "imputación objetiva" en los cursos causales inadecuados; y, además, si concurre también el dolo, estará presente no *antes* que él, sino justamente *después*; porque *primero* habrá "buenas razones" y *después* caerá el rayo, o no. La expresión corriente de "*ya* falta el

[29] He tratado ya estas dos diversas funciones del tipo objetivo en Sancinetti: *Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho Penal*, pp. 115 y ss. (ed. Bogotá) 122 y ss. (ed. Buenos Aires).

tipo objetivo" es, pues, completamente equívoca, porque sugiere que *si no se da el curso exterior* no puede haber imputación por dolo. Y, como se sabe, si *puede* haberla.

Aun hoy sigue habiendo toda clase de malentendidos sobre los casos de falta de "dominabilidad". Hirsch[30] acaba de rectificar en Buenos Aires su idea, coincidente con la de Welzel, de que sólo falta el dolo. Ha concedido que esta opinión "ya indica, más bien, que existen déficit en el tipo objetivo, que se reflejan luego en lo subjetivo, en el hecho de que allí solamente es posible un desear".[31] "Por ello [dice] ... "la crítica de la teoría de la imputación objetiva a la concepción tradicional parece justificada".[32] Por el contrario, en el reciente manual de Köhler se puede leer, para el caso paralelo del hemofílico que muere por una lesión leve, que el curso que sería atípico para quien desconociera la enfermedad de la víctima, es típico para quien lo conoce.[33] Hasta aquí es igual a Roxin, pero agrega Köhler que cuando: "Si el autor no sabe nada de eso [sc., de la enfermedad especial de la víctima], decae por ello el dolo, no ya el tipo objetivo".[34]

¿Cómo se aclara todo esto? Se aclara así:

a) La imputación objetiva debe dar el marco para el tipo subjetivo.

b) Si el autor quiere alcanzar el resultado sólo mediante una representación que no excede el riesgo permitido, no creará un riesgo reprobado (primera función, previa y constitutiva, del tipo objetivo).

c) Desde el punto de vista puramente *exterior*, si se realiza el tipo objetivo cuando el rayo cae y mata a la víctima, porque, *ob*jetivamente, tiene que haber habido buenas razones (de la Física) para que cayera el rayo, sólo que si el autor las desconocía, falta el dolo (en la segunda función, la imputación objetiva está presente, sin estar acompañada por el dolo).

d) Si, al contrario, el autor tenía buenas razones para confiar en la caída del rayo justo en ese lugar y, sin embargo, el

[30] Hirsch: *Zur Lehre von der objetiven Zurechnung* (manuscrito, p. 4), conferencia pronunciada en las Jornadas de Derecho Penal organizadas por la Universidad de Belgrano, mayo de 1997.

[31] Hirsch: ibídem.

[32] Hirsch: ibídem.

[33] Köhler: *AT*, pp. 144.

[34] Köhler: ibídem.

rayo no cayó, *habrá tentativa*: no faltará la imputación objetiva en su primera función (constitutiva), sino sólo en la segunda, ciertamente irrelevante.

Por tanto, ambos bandos de la discusión tienen la mitad de la razón: hay un problema de dolo, pero los criterios para su determinación están aportados por la teoría de la imputación objetiva. Se trata de la formulación concreta (completa) de la norma comprometida.[35]

4. *Inexistencia de un tipo objetivo común al dolo y a la imprudencia (delimitación entre dolo e imprudencia)*

Si he comenzado —y casi concluido también— por el caso de la tormenta, no es por su importancia teórica —dado que existen problemas de "imputación objetiva" mucho más interesantes—, sino que él, al igual que los demás casos de "falta de dominabilidad del curso", como también los de "desvío del curso causal", pone en el primer plano la pregunta acerca de si el tipo objetivo es el *mismo* para el hecho doloso que para el imprudente.

Vuelvo ahora al caso del rayo y reviso con más detalle mis conclusiones. De cualquier modo parece exagerado que ya sea razón suficiente para el dolo el saber que junto a la fortaleza de Zähringen hay un cartel que aconseja alejarse del lugar en caso de tormenta. Porque, para preguntarlo con la formulación debida a Honig, ¿sería suficiente "posibilidad objetiva de perseguir" un resultado de muerte el manejar un curso causal con tan pocos datos objetivos, como la advertencia del cartel? ¿No serían necesarios "puntos de contacto" más intensos o especiales que la proclividad más o menos general del lugar a recibir descargas eléctricas. En concreto: ¿ya sería tentativa de homicidio enviar a una persona a pasear por el bosque de Zähringen cuando se acerca una tormenta? Creo que esta consecuencia sería desmedida. Por malas que sean las intenciones del autor, no puede haber dolo si el riesgo objetivo que él asume con "buenas razones" —por eso, riesgo *reprobado*— es así de difuso y, todavía, por

[35] Básicamente como aquí, con más detalle, Sancinetti: *Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho Penal*, pp. 98 y ss. (ed. Bogotá) 104 y ss. (ed. Buenos Aires): "La necesidad de concretar la formulación de la norma", esp. p. 101 (p. 108): "Todos los problemas que participan de esta estructura tienen un defecto de imputación 'objetiva' sólo respecto de la norma insuficientemente formulada".

ende, "abstracto". Como plan para exterminar a otro sería poco prometedor, si uno no domina *otros puntos de contacto*. Ello sugiere que la llamada "posibilidad objetiva de perseguir" podría ser la clave para identificar la imputación objetiva de un plan riesgoso *propia del delito doloso*.

Allí donde el lenguaje natural ya no permita describir el suceso con la frase de Honig, a lo sumo cabrá la posibilidad de imputar imprudencia. ¿Cómo es esto de una imputación objetiva válida sólo para responder por imprudencia? Es que, como plan para evitar peligros para la vida, ciertamente sería un comportamiento *razonable* el abandonar un lugar propicio a descargas eléctricas en noches de tormenta, porque, pasear por allí, si hay una indicación de cierto riesgo especial, supera el riesgo general de la vida. Esta razonabilidad en la orientación para eludir riesgos, la posibilidad de "dominar" no la causación (positivamente), pero sí (negativamente) "la evitación de riesgos conforme a un plan" —frase de Jakobs, justamente, para identificar los riesgos relevantes—,[36] podría ser el *test* para admitir la imputación objetiva de un riesgo, que, sin embargo, no llegue a ser suficiente para la imputación por dolo.

Con esto se quiere decir que la distinción entre dolo e imprudencia ocurre "ya" en el tipo objetivo, no depende de un dato especial del tipo subjetivo. Subjetivamente sólo hace falta la *representación del riesgo*, pero del riesgo *característico del tipo*. En el caso del tipo doloso, hace falta que el suceso pueda ser descripto objetivamente como molde apto para perseguir el resultado, aunque de hecho el autor sólo asuma el riesgo de mala gana, es decir, *sin intención*. Mientras que si el molde objetivo del riesgo no es tan concreto como para esa descripción, pero todavía es suficiente para considerar objetivamente razonable "planificar la evitación de ese riesgo", entonces, ese riesgo, en tanto el autor haya conocido el síndrome que lo configuraba, será suficiente para la imprudencia; *pero sólo para la imprudencia*. El riesgo será insuficiente para el dolo, aunque el autor actúe "a proposito".

De este modo, dejo sentada otra tesis. *Existe* un concepto unitario de ilícito propio de la teoría de la imputación objetiva, tal como lo sostienen sus defensores: todo ilícito es siempre *la creación de un riesgo reprobado*. Pero no es verdad que los riesgos imputables sean objetivamente iguales en el delito doloso y en el imprudente.

[36] Jakobs: *AT2ª*, por ejemplo, en 7/79, 7/88, entre otras pasajes.

Cierto es que Jakobs rechaza expresamente la posibilidad de esta distinción en el tipo objetivo.[37] Pero a esta distinción debería llegar él una vez que, en consonancia con la tendencia de otros autores modernos, como Frisch y Puppe, ha rechazado[38] un componente volitivo del dolo que deba sumarse al elemento intelectual.[39] Pues, si para el dolo basta con conocer el riesgo típico, ¿cómo podría haber imprudencia consciente, si no con relación a un riesgo *distinto*?[40] Jakobs hace esfuerzos por explicar la imprudencia, de todos modos, puramente como un caso de error.[41] Pero este intento tiene que fracasar, porque el autor puede conocer todas las condiciones que convierten a la conducta en *reprobadamente riesgosa*, y seguir actuando *sin dolo*. Para quien no lo crea, doy nuevamente la palabra a Jakobs: "Quien en el tránsito vial —*en conocimiento actual del riesgo de resultado*— sobrepasa moderadamente la velocidad máxima o la distancia de seguridad, etc., *a pesar de su conocimiento*, sólo tiene dolo de un tipo de peligro abstracto".[42] Pero, si puede haber conocimiento actual del riesgo sin que haya dolo de lesión, sino de peligro —*ergo*: o bien imprudencia, si se produce el resultado, o bien delito doloso de peligro abstracto, si lo hay en la ley—, es porque el riesgo reprobado del dolo *de lesión* es un riesgo *calificado* con relación al de la imprudencia, mientras que ésta abarca un primer escalón de riesgo reprobado, más todo el ámbito de riesgo propio del dolo, en los casos en que el autor sufre un error sobre la "entidad del riesgo".

[37] Jakobs: *AT*2ª, 8/29a, en contra de Herzberg, quien distingue dolo de imprudencia consciente según el *objeto* del conocimiento, es decir, la *clase* de peligro. En nota (8/n. 67a), acota Jakobs: "no hay distinción alguna en el tipo objetivo ..., sino en la *representación* del tipo objetivo".

[38] Jakobs: *AT*2ª, 8/18 y ss., esp. 8/23.

[39] Köhler, en cambio (*AT*, pp. 163 y ss.), mantiene la idea tradicional de exigir un componente *volitivo* del dolo, distinto del *intelectual*. En el sentido de una delimitación del dolo en función del elemento intelectual, presentando la distinción con la imprudencia como problema de imputación objetiva, básicamente como aquí, Sancinetti, *Teoría del delito y disvalor de acción*, pp. 145 y ss. esp. 197 y ss.

[40] Ni las explicaciones del *Lehrbuch* de Jakobs, de puntos 9/3 y s. (sobre imprudencia consciente e inconsciente), ni las del punto 8/31 (sobre la habitualidad al riesgo) aclaran la cuestión. Si se puede aceptar lo siguiente: "... *no* se puede conformar una *imprudencia consciente (luxuria)* con un aspecto intelectual que sea idéntico al aspecto intelectual del dolo" (*AT*2ª, 9/3). Si bien esto es correcto, justamente lo es porque el objeto al que se refiere el elemento intelectual respectivo es distinto en cada caso.

[41] Jakobs: *AT*2ª, 9/1: "Imprudencia es uno de los casos en que representación y realidad no se corresponden, por tanto, un caso de error...".

[42] Jakobs: *AT*2ª, 8/32 (los subrayados son míos).

Repárese, si no, en el caso —tan citado en los textos—, de la víctima que, después de haber sido herida por el autor, muere en un accidente durante el traslado al hospital en la marcha apresurada de una ambulancia. Este desvío del curso causal quiebra la relación de imputación objetiva, ciertamente, sólo con relación al riesgo de muerte "por disparo", porque, respecto del riesgo "necesidad de conducción endiablada", sí hay imputación. Justamente dice Jakobs: "Las consecuencias de un viaje de salvamento temerario *justificado* o *disculpado* por estado de necesidad deben ser imputadas a aquel que ha hecho necesario el salvamento".[43] ¡Muy bien!, digo yo: son imputables, pero, ¿a título de dolo? Esto sería imposible, aun cuando el autor deseara el curso aventurado de una muerte posterior "por accidente automovilístico", porque —de nuevo— la concreción de ese riesgo ulterior no es "dominable" para el autor, no puede "ser perseguida objetivamente". Las consecuencias son imputables, pues, sólo por imprudencia.

Pero, entonces: no hay un riesgo *uniformemente reprobado* para el dolo y para la imprudencia. La distinción entre dolo e imprudencia depende precisamente de una pregunta propia de la imputación objetiva, no del tipo subjetivo, algo que Jakobs rechaza expresamente, pero a costa de una inconsecuencia.

5. *Imputación objetiva y fundamentación subjetiva del ilícito: La medida del riesgo como medida del ilícito*

Con estas reflexiones he debido dejar de lado las discusiones hoy más relevantes en materia de imputación objetiva: principio de confianza, responsabilidad de la víctima, prohibición de regreso, tópicos todos que convergen en la necesidad de una posición de garante también en los delitos de comisión, es decir, no basta con la causación, ni siquiera mediante un riesgo adecuado, si la administración de ese riesgo no es asunto del autor. Aquí no queda tiempo para estos puntos.

Pero acaso haya margen para ocuparme del llamado "principio de la reducción del riesgo", el cual, desde tempranos traba-

[43] Jakobs: *AT*2ª, 7/n.131g, donde prosigue: "En tales casos, el autor, mediante *una* conducta, crea *varios* riesgos (además de la lesión, adicionalmente el de un viaje de salvamento...)".

jos de Roxin,[44] fue erigido por él como un correctivo *más* de la imputación objetiva.

Este principio conduce a *admitir* la relevancia de los cursos causales hipotéticos, pues el curso que realmente *causa* es considerado atípico al compararlo con otro curso en marcha que, *ex ante*, era superior (o igual) al otro curso.[45] Gran parte de la argumentación de la obra de Samson,[46] sobre los cursos causales hipotéticos, fue desarrollada sobre la base de ejemplos y argumentos aislados de Roxin, relativos a la reducción del riesgo.

Jakobs, por ejemplo, parece *terminante* en negarles todo efecto: *la cuestión de qué habría sucedido si... sería totalmente irrelevante.*[47] Pero esto no es verdad. No lo es, en primer lugar, porque, según Jakobs, de todos modos los cursos hipotéticos deben ser computados en el ámbito de la medición de la pena, y, por cierto, llegando a analogar a la conducta causante de un resultado que de todos modos se habría producido sin ella, con un delito de *peligro abstracto* —o sea: como si *no hubiera creado un riesgo de*

[44] Roxin, "Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht", en *Festschrift für Honig*, Gotinga, 1970, pp. 133 y ss., esp. 136; del mismo autor, recientemente, en *AT*2ª, 11/43 y ss., con otras referencias.

[45] El principio de la "disminución o reducción de un (mismo) riesgo" se complementa con una distinción del caso de la "sustitución de un riesgo por otro menor". Mientras que el primero da lugar a una causa de atipicidad, el segundo puede implicar, en su caso, justificación (Roxin: *AT*2ª, 11/43 y s.). "Naturalmente [dice Roxin], en el caso concreto puede ser difícil delimitar entre atenuación de un mismo peligro y su sustitución por otro" (*AT*2ª, 11/43). Dejando por el momento de lado la cuestión relativa a cuándo es *disminuido un mismo riesgo* y cuándo es *sustituido por otro*, lo cierto es que el principio en sí no parece tener autonomía —tal como ha señalado Daniel Morin en nuestro seminario—, pues la acción tampoco es típica, para Roxin, cuando el curso real *no empeora* la situación respecto del curso hipotético desplazado: "...se excluye una imputación [dice también Roxin] cuando el autor únicamente modifica una causalidad natural, sin empeorar la situación de la víctima en su totalidad" (*AT*2ª, 11/51). Por consiguiente, lo relevante no es *reducir* el riesgo existente, sino *no aumentarlo*, tal como surge de otro criterio más general de exclusión de la imputación objetiva de Roxin, la llamada "falta de creación de un peligro" (*AT*2ª, 11/45): "Se debe rechazar, además, una imputación al tipo objetivo, allí donde el autor, si bien no atenúa el riesgo de una lesión del bien jurídico, tampoco lo ha aumentado de manera jurídicamente considerable" (ibídem). Cierto es que Roxin trata aquí más bien el caso de los riesgos ubicuos o corrientes de la vida; pero el principio es tan general que puede absorber los dos restantes: quien no empeora la situación no realiza un hecho objetivamente imputable. El criterio algo más vago de Jakobs (*AT*2ª, 7/14 y ss.) de la falta de imputación objetiva en casos de mera variación de condiciones dentro de un riesgo ya existente o de creación de condiciones acompañantes (concomitantes) contiene tanto el caso de reducción, como el de no empeoramiento. En el texto se argumenta de manera indiferenciada, dejando de lado todo problema de *delimitación*.

[46] Samson: *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht*, Francfort del Main, 1972.

[47] Jakobs: *AT*2ª, 7/75, 7/90, y *passim*.

resultado—.[48] En segundo lugar, porque, ya en la propia definición de "imputación objetiva", Jakobs admite que *no* son imputables las meras variaciones dentro de un riesgo ya existente,[49] para lo cual hace falta una pregunta por desenlaces hipotéticos. Aquel que, cuando la víctima va a comer la carne envenenada —ejem-plifica Jakobs—, la convence de comenzar mejor por la guarnición, también envenenada, no crea un riesgo reprobado: sólo pone una condición acompañante —dice Jakobs—, modifica, de modo irrelevante, las circunstancias de un riesgo ya existente.[50]

Esta causal de atipicidad halla límites tan borrosos en Jakobs como en Roxin, pero, en todo caso, *existe como tal*, y su capacidad de rendimiento es mucho mayor de lo que parece a primera vista.

Piénsese en esta variación de un ejemplo de Samson.[51] "A" arma una bomba de relojería que explotará a las 12 hs. Luego aparece "B" y, en el mismo reloj, instala otra bomba que explotará a las 12:10. Por alguna razón, el segundo mecanismo hace un falso contacto sobre el primer percutor, anulándolo, manteniéndose él mismo eficaz. Por ello no explota la primera bomba, sino la segunda: la víctima muere, pues, a las 12:10. Aquí, realmente, "B" ha mejorado la situación del bien jurídico; de no ser justamente *por su* acción, la víctima habría muerto *antes*. Si, al momento de actuar, "B" *no sabe nada* de la acción de "A", comete tentativa —pues, aunque por pura casualidad, *falta* la consumación, debido a que "B" beneficia a la víctima—; pero, si "B" *conoce* la situación previa, no crea ya un riesgo reprobado.

Lo que puede parecer insatisfactorio es que ni "A" ni "B" sean penados por "consumación": "B", si responde, lo hará a lo sumo por tentativa, mientras que el riesgo creado por "A", en cualquier caso, no se ha realizado. Pero la insatisfacción proviene del vicio de atribuirle a la consumación un efecto incriminante propio ("extra"). Este efecto sobra: el ilícito alcanza su punto culminante con el acabamiento de la tentativa, se produzca el resultado o no.*

[48] Jakobs: *AT*2ª, 7/75, 7/92 y ss.
[49] Jakobs: *AT*2ª, 7/14 y ss.
[50] Jakobs: *AT*2ª, 7/16.
[51] Samson: *Hypothetische Kausalverläufe*, pp. 165 y s.

* Creo que fue en este punto —y, si no fue así, en todo caso ya no importa precisar el lugar exacto— donde mi exposición fue interrumpida por los organizadores, quedando trunca. Fue la corroboración de mis palabras iniciales: mucho oropel, poca ciencia —así, la descripción de nuestra facultad, que hacía mi maestro—. Quienquiera conocer la continuación del hilo del discurso, podrá consultar la publicación completa en Cancio Meliá, Ferrante, Sancinetti: *Ensayos sobre imputación objetiva*, Ad-Hoc, 1998.

VI. IMPUTACIÓN OBJETIVA Y EL CONCEPTO DE ACCIÓN

POR NELSON R. PESSOA

1. *Objetivo del trabajo*

a) La categoría de "imputación objetiva" es una de las herramientas teóricas de la ciencia penal de nuestros días, que, posiblemente, provoca mayor reflexión y discusión,más allá que la misma sea o no aceptada.

Es amplio el conjunto de temas o puntos que comprende el mismo. Así, la ideas "creación de riesgo penalmente típico o jurídicamente desaprobado", (lo que, a su vez, determina el difícil problema de la determinación del criterio en base al cual se define la relevancia o no del peligro); la realización del resultado del peligro desaprobado (con toda la problemática que ello a su vez trae, como ser, las cuestiones del "comportamiento alternativo conforme a derecho", el criterio de "evitabilidad", la teoría del "incremento del riesgo"; el "fin de la norma" y todo el enorme campo de los "cursos causales anormales", "desvíos de cursos causales", "adelanto de causalidad","causalidad de reemplazo", etcétera).

Es muy amplia la producción científica en esta materia.

b) No creo que sea útil hacer una larga enumeración de todas estas cuestiones, pues las mismas son conocidas por quien está habituado a frecuentar los problemas de nuestra materia.

Pienso que es de mayor utilidad tratar temas o cuestiones específicas vinculadas a esta categoría del Derecho Penal.

Concretamente, quiero ocuparme de la relación entre los conceptos de imputación objetiva y acción.

Para ser lo menos ambiguo posible, sugiero como tema de reflexión el siguiente: analizar la incidencia que la categoría "imputación objetiva" tiene en la delimitación del concepto de acción.

2. *Algunas precisiones conceptuales*

No es posible aquí desarrollar —ni tiene importancia alguna— mis puntos de vistas sobre las distintas cuestiones que plantea el tema de imputación objetiva.

No obstante ello, y simplemente a fin de otorgar la mayor precisión posible a las ideas que quiero exponer y someter a la consideración de ustedes, habré de presentar a manera de presupuestos, algunos pensamientos vinculados a la noción de "imputación objetiva".

A) La teoría de la imputación objetiva tiene como misión resolver desde el punto de vista normativo la atribución de un resultado penalmente relevante a una conducta a los fines de la responsabilidad penal.

B) En función de esa idea, estimo que es una herramienta útil tanto en en materia de tipos activos de resultado, dolosos o culposos (campo para el que originariamente fue creada), como en delitos omisivos, especialmente en los tipos omisivos impropios (este punto de vista amplio, tema discutible, es sostenido, por ejemplo, en la doctrina española por Mir Puig).

En materia de tipos omisivos impropios, el difícil problema (especialmente por razones de carácter constitucional, en Derechos, como el argentino, que no poseen reglas de equiparación a los fines de la tipicidad penal) de la equiparación desde el punto de vista jurídico-penal del "no hacer" con el "hacer" en función de un tipo activo, es sin duda un problema de imputación objetiva. En otras palabras, el "poner a cargo" de una persona un resultado por no haberlo impedido (como si lo hubiera causado), es un problema de atribución normativa. En mi opinión, la investigación de la fuentes de la "posición de garantía" es una cuestión de imputación objetiva.

C) Por lo expuesto en los puntos precedentes, entiendo que la noción de "imputación objetiva" en términos de teoría del delito, tiene su ubicación correcta en el *tipo objetivo* (digo esto, porque, a veces, se usa en doctrina penal un concepto amplio o superior de imputación objetiva, así por ejemplo, Jakobs, que comprende para este autor problemas de consentimiento, acuerdo, riesgo permitido, etc., véase Maurach, D.P.P.G.,I, 318 y ss.).

D) La categoría de imputación objetiva cumple una función *limitadora* del tipo (objetivo) penal. Permite precisar los alcances de la prohibición penal.

El tipo penal, inevitablemente se expresa mediante un lenguaje dotado de generalidad (lo que inevitablemente le otorga mayor o menor ambigüedad semántica en la tarea de denotar el comportamiento prohibido). Así, el lenguaje de la ley es "el que matare a otro", "el que se apodedare ilegítimamente de una cosa mueble", o "el que por imprudencia, negligencia, etc., causare a la muerte a otro", etcétera.

El problema del Derecho Penal es saber si tal o cual comportamiento es típico de esa regla prohibitiva, así, y en función del tipo de homicidio es interesante recordar el ejemplo del "avión", o el intento de muerte mediante comportamiento supersticioso (¿es tentativa de homicidio intentar matar mediante un acto de brujería?), o si es típico de homicidio el acto de comunicar a un padre cardíaco la falsa noticia de la muerte de sus hijos con la intención de matarlo; o recordemos los conocidos casos "modelos" de la jurisprudencia alemana que tanto trabajo y discusión ha dado a la doctrina, así, el de "los pelos de cabra", el del "ciclista", el "de la cocaína", el "del farmacéutico", ellos en función del homicidio culposo.

La teoría de la imputación objetiva pretende darnos criterios para precisar el alcance de la prohibición penal (léase tipo objetivo) y de esa forma decidir si tal o cual comportamiento (como el de los ejemplos y muchos más) son o no penalmente típicos.

En síntesis, en mi opinión y para usar una feliz expresión de Stratenwerth, la imputación objetiva es un "corrector" de tipicidad penal, o para ser más exacto, del tipo objetivo. En este sentido, pienso que la imputación objetiva es un pauta teórica que está llamada a cumplir la misma función que otros criterios, como ser, por ejemplo, la regla de insignificancia, la teoría de la adecuación social (entiendo, que de aceptarse la misma, su lugar adecuado es el tipo objetivo —causal de atipicidad— y no como causa de justificación como alguna vez pensó Welzel), el criterio del "ámbito de protección de la norma", etcétera.

E) El primer gran tema de investigación en materia de imputación objetiva debe ser la determinación del criterio en virtud del cual se establece cuándo el comportamiento humano crea un peligro jurídicamente relevante o desaprobado. El otro gran tema es, como sabemos, que el resultado sea la realización del peligro o riesgo desaprobado. Éste es, creo, el contenido de esta categoría, aclarando obviamente que ello es tema de discusión; algunos, como Frisch, Burgstaller, reducen el contenido a la realiza-

ción del peligro (se trata del denominado "nexo de riesgo"), otros como Roxin, amplían incluyendo en el "fin deprotección de la norma".

La cuestión de la determinación del carácter disvalioso del riesgo o peligro es de fundamental importancia, entre otras cosas, precisamente en materia de definición del concepto de acción.

3. *El concepto final de acción y el concepto jurídico social de acción*

a) No tiene sentido repetir el pensamiento de Welzel en materia de acción. Simplemente recordemos que para el ex profesor de Bonn lo que define un acto humano como "homicida", "furtivo", o el que fuera, es la finalidad. El acto humano tiene una estructura óntica —tengamos presente las *sachlogischen Strukturen*— donde la finalidad cumple el rol de definir la conducta; hay acción "homicida" porque el autor tuvo esa finalidad.

En lo que nos interesa cabe decir que, en el pensamiento de Welzel, lo que podemos llamar la "definición" (entendido ello como individualización) de la acción (por ejemplo, decir esta acción es "homicida", o "furtiva", etc.), es producto o consecuencia de esa "estructura lógico objetiva o real" que tiene la conducta humana, donde la finalidad cumple el papel central. Por ello, la finalidad se convierte en el dato central en la construcción del injusto (y su grado de libertad es decisivo a la hora de construir el concepto de culpabilidad).

A modo de síntesis, en el pensamiento de Welzel la finalidad al definir la acción se convierte en el dato central de imputación como base para explicar en términos de teoría delito la responsabilidad penal.

En otras palabras, en el proceso de "imputación objetiva" a la hora de construir la *responsabilidad penal*, el Derecho Penal no "crea" (léase, "no define") el concepto de acción, sino que simplemente decide la relevancia o no de tal o cual comportamiento en el momento de creación del tipo penal. Así, en el esquema de Welzel, a los fines del concepto jurídico penal de delito, existen acciones finales de "matar", "lesionar", etc., en el plano de lo "óntico" o pretípico, con independencia del tipo penal; éste sólo prohíbe tal o cual conducta pero no la "crea".

Ocupémosnos ahora del concepto "jurídico social de acción".

No es posible tratar aquí todas las variantes del concepto "social de acción".

Personalmente me interesa ocuparme —reconozco que tal vez sea ello una selección arbitraria e injusta; no puedo dejar de tener presente, por ejemplo, interesantes ideas de Jescheck en la búsqueda de un concepto social de acción— del pensamiento del Prof. Roxin en su extraordinario y agudo esfuerzo por definir lo que denomina "teoría jurídicosocial de la acción" (véase por ejemplo, en *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, —hay versión española de D.-M. Luzón Peña— el capítulo dedicado a la Imputación Objetiva en el Derecho Penal).

Entiendo que las ideas de Roxin son las que contienen las críticas más vigorosas que se hayan hecho al pensamiento de Welzel en materia de acción; por razones de tiempo, no puedo hacer un análisis detallado del punto. Me ocuparé de lo que considero imprescindible en función de esta exposición. Confieso ante ustedes que fui un partidario convencido del concepto final de la acción como base de la teoría del delito; adhiero a muchos postulados del finalismo. Hoy admito que las ideas de Roxin me traen dudas en un campo que considero fundamental por las consecuencias que ello trae en la teoría del delito.

Desde mi modesto punto de vista, Roxin realiza la crítica más vigorosa al concepto final de acción —con todas las consecuencias conceptuales que ello trae— desde la teoría de la imputación objetiva.

Intentaré presentar y desarrollar el problema.

Tomo como material de trabajo la discusión del Welzel y Roxin en torno al caso del "avión" (cae el avión y muere la persona a quien hice viajar con la finalidad de matarla).

Como es sabido, para Welzel no hay responsabilidad penal porque no hay dolo, pues no hay manejo de la causalidad. En realidad, en este esquema de razonamiento corresponde afirmar que, al no haber manejo de la causalidad, más allá del deseo, no hay acción final homicida; recordemos que la acción humana no solamente es la elección de la finalidad y de los medios que a ella conducen, sino que es efectiva concreción en el mundo del manejo de la causalidad antes seleccionada. En esta misma línea de razonamiento podemos ubicar a Hirsch, quien afirma que no hay dolo cuando se está en el campo del "habitual riesgo general de la vida social" (que serían los casos como del avión); sin olvidar las objeciones de Armin Kaufmann - *Objetive Zurechnung beim*

Vorsatzdelikt?"— a la aplicación de la categoría "imputación objetiva" (desarrollada en materia del delito imprudente) a los delitos dolosos.

Roxin por su parte sostiene, y creo que con razón, que no se puede negar que hay un (si se quiere, mínimo) manejo de la causalidad en el caso del ejemplo —compro el pasaje, llevo a la persona al aeropuerto, la hago subir al avión,etc.— (y este manejo de la causalidad se observa mejor en el ejemplo de la persona que hace operar a alguien con la intención que muera el enfermo en una intervención quirúrgica de alto riesgo llevada a cabo conforme a las reglas técnicas en la que muere el paciente, o el caso de quien decide darle la falsa noticia de la muerte del hijo a un padre con delicados problemas del corazón).

Ahora, en opinión de Roxin la decisión de la existencia o no en cada uno de estos casos en torno a la existencia de acción final "homicida" no depende de la finalidad del autor, sino de la decisión valorativa del orden jurídico de consagrar que este o aquel proceso causal usado por el autor crea un riesgo jurídicamente desvalorado.

En otras palabras, hay acción final "homicida" porque el proceso causal elegido por el autor para la obtención de la finalidad está jurídicamente desaprobado; y, habrá casos en los que, a pesar de existir tal finalidad —en cuanto dato real— por parte del autor, en razón que el proceso causal elegido por el autor no está jurídicamente desaprobado por el Derecho no hay acción final homicida.

Con razón dice Roxin, tomando el ejemplo de quien informa falsamente al padre de la muerte del hijo con intención de matarlo por medio de un infarto, que este caso —como cualquier otro— puede ser "definido" por el Derecho como acto final "homicida" o no.

b) Sin duda alguna, así las cosas, es evidente que le asiste razón a Roxin cuando piensa que el Derecho mediante un sistema de decisiones político-criminales va definiendo qué acciones —por vía del criterio de desaprobación normativa de procesos causales usados por el hombre— son, por ejemplo, "homicidas", más allá del dato "óntico" de la finalidad.

En otras palabras, y esto es lo importante poner en claro, el criterio de imputación no es la finalidad, sino que son pautas normativas escogidas en virtud de decisiones político-criminales.

Para precisar aún más, la definición de la acción, en términos de teoría del delito, como presupuesto de la construcción del concepto jurídico penal de delito a los fines de la responsabilidad penal, lo que incluye especialmente atribución de cierto resultado a cierta conducta, es producto de pautas normativas y no de la finalidad.

A modo de resumen, se puede decir que el concepto "juridicosocial de acción" de Roxin es el producto de una manera kantiana de pensar la realidad: la realidad adquiere significación a partir de la introducción en ella de las categorías producto de la razón: en este caso, el tipo penal precisado por la teoría de la imputación objetiva otorga significación al mundo de las conductas humanas. El realismo metafísico de las estructuras lógico-reales de Welzel para definir la acción humana, es reemplazado por este kantismo de Roxin que se expresa mediante su concepto "juridicosocial de la acción" construido a la luz de la "categoría" imputación objetiva.

Sobre la base de lo expuesto, soy de la opinión que el gran aporte de la teoría de la imputación objetiva, específicamente en materia de acción, es el habernos planteado la idea de incorporar el dato normativo para definir el contenido (y así definirla) de la acción.

Si hoy tuviese que definir a la teoría de la imputación objetiva, con audacia me atrevería a decir que es una herramienta teórica correctora del tipo objetivo (ése es su lugar en la teoría del delito) destinada a la construcción de criterios normativos de atribución de resultados penalmente relevantes a conductas humanas, que deciden a su vez la definición de éstas como base de la responsabilidad penal.

A modo de resumen: véase el importante cambio que se ha operado, con todas las consecuencias que ello trae en términos de teoría del delito: a la hora de construir la *responsabilidad penal* se sostiene que el tipo penal en el momento de prohibir conductas, por vía de criterios normativos (léase por medio de la categoría "imputación objetiva") *define (crea)* la conducta prohibida. Dicho de otra forma, en términos de teoría penal, no existen acciones, por ejemplo, "homicidas", "lesivas", etc., en el plano de lo "óntico", o, si existen —éste es tal vez el postulado correcto— no tienen poder vinculante para el legislador.

La categoría de "imputación objetiva" al operar como elemento corrector del tipo penal objetivo, incide nada menos que

como una categoría kantiana configuradora de la realidad, en este caso, "creando" —mediante el proceso de introducir significación— la acción humana en cuanto materia de prohibición penal.

4. *La tarea próxima de la dogmática penal*

Creo que tienen razón, quienes como el Prof. Wolgang Frisch (véase su libro *Tipo Penal e Imputación Objetiva*, Colex, Madrid, 1995, pp. 15 y ss.) sostienen que la dogmática penal podrá crear conceptos sumamente eficaces, especialmente en lo que hace a la teoría del injusto, si se utilizan con sentido de compatibilidad a los aportes de que en materia de la teoría del tipo (yo diría del injusto) han hecho la teoría del injusto personal y la teoría de la imputación objetiva.

En el tramo final de esta breve exposición intentaré precisar cuáles son los campos de trabajo que, sin duda alguna, se presentan como un magnífico desafío para la tarea de construcción de la teoría del delito.

4.1. **Necesidad de precisar el límite de lo prohibido**

A partir del camino abierto por Richard Honig *(Kausalität und objetive Zurechnung)* en 1930 (sin desconocer los aportes de Larenz, la gran contribución de la teoría de la imputación objetiva —más allá de sus numerosas variantes y criterios— es la idea de la introducción de *criterios normativos* para decidir la imputación de un resultado a una conducta, generando así un criterio "no óntico" (como el finalista) para definir la acción humana.

Esa idea básica de la teoría de la imputación objetiva se resume en el concepto de "riesgo o peligro jurídicamente desaprobado o relevante", que se complementa con la de "realización del peligro o riesgo desaprobado".

Ahora bien, no obstante los valiosos esfuerzos teóricos que se han hecho en este campo, concretamente, para definir la relevancia o irrelevancia jurídico penal del riesgo o peligro, por ejemplo, el criterio de la "adecuación" que, a su vez, plantea el problema del "grado de tendencia", como los realizados para resolver el problema de la "realización del riesgo", creo que tienen razón quienes afirman con sentido crítico de la teoría de la imputación objetiva que existe en este campo considerable margen de imprecisión o ambigüedad.

En concreto, no existe al momento una pauta firme para definir cuándo estamos frente a un riesgo o peligro jurídicamente relevante; creo que los criterios de la "posibilidad" o "probabilidad", como los de la "posibilidad relevante o notable", *(Burgstaller)*; "del aumento valioso de nombrar", "posibilidad no excesivamente pequeña", etc., no solamente que son fórmulas al presente muy imprecisas, sino que también, como acertadamente pone de manifiesto Jakobs, recurren a criterios no normativos para definir algo que es normativo. Y los esfuerzos de tipo normativos como el del propio Jakobs o el de Rudolphi de la "experiencia general de la vida" *(allgemeine Lebenserfahrung)* siguen siendo también ambiguos.

Igual crítica cabe hacer en materia de "realización del riesgo en el resultado": no son satisfactorios para resolver este problema los criterios de "evitabilidad" (Baumann, Bockelmann, Wessels, en la doctrina nacional, Zaffaroni, entre otros; o el criterio del "incremento del riesgo" de Roxin, aunque pienso que constituye un progreso en este campo (uno de los problemas no resueltos entre sus partidario es el caso de "duda" del incremento del riesgo (véase un excelente desarrollo del tema en el trabajo de M. Martínez Escamilla "La Imputación Objetiva del Resultado"), tal vez, la crítica —que no es posible analizar aquí— más importante a esta tesis sea la falta de fundamento normativo de la misma, siendo digno de destacar el esfuerzo de Schünemann por reformular y mejorar esta tesis .

En síntesis, creo que es una de las tareas de la dogmática penal la elaboración de criterios firmes para definir el límite entre un peligro o riesgo aprobado y desaprobado jurídicamente y el problema de la realización del resultado, pues ello incide nada menos que en la determinación de los límites de lo prohibido.

4.2. **Necesidad de poner límites al poder punitivo estatal**

¿Qué nos deja de valioso el pensamiento de Welzel?

Desde mi punto de vista, el pensamiento de Welzel —especialmente en este campo— deja algo sumamente valioso a los fines de la construcción de un Derecho Penal sanamente liberal.

En un Derecho Penal liberal, entiendo que no es posible generar un sistema de imputación de resultados en función de la responsabilidad penal, sin límites de ningún tipo.

Concretamente, creo que las prohibiciones penales, o para decirlo con mayor rigor, los tipos penales *no pueden ser dotados*

de significación sin límites mínimos; a modo de ejemplo que ilustra la idea que interesa trasmitir: el tipo penal creado por el art. 79 de nuestro Código dice el "que matare a otro". Soy de la opinión que no cualquier conducta puede ser entendida como conducta de "matar". Hay "límites" que no pueden ser quebrados sin incurrir en un Derecho Penal irracional y gravemente lesivo de reglas básicas de seguridad jurídica, si pretendemos construir —insisto— un Derecho Penal aceptablemente liberal o democrático.

Creo que esos límites pueden y deben ser construidos a la luz del pensamiento de Welzel.

Explico la idea. Sigo con el ejemplo del homicidio consagrado por el art. 79 de nuestra ley penal.

El tipo penal en cuestión castiga la acción de matar intencionalmente.

Entiendo que el aporte de Roxin (una vez más digo que la cita de este autor puede ser un acto arbitrario y de injustas omisiones) —y ello constituye en mi opinión la crítica más aguda al concepto final de acción— consiste en poner de manifiesto que la determinación de lo que él llama el "contenido" de la acción, o lo que nosotros llamamos la "definición" de la acción, no está dado por el dato de la finalidad sino por la significación normativa que se le otorga a una conducta, especialmente al proceso causal usado para concretar la finalidad. A modo de ejemplo, una conducta es homicida no solamente por la finalidad (de matar) del autor, sino en razón que el proceso causal que el autor despliega para matar esté jurídicamente desaprobado, o dicho en otras palabras, que ese comportamiento haya creado un peligro disvalioso o penalmente relevante.

Creo que esto se observa muy claramente, por ejemplo, en el caso del comportamiento con finalidad de muerte llevado a cabo mediante formas mágicas. El autor puede tener la más enérgica y decidida finalidad de muerte mediante un acto de "brujería", y podría suceder que la "víctima" crea firmemente en tales actos, en su eficacia. El autor llevará a cabo los actos necesarios para matar mediante el acto de brujería; pero no habrá en este caso tentativa de homicidio, en razón que esa conducta pone en marcha actos que para el Derecho no generan un riesgos jurídicamente desaprobado. Por eso no hay acción homicida, más allá de la finalidad del autor. (Es interesante destacar que en una sociedad que practica y cree en tales actos, el orden jurídico de esa sociedad puede "imputar objetivamente" (otorgarle significa-

ción] como acto homicida tal comportamiento y en su caso sancionar como tentativa de homicidio).

Y de la misma forma cabe resolver el caso del que suministra una falsa noticia al padre enfermo (se discutirá si ése es un riesgo desaprobado o no, y en base a ello se decidirá si hay acción final homicida o no independiente de la finalidad del autor).

En realidad todos los casos se resuelven en esos términos: hay acción homicida (o tentativa) cuando se dispara con un arma de fuego porque la finalidad ha puesto en marcha un proceso causal jurídicamente disvalioso. Si la finalidad usa un proceso causal no desaprobado, no hay acción final homicida más allá de la finalidad.

Insisto una vez más, tiene razón Roxin cuando expresa que el orden jurídico mediante el proceso de "imputación objetiva" define la acción.

Pero ese proceso de definición de acción por vía de "imputación objetiva", creo que no puede superar ciertos límites.

Expongo brevemente la idea de esos límites. El Derecho Penal no puede, por ejemplo, considerar acción de "matar" el acto de fabricar un arma o el acto de leer el diario, etcétera.

¿Qué quiero decir con esto? Sencillamente lo siguiente: el Derecho Penal no puede castigar otra cosa que conductas en función de su finalidad (tipos doloso), o de la forma disvaliosa desde el punto de vista jurídico de programar la obtención de la finalidad (tipos culposos) o la decisión de no realizar la conducta (tipos omisivos).

Es decir, que solamente puede prohibir y castigar el hacer final humano (ése es el límite que no puede quebrar el Derecho Penal liberal) —piénsese lo que sería si en el proceso de otorgar significación a la conducta, el orden jurídico considerase, por ejemplo, que es conducta de "matar" el acto de leer el diario—.

En otras palabras, lo que puede hacer un Derecho Penal liberal, a modo de ejemplo, es seleccionar con sentido de prohibición aquellas conductas realizadas con finalidad de muerte, y decir, estas acciones son "homicidas" (porque pusieron en marcha un proceso causal que genera un riesgo jurídicamente desaprobado) y otras no lo serán, en razón de ese criterio, a pesar de la finalidad (Roxin).

Y lo que no puede hacer el Derecho Penal es considerar acción homicida a un comportamiento sin esa finalidad, obviamente, en referencia al tipo del homicidio doloso (Welzel).

5. *Conclusión*

Es tarea de la dogmática penal de los próximos años, especialmente en el campo de la teoría del injusto, a partir de los aportes de la teoría del "injusto personal" y de la teoría "juridicosocial de la acción" elaborada desde la teoría de la "imputación objetiva", especialmente: *a)* precisar la materia —léase "conducta"— penalmente relevada por el tipo penal; *b)* ponerle límites al poder punitivo estatal en su tarea de prohibir y castigar conductas humanas, todo ello en función de construir un Derecho Penal racional, liberal, que es el que resulta de nuestra Carta Constitucional.

VII. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Por Juan Bustos Ramírez

En relación a la imputación objetiva se pueden formular las siguientes tesis:

1. *La imputación objetiva es una alternativa a la causalidad*

La causalidad sobre la base del saber científico y especialmente en el siglo XIX, construido a partir del positivismo imperante en aquella época, pretendía establecer una relación consecuencial de necesidad a partir de la existencia de un antecedente determinado. Esto es, que dado un antecedente tenía que suceder un consecuente.

Tal planteamiento, sin embargo, ya en las ciencias naturales fue puesto en tela de juicio desde principios del siglo XX, en especial por la teoría cuántica y de la relatividad, en el sentido que sólo podían darse relaciones de probabilidad y que, por tanto, había un margen de indeterminación. En otras palabras la indeterminación pasó a sustituir a la determinación.

Por otra parte, en el campo de las ciencias sociales también se produjo un desarrollo semejante a partir de las posiciones funcionalistas, las cuales destacaron que no era posible predicar la causalidad en los fenómenos sociales, pues en éstos se trataba fundamentalmente de relaciones de interacción, en las que por consiguiente no era posible establecer un antecedente y un consecuente, de ahí que la cuestión básica a resolver era la relativa a las funciones existentes en el sistema.

Ahora bien, en el campo del derecho penal de alguna manera la influencia de las ciencias naturales se prolongó durante el siglo XX, pues se pretendió con mayor o menor grado de autono-

mia introducir el principio de probabilidad para establecer las relaciones entre hecho y resultado. Tal fue el caso de la teoría de la adecuación o de la causalidad adecuada, según se le quisiere dar mayor o menor independencia de la teoría de la causalidad propiamente tal.

Dentro de este contexto surge la teoría de la imputación objetiva como una real alternativa propia al campo del sistema penal. El sistema penal tiene un carácter teleológico, esto está construido en relación a fines, luego de lo que se trata es de dar las fundamentaciones en relación a esos fines. Por tanto, de lo que se trata es de dar una determinada fundamentación para ligar desde el fin a un resultado con la situación típica.

De esta manera entonces la teoría de la imputación objetiva se desprendía totalmente de la teoría de la causalidad tanto en su versión primitiva como revisada y se erigía en una teoría propia al sistema penal, un alternativa plenamente sustentable frente a la teoría de la causalidad.

2. *La imputación objetiva es una relación valorativa entre una afección al bien jurídico y la situación típica*

Ahora bien, si la imputación objetiva se enmarca dentro del ámbito de las fundamentaciones en relación a fines dentro del sistema, ello quiere decir que tiene un carácter valorativo, se basa en el establecimiento de determinados valores necesarios para la existencia del sistema. No está por consiguiente dentro del campo de los hechos, los extremos que relaciona son valorativos porque no se trata de establecer una relación de causalidad, sino de establecer la relación desde el fin de protección de la norma que es el bien jurídico. Luego, lo que interesa destacar es un resultado desvalorativo (un "resultado jurídico"), que es la afección a ese bien jurídico, ya sea su lesión o su puesta en peligro.

De modo entonces que no se trata de una simple constatación de la existencia de un antecedente y su necesaria ligazón con un consecuente como es en la causalidad, sino que se ha de construir racionalmente una fundamentación desde el fin de protección de la norma, esto es, el bien jurídico, para relacionar su afección con una situación típica.

3. *La imputación objetiva pertenece al ámbito de la antijuridicidad*

Las situaciones típicas se construyen desde la norma, ya sean éstas prohibitivas o de mandato. Las normas están referidas a interacciones dentro de un ámbito determinado, por eso los tipos legales describen ámbitos situacionales, esto es, en los cuales se dan determinadas interacciones, por eso se requiere la existencia de personas. Las normas están en relación a las personas, a sus interacciones, a sus ámbitos situacionales.

Las normas por consiguiente no están referidas a afecciones al bien jurídico, tales afecciones no las pueden prohibir ni mandar, están más allá de lo que ellas puedan establecer. El bien jurídico por el contrario es el principio generador de las normas, es su fin de protección. Luego, las afecciones al bien jurídico están más allá del contenido de la norma y por consiguiente del tipo legal, que tiene como base de sustentación a la norma. De ahí entonces que la imputación objetiva al estar en directa conexión con el bien jurídico (no puede ser una característica de la tipicidad, sino de la antijuridicidad).

En efecto, la problemática del bien jurídico es la base de sustentación del injusto, del delito, por tanto de la desvaloración definitiva de un determinado ámbito situacional. Es por eso que su afección pone en relación al sistema penal con todo el sistema jurídico, lo que no sucede con la simple norma prohibitiva o de mandato. Es frente a una afección del bien jurídico que consideramos si hay una causa de justificación, esto es, una norma de carácter permisivo dentro del sistema jurídico. Luego, la afección al bien jurídico es un elemento indispensable de la antijuridicidad, sin ella no surge la interconexión con todo el sistema jurídico.

Al ser la afección al bien jurídico y no podría ser de otra manera, nota característica de la antijuricidad, evidentemente la imputación objetiva, que precisamente pretende establecer una relación desde el fin de protección, esto es, el bien jurídico, entre la afección a él y la situación típica, necesariamente ha de pertenecer también a la antijuridicidad.

La imputación objetiva tiene de este modo un ámbito de rendimiento o validez sumamente restringido. Para que se plantee es necesario que haya una situación típica y además una afección a un bien jurídico. En ese sentido a diferencia de la teoría de

la causalidad, es una última garantía desde el principio de determinación. Mientras que en la teoría de la causalidad tal garantía desaparecía pues el principio de determinación resultaba en este caso inoficioso, pues dado un antecedente necesariamente se daba el consecuente, en la teoría de la imputación objetiva el principio de determinación exige una fundamentación racional entre la afección y la situación típica.

4. *La teoría de la imputación objetiva es diferente a la relación valorativa entre un ámbito situacional y el tipo legal*

La teoría dominante en materia de imputación objetiva señala que la imputación objetiva es una cuestión de la tipicidad, sin perjuicio que hay algunos que extienden el ámbito de la imputación objetiva a toda la teoría del delito y aún a la teoría del sujeto responsable, seguramente por la confusión entre relación valorativa e imputación objetiva. Ciertamente la imputación objetiva implica una relación valorativa, pero no toda relación valorativa es imputación objetiva, pues eso dependerá de los términos y contenido de la relación.

Por otra parte el plantear la imputación objetiva como una cuestión de tipicidad es en gran medida producto de sustentar en el fondo una posición heredera del causalismo, en el sentido que lo único que interesa en el campo penal son los resultados, antes los de carácter material, ahora los de carácter valorativo. Con lo cual se pasa por alto que antes que nada el sistema se refiere a personas y a sus interacciones y, por tanto, desde una perspectiva garantista lo primero a determinar son esas interacciones, es decir, el ámbito situacional en que comunican las personas.

Los tipos legales no describen resultados, como sería la muerte de una persona, el destrozo de una cosa, etc., sino interacciones en una determinada situación (el que mate a otro, el que se apropia de cosa mueble ajena en contra de la voluntad de su dueño, etc.). De modo entonces que la primera labor es desde la norma y su fin es de protección: y generador, esto es, atribuir al bien jurídico un determinado ámbito situacional a un tipo legal.

Es por eso que hay una primera función valorativa, que es la relación de atribución. Se trata desde la norma y el bien jurí-

dico de construir una fundamentación relacional entre un tipo legal determinado y un ámbito situacional dado.

De ahí entonces que gran parte de los casos que la teoría dominante ha planteado como de imputación objetiva, en verdad son de atribución, pues están referidos a cuestiones de interacción y en que una fundamentación racional desde la norma y el bien jurídico elimina la relación de atribución. Así, por ejemplo, en el caso de la disminución del riesgo, teniendo además claro que el riesgo es predicable a interacciones de personas, implica que un comportamiento desde la norma y el bien jurídico no puede atribuirse a un tipo legal determinado, porque precisamente disminuyó los riesgos en ese ámbito situacional en relación a lo que establecen los tipos legales como comportamientos prohibidos.

En definitiva, la mayoría de los casos llamados de imputación objetiva por la teoría dominante, son en verdad de atribución, esto es, de establecer desde la norma y el bien jurídico una relación entre el tipo legal y un ámbito situacional dado, una interacción entre personas en un espacio y tiempo determinado.

Luego, el ámbito que le queda a la imputación objetiva es muy restringido, sólo se aplica a aquellos casos en que una vez dilucidada la problemática de la atribución y la tipicidad, es necesario indagar si realmente hay una relación valorativa entre la afección al bien jurídico y la situación típica. En otras palabras se trata de diferentes niveles de garantía al ciudadano desde el principio de determinación. No sólo la tipicidad es una garantía, también la antijuridicidad y para que lo sea plenamente es necesario establecer la imputación objetiva.

5. *La imputación objetiva es una consecuencia dogmática de carácter político criminal*

La política criminal cruza toda la dogmática, las bases dogmáticas están dadas desde la política criminal, en cuanto el sistema penal es política criminal. De lo que se trata es de fundamentar la intervención punitiva del Estado y eso implica garantizar al ciudadano frente al Estado.

Ahora bien, la intervención punitiva del Estado sólo puede fundamentarse *prima facie* desde el fin de protección de bienes jurídicos, en la medida que ello implica una garantía a las perso-

nas, pues los bienes jurídicos son reconocimiento por parte del Estado de su condición de personas.

Luego, la base del delito o injusto, como categoría dogmática está precisamente dada desde la política criminal, desde el fin de protección de la intervención punitiva del Estado, esto es, los bienes jurídicos. Pero ciertamente con eso no basta, la consecución de ese fin, implica a su vez una serie de principios para que ello se logre realmente.

Entre ellos está el de determinación y en ese sentido lo primero que surge es que ha de darse una afección precisa y clara al bien jurídico, esto es, una lesión o una puesta en peligro, en caso contrario la base misma del delito desaparece y evidentemente no podrá haber lesión o puesta en peligro si no hay un bien jurídico a proteger. Por eso la primera cuestión a dilucidar es si se cumple con el principio de protección de bienes jurídicos.

Pero, como señalábamos, más allá de la discusión del bien jurídico, lo fundamental es la existencia de una afección concreta al bien jurídico. Sin embargo, las afecciones a bienes jurídicos que interesan son aquellas que provienen de las interacciones de personas en un espacio y tiempo determinado, esto es, lo que importa es un ámbito situacional dado. De ahí que lo primero a resolver desde el principio de determinación es la circunscripción de los ámbitos situacionales que están en la base de la afección al bien jurídico. De ahí entonces que el principio de determinación como principio garantista se concreta en el de tipicidad y en definitiva en una relación valorativa de atribución de un ámbito situacional dado a lo descripto en un tipo legal.

Pero ciertamente ello no basta desde un punto de vista garantista, pues el determinar un ámbito situacional típico todavía no significa necesariamente que hay una relación entre la afección y ese ámbito situacional, es simplemente un indicio. Es efectivo que hubo una muerte y que en el espacio y tiempo del proceso de la muerte de esa persona hubo un conductor descuidado que la pasó a llevar, pero ocurre que de todas maneras con una muy alta seguridad ese proceso se habría producido en relación a un conductor cuidadoso, ya que la persona se cayó entre las ruedas del coche en virtud de un repentino ataque de epilepsia.

La imputación objetiva es así un nivel más de garantía de la persona frente a la intervención punitiva del Estado y en ese sentido se diferencia sustancialmente de la teoría de la causalidad. Precisamente la causalidad era un criterio antigarantista, pues al

partir del principio de necesidad dejaba sin posibilidad de argumentación a la persona frente al poder del Estado. Es por eso que la imputación objetiva es una real alternativa a la causalidad, en el sentido que profundiza el conjunto de garantías dentro del sistema penal. No sólo determinación a nivel de la tipicidad, también determinación en el ámbito de la antijuridicidad, en caso contrario el bien jurídico como base fundamentadora y garantista al mismo tiempo carecería de sentido. Un planteamiento teleológico sólo adquiere legitimidad en cuanto va revelando diferentes niveles de análisis, pues en la medida en que ellos son cada vez más complejos las garantías a la persona aumentan pues la autoridad requerirá para cada uno de ellos una fundamentación racional y estará expuesta entonces a la contraargumentación.

La imputación objetiva es un paso más hacia el distanciamiento de una dogmática purista y absoluta y por tanto hacia la fusión entre política criminal y dogmática.

VIII. CONSIDERACIONES SOBRE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA*

POR BERND SCHÜNEMANN**

1. *Introducción*

La invitación a pronunciar una conferencia sobre la imputación objetiva en este Congreso Internacional de Derecho Penal es una distinción fuera de lo común para mí, que considero un honor especial y, por eso, me llena de orgullo. Al mismo tiempo, ello significa la asignación de una tarea casi irrealizable y para mí desconcertante. Pues la teoría de la imputación objetiva no sólo es el tema dogmático de la ciencia jurídico-penal alemana y también de la ciencia jurídico-penal europea más discutido en los últimos veinte años del modo más intenso.[1] Además, esta teoría ha adquirido un significado fundamental, parecido al del finalismo en las décadas anteriores a 1975 o al concepto de causalidad en la época del naturalismo jurídico-

* Traducción del original alemán *Über die objektive Zurechnung*, a cargo de Mariana Sacher de Köster, colaboradora científica del Instituto de Filosofía del Derecho e Informática Jurídica de la Universidad de Munich.

** Profesor de la Universidad de Munich (Alemania).

[1] Además de las numerosas referencias efectuadas en las notas a continuación, debe hacerse remisión a la extensa compilación *Zurechnung und Verhalten*, Byrd/Hruschka/Joerden (comps.), t. 2 del Jahrbuch für Recht und Ethik, 1994, que trata desde los problemas filosóficos hasta las cuestiones dogmáticas en particular, como así también a W. Lübbe (comp.): *Kausalität und Zurechnung*, 1994; además de Hart-Honoré: *Causation in the Law*, 2ª ed. Oxford 1985. Absolutamente fuera de consideración deben quedar finalmente los problemas de la "imputación" de comportamientos ajenos en la coautoría (al respecto, con una opinión muy especial y tenaz en su planteamiento, Dencker: *Kausalität und Gesamttat*, 1996, Lesch —nota 29— y Stein: *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, pp. 22 y ss. y *passim*) y de propia conducta en la *actio libera in causa* (de la bibliografía que se está convirtiendo cada vez más en inabarcable, por todos actualmente Schild, Festschr. f.: *Triffterer*, 1996, pp. 203 y ss.), como así también el problema especial de la imputación de la consecuencia más grave en los delitos cualificados por el resultado (al respecto, actualmente, Altenhain: *GA* 1996, 19 y ss.).

penal. Sin embargo, mientras que en el concepto de causalidad y en la categoría de la finalidad se trataba respectivamente de ámbitos de objetos compactos y claramente definibles ontológicamente, la categoría de la imputación objetiva ha abarcado entretanto cada vez más ámbitos de aplicación, como un pulpo gigante con innumerables tentáculos. Estos ámbitos de aplicación son sumamente heterogéneos en un sentido ontológico y normativo y, por eso, ni siquiera puede hacerse referencia a la totalidad de ellos en una única conferencia. Con mayor razón, es absolutamente imposible tratar las múltiples y diversas propuestas de solución que han sido presentadas para estos ámbitos de problemas tan variados en la ciencia jurídico-penal de los últimos veinte años. Menos aún es posible expresarse en sentido crítico con respecto a las propuestas de solución y reemplazarlas a través de una concepción general propia.

Utilizando una expresión alemana, tendré que hacer de la necesidad virtud y resumir la inmensa variedad de los detalles dogmáticos en tres grandes bloques. En principio, quisiera presentar un panorama histórico concentrado sobre la evolución de la doctrina de la imputación objetiva. En esta exposición intento además poner en claro que, bajo el rótulo de "imputación objetiva", aparecen de nuevo muchas ideas que ya han tenido los sostenedores de sistemas jurídico-penales muy diferentes, sin que hayan caracterizado a estas ideas también como "imputación objetiva". Además intento mostrar que, en el estado actual de la dogmática jurídico-penal alemana, la imputación objetiva es citada casi en todas partes como una categoría sistemática fundamental, pero a ella se vinculan por lo menos cinco conceptos sistemáticos absolutamente diferentes.

Luego de esta parte general de la dogmática de la imputación objetiva quisiera dedicarme finalmente a la parte especial. Al respecto, presentaré un breve resumen de los campos de problemas, los cuales no son muy diferentes en Argentina con respecto a Alemania. Estos campos concretos de problemas constituyen también un criterio para comprobar, en primer lugar, si la doctrina de la imputación objetiva es realmente necesaria y, en segundo lugar, si ella ofrece la clave correcta para una solución convincente de esos problemas.

2. *El desarrollo de la doctrina de la imputación objetiva*

1) Los orígenes de la idea de la imputación se pueden remontar, en principio, a la llamada teoría de la imputación del filósofo del Derecho natural Samuel Pufendorf, pues la palabra alemana *Zurechnung* es, en realidad, sólo una traducción de la palabra latina *imputatio*.[2] Sin embargo, como precursora de la actual teoría de la imputación objetiva figura la filosofía idealista del Derecho de Hegel. El objetivo del concepto de acción remontable a Hegel y desarrollado por la escuela hegeliana del siglo XIX era imputar al sujeto, de la multiplicidad de cursos causales, sólo aquello que puede ser considerado como su obra, es decir, como la conformación del mundo a través del sujeto.[3] En este sentido, imputación significaba, en las palabras clásicas del criminalista y hegeliano Berner: "Imputar significa ... cargar algo objetivo en la cuenta del sujeto".[4]

2) Alrededor del año 1870, con el predominio alcanzado por el naturalismo penal, aquel enfoque pasó a ocupar un segundo plano, pues se impuso el dogma del principio causal. Por ello, el análisis se centró en la cuestión acerca de si el autor había causado la lesión al bien jurídico mediante una conducta corporal voluntaria en el sentido de la fórmula de la *condicio-sine-qua-non*.[5] El alcance ilimitado de este concepto causal fue corregido, como es sabido, por toda una serie de teorías subjetivas: desde la teoría subjetiva de la participación, pasando por la teoría subjetiva de la tentativa hasta la fundamentación subjetiva de la posición de garante por un actuar precedente (injerencia), de cuyas absurdidades aún padece gravemente la dogmática jurídi-

[2] Por cierto, *imputatio* en Pufendorf significaba la imputación (objetiva y subjetiva) del hecho mismo y no sólo del resultado del delito, véase Pufendorf: *De jure naturae et gentium*, ed. 1694, t. I cap. V § 3; Welzel: *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, 1958, pp. 84 y ss.; Hardwig: *Die Zurechnung*, 1957, pp. 35 y ss.; Eb. Schmidt: *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3ª ed. 1965, pp. 169 y ss., más allá Maiwald: *Kausalität und Strafrecht*, 1980, p. 7.

[3] Cfr. Hegel: *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, §§ 113 y ss., 117, como así también v. Bubnoff: *Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffs von Feuerbach bis v. Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule*, 1966, pp. 36 y ss.

[4] *Grundlinien der kriminalistischen Imputationslehre*, 1843, p. 39.

[5] Por todos: v. Liszt: *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 14°/15° ed. 1905, pp. 125 y s.; v. Buri, GS 56, 418, 445 y ss.

co-penal alemana.[6] Con la superación del naturalismo por el neokantismo,[7] aproximadamente a partir del año 1900, se reconoció que el concepto causal ilimitado de la teoría de la equivalencia debía ser restringido ya en el estadio del tipo objetivo. Como clave para la solución de este problema fue formulada primeramente la teoría de la adecuación fundada por v. Kries[8] y desarrollada posteriormente por Traeger.[9] Esta teoría eliminó todos los cursos causales extremadamente improbables ("aventurados"), es decir, excluyó la "casualidad" del concepto de causación penalmente relevante. El hecho de que la teoría de la adecuación acabara siendo una limitación normativa para el concepto de causalidad, aun cuando el criterio de probabilidad sea aparentemente empírico-ontológico, había sido absolutamente reconocido por v. Kries mismo.[10] Sin embargo, el objetivo del concepto causal naturalista, consistente en poder comprobar la realización del tipo objetivo mediante un análisis puramente empírico, no parecía ser alcanzable con la ayuda de la teoría de la adecuación, pues la probabilidad de un curso causal no requiere aparentemente de otras valoraciones, y puede ser comprobada a través de un análisis puramente estadístico-empírico.

3) Es fascinante que unas décadas más tarde, en los años 1930 a 1939 fueron dados los impulsos científicos desde tres corrientes muy diferentes entre sí, que condujeron al reemplazo de la teoría causal por la teoría de la imputación objetiva.

a) En el famoso Libro-Homenaje a Frank, Honig publicó un artículo en el año 1930, que evidentemente estaba inspirado en la revisión de la teoría de la imputación de Hegel concebida poco antes por Larenz.[11] En ese artículo, Honig recurrió a la "perseguibilidad objetiva de una finalidad" *(objektive Zweckhaftigkeit)* para

[6] Sobre la teoría subjetiva de la participación y su crítica, véase por todos Roxin: *Täterschaft und Tatherrschaft*, 6ª ed. 1994, pp. 52 y ss.; sobre la fundamentación subjetiva de la equiparación con la omisión en el delito de omisión impropia mediante la llamada teoría de la interferencia *(Interferenztheorie)* Schünemann: *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, p. 9; el mismo, *ZStW* 96 (1984), 287, nota 1; no menos ricas en consecuencias fueron las teorías subjetivas de la tentativa y del concepto de peligro.

[7] Breve panorama en Jescheck/Weigend: *Lehrbuch des Strafrechts Allg. Teil*, 5ª ed. 1996, pp. 204 y ss.; Schünemann, en: Schünemann (comp.): *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, p. 1, 24 y ss.

[8] *ZStW* 9 (1889), 528 y ss.

[9] *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, 1904, pp. 159 y ss.

[10] *ZStW* 9 (1889), 528, 533.

[11] Larenz: *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, 1928.

eliminar cursos causales guiados por la casualidad y distinguió en ella el criterio decisivo de un "juicio de imputación autónomo, absolutamente independiente del juicio causal": Imputable sería sólo aquel resultado que puede ser considerado como que ha ocurrido "sirviendo a los fines" *(zweckhaft)*.[12] Como ejemplo, Honig utilizó el caso formulado por Traeger y hasta hoy permanentemente repetido, que consiste en que alguien envía a su sobrino, a quien quiere heredar, a un monte poblado de altos árboles en medio de una tormenta, con la esperanza de que muera alcanzado por un rayo.[13]

Honig completó expresamente la categoría de Derecho natural de la causalidad mediante la categoría normativa de la "imputación objetiva", caracterizando al resultado como el objeto de la imputación y al actuante como el sujeto: el resultado de la acción debía ser imputable al autor.[14]

b) Como ya fue expresado, la concepción de Honig de la imputación objetiva fue proseguida sólo un año más tarde, en 1931 y después en 1939, por dos trabajos fundamentales, provenientes de dos autores destacados en la misma medida, pero absolutamente diferentes entre sí, y que no utilizaron el término "imputación objetiva", pero sí la trataron como cuestión y la continuaron desarrollando. Me refiero a la monografía fundamental de Engisch sobre "*Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*" del año 1931, como así también a los "*Studien zum System des Strafrechts*" de Welzel del año 1939,[15] que son ambos esenciales.

c) Engisch partió de la base de la teoría de la adecuación, a la que identificó con la teoría de la infracción del deber objetivo de cuidado y la consideró imprescindible para restringir la falta de límites de la teoría de la equivalencia de las condiciones. Por cierto, más allá de la adecuación referida al resultado, es decir, además de la previsibilidad general del resultado por infracción del deber objetivo de cuidado, exigió también la "adecuación en relación con el modo especial del curso causal".[16] Además del ya mencionado caso de la tormenta, ofreció como ejemplo la

[12] En: Festgabe f. v. Frank I, 1930, pp. 174 y ss. (concretamente: pp. 182, 184, 188).
[13] Op. cit. (nota 12), p. 186; irónicamente hoy se acostumbra presentar el caso de modo tal que el sobrino quiere heredar a su tío y lo convence de hacer un paseo.
[14] Op. cit. (nota 12), p. 194.
[15] *ZStW* 58 (1939), pp. 491 y ss. (= *Welzel, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, pp. 120 y ss.).
[16] Engisch: *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, p. 61.

causación de una lesión peligrosa para la vida, que luego produce la muerte del lesionado. Por cierto, esa muerte no sería producida como consecuencia de su propia peligrosidad, sino a raíz de un error imprevisible en la aplicación de la anestesia durante la asistencia médica en el hospital o por un incendio en el hospital. Para estos casos, Engisch negó el nexo de antijuridicidad, con la fundamentación de que no se había realizado el peligro que mostraba como prohibida a la conducta peligrosa para la vida.[17] Con ello, Engisch encontró ya hace sesenta años exactamente la misma formulación que utiliza la opinión ampliamente dominante en la actualidad para la definición de la imputación objetiva. Engisch también diferenciaba sistemáticamente de un modo claro ya en esa época entre la causalidad en el sentido de la teoría de las condiciones, la adecuación en el sentido de la previsibilidad general del resultado y la realización del peligro como un presupuesto adicional. Así, colocaba los tres presupuestos en el mismo nivel, como elementos del tipo penal independientes entre sí.[18] Más allá, como Engisch reconoció en los resultados una coincidencia total con la mencionada propuesta de Honig, y sólo consideró inapropiado su concepto de la "posibilidad objetiva de imputar" *(objektive Zurechenbarkeit)*,[19] no puede sorprender que la concepción de Engisch de la teoría de la adecuación ha sido considerada, por ejemplo, por Sauer, como una variante de la teoría de la relevancia.[20] Pues Engisch dio, sin duda, un paso más allá de la simple teoría de la adecuación, la cual se conforma sólo con la previsibilidad general del resultado.

d) Tan asombroso como el hecho de que la moderna teoría de la imputación objetiva ya ha sido marcada por Engisch al desarrollar la teoría de la adecuación, también lo es una tesis de Welzel en su obra básica sobre la teoría final de la acción, a saber, en sus *Studien zum System des Strafrechts* del año 1939. Allí consideró que en el caso de la tormenta no era posible atribuir una responsabilidad penal, fundándose para ello en que la conducta el sobrino que convence a su tío de dar un paseo en medio de una tormenta (o de hacer un viaje en tren) con el pro-

[17] Op. cit. (nota 16), p. 61.
[18] Op. cit. (nota 16), p. 68.
[19] Op. cit. (nota 16), p. 59, nota 1.
[20] *Allgemeine Strafrechtslehre*, 3ª ed. 1955, p. 81, nota 53, p. 83, a la altura de la nota 63. Agradezco esta referencia y también muchas otras sugerencias a mi honorable colega Prof. Dr. Seiji Saito, Tokio.

pósito de matarlo, sería adecuada socialmente y, por ello, no realizaría ya el tipo objetivo de un delito de homicidio o de lesiones, pues el tipo expresa de un modo general qué es ilícito penal y de ahí que, desde luego, no comprende el actuar adecuado socialmente.[21] Como Welzel extendió expresamente esa limitación tanto a los delitos dolosos como a los culposos, el criterio de la adecuación social tuvo en esta temprana fase del finalismo aproximadamente la misma función que hoy ha adquirido la teoría de la imputación objetiva, que es aplicada al delito doloso del mismo modo que al delito culposo.[22]

4. Sin embargo, Welzel "absolutizó" la teoría final de la acción y, por ello, no resolvió más el caso de la tormenta con ayuda de la categoría de la adecuación social, sino a través de la negación del dolo de matar.[23] Con el traslado del dolo al tipo subjetivo, en el delito doloso fueron considerados superfluos todos los criterios objetivos de delimitación, con excepción de la causalidad en el sentido de la teoría de la equivalencia, mientras que en los delitos culposos fueron incluidas la previsibilidad objetiva y la infracción del deber objetivo de cuidado (es decir, la cuestión tratada según el criterio de la adecuación de Engisch) en el tipo penal.[24] Esta sistemática fue adoptada en los años cincuenta y sesenta aun por los no-finalistas[25] y se convirtió finalmente en la opinión absolutamente dominante, mientras que el criterio adicional de Engisch de la realización del peligro y aún más la categoría propuesta por Honig de la imputabilidad objetiva cayeron en el olvido.

[21] Op. cit. (nota 15), p. 517.

[22] De este modo, expresamente, Roxin: *Strafrecht AT I*, 3ª ed. 1997, p. 922; Jescheck/Weigend (nota 7), p. 584; Frisch: *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 28 y ss.; Herzberg: *JZ* 1987, 536 y ss.; Wolter, en: *140 Jahre Goltdammer's Archiv*, 1993, pp. 269, 307 y ss.; Reyes Alvarado: *ZStW* 105 (1993), 108, 125. Acerca del sentido paralelo otorgado por Welzel en su "fase anterior", instructivamente, Cancio Meliá: *GA* 1995, 179 y ss.

[23] Así posteriormente Welzel: *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed. 1969, p. 66.

[24] Véase por ejemplo Welzel: *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, 1961 = Abhandlungen (nota 15), pp. 326 y ss.; el mismo: *Das Deutsche Strafrecht* (nota 23), p. 132; Niese, Finalität: *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1951, *passim*; presentación de la evolución por Loos, en: Loos (comp.), *Rechtswissenschaft in Göttingen*, 1987, pp. 499 y ss.; Kaminski: *Der objektive Maßstab im Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts*, 1992, pp. 58 y ss.

[25] Cfr. por todos, con otras numerosas referencias en nota 9: Jescheck: *Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit im modernen Strafrecht*, 1965, pp. 7 y ss., quien en la p. 10 sostiene con razón que la infracción objetiva del deber de cuidado ya también con Exner (*Das Wesen der Fahrlässigkeit*, 1910, p. 193) y Engisch (*Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1930, pp. 278, 344 y ss.) ha sido trasladada de la culpabilidad respectivamente a la antijuridicidad o a la tipicidad.

5. Por esa razón, el nacimiento de la teoría de la imputación objetiva no tuvo lugar hasta el año 1970, en el que Roxin en el Libro-Homenaje a Honig[26] dio el paso decisivo, extendiendo esta categoría más allá de la definición de Honig de la posibilidad objetiva de imputar como posibilidad de dominio mediante la voluntad humana. Ello lo hizo a través de vincularla con el criterio de la "creación de un riesgo jurídicamente relevante de una lesión típica del bien jurídico".[27] Con ello, reunió en un concepto abarcador justamente los tres enfoques de Honig, Engisch y Welzel de los años treinta, que trataban aisladamente los criterios de la "posibilidad objetiva de perseguir una finalidad" *(Bezweckbarkeit)*, de la adecuación social y de la realización del riesgo, y que finalmente quedaron sin éxito. Conforme a este nuevo concepto, la esencia de los delitos dolosos de lesión como así también de los culposos consiste, de la misma manera, en la creación y realización de un riesgo no permitido. Bajo este concepto general, Roxin reunió no sólo los conocidos casos de la discusión anterior, como el de la tormenta y el del hospital, sino también otras numerosas constelaciones como la disminución del riesgo, el incremento de un riesgo que en sí es permitido, o la causación del resultado fuera del ámbito de protección de la norma de cuidado que ha sido infringida.[28] Volveré a tratar esto en la última parte de mis consideraciones.

La doctrina aceptó la teoría de la imputación objetiva, primeramente de un modo escéptico, y luego la opinión ampliamente dominante en Alemania fue adoptando esta teoría. Hoy se lee en los manuales y comentarios que un resultado sólo será imputado objetivamente cuando se ha realizado en él el riesgo jurídicamente no permitido creado por el autor.[29]

[26] Festschr. f.: *Honig*, 1970, pp. 133 y ss.= Roxin: *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, pp. 123 y ss.

[27] *Grundlagenprobleme* (nota 26), p. 126.

[28] *Strafrecht AT* I (nota 22), pp. 314 y ss.; el mismo, *Chengchi Law Review*, vol. 50, 1994, pp. 219 y ss.

[29] Cfr. Kühl: *Strafrecht Allg. Teil*, 1994, pp. 36 y ss.; Jescheck/Weigend (nota 7), pp. 286 y ss.; Otto, Grundkurs Strafrecht: *Allg. Strafrechtslehre*, 5ª ed. 1996, pp. 53 y ss., 175; Wessels: *Strafrecht Allg. Teil*, 27ª ed. 1997, pp. 49 y ss.; refiriéndose más a la terminología que al contenido, Köhler: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1997, pp. 143 y s. De los códigos comentados: Rudolphi, en: Rudolphi/Horn/Günther/Hoyer, *Systematischer Kommentar zum StGB*, 6a. ed., actualización de junio de 1997, núm. marg. 57 y ss., previo al § 1; Jescheck, en: Jähnke/Laufhütte/Odersky (comps.), *Leipziger Kommentar zum StGB*, 11ª ed., núm. marg. 64 y ss., previo al § 13; Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 22ª ed. 1997, núm. marg. 14, previo al

3. *Sobre la crítica y el mejoramiento de la teoría de la imputación objetiva*

Después de este panorama sobre el desarrollo histórico de la teoría de la imputación objetiva me ocuparé de la cuestión acerca de si aquí se trata de una doctrina necesaria y fructífera o si ella no es, por un lado, innecesaria y, por otro lado, no significativa, tal como sostienen los pocos críticos que han quedado.[30]

1) La objeción de mayor peso consiste, sin duda, en la afirmación de que en la teoría de la imputación objetiva se trata de un desarrollo innecesario, pues ya la teoría de la adecuación señala todos los presupuestos adicionales que deberían agregarse a la causalidad para que haya una relación jurídicamente relevante entre acción y resultado. Sin embargo, como lo ha mostrado el panorama que he expuesto, en realidad ya Engisch había reconocido que la teoría de la adecuación no alcanzaba como único instrumento de corrección de la teoría de la equivalencia. Pues, existe toda una serie de constelaciones, en las que el curso causal entre la acción y el resultado es absolutamente previsible objetivamente, porque no se encuentra fuera de toda probabilidad, pero en las que sería político-criminalmente desatinado el hacer penalmente responsable al actuante por el resultado. Para ejemplificar esto, quisiera modificar el caso del hospital ya formulado por Engisch, de modo tal que la víctima de un accidente

---

§ 13; Puppe, en: *Nomos-Kommentar zum StGB*, actualización de junio de 1997, núm. marg. 142 y ss., previo al § 13; Schönke/Schröder/Lenckner: *Strafgesetzbuch*, 25. ed. 1997, núm. marg. 91 y ss., previo al § 13. De la teoría de la imputación objetiva se declara partidario también Jakobs: *Strafrecht Allg. Teil*, 2ª ed. 1991, pp. 185 y ss., quien, por cierto, la ha extendido entretanto a una supercategoría que rompe con todos los contornos dogmáticos tradicionales, al integrarla en un concepto de acción neohegeliano que incluye todos los presupuestos del delito sin ventaja reconocible alguna (véase Jakobs: *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992, p. 29 y *passim*, como así también Reyes Alvarado —nota 22—, 117 y ss.). Por ejemplo, ello se muestra de un modo evidente en la concepción de imputación de su discípulo Lesch, quien elimina la decisión conjunta al hecho en la coautoría por considerarla "naturalista" (*ZStW* 105 —1993—, 271 y ss. con crítica de Küpper, ibid., pp. 295 y ss.). Sobre otro intento de acomodar toda la teoría de la imputación en un concepto de acción, véase Hohmann: *Personalität und strafrechtliche Zurechnung*, 1993.

[30] Así, Arm. Kaufmann, Festschr. f.: *Jescheck*, 1985, pp. 251 y ss.; Hirsch: *Festschr. der Rechtswiss. Fakultät Köln*, 1988, p. 399; Küpper: *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, 1990, pp. 83 y ss., 115 y ss.; Struensee: *GA* 1987, 97; Samson: *ZStW* 99 (1987), 633. Acerca de las reservas formuladas por Frisch y Maiwald, que no son completamente de rechazo, sino parcialmente críticas, véase lo que sigue en el texto.

de tránsito se infecta en el hospital con una bacteria de una determinada clase (resistente a todos los antibióticos) y muere por esta razón. En la realidad de hoy, un curso causal de esta clase no se encuentra fuera de la experiencia general de un modo absoluto y de ahí que no puede ser caracterizado como inadecuado. Sin embargo, político-criminalmente no tiene sentido imputar el riesgo de una infección en el hospital a aquel que ha colocado la causa para que la víctima tenga que permanecer en el hospital. Pues el riesgo de una infección en el hospital es valorado cualitativamente como el único riesgo para la vida del paciente por su adecuación social, y no así por su inadecuación. Es este punto de vista normativo el que aún no puede ser considerado en la teoría de la adecuación, ya que ella está centrada sólo en la previsibilidad objetiva y, de este modo, en un juicio de probabilidad descriptivo. Por cierto, este aspecto normativo no fue reconocido por Engisch. Aunque formuló el criterio moderno de imputación de la realización del riesgo, lo concibió de un modo puramente descriptivo, en el sentido de una adecuación de cada una de las etapas del curso causal, analizada de un modo sucesivo.[31] Pero ello sólo alcanza para la exclusión de los cursos causales inadecuados, y no así para los casos que, en cierta medida, son al revés, es decir, cuando el resultado se produce a raíz de una peligrosidad que es adecuada socialmente. Formulado en una frase, la teoría de la adecuación puede fundamentar la eliminación de cursos causales inadecuados, pero no así la eliminación de cursos causales adecuados socialmente. Con mayor razón, la teoría de la adecuación no puede resolver aquellos grupos de casos en los que se desarrolla muy fuera del ámbito de influencia del autor un curso causal absolutamente adecuado pero lejano. Como no es posible tomar también en consideración estos riesgos secundarios al formular la norma de prohibición, tales cursos causales, en sí absolutamente adecuados, no pueden desempeñar papel alguno en la imputación penal. Un ejemplo de ello representan los daños causados por un shock *(Schockschäden)*, como cuando muere un familiar cercano de la víctima de un accidente, a raíz de un colapso nervioso que sufre al enterarse de la lesión grave de su pariente.[32] Otro ejemplo de

[31] Op. cit. (nota 16), p. 62.

[32] Cfr. al respecto ya Roxin: Festschr. f. Gallas, 1973, pp. 241 y ss., 256 y s.; Schünemann: *JA* 1975, 435 y ss., 715 y ss., 720; Rudolphi: *SK-StGB* (nota 29), núm. marg. 78, previo al § 1.

ello son los daños sobrevenidos posteriormente *(Spätschäden)*, como cuando muere quien padecía de SIDA, pero recién años después de haber sido infectado por el virus de inmunodeficiencia humana (VIH).[33] Estos casos demuestran muy bien por qué la adecuación de un curso causal es una condición necesaria pero no suficiente para la imputación penal. Así, cuando familiares de la víctima de un accidente sufren un shock lesivo para su salud o hasta a veces mortal al recibir la noticia del accidente, se trata de consecuencias de la primera lesión absolutamente adecuadas. También cuando una persona lesionada gravemente en un accidente tiene una expectativa de vida reducida y, por ello, en algún momento muere prematuramente como una consecuencia del accidente sobrevenida posteriormente *(Spätfolge)*, o cuando una persona infectada del VIH muere después de haber comenzado la enfermedad, a raíz de una infección al pulmón. Sin embargo, toda esta serie de consecuencias tienen lugar muy fuera del ámbito de influencia de quien ha provocado primero el daño; y no se puede ejercer influencia sobre ellas a través de guiar el comportamiento de esa persona de un modo específico, de modo tal que desde un punto de vista político-criminal no tiene sentido penar más severamente a quien ha provocado primero el daño por haberse producido además daños sobrevenidos posteriormente y consecuencias posteriores del daño.

Con estas consideraciones he llegado también a la cuestión decisiva, en la que cabe distinguir la imputación penal del resultado de la imputación de un resultado en el Derecho civil. De aquí surgirá de un modo profundo la fundamentación acerca de por qué la teoría de la adecuación, desarrollada por Traeger para el Derecho Penal del mismo modo que para el Derecho civil,[34] no es suficiente en el Derecho Penal para actuar como correctivo de la teoría de la equivalencia. Mientras que en el Derecho civil se trata de la distribución posterior apropiada de los daños produ-

[33] Cfr. al respecto en general ya Roxin (nota 32), pp. 253 y ss.; Schünemann (nota 32), 720; Rudolphi: *SK-StGB* (nota 29), núm. marg. 77, previo al § 1; Burgstaller: *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, 1974, pp. 127 y s.; Frisch: *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp. 494 y ss.; Namias: *Die Zurechnung von Folgeschäden im Strafrecht*, 1993. Especialmente sobre los casos de SIDA, Schünemann, en: Schünemann/Pfeiffer (comps.): *Die Rechtsprobleme von AIDS*, 1988, pp. 373, 483 y ss.; Schlehofer: *NJW* 1989, 2022 y s.; Silva-Sánchez: *GA* 1990, 207; Schünemann, en: Santiago Mir Puig (comp.): *Problemas Jurídico Penales del SIDA*, Barcelona, 1993, pp. 25 y ss., 55 y s.; el mismo, en: *I Jornadas sobre Derechos de los Pacientes*, Insalud, Madrid, 1992, pp. 27 y ss.

[34] *Supra*, nota 9.

cidos, de modo que aquí domina la función de reparación del Derecho, en el Derecho Penal se trata de la prevención de los daños mediante el efecto de prevención general de las normas de prohibición. Por ello, desde el punto de vista político-criminal, la imputación de resultados sólo tiene sentido cuando puede ser incorporada a un mecanismo de efectos de prevención general. Para los casos de cursos causales inadecuados, ello debe ser negado desde un principio, pues lo que no puede ser ni siquiera previsto, tampoco puede ser calculado bajo la presión de una amenaza penal. La teoría de la adecuación es correcta en su punto de partida, pero no es suficiente. En todos aquellos casos en que la norma de prohibición no es un instrumento apropiado para impedir la producción de aquel resultado que justamente se ha producido, no tiene sentido alguno asentar en la cuenta también al resultado en el momento de castigar por haber infringido la norma de prohibición, es decir, no tiene sentido imputarle ese resultado al autor que ha infringido la norma de prohibición, como si fuera su obra. La prohibición de provocar accidentes en el tránsito de vehículos no es una medida apropiada para impedir infecciones concomitantes durante la estancia en el hospital, pues siempre existen hospitales llenos de pacientes, y un cierto riesgo de infección queda susbsistente como riesgo general para la vida. Mientras que el riesgo de infección en el hospital no dependa de la gravedad de la lesión provocada en el accidente, no se puede formular una norma de cuidado que ordene no causar en el tránsito de vehículos al menos tales lesiones que predispongan posteriormente a los pacientes de un modo específico para la infección en un hospital. Por el contrario, si fuera posible formular tales normas de cuidado, por ejemplo para evitar lesiones que sólo pueden ser tratadas en una unidad de cuidados intensivos y que, por ello, acarrean riesgos de infección específicos e incrementados, la imputación del resultado tiene nuevamente un sentido desde el punto de vista político-criminal. Lo mismo es aplicable a los daños causados por un shock y a los daños sobrevenidos posteriormente: La muerte de familiares cercanos puede desencadenar un shock lesivo para la salud de un modo totalmente independiente de la circunstancia de que se haya debido a un accidente o a una causa natural. Como la muerte de toda persona se producirá con seguridad, el riesgo de daños causados por un shock no es incrementado en el saldo total por la exis-

tencia de delitos dolosos o culposos.[35] Y con respecto a la consecuencia sobrevenida posteriormente de la enfermedad del SIDA, el autor responsable por la infección no puede de ningún modo ejercer influencia sobre ella, de modo tal que su consideración en el programa de la medida de la pena no ofrece ninguna utilidad de prevención general.[36] Por ello, la imputación del resultado no tendría sentido en ninguno de los dos casos.

2) Espero haber expresado claramente en estas consideraciones, que la teoría de la adecuación formula una condición sólo necesaria, pero no suficiente para la imputación penal del resultado. La carga del resultado producido al autor se fundamenta mucho más en que la norma posee una utilidad de prevención general, y sin tal utilidad de prevención general la imputación del resultado no tendría sentido en el Derecho Penal. Se debe poder reprochar al autor que la norma de conducta que él ha infringido era apropiada para impedir el resultado producido concretamente desde una perspectiva previa al hecho y que también sigue siendo apropiada bajo una perspectiva posterior al hecho. Al respecto, la perspectiva anterior y posterior pueden ser idénticas, pero también pueden diferir una de otra, cuando otros hechos relevantes, que no eran reconocibles *ex ante*, son conocidos posteriormente. En el primer caso (identidad de las consideraciones *ex ante* y *ex post)* se podría hablar de la imputación objetiva en sentido amplio, en el último caso (cuando aparecen hechos adicionales bajo la consideración *ex post)* de la imputación objetiva en sentido estricto.

Desde el punto de vista de la teoría de las normas, en la imputación objetiva se trata de que la norma de prohibición a constituir *ex ante* y la norma de sanción a constituir *ex post*[37] no son idénticas, pero deben referirse una a la otra, de modo tal que

[35] Cfr. las referencias de la nota 32; más allá Frisch (nota 33), pp. 397 y ss.

[36] Además de las referencias de la nota 33 cfr. la presentación detallada de la discusión actual por Schünemann, en: *Szwarc* (comp.), *AIDS und Strafrecht*, 1996, pp. 9, 18 y ss.

[37] Esta diferenciación entre la norma de determinación o norma de conducta (norma primaria), que concierne a la motivación directa del autor y que debe ser formulada *ex ante*, y la norma secundaria, que concierne al hecho en general y por ello debe ser formulada *ex post*, se remonta hasta Binding y ha sido desarrollada del modo más intenso y hecha productiva para la dogmática de la imputación por Wolter (en: *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, 1981, pp. 46 y ss. y *passim;* el mismo, en: Gimbernat/Schünemann/Wolter —comps.—, *Internationale Dogmatik der objektive Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, 1995, pp. 3, 8 y ss.), quien se refiere ante todo a la

la prohibición formulada *ex ante* represente también desde la perspectiva *ex post* aún una medida apropiada para impedir el resultado que se ha producido. Si se parte de esta base, la controversia entre Roxin y la doctrina dominante de la imputación por un lado, y Frisch y sus discípulos por otro lado, acerca de si se trata primero de la imputación del resultado o del comportamiento típico,[38] se muestra como un problema aparente. En un delito de resultado, la realización del tipo se produce sólo con la concurrencia de ambos aspectos, y es una controversia inútil, si el núcleo esencial tiene que estar constituido por el comportamiento típico o por la imputación del resultado. Y también el nudo gordiano dogmático, complicado y confuso, constituido por el interrogante acerca de si la valoración debe ser efectuada *ex ante* o *ex post*, y si en ella deben marcar la pauta los conocimientos del autor o los conocimientos de un observador óptimo,[39] se resuelve ahora con la clara respuesta: "tanto uno como lo otro". La norma de conducta, cuya infracción constituye la conducta típica, debe ser naturalmente formulada *ex ante* y debe tomar como punto de partida la situación como así también los conocimientos del autor. Pues ella no debe regular caso hipotético alguno, sino la conducta del autor individual en una situación histórica muy concreta. Como ninguna persona puede hacer uso de otra cosa que de su propio saber y sus propias capacidades de conocer, no tendría sentido en absoluto construir la norma de conducta partiendo de la base de conocimientos de algún observador óptimo imaginario, pues ello sería absolutamente desatinado bajo el punto de vista de la prevención general.[40] En conse-

distinción tradicional entre norma de determinación y de valoración (al respecto Roxin, *Strafrecht AT I*, pp. 267 y ss.) como fundamento doble del ilícito penal, extendiéndolo hasta la norma de sanción (casi como una norma terciaria) sobre la base de las otras categorías de la culpabilidad y de los presupuestos objetivos de la punibilidad. Acerca de si esa división tripartita es necesaria en lugar de la bipartición adoptada por mí en el texto, es un tema que no puede ser aquí analizado, como así tampoco el nuevo intento reciente de Koriath (*Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, 1994, pp. 163 y ss., 188 y s., 232) y Hoyer (*Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann*, 1997, pp. 42 y ss.), fundado en Kelsen (en la actualidad de un modo detallado: Heidemann, Die Norm, als Tatsache, 1997), de un "Derecho Penal sin norma de prohibición", el cual, a mi juicio, está destinado al fracaso (críticamente también Neumann, *ZStW* 109 —1997—, 596 y ss.).

[38] Cfr. por un lado Roxin (nota 22), p. 313, por el otro Frisch (nota 33), pp. 33 y ss., 67.

[39] Al respecto, con numerosas diferenciaciones sutiles y exhaustivas referencias, Burkhardt, en: Wolter/Freund (comps.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, 1996, pp. 99 y ss.; más allá, Krümpelmann, Festschr. f. Triffterer, 1996, pp. 137 y ss.

cuencia, no genera la menor dificultad el considerar los denominados conocimientos especiales del autor (como por ejemplo, acerca de que el jugador contrario en un partido de rugby es hemofílico)[41] al formular la norma de conducta. Sin embargo, a este punto de vista subjetivo le son acercados los presupuestos objetivos del ordenamiento jurídico en forma del cuidado requerido o —como su lado opuesto— en forma del riesgo permitido y, para ello, contrariamente a lo que sostiene Stratenwerth,[42] no puede tener importancia alguna si el autor estaba subjetivamente en condiciones de observar un mayor cuidado. Es que prácticamente toda persona en toda situación se encuentra en condiciones de ello, tal como se puede mostrar con el simple ejemplo, en el que un conductor podría conducir su vehículo en el tránsito no a 50 km/h —lo cual le está permitido—, sino a la velocidad del paso de un hombre, para así excluir también el riesgo más ínfimo. A la inversa, el riesgo permitido depende, desde luego, absolutamente de las capacidades individuales del autor para superar situaciones de peligro, de modo tal que un conductor de vehículos que es corto de vista no puede conducir en el tránsito tan rápido como un corredor de carreras de fórmula 1, el que es mucho más rápido en sus reacciones.[43]

La formulación que se ha puesto ahora de moda en Alemania, de que el autor debe haber creado con su conducta típica un riesgo jurídicamente no permitido,[44] es sólo una reformulación ostentosa —que materialmente nada agrega— de un presupues-

[40] Por ello, en el continuo debate acerca de una medida de cuidado objetiva o subjetiva (individual) (véase por todos, por un lado, Stratenwerth: *Strafrecht Allg. Teil I*, 3ª ed. 1981, pp. 294 y ss.; Jakobs —nota 29—, pp. 206 y ss., 320 y ss.; por otro lado Roxin —nota 22— pp. 935 y ss.) quisiera modificar mi anterior defensa de una prescripción puramente objetiva (Festschr. f. Schaffstein, 1975, pp. 159, 161 y ss.), en el sentido de que la delimitación —¡objetiva!— entre la puesta en peligro que está prohibida de la que está permitida para la norma de conducta *ex ante* debe realizarse desde la perspectiva del autor. Sin embargo, debe omitirse también aun un comportamiento peligroso cuando la perspectiva del autor es incompleta de manera reconocible, de modo tal que los déficit individuales de conocimiento muestran por lo general una culpa por asunción y, por tanto, no modifican nada en la infracción del deber de cuidado (de un modo semejante, Burkhardt —nota 39—, p. 119). Más allá, la norma de sanción es determinada siempre de un modo puramente objetivo, es decir, desde la perspectiva del observador óptimo *ex post*.

[41] O en un combate de boxeo, véase Struensee, *JZ* 1987, 53, 60.

[42] Op. cit. (nota 40), p. 294.

[43] En esa medida acertado Stratenwerth (nota 42).

[44] Cfr. por todos nuevamente Frisch (nota 33), pp. 33 y ss.; Jescheck/Weigend (nota 7), p. 287; Roxin (nota 22), pp. 311 y s., todos con más referencias.

to más antiguo. Éste consiste en que la acción que es causa del resultado debe ser objetivamente contraria al deber de cuidado[45] al valorar objetivamente la infracción del deber de cuidado de un modo *ex ante* en el momento de la acción, considerando los conocimientos y capacidades especiales del autor. A esta comprobación de la infracción del deber objetivo de cuidado se agrega como otro paso el análisis de la imputación objetiva, que es realizado considerando todas las circunstancias que fueron reconocibles *ex post*. La imputación objetiva será afirmada cuando la norma de cuidado infringida, considerando también todos los hechos que han sido conocidos posteriormente, debe ser calificada aún como una medida razonable político-criminalmente para impedir ese resultado. Aquí no importa si ello fue conocido o reconocible por el autor, de modo tal que la imputación objetiva será analizada *ex post*, exclusivamente desde la perspectiva del juez que valora el caso. De esta manera, se desvanece irresolublemente la cuestión severamente debatida en la dogmática alemana, acerca de si la realización del riesgo no permitido debe ser valorada *ex ante* o *ex post*, y desde la perspectiva del autor o la de un observador óptimo.[46]

3) Por consiguiente, la imputación objetiva a analizar *ex post* no reemplaza a la infracción del deber objetivo de cuidado a considerar *ex ante* (como sostienen Roxin y Yamanaka),[47] sino que la complementa. Con ello, queda sin fundamento el temor expresado por Frisch, de que la imputación objetiva se convierta en una "supercategoría" dogmática contra el sentido de las cosas.[48] Además, con ello se responde a la cuestión que se vuelve confusa en la nueva doctrina, acerca de a quién le es imputado en realidad el resultado. Conforme a la concepción inicial de Honig,[49] que ha

[45] Así, también aún actualmente con numerosas referencias, Lackner/Kühl (nota 29), § 15 núm. marg. 36 y ss. Sobre una determinación de la infracción del deber de cuidado mediante una ponderación de intereses, Schünemann (nota 32), 575 y ss.; acerca del papel que cumple la previsibilidad objetiva, Kuhlen: *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, 1989, pp. 93 y ss., respecto de la relación complementaria con el riesgo permitido, Kindhäuser: *GA* 1994, 197 y ss., y sobre la significación del "principio de confianza" para el riesgo permitido, Brinkmann, *Der Vertrauensgrundsatz als eine Regel der Erfahrung*, 1996.

[46] Véase *supra*, nota 39.

[47] Roxin (nota 22), pp. 312, 922; Yamanaka, *ZStW* 102 (1990), 944.

[48] Op. cit. (nota 33), p. 31.

[49] Op. cit. (nota 12), p. 179, nota 2.

sido recientemente revisada en el Libro-Homenaje a Miyazawa por Maiwald,[50] se debe tratar de la imputación del resultado a la persona. Roxin se refiere a la imputación al tipo penal.[51] Ambas opiniones no resultan convincentes. El tipo penal es una subcategoría del concepto de delito; cada uno de los elementos del tipo penal constituyen los presupuestos de la dañosidad social. Uno de esos presupuestos es la imputación del resultado, que, por ello, ya había sido caracterizada por Engisch, con absoluta razón, como elemento no escrito del tipo.[52] Por consiguiente, no tiene ningún sentido referirse a la "imputación al tipo penal", pues el elemento del tipo es una parte del tipo y no sólo le es imputado. Materialmente se trata más bien de la cuestión acerca de si el resultado debe ser visto como una consecuencia penalmente relevante de la acción, de modo tal que la imputación se efectúa con respecto a la acción. Naturalmente, la acción debe ser, a su vez, imputable a la persona del autor. Pero como la acción representa el eslabón irrenunciable entre la persona y el resultado, no es acertado en sentido dogmático imputar el resultado directamente a la persona, como ahora Maiwald nuevamente lo ha sostenido.[53]

4) Si la imputación *ex post* depende de que la norma de conducta infringida por el autor siga siendo apropiada desde el punto de vista político-criminal para impedir el resultado producido, entonces aquí se trata de una valoración jurídica, en la cual debe ser realizada también especialmente una ponderación entre el interés en la libertad de actuar y el interés en la protección de bienes jurídicos. Por ello, el juicio de imputación no se agota en una comprobación descriptiva de relaciones ontológicas, como ello ha sido sostenido recientemente por Jakobs y Puppe. Ambos entienden la realización de un riesgo no permitido, requerida por la fórmula dominante, como un curso causal específico entre las características de la acción que fundamentan el riesgo no permitido (= la infracción del deber objetivo de cuidado) y el resultado producido. Y ese curso causal debe estar dado cuando la respectiva característica de la acción es componente necesaria de una

[50] Festschr. f. Miyazawa, 1995, p. 481.
[51] Op. cit. (nota 22), p. 287 y *passim*; el mismo, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, p. 245.
[52] Op. cit. (nota 16), p. 68.
[53] Véase *supra*, nota 50.

explicación del resultado.[54] Pero este sorprendente regreso al tiempo del naturalismo penal y su creencia ingenua de poder resolver todos los problemas penales con el concepto de causalidad, justamente grotesco[55] por ser expresado por el propio Jakobs, no es sostenible tampoco en esta cuestión. En el caso del hospital no puede ser puesta en duda la causalidad del error en la conducción del vehículo cometido culpable-mente, que condujo a un accidente de tránsito y a la consecuencia de la muerte de la víctima (ya sea por el incendio en el hospital, por un error cometido en la operación quirúrgica efectuada para salvarla, o por una infección con bacterias resistentes). Pues, sin el error en la conducción del vehículo cometido culpablemente no habría ocurrido el accidente y, por ello, la víctima tampoco hubiera tenido que permanecer en el hospital.[56] Pero lo decisivo no es de ningún modo esta cuestión empírica, sino la cuestión normativa, que consiste en si la prohibición de la causación de accidentes de tránsito por infracción del deber objetivo de cuidado debe proteger o no contra los mencionados riesgos. A ello no ofrece ninguna respuesta el análisis causal de Jakobs y Puppe.

5) Con esto, queda como último problema general, la cuestión acerca de si la imputación objetiva cumple un papel también en los delitos dolosos, lo cual ha sido fundamentado detalladamente ante todo por Roxin,[57] mientras que la perspectiva finalista (antes Armin Kaufmann, hoy Struensee y Hirsch, Schroeder y Küpper)[58] sigue oponiéndose a su concepción. En mi opinión, Roxin tiene razón en el punto de partida, pero va demasiado lejos al identificar de un modo absoluto las reglas de

[54] Puppe: NK-StGB (nota 29), n° marg. 189 y s., 195, previo al § 13; la misma, Jura 1997, 513 y s.; Jakobs (nota 29), p. 226. De un modo similar, pero claramente como una teoría normativa de la imputación, acentuadamente, Röh: *Die kausale Erklärung überbedingter Erfolge im Strafrecht*, 1995.

[55] Pues si no Jakobs no se cansará de utilizar el término "naturalismo" como sinónimo de "razonamiento gravemente errado", cfr. por ejemplo Jakobs: *Handlungsbegriff* (nota 29), pp. 29, 33, 41.

[56] Contra ello no se puede alegar que la infracción del deber de cuidado de haber causado el accidente no ha sido necesaria para explicar la muerte en el hospital, pues ello valdría igual para la muerte como consecuencia directa del accidente.

[57] Op. cit. (nota 22), pp. 310 y s.; el mismo, Chengchi Law Review, vol. 50 (1994), 219, 231 y s.; *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, pp. 237 y ss.

[58] Armin Kaufmann (nota 30); Struensee (nota 41), pp. 53 y ss.; el mismo, *ZStW* 101 (1990) 21, 26 y ss.; Hirsch (nota 30), p. 399; Schroeder: en el *Leipziger Kommentar* (nota 29), § 16, núm. marg. 25 y ss.; Küpper (nota 30), pp. 91 y ss.

imputación del delito doloso y las del culposo.[59] El hecho de que la solución de los casos por los finalistas no es suficiente sólo con la ayuda del concepto de dolo, se muestra ya en el caso de la tormenta, si es que se lo formula correctamente. En efecto, la formulación clásica de este caso es engañosa, porque convencer al tío de salir a pasear en medio de una tormenta es, ya desde un principio, sólo una participación impune en una libre autopuesta en peligro.[60] El caso debe ser construido de modo tal que el sobrino ata al tío en la cima de la montaña y así lo expone a la tormenta. Aquí los finalistas tampoco negarían el dolo de matar, pues el escaso valor estadístico del riesgo desencadenado no modifica en nada el hecho de que el autor pone en marcha este escaso riesgo con el objeto de que se produzca el resultado y, por eso, actúa respecto de la muerte, que ha sido eventualmente provocada a través de ello, no sólo con simple dolo, sino incluso con intención o propósito. El hecho de que no se trata de un problema del dolo, sino de un problema de la imputación del resultado, es más claro aún en todos los casos de desviación del curso causal respecto del dolo, pues los criterios acerca de cuándo una desviación tal excluye la imputación del resultado, y cuándo no,[61] no pueden ser extraídos de todos modos del concepto de dolo, pues el dolo respecto del curso causal concreto se encuentra ausente, por definición, en todos los casos.

En efecto, la imputación objetiva del resultado es también relevante para el delito doloso. Sin embargo, a diferencia de Roxin, considero posible que los criterios de imputación sean diferentes en el delito doloso con respecto a los del delito culposo, a saber, más exigentes. Pues, en el delito culposo no alcanza la creación

[59] Op. cit. (nota 22), p. 922.

[60] Cfr. acerca de ello en la bibliografía más nueva el grupo de casos excesivamente discutido, el cual no será aquí analizado en particular, Fiedler: *Zur Strafbarkeit der einverständlichen Fremdgefährdung*, 1989; Walther: *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung*, 1991; Derksen: *Handeln auf eigene Gefahr*, 1991; Zaczyk: *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, 1993; Lewisch: ÖJZ 1995, 296 y ss. La adopción del principio citado en el texto por el Tribunal Supremo Federal alemán (*BGHSt* 32, 262, 264) (entre otros, en atención a mi crítica en *NStZ* 1982, 60 y ss.) es revisada cada vez más en la nueva jurisprudencia, véase las referencias en Roxin (nota 22), pp. 337 y s. y, finalmente, *BGHSt* 37, 179 y ss.

[61] Este grupo de casos que aún es debatido vivamente tampoco puede ser tratado aquí en particular, cfr. al respecto finalmente Rath: *Zur strafrechtlichen Behandlung der aberratio ictus und des error in objecto des Täters*, 1993; Wolter, en: Gimbernat/Schünemann/Wolter (nota 37), pp. 14 y ss.; Gómez Benítez: ibíd., pp. 25 y ss.

de peligros inadecuados: si así fuera, sería enormemente limitada la libertad de acción. En cambio, en el delito doloso, el riesgo permitido debe ser determinado al menos de un modo considerablemente más restringido en los casos en que el autor actúa con el propósito de lesionar. Allí el autor domina la provocación del riesgo por sí solo y no permite que la víctima pueda autoprotegerse. Un ejemplo de ello constituye el efectuar un disparo a una distancia muy grande, con lo cual sería posible, pero extremadamente improbable, dar en la víctima. En el ámbito de los delitos culposos, cuando por ejemplo se realiza tal disparo en el marco de una actividad de caza, se deberá hacer referencia, sin reparos, a un riesgo permitido. Por el contrario, quien efectúa el mismo disparo contra la víctima con el propósito de matarla, en mi opinión no puede alegar que se ha tratado de un riesgo permitido. Pues, a diferencia del autor imprudente, no posee ningún fundamento digno de consideración para su actuar y porque la provocación dolosa del riesgo aún más pequeño debe ser impedida, mientras que la víctima no pueda protegerse a sí misma contra ello. Esto fundamenta también la diferencia con el caso mencionado frecuentemente por la doctrina, en el que alguien conduce su vehículo por la ciudad a la velocidad reglamentaria, y espera todo el tiempo que un peatón descuidado se cruce repentinamente delante de su automóvil, de modo tal que no le sea posible frenar.[62] Contra tales peligros, todo peatón puede y debe protegerse, y además efectivamente se protegerá, mientras que en el caso de un disparo efectuado a una mayor distancia y sin que el autor corra un riesgo propio, fracasa toda posibilidad de autoprotección.

De ello infiero que los principios de la imputación objetiva deben ser considerados también respecto del delito doloso, pero debe rechazarse una identidad de los criterios o pautas de imputación para los delitos dolosos y culposos.

6. Como última objeción contra la teoría de la imputación objetiva hay que analizar el argumento expresado por Armin Kaufmann[63] y vuelto a formular también por Frisch,[64] de que no se trata de una verdadera teoría, sino sólo de un conjunto de puntos de vista *(Topoi)*, y que especialmente la teoría del fin de

[62] Cfr. Herzberg, *JR* 1986, 7; Frisch (nota 22), pp. 141 y s.
[63] Op. cit. (nota 30), p. 271.
[64] Op. cit. (nota 33), p. 31.

protección, como instrumento directriz de fondo para la averiguación del Derecho aplicable, es prácticamente inútil. Pero esta crítica no es acertada. Naturalmente, para responder a la cuestión acerca de si un resultado determinado se encuentra en el ámbito de protección de la norma de conducta infringida, es decir, si la norma de conducta es una medida conveniente para impedir resultados de esa clase, debe ser realizada una intepretación teleológica de la correspondiente norma, cuyos resultados no pueden estar contenidos ya en el concepto de imputación. Sin embargo, este análisis debe tener lugar de todos modos cuando se analiza si el autor ha actuado objetivamente de un modo contrario al cuidado o si se ha mantenido en el marco del riesgo permitido. La teoría de la imputación objetiva no remite, por ejemplo, a un criterio desconocido, sino que se refiere a un criterio a clarificar de todos modos en el estadio del tipo penal y describe la necesidad de poder establecer una conexión entre la norma de conducta y el resultado producido. Ésta es una afirmación dogmática exacta, aun cuando su aplicación al caso en particular siempre depende, naturalmente, de la norma de conducta que concretamente corresponda y de su estructura teleológica.

4. *Sobre los grupos de casos relevantes para la imputación objetiva en particular*

En la última parte de mi conferencia quisiera referirme muy brevemente a los distintos grupos de casos en los que la teoría de la imputación objetiva tendrá una aplicación práctica. Aquí debe distinguirse entre ambas figuras de la imputación objetiva en sentido estricto (es decir, la discrepancia entre la consideración *ex ante* y *ex post)* y de la imputación objetiva en sentido amplio (referencia general al resultado efectuada por la norma de conducta).

1) El primer gran grupo de casos está constituido por la facilitación o impulso dado para que la víctima realice una autopuesta en peligro.[65]

Los diversos tipos de casos que pertenecen a este gran grupo son sumamente diferentes entre sí y no pueden ser tra-

[65] Sobre el estado más actual del debate en este campo, que entretanto es casi inabarcable, cfr. las referencias en la nota 60.

tados aquí en detalle. En la mayoría de los casos se tratará de la imputación del resultado en sentido amplio, pues el autor ya conoce o le es reconocible *ex ante* que su acción facilita o impulsa una autopuesta en peligro de la víctima. Pero se puede tratar de la imputación objetiva en sentido estricto, cuando es reconocible sólo *ex post* que la víctima se pone en peligro libremente de un modo responsable y en absoluto conocimiento de la situación.

La doctrina crítica ha intentado frecuentemente resolver estos casos a través de la figura del consentimiento, y no así mediante la figura de la imputación.[66] Pero ello ya es imposible de construir en los casos en los que la víctima no está de acuerdo con la acción del autor antes de que sea realizada, sino que sólo luego de la acción del autor se expone a las consecuencias que surgen de ella. Además, no puede haber consentimiento justificante alguno en una acción de matar, como lo muestra la relevancia penal del homicidio cometido a pedido de la víctima.[67] El ángulo de solución decisivo se encuentra en el reconocimiento político-criminal y víctimo-dogmático, de que una protección de los bienes jurídicos frente a su titular no es posible ni conveniente a través del Derecho Penal, de modo tal que las reglas de cuidado no persiguen el fin de impedir autolesiones de la víctima. Naturalmente, ello sólo es así cuando la víctima actúa libremente de un modo responsable y conoce la situación de peligro tan bien como el autor. Cuando una persona infectada del VIH contagia a otro al tener contacto sexual, sin poseer dolo de lesión, responde al menos por lesiones corporales culposas, si le ha ocultado a su pareja su propia enfermedad y el riesgo elevado de contagio.[68] Actualmente sigue siendo discutida la cuestión de imputación cuando la víctima se expone en conocimiento absoluto al riesgo

[66] Así, ya Schaffstein: Festschr. f. Welzel, 1974, pp. 567 y ss.; Rudolphi: *SK-StGB* (nota 29), nº marg. 81 a, previo al § 1, con más referencias; Schroeder en el *Leipziger Kommentar* (nota 29), § 16, nº marg. 182. Por cierto, ello es así sólo para los casos de "puesta en peligro de otros con su consentimiento" *(einverständliche Fremdgefährdung)*, que Roxin distingue terminológicamente de la "colaboración en una autopuesta en peligro consciente" (*Mitwirkung bei vorsätzlicher Selbstgefährdung*), cfr. Roxin (nota 22), pp. 335, 342.

[67] § 216 StGB, véase Roxin (nota 22), p. 343; *BGHSt* 4, 88, 93.

[68] Así también y acertadamente la jurisprudencia, cfr. *BGHSt* 36, 1 y ss.; 36, 262, quien considera naturalmente también aplicables los delitos de homicidio, si está presente el correspondiente dolo. Sobre el estado de la discusión véase Schünemann, (nota 36), con numerosas referencias.

creado por el autor, pero a raíz de un deber moral o jurídico.[69] El Supremo Tribunal Federal alemán *(BGH)* ha condenado recientemente al autor de un incendio por homicidio culposo, porque alguien entró con posterioridad en la casa en llamas para recuperar sus objetos, y de ese modo murió asfixiado.[70] Ello tiene político-criminalmente ciertos fundamentos, pues, considerando la tendencia generalizada de las personas de exponerse a riesgos considerables para salvar sus bienes y no tomarlos lo suficientemente en serio, la prohibición del incendio podría perseguir el objetivo de proteger a esa clase de víctimas de su propio descuido. Por otra parte, este peligro general es compensado penalmente ya a través del castigo por el incendio; el autor no tiene más influencia sobre el comportamiento de la víctima respecto del peligro; y resulta difícil formular reglas de cuidado que impidan crear, a través del incendio, peligros que surjan a partir del descuido de la víctima. Pues entonces justamente el incendio más inofensivo que no coloca a la vivienda completamente en llamas en escaso tiempo, debería ser considerado como el caso penalmente más grave, pues sólo en estos casos leves son emprendidos intentos descuidados de salvación de los bienes que han quedado en la vivienda. En suma, considero preferible desde el punto de vista político-criminal hacer depender la imputación en los casos de muerte, también en el caso de homicidio imprudente (conforme a la regulación del delito cualificado por el resultado del § 307, núm. 1 del Código Penal alemán y a la interpretación del art. 186, ap. 5 del Código Penal argentino), del hecho de que la víctima ya se encontrara en el momento del hecho en los recintos incendiados.[71]

2) Mientras que en el primer grupo de casos se trata de la participación de la víctima en la causación del resultado y de la

[69] Cfr. acerca de este grupo de casos con más referencias numerosas, Roxin (nota 22), pp. 339 y s., 347 y s., y sobre la solución por un lado Roxin (nota 26), pp. 142 y s.; el mismo (nota 32), pp. 247 y s.; Burgstaller (nota 33), pp. 112 y ss.; por otro lado Frisch (nota 33), pp. 472 y ss.; Rudolphi: *SK-StGB* (nota 29), nº marg. 80 y s., previo al § 1; diferenciando Schünemann (nota 32), 721 y s.; Schumann: *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, 1986, pp. 70 y s.

[70] *BGHSt* 39, 322 y al respecto Roxin (nota 22), pp. 340 y s.; Sowada, *JZ* 1994, 663 y ss.

[71] Por ejemplo Soler: *Derecho Penal Argentino*, t. IV, Buenos Aires, 1988, pp. 583 y s.; cfr. también la presentación de la problemática en general del art. 186 del Código Penal argentino que Sancinetti realizó en su obra de 1991, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, pp. 240 y ss., esp. p. 247.

consecuente exclusión de la imputación objetiva, el segundo gran grupo de casos concierne al comportamiento delictivo adicional de un tercero, que utiliza el curso causal creado por el autor y produce definitivamente el resultado. Aquí debe distinguirse entre dos subgrupos, según si el primer autor actúa culposamente o dolosamente respecto del comportamiento del segundo autor.

a) El primer grupo es debatido en Alemania desde hace tiempo en el marco del tema de la prohibición de regreso. Conforme a la doctrina elaborada por Frank,[72] que actualmente sigue siendo sostenida especialmente por Naucke y sus discípulos,[73] el dominio de la producción del resultado mediante un autor doloso es exclusiva, de modo tal que la contribución adicional de un autor culposo es, frente a él, marginal, y no posee relevancia penal alguna. Pero ello no puede ser aceptado, pues existen numerosas normas de cuidado, como por ejemplo el almacenamiento de estupefacientes o de armas de fuego, que evidentemente han sido creadas para impedir hechos delictivos de terceros, de modo tal que, de ser infringidas, el resultado provocado definitivamente debe ser también imputable al segundo autor que ha actuado a continuación. También aquí se mantiene el principio general de la teoría de la imputación, de que el fin de protección de la norma de cuidado que ha sido infringida es determinante, con lo cual es posible formular una solución diferenciadora.[74] Pues, en la mayoría de los casos se puede confiar en que otros no cometen delitos dolosos, de modo tal que sólo existen excepcionalmente deberes de cuidado específicos para impedir la comisión de delitos dolosos por parte de terceros.

A modo de ejemplo quisiera formular el caso de un vendedor de automóviles que vende una camioneta a un terrorista, habiendo podido saber por las circunstancias de la venta (por ejem-

[72] Cfr. Frank: *Strafgesetzbuch*, 18ª ed. 1931, § 1, nota III 2 a. Sobre la historia dogmática del siglo XIX: Ling: *Die Unterbrechung des Kausalzusammenhanges durch willentliches Dazwischentreten eines Dritten*, 1996.

[73] Renovando este punto de vista, Naucke, *ZStW* 76 (1964), pp. 409 y ss.; de un modo similar, Otto, Festschr. f. Maurach, 1972, pp. 91 y ss.; Wehrle: *Fahrlässige Beteiligung am Vorsatzdelikt — Regreßverbot?*, 1986, pp. 126 y ss.; *Diel, Das Regreßverbot als allgemeine Tatbestandsgrenze im Strafrecht*, 1997. Oponiéndose acertadamente a este enfoque de un modo crítico, Roxin: *Festschr. f. Tröndle*, pp. 186 y ss.

[74] Cfr. al respecto Roxin (nota 22), pp. 928 y ss.; para una constelación especial *Grünebaum, Zur Strafbarkeit des Therapeuten im Maßregelvollzug bei fehlgeschlagenen Lockerungen*, 1995.

plo, por el deseo de que se instalen mecanismos especiales de soporte) que la camioneta iba a ser usada para la realización de un gran atentado con bomba. Si en el atentado mueren personas, surge la pregunta acerca de si el vendedor de la camioneta es responsable por homicidio culposo. Considero que ello no corresponde, pero no por una adhesión general a la teoría de la prohibición de regreso, sino porque los deberes de cuidado en la enajenación de automóviles se limitan a la garantía de la confiabilidad técnica. De otro modo que el caso de estupefacientes o de armas de fuego, aquí no existe una típica utilización delictiva y, en consecuencia, tampoco existen deberes de cuidado referidos al riesgo del delito. Habría que resolver de otro modo si el equipo adicional hubiera poseído una relación específica con la realización técnica de un atentado, por ejemplo, si hubiera sido solicitada la instalación de un dispositivo de encendido. Pues, en ese caso, se podría investigar a su vez un nexo del fin de protección *(Schutzzweckzusammenhang)*, que está ausente tanto en la venta de un automóvil de la misma manera que en la venta de un cuchillo que será usado más tarde para un atentado.

b) El segundo grupo de casos concierne a la denominada complicidad a través de un comportamiento neutral. Ella figura hoy en Alemania entre los problemas más discutidos.[75] El Supremo Tribunal del Reich *(Reichsgericht)* que decidió en el año 1906 sobre uno de los primeros casos de esta clase, cuando se trató la cuestión acerca de si mediante el suministro de pan o vino a un prostíbulo puede considerarse que se ha otorgado un apoyo al negocio de la prostitución allí desarrollado.[76] El Supremo Tribunal del Reich afirmó una participación penalmente relevante por complicidad por el suministro de vino, pero la negó para el suministro de pan, pues sólo el vino fomenta específicamente el negocio en el prostíbulo. Esta problemática sigue siendo actual, pero ha pasado a un segundo plano, pues, en el último tiempo, una problemática específica

[75] Sobre el estado de la discusión, Jakobs: *ZStW* 89 (1977), 20 y ss.; Schumann (nota 69), pp. 54 y ss.; Frisch (nota 33), pp. 280 y ss.; Roxin en el *Leipziger Kommentar* (nota 29), § 27, nº marg. 17 y ss.; Hefendehl, *Jura* 1992, 374, 376 y s.; Wolff-Reske: *Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung*, 1995; Schild Trappe: *Harmlose Gehilfenschaft?*, Berna, 1995; *Niedermair, ZStW* 107 (1995), 507 y ss.; Wohlleben: *Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen*, 1996; Rogat: *Die Zurechnung bei der Beihilfe*, 1997; Tag, JR 1997, 49 y ss.; Ransiek: *wistra* 1997, 41 y ss.

[76] *RGSt* 39, 44.

de la complicidad en la evasión de impuestos ha ocupado más a los tribunales alemanes hasta llegar al Tribunal Constitucional *(BVerfG)*. Para poder ocultar el dinero proveniente de actividades ilícitas de contribuyentes alemanes del control de las autoridades de finanzas alemanas, se lo envía habitualmente a Luxemburgo, y los grandes Bancos alemanes acostumbran ofrecer para ello sus buenos servicios. Numerosos profesores de Derecho Penal han escrito dictámenes, conforme a los cuales en esta tarea de ayuda de los Bancos se trataría de una conducta adecuada a la clase de actividad, que no representaría una participación penalmente relevante por complicidad en la evasión de impuestos.[77]

Si se quisiera tratar esta complicada problemática en particular, habría que dar una conferencia en especial. A su vez, aquí debe ser nuevamente planteado el interrogante acerca de si la prohibición de la correspondiente acción es un medio eficiente desde el punto de vista político-criminal para impedir la lesión del bien jurídico, que se halla amenazada por el autor posterior. Ello es aplicable sin duda al suministro de vino a un prostíbulo como afrodisíaco, pero no así al suministro de pan, pues comer no puede ser algo prohibido de por sí y tampoco eleva el riesgo del negocio de la prostitución. A su vez, la transferencia de dinero a Luxemburgo ejecutada por los Bancos es, por el contrario, un medio de ayuda realmente imprescindible para la evasión de impuestos, pues sólo con la ayuda de esta vía de transferencia que se encuentra a disposición, puede ser enviado eficazmente fuera del país dinero proveniente de actividades delictivas. Por ello, y en contra de los numerosos dictámenes de mis colegas, aquí debe ser considerada una complicidad en la evasión de impuestos.

También conforme a estas reglas debe ser analizado el caso de la camioneta que ya he mencionado anteriormente, si se supone que el vendedor sabía que la camioneta que vendía iba a ser usada para un gran atentado con bomba. Aquí haría depender la decisión del hecho de que el vendedor haya realizado de algún modo al autor alguna prestación o beneficio que no podría haber conseguido en cualquier lugar de la misma manera. Si, por ejemplo, los terroristas ya estaban siendo buscados por la

[77] Por ejemplo Hassemer, *wistra* 1995, 41 y ss.; cfr. además sobre el problema en especial Ransiek (nota 75); Löwe-Krahl, *wistra* 1995, 201 y ss.

justicia y habrían tenido dificultades para adquirir un vehículo en otro lugar, o bien si la camioneta hubiera estado dotada de un apropiado equipo adicional, especial para atentados, no tendría reparos en afirmar una complicidad. Pues, entonces, la prohibición de esta acción habría sido un medio eficiente desde el punto de vista político-criminal para impedir la lesión del bien jurídico, que amenaza ser concretizada por el autor posterior. Si el autor, por el contrario, hubiera podido adquirir el vehículo con el mismo equipamiento y sin problemas especiales, de cualquier otro vendedor de automóviles, sobre todo sin correr allí riesgo alguno de ser descubierto, yo compararía este caso con el del suministro de pan a un prostíbulo, es decir, rechazaría una participación penalmente relevante por complicidad. Ello sería diferente si el vendedor ya le hubiera prometido con anterioridad al autor que no revelaría su identidad en las posteriores investigaciones del caso. Pues, en ese caso, la venta realizada junto con esta garantía habría reducido esencialmente el riesgo del autor de ser descubierto y habría constituido, a su vez, una acción específica de complicidad.

3) Como ya he tratado aquí el grupo de los daños causados por un *shock* y de los daños sobrevenidos posteriormente, con ello ya han sido debatidos suficientes grupos de casos sobre el criterio de imputación del nexo del fin de protección *(Schutzzweckzusammenhang)*.[78] Por último, me ocuparé sólo muy brevemente de un grupo de casos de la imputación objetiva en sentido estricto, que es discutido hasta el día de hoy en Alemania de un modo intenso y controvertido desde el famoso caso del ciclista

[78] Sobre otros grupos de casos, cfr. Roxin (nota 22), pp. 325 y ss.; Schünemann (nota 32), 715 y ss. Al respecto, sistemáticamente es aún de una importancia fundamental que los grupos especiales de casos del nexo del fin de protección *(Schutzzweckzusammenhang)* sean distinguidos de la problemática general del "nexo de elevación del riesgo" *(Risikoerhöhungszusammenhang*, que será tratado a continuación en el texto). Pues, cuando se trabaja para ambas categorías con la misma fórmula de la "realización del riesgo" (así, por ejemplo, Krümpelmann: *Festschr. f. Bockelmann*, 1979, pp. 443 y ss.; el mismo, Festschr. f. Jescheck, 1985, p. 314; el mismo, *GA* 1984, 491 y ss.; Jakobs —nota 29—, pp. 184 y ss.; críticamente en contra, Puppe, *GA* 1994, 297, 312 y s.), de la "planificabilidad racional" *(rationalen Planbarkeit")* (así Toepel: *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1992, pp. 197 y ss.) o de la "correspondencia normativa" (así Erb: *Rechtmäßiges Alternativverhalten und seine Auswirkungen auf die Erfolgszurechnung im Strafrecht*, 1991, pp. 146 y ss.; el mismo, *JuS* 1994, 449, 455 y s.), los problemas de la imputación son mezclados entre sí de un modo confuso (véase Roxin —nota 33—, pp. 333 y s.; Schünemann, *StrV* 1985, 229, 231).

(BGHSt. 11, 1). En este caso, el conductor de un camión había adelantado a un ciclista dejando muy poca distancia, después de lo cual el ciclista fue a parar debajo del camión y fue arrollado mortalmente. Posteriormente se puso de manifiesto que el ciclista se encontraba en estado de ebriedad, de modo tal que, aun si el camión hubiera observado la distancia de seguridad señalada en el Reglamento de tránsito *(StVO)*, posiblemente se hubiera caído bajo el camión y se hubiera muerto. Esta problemática es debatida desde hace tiempo bajo la denominación "causalidad de la infracción del deber" y existen en lo esencial dos opiniones que difieren entre sí: Según una concepción, la imputación del resultado debe ser negada ya cuando se manifiesta como posible que el resultado también se hubiera producido con el comportamiento conforme al cuidado.[79] De acuerdo a la opinión contraria, sostenida por Roxin, es suficiente para afirmar la imputación que el riesgo de la producción del resultado haya sido elevado a través de la infracción del deber objetivo de cuidado.[80] La crítica principal a esta teoría del incremento del riesgo consiste en que, con ella, delitos de lesión serían convertidos en delitos de peligro y sería infringido el principio *in dubio pro reo*, pues, sobre la base de este principio, debería considerarse a favor del autor el hecho de que la víctí-

[79] Schroeder en el *Leipziger Kommentar* (nota 29), § 16, núm. marg. 190; Schönke/Schröder/Cramer (nota 29), § 15, núm. marg. 171 y ss.; Samson: *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht*, 1972, pp. 153 y ss.; Prittwitz: *Strafrecht und Risiko*, pp. 323 y ss.; Frisch (nota 22), pp. 537 y ss.; Jakobs (nota 22), pp. 235 y ss.; Toepel (nota 79), pp. 146 y ss.

[80] Básicamente Roxin: *ZStW* 74 (1962), 411 y ss.; el mismo, *ZStW* 78 (1966), 214 y ss.; conforme con ello en principio o en los resultados, por ejemplo Burgstaller (nota 33), pp. 135 y ss.; Jescheck/Weigend (nota 7), pp. 585 y s.; Lackner/Kühl (nota 29), § 15, núm. marg. 4; Otto: *JuS* 1977, 708; Puppe: *ZStW* 95 (1983), 287 y ss.; la misma, *ZStW* 99 (1987), 595 y ss.; la misma, *NK-StGB* (nota 29), n° marg. 205 y s., previo al § 13; Rudolphi: *SK-StGB* (nota 29), n° marg. 65 y ss., previo al § 1; Schaffstein: *Festschr. f. Honig*, 1970, p. 171; Schünemann (nota 32), 582 y ss., 647 y ss.; el mismo, *GA* 1985, 354; el mismo (nota 78), 229; Stratenwerth (nota 40), p. 278; Wolter (nota 37), pp. 334 y ss.; en definitiva también —algunos cubren el problema acabando en la teoría de la pena y la filosofía moral— Kahlo: *Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1990, pp. 261 y s. Sólo comparable en el enfoque: Jordan: *GA* 1997, 349 y ss.: con eliminación definitiva de la relación con el resultado a través de la gravedad de la peligrosidad de la acción; y aún más allá, Martínez Escamilla, que ha vuelto a defender la antigua concepción de Spendel, según la cual no depende en absoluto de la causalidad hipotética del comportamiento alternativo ajustado a derecho (en: Gimbernat/Schünemann/Wolter —nota 37—, pp. 37 y ss.).

ma también hubiera muerto en caso de que el autor hubiera actuado conforme al deber.[81]

El hecho de que esta crítica no es acertada surge de mis consideraciones realizadas al comienzo, sobre el principio fundamental de la imputación objetiva en sentido estricto. De acuerdo con ello, debe analizarse *ex post* si la norma de cuidado infringida *ex ante* aún puede ser considerada, conforme a las circunstancias ahora conocidas, como un medio apropiado político-criminalmente para impedir el resultado producido. Sin duda, las normas que no excluyen el riesgo de la producción del resultado en un cien por ciento, sino que solamente lo reducen, también son apropiadas desde el punto de vista político criminal. Sólo la existencia del riesgo permitido demuestra que los deberes de cuidado nunca poseen como objetivo impedir la producción del resultado en un cien por ciento, sino que sólo intentan reducir considerablemente el riesgo de producción del resultado. Si se reformula de este modo la teoría del incremento del riesgo normativamente, resulta claramente que el reproche de que se está infringiendo el principio *in dubio pro reo* es incorrecto: Al analizar si la norma de cuidado se manifiesta como apropiada aun también bajo la consideración *ex post*, se trata justamente de la cuestión acerca de si debe ser instalado una especie de cinturón de seguridad mediante la norma de cuidado, por los detalles del curso del suceso que no pueden ser esclarecidos. En otras palabras, se trata del dominio de la casualidad a través de la evitación del riesgo, tal como lo ha formulado Kratzsch,[82] y en ello consiste también el fin de las normas de prohibición en los delitos de resultado.

Por consiguiente, en la reformulación normativa que he propuesto, la teoría del incremento del riesgo acierta justamente en el nexo entre conducta y resultado que sólo es y puede ser requerido en un Derecho Penal moderno que reconoce el riesgo permitido. Por esta razón, ella es una expresión especialmente clara de

[81] Esta crítica ha sido realizada ya por Ulsenheimer: *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, 1965, pp. 134 y ss.; el mismo, *JZ* 1969, 364 y ss. y, en realidad, no ha sido desde entonces más desarrollada, sino sólo siempre reiterada. Sobre la nueva crítica de Koriath (nota 37), pp. 491 y s., cfr. la anticrítica en Roxin (nota 22), p. 330.

[82] *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht*, 1985, p. 541 y *passim*; el mismo, GA 1989, 49 y ss., 57.

los principios generales de la imputación objetiva, y no corresponde la crítica que se le formula.

5. *Resultado*

Con ello he llegado al final de mis consideraciones. Espero haber puesto en evidencia que la teoría de la imputación objetiva representa una evolución necesaria de los principios de imputación penal que habían sido trazados primero sólo por la teoría de la equivalencia y después por la teoría de la adecuación. También constituye la única clave para enfrentar un gran número de casos problemáticos que se presentan en la actualidad, entre los cuales se presenta como ejemplo más moderno la transferencia al extranjero de dinero proveniente de actividades ilícitas, realizada a través de Bancos. Naturalmente, con la teoría de la imputación objetiva no serán ya resueltas cuestiones de fondo tales como el alcance del fin de protección de la norma de cuidado, sino que sólo serán identificadas como un planteamiento relevante para la realización del tipo. Pero ello ya constituye un progreso dogmático significativo que nos ha concedido la teoría de la imputación objetiva.

Pena y culpabilidad

EDGARDO ALBERTO DONNA

CARLOS CREUS

MANUEL DE RIVACOBA Y RIVACOBA

DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA

Coordinador: OSCAR A. ESTRELLA

IX. LA CULPABILIDAD Y LA PREVENCIÓN COMO CONCEPTOS ANTAGÓNICOS*

POR EDGARDO ALBERTO DONNA

1. *Planteo general*

El concepto de culpabilidad, es sinónimo de reprochabilidad, e integra en nuestro esquema la categoría de la atribuibilidad. Los criterios de prevención quedaban sólo reservados a la llamada responsabilidad por el hecho, en donde el Derecho, por razones de política criminal, y no por causas individuales, excluye de pena al autor. Con lo cual, en la culpabilidad sólo se estudia la capacidad de culpabilidad y su ausencia, y la conciencia del ilícito, y su ausencia. Nuestra hipótesis es que existe un mínimo de libertad en el hombre, para, en consecuencia, seguir insistiendo en la categoría de culpabilidad, como reprochabilidad.

No es necesario recordar, además, que la categoría de la atribuibilidad se asienta sobre un hecho típico y antijurídico, es decir, que no esté justificado. En este aspecto y no es ésta la ocasión para justificar el porqué, también hemos aceptado, por razones no sólo metodológicas, que el dolo integra el tipo penal.[1]

Entrando de lleno en el tema, y buscando un concepto de culpabilidad que nos sirva de referencia, para iniciar nuestras reflexiones, se puede seguir, en principio a Jescheck. Culpabilidad, dice el autor citado "significa que deben valorarse negativamente los principios orientadores por los que el autor se ha deja-

* La conferencia que ahora se presenta para la publicación del Congreso organizado por la Universidad de Buenos Aires, en homenaje al 75° aniversario del Código Penal argentino, sigue en líneas generales el pensamiento que ya he desarrollado en otras oportunidades sobre el tema de la culpabilidad. Sólo que en este caso, y como ya lo había afirmado en el seminario sobre "Temas actuales de Derecho Penal" que organizó la Universidad de Belgrano, en mayo de este año, he sido más explícito en esta idea que afirma que ambos términos son en sí contradictorios.

1 Donna: ob. cit. §. 25 y ss.

do llevar en la formación de la voluntad, y que cabe por ello reprocharle personalmente el hecho, o dicho más brevemente, Culpabilidad es Reprochabilidad en la formación de la voluntad".[2] A este concepto de culpabilidad se llegó después de una larga evolución, que va desde la teoría psicológica de la culpabilidad, en la cual ésta quedaba reducida al dolo y a la culpa, pasando por el concepto normativo, hasta llegar a la teoría personal del injusto, en el cual el dolo y la imprudencia pertenecen al injusto. De modo que para la culpabilidad han quedado como requisitos: intelectualmente, que el autor pueda reconocer lo ilícito de su hecho; y, volitivamente, que le sea posible motivarse conforme a ese conocimiento.[3]

Este concepto de culpabilidad se ha asentado sobre la responsabilidad del hombre, en el sentido de un ser que se puede determinar conforme a valores. Y, en eso acierta Lackner, cuando afirma que mucho tuvo que ver en la elaboración de este concepto la catástrofe del régimen nazi. La búsqueda de un criterio firme para evitar la violación sistemática de los derechos humanos, que llevó a la afirmación de la libertad del hombre, y con ello al reconocimiento de la autonomía ética del ser humano. Sobre esta base se estructuró el fallo del *Bundesgerischtshof*, que aparece como síntesis de esta posición cuando dice "el hombre está constituido para autodeterminarse ética, libre y responsablemente, de manera que puede decidirse en favor de la ley y en contra de la acción delictuosa". Para agregar que "la responsabilidad requiere que el autor haya tenido, en el momento del hecho, la capacidad suficiente y libre voluntad, necesaria para evitar su comisión".[4]

Esta noción de culpabilidad se mantuvo, a mi juicio, mientras estuvo latente el desastre del régimen implantado por el nacionalsocialismo. Cuando el hombre se sintió seguro que el horror había pasado, aquel consenso que se había logrado, pronto se vio sacudido por nuevos puntos de vista, especialmente por la vuelta del neokantismo, y un claro influjo de doctrinas más cercanas a la sociología, por una parte, y a criterios científicos que estaban basados en las llamadas ciencias duras. De modo que

[2] Jescheck: *Tratado de Derecho Penal*, p. 364

[3] Hans Joachim Hirsch: *El principio de culpabilidad y su función en el Derecho Penal*, en p. 26

[4] BGB, 2, 194.

aquel fallo del Tribunal Federal Alemán, y con ello todas las posiciones que habían contribuido a su formación tuvieron que responder a serios interrogantes, y por qué no, a serias críticas que comenzaron a formularse, y que llegan hasta la actualidad.

Una primera objeción, que obviamente no era nueva, se basaba en la hipótesis que la disputa científica sobre la libertad del hombre, no puede ser resuelta en contra del no determinismo, ni siquiera de manera moderada.

Una segunda objeción, estructurada en una especial concepción de ciencia, va a objetar que el conocimiento científico actual no tiene un método que permita arribar a conclusiones serias sobre la capacidad del individuo para evitar un acto particular, en un momento concreto, en contra del orden jurídico.

A pesar de todas las objeciones existentes, y de las posturas encontradas, seguramente sin posibilidad de un consenso, existe en principio, acuerdo en mantener esta categoría dentro de la estructura de la teoría del delito, en cuanto protección de las garantías mínimas del individuo frente al poder del Estado. El problema, sin duda actual, está en darle un contenido a la culpabilidad, y ése es el fondo de la disputa.

Provisionalmente, se puede decir que "la base para poder emitir un juicio de culpabilidad descansa en la capacidad del hombre para ser motivado o determinado por las leyes, en su habilidad para poder monitorear los impulsos transgresores dentro de sí mismo y procesarlos racionalmente y como parte del mismo proceso, tener en cuenta las reglas morales y legales relevantes.[5]

Esta idea puede reconocerse en el fallo de la Corte Constitucional de Italia, en el caso Marchegiani, Mario.[6] En esta sentencia sostuvo la Corte italiana que era una exigencia constitucional la posibilidad del reconocimiento de la norma, a los efectos de que el individuo pudiera motivarse en ella, a los fines de la aplicación de la pena.

No muy distinta es la tesis del juez Burger, miembro de la Corte de los Estados Unidos, al decir que el acusado no debe ser

[5] Lackner: "Insanity and prevention: on linking culpability and prevention in the concep of insanity", en Esser, Albin-Fletcher, George: *Rechtfertigung und Entschuldigund*, p. 908

[6] Campbell vs. U.S., citado por Gerhard O. W. "Mueller, From Here to Insanity: On the road to the Crime Concept", en *Rechtfertigung und Entschuldigung*, Albin Eser, George Flechter, Max Planck Institut, Freiburgo, 1988, p. 936

declarado culpable de los cargos por los que ha sido llevado a juicio, si no se establece, más allá de una duda razonable, que cuando realizó su acción, comprendía y apreciaba que su acción era violatoria de la ley y, además, que se hallaba en plena capacidad de ejercer su voluntad, y elegir no cometerlo. Si por alguna condición mental anormal no tenía conciencia de estos dos elementos, no podía ser declarado culpable.[7]

2. *El estado actual de las teorías sobre la culpabilidad*

Al sólo efecto de situarnos en las actuales posiciones sobre la culpabilidad, y poder llegar a una comprensión mínima del problema, conviene hacer un breve análisis de ellas.

2.1. **Teorías que aceptan la culpabilidad basada en un mínimo de libertad de la persona**

La culpabilidad así entendida, tiene como base la afirmación que debe existir en el hombre un mínimo de libertad para poder determinarse, y esta libertad es un presupuesto lógico de toda teoría de la culpabilidad. Si hay libertad en el ser humano, puede el individuo ser hecho responsable por su fracaso en controlar sus impulsos delictivos. Claramente se ve reflejada esta idea en fallo del Tribunal Federal Alemán con que se comenzó esta exposición.

Jescheck expresa sobre el problema de análoga forma al decir que "la posibilidad de determinación de la actuación descansa en la capacidad del hombre para controlar los impulsos que inciden sobre él y dirigir sus decisiones conforme a sentido, valores y normas".[8]

El razonamiento, sin embargo, tiene como consecuencia que al no poder encontrar un método para adentrarse en la determinación de como una persona concreta, en una situación concreta, puede evitar los actos ilícitos, la mirada se dirigía a comparar la conducta del individuo concreto en relación al comportamiento normal del ser humano.

La pregunta queda reemplazada, por la de si otra persona, esto es, un individuo normal, en el lugar del autor y en esa situa-

[7] *ED*, 134, 349.
[8] Jescheck: ob. cit. p. 369.

ción, habría podido actuar de otro modo. De allí que Arthur Kaufmann sostenga que el problema se reduzca a una ficción, en el sentido que la culpabilidad individual hace siempre referencia a ese hombre normal respetuoso de la ley y el orden.

Esto lleva, al llamado concepto social de culpabilidad, en la cual la atribución de responsabilidad no significará un reproche moral individual hacia la persona, sino más bien una evaluación social negativa de un acto cometido dentro de la vida social de un sistema libre. Prevalece, entonces, la desaprobación, que ha sido transformada de un reproche personal en uno social.[9]

De todas formas, ya sea en un sentido o en el otro, la doctrina se ha expedido en favor del fallo del Tribunal Superior Alemán, con distintas palabras, pero en el fondo, sosteniendo que a la base de la culpabilidad está la aptitud del autor para actuar de manera diferente. Esto es, que el individuo, tiene un mínimo de libertad para actuar.

En esta posición, es necesario recordar lo afirmado por Welzel, al decir que "Culpabilidad es la reprochabilidad del hecho antijurídico individual (o de la parte de conducta de vida antijurídica): lo que se reprocha es la resolución de voluntad antijurídica en relación con el hecho individual (o de la parte de conducta de vida). Presupuesto existencial de la reprochabilidad es la capacidad de autodeterminación libre, es decir, conforme a sentido, del autor: su capacidad de culpabilidad o imputabilidad.

Esta capacidad de culpabilidad existe no de un modo general en la situación concreta con independencia de que el autor actúe o no, de que se comporte jurídica o antijurídicamente. La reprochabilidad se refiere en cambio, a una conducta antijurídica real. Es, como vimos, una relación específica en que se encuentra la voluntad de la acción con el ordenamiento jurídico: la voluntad no es conforme a la norma como debía y hubiera podido ser. Elementos constitutivos de la reprochabilidad son, por ello, todos aquellos necesarios para que el autor, capaz de culpabilidad, hubiera podido adoptar, en relación con el hecho concreto, una resolución de voluntad conforme con el Derecho en lugar de la voluntad antijurídica. Ahora bien, como la culpabilidad individual no es otra cosa que la concreción de la capacidad de la culpabilidad en relación con el hecho concreto, la reprochabilidad

[9] Lackner: ob. cit. p. 908.

se basa en los mismos elementos concretos cuya concurrencia con carácter general constituye la capacidad de culpabilidad; es decir, el autor tiene que haber conocido lo injusto del hecho, o por lo menos tiene que haberlo podido conocer y tiene que haber podido decidir a una conducta conforme con el Derecho en virtud de este conocimiento (real o posible) de lo injusto. La culpabilidad concreta (la reprochabilidad) está, pues constituida (de modo paralelo a la capacidad general de culpabilidad) por elementos intelectuales y voluntarios".[10]

2.2. Teorías que niegan la libertad del hombre, o por lo menos no la tienen en cuenta en la categoría de culpabilidad. La prevención general

2.2.1. La teoría de Roxin

Planteado el problema desde el argumento que no hay posibilidad de probar científicamente la libertad del hombre, el pensamiento actual no tuvo otro remedio que analizar el tema de la culpabilidad en estrecha relación con las ideas de prevención. De allí, entonces, la consecuencia lógica que la ley penal sólo debe sancionar la violación de los bienes jurídicos básicos que reconoce una sociedad libre.

En este marco importa mostrar las principales tendencias actuales, sin querer agotar el tema, ya que dado el difícil estado de la cuestión es muy difícil llegar a conclusiones definitivas, aun dentro de cada una de las teorías que se han dado.

a) La teoría de Roxin es la que inicia, por lo menos de manera más ostensible, la teoría de la prevención general, sin perjuicio de afirmar que detrás de esta posición se encuentran ideas de Feuerbach. En varios trabajos, ha desarrollado su tesis, hasta terminar, últimamente, con su primer tomo de la parte general, que resume y sintetiza su pensamiento.[11]

Roxin parte de la teoría neokantiana, que buscó desde siempre desarrollar un sistema teológico, y que, en parte por los problemas políticos y, en parte por la orientación dogmática de Welzel, más tarde, con las llamadas estructuras lógicas de la cosa, que

[10] Hans Welzel: *El nuevo Sistema de Derecho Penal*, pp. 100-101, Ariel, 1964.

[11] Claus Roxin: *Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehere*, C. H. Beck, Munich, 1992

se desarrolló desde 1935,[12] no pudo concretar sus ideas sistemáticas de finalidades de política criminal, dentro de la dogmática penal.[13]

En la base del sistema está, pues, la idea de fin, especialmente de un fin de política criminal, que alcanza a todas las categorías del delito, que son influenciadas por la teoría de la pena. De ahí, que se pueda decir que Roxin propone, tal como lo había hecho anteriormente el neokantismo, la idea de una vuelta al pensamiento político, como objeto de un interés científico, y desde allí, su influencia sobre la dogmática penal.

El método neokantiano consistía, en materia penal, en la utilización de la política criminal en las categorías del delito y en una metodología de utilización de relaciones de valor en esas mismas categorías. Se podría decir que la tesis de Roxin, desde esta perspectiva, es la introducción de valores en el Derecho Penal. La meta que intenta alcanzar Roxin es orientar las categorías del delito al deber ser de la política criminal y ello con un método que toma en cuenta las relaciones de valor. Es en este punto en donde su posición es sin duda novedosa.

Visto así, el problema del tipo penal estará basado en la exigencia que conlleva la proposición *nullum poena sine lege*. El campo de la antijuridicidad, por otra parte, se ve envuelto por la solución de conflictos sociales. Es en el campo de la culpabilidad, que es donde se cierra el sistema, llegando al extremo de cambiar todo el contenido de esta categoría, empezando por el mismo nombre, que pasará a denominarse "responsabilidad".[14]

La función de la Responsabilidad, o del tercer estrato del sistema de Roxin, consiste en la comprobación de si el autor es merecedor de pena.[15] Como se sabe, este tercer nivel de la teoría del delito se llama normalmente "culpabilidad", que Roxin pasa a denominar "responsabilidad".

Lo decisivo "no es el poder actuar de otro modo, sino que el legislador desde puntos de vista jurídico-penales, quiera hacer responsales al autor de su actuación".[16]

[12] Welzel: Naturalismus, pp. 29 y ss.

[13] Knut Amelung: "Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación política criminal de Roxin", en *El Sistema Moderno del Derecho Penal*, p. 94

[14] Amelung: Contribución. p. 95.

[15] Amelung: ob. cit. p.104.

[16] Claus Roxin: "Culpabilidad y Responsabilidad como categorías sistemáticas - penales", en *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, Reus, Madrid, 1981, p. 71.

La culpabilidad era entendida, tal como se ha venido analizando, como la capacidad de actuar conforme a la norma. Roxin afirma que esto no es lo decisivo, para lo cual acude al concepto de responsabilidad, que responde desde puntos de vista de política criminal a la cuestión de la necesidad jurídico-penal de sancionar en el caso concreto.[17]

La categoría de la responsabilidad parte, sin duda, de los fines de la pena. De acuerdo al sistema de Roxin, la culpabilidad tiene que ver con la capacidad de poder determinarse conforme a las normas. Sin embargo esto no es suficiente para la imposición de una pena, ya que junto con la culpabilidad debe existir la responsabilidad. La sanción penal exige la necesidad de una reacción en términos de prevención general o especial. Y está ausente cuando existen las causas de exclusión de la responsabilidad, esto es, el error de prohibición, el estado de necesidad disculpante y el exceso en la legítima defensa, por lo menos, en la regulación del Código Penal alemán. La responsabilidad está, sin duda alguna, en función de consideraciones de política criminal, y éstas sin duda, de la necesidad o no de pena.[18] También, desde esta óptica, deberá discutirse seriamente si las medidas de seguridad, no deberían ser abarcadas por los criterios de política criminal.

La cuestión, entonces, exige una puntual descripción de las necesidades de la política criminal, que lleven a la exclusión de la responsabilidad a través de la norma y, los fines de éstas, que son las metas de prevención, tanto especial como general. Sobre esta base, no hay duda que son distintos los fines en las penas, que en las medidas de seguridad. En estas últimas se alcanzan fines de prevención especial, en tanto en las penas se buscan fines relacionados con la prevención general.

Por ello, la utilización del Derecho Penal debe ser el último medio o *ultima ratio* por parte del Estado, frente a las acciones antijurídicas.

Para llegar a fundamentar su tesis, Roxin acude a una serie de instituciones jurídicas, que no podían ser explicadas en su totalidad por la dogmática penal.

En el estado de necesidad exculpante (§ 35, Cód. Penal aleman, y el art.34 inc.2 del Código Penal argentino) se excluye

[17] *Roxin: ob. cit. p. 72.*
[18] Amelung: ob. cit. p.104.

la pena, según Roxin, debido a que no es necesario ningún efecto, tanto de prevención especial como de prevención general. Esto se funda en que el autor que se halla en la situación del § 35 C. P. alemán, o de art. 34, inc. 2 C.P. argentino, está en condiciones de realizar la acción. No se puede afirmar que quien actúe coaccionado, no pueda optar por realizar, aun así la acción lícita. En el clásico ejemplo de la persona amenazada a realizar un hecho típico, caso contrario se le matará a su hijo, no hay duda que el autor puede elegir obrar conforme a la norma a pesar del mal amenazado. De esa forma la lógica indica que no se pueda afirmar que no es posible actuar de otra manera. Sin embargo, a pesar de ello, al haber sido realizada la acción en estado de necesidad, las razones de prevención general llevan a que no sea necesaria la imposición de pena. Ésta es pues la explicación de la eximente del estado de necesidad inculpante, y no la idea clásica de no haber podido actuar de otra manera.

Lo explicitado anteriormente tiene también validez para el exceso en la legítima defensa, en el cual, o se exime de pena o se la disminuye, de acuerdo a criterios de prevención.

El problema se suscita con el pár. 20 del Código Penal alemán, equivalente al art. 34 inc. 1, del Código argentino, en cuanto al análisis de cual es la causa por la cual se exime de pena en los casos de que no exista capacidad de culpabilidad. Roxin afirma que "en la capacidad de culpabilidad el punto de vista preventivo impone su valor de una forma más compleja que en los restantes presupuestos de la responsabilidad jurídico penal. Pues en éstos se puede separar claramente los elementos correspondientes a la culpabilidad y a la prevención: se determina, primeramente el poder de actuar de otro modo, constatando una culpabilidad, aunque atenuada, y sin embargo, se exculpa, si el caso así lo requiere, en consonancia con las reflexiones basadas en los fines de la pena que sirven de fundamento a la respectiva causa de exclusión de exculpación".[19]

Sin embargo, Roxin acude al concepto de culpabilidad como forma de medición de la pena, "situada más allá del sistema del delito y en la que la medida de la culpabilidad pone un límite a

[19] Claus Roxin: Zür jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantworlichkeit im Strafrecht. Fest. für Bockelmann, 1979, p. 279 y ss; Las ideas han sido ahora claramente desarrolladas, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I*, Verlag C.H. Beck,1992, §§ 19 y 20.

las necesidades preventivas de imponer una sanción".[20] En otros términos, la función especifica del principio de culpabilidad consiste en limitar la magnitud de la pena.[21]

Para salvar el problema se ha buscado diferencia entre causa de exculpación y causa de exclusión de la culpabilidad. Lenckner[22] afirma que el criterio de política criminal sólo se aplica a las causa de exculpación. En tanto que el error de prohibición y la incapacidad de culpabilidad, sólo sería explicable desde la esencia de la culpabilidad. De más está decir que Roxin considera a esta división de manera escéptica ya que insiste en que los criterios de política criminal se hacen extensivos, tanto sobre el error de prohibición como en la incapacidad de culpabilidad.

2.2.2. La teoría de Mir Puig

Mir Puig, que sigue esta idea de prevención general, como fundamento de la imputación personal, se hace cargo del argumento del motivo del no castigo del inimputable. Afirma que "en favor de esta construcción, que ofrece evidentes atractivos desde el prisma de la prevención, se alega que el castigo de los inimputables no es necesario frente a la colectividad (prevención general) porque ésta no lo exige ni se escandaliza por la impunidad de aquellos, la cual no se opone, por tanto, a la eficacia de la prevención general".[23] Además, tampoco es necesaria la pena frente al inimputable por razones de prevención especial, ya que el problema se soluciona con las medidas de seguridad. La pregunta que se hace Mir Puig es: por qué motivo la comunidad no se escandaliza frente a la impunidad del inimputable. La respuesta que da es que debido a la falta de motivación del inimputable frente a las normas. Sin embargo, dentro de este tema distingue entre aquellos que no pueden ser en absoluto motivados y la anormalidad motivacional. En cuanto al primer grupo, claro está que no tiene sentido tratar de evitar mediante la prohibición de la norma algo que el sujeto no puede hacer ya que no es motivable. Se incluyen en este caso tanto condiciones personales como ser el error, o causas de exclusión de la antijuridicidad. En cuanto a

[20] Roxin: ob. cit. p. 77.
[21] Roxin: *Culpabilidad, prevención y responsabilidad en Derecho Penal*, en ob. cit. p. 147.
[22] Lenckner: Theodor, *St GB*, 15.
[23] Santiago Mir Puig:. *Derecho Penal, parte general*, 4ª ed., Barcelona, 1996, p. 543.

la anormal motivación, el asunto cambia, ya que la norma debe dirigirse a ellos, pero no será posible aplicar pena. Expresamente afirma Mir Puig: "Al inimputable no le falta necesariamente toda posibilidad de entrar en contacto intelectual con la norma, sino que, en cuanto aquel actúa conscientemente, ésta puede incidir en su proceso de motivación: lo que sucede que al hacerlo, la norma no puede desplegar entonces la intensidad motivadora que normalmente posee".[24] La pregunta que surge es porque en un Estado social y democrático de Derecho no es justo castigar al inimputable. La respuesta que da Mir es que hay en los inimputables, debido a su enfermedad o a las condiciones psíquicas que padecen, una notable disminución del sujeto para captar las normas y motivarse en ellas. Están por debajo del limite exigido por el Estado democrático de Derecho. Con lo cual la equiparación con el hombre normal crearía una seria injusticia.

Si bien la respuesta es coherente, no contesta el catedrático español el motivo por el cual el inimputable no es motivable, por una parte, y por otra, el porqué es un instante dado, si el Estado de Derecho democrático decide imponer pena, cuál es límite, habida cuenta que no hay base para tal decisión. Es que, y en esto pareciera que no hay duda sobre el punto, en el inimputable, lo que está disminuido, no es sólo la capacidad de entender la norma, sino de actuar en consecuencia, y esto no es otra cosa que volver al tema de la libertad del ser humano.

2.2.3. La teoría funcional de la culpabilidad de Jakobs

Jakobs[25] sostiene un concepto funcional de la culpabilidad, basado en la teoría de la prevención general. En otros términos, las necesidades de la prevención general serían entonces las que —según el estado de la conciencia pública— decidirían sobre los presupuestos bajo los cuales puede formularse el reproche de culpabilidad.[26]

Las argumentaciones que ha planteado Jakobs se basan en Niklas Luhmann. Para Luhmann la sociedad es un sistema autorreferente y autopoyético que se compone de comunicacio-

[24] Mir Puig: ob. cit. p. 545.
[25] Jakobs, Günther:, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 17. pp. 383 a 392.
[26] Jakobs: Schuld und Prävention. 1976. p. 9. "La firmación pertenece a Stratenwerth", *El Futuro del Principio de culpabilidad*, p.104. Publicaciones del Instituto de Criminologia de la Universidad de Madrid. 1980.

nes. Esto es, un sistema cerrado en sí mismo, pero a su vez abierto. Se separa el concepto de autorreferencia (reflexión), de su lugar clásico, en la conciencia humana y se lo traslada a campos de los objetos: los llamados sistemas reales como objeto de la ciencia.[27] A su vez se diferencia por distintos subsistemas, que son cerrados y autoreferente, que tiene un ámbito propio de comunicaciones y operaciones, que reducen su entorno y reducen la complejidad de un modo especializado.[28] Ahora bien, por comunicación debe entenderse "como un proceso de selecciones, y su análisis debe partir de la improbabilidad de la comunicación que debe sortear multitud de obstáculos antes de producirse el éxito".[29] Debe tenerse en cuenta que la comunicación gira en torno a expectativas de actuación y no en torno a resultados. La sociedad es el ámbito de la comunicación. Y en este punto, es en donde se encuentra una parte esencial de la teoría, en cuanto Luhmann afirma que la sociedad no está compuesta de seres humanos, sino sólo de comunicaciones. "Los seres humanos son el entorno de la sociedad, no los componentes de la misma."[30]

En otras palabras, en Jakobs "se debe encontrar una competencia del autor para la infracción de la norma. Sin embargo el efecto negativo de la infracción a la norma debe residir, preponderantemente, en la pérdida de la confianza de la generalidad en la validez de la norma. La seguridad de la validez de la norma, existencialmente para las relaciones sociales, debiera ser establecida debe ser restablecida a través de la estabilización de la norma. Son, por lo tanto, aspectos de la llamada prevención general positiva los que deben conformar la medida de la responsabilidad del autor: la pena sería la contraposición, realizada a costa del autor competente, de la infracción a la norma".[31]

Baste con esto para afirmar que en Luhmann hay una exigencia a pensar todo de un modo nuevo, y por ende a rechazar algunos postulados del viejo pensamiento europeo. En este sentido, no hay duda que hay un nuevo concepto de sujeto, desprovisto de connotaciones antropológicas. Los conceptos básicos serán los de diferencia y relación.

[27] Izuzquiza: ob. cit. p.18.
[28] Ignacio Izuzquiza, Introducción al libro de Niklas Luhmann, *Sociedad y Sistema. Pensamiento Contemporáneo*, Paidos, Barcelona, 1990, p. 25.
[29] Izuzquia: ob.cit. p. 26.
[30] Izuzquia: ob.cit. p. 27.
[31] Hirsch: ob.cit. p. 31.

De acuerdo a los afirmado estamos en condiciones de entender algunas de las afirmaciones de Jakobs sobre la culpabilidad. "Es preciso que a través del ordenamiento jurídico se abra la posibilidad de establecer contactos anónimos; esto excluye totalmente que se tome como factor decisivo la autonomía individual del sujeto, sino que requiere precisamente lo contrario: un alto nivel de uniformidad en el marco de roles claramente delimitados, especialmente dentro del rol ciudadano que respeta las normas del Derecho Penal. La expectativa de uniformidad es el reverso de la libertad de comportamiento. No es posible que una sociedad otorgue libertad de comportamiento y al mismo tiempo dé a sus miembros la opción acerca de si llegarán o no con su autodeterminación hasta saber prácticamente que la situación jurídica que está en la base de la relación jurídica concreta tiene validez general para el sujeto mismo".[32] De allí que en el ámbito jurídico, expresa Jakobs, la persona se determine de manera general normativa. No importa pues el sujeto en sentido psicológico, sino que al sujeto se lo define como ciudadano. Y por ende "mientras sea posible demostrar a través del tratamiento comunicativo de la asignación de culpabilidad la validez de esta definición, la comprensión social es que el delincuente es materialmente culpable, que su hecho es la expresión de una autocontradicción".[33] De lo cual la deducción de que, "en un sistema de imputación en funcionamiento queda excluido que se conciba al destinatario de la imputación antes de la sociedad".[34]

En la culpabilidad se resalta la caracterización del autor. La pena será impuesta con el fin de conservar la fidelidad general a la norma. Según el fin de la pena, aparece enderezado el concepto de culpabilidad. La pena funciona con el fin de estabilizar el orden jurídico, alterado por la acción del autor que actuó con un defecto en la motivación. Para Jakobs, esta falta de motivación aparece en todos los estratos del delito. En la acción típica y antijurídica, por ejemplo, el centro del sistema es la acción del autor, si no hay motivos dominantes que permitan evitar la acción ilícita. La existencia de una acción estará atada al poder de

[32] Günther Jakobs: *Fundamentos del Derecho Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 58.
[33] Günther Jakobs: ob. cit. p. 59.
[34] Günther Jakobs: ob. cit. p. 59.

motivación del autor, ya que la acción es sólo tomada como un sentido impreso al contenido: tanto en el dolo como en la culpa.

En la antijuridicidad se carece del contenido recto de la motivación y se funda en una falta de fidelidad al Derecho. Jakobs distingue aquí entre el contenido de la norma y el reconocimiento de ella. Sólo se requiere la posibilidad del reconocimiento de la norma. Si el injusto aparece, lo decisivo es la fidelidad al Derecho, y esto es un problema de la culpabilidad.

Por medio de la capacidad de culpabilidad se va a analizar si el autor pudo distanciarse de la acción antijurídica. Para medir esto se debe apreciar el sistema psicofísico del autor, que se debe formar como en el concepto de acción. Se debe ver si la acción es cosa del autor, como algo propio de él. Aquí se une el tema de la motivación —es decir al de la culpabilidad— y el de los deberes del autor.

Para determinar la culpabilidad se debe estipular cómo la presión social puede ser atribuida o cargada a la culpabilidad del autor, como molestias tanto de la sociedad como de terceros, por el hecho de vivir en sociedad.

De tal manera que definir la culpabilidad, depende en gran medida de la constitución de la sociedad o de un sistema social. La culpabilidad desde el punto de vista del contenido depende de factores externos, esto es de la constitución social.[35] Pero también hay que analizar el problema desde el fin de la pena. En síntesis, el concepto de culpabilidad es funcional, formado como concepto. Es una regulación según la exigencia del fin de la pena, de acuerdo a una sociedad que tiene una precisa constitución.

El concepto de culpabilidad es formal y la finalidad es la que da contenido a la culpabilidad. El fin es el reconocimiento de la norma. Pero la determinación de la culpabilidad implica ver a quién le corresponde cargar con el conflicto.

Como se dijo, las argumentaciones de Jakobs tienen su apoyatura en las teorías de Luhmann. Según este autor, las normas designan las "expectativas estabilizadas de comportamiento contrafáctico o normas cuya validez es experimentada como independiente de su cumplimiento fáctico".[36] De ello se deduce, como dice Stratenwerth,[37] "que la lesión de la norma, el

[35] Hirsch: ob. cit. p. 32.
[36] Luhmann, Nikolas: *Rechtssoziogie*, p. 43.
[37] Stratenwerth, Günter: *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, p. 105.

defraudar la expectativa de comportamiento, puede ser realizado de tal manera que no ponga en cuestión la validez de la norma y esto ocurre mediante la imputación de la discrepancia". De manera que imputación y culpabilidad son un procedimiento por el cual "se aísla de entre las condiciones dadas correspondientes al hecho que defrauda la esperanza, una que se constituye en la única jurídica y penalmente relevante, a saber, la falta de motivación".[38]

La imputación del hecho como culpable, como se ha visto, es sólo necesaria cuando no puede la lesión a la norma ser absorbida de otra manera. El caso de los inimputables y de los autores de delitos sexuales, aparece como claro ejemplo de la función de prevención. De ahí que diga Jakobs que la finalidad es, por lo tanto, solamente lo que santifica la imputación de un comportamiento contrario a la norma a título de culpabilidad: sólo esta finalidad otorga su contenido al concepto de culpabilidad.[39]

Frente a las posibles críticas a su sistema, Jakobs ha contestado de manera categórica: "Las críticas que frecuentemente se plantean a la concepción aquí expuesta, en el sentido que con ella se instrumentaliza al ciudadano que va a ser sometido a una pena, probablemente no perciban que sólo se tratan de la descripción de las condiciones de funcionamiento de toda sociedad: una descripción no instrumentaliza, sino que en todo caso descubre instrumentalizaciones existentes desde hace mucho tiempo.[40]

Con ello, si sólo necesidades preventivas de estabilización de la norma forman el parámetro de contenido, el concepto de culpabilidad es de fácil manipulación, y por ende servir como función orientadora del Derecho Penal. Como afirma Hirsch, "esto podría llevar al desarrollo de una estructura casi universal y arbitrariamente adaptable, que también podría ser utilizada por regímenes antijurídicos".[41]

A mí se me ocurre que esta posición es heredera de Kelsen: "Cuando se dice —afirma Kelsen— que un individuo, como órgano de derecho produce derecho solo aplica, que un individuo,

[38] Jakobs, Günther: *Schuld und Prävention*, p. 13.
[39] Jakobs: *Schuld und Prävention*, p. 14.
[40] Jakobs: ob. cit. p. 59.
[41] Hirsch: ob. cit. p. 32.

como sujeto de derecho, acata o viola el derecho, sólo expresa así, en un lenguaje personalizado, la distinción funcional que aparece entre dos tipos diferentes de conducta humana determinados por el orden jurídico.[42] Y no suena lejano a estas posiciones la afirmación que sigue: "No es difícil de entender por qué la ideología de la subjetividad jurídica se liga al valor ético de la libertad individual, al valor ético de la personalidad autónoma, cuando en esa libertad se incluye siempre la propiedad".[43]

Con lo cual es lógico, que también se concluya afirmando que "la denominada persona física es, por lo tanto, no un hombre, sino la unidad personificada de las normas jurídicas que obligan y facultan a uno y al mismo hombre. No se trata de una realidad natural, sino de una construcción jurídica creada por la ciencia del Derecho; de un concepto auxiliar para la exposición de hechos jurídicamente relevantes. En este sentido, la denominada persona física es una persona jurídica".[44]

2.2.4. Análisis crítico de las posiciones

Dos reflexiones finales se deben hacer sobre el tema de la culpabilidad y la prevención.

1) La discusión sobre el tema de la libertad lleva, inevitablemente a un círculo vicioso. El problema, tal como se ha analizado, surge de la afirmación de que es imposible científicamente probar la libertad del hombre, de lo cual se deduce, que no es posible seguir manteniendo la categoría de la culpabilidad, como posibilidad de actuar de otro modo. Y, a su vez, de no aceptarse ésta, la dignidad del ser humano comienza a peligrar, tanto desde el aspecto teórico, como desde el práctico, ya que el Derecho es una ciencia práctica, no teórica, de modo que la última verdad, no se encuentra en el argumento lógico, sino en la solución concreta del caso.

Esta afirmación lleva a entrar, por lo menos tangencialmente, en el problema de la libertad del hombre. No parece posible aceptar la afirmación de Jakobs, en cuanto a que la libertad es una categoría del conocimiento no conocida por el Derecho,[45] y que

[42] Hans Kelsen: *Teoría Pura del Derecho*, Universidad Autónoma de México, 1969, p. 179.
[43] Hans Kelsen: ob. cit. p. 181.
[44] Hans Kelsen: ob. cit. p. 184.
[45] Jakobs: "Strafrechtliche Schuld ohne Willensfrieheit", en *Aspekte der Freheit*, p. 80.

por ende "función del principio de culpabilidad es independiente de la decisión que se tome en cuanto a la cuestión del libre albedrío".[46] Y esto es así, porque en cuanto a la culpabilidad formal, ella sólo exige un sujeto competente que pueda ser representado como persona, esto es, titular de derechos y obligaciones. Y en cuanto culpabilidad material, esta existirá "mientras no haya alternativas plausibles al orden concreto, por tanto, mientras no haya otra vía que la de presumir la autodefinición de los sujetos sometidos a la norma como miembros de este orden".[47]

Por otra parte, no se trata de aceptar la total libertad el hombre, sin ningún tipo de condicionamientos, o de la libertad en sentido absoluto, esto es, como total falta de necesidad. Sólo es posible aceptar un concepto de libertad totalmente relativo y acotado. Quizás la mejor imagen es de ver a un hombre concreto entrampado en un complejo, dependiente de relaciones causales.

Por lo tanto, la exigencia en el Derecho Penal, está dada por el análisis de la conducta del hombre como un dato de su capacidad espiritual. Sin embargo, la voluntad libre no puede tomarse como objeto de conocimiento, al igual que los objetos físicos. Como dice Hruschka, no puede verse, ni olerse, ni sentirse la voluntad libre del hombre. Esto es, no hay un conocimiento directo de ella, pero si puede darse una conciencia mediata, de modo que el observador pueda percibir si ella es obra de una voluntad sin libertad o decididamente de la necesidad.[48]

Es que no estamos ante un objeto de la ciencia natural. La opinión contraria, por cierto influenciada por el positivismo, peca por ingenua, en cuanto pretende captar la esencia del hombre, solo desde esa perspectiva científica.[49] Dice al respecto Max Born: "Yo creo que el tratamiento filosófico del problema del libre albedrío sufre de no distinguir suficientemente entre los aspectos objetivos y subjetivos... La aplicación de conceptos científicos a la experiencia subjetiva es, en la totalidad de los casos, un procedimiento inadecuado".[50] También el físico E. Schrödinger "afir-

[46] Jakobs: ob. cit. p. 67.
[47] Jakobs: ob. cit. p. 67.
[48] Hruschka, Joachim: *Fest für Kleinknecht*, p. 201 y Strukturen der Zurechnung, p. 6.
[49] Es que tampoco el concepto de ciencia es unívoco. Al respecto puede verse el libro de Gregorio Klimosky, *Las desventuras del conocimiento científico*, A-Z Editora, Buenos Aires, 1994.
[50] "Max Born Natural Philosophy of cause and Cance", citado por Ricardo Gómez, en Indeterminismo y Libertad: Físicos cuánticos responden a Popper, en *Análisis Filosófico*, XVI (1996), N. 2, p. 164.

ma que no debe confundirse ni relacionar el indeterminismo en el movimiento de una partícula física con la libertad de la acción humana. Ello se debe a que el libre albedrío incluye la conducta ética humana, y ésta, aunque haya indeterminación física, no está indeterminada, ello es así porque la elección libre humana no es obra del azar, como acontece en física, sino determinada por motivos, como contraparte, aun el alcance reducido de predictibilidad garantizado por la mecánica cuántica sería ampliamente suficiente para destruir la libertad ética, y el determinismo físico es un correlato totalmente adecuado al fenómeno del libre albedrío, el cual es no predecible desde fuera, pero determinado desde dentro".[51]

Vale la pena repetir lo afirmado por Popper, autor que no puede, en sus opiniones, ser sospechado de mantener ideas metafísicas: "Debo decir que en nuestra inapreciable tradición racionalista hay algunos puntos que debemos poner en duda. Parte de la tradición racionalista es, por ejemplo, la idea metafísica del determinismo. Las personas que no están de acuerdo con el determinismo habitualmente son miradas con sospecha por los racionalistas, quienes temen que si aceptamos el indeterminismo, podemos vernos obligados a aceptar la doctrina del libre arbitrio y, de ese modo, enredarnos en argumentos teológicos acerca del alma y la gracia Divina. Por lo común, evito hablar del libre arbitrio, porque no está bastante claro para mí lo que significa, y hasta sospecho que nuestra intuición de un libre arbitrio puede engañarnos. Sin embargo, creo que el determinismo es una teoría insostenible por muchos conceptos y que no tenemos razón alguna para aceptarla. En verdad, creo que es importante para nosotros liberarnos del elementos determinista de la tradición racionalista. No sólo es insostenible, sino que nos crea interminables inconvenientes. Por esta razón, es importante comprender que el indeterminismo —esto es, la negación del determinismo— no nos compromete necesariamente con ninguna doctrina acerca de nuestra voluntad o acerca de la responsabilidad".[52]

Lo expuesto lleva a la afirmación que la observación científica no es nunca sobre la psiquis propiamente dicha, sino sobre su manifestación. El ejemplo de la electricidad puede servir como

[51] Ricardo Gómez: ob. cit. p. 165.

[52] Karl R. Popper: "Conjeturas y Refutaciones", *El desarrollo del pensamiento científico*, Paidós, Buenos Aires, 1983, p. 159.

guía para poder entender el problema planteado. La electricidad es tomada como un elemento que se muestra o se verifica en una especial observación con mecanismos apropiados, y cuyo efecto también puede ser comprendido. Aun el científico que trabaja sobre datos de la experiencia, de la ciencias físicas, no encuentra nunca la esencia de las cosas, sólo ve el resultado. Se puede deducir, análogamente, que la libertad deba ser tomada como manifestación de la voluntad del hombre, sin pretender descubrir su esencia.

Sin embargo, Henkel ha puesto de manifiesto que algunos elementos de la capacidad de autodeterminación pueden ser comprobados.[53] Si el autor pudo o no, en la concreta situación, prever el curso externo de la acción y las repercusiones de ella (la producción de un determinado resultado de lesión o de peligro) "puede considerarse enjuiciable mediante un suficiente número de comprobaciones del grado de inteligencia y de la experiencia de la vida del autor".[54] También se puede llegar a demostrar si el autor comprendía o no la criminalidad de su hecho. Pero, como es obvio, queda fuera de toda demostración el compromiso afectivo del autor con esa valoración.

Sobre el tema de la libertad ha llamado la atención Schünemann, al decir "que el aboga por un completo abandono de la idea de libre albedrío en Derecho Penal se comporta, por lo tanto, en el fondo, de forma tan ingenua como desvalida. Se comporta ingenuamente porque no advierte que el libre albedrío se halla asentado en las estructuras elementales de nuestra comunicación social y, por ello, tiene una presencia real en la sociedad. Así las cosas, no cabe prescindir de él en la planificación de modificaciones sociales, como tampoco es posible combatir la existencia de una administración estatal de iluminación de basuras con el argumento de que todavía no se ha advertido la "cosa en sí" que subyace a la basura y de que el hedor de los desechos constituye únicamente una erró-

[53] Henkel: Die Selbstbestimmung des Mensches als rechtsphilosophisches Problem, en fest. für Karl Larenz, cit por Cerezo Mir: "El principio de culpabilidad y su función en el Derecho Penal", en Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Belgrano, 1997.

[54] Henkel: ob. cit.

[55] Schünemann: *La Función del Principio de culpabilidad.en El Sistema moderno del Derecho Penal*, p. 156.

nea percepción de la realidad por el hombre. Y obra sin apoyo alguno porque está completamente excluido el poder retroceder más allá de las estructuras profundas de nuestra existencia social, de modo que sería completamente imposible la puesta en práctica consecuente de un Derecho Penal que partiera de la ausencia de un libre albedrío en el hombre.[55] Y, esto es claro en los casos de locura manifiesta, en donde lo que se muestra, es más obra de la necesidad, que de la voluntad motivada por el Derecho. Cuando el enfermo mental, afirma que ve ante sí objetos, que en realidad no existen, y obra en consecuencia, lo que se manifiesta es un acto de la necesidad, y no de un ser libre. En esto, quizás, resida la dificultad de curación. Sin embargo, a nadie se le ocurriría negar, de tal fenómeno, la psiquis del sujeto actuante. Es que, mientras se siga acentuando la conformación de las oraciones con un sujeto actuante, y un objeto que padece la acción, y se utilice la forma gramatical de la voz pasiva y de la activa, se estará mostrando un mundo conformado por un sujeto activo, y por lo tanto por su libertad de acción.[56]

En este orden de ideas, Hirsch afirma que el Derecho no es una ciencia natural, y que, por tanto, debe tomar al hombre como él se entiende a sí mismo, de lo contrario se desembocaría en el vacío. "Dado que el hombre se siente fundamentalmente libre, este fenómeno debe conformar el punto decisivo."[57] Y el hombre, no solo se define como un ser libre y responsable, sino, además, lucha por ese ideal. El Derecho no debe ponerse en contra de los destinatarios de la norma, que se aceptan como hombres libres y responsables y, por ende, está obligado a aceptar la idea de libertad de voluntad.[58]

Por último, hay que admitir un concepto de culpabilidad que esté de acuerdo con la concepción de ser humano que esté de acuerdo con el que inspira la Constitución. Y en este aspecto, la Constitución ha tomado un noción de hombre como persona, como un ser responsable, capaz de autodeterminarse conforme a criterios normativos. Esta visión del ser humano está dada expresamente por el art. 19 C.N., que recoge el con-

[56] Schünemann: ob. cit. p. 155.
[57] Hirsch: ob. cit. p. 42.
[58] Hirsch: ob. cit. p. 42.

cepto de autonomía de la voluntad.[59] Y esta autonomía de la voluntad se basa en la posibilidad de autodeterminarse conforme a sentido.

2) La segunda observación surge de la tarea de si es posible encontrar una línea interna entre la culpabilidad y la prevención. Para ello hay que tener en cuenta cuál es el límite del llamado de atención a la conducta colectiva que se produce necesariamente en cada acto de censura ético social. Este llamado de atención, sólo tiene sentido, si se dirige a quien tiene capacidad para entenderlo. La exigencia está en que el castigo sólo se imponga a quienes tengan capacidad de culpabilidad, descartando a quienes no lo tengan, como es el caso de la inimputabilidad y el error de prohibición.

Se nota en este punto, un problema no resuelto en todas las teorías que intentan reemplazar la culpabilidad por los criterios de prevención. Es que, después de negarla, tal como se ha visto, ella se presenta, cual fantasma, como forma de limitar la pena. Los esfuerzos de Roxin para limitar que el Estado aplique penas draconianas, se manifiesta tanto en la idea de prevención general positiva, como en la culpabilidad limitadora de las sanciones. Igualmente, Achebach, a pesar de basar su noción de culpabilidad dentro de la prevención, tiene que acudir a una culpabilidad metafísica, que ayude a limitar la prevención.

Es en este punto en donde surgen las dudas que generan las posiciones cercanas a criterios de prevención puros. Tarde o temprano deben recurrir a la culpabilidad, ya que necesitan, por convicción, limitar el poder estatal. Con ello, necesariamente tienen que acudir a la culpabilidad, y sin quererlo a categorías que se habían rechazado previamente, esto es, la voluntad libre, y la posibilidad de otra conducta.

De modo que si el principio de culpabilidad aparece "como derivado de la prevención general", se quiere significar, al mismo tiempo, que ya no resulta apto para establecer límites a la intervención del Estado en favor de la prevención general.

En otros términos, si la culpabilidad sirve como límite máximo de la pena, entonces, ella es necesariamente parte integrante

[59] Cerezo Mir: ob. cit. Seminario, y Welzel. *Das deustche Strafrecht*, p.142; Welzel: *El nuevo sistema del Derecho Penal*. Ariel, Barcelona 1964. p. 86. Maurach-Zipf: AT. p. 409; Donna: *Teoría del Delito y de la Pena*. t.1.

de los presupuestos. Por eso, si hablamos de fundamentación de la pena o no, esto constituye una mera cuestión tautológica.[60]

Sin duda, ésta es la objeción más importante a las teorías preventivas, no se responde a la pregunta de por qué no castigar al inculpable, si por razones de carácter preventivas, ello es necesario. Esto no es respondido, sino es acudiendo otra vez a lo que anteriormente se había expresamente negado. La idea totalitaria del Estado tiene mil rostros, y nadie asegura, no sólo que no va a regresar, sino, además, que no lo va a hacer con más poder que antes.

En síntesis, no hay duda que no puede existir una interdependencia entre la culpabilidad y fines de la pena, ya que son conceptos contradictorios. Solo si ambos conceptos son confrontados, puede la culpabilidad cumplir la función de limitar a la pena. Y no hay duda que esta función se desnaturaliza, si la culpabilidad se deduce a partir del fin de la pena. De este modo, tanto la incapacidad de culpabilidad, como las causas de inculpabilidad, si de dedujeran de consideraciones generales preventivas, se tornarían irrelevantes a los fines de confirmar la excepción a la vigencia de la norma. Por eso tanto el concepto, como la medida de la culpabilidad, deben ser separadas del concepto de prevención.[61]

Por lo demás, la deducción de la culpabilidad, a partir de criterios de prevención, significa que el concepto dependa de una idea servidora de la utilidad tecnocrática, que degrada al individuo, colocándolo como un eslabón más del mecanismo de estabilización. El razonamiento crítico tiene su base en la propia Constitución Nacional, especialmente en el art. 19 y los Pactos sobre Derechos Humanos, que sitúan a la dignidad del hombre como fundamento del orden jurídico. Por consecuencia lógica, esta dignidad supone la libertad y la responsabilidad de la persona.[62]

Afirmar un criterio contrario y sostener una idea funcionalista de la persona, supone la negación del autor como personalidad autónoma. Se da la paradoja, según la cual, la teoría de

[60] Hirsch: ob. cit. p. 36.
[61] Küpper: Hirsch, p. 36.
[62] En igual sentido Küpper, pero basando su pensamiento en la Ley Fundamental Alemana, art. 1.

la responsabilidad se amarra en un sujeto, al cual, al mismo tiempo, se le niega su subjetividad.[63] Con lo cual, no sólo la culpabilidad, sino el autor mismo, es utilizado como medio para el fin de conservar el orden funcionalizado.

Si la culpabilidad es vista como un puro concepto de fines queda desnaturalizada, y por ende no puede cumplir con su fin. Bien ha sostenido Kunz, que los intereses de la prevención no conocen ningún límite que no sean los propios que fija la prevención. En su desmesura tanto buscará la radical reeducación, como el escarmiento ejemplar lo que puede derivar en la persecución de los inimputables o de personas que se encuentren en situaciones similares. Por lo tanto, la prevención como particular meta del orden jurídico, pretende la docilidad de la función para alcanzar el orden, o la estabilización del sistema. La absolutización de la sistematización de la pena tiene un resultado fatal, el poder punitivo se legitima con la apariencia de utilidad social basado en la idea preventiva.[64]

[63] Georg Küpper: *Grenze der normativierenden Strafrechtdogmatik*, Dunkler & Humblot, Berlin, 1990, p.159.

[64] Küpper: ob. cit. p.159.

X. LA CULPABILIDAD Y LA PENA EN LA ACTUAL DOCTRINA PENAL

POR CARLOS CREUS

Desde que la teorización analítica llenó las preocupaciones de la doctrina penal, sin dejar de reconocer que cada uno de los elementos del delito (de la imputación) planteó una larga serie de cuestiones que dividieron aquélla, indudablemente ha sido la culpabilidad sobre el que se han centrado las opiniones más contradictorias.

Si intentamos un resumen de los aspectos y tendencias de esas opiniones, podemos decir que, últimamente, en tanto unas radican sobre el contenido conceptual de la culpabilidad, otras proceden de la conjugación —verdaderamente indispensable— de la teoría de la pena con la de la imputación (la teoría analítica del delito).

Tradicionalmente para la doctrina penal de este siglo la culpabilidad ha sido, primordialmente, el elemento subjetivo-individual de la teoría del delito referido al querer-poder del concreto autor (el querer como contenido radicado prioritariamente en él y el poder dividido entre su examen y el de la acción); a la vez de ese papel del elemento de la estructura del delito (de la imputación), suma el de ser fundamento justificatorio de la pena. El contenido conceptual de la culpabilidad y su función de justificación, importan, para Fernández, una distinción en su "condicionalidad sistemática": la culpabilidad es "una categoría analítica que aparece subordinada a un condicionamiento intrasistemático, derivado del esquema teórico empleado en la construcción del concepto jurídico de delito", pero que, "a la vez... soporta un riguroso condicionamiento extrasistemático, ligado al poder penal del Estado", por lo que —empleando frase de Baigún— su teoría "no es más que el ámbito determinado por el interés de la coerción estatal; el principio de culpabilidad actúa en la medida que

no excede los contornos de la concesión otorgada al aparato del Estado", doble condicionamiento que explicaría "la disgregación de la teoría del delito y los... intentos por superar o readecuar el contenido de la categoría de la culpabilidad dentro del sistema del delito". Sin embargo, inicialmente conviene subrayar que una cosa es el "ser" de la culpabilidad como concepto integrante de la estructura del delito (como concepto prejurídico reelaborado jurídico-penalmente) y otra cosa la medida y dirección con que el particular sistema normativo elabora (reelabora) los datos de ese concepto.

Fernández nos presenta como revisión sistemáticamente extrínseca del concepto de culpabilidad —además de la opinión que sostiene la inutilidad de ese concepto (Gimbernat)— la estructura doctrinaria de Roxin, que no importa la extracción del mismo del análisis elemental del delito y como revisión intrasistemática la elaboración de la *culpabilidad social*, predominantemente acogida en la academia latinoamericana.

La corriente de la culpabilidad social impulsa una revisión del concepto material de culpabilidad que terminaría desplazando, prácticamente, todos los criterios materiales alrededor de los que se ha venido construyendo el concepto dogmático de culpabilidad. No deja, entonces, de llamar la atención que en la justificación dogmática de la permanencia del concepto —tal como queda elaborado en su "reconceptualización", que no deja de significar una versión "antihistórica"— se invoque la necesidad de mantener una línea histórica evitando su ruptura o un avance abrupto que acarree el peligro de ella —según lo advierte Hassemer— describiéndolo como imperativo de orden constitucional o "resultante de las seculares ideas de autonomía y dignidad de la persona humana" (Schone) o sea que dicho imperativo responde a un criterio de culpabilidad que no es el que propone la *culpabilidad social*.

Sin perjuicio de estos argumentos fundamentadores de la permanencia del elemento culpabilidad en la estructura del delito, que se me revelan como algo contradictorio, otras afirmaciones básicas del "nuevo" concepto me hacen dudar de su operatividad dogmática.

Pensar en la imposibilidad de una "culpabilidad en sí" remarcando la idea de una "culpabilidad relacional", merece cuidadosa atención puesto que si en la esfera de la acción el delito se desprende de un criterio de puro acontecimiento para conce-

birse —como lo que realmente es y no puede dejar de ser— en cuanto acontecimiento en la vida de relación, la culpabilidad —tal como lo hemos concebido hasta ahora en la dogmática— pertenece (conceptualmente) al patrimonio (individual-interno) del hombre que actúa en esa vida de relación, salvo que sigamos la línea ontologizante del finalismo sin corrección alguna.

El reconocimiento que esta novedosa teorización "sólo logra acceder a las precondiciones de la culpabilidad, representadas por la ausencia de causas de justificación, a partir de las cuales se siente legitimado para inferir o presuponer la concurrencia en el sujeto", con lo que la culpabilidad "...no se afirma positivamente sino que se deduce... por la ausencia de hipótesis disculpantes", lo que es un procedimiento argumental bastante común en el mundo forense, merece, sin embargo, reparos en su transferencia a la teoría ya que es difícil negar si, previamente, no nos ponemos de acuerdo sobre lo que negamos, caeríamos en una especie de tautología "ideológica": sostener que la culpabilidad es la no existencia de inculpabilidad y dogmáticamente corremos el peligro de "deducir" la existencia de la culpabilidad limitándonos a examinar la tabla de "justificantes" proporcionados por el legislador, que pueden ser insuficientes, defecto que aleja la conceptualización *positiva* de culpabilidad, defecto que —por otra parte— ha llenado a la doctrina penal de dudas con la exageración de interpretaciones analógicas *in bonam partem* que amplían desmesuradamente el arbitrio judicial, lo que fue, hace mucho tiempo, advertido por el normativismo.

La negativa a considerar el criterio imputativo históricamente compresivo de la culpabilidad como "reproche", aduciendo que se trata de una connotación ética que contiene una "valoración estigmatizante", que concentra "en el sujeto una responsabilidad que incumbe a toda la sociedad", atiende, en realidad, a un contenido deformado del juicio de reproche y descuida que la culpabilidad se viene construyendo sobre el margen del dominio del autor que las circunstancias del hecho —incluidas las sociales— le dejan manejar con sus "libres" valoraciones.

El criterio de la "motavilidad" asentado sobre la participación en el bien jurídico, con el significado que "no estaría habilitado el Derecho Penal para 'reprochar' (culpabilizar) a un individuo por su falta de motivación normativa, cuando él no tiene oportunidad social de participar en el bien jurídico agredido" puede ser una circunstancia que no permita reconocer su con-

creta culpabilidad (nosotros contamos con sentencias ejemplificativas), pero no alcanza para una explicación de lo que la culpabilidad es. Una cosa es que el sujeto no puede alcanzar a comprender su acción como ataque a un bien jurídico, otra cosa es acabar definiendo la culpabilidad como "motavilidad de la norma" por la participación en el bien jurídico.

Tales nociones que "sociologizan" la culpabilidad convirtiéndola en *co-culpabilidad* (socio-individual), construida desde la idea de un neodeterminismo, con aportes de Hassemer, Zaffaroni, Bustos Ramírez y el aplauso de Fernández, ha tenido —por lo menos— el efecto de desplazar la culpabilidad de acto para conducirnos hacia una renovada culpabilidad de autor, como lo reconoce el último de ellos: "paradojalmente... las nuevas propuestas jugadas a la reformulación democrática de la culpabilidad penal encuadrarían... bajo el modelo de una culpabilidad de autor revisada...". Pero lo que ocurre es que la tradicional culpabilidad de acto tuvo, necesariamente, que construir con rasgos que puede reivindicar la culpabilidad de autor. Sin ir más lejos todo el capítulo de lo que nosotros rubricamos como "imputabilidad" participan de dicha connotación y distintos aspectos de causales de inculpabilidad no están libres de ella. Las pretensiones del "Derecho Penal de autor" eran otras, como bien sabemos.

No obstante las críticas que algunos mantenedores de la *culpabilidad social* le dirigen a Roxin, me parece que tendrían que admitir que su particular "concepto material", sin ser el origen de las transfiguraciones de la culpabilidad, le facilitó la confección de sus esquemas argumentales al desprenderla, en cierta medida, de su función de requisito de responsabilización penal para transformarla en señalador de la dirección política del Derecho Penal del Estado, dirección que, en resumidas cuentas, queda en manos del legislador (o del doctrinario) como intérprete de la realidad social sin sujeción a "principios" propuestos para esa dirección.

Pero en tanto el concepto tradicional de la culpabilidad requiere partir de un artículo de fe: la aceptación del libre arbitrio, sin necesidad de invocar una especifica corroboración "empírica", los nuevos "conceptos" también reclaman la aceptación de una creencia, es decir de algo que se proclama como axioma que no necesita ser demostrado, lo que expresamente reconoce Rusconi, sin perjuicio del exhaustivo examen de las teorías que formula.

"Aquí sólo se avanzará dando por cierta una hipótesis absolutamente personal y fuera de la presente discusión: en la culpabilidad encuentra, como en ninguna otra categoría, tratamiento un gran número de dimensiones valorativas, éticas, de pura política criminal, que obligan a reconocer en ella el lugar en el cual se define la última orientación valorativa del sistema del hecho punible, es decir, en ella los dogmáticos expresan, posiblemente ya sin retorno, la inclinación o no por una teoría del delito que pretende regirse por una concepción fragmentaria del Derecho Penal, por la vigencia del principio de *ultima ratio* o de mínima intervención..."

Estoy convencido que el concepto (jurídico) de culpabilidad se erigió a partir de la finalidad retributiva de la pena, lo que explica muchas actitudes de la Doctrina Penal, entre otras la afirmación de la necesariedad de la pena una vez constatada la vigencia en la realidad de la estructura elemental del delito y la circunstancia que la culpabilidad, además de fundamento justificatorio de la pena a un concreto autor se proponga como pauta mensuradora de aquélla. Pero cuando el fin (objeto-finalidad) de la pena se restringe (en su función socio-política) a la prevención, aparecen los puntos de desencuentros entre ambas teorías (la de la culpabilidad y la de la pena) que únicamente pueden resolverse de dos maneras: acudiendo sin pruritos al concepto tradicional de culpabilidad pero reconociendo que el coronamiento del edificio imputativo no acarrea necesariamente la imposición de la pena puesto que la finalidad preventiva sólo indirectamente puede estar referida en la simbiosis culpabilidad-retribución, o introduciendo modificaciones en la noción de culpabilidad para introducir exigencias de la prevención en la estructura elemental (imputativa) del delito. En tanto asumí —reconozco que por razones estrictamente prácticas— la primera vía de solución, Roxin y sus discípulos (más o menos ortodoxos) siguieron la segunda que, en sus últimas consecuencias alcanzó a llegar a la exclusión de la teoría (autónoma) de la culpabilidad desperdigando sus rastros a lo largo del camino de la imputación.

Aquí se acostumbra a exponer la teorización de Roxin como una teoría general válida para cualquier derecho positivo, lo cual es algo relativo. Sin que nada indique la imposibilidad de otorgarle ese destino, leyendo sus exposiciones originales se constata hasta qué punto aquella teoría nació impulsada por los reque-

rimientos de soluciones para problemas concretos que se plantean en el Derecho Penal alemán (tanto de dogmática en sentido específico cuando de política legislativa). Sin negar, tampoco, el ascenso de esas soluciones a una teoría general, su vigencia en otros sistemas legislativos, merece una particular consideración.

No creo estar muy alejado de las motivaciones de la referida teorización cuando considero que la urgencia por transferir diagramas de la teoría de la pena a la de la culpabilidad surge, prioritariamente, de la circunstancia que el legislador alemán presenta la culpabilidad como eje de la individualización de la pena lo que requiere su compaginación con los fines preventivos reconocidos en la teoría de la pena, que no se presenta —por lo menos con igual trascendencia— en nuestro Derecho.

Cuando he propuesto —como teoría general aplicable a nuestro sistema jurídico-penal— la justificación de la pena *en la culpabilidad* desde la ideología retribucionista y la individualización de la pena desde la prevención, no se me plantearon los mismos conflictos que se propuso superar Roxin, no estuve condicionado por dificultosas acomodaciones dogmáticas, desde que nuestro legislador no impone individualizar la pena desde el módulo de la culpabilidad.

Toda teoría general se relativiza en atención al derecho positivo de cuyo sistema surge. Gran parte de los problemas que Roxin resuelve con la suya son problemas del Derecho Penal alemán que o no nos son comunes o que ya nuestra doctrina ha resuelto por otras vías. No es, pues, nada raro que aunque coincidamos en las consecuencias prácticas, lo que para Roxin fue un camino erizado de espinas dogmáticas que lo obligaron a dar rodeos, para nosotros lo fue más llano y directo y la gran dificultad con la que nos enfrentamos fue la inercia de la doctrina que se sentía cómoda en la idea retribucionista como fin de la pena.

Sintéticamente se ha descripto la opinión de Roxin como una deformación de la culpabilidad que ha tenido como resultado desviarla de la teoría del delito (de la imputación). Yo he sido uno de los que ha caído en la trampa de ese resumen inexacto. Lo que hace Roxin es transferir explicaciones que se habían considerado propias de la teoría de la pena a la teoría del delito erigiendo en su estructura la categoría de la "responsabilidad" en la cual se conjugan la noción de culpabilidad con las exigencias dogmáticas que se deducen de los fines preventivos de la pena. En una doctrina de corte tradicional la conclusión a la que

se tendría que llegar sería que para que exista "delito punible" es necesario que el autor "merezca" (se le pueda asignar) pena atendiendo a la finalidad preventiva de ella. Pero dicho así no se encuentra en las exposiciones de Roxin a la que hasta ahora tenemos acceso; lo que él dice es que un autor que cometió el injusto con culpabilidad no necesariamente tiene que ser penado; no lo tiene que ser cuando, en el caso, la pena no puede operar sus finalidades preventivas con lo que reconoce que podemos enfrentarnos a un delito que no debemos penar aunque termina reduciendo esas hipótesis a las coyunturas dogmáticas planteadas por normas reguladoras de excusa o atenuación de la pena respecto de las cuales la teoría se presenta como explicación común a todas ellas. En nuestra legislación esa conclusión puede avanzar más allá de tales coyunturas en virtud del modo como el legislador ha propuesto su sistema punitivo.

Pero lo que Roxin no hace es deformar la culpabilidad, limitándose a partir de un determinado contenido material al que asigna prestancia normativa, lo cual queda del todo claro cuando elude el problema ontológico de la libertad que subyace en el núcleo del concepto (prejurídico) de culpabilidad, refiriéndolo a la "voluntad" expresada por la norma, presuponiendo la libertad como "un 'punto de partida normativo', una regla de juego social, cuyo valor social es independiente del problema teórico cognoscitivo y científico natural del libre albedrío".

En resumen, a las mismas conclusiones a las que pudo llegar Roxin se puede llegar sin necesidad de construir la categoría de la "responsabilidad" como tercera instancia elemental del delito, reconociendo que puede haber un "responsable" en cuanto puede ser "imputado" del "delito", al cual no se le debe imponer pena por defecto de sus fines preventivos.

El trasvasamiento de materiales de la teoría de la pena a la del delito (imputación) parece estar guiada por una nueva propuesta en orden a los fines de la pena: la *prevención general positiva*.

Reiteradamente expresé el convecimiento que al encarar el tema inicialmente, como capítulo introductorio de la exposición del Derecho Penal, siempre se ha confundido la justificación de la pena con los fines de la pena (actitud que puede ser ferazmente correcta en filosofía pero no en dogmática) y que ha sido esa confusión la levadura de la configuración moderna de la contraposición entre teorías absolutas y relativas, las primeras resu-

midas en la retribución y las segundas en la prevención —general o especial—, que aquella confusión desaparece cuando a la retribución la consideramos como explicación justificatoria de la imposición de la pena que requiere el presupuesto de la culpabilidad, extrayéndola de los fines de la pena.

No quiero, sin embargo, volver sobre este tema: lo que me parece conveniente es subrayar la afirmación de la retribución como única teoría que respeta al hombre-persona en cuanto fin en sí mismo que se viene repitiendo. Sin embargo no faltan tratadistas que presentan la retribución como finalidad que no respeta aquel valor, defecto del que participa la prevención general. En un momento de la evolución teórica se pensó que únicamente la prevención especial era compatible con el respeto de la persona, ilusión que duró poco tiempo pues no se necesita extremar el examen para reconocer que también en la especial el hombre sólo sirve de medio para la prevención, a lo que se sumaron los datos empíricos que acreditaron el fracaso de la guía instrumental de la prevención especial: la "resocialización".

Pienso que la hoy llamada "teoría de la prevención general positiva" nació de aquella confusión y del prejuicio de querer negar lo evidente: que el hombre que sufre la pena siempre —en cualquier teoría que se proponga— es asumido como "medio", no como fin en sí mismo. Denostada como teoría detrás de la cual se emboza la retribución (García) es elevada a la categoría del descubrimiento más feraz en la teoría penal de los últimos tiempos (Jakobs). Al hablar de "prevención general positiva" se intenta quitar la nota negativa de la pena como amenaza para desarrollar sus efectos positivos: de "confianza", de "enseñanza", de "satisfacción", que en definitiva, lo que procuran es "que la norma permanezca enfáticamente como modelo de orientación idóneo para la conducta social" (Jakobs), teoría a la que no le queda inadecuada la denominación de "teoría de la retribución funcional", que evitaría —o amenguaría— la recriminación de mediatizar al hombre.

Esta mención se hace necesaria porque las nuevas visiones de la culpabilidad desde los fines de la pena se han desarrollado a partir, precisamente, de esa "prevención general positiva", y de la reforzada proclamación de algo que está por encima de toda controversia: que toda la teoría penal tiene como punto de partida la teoría de la pena ("el Derecho Penal es el Derecho de la pena") y que "un puro concepto zanja" entre la teoría de la impu-

tación (del delito) y la de la pena jamás existió, pero, por sobre ello, hemos de reconocer que el gran desarrollo de la teoría jurídica del delito durante la primera mitad del siglo frente a la endeblez dogmática en que quedó la de la pena pareció colocarlas en dimensiones distintas. De allí que se hayan despertado tantas expectativas cuando se convocó a reconstruir la una en función de la otra. La duda que resta es si no se podría haber hecho lo mismo con lo que se define como prevención general "negativa".

Al parecer la transferencia de exámenes propios de la teoría de la pena a la teoría del delito insertando en aquélla exigencias elementales deducidas de la finalidad preventiva en tanto que "prevención general positiva" se está imponiendo mayoritariamente en la academia germana. Sin embargo, en el seno mismo de ésta ha despertado resistencias de envergadura.

No han sido muchas, sin embargo, las que nos han llegado sistemáticamente expuestas. De ellas despierta mi atención la de Stratenwerth ya que ha encontrado en ella muchos de los reparos que venía exponiendo desde que comencé a evaluar aquella tendencia, aunque por supuesto expresados con fórmulas más precisas que las mías. En virtud de tales coincidencias me tienta transcribir la crítica a Stratenwerth haciéndola mía en sus líneas generales.

En primer lugar cabe consignar que "la discusión" sigue "siempre conducida con las categorías conceptuales tradicionales de teorías absolutas y relativas, de retribución, de prevención general y de prevención especial", miradas —exclusivamente—.

Como finalidades de la pena: y "en tanto las teorías relativas... deban servir... para decidir en particular sobre las estructuras básicas de la imputación jurídico-penal... serán sobreexigidas sin remedio mientras no se trate de meras correcciones marginales". Querer deducir los presupuestos y modalidades de la responsabilidad jurídico-penal más o menos exclusivamente a partir de determinados fines político-criminales preestablecidos, significa... aferrarse a una forma de pensamiento instrumental que ni siquiera permite ver ya esenciales aspectos socio-culturales del Derecho Penal y "a la vez, conservar... en la teoría de la pena, los esquemas del pensamiento de los cuales ella misma debiera desvincularse, en vista de nuevos desarrollos del Derecho Penal".

Esta crítica —calificable como genérica— se concreta en dos aspectos: el relativo a las expresadas finalidades de la pena y, en particular, a la "teoría de la prevención general positiva" y el que refiere a la transferencia de esas finalidades a la imputación y a sus consecuencias, en síntesis en la duda de si realmente podemos operar con una dogmática "funcional" (final) del Derecho Penal.

Respecto del primero se destacan los reparos a los fines de la pena tradicionalmente asignados a ella que se resumen en que en cualquiera de esos objetivos, el hombre deja de ser un fin para convertirse en un medio y que la prevención general sólo asume jerarquía en el pensamiento penal por la simple razón de que si bien no puede ser corroborada con datos afirmativos, tampoco puede ser terminantemente refutada (lo que es reconocido por Roxin). Tales reparos se vierten concretamente sobre la "prevención general positiva", con la resonancia de antiguas dudas, a las que se suman las que suscitan la "enredada" acumulación de fines específicos que se le asignan, especificidad que se diluye cuando se advierte que se tratan de fines no sólo asignables al Derecho Penal en general sino al ordenamiento jurídico todo, con lo que "la teoría de la prevención general positiva ni siquiera aparece ya como una teoría especial de la pena". Coincido en esta última objeción pero dejando a salvo mi criterio —largamente argumentado en otras oportunidades— que dada la naturaleza de la pena, el empleo del hombre sobre quien se ejecuta, siempre es un medio para cumplir fines, que las garantías de preservación de su persona radican en la imputación y que es desde ella que se restringe la imposición de la pena y no a la inversa.

En el segundo aspecto, Stratenwerth se pregunta "cómo pueden ser compatibilizados... lo limitado e inseguro de las teorías de la pena y la concluyente de las consecuencias... que deberían permitir", ante el "déficit masivo de nuestro conocimiento empírico" que acaba "dejando en el aire" las "conclusiones sobre cuestiones particulares de la dogmática del Derecho Penal", con lo que no es extraño —agregó— que el procedimiento de "renormativización" cuando se exaspera con el vaciamiento de todo dato prejurídico (en su caso "empírico") sea la salida que se ha encontrado a esa situación.

Cuando el finalismo desmedró la culpabilidad vaciándola de su contenido material (psíquico) para concentrar su concepto como elemento del delito en el puro juicio de reproche, no dejaba

de convertir ese juicio en uno de difícil precisión. Significativamente las reacciones que provocó esa situación fueron dislocaciones de las nociones que integraban la culpabilidad. Primero Maurach intercaló en la estructura del delito el elemento que denominó "atribuibilidad" en el que circunstancias tradicionalmente ubicadas en el examen de la culpabilidad se "objetivaban", con lo que aquél pasaba a constituirse en una suerte de concepto puente entre las dimensiones objetivas y subjetivas de la imputación, aunque en el seno de una teoría donde esa distinción se relativiza puesto que ya venía descartada a nivel del tipo (se trataba de una ecuación construida desde el finalismo, entre nosotros apoyada por Donna). Luego Roxin impulsó los "conceptos" político-criminales sobre la vertebración de la culpabilidad, dando origen a la inserción de ésta en el megaconcepto de la "responsabilidad".

Mi construcción teórica de la culpabilidad pagó un doble tributo: el de la comodidad de no salir de la doctrina largamente elaborada que se había convertido en el lugar común para la práctica forense y el del temor a las consecuencias que podía acarrear el finalismo y sus reacciones para el Derecho Penal liberal recepcionado —más allá de eventuales claudicaciones— por el legislador argentino. Resumiéndola: concebí la culpabilidad como un doble juicio: el juicio del autor sobre su hecho que se resolvía en la relación psicológica de aquél con éste y el juicio del juez sobre las características de esa relación que se resolvía —a su vez— en la relación de aquel otro juicio con el mandato y que se concretaba en torno de la reprochabilidad (jurídica) de la acción del autor.

Se puede decir que se trata de una simple fórmula de presentación de los viejos contenidos del concepto, pero era la que me permitía seguir trabajando con las elaboraciones que a lo largo de un dilatado lapso venía acumulando la doctrina. Decía en una de las primeras exposiciones sobre esta forma de presentar la culpabilidad: "Mantenemos el estudio del dolo y de la culpa como objeto y fundamento diferencial del juicio de reproche dentro de los desarrollos de la teoría de la culpabilidad", entendiendo que "con dicho procedimiento las soluciones de los casos no serán distintas, aunque puede ocurrir que algunas de nuestras conceptualizaciones se coloquen a cierta distancia de las que hoy son comunes en buena parte de la Doctrina Penal".

"Nuestra teoría de la culpabilidad indagará, pues, cuáles son los sujetos capaces de adoptar una conducta como contraria a la norma (imputabilidad), cuáles y cómo son las formas de la voluntad que los determinan a la opción (dolo, culpa) que les pueden ser reprochadas jurídicamente, y, por fin, cómo se formula el juicio de reproche...". Contenido éste (prejurídico y normativo) que comúnmente se examinó adentro del elemento culpabilidad, pero que sus nuevas versiones (a partir del finalismo) pugnan por transformar reubicándolo o coloreándolo con tonalidades extraídas de la teoría de la pena.

Lo que nunca me pude explicar con claridad es el empleo de la culpabilidad como factor de individualización de la pena, lugar común de la doctrina al que ha respondido la legislación aunque a veces requiriendo agudos esfuerzos de implementación cuando el mismo legislador, en casos particulares, obliga a individualizar la pena asumiendo criterios preventivistas. Creo que en la base de aquella función se inmiscuyen las antiguas diadas de pena —retribución y medidas— peligrosidad, en que la pena se explicaba como retribución de la culpabilidad por lo que se pensaba, como consecuencia necesaria, que ésta debía ser la medida de aquélla: en definitva era derivación de una exigencia de congruencia teórica.

Sin perjuicio del específico sistema de nuestra ley positiva que aquel empleo de la culpabilidad disimulaba los fines de prevención de la pena y perturbándolos o desconociéndolos como base de su individualización nos conducía a un terreno de inseguridad que abonaba un extenso arbitrio judicial aun cuando estuviese reducido por los marcos legales de las penas. Con esto se puede o no discrepar, pero lo que no me parece presentar dudas es que la afirmación de la culpabilidad como base de determinación en concreto de la pena se apoya sobre un principio sistemático: la pena como retribución *por* la culpabilidad, y sobre un concepto: el de la culpabilidad como concepto normativo-material con sus contenidos tradicionales. Cuando a este concepto lo transformamos reduciéndolo a contenidos sociológicos o los calificamos en orden a los fines de la pena, en definitiva son aquéllos o éstos los que prestan marco a la individualización. No es raro, entonces, que alguna doctrina, desde las exigencias legislativas, termine debatiéndose en círculos sin alcanzar la cola. Así ocurre con la propuesta de Roxin asumida como teoría general: la culpabilidad contenida en el factor responsabilidad queda

diagramada, al fin, atendiendo a los fines de la pena (fines preventivistas), son, pues, estos fines los que tienen que constituir las pautas individualizadoras, pero las exigencias dogmáticas procedentes de los textos penales lo obligan a seguir examinando a la culpabilidad como base de determinación individualizada de la pena.

Para mí no resulta congruente que mientras se trabaja con un criterio "tradicional" de culpabilidad —aunque se lo disimule con expresiones que quieren actualizarlo— además de fundamentar en ella la punibilidad ("no hay pena sin culpabilidad"), se la considere como "principio" o factor principal de individualización de la pena ya que aquella noción no permite considerar "grados". La afirmación que la culpabilidad es graduable, no pasa de ser una afirmación cuya corroboración se acaba demandando a los criterios personales (y por tanto arbitrarios) del juzgador.

Los reclamos para que funcione como dique contra los desbordes de la punición la cumple en cuanto requisito elemental del delito (de la imputación), pero me parece algo que requiere argumentos muy complejos sostener que la pena "adecuada a la culpabilidad" es la que cumple fines de prevención general; aunque ello tenga visos de verdad se tendrá que reconocer que se trata de una manera de disimular la vigencia de la retribución como principio operativo en la teoría de la pena. La noción tradicional de la culpabilidad —que aún se mantiene por encima de las variaciones expositivas— se construye en la dimensión social de la repercusión de la pena. Cuando para determinar los "grados" de culpabilidad se recurre a esta otra dimensión, no hacemos sino transferir indebidamente el problema: medimos algo con un metro creado para medir otra cosa y damos vuelta en círculos, como lo revelan estas expresiones: "La pena adecuada a la culpabilidad no tiene un sentido en sí misma, sino como instrumento al servicio de un fin político-social. La pena adecuada a la culpabilidad sirve a la prevención general en tanto que consigna que la condena sea aceptada por la sociedad como... adecuada (justa)".

Por más que busquemos será muy difícil encontrar una exposición que nos diga (con "objetividad") cómo graduar la culpabilidad para graduar la pena; se desemboca en la magnitud de la "impresión" que pudo haber producido el delito en la sociedad (que lógicamente, se traslada al juez) con lo que no se sale de la

prevención general, o en circunstancias del autor en la vida de relación, con lo que no sale de la prevención especial. Eso sin dejar de reconocer —repito— que el problema dogmático en una ley que remite la adecuación de la pena a la culpabilidad es mucho más complicado que el que asoma en una ley —como la nuestra— que no sigue ese criterio normativo.

Sin embargo, últimamente Patricia Ziffer abre las puertas para el ingreso en nuestra dogmática de la culpabilidad "graduable" como factor determinante de la pena dentro de los márgenes típicos. Negando la existencia de referencias constitucionales que permitan "identificar el sentido de la pena", afirmando que "toda explicación a este respecto es más una construcción impuesta al texto constitucional, que una consecuencia derivada de él", indicando que las referencias a la "resocialización" del Pacto de San José de Costa Rica (cuyas normas tienen, hoy, jerarquía constitucional) —repetida en la ley regulatoria de la ejecución de la pena privativa de libertad—, *no sirve porque siendo inaceptable para justificar la* pena, tampoco puede proporcionar "un parámetro para determinarla", con lo que el tema quedaría librado a las construcciones de la doctrina. A lo cual suma una explicación que puede ser considerada por muchos dogmáticamente sediciosa, en la cual sostiene que "todo sistema de medición de la pena parte de una determinada legitimación del castigo estatal, pero ésta no surge de la ley... más bien se impone a ésta". Lo que diga la ley no interesaría.

No parece conveniente extenderse sobre el manejo de las pautas de individualización que propone Ziffer para operar y que se habilitarían dentro del margen de libertad de la doctrina, pero sí vale la pena señalar que los grandes debates que sobre el punto se producen en la academia alemana están alentados por las explicitaciones de fines en la ley y es el deseo de superar sus contradicciones que impulsa las construcciones doctrinarias más resonantes de estos tiempos.

Admito que si algo me hace dudar sobre la estructuración en "grados" de la culpabilidad (aunque no procede de nuestro sistema normativo penal) son los casos de imputabilidad disminuida, pero en los términos de la teoría de la pena, dentro de los márgenes de terminados por el tipo —que responden a la prevención general—, es la prevención especial el factor principalmente determinante.

La bibliografía que especialmente se comenta en este trabajo es la siguiente:

DONNA, E. A.: *Teoría del delito y de la pena:* Astrea, Buenos Aires, 1995/96.

—"Culpabilidad y prevención", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año III, Nos 4 - 5 (Buenos Aires).

FERNANDEZ, G. D.: *Ensayos sobre culpabilidad:* Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1994.

GARCIA, J. A. L.: "La crisis o el cuestionamiento al sistema penal"; *Revista de Ciencias Penales* - Nº 2/1966 (Montevideo).

JAKOBS, G.: *Derecho Penal - Parte General - Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. Contreras y Serrano González de Murillo; Pons, Madrid, 1995.

ROXIN, C.: *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*, trad. Muñoz Conde, Reus, Madrid, 1981.

— *Política Criminal y estructura del Delito*, trad. Bustos Ramírez y Hormazábal Mallarée; P.P.V., Barcelona, 1992.

— "Culpabilidad y exclusión de la culpabilidad en Derecho Penal", Carranza y Guariglia, *Nueva Doctrina Penal*, 1996 - B (Buenos Aires).

RUSCONI, M. A.: "Principio de culpabilidad: ¿garantía o prevención?": *Nueva Doctrina Penal*, 1996/B (Buenos Aires).

STRATENWERTH, G.: "¿Qué aporta la teoría de los fines de la pena?", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año II, Nos 1-2 (Buenos Aires).

ZIFFER, P. S.: "El sistema argentino de medición de la pena (art. 41 del Código Penal argentino)", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año II, Nos 1-2 (Buenos Aires).

XI. CULPABILIDAD Y PENALIDAD EN EL CÓDIGO PENAL ARGENTINO * **

POR MANUEL DE RIVACOBA Y RIVACOBA

I

La existencia y la consiguiente dilucidación de ciertos principios que informan y mantienen la entidad de un ordenamiento punitivo y que a la vez condicionan y rigen su comprensión, siendo así constitutivos tanto del ordenamiento como de la dogmática penal, permitiendo su identificación como tales y pudiendo muy bien ser llamados por ello cardinales, no tienen carácter empírico ni consienten ser investigadas y establecidas mediante la observación. De otro modo, no serían sino hechos y por ende contingentes, y, aunque servirían para perfilar y distinguir cada ordenamiento en particular y su correspondiente dogmática, no asegurarían su naturaleza penal. Por lo demás, toda entidad ha de asentarse en la existencia de principios que la fundan y al propio tiempo, sin perjuicio de sus relaciones con otras, impiden su confusión con ellas, y todo saber racional, incluso el no científico, se justifica y elabora por la referencia de sus conocimientos a nociones previas, de valor más abstracto, o sea, más universal.

* Comunicación del autor al *Congreso Internacional de Derecho Penal con motivo del 75° aniversario del Código Penal Argentino* (Buenos Aires, del 11 al 14 de agosto de 1997).

** Acerca del sentido preciso del término *penalidad* en el pensamiento del autor, y su diferencia de los conceptos de *punibilidad* y *pena*, cfr. principalmente su libro *Función y aplicación de la pena*, Depalma, Buenos Aires, 1993, pp. 4-8. También, antes, *El delito de contrato simulado*, Akal, Madrid, 1992, pp. 55-60, y Conosur, Santiago de Chile, 1992, pp. 77-85, y, después, "De la punibilidad a la pena", en la *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, vol. 50: Homenaje al Profesor Manuel G. Abastos, 1993, pp. 221-228.

Esto indica que tales principios han de consistir en criterios formales y aprioristas, congruentes y complementarios entre sí, y que, en la esfera de lo jurídico, han de derivarse directamente de las meras nociones de hombre y de Derecho. Sin pretender definir aquí al ser humano, costará poco convenir en que se trata de un ser de razón, apto para los valores, que se representa y se propone fines, se sirve de las cosas y ordena su conducta para alcanzarlos, y se considera titular de un destino personal e intransferible, lo que, dicho con otras palabras, se significa con las expresiones usuales de que es fin en sí y sujeto de dignidad, no subordinable, por tanto, a nadie, sino igual, en tal calidad, a todos;[1] ser, por lo demás y en concordancia con lo anterior, que se reconoce en sus semejantes y se realiza en sociedad. Y no suscitará hoy graves objeciones la concepción del Derecho como "un ordenamiento predominantemente objetivo de regulación del comportamiento exteriorizado de los hombres, mediante normas cuya prescripción, sancionada con la legítima posibilidad del empleo de la fuerza organizada de la sociedad y ejercida con exclusividad por el Estado o por organizaciones a que éste se haya subordinado, se orienta a la consecución de fines valorados por cada comunidad según el correspondiente estadio de su evolución cultural";[2] concepción de claros designios realistas, que se atiene al concreto elemento de la tendencia de lo jurídico hacia fines determinados, que implican la protección de aquellos bienes a cuya preservación considera la comunidad ligadas las bases de su subsistencia, y, sin excluirlos, tampoco se pierde o entretiene en ningún *tópos oúránios* de valores supremos y absolutos, o sea, imprecisables e inasequibles. La imagen del hombre como ser de razón y, sobre todo, de valores y de fines, y la del Derecho como regulación de las conductas que prevenga o re-

[1] "Lo que es fin en sí excluye toda ordenación jerárquica. Por eso, el concepto de persona es un concepto de igualdad". Gustav Radbruch: *Filosofía del Derecho*, trad. por José Medina Echavarría, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933, p. 170.

[2] Aunque Max Ernest Mayer, *Filosofía del Derecho*, trad. por Luis Legaz Lacambra, Labor, Barcelona, 1937, p. 120, advierte, con razón, que "todavía no ha habido un jurista ni un filósofo que haya acertado a formular una definición del Derecho unánimemente aceptada", y que "esto es raro, pero explicable", pues a su juicio "el motivo principal consiste en que es imposible comprender y explicar satisfactoriamente las diversas formas manifestativas del Derecho en una única fórmula", nuestro antiguo discípulo y ya brillante profesor José Luis Guzmán Dálbora ha acuñado con inteligencia y elegancia esta afortunada síntesis.

suelva conflictos y garantice la convivencia con arreglo a fines valorados de interés comunitario, suscita de inmediato el problema de la libertad, cuya realidad psicológica parece tan inverificable cuanto es indesmentible y efectivo su carácter de postulado, sin el cual carecen de sustento y de sentido, no ya sólo el Derecho Penal ni aun el Derecho en general, sino todo el complejo de las valoraciones y las finalidades, las normas y las sanciones, y, así como no cabe demostrar el hecho de la libertad, tampoco cabe negar el hecho, que la experiencia confirma cotidianamente, de que el individuo humano concibe la libertad y se considera o se siente libre, aspira a serlo más cada día y a partir de esta convicción o esta vivencia prefiere y pretiere, se plantea metas y exigencias, crea un mundo distinto y por encima del mundo de la naturaleza y se mueve en el reino de la cultura.[3]

Ahora bien, si de semejantes nociones se deducen principios que a su vez sustentan y estructuran uno o varios ordenamientos punitivos, simultáneos y sucesivos, nadie dudará que en todos ellos se da un Derecho Penal fundado antropológicamente; y es más: sólo tomándolas por base se puede dar y se puede comprender un Derecho Penal de y para los hombres. Lo cual, como es lógico, no obsta a que dichos ordenamientos difieran luego, en mayor o menor extensión, por sus peculiares contenidos; antes bien, reclama esta diversidad, en la que se originan las respectivas elaboraciones dogmáticas. Y es fácil de percatarse de que no forman una serie de enunciaciones y exigencias aisladas, sino que constituyen un plexo continuo, en el que unos se desprenden de y se complementan con otros, no proporcionando sino en su conjunto sustentación lógica y orientación axiológica suficientes a los distintos ordenamientos.[4]

[3] Cfr. Rivacoba: *Configuración y desfiguración de la pena*. Instituto de Chile (Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales), Santiago de Chile, 1980, pp. 13-14. Por otra parte, Radbruch: "Introducción a la ciencia del Derecho", trad. de Luis Recaséns Siches y prólogo de Fernando de los Ríos: *Revista de Derecho Privado*. Madrid, 1930, p. 9, habla del Derecho y la cultura en general como "reino intermedio entre el polvo y las estrellas, el reino del humano anhelar y crear que se halla situado entre el reino natural del ser y el reino ideal de los valores puros", y reconoce "al Derecho, como fenómeno de cultura, como obra humana, partícipe de las leyes de causalidad de la tierra, pero partícipe también del impulso ascensional hacia las supremas alturas".

[4] "El criticismo kantiano nos ha probado que, si bien las formas de la cultura y del Derecho son absolutas y generalmente válidas, su contenido, no obstante, depende de datos empíricos y es, por consiguiente, completamente relativo". Radbruch: "El relativismo en la Filosofía del Derecho" (en su libro miscelánico *El hombre en el Derecho*, trad. Aníbal del Campo, Depalma, Buenos Aires, 1980, pp. 95-102), pp. 95-96.

Su formalismo y su apriorismo, que les hace independientes y anteriores, en su entidad y validez, de toda realización efectiva y hace también que su conocimiento sea previo al conocimiento empírico y lo condicione, o, a lo menos, que éste lo presuponga, no impide, sino que más bien requiere, su proyección en las diversas legislaciones penales, las cuales los concretan y les dan eficacia en latitudes y tiempos diferentes, con modalidades más o menos adecuadas y un grado más o menos perfecto, de conformidad con las singulares circunstancias culturales en que aquéllas aparecen.

Claro es que puede haber y que ha habido y hay regímenes punitivos que no responden en absoluto a estos principios, pero por ello mismo conforman un Derecho Penal no antropológicamente fundado, contrapuesto al que se suele denominar Derecho Penal liberal, el protector —por decirlo con las elegantes palabras de Carrara— *"della libertà umana cosi esterna, come interna"*.[5] Y a poco que se ahonde en su análisis habrá que concluir que, a despecho de sus apariencias y de su nombre, les falta radicalmente la esencia de lo jurídico, porque, muy a la inversa de constituirse en medio para ordenar y asegurar la convivencia y defender la libertad individual en concurso y armonía con la libertad de todos, no pasan de ser dictados del arbitrio y rudos instrumentos de opresión y represión, en manos del mero poder sin legitimidad ni autoridad.

Por su propia índole, los principios cardinales son puros conceptos funcionales, esto es, sin contenido, que agotan su razón de ser y su existencia en el cumplimiento de ciertas funciones, a saber: una, constructiva; otra comprensiva, y una tercera, crítica y prospectiva. En efecto, son, ante todo, un conjunto coherente y suficiente de ideas rectoras que inspiran a las leyes penales y de columnas sobre las que éstas se yerguen y a cuyo alrededor cobran forma y se erigen en ordenamientos que merecen el calificativo de jurídicos y de consiguiente se orientan al servicio de los hombres. Por tanto, condicionan la indagación y comprensión científica de los distintos ordenamientos existentes, empezando por esclarecer la interpretación de sus normas y permitiendo la organización de los respectivos conocimientos en un sistema; y, en fin, por contraste con ellos quedan de mani-

[5] *Programa del corso di Diritto criminale*, Parte generale, 1859, Prolegomeni.

fiesto los inconvenientes y las imperfecciones de tales ordenamientos qué y cómo son y cabe proponer los medios de subsanarlas con el objeto de que en lo futuro se ajusten a lo qué y cómo deban ser.

Unas páginas como las presentes no son lugar adecuado para intentar la deducción detenida y particularizada de estos principios; únicamente para enunciarlos: principio de legalidad, principio de actividad, principio de ofensividad, principio de subjetividad, principio de proporcionalidad y principio de humanidad.

Sin necesidad de grandes razonamientos, sino más bien a simple vista, se advertirá las diferencias profundas que los separan de las tablas de principios, que en rigor no son más que expresiones de ideales, aspiraciones o intenciones y con frecuencia no se plasman en los textos, establecidas en cabeza de algunos documentos legislativos, sean códigos o proyectos, de carácter público o privado y de amplitud nacional o multinacional, de la América contemporánea.

Aparte de esto, nada de extraño tiene que cuerpos legales que no dejan de estar efectivamente informados por los verdaderos principios cardinales incurran en su desconocimiento o negación al regular determinadas instituciones, lo que una dogmática acuciosa descubrirá y pondrá de relieve sin excesivas dificultades. Con todo, será más frecuente e insidioso, y entrañará mayores riesgos para la reconstrucción científica, la deformación que, bajo apariencias de fidelidad a sus exigencias, de hecho los desfigure y recorte en su auténtico sentido y alcance.

II

Ciñendo la exposición al examen de uno solo de dichos principios, el mencionado en cuarto lugar, hay que empezar por advertir que se ha preferido la denominación de *principio de subjetividad* a la usual y tradicional de *principio de culpabilidad*, pues sabido es que hace ya tiempo que ciertas construcciones dogmáticas del delito han extraído de ésta la consideración de las que hasta entonces fueron, y continúan siendo en otros modelos, sus especies o formas, e incluso agotaron su concepto, el dolo y la culpa, y las han incardinado en la tipicidad, como tipo subjetivo o, mejor, aspecto subjetivo de los correspondientes tipos, con lo cual la culpabilidad queda reducida a la consideración de los motivos del acto antijurídico y la exigibilidad de un actuar

diferente. Pero lo que en verdad importa como principio cardinal del Derecho punitivo es que el acto que se haya de condenar sea obra, no únicamente en lo físico, sino también en lo anímico, del sujeto, o, manifestándolo con mayor exactitud, que el sujeto tenga dominio de él como tal, como ser de conocimiento y de voluntad, que conoce o puede conocer y quiere o acepta el acto en su entidad y en su significación antijurídica, y que puede motivarse por la representación del Derecho y obrar conforme a él; y de ahí, la designación que se adopta. Con esta aclaración, no se percibe inconveniente en expresar el principio en la forma consagrada de *nullum crimen sine culpa*,[6] ni para emplear en lo sucesivo el término *culpabilidad*.

En definitiva, se trata de que no cabe al Derecho Penal prescindir de que los actos a que se refiere tengan una dimensión subjetiva, dirigida hacia el autor, pero no considerando cómo sea éste ni su comportamiento en general (culpabilidad por la personalidad o de carácter y por la conducción de la vida), sino concretada, precisamente, en que se represente lo que hace y que lo que hace infringe prescripciones jurídicas, y lo quiera o admita (dolo directo y eventual), o bien en que se lo represente o deba y pueda representar y deba y pueda evitarlo (culpa con y sin representación), y, además, en que, atendidas las circunstancias en que se encuentra, pueda exigírsele en términos efectivos que haga de la representación del deber jurídico motivo de su obrar y, por tanto, obrar de manera distinta a como lo ha hecho y ajustada a Derecho (exigibilidad de otra conducta): todo y sólo lo cual hace susceptible a su obrar de un juicio negativo de valor, esto es, de un juicio de reproche, o, expresado más en breve, que el acto sea reprochable (reprochabilidad).

Así, pues, el principio abarca y exige la presencia simultánea del dolo o la culpa y de la exigibilidad de una conducta distinta de la realizada y en su lugar arreglada a Derecho, o sea, la culpabilidad entendida como responsbailidad subjetiva y como reprochabilidad. Si se recuerda que la antigua concepción psicológica de la culpabilidad, que no deja de tener valedores actua-

[6] Un proceder análogo han seguido otros autores: por ejemplo, Ferrando Mantovani: *Diritto penale*. Parte generale. Cedam, Padua, 1979, pp. 252 y ss. (siquiera sitúe dentro de este principio la consideración también del elemento subjetivo o coeficiente psíquico de la conducta, meramente naturalístico y sin ninguna referencia a su resultado, *la "suitas"*).

les, la reducía al dolo y la culpa, se comprenderá su insuficiencia para dar cuenta del sentido y los requerimientos del principio en toda su amplitud, pero también que dolo y culpa forman parte imprescindible y fundamental de las exigencias subjetivistas. Por otro lado, la posterior concepción normativa de la culpabilidad, que con su larga y trabajosa elaboración y sin desechar los puntos de vista psicologistas los combina con la noción de exigibilidad e integra unos y otra en una construcción de carácter valorativo y más rica y amplia, ofrece ya cumplida síntesis de las demandas del principio y le proporciona suficiente base teórica, a lo menos, hasta donde hoy cabe avizorar. Y las concepciones aparecidas después, que con cierta lógica califican de compleja o mixta la concepción normativa en sus versiones originarias por su comprensión del dolo y la culpa, y afirman haber llegado por su parte a un normativismo puro que se halla exento de ellos, no pueden sustentar por sí solas el principio, sin complementarse con la referencia a tales elementos, siquiera los hayan trasladado a un nivel diferente del que tradicionalmente se les asignaba y que vastas corrientes del penalismo continúan asignándoles en una intelección estratificada del delito, cuestión que, a pesar de sus consecuencias e importancia, no pasa de dogmática ni resulta capital para la existencia y las exigencias del principio. Es más: si la culpabilidad puede ser entendida en los dos sentidos que quedan indicados, como responsabilidad subjetiva y como reprochabilidad, esto demuestra que un principio que necesita ambos para su plenitud y que plantea sus exigencias tanto en uno como en otro es y debe ser llamado con propiedad *principio de culpabilidad.*

Éste se deduce con rigor y sin dudas, primero, de las nociones en que se fundan y de las que se desprenden todos los principios básicos del Derecho Penal, y, más particularizada y próximamente, de los que le anteceden en un orden lógico. En efecto, las simples nociones de hombre y de Derecho implican que lo que ha de regular y juzgar éste es el obrar de aquél como tal, o sea, tomado, no como nudo ser natural, sino también en la plenitud de su subjetividad. Ahora bien, una vez derivado de dichas nociones el principio de legalidad como garantía de la certeza, la seguridad y la libertad del individuo acerca de la índole y las posibles consecuencias penales de sus actos, de la consignación detallada que la ley hace de las acciones y omisiones prohibidas jurídicamente como delitos y sus correspondientes sanciones

punitivas se sigue que semejantes preceptos y amenazas están dirigidas a seres que pueden conocerlas y a quienes se puede exigir que obren por su representación de ellas, teniendo siempre presentes en su significación y gravitación las circunstancias del caso. Dando un paso más, si el Derecho no puede obviamente someter a normas el ser del hombre, sino sólo sus actos (principio de actividad), ni, por otra parte, éstos tienen para él relieve criminoso más que cuando dañan o ponen en peligro de manera o en grado insoportable para las valoraciones que lo animan aquellos bienes en cuya protección reside la razón de ser de sus previsiones y conminaciones punitivas (principio de ofensividad), una consideración total y adecuada para establecer el carácter delictivo de un acto no se contentará con la sola apreciación de su lado o componente objetivo, sino que lo estimará asimismo en su referencia al autor, tomando en cuenta la entera disposición íntima del sujeto a su respecto en cuanto acto y en cuanto ofensa jurídica y formulando sobre tales datos un juicio *negativo de valor, o, con mayor exactitud, de reproche, el juicio* de culpabilidad. Apenas habrá que añadir que por la propia naturaleza de los valores y por su polaridad los juicios de valor pueden graduar, o sea, que la culpabilidad en graduable.

La disposición subjetiva del autor en relación con su acto se compone de un conjunto de determinadas actitudes cognoscitivas y volitivas respecto a ciertos datos de hecho, pero también normativos, o sea, el dolo o la culpa, y de la motivación en cuya virtud decide su actuar, así como de la posibilidad que las circunstancias le hayan permitido de ajustarse al Derecho: complejo de elementos subjetivos en sí mismo disvalioso que hace que el acto lo sea igualmente y fundamenta la posibilidad de que recaiga sobre él un juicio de reproche, es decir, que hace que el acto sea reprochable, culpable. Tales exigencias descansan sobre el presupuesto necesario de que en el momento del acto el agente posea capacidad de representarse las consecuencias de su obrar, de comprender su criminalidad y de adecuar su conducta a dicha representación o comprensión (imputabilidad).

Las diferencias de entidad y estructura entre el dolo y la culpa repercuten en una disparidad asimismo de su gravedad, ya que representarse y querer o, por lo menos, aceptar la producción de un acto antijurídico denota una oposición o un desprecio al Derecho más disvaliosa y reprochable que producirlo por falta del cuidado debido, sea con mera posibilidad de repre-

sentárselo o habiéndoselo representado, pero sin admitirlo en absoluto. Por ello, incurren en abierta infracción del principio culpabilista los cuerpos legales que sancionan con idéntica pena los tipos dolosos y los culposos de un mismo delito, como hacen el Código chileno, de 1874, en sus arts. 229 y 495, nº 21, y el español, de 1995, en los arts. 205, 208, 456, 1, y 510, 2.[7] Y con un pensamiento análogo se descubre sin dificultad la diferente gravedad, en un orden decreciente, de las diversas especies de dolo y de culpa, que las limitaciones de estas páginas sólo nos permiten enumerar: dolo directo, dolo eventual, culpa consciente (aquella culpa con representación en que el sujeto se decide a obrar en la confianza de que el resultado que prevé no se producirá por la simple concatenación natural de los acontecimientos), culpa simple (sin representación, con mera previsibilidad) y culpa con representación en sentido estricto (en la que el agente obra confiado en impedir él mismo el resultado previsto); la primera especie de culpa, colindante con la especie inferior del dolo, y la última, el menor grado concebible de culpabilidad.[8]

Son piezas de capital significación en cualquier concepción normativa de la culpabilidad, y elementos indefectibles del principio, las nociones de exigibilidad de otra conducta y de reprochabilidad de la realizada. Sin ahondar a su propósito, es dable en pocas palabras sentar que en la primera se trata de que el agente pueda humanamente, en el contexto de circunstancias en que actúa, no ya sólo representarse el deber jurídico que le incumbe, sino también hacer de esta representación motivo de su obrar y, por tanto, obrar de acuerdo con el Derecho, sin que entre aquéllas se haya dado alguna, pertenezca al mundo cir-

[7] Cfr., para el primero, Rodríguez Devesa: "Cuasidelitos y delitos culposos en el Código Penal chileno" (en el volumen *Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal en celebración del centenario del Código Penal chileno*, Edeval, Valparaíso, 1975, pp. 127-139), pp. 138-139, y Rivacoba: *El principio de culpabilidad en el Código Penal chileno* (en el propio volumen, pp. 49-126), p. 107; y para el segundo, Rivacoba, *Consideraciones críticas de carácter general acerca del nuevo Código Penal de España (1995)*, Alienus, Barcelona, 1996, p. 17.

[8] Cfr. Jiménez de Asúa: *Tratado de Derecho Penal* (publicados, 7 vols.), tomo V, Losada, Buenos Aires, 1956, pp. 1.009-1.010; "Problemas modernos de la culpa", en la *Revista de Derecho Penal y Criminología*, de Buenos Aires, número 1, enero-marzo de 1968, pp. 7-28, y, sobre todo, *La faute consciente et le "dolus eventualis"*. Conferencia pronunciada en la Universidad de Bruselas el 10 de marzo de 1960, extraída de la "Revue de Droit pénal et de Criminologie", de Bruselas, abril 1960. Asimismo, Rivacoba: *El principio de culpabilidad en el Código Penal chileno*, cit., pp. 70-71.

cundante o sea de índole personal, que predomine para él sobre semejante deber y que resulte aceptable para las valoraciones sociales encarnadas en el ordenamiento jurídico; o dicho de otra forma: que no exista y prepondere en su decisión ninguna que, habida cuenta de la particularísima situación en que se encuentra, el mismo Derecho valore positivamente. En tal caso, claro es que puede obrar como debe, o sea, que desde el punto de vista jurídico cabe exigirle otra conducta, distinta de la ejecutada, y, en consecuencia, reprochar ésta. Por la inversa, de haber y prevalecer en la situación señalada una circunstancia que la estimativa jurídica, contemplando y sopesando la singularidad del caso, no puede menos que aceptar, ni se puede exigir al sujeto otra conducta ni de consiguiente se le puede reprochar la efectuada. Y por reprochabilidad se entiende la posibilidad lógica de formular sobre un acto antijurídico, en atención al complejo de datos que conforman la disposición subjetiva de su autor hacia él y que lo vinculan con él, un juicio negativo de valor, o, con mayor exactitud, de reproche, que en definitiva es el juicio de culpabilidad.[9]

Por su propia entidad, las funciones del principio son: *a)* excluir la responsabilidad objetiva (sin dolo o culpa); *b)* fundamentar ciertas causas de exención y ciertas circunstancias de atenuación y de agravación de la responsabilidad criminal, y *c)* fundamentar y conmensurar la pena. Basta esta enunciación para percatarse de que la mera proscripción de la responsabilidad objetiva, siendo necesaria, de ninguna manera es suficiente para consagrarlo en su plenitud.[10] Y por lo que hace a la mensuración de la pena se debe indicar que ha de desenvolverse tanto en el plano legislativo, para establecer la penalidad que corresponda en abstracto a los tipos especiales de delito cuya especialidad consista en una atenuación o una agravación por su me-

[9] Básicamente cfr. Luigi Scarano: *La non esigibilità nel Diritto penale*, Casa Editrice Libraria Humus, Nápoles, 1948, y en castellano Julián Calvo Blanco, "La no exigibilidad y sus especies legales", en la revista *Criminalia*, de México, D.F., año XIX, número 1, enero de 1953, pp. 44-52, y en particular José Antonio Sainz Cantero: "Las causas de inculpabilidad en el Código Penal español (El principio de no exigibilidad)", tirada aparte de la *Revista general de legislación y jurisprudencia*, de Madrid, enero de 1963, y *La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho Penal*, Universidad de Granada, 1965.

[10] En relación con el nuevo Código español, cfr. Rivacoba, *Consideraciones críticas de carácter general*, etc., cit., pp. 16-17.

nor o mayor culpabilidad respecto al tipo básico, cuanto en el judicial, combinándose con las reglas pertinentes del principio de ofensividad para la fijación e imposición de su pena concreta a cada ocurrencia criminal.[11]

Para ser comprendidos abstracta y generalmente en su auténtico contenido y aplicados en concreto a cada acto delictuoso según su genuina finalidad, el concepto y el principio de culpabilidad demandan su complementación por el concepto y la comprobación y ponderación de la coculpabilidad, esto es, las deficiencias y limitaciones impuestas al individuo por el medio social y el mismo orden jurídico en que se haya formado y se desenvuelve y que reduce su ámbito personal de determinación.[12] Antes de su elaboración doctrinal y de que existiese la palabra, la idea de la coculpabilidad ya estaba tácitamente presente en algunos Códigos, como el argentino (art. 41, nº 2º), y después se ha manifestado con su nombre en otros, como el peruano (Exposición de motivos y artículo 45, 1), y aparece con rotundidad en el avanzado Anteproyecto ecuatoriano de 1993 (art. 64, nº 4º).

Dado que el principio se asienta en la concepción del hombre como ser que en tanto que tal se autodetermina y constituye un fin en sí, o sea, que resuelve su actuación y se tiene y debe ser tenido como sujeto de dignidad, y que sólo sobre esta base puede erigirse y ser entendido, no es compatible y realizable más que con una concepción y en una organización de la sociedad y la vida pública que tomen también por base y respeten dicha imagen del hombre, o sea, liberales, y está impregnado de una profunda significación política de carácter liberal.[13] Así se explica

[11] Sobre esta cuestión, cfr. Rivacoba, "Cuantificación de la pena y discrecionalidad judicial", en la *Revista de Derecho Penal y Criminología*, de Madrid, número 3, 1993, pp. 621-639, y "La dosimetría en la determinación legal de las penas", en la misma revista, número 4, 1994, pp. 747-756; artículos aparecidos posteriormente en otras publicaciones.

[12] Acerca del tema, en nuestro idioma, cfr. Zaffaroni: *Manual de Derecho Penal*, Parte general, Ediar, Buenos Aires, 1977, pp. 448-449, y *Tratado de Derecho Penal*, Parte general, 5 vols., Ediar, Buenos Aires, 1980-1983, tomo IV, pp. 65-67. También, Rivacoba: "Criminología y justicia penal" (en la revista *Gaceta Jurídica*, de Santiago de Chile, año XIV-1989, nº 108, pp. 6-8), pp. 7-8 (este artículo ha visto asimismo la luz luego en otras revistas, y sobre el tema he vuelto con posterioridad en varios estudios).

[13] Por de contado, se trata del liberalismo político, sin nada que ver y aun en franca contradicción con el liberalismo económico, según ya vio en 1748 el mismo Montesquieu: *L'esprit des lois*, libro XX, capítulo XII.

que se haya ido perfilando con trazos claros y distintos y vaya informando los ordenamientos punitivos en la medida en que en el pensamiento y en las leyes se va plasmando fiel e íntegramente el Derecho Penal liberal.

Originándose todos los principios en unas mismas nociones, han de guardar estrechas relaciones. Por lo demás, el no darse ni aparecer aislados y su propia insuficiencia para cimentar cada uno por sí solo el ordenamiento punitivo hace que se reclamen, apoyen y complementen recíprocamente y que cada cual dependa lógicamente de los restantes, así como que en su deducción haya que partir de los anteriores y que sirva de sustento a los que le siguen. Se ha visto esto en el razonamiento mediante el cual se ha llegado desde los principios de legalidad, actividad y ofensividad al de subjetividad. Pues bien, las exigencias subjetivistas, que se refieren a una entidad graduable, postulan que sus consecuencias sean también graduables y se les correspondan de manera proporcionada en valor (principio de proporcionalidad); y, por otra parte, refiriéndose ellas a las cualidades o los aspectos más íntimos y privativos del hombre, las consecuencias que susciten han de ser dignas de lo humano (principio de humanidad).

El desconocimiento más radical del principio de subjetividad consiste en prescindir de ésta, es decir, de la condición humana en cuanto dotada de la aptitud y la actitud de conocer, de estimar, de mirar hacia lo futuro y prever, de trazarse planes de vida y de autodeterminar consiguientemente su obrar, y tomar al hombre, en cambio, como un ser idéntico en su naturaleza a cualquier otro, fundando la responsabilidad, y en su caso o momento la sanción oportuna, en el peligro que como tal presente o se tema y haya que contrarrestar (Derecho Penal de peligrosidad y de medidas de seguridad). Y su negación más rotunda es la adopción de la responsabilidad objetiva, siquiera sea en ciertos aspectos parciales de una legislación (el *versari in re illicita*, los delitos calificados por el resultado, la responsabilidad criminal por hechos ajenos y otras instituciones parecidas, de las que distan mucho de estar purgadas por entero las leyes vigentes).[14]

[14] Por ejemplo, el viejo Código chileno conserva la responsabilidad por hechos ajenos, como delito, en su artículo 329, párrafo o inciso final, y como falta, en el 497. Cfr. Rivacoba: *El principio de culpabilidad en el Código Penal chileno*, cit., pp. 84-86.

Sin embargo, quizá en la práctica resulten más graves las deformaciones del principio, inconscientes o subrepticias, que no se oponen a él en términos paladinos, pero lo desvirtúan disimuladamente en la aplicación de los textos legales a la vida jurídica: así, el centrar la culpabilidad, no en el acto, sino en el modo de ser o de conducir su vida el agente; la pretensión de que requerir la concurrencia de dolo o culpa en el delito equivale a consagrar el principio;[15] las fórmulas demasiado estrechas de la inimputabilidad; el mantenimiento de la noción de *actio libera in causa*;[16] las presunciones de dolo o de culpabilidad;[17] la equiparación del dolo y la culpa en sus efectos;[18] la ausencia o insuficiencia de algunas causas de inculpabilidad o exculpación, agravada de ordinario por la resistencia de la jurisprudencia y la doctrina a reconocer y acoger la inculpabilidad supralegal, y la falta de preceptos que obliguen al juez a comprobar y graduar la culpabilidad y ajustarse a ella en la graduación y determinación de la pena.

Este principio no se articula o compadece en modo alguno con ninguna finalidad preventivista de la pena, pues la indagación en los ingredientes y momentos más internos y privativos del individuo para caracterizar y valorar sus actos no puede servir de base o de pretexto para que su punición sea medio de fines ajenos, por nobles y elevados e incluso desinteresados y altruistas que sean, es decir, para fines que otros prefieran y señalen. Al contrario, de igual modo que cada cual se propone un proyecto de vida y diseña unos fines, responde por sí y, puesto que vive en sociedad, ha de soportar las apreciaciones comunitarias de sus actos. La valoración negativa, o sea, su desvaloración social, se expresa y concreta jurídicamente en la pena. Ahora bien, depurada de ideas más o menos afines, con las que a menudo se confunde y se pervierte, como las de venganza, sadismo, expiación y talión, no en otra cosa consiste, siempre dentro del sentido solidario de la humanidad y del Derecho, la retribución penal.[19]

[15] Cfr. *supra*, texto y nota 10.

[16] Principalmente, cfr. Zaffaroni: *Manual*, cit., pp. 381-383, y *Tratado*, cit., tomo III, pp. 439-446. Censura del nuevo Código español por este particular, en Rivacoba: *Consideraciones críticas de carácter general*, etc., cit., p. 17.

[17] Para Chile, cfr. Rivacoba: *El principio de culpabilidad en el Código Penal chileno*, cit., pp. 86-92.

[18] Cfr. *supra*, texto y nota 7.

[19] Cfr., en particular, Rivacoba: *Función y aplicación de la pena*, cit., pp. 56-67, y *La retribución penal*, Conosur, Santiago de Chile, 1995, pp. 7-23.

III

1. En principio, y fundamentalmente, el Código Penal que se dio la Argentina en 1921 y que rige desde 1922 está informado por el principio de culpabilidad, en su recto sentido de culpabilidad por el acto realizado, y no por el modo de ser del agente ni por la conducción de su vida.[20] Lo cual dista mucho, empero, de significar que le sea enteramente fiel y que se conforme con todas sus exigencias, en gran parte por las influencias positivistas que prevalecían en el ambiente de su gestación y gravitaron en su configuración definitiva.

Mas antes de examinar tales influencias y sus consecuencias corresponde advertir que, fuera de carecer de una proscripción general de la responsabilidad objetiva, que por sí sola no pasaría de tener un valor muy relativo, contiene en su Parte especial algo mucho más grave y decisivo en la materia, a saber, diversos delitos verdaderamente calificados por el resultado, en el sentido más estricto y riguroso de la expresión: así, los de los arts. 189 y 196, párrafo o inciso segundo en ambos, y 203, *in fine*. Aunque se ha tratado de interpretarlos obviando su sentido objetivo,[21] la lógica más elemental impide admitir que, si ya ciertos tipos básicos no son sino culposos, en los especiales construidos sobre ellos por requerirse resultados distintos y más graves la misma culpa haya de cubrir estos resultados de mayor entidad e impone entender que escapan a cualquier especie de dolo y de culpa, lo que equivale a concluir que constituyen casos, por muy excepcionales que sean, de responsabilidad objetiva. Y, por lo demás, la gran diferencia entre la penalidad con que se hallan conminadas las correspondientes e indudables figuras culposas y la mucho más severa de las figuras mencionadas demuestra lo absurdo de pretender que la culpa se extiende y sea común a todas, y corrobora que las últimas han sido calificadas sólo por el resultado.

[20] Cfr. al respecto Zaffaroni: *Tratado*, cit., tomo IV, pp. 39-40.

[21] Jiménez de Asúa: *Tratado*, cit., tomo VI, Losada, Buenos Aires, 1962, pp. 127 y 156-159, con un razonamiento poco claro exige a su respecto, igual que en los delitos preterintencionales, "la previsibilidad del resultado más grave", y Zaffaroni: *Manual*, cit., p. 378, y *Tratado*, cit., tomo III, pp. 432-433, recurre al artículo 19 de la Constitución Nacional para sostener que incluso en semejantes figuras la producción del resultado ha de ser alcanzada a lo menos por culpa y que en la ley argentina no existen "delitos calificados por el resultado en sentido estricto".

Ahora bien, las nociones de exigibilidad e inexigibilidad campean sin trabas en el texto legal y se manifiestan de manera ostensible en exenciones y atenuaciones de la responsabilidad criminal y en la redacción de algunos tipos delictivos. Sin ánimo ni necesidad de desarrollar aquí y probar con detalle este aserto, basta ilustrarlo con la cita de: *a)* eximentes: amenazas de sufrir un mal grave e inminente,[22] obediencia debida,[23] aborto sentimental[24] y encubrimiento del cónyuge, de próximos parientes, de amigos íntimos y de personas a quienes se deba especial gratitud;[25] *b)* atenuantes: homicidio por emoción violenta, infanticidio y abandono de un menor de tres días, no inscrito en el Registro Civil, *honoris causa*,[26] y *c)* redacción de determinados tipos delictuosos: omisión de auxilio[27] y omisión de perseguir y reprimir a los delincuentes. Y en una especie de simetría que era de esperar se encuentra en el libro segundo no escasos tipos calificados por responder a motivaciones particularmente disvaliosas que les hacen más reprochables, o sea, que les infunden una culpabilidad más grave.[28]

Cabe afirmar, pues, que, junto con lo injusto, la culpabilidad fundamenta la pena, salvo en el caso, por demás notorio, del llamado delito imposible, en el que la responsabilidad se basa y la pena se determina según la peligrosidad del sujeto, por la cual queda completamente substituida a su respecto la idea de culpabilidad, si bien aquí sería correcto objetar que lo que en ver-

[22] Cfr. Jiménez de Asúa: *Tratado*, cit., tomo VI, cit., pp. 882-884; Frías Caballero: "Notas sobre la teoría normativa de la culpabilidad" (en su obra miscelánea *Temas de Derecho Penal*, La Ley, Buenos Aires, 1970, pp. 83-110), p. 108; Frías Caballero et al.: *Teoría del delito*, Hammurabi, Buenos Aires, 1993, pp. 400 y 419; Zaffaroni: *Manual*, cit., p. 485, y *Tratado*, cit., tomo IV, pp. 234-235, y Creus, *Derecho Penal*, Parte general, Astrea, Buenos Aires, 1988, pp. 224-225 y 301-302.

[23] Cfr. Frías et al.: op. cit., pp. 400 y 422-424; Creus: op. cit., pp. 224-225, y Rivacoba: *La obediencia jerárquica en el Derecho Penal*, Edeval, Valparaíso, 1969, y *Las causas de justificación*, Buenos Aires, Hammurabi, 1996, pp. 277-324 (Apéndice: La obediencia debida).

[24] Cfr. Jiménez de Asúa: *Tratado*, cit., tomo IV, 3ª ed., Losada, Buenos Aires, 1976, pp. 670 y 692-693, y tomo VI, cit., p. 989.

[25] Cfr. Jiménez de Asúa: *Tratado*, cit., tomo VI, cit., pp. 1.012-1.016.

[26] Según, para el infanticidio, el número o inciso 2° del art. 81, derogado por la ley 24.410, del 7 de marzo de 1995, y, para el abandono, el tenor original del artículo 107, *in fine*, derogado en esta parte por la propia ley.

[27] Cfr. Jiménez de Asúa: *Tratado*, cit., tomo VI, cit., pp. 985-986 y 1.019-1.020.

[28] Sin ánimo de ser exhaustivo, Zaffaroni: *Manual*, cit., pp. 641-642, y *Tratado*, cit., tomo V, pp. 386-389, menciona entre estos supuestos los de los artículos 80, 3°, 4° y 7°, y 276.

dad se desconoce y desplaza es, antes que la culpabilidad, el principio de ofensividad, por no darse en lo hechos lesión ni peligro de ningún bien jurídico, ni su compresión o la restricción de su goce o ejercicio.[29]

2. Asimismo, la culpabilidad funciona con amplitud en la individualización judicial de la pena, si bien con una excepción, además de la ya vista del denominado delito imposible, y combinada en todo caso con la peligrosidad.

Siendo, entre los elementos o caracteres esenciales de la infracción criminosa, la antijuridicidad y la culpabilidad los únicos de naturaleza valorativa y por ello graduables, de la mayor o menor intensidad de una y otra ha de seguirse la mayor o menor gravedad de su consecuencia jurídica por excelencia, o sea, de la pena, dentro siempre, por supuesto, en un ordenamiento legalista, de los límites de la amenza penal o pena abstracta establecida en la ley para el correspondiente tipo delictivo. O dicho con otras palabras: la antijuridicidad y la culpabilidad, no sólo fundamentan la pena, sino que por fundamentarla y por la propia índole de ambas también constituyen el criterio lógico para su medición y determinación en cada ocurrencia delictuosa. De esto hay que excluir, naturalmente, los delitos conminados con la pena capital, allí donde exista, y con penas perpetuas, que todavía existen en la Argentina, pues en tales casos ni el grado de lo injusto ni el

[29] Concisa y terminantemente dice Núñez, *Manual de Derecho Penal*. Parte general, Lérner, Córdoba-Buenos Aires, 1972, p. 272, que "la *peligrosidad* del autor revelada por su hecho, es, por consiguiente, el fundamento de la aplicación y de la medida de la pena"; y parecidamente se expresa Fontán, *Derecho Penal*. Introducción y Parte general, 3ª. ed., puesta al día y aumentada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1957, p. 381, y *Tratado de Derecho Penal*, 7 vols., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966 y ss., tomo II, p. 393. En cambio, y en una posición tan original como solitaria, Zaffaroni, *Manual*, cit., pp., 534-535, y *Tratado*, cit., tomo IV, pp. 463-467, sostiene que en la tentativa inidónea "hay afectación de bien jurídico tutelado al igual que en la tentativa idónea", porque, aunque no se lo lesiona ni pone en peligro, se produce una perturbación para su titular, y que también requiere culpabilidad, operando la ausencia o la disminución de la peligrosidad como causa personal de exclusión o de disminución de la pena, por meras razones de política criminal, sin significar que la pena se funde en la peligrosidad; a lo cual se opone Creus, op. cit., p. 369, volviendo por los fueros de la doctrina que ve en ésta "el fundamento mismo de la pena (único caso en que asume esa función en el Derecho argentino)". Por nuestra parte, acotaremos, con brevedad, que resulta incomprensible la afectación de un bien jurídico en sí por la simple perturbación que un hecho provoque, o pueda provocar, en su titular, aparte de que en muchas ocasiones de tentativas imposibles tal perturbación ni se suscitará ni se podrá suscitar (piénsese en un titular indeterminado o difuso), y, dando un paso más, la carencia de injusto impide lógicamente la aparición de culpabilidad alguna.

de la culpabilidad que arrojen los respectivos juicios de antijuridicidad y de reproche pueden repercutir en ninguna diferencia de gravedad en la pena: en lo tocante a la antijuridicidad, los delitos cuyo resultado consista en la destrucción del correspondiente bien jurídico y los de peligro abstracto,[30] porque en los primeros la destrucción no admite graduación alguna y en los segundos no se da ninguna afectación de bienes jurídicos, y, en fin, por lo que hace a la culpabilidad, los delitos calificados por el resultado, no en cuanto a la actividad básica, cubierta por culpa, sino en cuanto al resultado en atención al cual se agravan.[31]

La función e importancia de la antijuridicidad para la individualización judicial de las penas divisibles se aprecia a las claras en la regla del art. 41, inc. 1°, del Código argentino, todas cuyas menciones ("la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados") tiene carácter objetivo y se refiere a lo injusto del delito que se juzga y condena, es decir, a su ofensa del bien jurídico.[32]

Llegando ahora al papel de la culpabilidad en esta materia, se ha de destacar que se exceptúan de su gravitación en la mensura de la pena las penas indivisibles, o sea, la de muerte, cuando ha existido en la Argentina, y las perpetuas, previstas en el Código para varios delitos. Bien habla, pues, su art. 40 de "las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad"; mas semejante falta de significación de la culpabilidad del delito en la magnitud concreta de su pena constituye un argumento más y no poco poderoso contra la subsistencia de tales penalidades.

Con independencia ya de esta excepción, y también, por otra parte, de la relación de la peligrosidad con las medidas de seguridad en el Código, en el inc. 2° de su art. 41 enuncia una serie de datos que complementan la prescripción del inc. 1° y deben ser tenidos asimismo en cuenta por los juzgadores para fijar la condena en las penas divisibles, que se ajustan bastante bien a

[30] Jiménez de Asúa: *Tratado*, cit., *tomo* III, 3ª ed., Losada, Buenos Aires, 1965, p. 473, pone como ejemplo de estos últimos en el Código argentino los de instigación al duelo sin que el duelo se realice y de incendio, explosión o inundación con mero peligro común para los bienes.

[31] Cfr. *supra*, II y III, 1.

[32] En idéntico sentido, Fontán: *Tratado*, cit., tomo III, p. 284, y Zaffaroni: *Manual*, cit., pp. 622-623, y *Tratado*, cit., tomo V, pp. 295-300.

las exigencias culpabilistas, incluida la referencia a la coculpabilidad,[33] y que, según la letra de la ley, demuestran la mayor o menor peligrosidad del sujeto. Ante semejante texto, asalta en seguida la tentación de asentar en este punto la individualización solamente en la peligrosidad, pero una lectura más atenta y, sobre todo, una reelaboración más acuciosa de la disposición permiten descubrir que, a pesar de su expresión no muy feliz, lo que requiere y debe ser tomado en consideración son los motivos que hayan impulsado al agente y la personalidad que se revele en su acto, con sus posibles carencias y su particular fondo de autodeterminación y de exigibilidad en el caso concreto, unida a aquélla la idea de peligrosidad. En definitiva, éstos son los elementos motivador y caracterológico del juicio de reproche, insertándose en el último la peligrosidad, o sea, que se reprocha los motivos y la personalidad exteriorizada en el acto, en la que se debe captar su peligrosidad, tal como conciben la cuestión Grünhut, Eberhard Schmidt y Jiménez de Asúa.[34] De tal suerte, la medición y determinación de la pena es una actividad jánica, que mira a lo pasado, por cuanto valora la culpabilidad del acto perpetrado, pero ha de auscultar a la vez el porvenir, abarcando en dicha valoración el peligro que en el delito transparenta su autor para lo futuro. *De lege ferenda* esta concepción resulta insatisfactoria y criticable por combinar elementos poco compatibles entre sí y entrañar en un juicio sobre el acto la percepción de la personalidad del autor, pero *de lege lata* se impone en el Derecho argentino con toda la fuerza de un indubitable precepto legal.[35]

Entre los penalistas contemporáneos de la Argentina, Donna descarta "en absoluto que por el hueco de la culpabilidad penetre a la persona del delincuente, para realizar la medida de la pena",[36] y Zaffaroni defiende con insistencia la función cuantificadora y determinadora del grado de culpabilidad por el acto, así como el papel correctivo de la peligrosidad en esta

[33] Cfr. *supra*, II, texto y nota 12.

[34] Cfr., de éste, *La ley y el delito*, Principios de Derecho Penal, 3ª ed., Hermes, México-Buenos Aires, 1959, p. 357, y *Tratado*, cit., tomo V, cit., pp. 137-138 y 249-253.

[35] Exposición y crítica de semejante concepción, en Rivacoba: "El principio de la culpabilidad en la graduación de la pena según el Código Penal argentino", en *Jornadas Internacionales de Derecho Penal, en honor del 50° aniversario del Código Penal argentino: Actas, relatos, ponencias y conclusiones*, Cathedra, Buenos Aires, 1973, pp. 156-160.

[36] *La peligrosidad en el Derecho Penal*, Astrea, Buenos Aires, 1978, p. 64.

cuantificación con el objeto de lograr su suficiencia en orden a los fines resocializadores de la pena.[37] Sin embargo, no cabe aceptar, por una parte, que el dogmático haga al respecto caso omiso de la ley y prescinda al reconstruirla de una exigencia paladina de su texto, ni, por otro lado, que se enturbie o complique un problema ya de suyo delicado y difícil con la apelación a unos fines de la pena cuya efectividad o posibilidad está por demostrar, que de ninguna manera aparecen inconcusos para el Derecho argentino y que más bien pugnan con su espíritu liberal y su consiguiente respeto a la dignidad y la intimidad, también en el delincuente, del ser humano.

RESUMEN

La comunicación consta de tres partes bien definidas. En la primera, con el objeto de que la culpabilidad no tenga un mero carácter dogmático y sea, por tanto, contingente, ni tampoco se asiente en vagas valoraciones y demandas culturales de difícil concreción, se hace una investigación que la sitúa entre unos principios cardinales del Derecho Penal, *a priori* de cualquier legislación y que condicionan su existencia y la existencia misma de la ciencia iuspenalística. En la segunda se da un concepto y se hace una deducción del principio de culpabilidad, se intenta fijar su contenido y sus exigencias y se señala sus negaciones y desfiguraciones; y en la tercera se analiza su presencia y alcance en el Código argentino, tanto en la fundamentación de la pena como en su medición, examinando con particular detalle sus relaciones en una y otra de estas funciones con la noción de peligrosidad, y también se hace referencia a su relación con la finalidad de las puniciones.

[37] Cfr. *Manual*, cit., pp. 623-625 y 625-628, y *Tratado*, cit., tomo V, pp. 303-317 y 326-332.

XII. CULPABILIDAD Y PENA EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DE 1995

POR DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA*

I

En noviembre de 1995 el Parlamento español aprobó un nuevo Código Penal (C.P. 1995) mediante Ley Orgánica 10/1995, de 23/11, publicada en el B.O.E. del 24/11/1995, y que entró en vigor seis meses después, el 24 de mayo de 1996. Ello se produjo con un texto inspirado, aunque con notables modificaciones, en una serie de Anteproyectos y Proyectos de Código Penal que en la época democrática, concretamente desde 1978, se habían sucedido con Gobiernos, primero centristas y luego socialistas, y que por diversas razones de coyunturas políticas habían ido fracasando; y en parte también el C.P. 1995 recoge ya reformas legales que se habían introducido en el anterior C.P. de 1944/1973, sobre todo a partir de la importante reforma parcial del 25/6/1983. El nuevo Código se aprobó con el voto favorable de todos los grupos parlamentarios, salvo la abstención del grupo del Partido Popular, que no lo había apoyado por diversas discrepancias y, sobre todo, por no haberse recogido su exigencia de cumplimiento íntegro de las penas para supuestos de terrorismo, narcotráfico y otros delitos graves.

Inmediatamente después ganó las siguientes elecciones en la primavera de 1996 el Partido Popular, pero, al no haber obtenido mayoría absoluta y tener que gobernar mediante pactos con grupos parlamentarios nacionalistas, aparte de que tampoco se había opuesto frontalmente a la ley, no ha intentado promover una reforma global de nuevo Código; y en estos momentos sólo

* Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Alcalá. España.

se plantea efectuar alguna reforma muy limitada y concreta en algunas conductas relacionadas con el terrorismo y otras relativas a la corrupción de menores.

II

1. En cuanto al tema que nos ocupa, el C.P.1995 no ha estimado conveniente mencionar expresamente la exigencia de culpabilidad para la existencia de delito y la imposición de pena ni la correlación entre culpabilidad y medida de la pena, ni formular explícitamente qué fines se atribuyen a la pena; pero naturalmente, y como ahora veremos, de diversas regulaciones se desprende el reconocimiento de la culpabilidad y de su posible graduación, así como ciertos rasgos básicos en cuanto a la orientación de los fines de las penas. Todo ello sucedía ya en el anterior C.P. español, igual que ocurre en otros Códigos, como en el Código argentino vigente: de modo que el C.P. 1995 no es en esto innovador ni ha querido romper con la tradición anterior.

El juicio que merece esta omisión de pronunciamiento expreso varía según que se trate de los fines de la pena o de la exigencia de culpabilidad.

2. Respecto de los fines de la pena, existe demasiada división de opiniones, tanto en el campo científico como en el político e ideológico, sobre la admisión o exclusión, enfoque o preponderancia de unos u otros fines (retribución, diversos aspectos de la prevención general o especial, tendencias privatistas, etc.), como para que hubiera sido plausible, o aun factible, una toma de posición expresa del Código en este punto. Por ello no ha sido objeto de críticas su falta de pronunciamiento.

3. En cambio, en cuanto a la culpabilidad hay división de opiniones. Así, diversos autores (p. ej., destacadamente Cerezo)[1] han criticado que el C.P. 1995 no recoja expresamente y por su nombre el principio de culpabilidad, como sí hacía el art. 3 del Proyecto de C.P. de 1980 ("No hay pena sin culpabilidad"), sino que se limite a recoger el principio, más limitado, de responsabilidad subjetiva (art. 5 C.P. 1995: "No hay pena sin dolo ni imprudencia"). Frente a esto, otros consideran pre-

[1] Cfr. Cerezo Mir: *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, Tecnos, Madrid, pp.199 s. (en relación con el correlativo art. 3° del Proyecto de C.P. de 1992).

ferible que el Código no utilice un concepto, cual el de culpabilidad, que, aunque se acepta mayoritariamente, no es unánimemente admitido, proponiendo algunos su sustitución por otras categorías más neutras, como "responsabilidad", "atribuibilidad", "imputación personal", etc. Pero no falta incluso una opinión diametralmente opuesta a las primeras, como la de Gimbernat,[2] que mantiene que el C.P. 1995 no sólo exige culpabilidad, sino que censurablemente ha tomado partido por la concepción que la fundamenta en el "poder actuar de otro modo" y en el indemostrable libre albedrío, cuando el art. 20, 1° consagra como eximente la anomalía psíquica o el transtorno mental transitorio siempre que, a causa de ellos, el sujeto "no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión".

4. Efectivamente el C.P. 1995 no consagra expresamente el principio de culpabilidad, con todas sus repercusiones garantísticas (no sólo que no hay pena sin culpabilidad individual, sino que la magnitud de la pena está limitada por el grado de culpabilidad, de modo que aquélla ha de ser disminuir proporcionalmente a la eventual disminución de la culpabilidad); y el principio de responsabilidad subjetiva recogido en el art. 5 —"no hay pena sin dolo o imprudencia"—, tendente a vedar la responsabilidad objetiva o por el resultado,[3] no supone las mismas exigencias, sino que es, para la doctrina tradicional, solamente una parte del principio de culpabilidad, e incluso es ajeno al auténtico principio de culpabilidad para quienes consideran que dolo e imprudencia no pertenecen a la culpabilidad, sino a la parte subjetiva del tipo de injusto. Personalmente opino que hubiera sido preferible que el C.P. hubiera recogido entre sus garantías del Título preliminar el principio de culpabilidad, bien con el nombre mayoritariamente admitido de "culpabilidad" o bien con otra denominación sustitutiva, como podría haber sido la de "responsabilidad individual o personal" (y sin que, por lo demás, ninguna de las denominaciones tuviera que

[2] Cfr. su *Prólogo a Código Penal*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1996, 19.

[3] Efectivamente, el C.P. 1995 ha pretendido suprimir totalmente los delitos cualificados por el resultado, derogando las figuras más importantes regogidas en el C.P. anterior, aunque es dudoso que lo haya conseguido plenamente, por subsistir algunos tipos con redacción propia de dichas figuras; sobre todo ello cfr. ampliamente Luzón Peña: *Curso de Derecho Penal, Parte General I*, Universitas, Madrid, 1996, 543 ss.

considerarse decisiva a efectos de prejuzgar el contenido y caracterización de lo que tradicionalmente se denomina culpabilidad).

De todos modos, de otras regulaciones del C.P. 1995 se puede inferir la exigencia general de culpabilidad para la pena y de atenuación de ésta si está disminuida la culpabilidad. Esa generalización del principio de culpabilidad es posible por aplicación de principios jurídicos generales, o por analogía favorable al reo, en un Código que entre sus eximentes recoge ampliamente causas de inimputabilidad, como la menor edad (art. 19), la anomalía psíquica, el trastorno mental transitorio, la intoxicación plena por alcohol o drogas y el síndrome de abstinencia por la dependencia de tales sustancias, y la alteración grave y congénita de la percepción y conciencia (art. 20.1° a 3°), así como causas de exculpación como el error de prohibición invencible (art. 14.3), el error de tipo subjetivamente invencible (encuadrable en el art. 14.1) o el miedo insuperable (art. 20.6°), y que concede eficacia atenuatoria privilegiada al error de prohibición vencible (art. 14.3) y a las eximentes incompletas relativas a la culpabilidad (art. 21.1ª en relación con las causas de inimputabilidad o de exculpación), y eficacia de atenuantes normales a otras circunstancias que disminuyen la culpabilidad como las del art. 21.2ª y 3ª: adicción a bebidas o drogas y arrebato, obcecación u otro estado pasional semejante; en cualquier caso, respecto de las atenuantes, el art. 21.6ª admite expresamente la posibilidad de apreciar otras atenuantes por analogía a las expresamente mencionadas en el art. 21.

Por otra parte, no creo que la redacción del art. 20,1° tenga necesariamente que interpretarse en el sentido indeterminista de consagrar legalmente el libre albedrío y excluir otras fundamentaciones de la culpabilidad. Ese precepto exige, para la eficacia eximente de la anomalía psíquica o el trastorno mental transitorio que por los mismos el sujeto "no pueda comprender la ilicitud del hecho" (igual que en el error invencible de prohibición), "o actuar conforme a esa comprensión", hipótesis ésta que se refiere a la destrucción o práctica anulación de los mecanismos inhibitorios o de control, que, si un sector puede interpretar en el sentido de que el sujeto ya no tiene la libertad de que dispone en general el hombre, otro sector puede entender en el sentido de afectación o destrucción de la normalidad de la capacidad motivatoria por las normas.

III

1. El C.P. 1995 no define expresamente los fines de la pena, pero múltiples rasgos de sus regulación permiten inferir que sostiene un sistema mixto, en el que, junto a la preocupación por la prevención especial y su aspecto de resocialización, son también importantes, como fundamento y como límites de la pena, el hecho injusto y culpable y su grado, lo que, según las diferentes posiciones, se interpretará en el sentido de que la pena tiene además finalidades retributivas y/o de prevención general (y, dentro de ésta, de intimidación general y/o de prevención de integración o estabilización social, o fidelidad o confianza en el Derecho).

2. Lo que sí está claro es que el C.P. 1995 rechaza una orientación de la finalidad de la pena fundamentalmente hacia la conciliación o acuerdo con la víctima como forma preferible de solución de conflictos sociales.

En efecto, por una parte, aunque ha aumentado, en comparación con el C.P. anterior, el número de delitos o faltas perseguibles sólo a instancia de parte y en que el perdón tiene eficacia extintiva de la responsabilidad penal (p.ej., ello sucede ahora *ex novo* en delitos contra la intimidad o en delitos societarios), en la inmensa mayoría de los delitos la perseguibilidad sigue siendo de oficio. Además, en los perseguibles a instancia de parte, aumenta el número de casos en que se admite la posibilidad de denuncia del Ministerio Fiscal si el sujeto pasivo es menor o persona desvalida y en que se admite como excepción la persecución de oficio si el hecho afecta a intereses múltiples o generales; y en algunos delitos perseguibles sólo mediante denuncia, como los sexuales, sin embargo el perdón no tiene eficacia extintiva de la responsabilidad.

Por otra parte y en general, frente a modernas tendencias político-criminales como experiencias y proyectos legislativos (angloamericanos, alemanes, escandinavos) concediendo eficacia alternativa a las penas tradicionales en ciertos sectores de la delincuencia a instituciones como la mediación y conciliación entre autor y víctima, o como el reciente Proyecto Alternativo alemán sobre reparación del daño, el C.P. 1995 no prevé, ni con una cierta generalidad ni como manifestación del principio de oportunidad, la posibilidad de extinción, suspensión o sustitución de la pena por la conciliación ni por la reparación del daño.

A esta última sólo se le concede el carácter de circunstancia antenuante en el art. 21.5ª (si la reparación a la víctima se produce antes del juicio oral), o de condición necesaria, pero no suficiente, para poder conceder la condena condicional según el art. 81.3ª.

3. El C.P. 1995 consagra el dualismo de penas y medidas de seguridad, con un doble sistema: de sustitución de la pena por la medida en los casos de inculpabilidad por inimputabilidad con peligrosidad (arts. 20.1° a 3°, 101-103), y de acumulación de una medida a una pena atenuada, con sistema vicarial para su cumplimiento, en los casos de semiimputabilidad (art. 104). Ya la Constitución Española (CE) de 1978 reconoce en su art. 25.1 y 2 el dualismo de penas y medidas de seguridad. Pues bien, aunque el art. 25.2 CE dispone que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas a la reeducación y reinserción social, la doctrina absolutamente mayoritaria ha señalado que el propio reconocimiento de la existencia diferente de penas y medidas de seguridad significa que la finalidad de las penas no puede ser exclusivamente la resocialización, sino que ha de consistir adicionalmente en algún otro fin (prevención general o retribución) distinto del fin resocializador y preventivo-especial, que es el exclusivo de las medidas de seguridad que se basan únicamente en la peligrosidad criminal; ello aparte de destacar que la Constitución nada dice sobre la finalidad de las otras penas no privativas de libertad.

En el art. 6.1 C.P. 1995 se establece que "las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito", lo que se reafirma en el art. 95.1 al exigir como presupuestos de la medida la previa comisión de un delito y que del hecho y de las circunstancias personales pueda deducirse "un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos", lo que revela su exclusiva orientación preventivo-especial (ya consagrada en el art. 25.2 CE). Por el contrario, no se exige peligrosidad criminal para las penas y, en cambio, queda excluida la responsabilidad penal en una serie de casos en que hay falta de culpabilidad (como los de inimputabilidad, miedo insuperable, o error de prohibición invencible) o en que, por no haber tipo subjetivo (error de tipo invencible, caso fortuito) o antijuridicidad (causas de justificación), tampoco se es culpable de un injusto típico; además, en el siste-

ma de atenuantes y agravantes, la pena se gradúa en función de las mismas, que suponen una culpabilidad disminuida, o un injusto agravado o atenuado, con la consiguiente repercusión en la culpabilidad por dicho grado de injusto; y por otra parte, la gravedad de determinados delitos y sus penas se opone a que por razones de prevención especial se puedan conceder suspensiones o sustituciones de pena. Con ello queda claro que en las penas son, como mínimo, co-decisivos otros fines distintos de los de prevención especial y relacionados con la respuesta a la culpabilidad por el injusto y su grado; es decir, la prevención general de hechos injustos y culpables, y para las teorías unificadoras o mixtas, también la retribución de esos hechos culpables.

4. Ahora bien, ya en el C.P. anterior, junto a esto desempeñaba un papel relevante la consideración a la prevención especial y a su aspecto positivo de resocialización en la imposición y ejecución de las penas.

a) Ello se reforzó, en primer lugar, con la ya aludida consagración constitucional —no exenta de críticas— de la orientación resocializadora para las penas privativas de libertad (art. 25.2 CE) y con lo dispuesto de modo concordante en el art. 1.1° de la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979: "Las instituciones penitenciarias... tienen como fin primordial la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados". Pero en segundo lugar, en comparación con el C.P. 1944/73 el C.P. 1995 acentúa, aunque dentro de límites, la importancia relativa que se concede a los intereses o conveniencias de prevención especial a efectos de pena frente a las consideraciones preventivo-generales o retributivas.

b) Así, en la determinación de la pena, el art. 66 C.P. 1995, al igual que hacía el art. 61 C.P. 1944/73, establece que la medición de la pena dentro del marco penal típico dependerá de que no haya o sí haya atenuantes o agravantes genéricas, recogidas en unos catálogos de los arts. 21 a 23 y que en su mayoría afectan al injusto o a la culpabilidad, aunque la agravante de reincidencia (art. 22.8ª) no se basa a mi juicio en una mayor culpabilidad, sino fundamentalmente en consideraciones preventivo-especiales, como también éstas desempeñan un papel importante en las atenuantes de rectificación posdelictiva por confesión del delito o reparación del daño (art. 21.4ª y 5ª). Pero sobre todo, la regla 1ª del art. 66 comienza ahora por el supuesto

de que en el hecho no haya atenuantes ni agravantes o de que concurran unas y otras, y dispone que se impondrá la pena "en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia". Ello supone anteponer las circunstancias personales a la gravedad del hecho (es decir, al grado de injusto y de culpabilidad), justo en el orden inverso al que aparecían mencionados tales criterios en el art. 61.4ª del C.P. español de 1944/1973 ("la mayor o menor gravedad del hecho y la personalidad del delincuente"), o al que sigue el art. 41 del C.P. argentino (que menciona en el nº 1º la acción, medios, daño y peligro, y ya en el nº 2º toda una serie de circunstancias y condiciones personales del sujeto, junto con otras objetivas y situacionales).

De todos modos, la redacción del texto legal no puede cerrar el paso a la discusión de las diversas teorías sobre la determinación o medición de la pena, salvo a la "teoría del valor relativo según la posición" (*Stellenwerttheorie*), que niega que la prevención especial (y por tanto las circunstancias personales del sujeto) se deban tener en cuenta en la medición de la pena en sentido estricto, y que evidentemente no es compatible con el claro tenor legal.

Así se podría sostener, aunque con dificultades, la teoría de la "pena fijada en un punto exacto" (*Theorie der Punktstrafe*), que aquí vendría marcado conjuntamente por las circunstancias del sujeto y la gravedad del hecho y no sólo por ésta, o también la muy extendida teoría del "espacio de juego" (de la culpabilidad) (*Spielraumtheorie* o *Schuldspielraumtheorie*), que sólo permite operar a los intereses preventivo-especiales juntamente con la gravedad de la "culpabilidad" —es decir y más exactamente, del injusto culpable— dentro de un espacio o marco de juego más reducido fijado por el grado de injusto culpable dentro a su vez del más amplio marco penal típico.

Dado el mayor peso relativo que concede a la prevención especial, puede parecer que se adecua quizá algo mejor a los criterios del art. 66.1ª C.P. 95 la teoría modificada del espacio de juego defendida por Roxin. Esta sostiene, en primer lugar, que dentro de los límites del marco más reducido fijado por la culpabilidad sólo hay que atender a los criterios de prevención especial, pues dentro del espacio de juego indicado, cualquier pena que se imponga es sentida por la sociedad como una respuesta satisfactoria y adecuada al grado de culpabilidad y, por tanto, a las necesidades de prevención general de integración social. Pero

en segundo lugar añade que, aunque el respeto al espacio de juego es la regla general, excepcionalmente, cuando de antemano se prevea que cumplir la pena por la culpabilidad tendría efectos desocializadores, se puede quedar por debajo del marco de la culpabilidad y llegar hasta el límite de lo imprescindible para la "defensa del orden jurídico";[4] este límite se entiende como última reserva o posición de contención de la prevención general integradora frente a la prevención especial y se interpreta como el límite por debajo del cual la imposición de la pena resultaría incomprensible para el sentimiento jurídico general. Dicho límite de la defensa del orden jurídico puede coincidir a veces con el límite mínimo del marco penal legal, pero a veces puede tener que ser superior a éste.

Personalmente he sostenido a este respecto desde hace tiempo[5] una posición que he denominado "teoría del límite máximo marcado por el hecho culpable", que en la medición de la pena potencia al máximo la consideración de las circunstancias personales del sujeto y consiguientes exigencias de prevención especial, pero utilizando el grado (reducido) de injusto culpable como límite máximo garantístico; y creo que se puede seguir manteniendo perfectamente con la nueva regulación legal. Muy en síntesis, esta concepción considera que, por respeto a los principios de proporcionalidad y culpabilidad, la "gravedad del hecho", o sea del injusto y la culpabilidad, impone, si es reducida, un límite superior a la pena concreta por debajo del límite máximo del marco penal típico o abstracto; pero no impone límites inferiores por encima del límite mínimo de ese marco penal legal (salvo, en el sistema español, en el caso de concurrencia exclusiva de agravantes, que obliga a un límite inferior más elevado: mitad superior de la pena típica según el art. 66.3ª). Por ello, por debajo del citado límite superior para individualizar la pena se atenderá prioritariamente a las necesidades preventivo-especiales en función de las circunstancias personales del sujeto. Pero incluso, cuando éstas sean sumamente favorables por haber un pronóstico de nula necesidad de prevención especial, en Dere-

[4] Éste es un concepto utilizado por el Código alemán para impedir a veces la aplicabilidad de sustitutivos penales.

[5] Cfr. Luzón Peña: *Medición de la pena y sustitutivos penales*. Madrid, 1979, pp. 39 ss., y 110 ss.; *Determinación de la pena y sustitutivos penales. Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 2475 ss. (2479 s.).

cho español es posible apreciar una "atenuante analógica" (por analogía en su significación) a otras atenuantes que se basan en parte en una menor necesidad preventivo-especial y, operando como "atenuante muy cualificada", según el art. 66.4ª C.P. 1995 se puede disminuir la pena por debajo del límite mínimo del marco penal típico, imponiendo la pena "inferior en uno o dos grados": p. ej., en un delito como las lesiones muy graves del art. 149, que prevé un marco penal típico de prisión de seis a doce años, en el caso excepcional de nula necesidad de prevención especial del sujeto se podría reducir la pena en un grado (de 3 a 6 años) o en dos grados (de 1,5 a 3 años), con lo que se llegaría a una posible prisión de duración bastante reducida y que podría permitir incluso la aplicación de la condena condicional.

c) No obstante, también es cierto que los casos en que en la determinación de la pena se puede rebasar hacia arriba o hacia abajo el marco penal típico (en la Parte Especial por cualificaciones o subtipos privilegiados, y en la Parte General en casos agravatorios como el delito continuado —art. 74— o atenuatorios como la tentativa —art. 62—, complicidad —art. 63—, las denominadas "eximentes incompletas" —arts. 21.1ª y 68— o las "atenuantes muy cualificadas" del art. 66.4ª), responden en su inmensa mayoría a aumentos o disminuciones del grado de injusto típico o a notables disminuciones de culpabilidad (en las causas de inculpabilidad incompletas u otras atenuaciones cualificadas de la culpabilidad).

d) Por último, en la regulación de los sustitutivos penales en el nuevo C.P. español también se produce una ampliación de la atención concedida a los intereses preventivo-especiales frente a los límites que, en sentido opuesto a la concesión de los sustitutivos, puede trazar la gravedad del hecho injusto y culpable y, por tanto las exigencias preventivo-generales o —para quienes defiendan ese sentido de la pena— retributivas.

Así, brevísimamente cabe señalar que en los arts. 80 ss. C.P. 1995 la condena condicional o suspensión condicional de la ejecución de la pena se puede aplicar —según el art. 80.1, "atendiendo fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto"— a penas privativas de libertad de hasta dos años y, en un caso excepcional,[6] de hasta tres años, mientras que en el ante-

[6] El de sujetos que hayan cometido el delito por su drogadependencia y que se hallen desintoxicados o sometidos a tratamiento de deshabituación: art. 87 C.P. 1995.

rior C.P. 1944/1973 (arts. 92 ss.) esos límites temporales eran, respectivamente, de uno o dos años. Además, el art. 88 C.P. 1995 establece —para casos en que no proceda la condena condicional— una posibilidad no prevista en el anterior C.P., la de sustitución de unas penas por otras más benignas, como la prisión de hasta dos años por arresto de fin de semana o multa, o la de arresto de fin de semana por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad: todo ello atendiendo a las "circunstancias personales del reo", aunque también a la "naturaleza del hecho". Finalmente, en cuanto a la libertad condicional, que según los arts. 98-99 C.P. 1944/1973 exigía haber cumplido tres cuartas partes de la condena, conforme a los arts. 90-93 C.P. 1995, cuando haya un pronóstico individualizado favorable de reinserción social del sujeto, se le puede conceder no sólo tras ese cumplimiento de pena, sino excepcionalmente también tras haber cumplido sólo dos tercios de la pena impuesta (aunque, en cambio, el C.P. 1995 suprime la institución del art. 100 C.P. 1944/1973 de la denominada "redención de penas por el trabajo", que se concedía de modo prácticamente general a los penados).

Dogmática y política criminal de la víctima

ESTEBAN RIGHI

JULIO B. J. MAIER

MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ

YESID REYES ALVARADO

Coordinador: RITA MILL DE PEREYRA

XIII. DOGMÁTICA Y POLÍTICA CRIMINAL DE LA VÍCTIMA

POR ESTEBAN RIGHI*

1. *La neutralización de la víctima*

1. Como consecuencia de que se reconoce a cada persona una absoluta independencia de derecho sobre los actos que en forma exclusiva le conciernen, los únicos comportamientos que pueden generar responsabilidad y por consiguiente otorgar legitimidad a la reacción punitiva del Estado, son aquellos que se refieren a los demás.[1]

Todo individuo es soberano sobre sí mismo, su propio cuerpo y espíritu, por lo que sólo hay motivo legítimo para imponer una pena cuando se ejecuta un acto que perjudica a otra persona, es decir cuando existe un conflicto entre un autor y una víctima.

Pero el reconocimiento de la existencia de ese conflicto no es razón suficiente para legitimar la punición, pues si no trasciende el plano de una decepción exclusivamente individual no constituye un asunto público, y por lo mismo no implica un motivo suficiente para la reacción estatal.[2]

Como consecuencia de lo anterior, sólo se admite legitimidad a las normas penales cuando están destinadas a resolver un conflicto que tiene carácter público, es decir cuando su observancia general es irrenunciable para el mantenimiento de la configuración social básica.[3]

Si bien esa perspectiva pública no excluye la consideración de la afectación individual del sujeto pasivo, establece una concepción del Derecho Penal en la que el control del delito es de

* Profesor Titular de la Universidad de Buenos Aires.

1 Cfr. Stuart Mill: *Sobre la libertad*, 10ª reimpresión, Madrid, 1994, pp. 65 y ss.

2 Cfr. Jakobs: *Derecho Penal*, Parte General, Madrid, 1995, p. 12.

3 Ibidem.

competencia estatal, con la consiguiente neutralización del ofendido. Así, el Estado asume el rol de titular exclusivo de la reacción penal, con la correspondiente prohibición para la víctima de castigar *per se* la lesión de sus intereses.

2. Existe significativo consenso en considerar que la consolidación de un sistema penal basado en la neutralización de la víctima, fue favorecido por el progresivo abandono de las concepciones retributivas de la pena y su sustitución por las teorías preventivas.

Es que mientras para las teorías absolutas —que procuran la neutralización del mal causado por el hecho punible— la víctima debía ser considerada, desde que en ella se había realizado el delito que se procuraba retribuir,[4] no podía ocurrir lo mismo cuando prevalecieron los puntos de vista utilitarios propios de las teorías relativas.

Un Derecho Penal preventivo que por definición mira al futuro, procurando resocializar al autor, utilizar la conminación penal como instrumento de disuasión o reforzar el sentido social de respeto por las normas, debía necesariamente centrar su foco de atención en el delincuente y dejar de lado a la víctima.[5]

3. Si se observan los cambios producidos tanto en las definiciones como en la ordenación de los presupuestos de punibilidad, puede verificarse que el desarrollo de la teoría del delito generó consecuencias similares a la evolución de la teoría de los fines de la pena.

A esta conclusión puede llegarse, considerando inclusive algunos cambios sistemáticos que parecen indicar lo contrario. Así, el concepto de injusto definido en principio por los positivistas como una infracción normativa, fue posteriormente reemplazado a partir de los neokantianos, sin que ello supusiera un redimensionamiento de la atención prestada a la víctima.

Esa reformulación de la teoría del ilicito se tradujo en la adopción de la "teoría del bien jurídico", cuyo titular es precisamente el ofendido por el delito. Sin embargo la situación no varió, ya que el comportamiento antijurídico fue caracterizado como una conducta "socialmente perjudicial".

[4] La retribución nada tiene que ver con la venganza ni con la satisfacción de reacciones emotivas, al menos desde el cambio operado a partir de la Ilustración en el Siglo XVIII, cfr. Jescheck: *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, Granada, 1993, p. 58.

[5] Cfr. Hassemer: *Fundamentos del Derecho Penal*, Barcelona, 1984, p. 96.

En consecuencia, tampoco la superación de la noción de injusto ofrecida por el positivismo legal supuso una revalorización del rol de la víctima, pues la concepción que la sustituyó fue utilizada para hacer perceptible que un comportamiento causaba daño social —siendo por ello materialmente antijurídico— precisamente cuando acarreaba la lesión de un bien jurídico, apreciado como un interés socialmente protegido. Se entendió entonces que lo decisivo no era la ofensa causada al titular del bien, sino la afectación de un interés en cuya preservación estaba interesada la comunidad.

4. Sobre la base de fundamentaciones similares, también la víctima fue desplazada a un rol considerablemente secundario en el proceso penal. Es que en la medida que se considere a la reparación del daño causado por el delito como un problema ajeno al Derecho Penal y a los fines de la pena, la lógica consecuencia es que sea exclusivo objeto de controversia entre intereses privados y consiguientemente del proceso civil.

La víctima queda así reducida a un protagonismo de testigo, y generalmente desamparada ante las consecuencias del hecho dañoso.[6]

2. *La revalorización de la víctima en el proceso penal*

5. La situación descripta fue doctrina dominante hasta los años sesenta, época caracterizada por una estrategia político criminal de claro predominio de una ideología preventivo especial orientada por el tratamiento, que desdeñaba la necesidad de hacer justicia a la víctima del delito.

Su concreción en los sistemas de enjuiciamiento penal se tradujo en la exclusión del querellante en los procesos por delitos de acción pública, apreciando que su intervención era un resabio de la acusación privada y la venganza individual. Ésta fue la estrategia adoptada por Soler y Vélez Mariconde al formular el Código Procesal de la Provincia de Córdoba de 1939, de la que constituye su expresión nacional más representativa.[7]

[6] Cfr. Sangrador: "La victimología y el sistema jurídico penal", en *Psicología social y sistema penal*, compilación de Jiménez Bustillo y M. Clemente, Madrid, 1986, p. 61.

[7] Cfr. Tarrio: "El querellante", en *El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*. Buenos Aires, 1993, p. 75.

6. La primera reacción con la que se procuró revertir esa situación, quedó limitada a favorecer reformas destinadas a mejorar la protección de la víctima en oportunidad de rendir declaración testimonial en el proceso, y a hacer más efectivo el procedimiento de adhesión, limitado a la reparación civil.

Posteriormente, sin abandonar la elaboración de instrumentos destinados a reforzar la participación pasiva de la víctima, se avanzó en la construcción de atribuciones procesales activas, especialmente orientadas a obligar al Ministerio Público a ejercer la acción penal.

Su consagración más consistente se tradujo en las cada vez más frecuentes propuestas de abandonar el modelo basado en el monopolio del ejercicio de la acción penal en manos del Ministerio Público. Se advierte hoy un significativo consenso en ampliar el espacio de actuación del ofendido, a quien se le permite actuar como acusador particular asumiendo el rol de querellante, sea conjunto o adhesivo.

7. En este nuevo escenario, la tendencia orientada a la supresión del acusador particular, para fortalecer la naturaleza pública de la acción penal y su ejercicio exclusivo por el Ministerio Público, con excepción de los procesos por delitos de acción privada, no es la que hoy prevalece.[8]

La revalorización de la posición de la víctima supone que también en los delitos de acción pública, la función persecutoria que corresponde al Ministerio Público, pueda también ser ejercida por un acusador particular, es decir por una persona con capacidad civil, a condición de que haya sido ofendida por el hecho punible.[9]

8. La forma más limitada de permitir el ingreso del ofendido al procedimiento penal es la llamada querella "adhesiva", en cuya virtud sólo se admite su intervención en los delitos de acción pública, en la medida en que colabore con la persecución oficial.

Esta modalidad supone una evidente accesoriedad, pues el particular depende de la actividad del fiscal en medida conside-

[8] Cfr. por todos Schneider: *La posición jurídica de la víctima del delito en el derecho y en el proceso penal*. Separata del Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, N° 3, 1988.

[9] Cfr. Hassemer: op. cit., pp. 91 ss; entre nosotros Clariá Olmedo: *Derecho procesal penal*, Córdoba, 1984, II-36; Maier: "La víctima y el sistema penal", en *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, p. 215.

rable. No puede en forma autónoma ni acusar ni interponer recursos, pues su actividad consiste en adherir a la acusación del Ministerio Público, pudiendo mejorarla o señalar sus omisiones, como también formular peticiones que permitan un control de legalidad de los actos del fiscal.[10]

9. El sistema que permite una participación plena de la víctima es la querella "conjunta", pues le concede autonomía para formular la pretensión punitiva, ejercerla sin limitación en toda clase de delitos, no sólo en los definidos como de acción privada, sino también en los de acción pública, dependan o no de instancia privada. Su intervención sólo está condicionada a que acredite legitimación, es decir a que exhiba la calidad de haber sido ofendido por el hecho punible.

Éste era el modelo adoptado por el Código de Procedimientos en Materia Penal de la Nación vigente entre nosotros hasta 1992, que orientado en la antigua legislación española y siguiendo ideas de Carrara,[11] reconocía al querellante mayor autonomía respecto del fiscal que el actual sistema de enjuiciamiento nacional.[12]

10. Abandonando el proyecto original que seguía el clásico modelo cordobés,[13] el nuevo sistema de enjuiciamiento nacional vigente desde la sanción de la ley nº 23.984, mantuvo al querellante como acusador particular aún en procesos por delitos de acción pública.

11. En consecuencia, la posición de la víctima en el sistema vigente supone:

A) La consagración de una serie de derechos desde el inicio del proceso penal, que se concreta en las siguientes garantías: *a)* Recibir un trato digno y respetuoso; *b)* Sufragio de los gastos de traslado; *c)* Protección de la integridad física y moral tanto suya como de su familia; *d)* Información de los resultados de todo acto procesal en que haya participado; *e)* Cumplimiento de actos procesales en su residencia, cuando se trate de personas mayores de 70 años, mujeres embarazadas o enfermos graves; *f)* Recibir información sobre los derechos que puede ejercer, como consti-

[10] Cfr. Eser: "Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal", en *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 24 ss.

[11] Cfr. Vélez Mariconde: *Derecho procesal penal*, Córdoba, I-291.

[12] Cfr. D'Albora: *Código Procesal Penal de la Nación*, Buenos Aires, 1993, p. 101; Tarrío: op. cit., p. 75.

[13] El Código de Córdoba fue posteriormente reformado por la ley nº 8.123 que consagró la admisión del querellante.

tuirse en actor civil o parte querellante; *g)* Ser informado sobre el estado de la causa y la situación del imputado, y *h)* Autorización para ser acompañado por persona de su confianza, para intervenir en actos procesales, cuando se trate de menores o incapaces (arts. 79 y ss. C.P.P.N.):

B) Sin perjuicio de su actuación como querellante exclusivo en los procesos por delitos de acción privada (arts 415 y ss. C.P.P.N.), tiene la posibilidad de constituirse en parte querellante aun en delitos de acción pública, pudiendo como tal impulsar el proceso, proporcionar elementos de convicción, argumentar sobre ellos y recurrir resoluciones que le causan perjuicio (art. 82 C.P.P.N.).

12. Dado que —a diferencia de lo que ocurría en el Código anterior— en los procesos por delitos de acción pública, carece de autonomía para abrir el juicio por su exclusiva decisión, se considera que es un querellante "adhesivo".[14]

Sin embargo su intervención tiene considerable amplitud, si se advierte que:

a) Durante la instrucción, se le debe notificar la realización de reconocimientos, reconstrucciones e inspecciones (art. 201), así como la realización de pericias (art. 258) a efectos de que pueda proponer peritos de parte (art. 259); se lo faculta a recurrir decisiones del juez relacionadas con autos de archivo (art. 195), procesamiento (arts. 306 y 311), falta de mérito (arts. 309 y 311), sobreseimiento (art. 337) y excepciones (art. 345);

b) Se le debe dar intervención en el procedimiento intermedio, respecto de la clausura de la instrucción y la elevación a juicio (art. 346), y la sustanciación de excepciones (art. 340); otorgándole derecho a formular peticiones que permiten controlar la decisión del fiscal de no solicitar la elevación de la causa a juicio oral (art. 348);

c) Se admite que intervenga durante el debate, inclusive en la discusión final (art. 393);

d) Debe ser consultado sobre la omisión de recepción de pruebas, en los casos de admisión de culpabilidad, en los juicios correccionales (art. 408); y

e) Interviene en forma autónoma en la interposición y sustanciación del recurso de casación (art. 460).

[14] Cfr. D'Albora: op. cit., p. 101; Tarrío: op. cit., p. 78.

13. La víctima tiene además la posibilidad de ejercer la acción civil en el proceso penal, pudiendo constituirse en actor civil (art. 87), con atribuciones para demandar inclusive a personas que no tienen responsabilidad penal (art. 88), pudiendo intervenir antes de la clausura de la instrucción (art. 90), para acreditar la existencia del hecho punible, los daños y perjuicios sufridos, pedir medidas cautelares, y las restituciones, reparaciones e indemnizaciones correspondientes (art. 91).

14. Cuando se postula la conformación de un nuevo "escenario" que concrete una más intensa revalorización de la víctima en el proceso penal, se propone:

a) Otorgarle mayor poder decisorio en los casos en que es evidente la supremacía del interés privado afectado por la comisión del hecho punible, y

b) Consagrar un criterio amplio de admisión de su legitimación como querellante "adhesivo", aun en los casos en que si bien prevalece el daño social causado, acredite haber sido ofendido por el delito.

15. La restitución del poder punitivo estatal a manos privadas, sólo encuentra sentido cuando se reconoce que la supremacía de los derechos de la víctima sobre el interés público es absoluta,[15] lo que no sólo permite concretar una ampliación del catálogo contenido en el art. 73 C.P., sino inclusive normas que permitan aproximaciones al derecho privado en el ámbito de los denominados "delitos de bagatela", con especial referencia a la tutela penal de la propiedad privada.

Deben ser mencionadas la posibilidad de ampliar las previsiones de instancias conciliatorias para permitir la composición, la adopción de la retractación de la instancia, una mayor incidencia de la suspensión del juicio a prueba, e inclusive la posibilidad de ejercicio de la acción penal por la víctima, si se adoptara el principio de oportunidad.

16. Lo que resulta evidente es que la revalorización del rol de la víctima debe ser considerado, aun en los casos en que la naturaleza del hecho que origina el proceso penal, determina que no pueda ni deba soslayarse la intervención del Ministerio Público.

Entra así en consideración la jurisprudencia que niega a la víctima el derecho de querella por carecer de legitimación activa,

[15] Cfr. Maier: "La víctima...", cit., p. 227.

sobre la base de que la persona "particularmente ofendida por un delito de acción pública" (art. 82 C.P.P.N.) alude exclusivamente al titular del bien jurídico protegido.

Ya durante la vigencia del sistema de enjuiciamiento anterior, que contenía una norma de contenido similar (art. 170 C.P.M.P.), se sostuvo que carecen de la calidad de "ofendidos" y por lo mismo del derecho de querella, las personas que aun cuando hayan padecido algún perjuicio, no han sufrido una lesión a un bien jurídico del que resulten titulares en forma inequívoca.

Ese punto de vista restrictivo orientó decisiones jurisprudenciales en cuya virtud, ninguna persona puede ser admitida como acusadora particular en procesos en que se investigan delitos que protegen bienes jurídicos colectivos o supraindividuales,[16] criterio que condujo a negar a los particulares el derecho de querella, cuando lo protegido son los poderes públicos y el orden constitucional como es el caso de la sedición (art. 229 C.P.), lo que no ofrece dificultades.

Pero es incorrecto predicar la exclusión de querellantes particulares, en todos los hechos punibles agrupados en la parte especial del Código Penal en torno a la tutela de bienes colectivos.

17. La admisión del derecho de querella de la víctima se ha preservado en numerosos casos jurisprudenciales, en los que se ha sostenido que a los fines de determinar la legitimación procesal activa, la apelación al bien jurídico protegido no resulta una pauta definitoria, toda vez que no se ha de excluir la protección subsidiaria de otros bienes tutelados.[17]

En realidad, la mayor amplitud que se pretende alcanzar, no requiere negar al bien jurídico el carácter de pauta definitoria. Como se reconoce en esos precedentes, el derecho de querella no puede ser negado a los titulares de bienes subsidiariamente tutelados por la norma penal, cuya infracción constituye el objeto procesal.

18. Lo que sucede es que el reconocimiento de legitimación activa no debe quedar acotado al titular del bien jurídico princi-

[16] Sobre el entrecruzamiento entre bienes jurídicos individuales y de la comunidad, cfr. Arzt: "La parte especial del Derecho Penal sustantivo", en Roxin-Arzt-Tiedemann: *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal*, Barcelona, 1989, p. 87.

[17] Cfr. por ejemplo C.C.y C.F., Sala II, caso "San Vicente S.A.", causa N° 7931, reg. N° 8717. La misma doctrina puede verse en el caso "Smart", Sala I, *ED* del 7/11/1984, p. 7.

palmente amparado por el tipo penal involucrado. Si de la exégesis del mismo, surge que el comportamiento fue prohibido con la finalidad de proteger más de un bien jurídico, el derecho de querella puede ser ejercido por cualquiera de sus titulares.

No sólo el bien jurídico sirve en el sistema de la teoría del delito, como punto de partida que da sentido a la creación de un tipo. Permite además reconocer un interés de la sociedad protegido por el Derecho Penal, que tiene la función político-criminal de legitimar, y consiguientemente limitar la pretensión punitiva estatal.[18]

Si bien jurídico es "todo" interés protegido,[19] por lo que los hechos punibles pueden girar en torno a la protección de uno o "varios" bienes jurídicos,[20] la conclusión evidente es que la legitimación procesal no debe quedar limitada al titular del bien principal.

19. El reconocimiento del derecho de querella a titulares de intereses subsidiariamente protegidos por una norma penal, lejos de relativizar la importancia de la teoría del bien jurídico, supone hacerle cumplir efectos procesales en forma compatible con la función político criminal que se le reconoce.

Así por ejemplo, la ubicación de los tipos que describe el art. 302 C.P. como delitos contra la "fe pública", es consecuencia de una decisión de política legislativa que si bien pone de manifiesto que están prioritariamente destinados a dar tutela a un bien jurídico universal, no impide advertir el propósito subsidiario de amparar el interés individual del tenedor del cheque, lo que ha permitido reconocerle legitimación activa para ejercer acciones penales contra el librador.

20. Por lo expuesto, la revalorización de la víctima en el ámbito del proceso penal, requiere admitir el derecho de querella aun en delitos que protegen bienes jurídicos colectivos, como —entre muchos otros— sucede con:

a) Delitos contra la seguridad pública, como los casos de incendio (art.186 C.P.), estrago (art. 187 C.P.) o ejercicio ilegal de la medicina (Art. 208 C.P.):

[18] Cfr. Roxin: "Política criminal y estructura del delito", Barcelona, 1992, p. 52; Amelung: *Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin*, en Schünemann: *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*, Madrid, 1991, pp. 94 y ss.

[19] Cfr. Rudolphi: "Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico", *Nuevo Pensamiento Penal*, Buenos Aires, 1975, Año 4, N° 7, p. 329.

[20] Cfr. Righi-Fernández: *Derecho Penal*, Buenos Aires, 1996, p. 142.

b) Delitos contra la administración pública, como la desobediencia (art. 239 C.P.), algunos supuestos equiparados a la malversación de caudales públicos (art. 263 y 264 C.P.), el falso testimonio (art. 275 C.P.), o el encubrimiento (art. 277 C.P.); y

c) Con mayor claridad aun en delitos contra la fe pública, como la falsificación de documentos (art. 292 C.P.), el balance falso (art. 300, inc. 3°, C.P.), o la falsificación de cheques (art. 285 C.P.).

3. *La revalorización de la víctima en el ámbito del Derecho Penal material*

21. En el Derecho vigente (arts. 29 y ss. C.P.) la reparación de perjuicios no es una pena pública, sino una consecuencia del delito de naturaleza civil, que sólo puede ser resuelta en el proceso penal, si la víctima ha formulado la petición en la oportunidad correspondiente.[21]

Como consecuencia de ello, las reglas referidas a la reparación del daño se limitan a:

a) Incluir la indemnización de los daños y perjuicios causados por el delito, entre las aplicaciones del producto del trabajo de los condenados al cumplimiento de penas privativas de libertad (art. 11, inc. 1°, C.P.).

b) Condicionar la restitución del uso y goce de derechos en los casos de inhabilitación absoluta, o la rehabilitación en los supuestos de inhabilitación especial, a que el condenado haya reparado los daños "en la medida de lo posible" (art. 20 ter C.P.).

c) Prever que cuando se imponga una condena de ejecución condicional (arts. 26 y ss. C.P.), la suspensión de la pena no afecte la reparación de los daños causados por el delito ni el pago de los gastos del juicio (art. 28 C.P.).

d) Establecer que cuando la reparación civil no se hubiese cumplido durante la condena o se hubiese establecido en favor del ofendido o de su familia una indemnización, el juez en caso de insolvencia deba señalar la parte de los salarios del responsable que debe ser aplicada a esas

[21] Cfr. Zaffaroni: *Manual de Derecho Penal*, Parte General, 4ª ed., Buenos Aires, 1985, p. 743; Righi-Fernández: op. cit. p. 495; Creus: *Derecho Penal*, Parte General, 3ª ed., Buenos Aires, 1994, p. 524.

obligaciones, antes de conceder la libertad condicional (art. 29, inc. 4°, C.P.).

e) Exceptuar las indemnizaciones debidas a particulares, de los efectos extintivos del indulto (art. 68 C.P.).

f) Prever que las indemnizaciones pecuniarias inherentes a las penas, puedan hacerse efectivas sobre los bienes propios del condenado, aun después de muerto (art. 70 C.P.).

g) Establecer como requisito de otorgamiento de la petición de suspensión del juicio a prueba, que el imputado ofrezca hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente, debiendo el juez decidir sobre la razonabilidad del ofrecimiento.
La parte damnificada puede aceptar o no la reparación ofrecida, quedando habilitada la acción civil en este último caso, si la realización del juicio penal se suspendiere (art. 76 bis, párr. 3°, C.P.); y

h) Condicionar la extinción de la acción penal por vencimiento del plazo de suspensión del juicio a prueba, a que se hayan reparado los daños en la medida ofrecida (art. 76 ter, párr. 3°, C.P.).

22. Cuando se presta atención a la incidencia del proceso de revalorización de la víctima en el ámbito de la discusión vinculada a los fines de la pena, lo que se puede observar es un interés creciente por procurar una reorientación destinada a lograr la satisfacción del interés lesionado, con el objetivo de obtener una reparación integral del daño sufrido por el delito.

Dicho objetivo exige entre nosotros una reforma legislativa, ya que lo que se propone es una ampliación de los fines de la pena, a efectos de incorporar la reparación del daño al sistema de reacciones, sea juntamente con las penas tradicionales o como sustitutivo.

Es que la inclusión de la "reparación" en el ámbito de las consecuencias jurídicas, en la medida en que se concreta en la posibilidad de prescindir de la pena privativa de libertad y la multa, o al menos disminuir su incidencia, supone la ampliación del catálogo tradicional.[22]

[22] Cfr. Hirsch: "La reparación del daño en el marco del Derecho Penal material" y "Acerca de la posición de la víctima en el Derecho Penal y en el Derecho procesal penal", en *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, pp. 59 y 184, respectivamente.

23. La adopción de esta "tercera vía" en forma paralela a la pena y la medida de seguridad, no sólo encontraría fundamento en que supone infringir un mal al autor, con el consiguiente efecto disuasivo.

Desde el punto de vista de la prevención general positiva, el esfuerzo del autor puesto de manifiesto por la reparación, además de una solución del conflicto con la víctima, generaría un efecto sobre la comunidad al tranquilizar la conciencia jurídica general alterada por la violación de la ley.[23]

Entre los efectos positivos adjudicados a la reparación desde la perspectiva de la prevención especial, se señala que por esta vía el autor es estimulado a enfrentar tanto los daños causados como al ofendido, en forma personal y concreta, a lo que se adjudica virtualidad resocializadora.[24]

24. Partiendo de la admisión de que esta "tercera vía" ofrece ventajas político criminales, debe considerarse la propuesta de los juristas alemanes que concretaron las "Tesis Provisionales del Proyecto Alternativo", en las que la reparación está prevista en el ámbito de las consecuencias jurídicas, en forma de que pueda disminuir o inclusive prescindir de la pena privativa de libertad y de la multa.

El sistema propuesto si bien deja inalterada la pretensión penal, concede al autor la eximición de pena en caso de que cumpla con la reparación, antes del inicio de la primera audiencia. Se la concibe como una consecuencia jurídica independiente (tercera vía), que requiere una resolución judicial que prescinde de la pena, sobre la base de una valoración de la incidencia de la reparación en el ámbito de la culpabilidad.

La reparación completa conduce a prescindir de la pena (tesis 9), pero debe considerarse si se han satisfecho determinadas exigencias de política criminal. Lo que se exige es una reparación que por ser determinada y adecuada, permita equilibrar suficientemente las consecuencias del hecho punible y restablecer la paz jurídica.[25]

[23] Cfr. Roxin: "La reparación en el sistema de los fines de la pena", en *De los delitos...*, cit., Ad-Hoc, p. 148.

[24] Ibidem, 153.

[25] La reparación además de solucionar el conflicto con la víctima, genera una integración por parte del autor y permite inferir que no son de esperar reacciones violentas, informales, por lo que no se justifica la pena estatal; cfr. Ferrajoli: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, p. 334.

25. El Proyecto Alternativo toma en consideración intereses comunes ya que:

a) El alcance de la tercera vía se proyecta a delitos carentes de víctima, y por ello el contenido de la prestación reparatoria puede ser material o inmaterial, pudiendo inclusive concretarse en prestaciones de trabajo; y

b) Prevé los casos en que se considera necesaria la aplicación de una pena privativa de libertad, por la subsistencia de exigencias de política criminal, como consecuencia de que la reparación resulta insuficiente para equilibrar las consecuencia del hecho punible y restablecer la paz jurídica.

26. La admisión de que la reparación puede cumplir los fines preventivos adjudicados a la reacción punitiva estatal, y la consiguiente conclusión de que resultan plausibles las consecuencias político-criminales de la adopción integral de esta "tercera" vía, exige examinar siquiera algunas de las objeciones que se le han formulado.

El Proyecto Alternativo sugiere una renuncia a la pena si el autor evidencia voluntad de reparar las consecuencias del delito por medio de esfuerzos, y con ello demuestra que ha extraído una lección para un comportamiento responsable, que autoriza a esperar que en el futuro se motive por el respeto a la norma (tesis 6 y 9).

Se ha observado que en la medida en que está formulada como una resolución sobre la culpabilidad, que permite una sentencia que prescinde de la pena, no constituye una consecuencia jurídica independiente que permita ser reconocida como "tercera vía".[26]

Pero desde esa perspectiva, tampoco la medida de seguridad, es decir la "segunda vía" de que dispone el Estado, es una consecuencia jurídica independiente, pues está condicionada a una decisión judicial que prescinde de la pena por razones vinculadas a la ausencia de culpabilidad del autor, y a la presencia de exigencias preventivas que fundamentan su imposición.[27] Ello es así al menos respecto de las denominadas medidas "sustitu-

[26] Cfr. Hirsch: *La reparación del daño...*, cit., p. 72.

[27] Cfr. Schüler-Springorum: *Cuestiones básicas y estrategias de la política criminal*. Buenos Aires, 1989, p. 49.

tivas",[28] es decir las únicas compatibles con la lógica que informa el actual sistema dualista.[29]

27. Las infracciones normativas que representan un conflicto que legitima la intervención penal del Estado,[30] no siempre producen consecuencias externas que el autor puede reparar, como sucede con la tentativa.

Aun cuando se advierta que la reparación tenga efectos preventivos generales y especiales, y se admita que genere en la víctima un reconocimiento superior a una pena privativa de libertad, ello no necesariamente la fundamenta como pena, si se reconoce que la importancia de un hecho punible no se mide exclusivamente por la magnitud de los perjuicios que pueden ser resarcidos. Como se ha señalado, en los casos de una tentativa de homicidio el daño es "igual a cero".[31]

Ofrecer como solución al conflicto que genera una tentativa una reacción que se concreta en prestaciones reparatorias inmateriales de contenido "simbólico",[32] supone una revalorización del resultado en desmedro del disvalor de la acción. No sólo entra en contradicción con quienes proponen fundamentaciones subjetivas del injusto,[33] sino inclusive con la adopción de sistemas de atenuación penal meramente facultativos, que suponen admitir —al menos en algunos casos— que el autor de una tentativa puede merecer una pena igual a la prevista para la consumación.[34]

28. Es factible todavía invocar normas de derecho comparado que con base en la teoría del desistimiento, incorporan la reparación como causa de eximición de pena en el ámbito de los

[28] Así, Jakobs: op. cit., pp. 38 ss.

[29] Cfr. Righi-Fernández: op. cit., p. 63.

[30] *Vid. supra* 1.

[31] Cfr. Jakobs: op. cit., p. 17.

[32] La tesis 4 del Proyecto Alternativo se refiere a "prestaciones simbólicas de reparación social".

[33] Cfr. Zielinski: *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, Buenos Aires, 1990, p. 310; Struensee: *Dolo, tentativa y delito putativo*, Buenos Aires, 1992, p. 23 ss.; entre nosotros Sancinetti: *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, 1991, pp. 409 ss.; *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento en la tentativa*, Santa Fe de Bogotá, 1995, pp. 123 ss., "¿Responsabilidad por acciones o responsabilidad por resultados?", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 1-2, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 61 ss.

[34] Ésa es la interpretación que la doctrina dominante hace del # 23.2. del Código Penal alemán. Cfr. Jakobs: op. cit., p. 891; Jescheck: op. cit., p. 473; otro punto de vista en Stratenwerth: *Derecho Penal*, Parte General, Madrid, 1982, p. 217.

delitos patrimoniales. La eximiente opera en forma similar al desistimiento de un delito consumado, ya que se exige que el autor repare los daños o al menos se obligue a ello, antes de que las autoridades tomen conocimiento del hecho.[35]

El sistema parece sortear la objeción relacionada con la tentativa, pues si la misma queda impune en virtud de un desistimiento voluntario, puede postularse la eximición de pena de quien procura el resarcimiento de un daño ya causado, cuando todavía no se cree descubierto.

Pero si se utilizan analógicamente los presupuestos que condicionan el desistimiento, se acota el ámbito de aplicación de la regla a un círculo de autores financieramente solventes,[36] ya que son quienes pueden procurar una reparación "voluntaria", es decir previa a que se concrete alguna actuación oficial.

29. Lo que exigen los autores del Proyecto Alternativo es que el autor haya puesto de manifiesto un pronóstico favorable, mediante "esfuerzos" que evidencien su voluntad de reparar las consecuencias del delito.

Este modelo adopta el criterio de exigir lo que se denomina "voluntad relativa". En la medida en que no se apoya en la teoría del desistimiento, no resulta decisivo que el sujeto haya procurado la reparación cuando aún está libre de una persecución penal en su contra.

De acuerdo a este punto de vista, la presión del proceso penal no debe excluir la reparación, pues admite que existe "voluntad relativa" cuando el autor es colocado en la alternativa de elegir entre reparar el daño en la medida de sus posibilidades, o el riesgo de asumir las consecuencias jurídicas ilimitadas de un proceso penal.

30. Lo que no merece objeciones, es la necesidad de evitar que la imposición de una pena se convierta en obstáculo para reparar,[37] como tampoco que la "reparación" incida en el ámbito del Derecho Penal material a efectos de: *a)* Permitir la suspensión del juicio a prueba: *b)* Operar como eximente en los casos de insignificancia, y *c)* Ser tenida en consideración a los fines de la individualización judicial de la pena.

[35] Cfr. # 167 del C.P. austriaco y arts. 379 y 393 del C.P. griego.
[36] Cfr. Hirsch: *La reparación del daño...*, cit., p. 73.
[37] Cfr. Hirsch: *La reparación del daño...*, cit., p. 73.

A diferencia de otros sistemas normativos, como por ejemplo la regla del § 46, inc. 2°, c. 1ª del Código Penal alemán que al obligar a valorar la "conducta posterior al hecho" apunta claramente al esfuerzo reparatorio:[38] el Derecho argentino ni siquiera considera en forma expresa a la reparación como pauta para la individualización de la pena (arts. 40 y 41 C.P.).

Ante la ausencia de una norma similar, se ha fundamentado entre nosotros la posibilidad de adjudicar incidencia atenuante a los esfuerzos del autor por lograr la reparación del daño, mediante una interpretación analógica de la dogmática de la tentativa, con especial referencia a los efectos del desistimiento y a la relevancia otorgada a la producción del resultado.[39]

[38] Cfr. Maurach-Gössel-Zipf: *Derecho Penal*. Parte general, Buenos Aires, 1995, 2-788.

[39] Así, Ziffer: *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 167 ss.

XIV. DOGMÁTICA PENAL Y VÍCTIMA DEL HECHO PUNIBLE

POR JULIO B. J. MAIER

1. *Introducción*

Es un lugar común la advertencia de que la aparición de la pena estatal y, luego, del Derecho Penal se desentendió de la suerte de la víctima del hecho punible. Hasta se ha dicho que estas realidades jurídicas le expropiaron a la víctima su derecho a reaccionar frente al ilícito[1] o, mejor dicho, a decidir sobre su reacción.

Sin embargo, desde la década anterior, la víctima ha pasado al centro de la escena de la cuestión penal. En este rescate o redescubrimiento de la víctima le correspondió a la criminología dar el primer paso, a través de la llamada *Victimología*, que, más que una nueva ciencia, representó un aluvión político de nuevas propuestas para la cuestión penal, no siempre encaminadas en una misma dirección. En orden de aparición, fue el Derecho Procesal Penal la rama del saber jurídico que recogió ese guante y comenzó a discutir los derechos de la víctima en el procedimiento de persecución penal. Una nueva visión de los fines del procedimiento penal, independiente del clásico acerca de la realización del Derecho Penal y orientado más hacia la solución de conflictos sociales graves, que están en la base de todo caso penal, posibilitó un cambio pronunciado de su comprensión y de sus instituciones, todavía imperfecto y no finalizado. Por último apareció el Derecho Penal con tres líneas básicas: el estudio de la influencia del comportamiento y de la voluntad de la víctima en la definición del ilícito, la lamada *victimodogmática*, el poder

[1] Los abolicionistas: cf. Christie, Nils: *Los conflictos como pertenencia*, trad. Alberto Bovino y Fabricio Guariglia, en *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, pp. 157 y ss.

de la voluntad de la víctima sobre la pena estatal, representada por sus facultades para inhibir la actuación del sistema penal total o parcialmente, y la configuración de la pena misma o de sus fines, a través, fundamentalmente, de aquello que se ha dado en llamar *reparación como tercera vía del Derecho Penal*. Aquí se trata, en síntesis extrema, de la primera de estas líneas, de la victimodogmática, no sin antes observar la dirección política correcta, a nuestro juicio, de este movimiento.

Se debe advertir que no todas las corrientes de apoyo o auxilio a la víctima de un hecho punible, o de rescate de sus derechos y deberes en el ámbito del sistema penal persiguen el mismo interés. Existen quienes perciben y definen este curso político-criminal como finalización de décadas de orientación *a favor del autor*[2] y reorientación del Derecho Penal hacia la víctima, incluso con desmedro de los niveles de garantía asegurados al autor de un hecho punible. No me ocuparé de ellos, en parte porque el tema al cual se convoca sugiere todo lo contrario. Existen, en cambio, quienes conciben el redescubrimiento de la víctima insertado en la política criminal favorable al autor, como racionalización del empleo del Derecho Penal o, mejor, de la pena, y posibilidad de realización de principios y características caras al Derecho Penal o, cuando menos, al Derecho Penal surgido del Iluminismo y perteneciente a un Estado de Derecho: me refiero a la contención de la expansión del sistema punitivo, al *carácter subsidiario del Derecho Penal*[3] y a los principios de *mínima intervención* o *extrema* ratio.

2. *Teoría del bien jurídico y victimodogmática*

A contrario de aquello que piensan la mayoría de los autores, la referencia de las prohibiciones y de los mandatos cuyo incumplimiento se amenaza con pena a la protección de un bien jurídico no cumple para mí una función de límite punitivo, sino,

[2] Cf. Hirsch, Hans-Joachim: "La reparación del daño en el marco del Derecho Penal material", trad. de Elena Carranza, y "Acerca de la posición de la víctima en el Derecho Penal y en el Derecho Procesal Penal", trad. de Daniel Pastor y mía, en *De los delitos y de las víctimas* cit., Ad-Hoc, pp. 55 y 93 y ss.

[3] Comprensible políticamente, en un Estado democrático sólo como "protección subsidiaria de bienes jurídicos": Roxin, Claus: "Sinn und Grenzen staatlicher Strafe", en *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Ed. Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1973, p. 27.

antes bien, de legitimación de esas prohibiciones y de esos mandatos, en fin, del control social punitivo, sin que sean divisables a través de la teoría, al menos de manera precisa, sus fronteras y contornos. No me refiero a su devenir histórico en cuyo origen, precisamente, la teoría del bien jurídico pudo haber querido cumplir la función de límite, sino, antes bien, a sus logros.[4]

Al parecer,[5] en el pensamiento ilustrado la teoría pretendió cumplir un papel limitador, en el sentido de que la materia de la prohibición o el objeto del ilícito sólo debía ser la lesión de un derecho subjetivo natural de una persona (vida, integridad física, libertad, etc.). Pero, a pesar de mis dudas sobre su origen, es cierto que bien pronto su concepto degeneró, orientándose hacia su función de legitimación del poder punitivo del Estado: al decir del autor citado, que grafica "la parábola involutiva de la doctrina del bien jurídico: de la tutela de los derechos subjetivos a la tutela del Estado", "su significado no sólo se amplía, sino que conoce una radical alteración de su componente empírico, que se desplaza de los *intereses individuales* afectados, al *interés del Estado*, concebido al principio como interés en la protección de lo que éste considera digno de ella y, más tarde, simplemente, como interés en la obediencia o en la finalidad" (filosofía hegeliana); progresivamente, se trasforma en "el derecho del Estado a las acciones u omisiones impuestas bajo amenaza de pena" (Listz, Binding) para culminar en la afirmación de una norma básica de obediencia al Estado (Maggiore: "Todo delito es, en definitiva, un delito de felonía, un crimen *laesae majestatis*"). Como cualquier concepto al expandir indefinidamente su contenido se vacía de significado, éste pierde su referente empírico para espiritualizarse y, simultáneamente, su función axiológica externa al sistema, de delimitación o negativa, para trasformarse en un instrumento positivo de legitimación

[4] Cf. en Baratta, Alessandro: "Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal", trad. Mauricio Martínez, en *Justicia penal y sociedad*, nº 5, Guatemala, pp. 78 y ss, como una teoría indudablemente crítica y de propósito reductor, la de Hassemer, Winfried: "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico", trad. de Patricia Ziffer, en *Doctrina Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1989, pp. 275 y ss., no sólo corre el riesgo de cumplir, sino que cumple, una función legitimante del poder estatal.

[5] Cf. Ferrajoli, Luigi: *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (2ª ed.), Laterza, Bari, 1990, nºs 33, pp. 466 y ss. (existe trad. castellana de la 1ª edición, 1989, y de AA.VV., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, nº 33, pp. 464 y ss.).

de las decisiones estatales.[6] Por otro camino también Günther Jakobs, ha advertido sobre el peligro de legitimación que significa el principio de protección de bienes jurídicos como fundamento de las prohibiciones y mandatos amenazados con pena, pues "favorece las anticipaciones de la punibilidad".[7]

E, incluso, por otra senda diferente, yo mismo he advertido acerca del modelo autoritario de legitimación que, antes de su función de límite, encarna la teoría del bien jurídico:[8] "ni siquiera la idea de protección de bienes jurídicos, que rige de alguna manera en el Derecho Penal, sobre todo, la de bienes jurídicos individuales y, aún más, disponibles, con un portador físico por así decirlo, consiguió reservar demasiados ámbitos de poder para la víctima: es que el concepto 'bien jurídico'..., servía a la consecución de la anonimidad para la víctima, en tanto la objetivaba, y así el Derecho Penal se podía dedicar a 'su protección', a la protección de aquello que estaba más allá del daño real provocado a una persona y próximo a la desobediencia, al control de comportamientos que hacían peligrar la paz jurídica dentro de un determinado sistema de organización social. El conflicto se reducía a la relación Estado-súbdito; en la traducción procesal, persecución estatal-imputado". Si puedo expesar sintéticamente mi concepto, el principio del bien jurídico constituye el último y más acabado ensayo teórico de aquello que los abolicionistas expresan con las palabras *expropiación del conflicto*, en tanto, al objetivar a la víctima y abstraer el objeto de la lesión, transforman un conflicto social entre protagonistas reales, en un conflicto con el Estado por la desobediencia a sus normas: la víctima real, según se observa, está ausente, despersonalizada y, en principio, carece de todo poder en el sistema; sintéticamente: no interesa. Quizá Binding,[9] en otro contexto y algo modificado por mí a los efectos de este discurso, dio, hace tiempo, en la tecla, al

[6] Son palabras de Ferrajoli, inmediatamente antes citado, sintetizadas por mí, quien, sin embargo, reconoce que, después de la Segunda Guerra Mundial, la doctrina ha hecho esfuerzos para regresar a su papel limitador.

[7] "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", trad. de Enrique Peñaranda Ramos, en *Fundamentos de Derecho Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, pp. 179 y ss.

[8] "La víctima y el sistema penal", en *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, p. 187.

[9] Binding, Karl: *Die Normen und ihre Übertretung*, reimpresión de la 4ª ed., Leipzig, 1922, Ed. Scientia, Aalen (RFA), 1965, t. I, § 41, p. 288.

comparar otro mecanismo de control con la pena: la reparación intenta curar una herida sin provocar otra; la pena, en cambio quiere provocar una segunda herida, sin curar la primera.

Por estos caminos criticados no se puede rescatar a la víctima del hecho punible. Lo que interesa no es la vida de Juan, sino "la vida", como abstracción, tampoco el patrimonio de Pedro, sino el patrimonio, o la distribución de bienes establecida por el Estado, como concepto. El defecto reside en atribuir una función positiva a la doctrina del bien jurídico, que, por otra parte, nada nos dice más que legitimar el propio sistema; de manera distinta apreciaríamos el caso si se le atribuyera sólo y tan sólo una función negativa, "si proporcionara una serie de criterios negativos de deslegitimación" o de impunidad —por ej., la ausencia de lesión efectiva al "bien jurídico" cuya protección es el objeto de la prohibición—, en fin, si "la función de límite o garantía [consistiera] precisamente en el hecho de que la lesión de un bien debe ser condición necesaria, aunque nunca suficiente, para justificar su prohibición y punición como delito".[10]

Esta línea de pensamiento "garantista" puede ofrecer un ámbito real para el rescate de la víctima como ser humano responsable, que cumple también un papel social, con sus atributos relativos a la personalidad, en especial si reconocemos su derecho a la autodeterminación en el sistema penal. Y, a la vez, representa una confirmación acerca de que, cualquier rescate del protagonismo de la víctima, en el sistema penal, es parte de una política criminal orientada a la *subsidiariedad* del sistema, a los principios de *mínima injerencia* y *extrema ratio*, es decir, se corresponde con la llamada política criminal a favor del autor. Por lo contrario, no es posible hoy, y retrocedemos en lugar de avanzar, si comprendemos a este movimiento de rescate como el retorno de la *venganza privada*.[11]

3. *Acerca de las posibilidades de la dogmática penal de introducir el comportamiento de la víctima como factor relevante*

I. No es una novedad el hecho de que la dogmática estudia el comportamiento y la voluntad de la víctima de un hecho

[10] Ferrajoli: ob. cit., p. 473 (en la edición castellana, p. 471), sentencia pronunciada también por Hassemer: ob. cit., p. 278.
[11] Christie: ob. cit., p. 159.

punible para definir mejor el ilícito penal: las palabras *consentimiento, acuerdo, perdón* nos dicen algo desde hace tiempo, con independencia de todo debate acerca de su posición analítica o de su efecto. Tampoco lo es que estos criterios cumplen una función *negativa* respecto del ilícito y la punibilidad. La novedad reside, antes bien, en la expansión geométrica de esos criterios propuesta actualmente para la influencia del comportamiento de la víctima en la definición del ilícito, realidad que induce a pensar en la posibilidad de organizar estos criterios negativos bajo un punto de vista unitario y en darles cabida en la teoría analítica del delito.[12] En adelante procederé a través de ejemplos para indicar alguno de estos criterios, sin detenerme demasiado en su justificación, análisis o efectos, dado el tiempo disponible y el hecho de que esta contribución representa sólo un intento de acercarme al problema.

II. Juan sabe que Pedro procura envenenarlo y, no obstante, bebe el líquido que contiene la pócima, preparada por Pedro, y muere. Aquí lo evidente reside en que Juan ha llevado a cabo una acción de matar a otro, pero también que ese otro mantuvo siempre el "dominio del hecho", en el sentido de que pudo evitarlo, omitiendo la acción de beber el líquido, sin la cual el resultado no hubiera acaecido. Las preguntas surgen espontáneamente: es imputable a Pedro el homicidio, en su caso en qué grado, o, por lo contrario, Juan se ha suicidado y Pedro ha colaborado en ese suicidio.

Quizá si quitamos del ejemplo su exposición trágica y exagerada, en busca del argumento que produzca efecto, auxiliemos a la idea que reside tras de él: Juan, quien tiene variadas razones para quejarse de la conducta infiel de su amigo Pedro, decide matarlo y, al retirarse de la casa de Pedro, abre una llave de gas; Pedro, sin embargo, advierte el olor a gas y decide, no obstante conocer su efecto, acostarse a dormir sin cerrar la llave, y muere. La novedad, respecto del caso anterior, reside en que Pedro no hace —en aquélla toma el veneno voluntariamente—, sino que omite cerrar la llave de gas abierta por Juan, causa indudable de

[12] Schünemann, Bernd: "Der strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnissen", citado por Roxin, Claus: "Cuestiones básicas de la teoría del injusto", en *Política criminal y estructura del delito*, trad. Bustos Ramírez y Hormazabal Malarée, PPU, Barcelona, 1992, p. 66, ofrece un principio rector: "Máxima interpretativa: sólo ha de subsumirse en un tipo penal una acción que afecta la posible o exigible protección de sí mismo de una víctima potencial".

su muerte por asfixia. La nueva cuestión, ahora, reside en si atribuimos a Pedro el cuidado de una fuente de peligro, precisamente para el concreto bien jurídico que él porta, su vida.

Si todavía queremos contrastar estos ejemplos echando mano a un bien jurídico disponible, donde la solución aparece más clara, imaginemos el ardid instrumentado por Juan —entrega de divisas falsas a cambio de dinero nacional— para obtener un beneficio económico fraudulento a costa de Pedro, reconocido como tal por este último, quien, sin embargo, decide entregarle el dinero porque entiende correcto el destino que dará Juan a esa suma.

Todos estos casos presentan la atribución a la víctima de cierto ámbito de custodia —mínimo o máximo: eso queda por resolver— sobre sus propios bienes, en palabras de Jakobs,[13] cierta *competencia* de la víctima en la seguridad o intangibilidad de los bienes jurídicos concretos que ella porta. Un cierto deber de *autoprotección* de esos bienes y cierta aproximación a la *prohibición de regreso* juegan aquí un papel en la solución de los casos.

III. Como se observa, los casos referidos a la llamada *prohibición de regreso*, que intentan descartar aportes de terceros, regulares y tolerados en la vida social, pero causales para el resultado, son también equiparables a la idea de un ámbito de custodia de la propia víctima, reductor de la interpretación de las prohibiciones y mandatos de la ley penal en el mero sentido causal. ¿Es imputable la muerte de un suicida, incluso como colaboración en el suicidio (C.P., 83), al dependiente de la ferretería que le vendió la soga con la cual se ahorcó, aun en el caso de que conociera las tendencias suicidas de la víctima por ser persona del barrio y se representara la posibilidad del suicidio? O en el caso más extremo: Juan está internado en un hospital neuropsiquiátrico por orden judicial a raíz de una enfermedad psiquiátrica incurable que lo torna peligroso para sí mismo. Con el tiempo, Juan defiende su derecho a vivir en libertad, a intentar su propia vida sin la protección que le brinda su encierro, en fin, pretende defender la posibilidad de disponer libremente de los bienes jurídicos que porta; contrata a un abogado para defender su tesis, quien, sobre la base de que no es posible prolongar indetermi-

[13] Jakobs, Günther: *La imputación objetiva en Derecho Penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 34.

nadamente el encierro como medida de seguridad y del derecho a la libertad de disposición de todo ser humano, consigue la sentencia judicial que libera a Juan; el autocontrol fracasa y Juan, en libertad, se suicida. Obviamente el abogado y el juez, que obraron dentro del papel social que les correspondía, conocían el riesgo: ¿pueden concebirse su actos como colaboraciones en el suicidio de Juan?; y, en caso de que respondamos positivamente, ¿*sin condicionamiento alguno o bajo qué condiciones*?

Todavía más claro es el caso de una esposa infiel que coloca un veneno, utilizado en la casa para otros fines, en la habitación del marido, con la esperanza de que él lo ingiera por la depresión causada por su infidelidad.

IV. La perspectiva de excluir la imputación de un resultado causado a raíz del comportamiento de la víctima es aún más claro en los delitos culposos. Juan conduce su automóvil en un paraje desierto a una velocidad superior a la permitida; Pedro se suicida arrojándose de pronto en su camino para ser arrollado. Si suprimiéramos hipotéticamente el exceso de velocidad de Juan y llegáramos al convencimiento de que el resultado se hubiera producido lo mismo, debido al acto suicida, aun observando Juan la conducta prudente para conducir, podríamos concluir aceptando que la muerte de Pedro no es imputable a la conducta imprudente de Juan. Pero también es cierto que la regla de prudencia sobre el límite de velocidad protege siempre cierto ámbito de relaciones sociales, para el caso los accidentes en el tráfico, y, precisamente, no tiene por finalidad evitar los suicidios.

Sobre todo en obras colectivas, pero también en el amplio ámbito de la *coexistencia* o *compensación de culpas*, el llamado *principio de confianza* juega un papel fundamental. Él parte de la base de que, para decidirnos a obrar, todos calculamos los comportamientos de los otros según parámetros normativos que, valga la redundancia, los normalizan, a pesar de que, por experiencia empírica, todos sabemos que las infracciones, en especial los comportamientos imprudentes, no sólo existen, sino que, antes bien, son frecuentes. De otro modo, sin calcular por las expectativas de un comportamiento correcto de los demás, nos sería imposible o, cuando menos, muy dificultoso, emprender nuestra propia obra. La conducta imprudente —o incluso "dolosa" en su propio perjuicio— de la víctima puede generar imprevisibilidad del suceso para nosotros y, en ese caso, a pesar de que, objetiva-

mente, nuestro propio comportamiento pueda ser calificado, en principio, como contrario a las reglas de prudencia, ya no responderemos por nuestra propia conducta. Todavía mayores son las posibilidades de que, en estos casos, el reproche sea menor o desaparezca, pues no podemos valorar de la misma manera al comportamiento de un único autor que logra el resultado, que a aquel que lo provoca en compañía de otro, por ejemplo, la propia víctima.

V. El *consentimiento* es, en todo caso, y desde antaño, el "reductor" más importante de la posibilidad de enmarcar un comportamiento como ilícito punible, cualquiera que sea el nivel analítico en el que se lo coloque y el nombre que se le dé, aspectos sobre los cuales aquí no abrimos juicio alguno. Él representa la valoración de la voluntad de la víctima como factor importante en la exclusión del ilícito punible. En el punto se vislumbran dos caminos para contener la expansión en la aplicación del Derecho Penal: el primero se resume en extender la autodeterminación de la víctima de manera de reconocerle facultades de disponer de cualquier bien jurídico que ella porte o, dicho sencillamente, de concebir a todo bien jurídico como disponible para sus portadores concretos, salvo casos excepcionales que la ley debe regular expresamente (pues, por ej., no es posible tolerar que el asesino por precio mate a la víctima que le paga porque no tiene el valor de suicidarse, ni en general, el homicido a pedido, a pesar de que varios de sus casos deberían generar privilegios); el segundo de los caminos alude a un consentimiento que podríamos llamar presunto y que consiste en el ingreso voluntario de la víctima a una fuente de peligro, como quien toma parte en una travesía náutica sin saber nadar y *obra a propio riesgo.*

Posiblemente sea una de las tareas más trascendentes de la teoría de la *imputación objetiva* el desarrollo de un principio normativo (victimodogmático) que evite las respuestas asistemáticas y logre reducir la tendencia algo casuística que manifiesta el desarrollo actual del problema.

4. *Colofón*

Pero aquí, en la teoría del delito, no terminan las posibilidades del Derecho Penal de volver a reconocer en la víctima a un personaje importante respecto de la administración de la pena. Y tampoco finalizan aquí —por lo contrario, comienzan aquí— las

posibilidades de reducción y sustitución del sistema penal en pos de evitar, cuando es posible, la "segunda herida que no cura la primera", según la metáfora de Binding, o, más directamente, la violencia legitimada a favor del poder político centralizado en el Estado, como solución del problema del comportamiento social desviado. Una nueva concepción del "ejercicio de las acciones" y de su "extinción" —para conservar los términos de nuestro C.P.— que concediera a la voluntad de la víctima poder sobre la persecución penal[14] y la proposición actual de utilizar a la *reparación como tercera vía* del Derecho Penal, cualquiera que sea la extensión posible de estas mofificaciones, podrían auxiliarnos en la tarea de lograr que la pena estatal sea un verdadero mecanismo subsidiario de control ciudadano, en tornar realidad los postulados de un *Derecho Penal mínimo* o de *extrema ratio* y de llamar también en nuestro auxilio, para esos fines, al Derecho Procesal Penal.[15]

[14] Es dificultoso entender por qué esa voluntad, a nivel de la definición del ilícito o de la pena, puede inhibir el poder punitivo del Estado y expresada con posterioridad a la consumación o frustración de la tentativa carece de valor: para ello debería demostrarse, y no sólo con argumentos formales o semánticos, alguna diferencia material importante entre *perdón* y *consentimiento* o *acuerdo*.

[15] Agradezco la ayuda que, para la preparación de este breve relato, me prestara Maximiliano Rusconi, docente de mi cátedra, cuyo tema de tesis procura investigar, precisamente, el problema aquí tratado a manera de ensayo sintético.

XV. POLÍTICA CRIMINAL Y DOGMÁTICA DE LAS VÍCTIMAS

POR MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ

1. *Introducción*

1. Hace ya más de quince años, al ocuparse del sesquicentenario de la codificación penal latinoamericana y destacar la necesidad de una mayor investigación de su historia, E.R. Zaffaroni planteaba que "es menester que algún día nos detengamos a estudiar en profundidad los orígenes de nuestra codificación penal y la efectiva vigencia de los primeros textos sancionados en nuestro Continente". Y auguraba que "quizá advenga esa ocasión cuando el panorama político y cultural de América Latina sea menos complicado en forma de permitirnos ocuparnos del pasado", pero advertía que no deja de ser altamente probable que el planteo deba invertirse, en el sentido de que "ocupándonos del pasado, podamos resolver mejor el presente, porque es de la esencia de lo humano que el hombre sea eminentemente histórico, que jamás pueda salir de la historia, y ésta, pese a no determinarnos, nos señalará siempre las líneas generales de la proyección hacia el futuro" ("Los Primeros Códigos Penales de Iberoamérica", en *Siglo y Medio de Codificación Penal en Iberoamérica*, Valparaíso, 1980, p. 13).

Creo que ésta es una ocasión propicia, al menos para considerar la historia de la codificación penal en Argentina. La situación política y cultural de hace quince años ha cambiado considerablemente, tanto en Argentina como en la casi generalidad de los países latinoamericanos, de suerte que es dable emprender este tipo de empresas.

Nos congrega en este lugar la idea de conmemorar el 75° Aniversario del Código Penal Argentino, que en la historia del Derecho Penal latinoamericano es un largo lapso. Al hacer un recuento del mismo, habrá que considerar sobre todo sus origi-

nales orientaciones filosóficas y político-criminales y las transformaciones que a lo largo de ese tiempo han experimentado, por lo que hace a las distintas materias que regula, y determinar cuáles de ellas están aún vigentes en la actualidad; en fin, si han habido avances o no; y lo propio habrá que hacer por lo que hace a la cuestión dogmática.

2. Me ha tocado desarrollar en este evento —junto a colegas muy destacados y amigos muy entrañables, como son Julio Maier y Esteban Righi— un tema que comprende aspectos tanto político-criminales como dogmáticos en torno a la víctima. Sin duda de fundamental importancia para el sistema de justicia penal, pero igualmente poco trabajado de manera independiente sobre todo en el ámbito de la dogmática penal. Confieso, de antemano, que es la primera vez que me ocupo específicamente de esta figura, fuera de las consideraciones que le merecen al sujeto pasivo, cuando se le analiza como elemento del tipo que es; por ello, creo que es realmente un atrevimiento el haber aceptado participar en su tratamiento, sobre todo si ello se hace junto a expertos en la materia.

2. *Aspectos político-criminales del problema*

2.1. **La víctima en el sistema de justicia penal**

a) Si bien ya con mucha anterioridad se ha afirmado que, en el ámbito del sistema de justicia penal, la víctima ha sido la "cenicienta del proceso", por su escasa o nula intervención en éste, en los últimos tiempos se hace cada vez más patente el planteamiento de ese olvido de las víctimas del delito, y, por lo tanto, se pugna cada vez más porque lleguen a tener una mayor consideración en el sistema penal y un mayor reconocimiento de sus derechos.

En efecto, se observa con insistencia que el desarrollo que han alcanzado en los últimos tiempos tanto la política criminal como la dogmática penal se ha orientado más a la atención del delincuente, es decir, del autor o del partícipe del delito. Ya desde la segunda mitad del siglo pasado Franz von Liszt había afirmado, precisamente en atención a las características de la legislación penal, que el Derecho Penal constituía la "Carta Magna" del delincuente. Y dados los excesos en que con frecuencia incurre el sistema penal en distintas épocas de su historia, las transformaciones posteriores que dicho sistema penal, y por tanto la legislación penal, experimenta, en varias ocasiones se hacen aten-

diendo a la situación del delincuente, para garantizar sus derechos frente a esos excesos. Lo que se ha manifestado tanto en el plano nacional como en el internacional.

Por ello es que, según puede constatarse, tanto en las propias constituciones políticas como en las legislaciones secundarias de muchos países del mundo se han realizado modificaciones para dar cabida en ella a un cada vez más amplio catálogo de criterios o principios que garanticen de mejor manera los derechos de los individuos frente a los posibles excesos del poder estatal y evitar que se conviertan en víctimas del propio sistema penal, sobre todo cuando aquéllos se ven involucrados en hechos penalmente relevantes que los colocan frente a los órganos del Estado. Y lo propio se observa en diversos instrumentos internacionales, en donde se prevén también criterios o principios garantistas, cuya observancia se recomienda a los países signantes, convirtiéndose en parte de su sistema jurídico en la medida en que los suscriben.

Así vemos que, a partir de la década de los cincuenta, en los países de Europa Occidental se inició un movimiento tendiente a propiciar que los sistemas penales, particularmente en su aspecto legislativo, se ajusten a las exigencias del Estado democrático de Derecho; es decir, que los sistemas penales, después de los excesos que tuvieron sobre todo durante la época de la Segunda Guerra Mundial, sean ampliamente respetuosos de los derechos humanos. Para ello se sugirió la adopción, tanto en las legislaciones penales sustantivas como en las procesales, de ciertos criterios o principios que limiten adecuadamente la potestad punitiva del Estado y garanticen de mejor manera los derechos de los individuos.

En el devenir histórico de la justicia penal siempre se ha observado la existencia de una lucha frente al poder, frente a los excesos del poder. Pero resulta incuestionable que, cuando se habla de excesos en que incurre el sistema penal, se está haciendo referencia a los excesos frente a la persona a quien se le atribuye haber cometido un hecho penalmente relevante y respecto de la cual se sigue un determinado procedimiento o proceso penal para determinar si se dan o no los presupuestos necesarios de la pena o de la medida de seguridad, es decir, frente al delincuente; pues existen datos que muestran que con cierta frecuencia se sanciona a inocentes o se vulneran las formalidades del procedimiento, etc., convirtiéndose por ello, igualmente con cierta

ta frecuencia, al propio delincuente en víctima del poder penal, como lo ha puesto de manifiesto Elías Neuman. El problema del abuso del poder penal, por tanto, no comprende sino tangencialmente la consideración de la víctima del delito; muchas veces ésta sólo es tomada como pretexto para justificar dicho abuso y en muy pocas ocasiones se habla de abuso hacia la víctima, por ejemplo, si no se le da acceso en el procedimiento o en que no se le repara adecuadamente los daños y perjuicios ocasionados por la conducta delictiva, en que la cuestión se relaciona más con los fines del Derecho Penal, cuya consideración ha motivado ciertamente la adopción de medidas correctivas que tienen como argumento el de atender exigencias de la víctima, tanto en el plano legislativo como en algún otro sector del sistema penal, que en todo caso implica la necesidad de reorientar adecuadamente al sistema penal para que cumpla de mejor manera con la misión que se le ha atribuido y salga de la crisis en que se encuentra.

Por razón del movimiento internacional anteriormente mencionado, que más adelante también tuvo sus manifestaciones en el ámbito latinoamericano —como lo mostró por ejemplo, la iniciativa planteada en Santiago de Chile en 1962, de elaborar un proyecto de Código Penal Tipo para América Latina, y la seguida también en México en 1963, que concluyó con la elaboración de un anteproyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana, que de alguna manera obedecían a una nueva orientación político-criminal en torno a los contenidos de la legislación penal, independientemente de que se haya logrado o no plasmarlo en el contenido de dichos documentos—, se fueron estableciendo ciertas prohibiciones o criterios limitadores del *ius puniendi* estatal. Así, por ejemplo: se prohibió la tortura y cualquier otro maltrato como medio para autoincriminarse; se limitó o prohibió la incomunicación; se fueron estableciendo mayores controles con relación a la actuación policíaca en la investigación de los delitos; se precisaron criterios para la determinación de los presupuestos de las penas y de las medidas de seguridad, así como criterios para la individualización judicial de las mismas; mayor racionalidad de las penas; se prohibieron las penas inhumanas e infamantes, entre muchas otras medidas.

En los tiempos actuales, en que se siguen observando las extralimitaciones del poder estatal, no sólo en el ámbito de la justicia penal sino también en los otros en los que aquél tiene

injerencia, se ha optado por medidas de control del propio poder estatal, originándose incluso a nivel en el internacional la figura del *Ombudsman*, "defensor" o "procurador de los derechos humanos", o también llamado "defensor del pueblo", como organismo gubernamental, que implica el autorreconocimiento de las violaciones de los derechos humanos y la necesidad de autocontroles. Pero, además de ellos, han aparecido y proliferado también los organismos no gubernamentales para la protección de los derechos humanos, siendo el ámbito del sistema de justicia penal el que acapara un mayor porcentaje de la atención. Así como en otras épocas, por tanto, en la actualidad se sigue observando la existencia de una lucha por los derechos humanos y, paralelamente a ello, de una lucha por la vigencia del Estado democrático de Derecho, el cual por ahora se plantea como la mejor opción que puede mayormente reconocer y proteger la dignidad del hombre y, consecuentemente, autolimitarse.

b) Sin duda alguna, la conciencia en torno a la víctima se ha desarrollado, en cualquier etapa de la historia, en forma paralela a la conciencia en torno al victimario o, si se quiere, planteado inversamente, la existencia del victimario ha dependido de la existencia de la víctima, independientemente de quien sea el uno o el otro. Resulta lógico pensar, por ello, que sólo empezó a hablarse de delincuentes (o del término equivalente que inicialmente se haya utilizado) en la medida de la existencia de la víctima, es decir, de quien resiente la afectación de algún bien, derecho o interés, ya sea personal o grupalmente considerado. Por ello se explica que la reacción frente a tales afectaciones de bienes jurídicos sea (o haya sido) igualmente de manera personal o grupal, como se observa sobre todo de la consideración histórica del fenómeno. Cuando el Estado empieza a tomar en sus manos el conocimiento y la solución de los conflictos (interpersonales o intergrupales) y ve la necesidad de adoptar medidas para ello, se ve motivado principalmente por la existencia de intereses que proteger y, por tanto, de las víctimas, y no únicamente por la existencia de los infractores; es decir, la idea de castigar no surge por el solo hecho de castigar por castigar, sin más, sino como reacción por la existencia de afectaciones de bienes, derechos o intereses de una persona o de un grupo de personas que, por ello, han sido caracterizadas como víctimas y que exigen que tales afectaciones no queden sin alguna consecuencia. Es por ello, también, que surgieron los tipos penales y las punibilidades, para precisar las formas de afectación de

dichos bienes, derechos o intereses, así como para determinar las consecuencias jurídicas que corresponderán por tales afectaciones, y surgieron igualmente los otros sectores del sistema penal y sus respectivas formas de actuar.

La necesidad de ampliación o de perfeccionamiento de tales medidas político-criminales, entre las que por supuesto ha destacado la del castigo, pero entre las que también se contemplan otras formas de reacción o de solución, como es la composición y la reparación del daño, fue obedeciendo sin duda a la idea de proporcionar mayor protección a esos intereses de las víctimas, aunque paralelamente estuviera la de infringirle mayor castigo al infractor o delincuente. Por ello, se observa que en distintas épocas del sistema penal —el cual se fue conformando poco a poco hasta adquirir la estructura que actualmente tiene— hayan habido grandes endurecimientos de las medidas y se hayan dado los frecuentes excesos del poder. Esos endurecimientos y esos excesos, como se observa en tiempos actuales, no siempre llevan aparejada una real y mayor protección de los intereses de la víctima, aunque sí una real y mayor afectación de los intereses o derechos —que por supuesto también los tienen— de los delincuentes o infractores.

Esta última situación es la que ha motivado que el sistema penal haya ido desvirtuando su función y caído paulatinamente en crisis, pues con relación a su primigenia misión, se ha convertido en un instrumento infuncional o poco funcional.

2.2. **Misión del Derecho Penal y víctima del delito**

a) ¿Cuál es o cuál ha sido la misión del Derecho Penal que ahora se afirma ha sido desvirtuada o que ya no se cumple satisfactoriamente? Si bien sobre el particular se pueden observar diversas concepciones, desde las que le otorgan una función muy amplia hasta las que le reconocen una función realmente modesta, lo cierto es que dentro de un sistema penal propio de un Estado democrático de Derecho no se le puede concebir como el recurso de *prima ratio*, es decir, como la panacea, como el único remedio para todos los males, sino, por el contrario, como el recurso de *ultima ratio*, cuya utilización implique haber agotado previamente otros recursos jurídicos de consecuencias menos drásticas y tal vez más funcionales. Pero con lo anterior no hemos aún precisado cuál es la misión del Derecho Penal, como

para determinar si ella implica una amplia o una reducida intervención de este recurso.

En los tiempos modernos se ha llegado a la afirmación dominante de que la misión, modesta pero muy importante, del Derecho Penal consiste en la protección de bienes jurídicos, sean individuales o colectivos; pero no cualesquiera bienes jurídicos, sino solamente aquellos que se consideran de fundamental importancia para la vida ordenada en comunidad. Por otra parte, la protección de esos bienes jurídicos no es, ni puede ser, frente a cualquier cosa que pueda representar una afectación de los mismos, sino frente a los ataques más intolerables provenientes de los comportamientos humanos. Surge así el binomio compuesto por la figura del titular del bien jurídico que se trata de proteger, y que al ser afectado se convierte en la "víctima" de dicha afectación y, por otra, la figura del autor de la conducta que trae como consecuencia la lesión o la puesta en peligro de dicho bien jurídico y, por ello, se convierte en el "victimario" u "ofensor". Se trata de dos figuras que, a su vez, representan intereses diferentes dentro del sistema penal, por lo general puestos en conflicto, al que al sistema penal corresponde dar solución.

Acorde con los criterios anteriores, al hablar de un Derecho Penal limitado, por lo que hace al sector de los bienes jurídicos que le corresponde proteger, el ámbito de las víctimas que debe ser atendido por dicha área del Derecho no puede sino ser igualmente limitado, independientemente de su cifra numérica. Quedan, por tanto —sobre todo para los efectos de esta exposición— fuera de consideración las víctimas que no tengan que ver con la comisión del delito, como son las víctimas por problemas raciales, religiosos, étnicos, de salud, de edad, de sexo, entre otras. En la medida en que ciertos bienes jurídicos, por su poca importancia para la vida ordenada en comunidad, no requieren de la intervención penal para su protección, la afectación de los mismos tampoco entra en consideración en este campo, de la misma manera que las afectaciones de poca trascendencia o leves, cuya atención corresponde a otra área del Derecho. Lo anterior no quiere decir, por supuesto, que a tales bienes jurídicos poco importantes no se les dé protección, o que no haya medios de control frente a afectaciones leves, sino que para ello el Estado cuenta con otros recursos jurídicos, cuyas consecuencias son menos drásticas y que, incluso, pueden resultar más funcionales.

Ahora bien, ¿en qué se traduce la solución del conflicto que corresponde al sistema penal?; ¿implica ella el cumplimiento de la misión que se le ha atribuido al Derecho Penal? La solución se traduce en atender tanto los intereses de la víctima como los del victimario, es decir, resolviendo el conflicto que se produce entre ellos, de suerte que no se generen mayores conflictos que redunden en perjuicio de ellos o de (toda) la sociedad. Para ello, el Estado se ha visto en la necesidad de regular penalmente las conductas que afectan a tales intereses de las víctimas y de establecer las consecuencias jurídicas que corresponden por dichas afectaciones, así como de diseñar un procedimiento a seguir para la determinación de los presupuestos necesarios de esas consecuencias y para que no se las imponga a quienes son inocentes, sino únicamente a los culpables. De esa manera aparecen, por tanto, entre otras cosas, los tipos penales y las punibilidades, como creaciones del Estado que se somete a la observancia de ciertos criterios o principios antes de imponer el castigo: los primeros, que tienen la función de describir las conductas de quienes afectan los bienes jurídicos protegidos por la norma penal, así como de precisar sus diferentes formas de realización, y las segundas, que describen y delimitan los alcances de las consecuencias jurídicas que habrán de imponerse en caso de que tales conductas se concreticen.

Lo anterior quiere decir que detrás de todo tipo penal existe, o debe existir, la consideración de un determinado bien jurídico que proteger y, por tanto, la consideración de su titular; por ello, en todo tipo penal debe considerarse la presencia de un sujeto pasivo, es decir, de una víctima, que es la que resiente los efectos de la conducta que lesiona o pone en peligro el bien jurídico. Atendiendo a las características de ese bien jurídico protegido por la norma penal, su titular —y por tanto el sujeto pasivo o la víctima— lo puede ser una persona física o una persona moral o jurídica, la familia, la sociedad o el propio Estado; es decir, la víctima no lo es siempre una persona física, individualmente considerada, sino también lo puede ser un grupo de personas vinculadas por razones diversas, incluyendo al Estado mismo, independientemente de que en ciertas ocasiones se exija además alguna calidad específica para ser sujeto pasivo. Ello plantea que, en el análisis de cada caso concreto, de cada tipo en particular, habrá que identificar al sujeto pasivo como un elemento típico necesario; y podrá constatarse, de acuerdo con los contenidos de

la ley penal, que hay casos en que la determinación de la víctima no resulta tan fácil, es decir, que se hace muy compleja y que, además, no pueden tener todas el mismo tratamiento, como más adelante veremos.

Por supuesto que la misión del Derecho Penal no se ve satisfecha con la sola creación de los tipos penales y las punibilidades, aun cuando en ello se hayan observado toda una serie de criterios y principios que garanticen que su aplicación será adecuada, es decir, que atenderá debidamente tanto los intereses de la víctima como los del victimario, sino que mucho de ello dependerá de su aplicación práctica, en donde tienen que ver los otros sectores del sistema de justicia penal. Lo anterior quiere decir que si bien el Derecho Penal tiene una función muy importante, por sí solo no lo puede cumplir, aun cuando su diseño sea impecable, sino que tiene necesariamente que apoyarse de los otros sectores del sistema penal, además de la intervención de otros medios de control. De ahí que la funcionalidad del Derecho Penal, como parte de todo un sistema, dependerá de la funcionalidad de todo ese sistema, aunque ésta igualmente dependa en gran medida de la funcionalidad de aquél. Por ello, la problemática no debe verse aisladamente sino de manera integral.

b) Ahora bien, afirmar —como se ha hecho— que el sistema penal —y dentro de éste particularmente el Derecho Penal— ha desvirtuado su función, implica que, al parecer, su misión fundamental ya no es tanto la protección de bienes jurídicos, individuales o colectivos, de la mayor importancia para la vida ordenada en comunidad y, por tanto, el ser un instrumento al servicio del hombre y no para servirse de éste, sino que, lejos de servir a las víctimas y, con ello, al hombre, se ha convertido en un instrumento estatal de opresión y de sujeción del hombre. A todo ello habría que agregar, como se verá más adelante, la situación sumamente precaria o desventajosa de la víctima en el proceso penal, pues respecto de ella se observa con frecuencia mayor incertidumbre o inseguridad jurídica que con relación al autor del delito, ya que no siempre tiene la certeza siquiera de que el llamado "Representante Social" realmente lo represente en el proceso y si efectivamente obtendrá (o no) satisfacción a sus intereses vulnerados.

Ciertamente, mientras que el autor (procesado o sentenciado) en los últimos tiempos tiene, en la mayoría de los casos, conocimiento de sus derechos formalmente consagrados (tanto en

la Constitución Política como en la legislación secundaria) y puede, por ello, hacerlos valer, es decir, exigir su observancia, o impugnar resoluciones que no los observan, sin que ello sea garantía suficiente de que el proceso se desarrollará adecuadamente y que sólo será sancionado si se demuestra su culpabilidad, la víctima en la mayoría de los casos desconoce sus derechos, sólo sabe que sus intereses fueron afectados por alguien y quisiera que ese alguien fuera castigado, salvo que se asesore por un abogado, lo que implicaría que tuviera que hacer otras erogaciones o algunas otras maniobras si quiere que se haga justicia. Si no tiene recursos, es muy probable que nunca vea satisfechos sus intereses afectados, con lo que se convertiría nuevamente en víctima; situación que, si bien está vinculada con la conducta delictiva que originalmente la convirtió en víctima, depende ahora de la propia forma de funcionar del sistema penal en la aplicación concreta de la ley por los encargados del proceso penal. En no pocas veces a la víctima de ciertos delitos se le invierte el papel, por no plantear adecuadamente las cosas, por carecer de recursos, etc., convirtiéndose en responsable del propio delito que denunció o de algún otro y, por tanto, se vuelve a victimizar, pero ahora por los propios órganos de control; lo que ha motivado que con frecuencia la víctima opte mejor por no denunciar o no querellarse, ampliándose con ello el campo de la cifra oscura de la delincuencia y, consecuentemente, el ámbito de la impunidad.

Con la desvirtuación de la función y con las extralimitaciones, entonces, el Derecho Penal —y todo el sistema penal— no sólo no atiende adecuadamente a las víctimas —en cuanto proporcionarle una adecuada protección a sus intereses—, sino que también rebasa los límites de afectación de derechos del delincuente.

Por razón de lo anterior, pero preponderantemente por razón de las extralimitaciones frente a los derechos del delincuente (inculpado, procesado o sentenciado), es que la mayoría de las transformaciones que ha experimentado el sistema penal, sobre todo en el sector de la legislación penal (sustantiva, adjetiva y ejecutiva), han buscado —al menos en los sistemas propios de Estados democráticos de Derecho— garantizar de mejor manera los derechos de quienes se ven involucrados como autores o partícipes en la realización de hechos penalmente relevantes. Es por ello que, en ese devenir histórico de los sistemas procesales, frente a los sistemas de corte inquisitivo se ha hecho valer el predominio de los sistemas acusatorios, con todo aquello que le es carac-

terístico, por tratarse de sistemas que, además de observar con mayor claridad los alcances de la potestad punitiva de los órganos del Estado, proporciona mayor garantía para la observancia de los derechos de los penalmente involucrados.

De igual manera se han ido diseñando o fortaleciendo ciertos principios o criterios fundamentales, que precisan los límites del *ius puniendi* estatal y garantizan de mejor forma los derechos del individuo. Los involucrados como víctimas del delito, y los que por esa razón se convierten luego en víctimas del propio sistema penal, reclaman igualmente que sus derechos se garanticen de mejor manera; y ésa es precisamente la lucha que actualmente entablan importantes sectores, tanto de la teoría de la política criminal y de la victimología como de la dogmática penal.

2.3. **La víctima en el proceso penal**

En la medida en que el Estado monopoliza cada vez más los conflictos sociales se va alejando a la víctima de sus problemas; lo que no indica, por supuesto, que la víctima se desentiende de éstos porque obtiene sin más solución estatal satisfactoria. Lo que sucede es que pierde espacios o posibilidades de ser ella la actora principal que decida la forma de resolver sus conflictos, particularmente los que afectan sus propios bienes jurídicos. Si bien lo propio puede decirse del autor de una conducta delictiva, quien en la mayoría de los casos se ve obligado a someterse a los mecanismos institucionales (estatales) para atender o subsanar el mal ocasionado, ello obedece a la propia función que se le ha atribuido al Estado y al sistema de justicia penal, no dejándole al autor más alternativa que sujetarse al sistema, aun cuando la intervención estatal provoca a los actores del conflicto otros y con frecuencia mayores problemas.

Decíamos con anterioridad que la situación de la víctima en el proceso penal ha sido reconocida como bastante precaria o desventajosa, mereciéndole el calificativo de "cenicienta del proceso penal", por su escasa participación, la que sin duda aún está muy lejos de convertirla en "parte" en el proceso penal. Ante ese reconocimiento se ha pugnado, sobre todo por la doctrina procesal penal, por mejorar su situación, siendo la vía que más se ha recomendado —de la misma manera que tratándose de la situación del delincuente o autor del delito— la de la reforma a la legislación procesal penal, ya sea para reconocerle expresamen-

te sus derechos o bien para establecer mecanismos que garanticen su observancia.

Al verse las conveniencias o inconveniencias prácticas de los diversos sistemas procesales que hasta ahora se han ensayado, se han destacado los aspectos negativos de un procedimiento inquisitorial y, por ello, se ha pugnado por un sistema procesal acusatorio, por ser el que, además de observar un mayor deslinde y equilibrio entre las partes procesales, garantiza de mejor manera los derechos de quienes se ven involucrados penalmente. Sin embargo, en este sistema procesal se ha observado que la función de la víctima sigue siendo poco relevante, ya que tiene como representante de sus intereses al órgano acusador y cuando más participación llega a tener ésta se traduce a la de mero "coadyuvante" de aquél. Por ello, desde la perspectiva y, por tanto, desde la consideración de la "funcionalidad" del sistema penal en atención a sus fines, en que las víctimas con frecuencia se ven poco favorecidas, se establece la necesidad de buscar que atiendan mejor los intereses de las víctimas. Y es así que se plantea la perspectiva de poder transitar de un proceso penal acusatorio a uno que permita que las partes del conflicto sean los principales actores de su solución, siendo el juez otra parte más, cuya función será "velar por la corrección jurídica de las resoluciones" (cfr. Bustos/Larrauri, p. 36); proceso que ha llevado al desarrollo de la idea de la "conciliación" como mecanismo para la solución de conflictos de carácter penal y que, según Maier, constituye "el camino de la privatización del Derecho Penal" (p. 44).

En efecto, la vía de la reforma a la legislación procesal penal, que en cierta medida han ido introduciendo los países latinoamericanos, ha sugerido:

a) Por una parte, establecer mecanismos de solución de los conflictos que redunden en una más efectiva y rápida satisfacción de los intereses de las víctimas, que sustituyan al largo y costoso proceso penal, como sería la conciliación, cuya utilización resultaría recomendable para ciertos casos, sobre todo para aquellos delitos perseguibles por querella necesaria de parte ofendida o de su legítimo representante; caso en el que la víctima juega un papel decisivo, ya que de él —y del autor— depende que el conflicto se resuelva, disminuyendo con ello la injerencia del Estado; permitiría, además, el *perdón* como causa de extinción

de la responsabilidad penal. La conciliación constituye, pues, una alternativa importante para la solución de ciertos conflictos, la que a nivel del proceso debe ser propiciada por el propio juzgador, pero que también debe operar a nivel de la averiguación previa, propiciada por el Ministerio Público, como suele ya observarse en México (donde la investigación de los delitos está a cargo del Ministerio Público, que depende del Poder Ejecutivo, teniendo bajo su mando a la policía judicial). No lo constituye, en cambio, ni sería recomendable por ahora en los sistemas procesales vigentes en el ámbito latinoamericano, para muchos otros delitos, como los perseguibles de oficio, que en principio son delitos más graves, pues en ellos la intervención estatal aún observa deficiencias que, lejos de subsanarse, cada vez se incrementan, según lo muestra la cifra de la impunidad, la corrupción administrativa y, consecuentemente, la pérdida de credibilidad hacia las instituciones públicas y la cada vez más creciente cifra negra de la criminalidad, situación que aumenta el número de víctimas que no obtienen satisfacción a sus intereses afectados.

Por ello, la utilización de la conciliación habría que reglamentarla debidamente, tanto para subsanar algunas de las deficiencias señaladas como para contrarrestar los aspectos negativos que ella puede presentar, sobre todo por lo que hace a ciertas garantías procesales que el actual sistema acusatorio reconoce, como es el caso de la garantía de "presunción de inocencia" que podría verse vulnerado, ya que la conciliación presupondría en principio la culpabilidad del autor: de suerte que deberá evitarse que el juzgador pueda utilizar dicha presunción, en caso de que la conciliación fracase y tenga que continuar el proceso penal que por razón de la conciliación se viera provisionalmente suspendido.

Habría que tomar en cuenta, por otra parte, que, si bien la conciliación asigna a la víctima importante papel en la solución del conflicto (y satisfacción de sus intereses), no menos importante sería el papel que se le atribuye al autor, quien podría ser incluso el que la promoviera y, por ello, pudiera establecer condiciones que resulten desventajosas para la propia víctima, sobre todo cuando ésta se encuentra en situación económica o social de antemano precaria; con lo que podría abusarse de esta alternativa, máxime si se trata de autores con cierto poder económico, social o político, que incluso podría hacer que la conciliación resultara forzada. De ahí que, aun cuando implique la

necesaria participación estatal a través del juez, debe regulársela adecuadamente, para garantizar equilibrio entre las partes conciliadoras, pero sobre todo garantizar que los intereses de la víctima, que fueron afectados y motivaron el uso de este recurso, se vean efectivamente satisfechos.

En fin, las posibilidades de la conciliación deben ser vistas con alcances relativos, sólo para ciertos casos y bajo ciertas condiciones. Además, su utilización se complica, de la misma manera que se complica la funcionalidad del sistema penal, cuando se trata de fenómenos delictivos también cada vez más complejos, en los que, a diferencia de lo que sucede con la delincuencia común, tradicional o convencional, no resulta fácil identificar a la víctima y al victimario, como es el caso de ciertos delitos económicos o ecológicos, o los relacionados con la llamada delincuencia organizada, los delitos electrónicos o informáticos, en que las víctimas son colectivas y, por tanto, los intereses también colectivos o difusos y en los que, por otra parte, con frecuencia se ven involucradas personas morales o jurídicas, que sin duda son casos que aun no han sido debidamente atendidos por la victimología. Y aun cuando en esos casos no puede sin más descartarse la posibilidad de la conciliación, ésta no parece garantizar la situación de equilibrio entre las partes ni la adecuada satisfacción de los intereses de la víctima.

Lo propio puede decirse incluso —atendiendo a las realidades latinoamericanas— para las propuestas del *Programa de Reconciliación entre Víctimas y Ofensores (PREVIO)*, que igualmente plantea la mediación como una de las alternativas para la solución de los conflictos, que puede satisfacer adecuadamente los intereses de la víctima con una amplia participación del ofensor, propiciando la reconciliación entre ellos, en base a las enseñanzas bíblicas sobre justicia, ya que "a ambas partes se les da la oportunidad de negociar su propio acuerdo de indemnización, en vez de tener un convenio impuesto por el Estado"; es decir, se plantea una participación directa de la comunidad en la solución de sus conflictos, al sugerirse que el proceso de reconciliación víctima/ofensor sería llevado a cabo por voluntarios de la comunidad que estén capacitados para hacerlo y no por los profesionales en justicia criminal, quienes representan los poderes del Estado. Con ello se busca que la intervención estatal se reduzca en estos casos, por considerar que la justicia criminal es eminentemente impersonal y adversario, pues en ella se espera

que la víctima y el ofensor estén en conflicto, y la intervención del Estado, lejos de darles una solución adecuada a los conflictos, provoca mayores problemas: "provoca malentendidos, enojos y frustraciones de todas partes: víctima y ofensor permanecen como enemigos amargados"; la víctima permanece enojada con el ofensor y con el propio sistema penal; "ni la víctima ni el ofensor se pueden ver como verdaderas personas y, por lo tanto, los estereotipos se refuerzan mientras el enojo crece" (cfr. Zehr, p. 5).

Ahora bien, ya que respecto de toda medida político-criminal se plantean ciertas finalidades con relación al fenómeno delictivo, habría que preguntar cuáles serían los "efectos preventivos" (generales) de una forma de solución de los conflictos como es la conciliación, que de todos modos implica una solución *post factum*. A primera vista pareciera que podrían ser muy reducidos y que, incluso, dicho mecanismo podría convertirse en un factor que propiciara la delincuencia, ya sea por parte del propio autor o bien por parte de la víctima: porque, aquél vería que el problema se resuelve con gran facilidad, sin necesidad de someterse a los mecanismos del proceso penal —salvo que la conciliación se diese únicamente dentro de las etapas de éste, en cuyo caso habría que estar al momento oportuno—, sobre todo si cuenta con recursos para enfrentar una conciliación; esta situación se ha observado en México, por ejemplo, con relación al delito de injuria, en que, después de la conciliación y de otorgado el perdón por la víctima, al salir de la oficina pública el autor volvía a injuriar a ésta o se injuriaban mutuamente. Pero la víctima podría también propiciar la conducta delictiva, dado que podría igualmente obtener ventajas con la conciliación, al ver también que de manera menos complicada son satisfechos sus intereses afectados —y tal vez con creces—.

Lo anterior, sin desconocer los aspectos positivos de una adecuada conciliación o reconciliación, la cual, por una parte, daría respuestas a las víctimas (por ejemplo, con la indemnización) y, por otra, también podría lograr disuadir al ofensor a cometer más delitos (a través de escuchar y comprender los costos de sus acciones), además de que se le podría apartar de los efectos dañinos de la prisión. Habría que ver, por ello, con más detenimiento los pros y contras de una alternativa como ésta, sobre todo si con ella se puede ir, por un lado, logrando que la misión del Derecho Penal se cumpla realmente y, por otro, disminuyendo gradualmente la intervención penal.

b) En el proceso de reforma legislativa penal se ensayan, también, mecanismos que garanticen de mejor manera la *reparación del daño*, ya sea a través de la vía civil o de la vía penal, o alternativamente, o bien que prevean servicios de asistencia a la víctima.

Por lo que hace a la reparación del daño son diferentes los sistemas que se siguen en los Códigos Penales, ya sea considerándola como sanción civil o como sanción penal, pudiéndose resolver por el propio juez penal o por el civil; pero en todos ellos, si bien la víctima pasa a ocupar un lugar central, dicho papel es limitado, ya que permanece en todo caso en manos del Estado la solución del conflicto. Se plantea, sin embargo, que la reparación del daño o compensación no sea tratada como pena ni como responsabilidad de carácter civil, de suerte que su realización ya no dependa totalmente de la actuación estatal, sino directamente de la voluntad del ofensor (autor), la que, por otra parte, podría hacerse en cualquier etapa del procedimiento hasta antes de la sentencia (como sucede en ciertos casos, como son, por ejemplo, los delitos fiscales entre otros, en México); lo que traería como consecuencia la conclusión definitiva del proceso (sobreseimiento); situación que, además, propicia un acercamiento entre víctima y ofensor, aparte de que se deja a la voluntad de éstos dar por concluido el conflicto (cfr. Bustos/Larrauri, p. 32).

El papel de la víctima, por tanto, adquiere mayor importancia en el proceso penal, en la medida en que la reparación de daños dependa mayormente de su voluntad y se propicie un mayor acercamiento con el autor del hecho penalmente relevante; por ello, resulta igualmente de gran importancia que se busque el sistema procesal que garantice de mejor manera este tipo de solución del conflicto, sistema que sin duda podría serlo el acusatorio, si en él se incluyen los mecanismos que garanticen un mayor equilibrio entre las partes, siempre bajo la perspectiva de los objetivos que se le atribuyen al Derecho Penal.

c) Otra medida que se plantea es la relativa a la instauración de *Servicios de Atención a la Víctima*, como mecanismo para enfrentar los procesos de victimización y que tiene por objeto lograr que la víctima reciba atención directa, que puede ser atención jurídica, médica, psicológica y de asistencia social, según el caso, para atenuar los efectos del delito sobre las víctimas y reorientar las formas de trato hacia ellas de parte de los propios órganos de control, como la policía, el Ministerio Público y la

administración de justicia. Este mecanismo puede también propiciar que los procesos de conciliación y de reparación del daño se faciliten y se desarrollen sin desventajas para la víctima.

En México se observa ya desde hace algunos años, aunque no de manera generalizada, el desarrollo de una conciencia sobre la necesidad de un trato distinto a las víctimas del delito, bajo una nueva filosofía, que incluso ha motivado una reforma constitucional relativamente reciente (1993). Aparte de regularse la reparación del daño como "pena pública" y ensayarse ciertas formas de conciliación, se han ido originando en distintos Estados de la República diversos centros de apoyo a las víctimas, tanto gubernamentales como no gubernamentales, siendo la *Ley sobre Auxilio a las Víctimas del Delito* del Estado de México (del 20 de agosto de 1969) la primera en este género, que ordenó la creación de un fondo para asistir a las víctimas del delito que carecieran de recursos para subvenir sus necesidades inmediatas, tal como fue recomendado por la ONU. Desde 1989 se crearon en distintas entidades federativas Agencias Especializadas de Delitos Sexuales, que obedecen a la idea de proporcionar mayor atención a las víctimas de este tipo de delitos. En 1993 fue reformada la Constitución Federal, agregándosele un párrafo final que establece: "En todo proceso penal, la víctima o el ofendido por algún delito, tendrá derecho a recibir asesoría jurídica, a que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda, a coadyuvar con el Ministerio Público, a que se le preste atención médica de urgencia cuando la requiera, y los demás que señalen las leyes" (art. 20, C.); con lo que se precisó el marco normativo que debe observarse en torno a las víctimas del delito. Entre los organismos no gubernamentales que se han originado en México destaca también la existencia de la *Fundación Mexicana de Asistencia a Víctimas*, que nació en el seno de la Sociedad Mexicana de Criminología, entre cuyos objetivos está el de implementar estrategias, políticas y acciones que permitan establecer, promover e impartir los servicios que demandan las víctimas del delito en el país.

3. *Aspectos dogmáticos del problema*

3.1. Redefinición del papel de la víctima. La llamada "victimodogmática"

a) Si bien la consideración de la víctima no es algo que surja a la discusión apenas ahora, sino que ya desde mucho antes ha

merecido atención, según puede observarse, por ejemplo, del desarrollo de la criminología y victimología tradicionales, que ven la problemática desde su etiología, o de la evolución de la teoría del tipo penal, en cuya estructura tradicional ha jugado y sigue jugando un papel importante, vinculado con el papel del bien jurídico, en el pensamiento penal moderno se pretende descubrir a la víctima y asignarle un rol determinado en la dinámica del hecho punible, como lo había apuntado ya von Hentig desde 1948.

Independientemente de lo acertado o no del planteamiento, debe admitirse, en cambio, que se trata de redefinir y redimensionar el papel de la víctima en el ámbito del Derecho Penal y de todo el sistema de justicia penal.

En esta redefinición participan tanto la victimología (y la criminología) como la dogmática penal, resaltando la función que la víctima puede tener en la génesis del delito como en su desarrollo y en fases sucesivas a su realización (cfr. Rivera Llano, p. 59 y ss.), que en definitiva puede redundar en una limitación de la responsabilidad del autor (así conocido tradicionalmente) a cambio de involucrar a la víctima como responsable del hecho (que afecta a su propio bien). Se originan de esta manera expresiones como las de "autorresponsabilidad", "corresponsabilidad", "responsabilidad compartida", "responsabilidad funcional" de la víctima, "riesgo de victimización", o "precipitación del delito" por obra de la víctima, así como la de "victimodogmática", que se refiere a la incidencia que la victimología tiene en la dogmática penal, o bien a la aplicación de la dogmática a las víctimas en el análisis del delito.

b) Se plantea, pues, un cambio en el modo de entender la criminalidad, en que no sólo se enfrentan ofensor y víctima, es decir, sujeto activo y pasivo, como tradicionalmente se ha visto (concepción individualista de la relación víctima/autor), sino con una "visión dinámica", en que la víctima es considerada como un sujeto que ha tenido intervención en la producción del hecho penalmente relevante, esto es, como "la causa del delito cometido en su daño", tal como ya se venía considerando con relación a los delitos culposos en Alemania, particularmente los cometidos con motivo del tránsito de vehículos, en que es común hablar de "concurrencia de culpas" o de "compensación de culpas" (término nada nuevo), que implica que, además de la imprudencia del autor, habrá que considerar la imprudencia de la víctima.

De acuerdo con esto, en la valoración del hecho cometido por el autor debe tomarse en cuenta la conducta del sujeto pasivo (como ya lo había señalado la doctrina penal alemana), para efectos de compartir la responsabilidad, ya que al sujeto pasivo se le atribuye la función o el deber de proteger su propio bien jurídico y, en el caso concreto, o renuncia a ese deber o consciente en la lesión del bien jurídico del que es titular. Por tanto, ese involucramiento de la víctima en la generación y desarrollo del delito debe tener implicaciones y ser tomado en cuenta en el análisis dogmático del delito (atribuible al autor). Y así es como se establece que la participación de la víctima puede tener repercusiones a nivel del injusto penal o de la culpabilidad, y por tanto de la penalidad, ya sea con efectos atenuantes o incluso excluyentes.

3.2. **Sobre los planteamientos victimodogmáticos**

Conforme a esta visión victimológica de la llamada "victimodogmática", que pretende la autorresponsabilidad o corresponsabilidad de la víctima, de la cual no podemos ocuparnos sino muy superficialmente en esta ocasión, habría que analizar —para efectos de esa responsabilidad— si respecto de su conducta concurren, por una parte, todos los elementos del tipo penal (tanto objetivos como subjetivos) del delito de que se trate y, por otra, si la conducta típica es, además, antijurídica y culpable; es decir, habría que ver si con relación a ella concurren todos los elementos o características que la convierten en delictiva y, por tanto, si concurren los presupuestos necesarios de la pena; lo que nos llevaría, incluso, a hablar con relación a ella también de "causas de exclusión del delito" o de la responsabilidad, que podrían repercutir en diferentes niveles de la estructura del delito.

Por otro lado, habría que determinar si la intervención típica (y tal vez culpable) de la víctima tendría en definitiva alguna influencia en la determinación de la gravedad del injusto del autor, o si la culpabilidad de la víctima determinaría la exclusión o la atenuación de la culpabilidad del autor, entre muchos otros problemas dogmáticos que implicaría considerar en esos términos a la víctima. Después de todo ello, habría que preguntarnos si todavía valdría la pena seguir hablando de "víctima del delito".

a) ¿Qué podría decirse con relación al ámbito del *injusto?* Con específica referencia al campo de la *tipicidad,* si se admite

que el delito en ciertos casos es también determinado por la conducta de la víctima, entonces su intervención ha de plantearse primeramente en el ámbito de la *causalidad*, y más adelante en el de la *autoría y participación*. Ahora bien, el hecho de que en la determinación de la causalidad se establezca que también la conducta de la víctima fue causal del resultado penalmente relevante, ¿excluye ello la causalidad respecto de la conducta del autor o partícipe?; por supuesto que no, sobre todo si para ello se aplica la teoría de la equivalencia de las condiciones. Por otra parte, debe destacarse que la sola determinación de la causalidad no es suficiente para afirmar la responsabilidad —en este caso de la víctima—, pues, además de otros elementos típicos objetivos, vienen en consideración también los de carácter subjetivo, sin desconocer los de índole estrictamente valorativa.

Por lo que hace a la *participación lato sensu*, partiendo de la idea de la autorresponsabilidad de la víctima, habría que delimitar claramente los casos en que dicha víctima participa de manera penalmente relevante, para determinar su *forma de participación* (si es como autor o como partícipe) en la comisión del hecho, no obstante ser en detrimento de su propio bien jurídico, ya que, aun cuando en esos casos no haya consentimiento expreso respecto de la afectación del bien, la víctima pudo haber actuado —o puede actuar— por otros intereses y puede valerse para ello del autor, caso en el cual habría que cuestionarse igualmente si aún se sigue hablando de víctima.

Habría igualmente que diferenciar los casos en que la intervención de la víctima tradicionalmente tiene ya reconocidos ciertos efectos jurídico-penales, como es el caso del *consentimiento*, el cual cada vez más se amplía su ámbito de acción, con lo que se limita también más la intervención estatal del sistema penal. Sobre el particular debe reconocerse que ya la legislación penal sustantiva prevé, para ciertos casos, que el hecho sólo será penalmente relevante si se realiza "sin el consentimiento" del titular del bien jurídico (es decir, de la víctima), por lo que en esos casos el consentimiento constituye una causa de "atipicidad" de la conducta del autor (ej.: robo, allanamiento de morada, abuso sexual, etc.). ¿Acaso eso quiere decir que la víctima, quien otorgó el consentimiento —que fue la causa por la que el autor no cometió delito—, se convierte ahora en el autor de la afectación de su propio bien jurídico y que, por lo tanto, puede ser penalmente responsable?

Fuera de los casos anteriores, el consentimiento también podrá fungir como causa de exclusión del delito, al excluir la *antijuridicidad* de la conducta, es decir, como "causa de justificación", como lo establece desde 1994 la fracción III del artículo 15 del Código Penal federal mexicano, en que las consecuencias las asume el titular del bien jurídico, siempre y cuando se trate de bienes jurídicos disponibles, se tenga la capacidad para disponer libremente del mismo y el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio (El C.P. argentino no contiene disposición análoga). Por supuesto que el Código Penal mexicano no establece que en esos casos la víctima es la autora del injusto penal y que, por ello, es "autorresponsable".

También habrá que señalar, con relación a la *legítima defensa*, como causa de justificación, que del contenido de la ley se desprende que es la propia víctima la que con su conducta (agresión ilícita) fundamenta el derecho a la defensa por parte del autor, quien por ello no responde de la lesión del bien jurídico (art.15, IV, C.P. mexicano; art. 34, 6°, C.P. argentino).

Vinculado con el caso anterior se encuentra el de aquellos en que la víctima aparece como *víctima provocadora*, en que la provocación es injusta, como sería el de la provocación en el mismo caso de la legítima defensa, que hace que ésta no pueda alegarse por el provocador, quien finalmente se convertiría en la víctima; algo semejante puede plantearse con relación al "homicidio por emoción violenta" (art. 110 C.P. mexicano; art. 81,1°, C.P. argentino), que sin duda también encierra cierto grado de provocación. Por otra parte, también hay casos de provocación, como es, por ejemplo, la llamada "provocación seductora", en que la víctima crea la situación de peligro para su propio bien jurídico, como sucede con ciertos delitos de carácter sexual, a los que la ley no le reconoce expresamente ningún efecto, salvo que ella se traduzca en consentimiento.

Con relación al *dolo*, como elemento subjetivo del tipo penal, J. Bustos señala que para ciertos casos, como el del supermercado y otros semejantes, en el que por parte del sujeto (dueño o administrador) hay "una asunción consciente del aumento de riesgo", se produce "un gran acercamiento a la problemática del consentimiento" y, de alguna manera, un símil con el llamado "dolo eventual" (cfr. Bustos/Larrauri, p. 20). Sin poder ahondar más por ahora, en este punto debe precisarse que la afirmación del dolo es respecto de quien realiza la acción típica y no

respecto de la víctima. No resulta lógico hablar de dolo respecto de quien actúa en detrimento de su propio bien jurídico, pues sería como hablar del "dolo del suicida"; y en este caso también habría que preguntar respecto de qué lesión de bien jurídico (que quiso ocasionar) respondería la "víctima".

Sobre este particular habría que recordar, con palabras del propio Juan Bustos, "que los tipos penales surgen sobre la base de la protección de bienes jurídicos, los cuales están en relación con el que sufre el ataque y no con el que lo realiza"; por lo que, el principio de "autorresponsabilidad" "desnaturalizaría las bases mismas del Derecho Penal, pues dejaría de ser protección de bienes jurídicos y de considerar aquellos ataques más graves a éstos", quedando una valoración arbitraria a cargo del juez, "conforme a sus propias ideas sobre la intervención, y generalmente de acuerdo con sus propios patrones morales y políticos", con lo que "no sólo desaparecería el principio del bien jurídico como categoría garantista material, sino que además se desconocerían los derechos de la persona y, consecuentemente, las bases mismas de un sistema democrático de derecho actual, fundado sobre una estructura de ejercicio de la libertad por parte de los ciudadanos" (p. 17)

b) Restan diversos aspectos dogmáticos por tratar en torno a la participación de la víctima, como son los que podrían relacionarse con la *culpabilidad* y, sobre todo, con las causas que la excluyen; pero los anotados podrían ser suficientes para tener una idea de las pretensiones de la llamada "victimodogmática", que en definitiva trata de ensanchar la pretensión punitiva y, por tanto, el ámbito de aplicación del Derecho Penal, regresando nuevamente a paradigmas ampliamente cuestionados, como es el "paradigma etiológico", con detrimento de principios fundamentales que tanto la política criminal como la dogmática penal han hecho valer como criterios limitadores del *ius puniendi* estatal y garantizadores de los derechos del individuo (incluyendo a autores y víctimas) frente a la posible arbitrariedad de dicho poder, como son los principios de *intervención mínima del Derecho Penal* o de *ultima ratio*, el del *bien jurídico*, el de culpabilidad, entre otros.

Por supuesto que no restamos ninguna importancia al papel de la víctima; pero consideramos que si se quiere dar un excesivo protagonismo a la víctima, sería recomendable que se diseñara seriamente una política criminal que efectivamente reconozca sus

derechos y atienda sus intereses, en coherencia con la atención que corresponde a los intereses del autor, así como desarrollar una dogmática de las víctimas, pero sin necesidad de quererle aplicar la elaborada en torno al autor del delito, salvo que deje de ser víctima. Esta dogmática ha llevado mucho tiempo en desarrollarse, y aún continúa en discusión, como para que de pronto se la quiera desvirtuar al trastrocar su objeto de estudio.

La legislación penal es tan rica que, así como tiene contenidos para el desarrollo de una dogmática sobre el delito, también contiene suficientes disposiciones que pueden servir para diseñar una dogmática en torno a las víctimas; la que, seguramente, deberá contar con sus propios principios y criterios orientadores, los que sin duda deberán estar en concordancia con los que sirven de base a la dogmática del delito y fundamentar una política criminal que igualmente se acomode a las exigencias del sistema penal garantizador, ya que ambas forman parte de un todo integral y convergen en objetivos comunes.

4. *Bibliografía*

BERISTAIN, A. - DE LA CUESTA, J. L. (eds.): *Victimología*, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1990.

BUSTOS, J. - LARRAURI, E.: *Victimología: Presente y Futuro*, segunda edición, Themis, Bogotá, 1993.

DRAPPKIN, I:"El derecho de las víctimas", en *Revista Mexicana de Ciencias Penales*, año III, N° 3, julio 1979-junio 1980, México, 1980.

DÜNKEL, F.: "La conciliación delincuente-víctima y la reparación de daños", en Beristain, A.-De la Cuesta, J. L. (eds.): *Victimología*. Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1990.

HENTING, HANS VON.: *The criminal and his victim, studies in the socio-biology of crime*, Yale University Press, New Haven, 1948.

KRAUSS, Detlev:"La victima del reato nel processo penale", en *Dei Delitti e delle Pene*, N°. 2, Año I, mayo-junio, 1983, pp. 283 y ss.

LARRAURI, Elena: *La herencia de la criminología crítica*. Siglo XXI, Madrid, 1991.

LEIJA MORENO, M. A.: "El alcoholismo en la víctima como factor causal de la delincuencia, sus repercusiones en el campo jurídico", en *Criminalia*, año LVI, N°s 1-12, México, enero-diciembre 1990, pp. 83 y ss.

LIMA DE RODRÍGUEZ, María de la Luz: "Política victimológica", en *Criminalia*, año LVI, Nos 1-12, México, 1990, pp. 26 y ss.

LIMA MALVIDO, María de la Luz. "Protección a las víctimas", en *Criminalia*, año LVIII, N° 2, México 1992, pp. 74 y ss.

— *Modelo de atención a víctimas en México*, México, 1995.

MAIER, Julio: "La víctima y el sistema penal", en *Jueces por la Democracia*, N° 12, Argentina 1991, pp. 42 y ss.

MARTÍNEZ Y MARTÍNEZ, S.: "Los tipos de victimización por abuso en el ejercicio del poder punitivo del Estado", en *Criminalia*, año LVI, Nos 1-12, México, 1990, pp. 136 y ss.

NEUMAN, Elías: "Las víctimas del sistema penal", *Opúsculos de Derecho Penal y criminología*, N° 8, Marcos Lerner, Córdoba, Argentina, 1985.

RIVERA LLANO, A.: *La victimología. ¿Un problema criminológico?*, Librería Jurídica Radar, Bogotá, 1997.

RODRÍGUEZ MANZANERA, L.: "Victimología y derechos humanos", en *Revista Mexicana de Justicia*, N° 4, Vol. V, México, 1987.

— "Víctimas en hechos de tránsito en la ciudad de México", en *Criminalia*, año LVI, Nos 1-12, México, 1990, pp. 9 y ss.

— "Hacia una política victimológica", en *Criminalia*, año LIX, N° 1, México, enero-abril 1993.

ROXIN, C.: "Die Stellung des Opfers im Strafsystem", en *Recht und Politik*, N° 2, pp. 69-76, 1988.

SABIDO, RUISANCHEZ, J.: "Asistencia social a las víctimas de los delitos", en *Criminalia*, año LVI, Nos 1-12, México, 1990, pp. 64 y ss.

SILVA-SÁNCHEZ, J. M.: "Innovaciones teórico-prácticas de la victimología en el Derecho Penal", en *Beristain*, A.- De la Cuesta, J.L.: *Victimología*. Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1990.

VÁZQUEZ DE FORGHANI, A.:"Tendencias contemporáneas de los servicios a las víctimas del delito en Canadá", en *Criminalia*, año LVI, Nos 1-12, México, 1990, pp. 164 y ss.

ZAFFARONI, E. R. (coord.): *Sistemas penales y derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Depalma, Buenos Aires, 1986.

ZEHER, Howard: *Interviniendo en el conflicto víctima ofensor*. Comité Central Menonita y CCM EE.UU., 1990.

XVI. "ARREPENTIDOS" Y "TESTIGOS SECRETOS": REMEMBRANZAS DE LA SANTA INQUISICIÓN

POR YESID REYES ALVARADO*

1. *El Santo Oficio*

La llegada de Cristóbal Colón al continente americano en 1492 marcó para la Iglesia Católica un hito de singular importancia en varios aspectos, pero especialmente en cuanto al descubrimiento de un enorme potencial humano para la difusión de sus tesis a través de los procesos de catequización que podían adelantarse entre los pueblos indígenas del "Nuevo Mundo". Cuando con el paso de los años el avance de doctrinas divergentes fue abriéndose paso en Europa y a la resistencia cultural de los indígenas americanos se aunó la inquebrantable determinación de los esclavos africanos por mantenerse libres en sus creencias religiosas a pesar de su condición física de esclavitud, la Iglesia Católica reaccionó con la elevación de la "herejía" a delito de especial gravedad, digno de represión a través de un procedimiento y unas sanciones de singular severidad que le permitieran asegurar su hegemonía espiritual y, por consiguiente, consolidar su poder económico y político en el "Nuevo Mundo". Se implantaron entonces en España y posteriormente en territorio americano los denominados Tribunales Permanentes de Inquisición encargados de "reprimir y extirpar a los herejes", a través de investigaciones en las que era imperativo "proceder llanamente, sin sutilezas de abogado, ni solemnidades en el proceso".[1] Para asegurar la efectividad del delicado encargo conferido al Santo Oficio de la Inquisición, se determinó como "peculiar y novilísimo privilegio del tribunal de inquisición que no estén los

* Universidad Santo Tomás, Santa Fe de Bogotá D. C.

[1] Manual de Inquisidores, Mompelier, Imprenta de Feliz Aviñón, 1821, p. 21.

jueces obligados a seguir las reglas forenses, de suerte que la omisión de los requisitos que en Derecho se requieren no hace nulo el proceso, con tal que no falten las cosas esenciales para determinar la causa".[2]

1.1. **La delación**

Aun cuando desde un punto de vista teórico se admitía que este singular procedimiento en contra de los herejes podía iniciarse a través de una acusación o por medio de unas pesquisas adelantadas por el Santo Oficio, dentro de él se confirió especial importancia a la figura de la delación, que pronto se convirtió en la más usual, no sólo por la amenaza de excomunión para quienes no delataran a los herejes sino, de manera especial, porque las afirmaciones de los delatores escapaban a cualquier control gracias a la casi absoluta carencia de solemnidades en su recepción y a la exclusión procesal del delator: "La delación se recibe o por un escrito que presenta el delator, o escribiendo lo que declara; jura luego a Dios y a una cruz que dice verdad, y se le preguntan las circunstancias de tiempo y lugar, los motivos que para hacer su delación tiene, etc. En la sustanciación de la causa procede el inquisidor de oficio, y no hay parte."[3]

1.2. **La prueba testimonial**

En materia de prueba testimonial y dada la especial gravedad del delito investigado, se dispuso que "en las causas de herejía, por respeto a la fe, son admitidos los testimonios de excomulgados, los cómplices del acusado, los infames y los reos de un delito cualquiera", así como las declaraciones de los herejes, con la advertencia de que estos últimos "valen contra el acusado y nunca en su favor", pues "cuando un hereje depone en favor del acusado, es de presumir que le mueve el odio de la iglesia, y el deseo de que no se dé el castigo merecido a los delitos cometidos contra la fe".[4] Se convino incluso en considerar válidas las afirmaciones de los llamados testigos falsos, siempre que ellas fueran desfavorables al acusado, "de suerte que si un testigo

[2] Ibidem, p. 21.
[3] Ibidem, p. 23.
[4] Ibidem, p. 25.

falso retrata su primera declaración favorable al acusado, se atendrán los jueces a la segunda. Esta ley es peculiar del proceso contra los herejes, porque en los tribunales ordinarios la primera declaración es la valedera. Nótese que la segunda declaración vale sólo cuando es un perjuicio del acusado, que si le fuere favorable se ha de atener el juez a la primera".[5]

También en defensa de la fe se dispuso mantener en secreto los nombres de los declarantes, los cuales no debían publicarse "ni comunicarse al acusado, siempre que resulte algún riesgo a los acusadores, y casi siempre hay este riesgo, porque si no es temible el acusado por sus riquezas, su nobleza o su parentela lo es por su propia perversidad o la de sus cómplices, gente las más de las veces arrojada, que nada tiene que perder, y se venga cuando puede de los testigos".[6] En consecuencia, si bien la acusación debía ser comunicada al reo para garantizar formalmente su derecho a defenderse, el inquisidor estaba obligado a suprimir de ella "absolutamente los nombres de los delatores y testigos" para que el reo tuviese "que sacar por conjeturas quienes son los que contra él han formado esta o aquella acusación";[7] desde luego, bajo este esquema procesal la recusación de los testigos sólo resulta procedente en aquellos eventos en los que el acusado "logra atinar con los que han declarado contra él."[8]

1.3. **El arrepentimiento**

De manera paralela a tan singular manejo de la prueba testimonial, el Santo Oficio encaminó buena parte de sus esfuerzos a obtener del reo su confesión y arrepentimiento, procurando convencerle de delatar a quienes realmente le habían inducido por el mal camino y brindándole a cambio la posibilidad de ver reducida su sanción. Se aconsejaba entonces al inquisidor abordar al reo de la siguiente manera: "Mira, hijo mío, te tengo mucha lástima; han engañado tu candor, y te pierdes miserablemente. Sin duda has errado; pero más culpa tiene que tú el que te engañó: no te cargues de pecados ajenos, ni quieras hacer de maestro siendo discípulo: confiésame la verdad, pues ves que

[5] Ibidem, p. 26.
[6] Ibidem, p. 28.
[7] Ibidem, p. 26.
[8] Ibidem, p. 43.

todo lo sé, para conservar tu buena fama, y que te pueda yo poner cuanto antes en libertad, perdonarte y que te vuelvas en paz a tu casa; dime quién fue el que te engañó, cuando vivías inocente".[9] Dado que siempre existía la posibilidad de que el reo no cediera con facilidad a la oferta de una reducción punitiva a cambio de su arrepentimiento, los inquisidores fueron instruidos para tratar de persuadirle a través de veladas sugerencias sobre las dificultades propias de adelantar un proceso sin la colaboración del investigado: "si se empeña el reo en negar el delito le dirá el inquisidor que se va a hacer un viaje muy largo, y no sabe cuándo será la vuelta, que siente infinito verse obligado a dejarle preso siendo su mayor deseo saber de su boca la verdad para despacharle y concluir su causa, pero que estando empeñado en no confesar tendrá que quedarse en la cárcel hasta que él vuelva, lo cual le da mucha compasión, por ser el reo de complexión delicada, que sin duda caerá malo, etc."[10]

A tal punto fue concedida relevancia a la confesión dentro de ese procedimiento que se la elevó a la categoría de prueba reina que permitía incluso prescindir del derecho de defensa del reo: "Cuando confiesa un acusado de delito por el cual fue preso por la inquisición, es inútil diligencia otorgarle defensa, sin que obste que en los demás tribunales no sea bastante la confesión del reo, cuando no hay cuerpo del delito formal. En punto de herejía la confesión del reo basta por sí sola para condenarle, porque como la herejía es delito del alma, muchas veces no puede haber de ella otra prueba que la confesión del acusado."[11]

Para aquellos reos que no accedieran a confesar sus delitos y colaborar de esta manera con los inquisidores, estaba prevista la posibilidad de aplicarle tortura con el fin de arrancarle la confesión que permitiese dictar en su contra la correspondiente sentencia condenatoria. Las normas mandaban aplicar tormento al investigado durante tres días continuos y, sólo en caso de no obtenerse la confesión al final de dicho período, debía el inquisidor dejarle en libertad hasta tanto no aparecieran nuevos indicios en su contra,[12] con lo cual en realidad se forzaba al reo a "arrepen-

[9] Ibidem, p. 36.
[10] Ibidem, p. 37.
[11] Ibidem, p. 43.
[12] Cfr. Ibidem, pp. 53 y 54.

tirse" incluso en el evento de ser inocente para evitar así un tormento que podía llegar a causarle la muerte.

2. *"Arrepentidos" y "testigos secretos" en un Estado de Derecho*

Conseguida la independencia de España, la evolución socio-política de las comunidades de América del Sur fue abriendo paso de manera paulatina a la conformación de Estados de Derecho al interior de los cuales se garantiza al ciudadano el respeto de ciertos principios fundamentales, que de manera frontal chocaron contra instituciones coloniales como la de los Tribunales de la Inquisición del Santo Oficio y sus peculiares procedimientos.

No obstante lo anterior, en las últimas décadas han surgido determinadas manifestaciones delictivas que —como el narcotráfico y la corrupción derivada de él— han llegado a cuestionar la legitimidad social y política de determinados Estados, algunos de los cuales buscan combatir esas específicas modalidades comportamentales a través de mecanismos procesales extraordinarios como la implantación de los denominados testigos secretos, y la formulación de una política de rebaja de penas orientada a lograr de los sindicados un "arrepentimiento" que consiste en la confesión de sus propios delitos y la indicación de las personas que les indujeron a su comisión o colaboraron en la misma.

2.1. **Los testigos secretos**

A l luz de los postulados de un Estado Social y Democrático de Derecho resulta válido sostener que la figura de los denominados testigos secretos es contraria a la constitución política de países como Colombia, por quebrantar de manera flagrante el derecho fundamental que todo ciudadano tiene a ser juzgado con estricta sujeción al debido proceso, concepto éste dentro del cual debe ser comprendido el universalmente reconocido principio de contradicción de la prueba. El tratamiento del principio de contradicción como un desarrollo del principio constitucional del debido proceso no es nuevo en Colombia, pues había sido ya defendido doctrinalmente en vigencia de la Constitución Política de 1886, e incluso sostenido entonces por el Consejo de Estado, que en alguna oportunidad afirmó que el principio de controversia de la prueba debía ser considerado como parte del más gené-

rico postulado del debido proceso consagrado entonces en el artículo 26 de la Constitución Política de 1886.[13]

Sobre el particular baste con señalar las afirmaciones del profesor Cardoso Isaza, para quien el de contradicción es una forma de hacer operante "aquel otro principio universal de que nadie puede ser condenado sin antes haber sido oído y vencido en juicio",[14] y la tesis del doctor Carlos Betancur Jaramillo, quien en vigencia de la Constitución de 1886 entendía que el principio de contradicción era parte del más genérico del debido proceso consagrado entonces por el art. 26 de nuestra Carta Política.[15]

Pero si la propuesta de tener el principio de contradicción como desarrollo del debido proceso consagrado constitucionalmente podía ser tenida en Colombia como una respetable pero no vinculante forma de interpretación doctrinal y jurisprudencial del art. 26 de la Constitución Política de 1886, la situación varía notablemente con la entrada en vigencia de la Constitución colombiana de 1991, puesto que en esta última el debido proceso se halla consagrado en forma mucho más precisa y extensa, de manera que del texto de su art. 29 resulta diáfano que la observancia de la plenitud de las formas propias del juicio incluye necesariamente el respeto al principio de contradicción de la prueba. Los textos pertinentes de la citada disposición, transcriptos en seguida, no dejan duda alguna sobre el particular:

Art. 29 de la Constitución Política: ... "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio."

.....

"Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho."

[13] Cfr. Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, sentencia de febrero 15 de 1969, magistrado ponente doctor Gabriel Rojas Arbeláez.

[14] Cfr. Jorge Cardoso Isaza: *Pruebas Judiciales*, ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1982, 4ª ed., p. 34.

[15] Cfr. Carlos Betancur Jaramillo, ed. cit., p. 36.

El párrafo acabado de transcribir no sólo forma parte del texto constitucional, sino que fue expresamente recogido por el art. 1° del Código de Procedimiento Penal colombiano como parte del conjunto de ritualidades que conforman el debido proceso, quedando así consagrado legalmente el principio de contradicción de la prueba como parte del más general del debido proceso. No sobra recalcar igualmente que esa norma fue escogida por el legislador de 1991 para encabezar el título preliminar del Código procesal bajo el muy significativo nombre de "Normas rectoras".

Asiste pues, plena razón a Jesús Ignacio García Valencia cuando, ya vigente la Constitución Política de 1991, precisa que "la controversia se halla establecida expresamente en el art. 29 de la Carta y por tanto su garantía debe ser plena. Toda violación de dicho principio genera como consecuencia la nulidad de la prueba de pleno derecho, según lo ordena el precepto constitucional antes citado".[16]

Ya desde la vigencia de la Constitución Política de 1886 la doctrina se había ocupado de la necesidad de respetar las normas relativas al debido proceso y entre ellas las relacionadas con el principio de controversia de la prueba, señalando tajantemente que se trataba de normas de orden público siendo por consiguiente de obligatorio cumplimiento.[17] El maestro Antonio Rocha Alvira, por ejemplo, señalaba sobre el particular que "El conjunto de normas procesales relativas a las oportunidades de presentación, trámite y debate probatorio, es de orden público y por ende, de obligatorio cumplimiento, tanto para el juez como para las partes";[18] estas afirmaciones han sido integralmente asumidas por otro eminente jurista colombiano, el profesor Carlos Betancur Jaramillo.[19]

Con la entrada en vigencia de la actual Carta Política colombiana, es tan clara la obligatoriedad de los principios generales que orientan la actividad probatoria y el respeto al debido proceso en cualquiera de sus varias manifestaciones, incluyendo desde luego el principio de contradicción de la prueba expresamente consignado en el art. 29 de la Constitución Política, que esta misma disposición tiene prevista una sanción ejemplar para aque-

[16] Cfr. Jesús Ignacio García Valencia, ed. cit., p. 53.
[17] Cfr., por ejemplo, Adalberto José O. T. De Camargo Aranhna, ed. cit., p. 29.
[18] Cfr. Antonio Rocha Alvira, ed. cit., p. 150.
[19] Cfr. Carlos Betancur Jaramillo, ed. cit., p. 37.

llos casos en que se demuestre su insolvencia: la nulidad de la prueba. La claridad de la norma constitucional al respecto no deja duda alguna sobre esta consecuencia, como se desprende de la simple lectura del inciso correspondiente:

"Es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso."

Estando claro que la validez de una prueba está constitucionalmente supeditada a la observancia del debido proceso y dentro de él al respeto al principio de contradicción de la prueba, conviene ocuparse del contenido de este último principio.

El principio de controversia de la prueba es más complejo de lo que su propia denominación parecería indicar, pues incluye no sólo la posibilidad de discutir sobre su valor probatorio (fase posterior), sino igualmente la facultad de solicitar pruebas (fase anterior) y también el derecho a intervenir en su práctica. Solamente cuando las partes procesales puedan pedir la práctica de pruebas encaminadas a respaldar sus afirmaciones o refutar las que se desprenden de medios probatorios ya allegados al proceso, cuando esas mismas partes posean la facultad de intervenir en la práctica de cada una de las pruebas decretadas dentro del proceso, y cuando posteriormente tengan oportunidad legal para discutir su valoración, podrá decirse que el principio constitucional de contradicción de la prueba (parte fundamental del debido proceso) ha sido respetado.

Esta triple manifestación del principio de contradicción de la prueba es lo que destaca de manera muy concisa el profesor Gustavo Humberto Rodríguez al advertir que "este principio procesal se evidencia sobre todo en tras circunstancias u oportunidades: para pedir pruebas, para intervenir en su práctica y para interponer recursos".[20]

Cuando sólo se admite como parte del principio de contradicción de la prueba la fase posterior, en la cual las partes procesales tienen la oportunidad de discutir el valor probatorio de las pruebas *ya allegadas* al expediente, se está teniendo una visión incompleta de este principio. *Esta visión parcial del principio de contradicción lleva a la curiosa consecuencia de que la validez de la producción de una prueba (esto es, su legalidad) depende de*

[20] Cfr. Gustavo Humberto Rodríguez: *Pruebas penales colombianas*, Temis, Bogotá, 1970, tomo I, p. 45.

que después de producida (!!!) pueda discutirse sobre su valor probatorio, con lo cual se confunden dos aspectos bien diferenciados de la actividad probatoria: su producción y su valoración.

Y como con esta visión parcializada del principio de controversia probatoria, se olvida que el derecho a solicitar pruebas y el derecho a intervenir en la práctica de ellas son también partes esenciales del principio de contradicción de la prueba, conviene hacer algunas referencias al derecho que las partes poseen de intervenir en la práctica de pruebas y a su consideración como parte fundamental de ese principio de contradicción probatoria.

La contradicción de la prueba no supone entonces tan solo la pureza de procedimiento formal en su concepción, como puede ser la emisión del auto que decreta su práctica o el que la pone a disposición de las partes para que puedan discutir su valoración, sino que supone igualmente la posibilidad de que las partes puedan intervenir en su práctica, tal como con claridad lo enseña el profesor Asencio Mellado: "Así, aparecen dos aspectos bien diferenciados. Por un lado, la necesidad de la presencia del imputado y su defensor en los actos de investigación realizados por cualquier órgano judicial o no interviniente en el proceso, presencia que ha de reconducir a dos fines: el primero el examen contradictorio de aquellos medios que así lo permitan (testigos, peritos...); el segundo, velar por la pureza del procedimiento en actos de por sí objetivos (inspecciones corporales, registros, intervenciones corporales, etc.)."[21]

Dicho en forma aún más sintética, el principio de controversia de la prueba exige que las partes actuantes en el proceso puedan intervenir en la práctica de ellas, tal como expresamente lo reconoce entre otros el profesor Hernando Devis Echandía al señalar que las partes deben "gozar de oportunidad para intervenir en su práctica",[22] o como lo anota el profesor Antonio Rocha Alvira al apuntar que el principio de controversia respecto de testimonios supone la posibilidad de tachar al testigo y la de interrogarlo.[23] En similar sentido se pronuncia Jesús Ignacio García Valencia al afirmar que "el auto previo decretando la prác-

[21] Cfr. José María Asencio Mellado: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989, p. 166.

[22] Cfr. Hernando Devis Echandía: *Teoría general de la Prueba Judicial*, Víctor de Zavalía, Buenos Aires, tomo III, 3ª ed. 1974, p. 123.

[23] Cfr. Antonio Rocha Alvira: *Derecho Probatorio*, Rosaristas, Bogotá, 1958, t. II, p. 152.

tica de la prueba y el derecho de los sujetos procesales a intervenir en su práctica, garantizan la contradicción... La contradicción, dijimos, se garantiza también brindando al sujeto o sujetos procesales la oportunidad para intervenir en su práctica".[24] En Italia, Francesco Ricci sostiene que "lo que da valor a las pruebas practicadas en juicio es que lo hayan sido con la intervención de las partes y previa la observancia de las formalidades establecidas por la ley a modo de garantías de la verdad y la justicia".[25] Destaca asimismo Cardoso Isaza la relación entre los principios de publicidad y legalidad de la prueba anotando que "la publicidad da lugar a la contradicción. Por ejemplo, la parte contraria a la que solicitó la recepción de un testimonio puede interrogar al testigo sobre hechos que revisten interés para el proceso".[26] También Iragorri Díez destaca la necesidad de que las partes puedan intervenir en la práctica de las pruebas para que se considere respetado el principio de contradicción de la prueba: "Este principio importante se garantiza por el decreto judicial o auto que ordena la práctica de pruebas, hecho que ha de cumplirse con asistencia de las partes y que es indispensable en orden a la impugnación de la prueba, ya por ilegalidad, bien por inconducencia, o por presentación de contrainterrogatorios".[27] Y finalmente, citemos al profesor Carlos Betancur Jaramillo, quien también afirma de manera enfática que el principio de contradicción supone que las partes procesales puedan intervenir en la práctica de las pruebas.[28]

Como se desprende de algunas de las opiniones doctrinales acabadas de transcribir, la contradicción del testimonio como medio probatorio supone la posibilidad de que las partes puedan interrogar al declarante, derecho que por lo demás se encuentra expresamente reconocido en el inciso segundo del numeral 2° del art. 292 del Código de procedimiento penal colombiano, al precisar que después de terminado el interrogatorio del testigo por parte del funcionario, "se le permitirá a los sujetos procesales interrogar".

Por manera que cuando una legislación procedimental penal consagra la posibilidad de que puedan servir como testigos

[24] Cfr. Jesús Ignacio García Valencia, ed. cit., p. 53.
[25] Cfr. Francesco Ricci, ed. cit. p. 48.
[26] Cfr. Jorge Cardoso Isaza, ed. cit., p. 38.
[27] Cfr. Benjamín Iragorri Díez: *Curso de pruebas penales*, Temis, Bogotá, 1983, p. 12.
[28] Cfr. Carlos Betancur Jaramillo, ed. cit., p. 38.

personas que declaran de manera secreta desconociendo al sindicado el derecho a estar presente en el transcurso de la declaración con la facultad real de contrainterrogar al deponente, se está cercenando de manera injusta el derecho constitucional a la controversia de la prueba.

Pretendiendo obviar este inconveniente, en Colombia se ha venido reconociendo tanto a los sindicados como a sus defensores la posibilidad de contrainterrogar a los testigos secretos, siempre y cuando las autoridades judiciales puedan adoptar las medidas necesarias para que la diligencia se adelante sin que la identidad del declarante sea evidenciada, para lo cual se ha recurrido al empleo de cabinas con espejos y distorsionadores de voces en las cuales es ubicado el deponente durante el transcurso de su declaración.

Sin embargo, esta curiosa práctica permite tan solo respetar parcialmente el derecho de contradicción a través de la posibilidad del contrainterrogatorio, pero priva al sindicado y su defensor de la posibilidad de efectuar una adecuada valoración crítica del testimonio que, como hemos visto, constituye una parte esencial del principio de controversia de la prueba. En respaldo de esta afirmación debe recordarse aquí que aquello que la doctrina universal suele designar con el etéreo nombre de "reglas de la sana crítica" como mecanismo de valoración de la prueba testimonial, se concreta en el análisis que debe efectuarse sobre la percepción que el testigo tuvo de los hechos, su capacidad de conservación y evocación del recuerdo y su aptitud para transmitirlo al momento de rendir su declaración juramentada, análisis que resulta absolutamente imposible de desplegar sin tener un claro conocimiento de la identidad del testigo.

En efecto, una correcta evaluación de la forma en que un testigo ha *percibido* los hechos sobre los que depone sólo es posible conociendo la identidad del declarante, dado que la percepción no es un simple proceso físico sino que tiene hondas connotaciones síquicas,[29] ya que aun cuando para percibir se requiere el auxilio de órganos físicos externos ellos siempre están bajo el

[29] Cfr. Gustavo Humberto Rodríguez: *Curso de derecho probatorio*, Librería del Profesional, Bogotá, 1983, 4ª ed. p. 149; Enrico Altavilla: *Sicología Judicial*, Temis, Bogotá, trad. de Simón Carrejo, vol. II, 1975, pp. 792 y 799; Emilio Mira y López: *Manual de Psicología Jurídica*, Temis, Bogotá, 6ª ed., 1980, p. 108; Amado Adip: *Prueba de testigos y falso testimonio*, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 135.

absoluto control de nuestra mente; si la percepción fuera algo puramente físico seríamos como cámaras fotográficas que captaríamos una realidad puramente objetiva, cosa que nunca ocurre. Siempre captamos hechos que sólo parcialmente corresponden con la realidad porque toda nuestra subjetividad interviene en la percepción convirtiéndola en un acto síquico complejo, circunstancia ésta que permite explicar las diferencias que suelen presentarse entre las declaraciones de personas que han presenciado exactamente el mismo hecho.

Si se quisiera mostrar de manera gráfica la enorme incidencia que el aspecto síquico tiene en la percepción, bastaría con evocar las contradictorias versiones de quienes en un estadio de fútbol discuten sobre si el delantero que aparatosamente cae dentro del "área de las dieciocho" fue o no víctima de una falta que debe ser sancionada con una pena máxima: algunos pensarán que el hábil delantero cayó solo, otros opinarán que fue irreglamentariamente empujado y entre éstos habrá quienes digan que ello ocurrió dentro del área y quienes sostengan que fue antes de ingresar a ella. Desde luego, quien presencie el partido por televisión tendrá la enorme ventaja de observar detenidamente la repetición de la controvertida jugada en cámara lenta o con acción detenida, y podrá así percatarse de las circunstancias en que realmente se produjo la caída del habilidoso jugador, debido a que la película que así observa sí es absolutamente objetiva, mientras nuestra percepción es subjetiva. Nótese que en el ejemplo propuesto tanto la cámara de televisión como los asistentes al estadio "observaron" el mismo hecho, pero el aparato no se equivocó al "percibir", lo cual sólo puede ser explicable por el componente síquico que acompaña todas las percepciones del ser humano.

Con estas breves precisiones resulta innegable que la única forma de evaluar la percepción de un testigo es conociendo su identidad, en cuanto sin ella no podemos estar seguros de si el declarante posee sus órganos de percepción y los conserva en buenas condiciones de funcionamiento, pues no puede ser apreciada de igual manera la narración de lo que observado por una persona miope que lo apreciado por alguien que carece de limitaciones visuales. En la misma línea de argumentación resulta innegable que la atención prestada por las personas al desarrollo de un suceso depende del interés que él despierte en ellas de acuerdo con su muy particular forma de

ser,[30] y que el grado de percepción varía dependiendo del estado emocional en que el sujeto se encuentre al momento de apreciar un suceso determinado,[31] e incluso del grado de permeabilidad que pueda tener al influjo de los medios de comunicación frente al hecho materia de su declaración.[32]

Para poder establecer si el testigo *conservó* adecuadamente el recuerdo de los hechos percibidos es también imprescindible el conocimiento de su identidad, en cuanto se requiere analizar si las condiciones síquicas del individuo le permiten fijar correctamente sus recuerdos, o si, por ejemplo, la existencia de alguna anomalía síquica le impide hacerlo de manera fluida y confiable. Tampoco resulta viable determinar la capacidad de *evocación* del testigo sin conocer su identidad, pues no son infrecuentes los eventos en que la ocurrencia de un delito impacta de tal manera a quienes presencian su desarrollo, que se generen determinadas alteraciones síquicas que lleguen a producir amnesias parciales en el declarante.[33]

Por último, debe admitirse que la única forma confiable de evaluar si el testigo vio alterada la transmisión de su recuerdo por la existencia de algún interés procesal o extraprocesal es conociendo su identidad, pues sólo así podrá saberse si entre él y el sindicado existen relaciones de amistad o enemistad, o si por cualquier otra circunstancia especial posee interés en que el proceso finalice de determinada manera.[34] Lo anterior indica que la

[30] Cfr. Amado Adip: ed. cit., p. 114; Jeremías Bentham: *Tratado de las Pruebas Judiciales*. EJEA, Buenos Aires, Vol. 1, trad. de Manuel Ossorio Florit, 1959, pp. 53 y 54; Luigi Batistelli: *La mentira ante los Tribunales*. Temis, Bogotá, 1984, trad. de Rolando Enrique Oviedo, p. 41.

[31] Cfr. José María Esguerra Samper: *El testimonio - Estudio crítico y experimental*. Minerva limitada, Bogotá, 1944, pp. 34 y 35.

[32] Cfr. François Gorphe: *La crítica del testimonio*. 5ª ed., trad. de Mariano Ruiz Funes, Reus, Madrid, 1971, p. 269.

[33] Cfr. Emilio Mira y López, ed. cit., p. 111; Adolfo Núñez Cantillo: *El testimonio como medio de prueba*. Librería del Profesional, Bogotá, 1978, pp. 28 y 29.

[34] Cfr. Jorge A. Clariá Olmedo y otros: *La prueba en materia procesal civil*, Lerner, Buenos Aires, 1975, p. 30; Ettore Dosi: *La prueba testimonial*, trad. de Rolando Enrique Oviedo, Temis, Bogotá, 1986, p. 96; Adolfo Núñez Cantillo, ed. cit., p. 50; Salvatore Gibiino: *La prova testimoniale del processo civile*. Eugenio Jovene, Nápoles, 1970, pp. 163, 164; François Gorphe: ed. cit., p. 141; Erich Dohring: *La prueba*, trad. de Tomás A. Benzhaf, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1972, p. 132; Eugenio Florian: *De las pruebas penales*, tomo II, 2ª ed., trad. de Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 1976, p. 344; Enrico Altavilla: ed. cit., p. 863; Luis Muñoz Sabaté: *Técnica probatoria*, 3ª ed. Praxis, Barcelona, 1983, pp. 305 y 306; Amado Adip, ed. cit., p. 50.

correcta valoración de un testimonio sólo puede llevarse a efecto cuando se tenga conocimiento de la identidad del declarante, ya que sólo así pueden ser evaluadas todas las circunstancias que la doctrina ha venido tomando en consideración a través de lo que se ha dado en denominar las reglas de la sana crítica.

Así las cosas, resulta forzoso concluir que cada vez que se pretenda hacer valer dentro de un proceso penal el dicho de un testigo cuya identidad sea desconocida por el sindicado, se le estará negando a éste la posibilidad de controvertir ese específico medio de prueba, no sólo a través del interrogatorio directo al declarante, sino por medio de la apreciación crítica de sus condiciones personales, familiares y sociales, lo que sin lugar a dudas constituye una flagrante violación de derecho fundamental que todo ciudadano tiene dentro de un Estado de Derecho a ser investigado y juzgado conforme al debido proceso.

2.2. **Los "arrepentidos"**

Dentro de esta tendencia actual a la persecución efectiva de determinadas clases de delitos a través de procedimientos especiales, empieza a tomar fuerza la idea no sólo de convertir la confesión en el centro de la investigación penal, sino también la de tratar de persuadir a los investigados para que, además de admitir su responsabilidad, delaten a quienes les hayan inducido a la comisión de los ilícitos o hayan contribuido con ellos en su perpetración. El mecanismo al que se recurre en procura de obtener los referidos efectos es —al mejor estilo del Santo Oficio— doble: de una parte se intenta persuadir a los implicados de que su admisión de los cargos y la efectiva colaboración para el descubrimiento de otros delincuentes le reportará considerables rebajas punitivas; pero para aquellos casos en los que a través de este método no se consiga convencer al sindicado de la bondades de "arrepentirse", los funcionarios judiciales que en Colombia se ocupan de esta clase de procedimientos suelen recurrir al mecanismo de una lenta investigación, agotando los términos máximos que de instrucción les confiere la ley procedimental penal y negando a los sindicados —por disposición legal— la posibilidad de permanecer en libertad provisional durante el adelantamiento de la investigación. Es, pues, la versión moderna del drama escenificado por el Inquisidor que ante la negativa del reo a "arrepentirse" le anunciaba con gran pesar

de su parte la necesidad de partir a un largo viaje durante el cual debía permanecer el acusado privado de su libertad.

A través de la prohibición legal que existe en Colombia de otorgar libertad provisional a las personas investigadas por esta especial jurisdicción se construye, además, un nuevo mecanismo de persuasión en procura de obtener que el sindicado colabore a través de la confesión de sus delitos y la delación de sus cómplices. En efecto, la disyuntiva en que se coloca al investigado es la siguiente: si no se "arrepiente" el proceso tardará varios meses, pues lo usual es que el funcionario judicial agote los términos máximos de instrucción que pueden llegar a ser incluso de 360 días, luego de lo cual podrá ser llamado a juicio sin que ello le signifique obtener una libertad provisional en esta segunda fase; por el contrario, si el implicado se "arrepintiera" el proceso terminaría de manera casi inmediata debido a la enorme fuerza probatoria que en estos procedimientos se ofrece a la confesión y gracias a la reducción punitiva a que se haría acreedor el condenado, podría obtener su libertad en pocos meses y, de todas maneras, antes de que podría conseguirlo si decidiera continuar el proceso hasta sus últimas consecuencias, ya que en este último caso corre el riesgo de recobrar su libertad cuando —después de dos o más años de detención preventiva— logre demostrar su absoluta inocencia.

Con este panorama no resulta entonces difícil comprender que para algunos sindicados que nada tienen que ver con la comisión de un hecho punible resulte más beneficioso confesar su supuesta comisión e implicar a otras personas en su hipotética participación, puesto que al aceptar una pena baja por un delito que realmente no cometió consigue estar más rápidamente en libertad que a través de la lenta demostración de su inocencia ante esta especial jurisdicción. Si bien esta sutil estratagema legislativa no es comparable con la brutalidad de la tortura a la que el Santo Oficio recurría como mecanismo para persuadir a los reos de las bondades de arrepentimiento, resulta difícil negar que la amenaza de una prolongada privación de la libertad en caso de no confesar el delito por el que se le procesa y no delatar a otros partícipes constituye una inadmisible vulneración a la garantía fundamental que todo ciudadano tiene de no ser obligado a declarar en contra suya. Incluso sobre el supuesto de que el sindicado pudiese permanecer en libertad durante todo el período de la investigación (cosa que no ocurre en Colombia dentro de

esta clase de procedimiento especial), me parece innegable que la *certeza* de una pena corta para los casos de "arrepentimiento" frente a la *eventualidad* de una declaración de inocencia o de una prolongada sentencia quiebra ya de manera ilegítima la confianza que el ciudadano ha depositado en la garantía constitucional de no declarar en perjuicio propio, inclinándolo a "colaborar" con la administración de justicia aun cuando tenga la certeza de la propia inocencia.

Este breve repaso sobre la manera cómo opera en Colombia la jurisdicción especial destinada a combatir de singular gravedad como el narcotráfico hace pensar en que los considerables avances que en materia dogmática se han venido logrando en la América latina de los últimos años están condenados al fracaso, frente al auge de una administración de justicia en la que resulta prioritaria la obtención de resultados en el combate de la delincuencia organizada frente al respeto de las garantías individuales. Cuando menos quedará para los estudiosos de la dogmática penal la posibilidad de conocer en la práctica y con mayor detalle los mecanismos que aplicados por el Santo Oficio de la Inquisición fueron en su época la vergüenza de una comunidad que decía actuar en defensa del individuo y sus principios fundamentales y que hoy pretenden ser un novedoso criterio de política criminal.

Garantías y bien jurídico

EDMUNDO HENDLER

JOSÉ ANTONIO BUTELER (H.)

GONZALO D. FERNÁNDEZ

JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS

Coordinador: OSCAR RAÚL PANDOLFI

XVII. LA RAZONABILIDAD DE LAS LEYES PENALES: LA FIGURA DEL ARREPENTIDO

POR EDMUNDO HENDLER

Es conocido el parecer de Andrew Fletcher:
"Si me dejan escribir todas las baladas de una nación,
no me importa quien escriba las leyes".
Jorge Luis Borges.
"Evaristo Carriego", cap. XI, *Historia del tango.*[1]

1. *Garantías y bienes jurídicos*

Según Maier, el poder penal del Estado, aplicado racionalmente, resguarda ciertos valores esenciales para la vida de una comunidad y fue la creación del Estado de Derecho la que estableció las garantías contra su utilización arbitraria.[2] Las garantías, según la doctrina de los constitucionalistas, son las seguridades para impedir que sea conculcado el goce de los derechos que son atributos esenciales de los miembros de la comunidad y, por ende, sólo adquieren significado frente al Estado. De ellas se destaca, como la más amplia, la que en Argentina se conoce como la de la defensa en juicio o del "debido proceso".[3]

Por su lado, la noción de lo que debe entenderse por "bien jurídico", según ha sido claramente explicado por Rudolphi, ofrece una perspectiva liberal o sustantiva, contrapuesta a la noción meramente metodológica, que implica el reconocimiento de la importancia significativa de las garantías contenidas en el con-

[1] Según la Enciclopedia Británica (ed. 1957, vol. 9, p. 372), Fletcher era un político escocés pero también un escritor, y la frase citada por Borges sería su acotación más famosa contenida en "An Account of a Conversation concerning a right regulation of Government for the common good of Mankind" de 1704.

[2] *Derecho Procesal Penal argentino*, t. I, vol. b, Buenos Aires, Hammurabi, 1989, pp. 234 y ss.

[3] Conf. Germán Bidart Campos: *Manual de Derecho constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1978, p. 397.

cepto de Estado de Derecho. En una apreciación enteramente coincidente con la que proviene del Derecho Constitucional y del Derecho Procesal, sostiene este autor que: "Una norma penal se justifica, entonces, cuando ella es necesaria para la protección y seguridad de las condiciones de vida de una sociedad estructurada sobre la base de la libertad de la persona y al mismo tiempo es entendida por todos como razonable". En resumen, entonces, que el concepto de bien jurídico, surgido según Rudolphi en 1834, supone, fundamentalmente, una exigencia frente al legislador y actúa como resguardo garantizador ante los excesos en el ejercicio del poder punitivo.[4]

2. *Bienes jurídicos y "debido proceso sustantivo": Una perspectiva comparada*

"La riqueza de la elaboración dogmática concerniente a ese concepto vuelve interesante una observación comparativa: la de una noción semejante surgida fuera del entorno de esa elaboración. En un ámbito enteramente ajeno a la dogmática jurídico-penal, como es el caso de los Estados Unidos, puede rastrearse una concepción bastante semejante a la de bien jurídico, originada también en el siglo XIX y desarrollada posteriormente: el concepto americano de invalidez de las leyes penales que no guarden relación sustancial con la afectación del interés público que surgió como una expresión de la garantía constitucional del debido proceso.

La premisa de la que parte esa concepción es que la garantía implica, entre otras cosas, establecer el límite de cómo y hasta dónde puede la ley sustantiva prohibir determinadas conductas. Se la designa, por eso: "debido proceso sustantivo", pues supone que se afecta al debido proceso cuando lo prohibido por una norma penal de fondo no perjudica sustancialmente a la sociedad. Un fallo de la Corte Suprema de 1887[5] ya señalaba, consecuentemente, el deber de los jueces de establecer ese límite declarando la inconstitucionalidad cuando el legislador, con el pretexto de proteger la moral, la salud o la seguridad,

[4] Hans Joachim Rudolphi:"Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico" (traducción de Enrique Bacigalupo publicada en *Nuevo Pensamiento Penal*, Depalma, año 4, julio/septiembre 1975, nº 7, Buenos Aires, pp. 329 y ss.)

[5] "Mugler v. Kausas", 123 U.S. 623.

establece sanciones que no guardan relación sustancial con esos propósitos.

Es cierto que la Corte federal americana sólo hizo uso frecuente de esa doctrina en el primer tercio del siglo xx para invalidar la mayoría de las leyes de protección laboral sancionadas en ese entonces y que, desde esa época, la interpretación se inclinó en un sentido restrictivo. Pero en los tribunales de los estados, en cambio, basados en su mayor proximidad a las condiciones locales, la doctrina se mantuvo. Aunque algunos de ellos siguieron la línea restrictiva convalidando, por ejemplo, las prohibiciones encaminadas a la protección del bienestar moral, sanitario o de seguridad e invalidando únicamente las que tenderían a la mera promoción de esos objetivos, la mayoría establecieron varias vías de revisión de los criterios legislativos.

La circunstancia de que, actualmente, en los Estados Unidos, sean los tribunales locales, especialmente las Cortes Supremas de los Estados y no la Corte federal, quienes confieren mayor extensión a las garantías, es un dato ya advertido en estudios de Derecho comparado y ha sido bautizado como el "nuevo federalismo". Los autores, en general, aprueban esa inclinación que, se señala, surgió desde que la corte federal, con posterioridad a la época en que la presidía Earl Warren, fue mostrando tendencias a retrotraer los avances garantistas de aquella época.[6]

La observación comparativa adquiere especial significado en nuestro país a partir de un dato que vale la pena advertir. La mención expresa del concepto de bien jurídico para invalidar una ley penal fue hecha por la Corte Suprema Nacional en un caso verdaderamente singular, resuelto en 1989: el de la norma que sancionaba el robo de automotor agravado por el uso de armas con una pena que se entendió desproporcionada en relación a la impuesta al mismo delito cometido sobre otra clase de bienes y, sobre todo, en relación a los bienes jurídicos de mayor jerarquía protegidos por otros delitos sancionados con penalidades inferiores.[7] La fuente de autoridad citada por la Corte argentina para fundamentar ese fallo no es otra que un pronunciamiento de la Corte Suprema de

[6] Lo señala en ese sentido Jean Pradel quien cita un trabajo referido al año 1987 en el que se enumeran más de cuatrocientos cincuenta cuestiones en las que la interpretación de los tribunales locales resulta más garantizadora que la de la Corte federal (*Droit pénal comparé*, ed. Dalloz, París, 1995, p. 180).

[7] *In re* "Martínez", sentencia del 6/6/1989 en *Fallos* 312:826 (considerando 11)

los Estados Unidos de 1983 invalidando la imposición de pena perpetua por delitos considerados de menor cuantía.[8]

Aunque este último caso está fundado en la enmienda constitucional que alude a castigos crueles o inusuales y no específicamente a los ya mencionados casos de afectación al "debido proceso sustantivo", es evidente la estrecha vinculación existente entre uno y otros, así como, la trascendencia del criterio de proporcionalidad de los castigos, que la Corte americana procuró emparentar inclusive con la Carta Magna de 1215.

Los casos que dieron lugar, en los Estados Unidos, a que fueran invalidadas distintas leyes penales —en su mayoría por tribunales estatales y no federales como ya he dicho—, porque se entendieron en transgresión a la garantía del debido proceso sustantivo al castigar comportamientos que no ocasionaban perjuicio sustancial para el público, es decir por una noción claramente semejante a la de bien jurídico elaborada por la dogmática, pueden clasificarse, según dos autores clásicos del Derecho Penal estadounidense, LaFave & Scott,[9] en varias categorías que vale la pena enumerar: *1)* inexistencia del daño que la ley quiso evitar; *2)* existencia de medios más apropiados para combatir ese daño; *3)* inconducencia de prohibiciones que resultan eludidas por los verdaderos transgresores y afectan en cambio a terceros inocentes; *4)* finalmente, aquellos casos de leyes que protegen ciertos grupos de interés en lugar de hacerlo con el público en general.

3. *La razonabilidad de las leyes*

Puntualizada de esa manera, entonces, la observación comparativa, la de carácter introductorio al tema de esta comunicación es la siguiente: la noción de bien jurídico adquiere un significado garantizador en materia penal en tanto implica un resguardo frente a los excesos del legislador. El tema a considerar, por ende, es el de la necesidad de ese resguardo frente al Código Penal que entró a regir hace ya setenta y cinco años. Por mi parte, y aunque está lejos de mi manera de pensar la proclama de excelencias dogmáticas —incluso alguna vez he criticado cier-

[8] "Solem v.Helm" 77 L.Ed. 637, traducido al castellano con comentarios en: Hendler, Edmundo S. y Hernán V. Gullco: *Casos de Derecho Penal comparado*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, pp.165/178.

[9] *Criminal Law*, St. Paul, Minn., 1972, West Pub., pp. 138 y ss.

tas supercherías del Código en materia de delitos sexuales[10]— creo que es imprescindible reconocer la escasísima cantidad de casos en que fue necesario acudir al resguardo en cuestión en todo ese tiempo. La jurisprudencia de la Corte Suprema de 1989 en el caso "Martínez" ya citado, se alzó frente a una disposición ajena al Código dictada por un gobierno de facto. Y mis críticas en relación a los tabúes sexuales se particularizaron también en normas agregadas al texto originario.

Un ejemplo que bien puede ilustrar las sanciones irracionales del legislador es el del criterio de graduación de las penas de la ley argentina nº 24.390, conocida como del "dos por uno", que estableció que la pena por la comisión de un delito tenga mayor o menor severidad según que el proceso para juzgar a sus responsables haya tenido mayor o menor duración, lo que es lo mismo que supeditar la severidad del castigo al número del documento de identidad o al signo del zodíaco. A nadie se le ocurriría sostener, hoy en día, que la mayor o menor pena por un delito pudiera basarse en el color de la tez, la raza o la religión del condenado, y tampoco, por supuesto, podría sustentarse en un sorteo de lotería. Sin embargo los turnos de los jueces con igual competencia se distribuyen, generalmente, por sorteo con un bolillero, de manera tal que aquel a quien toque un juzgado más atareado, o que permanezca por algún tiempo vacante o que, simplemente, esté a cargo de un juez proclive a las prácticas dilatorias de la burocracia, se verá favorecido con una importante reducción en la pena que pueda corresponderle.

La duración excesiva de los procesos penales, una de las mayores lacras del sistema judicial, puede ser responsabilidad de cualquiera de los poderes del gobierno. Puede ser debida a lo inadecuado de las normas procesales dictadas por el legislador, o a la actitud del ejecutivo de no proporcionar recursos para la administración de justicia o, simplemente, a la desidia de los jueces. La demora injustificada conduce a la desestimación de los cargos y esa consecuencia, según se planteó expresamente en un caso resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1973, no puede ser evitada con una reducción de la condena.[11]

[10] En *Los tabúes sexuales en el Código Penal Argentino*, en Doctrina Penal, Año 5, 1982, p. 77.

[11] *Strunk v. United States*, 412 U.S. 434; 92 S.Ct. 2260; 37 L. Ed. 2d 56.

Es claro que la demora también puede deberse a factores enteramente fortuitos y ajenos a la responsabilidad de alguien: un terremoto o cualquier accidente imprevisible pueden ser causas de demoras en el trámite de un proceso. Pero cualesquiera sean las causas de esa demora, lo que parece bastante evidente es que el régimen compensatorio inventado por el legislador argentino, según el cual a partir de los dos años de demora del proceso, el castigo se bonifica a razón de dos por uno, es la consagración de la máxima irracionalidad.

De lo que se trata, en definitiva, entonces, es de la racionalidad del legislador o, si se prefiere, del criterio de sensatez con que deben concebirse las leyes penales de una república. Mientras los monarcas de otros tiempos recibían potestades por derecho divino y no necesitaban justificar racionalmente sus actos de gobierno, los gobernantes republicanos de hoy en día sólo están investidos de potestades de mando en la medida en que resulte necesario para el buen orden de la sociedad. Los caprichos del príncipe podían explicarse con el pretexto de alguna inspiración divina cuya justificación intrínseca escapaba al entendimiento del común de los mortales. Pero las determinaciones de quienes ejercen cualquiera de las tres ramas del gobierno en una república tienen que ser adoptadas por razones que puedan ser revisadas por otros. Es eso lo que significa que las leyes penales sólo tengan validez cuando estén encaminadas a la protección de bienes jurídicos.

Bajo esa perspectiva y en la ocasión de ponderar el grado de sensatez de la codificación que cumple setenta y cinco años, creo del caso proponer algunas reflexiones de actualidad acerca de un instituto en vías de implantación que invita especialmente a recapacitar sobre la racionalidad de las leyes penales. Me refiero a la figura conocida como "el arrepentido", en parte ya incorporada a la legislación argentina pero en el plano polémico de discusión su implantación generalizada, tanto en nuestro país como en otras partes del mundo.

4. *La figura del arrepentido: Antecedentes históricos*

El desenvolvimiento del Derecho Penal tuvo lugar como un proceso de centralización y consolidación de las cortes monárquicas que se basó, principalmente, en el pretexto de consolidar la "paz del rey", expresión que empezó designando una esfera muy limitada de ciertos privilegios para concluir en la jurisdicción sobre

toda clase de delitos. Fue en ese entorno en el que surgió la práctica del denominado *approver:* el imputado de un delito que admitía su culpabilidad y delataba a sus cómplices. Se lo conocía tambien como "prueba del rey", y era atribución del monarca suprimirle el castigo y acordarle la gracia de por vida. Pero esto era a condición de que su testimonio sirviera para ajusticiar a cierto número de malhechores. De no ser así se lo ahorcaba inmediatamente.

En el antiguo Derecho Penal inglés se utilizaba el procedimiento por vía de *appeal,* expresión que si bien se traduce al castellano como apelación, quería decir denuncia o acusación privada, y podía tener lugar por dos vías o *wages*: *wager of battle* y *wager of law.*[12] Esta última era el mecanismo del juramento por compurgadores en tanto que la primera desembocaba, muchas veces, en combates caballerescos o duelos judiciales entre denunciante y denunciados. Al parecer, en algunos casos se requería que un delator, para ser perdonado, venciese en no menos de cinco combates y, aún así, había veces en que igualmente era ahorcado.

Con la difusión del juicio por jurados fueron desapareciendo los procesos por vía de *appeal* y, con ellos, los duelos judiciales, pero la regla que permitía "apostarse el cuerpo" no fue derogada sino varios siglos después, en 1819. En ese año se registra todavía un caso en el que el acusado reclamó el derecho de combatir con su denunciante.[13]

Los historiadores señalan que la práctica del *approver* era una característica peculiar de la justicia inglesa de los siglos XII y XIII y advierten que, por muy conveniente que hubiera sido, provocó también numerosas acusaciones falsas.[14] Alguno la califica como el menos respetable y más despreciable de los combates a duelo de aquellos tiempos.[15]

En el Derecho Penal que podemos llamar continental europeo, por contraposición al de origen anglosajón, también existen normas sustantivas que se refieren a la cuestión. El ejemplo podemos hallarlo en los antecedentes de la legislación argentina.

[12] Conf. W. F. Maitland *The forms of Action at Common Law,* (A course of Lectures edited by A.H. Chaytor and W.J. Whittaker), Cambridge University Press, 1989, pp.10/12.

[13] Conf. W.F. Maitland: *The forms of Action at Common Law,* (A course of Lectures edited by A.H. Chaytor and W.J. Whittaker), Cambridge University Press, 1989, pp.10/12.

[14] Conf. George Neilson: *Trial by Combat,* Londres, 1890, pp. 42/44.

[15] Conf. Robert Bartlett: *Trial by Fire and Water - The Medieval Judicial Ordeal,* Clarendon Press, Oxford, 1986, p.113.

El proyecto Tejedor, de 1865, inspirado, como se sabe, en el Código Penal de Baviera de 1813, obra a su vez de Feuerbach, enumeraba entre las causas genéricas de atenuación de las penas la siguiente hipótesis: "Si (el culpable) revela la existencia de nuevos culpables desconocidos a la justicia, o da de motu proprio los medios y la ocasión de prenderlos" (art. 5° del título sexto, inc. 5°).

En el plano estrictamente procesal, la práctica continental más bien se ceñía a advertir contra los riesgos de acordar credibilidad al testimonio del cómplice cuando éste obraba alentado con la promesa de disminuirle la pena o perdonarlo. Mittermaier, en su clásico *Tratado de la prueba en materia criminal*, de 1834, proponía no dar importancia alguna a esa clase de declaraciones.[16]

5. *La legislación comparada*

La legislación penal de varios países europeos vinculada con actos de terrorismo ha visto surgir, en los últimos tiempos, disposiciones que tienen que ver esa clase de prácticas.

En el caso de Italia, por ejemplo, en que el Código Penal contemplaba desde antigua data la exención de los miembros de una banda que denunciaran su existencia a las autoridades (arts. 308 y 309), se añadió, a partir de una ley del 6 de febrero de 1980, relativa a delitos cometidos con propósito de terrorismo, la reducción de la pena a la mitad para los cómplices que ayuden concretamente a las autoridades policiales o judiciales a obtener pruebas decisivas para el arresto o la identificación de otros cómplices. El tratamiento de favor fue extendido por ley del 18 de febrero de 1987 a quienes se desvinculen de la asociación abandonando la organización terrorista.

En España una ley del 26 de diciembre de 1984 acordó la remisión total de la pena, salvo el caso de delitos de homicidio o atentados personales de gravedad, para quienes colaboren con la autoridad impidiendo la consumación del delito, identificando los culpables o neutralizando la actividad de una organización terrorista.

En Alemania, el delito de formar una asociación terrorista, contemplado en el art. 129 del Código Penal, da lugar a la aplicación de una pena disminuida que puede llegar a la exención total cuando su autor se haya empeñado espontánea y seriamente en

[16] Conf. Robert Bartlett: *Trial by Fire and Water · The Medieval Judicial Ordeal*, Clarendon Press, Oxford, 1986, p. 113.

impedir la continuación de la asociación y haya hecho revelaciones oportunas a la autoridad.

En Francia se exime de pena al responsable de una tentativa de acto de terrorismo que advierte a las autoridades y les permite evitar la consumación (art. 422-1 del Código Penal) y se reduce la pena a la mitad cuando la advertencia es posterior a la consumación pero sirve para hacer cesar el hecho (art. 422-2 del C.P.).

Todas estas disposiciones, reseñadas por Jean Pradel en su obra de Derecho Penal comparado,[17] son consideradas por ese autor como manifestaciones originadas en la ideología autoritaria. La legislación latinoamericana, por su lado, se encuentra en vías de transitar el mismo camino según lo ejemplifica Zaffaroni en una crónica reciente en la que reseña las experiencias de Brasil, Paraguay, Colombia y Argentina.[18]

6. *La legislación argentina*

En el Código Penal vigente en nuestro país desde hace setenta y cinco años no se reprodujo la regla general incluida en el Proyecto Tejedor antes mencionada. Aparecen únicamente algunas disposiciones aisladas que contemplan situaciones de esa índole, verdaderos casos de excepción raramente aplicados en la práctica. Por ejemplo, la disposición que exime de castigo en el delito de conspiración para la traición a quien "revela la conspiración a la autoridad antes de haberse comenzado el procedimiento" (art. 217). Jiménez de Asúa se refirió a esta disposición denominándola "premio a la delación"[19] y la incluyó en la categoría de las "excusas absolutorias posteriores", categoría esta que los autores alemanes designan más bien como "causas personales de cancelación o levantamiento de pena". Se trata de una serie de situaciones caracterizadas por no permitir su encuadramiento en la clasificación sistemática de las causales que excluyen, ya sea la antijuridicidad del hecho o bien la culpabilidad del autor.

[17] Jean Pradel: *Droit pénal comparé*, Dalloz, Paris, 1995, p. 308/9.

[18] Eugenio R. Zaffaroni: "Impunidad del agente encubierto y del delator: una tendencia legislativa latinoamericana", en *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol.67, n° 3-4, 1996, pp. 725/738.

[19] Luis Jiménez de Asúa: *Tratado de Derecho Penal*, t. VII, 2ª ed., Buenos Aires, 1977, p. 174.

La ubicación sistemática de este tipo de exenciones las hace especies del género al que corresponde el desistimiento de la tentativa o, mejor aún, siguiendo la idea de Jiménez de Asúa, el arrepentimiento activo.[20]

El arrepentimiento sería, según los antecedentes parlamentarios, el caso al que pertenece la hipótesis incorporada a la legislación argentina en materia de estupefacientes por la ley 24.424. La nueva disposición, introducida como art. 29 ter de la Ley de Estupefacientes 23.737, establece atenuaciones de penalidad que pueden llegar a la eximición total para quienes revelen la identidad de otros partícipes o den información sobre sustancias o productos del delito o bien sobre organizaciones delictivas. Pero, en rigor, no se trata verdaderamente del arrepentimiento sino de la delación.[20] La condición establecida en la norma es la utilidad de la revelación o el informe, no la voluntad de desistir ni el arrepentimiento.

Distinto es lo que ocurre en la actual legislación española. El nuevo Código Penal puesto en vigencia en 1995, en su art. 376, referido a delitos con estupefacientes, permite la atenuación del castigo a quienes colaboran con la autoridad pero a condición de que hubieran abandonado voluntariamente la actividad delictiva. La ley argentina, en cambio, está concebida en función de propósitos estrictamente utilitarios. Los beneficios que en ella se conceden se encuentran supeditados al resultado que pueda obtenerse con los datos revelados. La reminiscencia que sugiere nos retrotrae indudablemente a la práctica medioeval anglosajona del *approver*. Pero ahora, claro está, sin el riesgo para el delator de tener que batirse a duelo con los acusados, como podía ocurrir en aquel entonces y sin que tampoco se le imponga la exigencia de aquella época de que abandone el territorio del reino.

7. *Las normas vigentes en los Estados Unidos*

Interesa entonces volver al entorno anglosajón y, más precisamente, a los Estados Unidos de donde, indudablemente, proviene la inspiración de la nueva ley argentina.

[20] Op. cit., pp. 846/7. Debe recordarse que el desistimiento sería la variante propia del hecho en grado de tentativa y el arrepentimiento eficaz, en cambio, el que tiene lugar cuando hay lo que se llama una tentativa acabada o, en la terminología que prefiere este autor, un delito frustrado.

[21] Conf. Marco Antonio Terragni: "El 'arrepentido'", en *LL*, 1994, E, p.1450.

La cuestión que se suscita, en el Derecho norteamericano, con las confesiones de un inculpado que sirven de prueba contra otro, se encuentra planteada como un conflicto entre las atribuciones del fiscal, de obligar a alguien a prestar declaración como testigo de cargo, y la garantía —o el privilegio según lo llaman los americanos— de no ser obligado a declarar contra sí mismo.

El principio, generalmente aceptado, es que el otorgamiento de inmunidad hace desaparecer el privilegio y permite obligar a declarar. Lo que suele ser discutido es el alcance que debe tener el otorgamiento para que produzca esa consecuencia. La cuestión tiene algunos matices polémicos y puede estar contemplada de manera distinta en los diferentes estados y en el orden federal. Lo que se discute es si hay necesidad de una inmunidad que abarque el hecho sobre el que versa la declaración, lo que se llama, traduciendo literalmente la expresión inglesa, una "inmunidad de transacción", o si, en cambio, basta con que se asegure que lo declarado no será utilizado, lo que se llama una "inmunidad de uso".

En el orden federal la cuestión está legislada ya desde el siglo XIX. En 1892 se registra un importante precedente interpretativo de la Corte Suprema en el que se consideró inconstitucional la ley que obligaba a declarar pero no aseguraba más que la prohibición de utilizar lo declarado en una acusación posterior. Se entendió que era necesario para poder imponer una obligación semejante frente a la garantía constitucional contra la autoincriminación, una inmunidad de mayor alcance.[22]

El criterio amplio, es decir el de la inmunidad de transacción, que muchos entendieron consagrado en ese precedente, resultó finalmente modificado con un fallo de la Corte Suprema de 1972 que vino a zanjar la cuestión de una manera que podríamos llamar mixta. En "Kastigar v. United States"[23] quedó consagrado el criterio que se puede denominar de la "inmunidad de uso derivativo" según el cual, aunque no es necesario una inmunidad de transacción, se requiere la seguridad de que lo declarado no pueda utilizarse y de que tampoco pueda utilizarse ninguna prueba derivada de la misma declaración. Eso significa que la persona favorecida por el otorgamiento de la inmunidad única-

[22] "Counselman v. Hitchcock", 142 U.S. 547.
[23] 406 U.S. 441; 92 S.Ct. 1653, 32 L. Ed. 2d. 212.

mente puede ser acusada por el hecho al que se refiere su declaración cuando la acusación demuestre que la prueba de cargo ha sido obtenida de una fuente totalmente independiente.

A todo esto las leyes de los distintos estados pueden ser, y de hecho en muchos casos lo son, más amplias que la que rige en el orden federal. La interpretación de la constitución federal en el ya mencionado caso "Kastigar v. United States", estableciendo que es válida la inmunidad que alcance al uso derivado de la declaración pero que no es necesaria una inmunidad total del hecho, se limita a fijar el recaudo mínimo imprescindible para resguardar la garantía de no ser obligado a declarar contra uno mismo. El criterio prevaleciente se inclina por establecer la inmunidad "de transacción". Es lo que ocurre, por ejemplo, con las Reglas Uniformes de Procedimiento Criminal[24] y equivale, en la práctica, a que algunos delitos puedan confesarse con una inmunidad total.

Una película que se vió no hace mucho en Buenos Aires basa su trama argumental, localizada en el estado de California,[25] en una confesión de esa clase y nos sugiere una propuesta final de reflexión. En "Los sospechosos de siempre"[26] la técnica del *flash-back* tiene una utilización relativamente original: la historia de los crímenes se reconstruye de a pedazos a través del relato de uno de los partícipes que ha obtenido la inmunidad total. Lo que nos deja pensando es que el *suspense* de la obra no sea simplemente descubrir al criminal sino identificar la encarnación diabólica del mal, personificada finalmente en el propio relator que nada tiene de arrepentido y de quien, tanto en la ficción como en el efecto de realidad, no puede saberse cuánto de verdad incluyó en las mentiras de su relato.

[24] *Uniform Rules of Criminal Procedure* (732). Se trata de un proyecto para unificar la legislación de los estados que no tiene vigencia en sí mismo pero que goza de autoridad como fuente doctrinal. Sus disposiciones son seguidas en muchos casos en las leyes en vigencia.

[25] El Código Penal de California consagra el criterio de la inmunidad de transacción (Cal. Penal Code, nº 1324)

[26] *The usual suspects*, dirigida por Bryan Singer sobre un guión de Cristopher McQuarry.

XVIII. GARANTÍAS Y BIEN JURÍDICO

POR JOSÉ ANTONIO BUTELER (H.)

1. *Introducción*

Determinado por el formidable avance que el movimiento filosófico jurídico de la Ilustración introdujo en el fenómeno del castigo penal, con el consecuente avanzar a paso firme del Principio de la Legalidad de la represión, el proceso de codificación iniciado en Europa apenas en los albores del siglo XIX, estructuró un modo de formalización de legislación penal, que hoy en reglas generales se encuentra profundizado y dominante.

Este modelo de técnica legislativa penal consiste en la formulación por el legislador de un supuesto de hecho, que en cada caso y con particularidades en su estructura, va acompañada, como consecuencia jurídica, de la amenaza en abstracto de la imposición de una pena.

La historia de la elaboración dogmática conceptual en orden a la particular estructura de la legislación penal represiva, ha sufrido el influjo de un lógico proceso de evolución, avance y ajuste conceptual por un lado; y también, la correspondiente influencia de particulares puntos de vista filosóficos, sociológicos y políticos.

Desde la enunciación de la teoría de las normas de Binding, con el particular aporte subsiguiente de M. E. Mayer y Birnbaum de la formulación de la preexistencia de "normas culturales", se incorpora como aporte irrenunciable a esta elaboración lógico conceptual, la afirmación de que detrás del supuesto de hecho conminado con una pena en abstracto, se expresa en forma clara y categórica un "deber ser", que tiene como objetivo la regulación de conductas humanas.

No obstante formulaciones científicas dogmáticas del Derecho, partiendo de la particular estructuración lingüística de las leyes penales, influenciadas en un concepto físico y naturalístico,

fueron generando posiciones y afirmaciones en relación a la interpretación y aplicación de la ley penal, despojadas de la necesaria consideración normativa y axiológica.

Posiciones y afirmaciones éstas, que se traducían en un "vivir", y "percibir" la ley penal, de manera explícita o implícita, como un mero "formal deber" de no cometer el supuesto de hecho descripto de manera general y abstracta. Convirtiendo en muchos casos al tipo penal más que en un límite y acotamiento al poder estatal de castigar en una necesidad de castigo de todo comportamiento que pudiera subsumirse en aquel supuesto de hecho, sin consideraciones normativas y axiológicas.

Particular referencia, en este orden, formula la dogmática alemana al rol de la Escuela de Kiel, que explicaba al delito como una "inmaterial contravención al deber". Particular enfoque impregnado de la ideología del nacional socialismo, y de la instrumentación de la ley penal positiva como instrumento de poder hegemonizador de "conciencias".

2. *Ley penal (tipo legal), norma y bien jurídico*

Pero debe sostenerse, frente a esta vivencia de lo jurídico como imposiciones de deberes despojados de contenido material, y así ha sucedido en la correcta doctrina, la afirmación de que detrás de toda ley penal que enuncia un supuesto de hecho —tipo penal— existe un necesario y fuerte soporte normativo, que busca determinar comportamientos humanos, a través de mandatos y prohibiciones; en esta dimensión ha perdido y debe perder importancia, el posicionamiento o debate sobre la preexistencia temporal de normas escritas en otras área o disciplinas del Derecho positivo; como así también la preexistencia de normas culturales. Es la ley penal la que al asignar la amenaza de una pena si se realiza un determinado comportamiento, está ordenando o prohibiendo determinadas conductas humanas.

Por ello es que leyendo a Reinhart Maurach, es allí donde encontramos coincidencia plena, y a su vez, formulación feliz de este pensamiento: "El reconocimiento de un sistema normativo soportante de la ley penal (del tipo) se impone tanto desde una perspectiva de lógica jurídica como de dogmática penal".[1]

[1] Ver Maurach, Reinhart: *Derecho Penal. Parte General 1*, actualizado por Heinz Zipf, Astrea, 1994, § 19, II, 26, 27, 28, 29, 30 y 31, pp. 343/345.

Reconocido un soporte material que enuncie y formula implícitamente el tipo penal, aparece así con clara precisión lo que en común poseen la norma jurídica y la norma moral. Lo que sucede es que la norma perteneciente al mundo de lo ético, en búsqueda de excelencias de comportamiento humano, se enuncia en forma desnuda y transparente como un deber ser: sea prohibitivo: no matarás; sea preceptivo: ayudarás al prójimo. Como no va acompañada de coerción estatal, nada tiene que agregar a su propia formulación, trasparente y franca de una norma de comportamiento.

En cambio en lo jurídico penal sin lugar a dudas, la manera de pronunciarse a través de la descripción de un supuesto de hecho, es absolutamente coherente con la amenaza de la aplicación del poder estatal a través del castigo.

Se amenaza con el castigo a quien "realice" el supuesto de hecho, porque ha violado la norma de comportamiento ético social que el Derecho ha enarbolado o ha constituido como norma jurídica, es entonces conclusión indubitable que la interpretación del tipo penal debe estar guiada y orientada por el alcance y contenido de la norma prohibitiva o preceptiva que ese supuesto de hecho expresa. Contenido y significado de la norma que estará condicionado por la efectiva vulneración del interés que el orden jurídico ha elevado como ente digno de protección jurídico penal.

Pronunciamos la necesidad de que el castigo penal no deviene mecánicamente de la subsunción de un comportamiento en el lenguaje conceptual del tipo penal, sino que éste no puede ser otra cosa que un instrumento que permita el castigo penal cuando efectivamente se ha afectado el interés protegido por la norma.

Desprender, separar, fragmentar la descripción formal del supuesto de hecho (tipo penal), de la consideración normativa y axiológica que expresa la norma penal para proteger un determinado interés (bien jurídico), convierten al acto de poder punitivo en un puro arbitrio de fuerza, ciego al valor ético social, que ha decidido proteger el Derecho positivo. Merecen una especial consideración aportes de la doctrina y jurisprudencia nacional, en esta posición de exigir además del mero encuadramiento en la figura conceptual del tipo; una efectiva violación de la norma prohibitiva o preceptiva, dominada en su interpretación por su fin tuitivo: bien jurídico de relevancia penal.

Carlos Santiago Nino expresó así esa concepción de lo jurídico, en las proyecciones de nuestro campo específico: "Una acción es punible solamente cuando causa un daño o peligro que la ley está destinada a prevenir", adoptando de la raíz griega "telos —finalidad—" agrega como condición necesaria para el castigo penal al mero encuadramiento mecánico en el tipo penal, el principio de enanteatelidad, como "condición adicional de responsabilidad" penal.[2]

Pero pertenece a la elaboración lógica intelectual de Zaffaroni, debidamente explicitada en su concepción de tipicidad conglobada, la exigencia jurídica positiva, de que el castigo penal sólo está autorizado en el análisis sistemático, teleológico del supuesto de hecho descripto por la ley penal (tipo legal, norma prohibitiva o preceptiva y bien jurídico).[3]

Abel Cornejo expresa con vigor, en Monografía de reciente data, la necesidad de insertar el supuesto de hecho de la ley penal, en lo normativo y axiológico, cuando pauta la realización del Derecho en concreto, al siguiente objetivo: "Su fin es el logro de una regla de comportamiento justa. Por tanto interpretar la ley no implica descubrir su sentido teórico, sino su sentido normativo", que le permite afirmar que el orden jurídico no habilita a castigar hechos y comportamientos insignificantes, que no violan la norma, al no afectar el interés digno de protección (bien jurídico).[4]

3. *Bien jurídico*

3.1. **Criterio sistemático en la ley penal**

Este interés elevado a la categoría de relevante para amenazar, y en su caso realizar el castigo penal, expresado como bien jurídico, constituye un principio inmanente a la sistemática de estructuración de la ley penal, que se manifiesta, con mayor o menor intensidad, de diferentes maneras. .

A. La elaboración sistemática de la Parte Especial del Código Penal Argentino, ordena metodológicamente la enumeración y

[2] Ver Nino, Carlos Santiago: *Los límites de la responsabilidad penal*, Astrea, 1980, Parte Segunda, Cap. VI, pp. 312/326.

[3] Zaffaroni, Eugenio Raúl: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. III., Ediar, 1981, Título III, Cap. 21, pp. 229/238.

[4] Cornejo, Abel: *Teoría de la insignificancia*, Ad-Hoc, 1997, en especial p. 78.

consideración de los supuestos de hecho que conforman los distintos tipos o conductas prohibidas, teniendo en cuenta la naturaleza; forma de ataque; su intensidad y demás circunstancias de los bienes jurídicos que ha decidido proteger.

Este concepto como inmanente del sistema, guía, al menos como un principio necesario y racional, la gravedad proporcional de la afectación de las distintas clases de bienes jurídicos, y de la distinta forma y manera de afectación a los mismos. Reflejando en las escalas penales en abstracto la axiología del legislador en relación al significado e intensidad tuitiva.

B. Al legislar sobre las causas de justificación el Código Penal expresa y pone de manifiesto un claro soporte normativo de selección, en cada caso, del interés jurídico lesionado por el tipo, y el protegido por la autorización o justificación legal.

C. Es en el art. 34, inc. 3, en donde surge clara y nítidamente, el soporte tuitivo del plexo normativo y axiológico que guía al legislador, al autorizar una conducta típica para evitar un mal inminente a un bien jurídico de prevalente protección.

Por ende sistemáticamente la consideración estática y fragmentada del supuesto de hecho, interpretado aisladamente de todo el sistema jurídico represivo configurado sobre el trípode Ley penal (tipo Legal), norma y bien jurídico, desnaturaliza lógica y conceptualmente, y también desde el punto de vista dogmático, la correcta interpretación del Derecho positivo vigente.

Los parámetros normativos y axiológicos —fundados en el alcance y significado de la norma en relación al bien jurídico tutelado— para interpretar la ley penal en cada caso concreto, trascienden en forma inequívoca del sistema jurídico instrumentado por nuestro Derecho positivo.

3.2. **Condición *sine qua non* del castigo penal**

La precisión de su concepto como criterio sistematizador, expresa de manera inequívoca su rol fundante de la legitimidad del castigo, que como veremos más adelante supone necesariamente también un instrumento de límite y acotamiento al poder represivo. Pero la sola afectación del bien jurídico no agota, por supuesto, todos los elementos y valoraciones que deben concurrir y asistir a un proceso por el que la política legislativa criminaliza y penaliza conductas.

Es absolutamente así, de tal manera, que la protección de determinados bienes jurídicos, alcanza proyección jurídico pe-

nal, sólo frente a determinada gravedad o forma comisiva del ataque.

Tradicionalmente la afectación a la incolumidad del patrimonio, por un mero incumplimiento contractual está excluido de los supuestos de hecho que traen aparejados la intervención del Derecho Penal.

Todas estas precisiones fruto de la elaboración dogmática con origen en Europa continental y en especial en Alemania, y su acogimiento en nuestra doctrina nacional, tienen clara proyección en nuestro Derecho Penal constitucional, al prohibir la pena privativa de libertad por el incumplimiento de la obligación consistente en dar una suma de dinero (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional en función del art. 7°, inc. 7°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Por ello: *el bien jurídico, como estándar legitimador del castigo penal es uno de los criterios que determinan la amenaza de punibilidad de un comportamiento, pero constituye, a su vez, condición* sine qua non *para su procedencia.*

3.3. **Naturaleza**

La evolución histórica de la dogmática jurídica penal acerca del bien jurídico nos permite afirmar hoy que se trata rigurosamente de un ente ideal, por ende de un contenido inmaterial, que debe distinguirse del objeto material de ataque de la conducta delictiva. [5] *Como* tal y tras esa primera precisión, sigue el afirmar que pertenece al mundo de los valores y que consiste en un interés social que el Derecho selecciona como digno de protección jurídico penal, a través de las descripciones de conductas hipotéticas generales y abstractas que de desplegarse en el mundo fenomenológico deberán traer la pena como consecuencia jurídica.[6]

3.4. **Concepción personal del bien jurídico**

La diferencia entre objeto material de ataque de la acción y el bien jurídico protegido por la norma penal aparece nítida cuando la protección se dispensa sobre derechos con proyección patrimonial donde el objeto de apoderamiento, o en su caso, la dis-

[5] Buteler, José Antonio: Relato de las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Penal, San Miguel de Tucumán, 1990.

[6] Jescheck, H.H.: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Primer vol. pp. 9-13, Adiciones de Derecho Español, por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde - Bosch, 1981.

posición patrimonial; se distinguen sin esfuerzo de la relación jurídica entre el propietario y la cosa, entre sujeto activo y sujeto pasivo, que constituye el bien jurídico tutelado.

En los derechos personalísimos como el derecho a la vida, a la salud, a la integridad personal, al honor, a la autodeterminación sexual, si bien no aparece tan nítida aquella diferencia, una correcta elaboración conceptual permite claramente distinguir lo que es objeto material de lo que es el derecho a disponer sin la interferencia ilegítima de un tercero, que constituye la esencia del bien jurídico.[7]

Concebida la noción de bien jurídico conforme a una concepción antropocéntrica y humanista, como bien o derecho de la persona humana, *en todos los casos el interés objeto de protección —bien jurídico— está referido al individuo como su titular* sea que se trate de un atributo de su personalidad jurídica o como "miembros de la sociedad, seguridad política, seguridad y tranquilidad comunes, salud pública, fe pública y administración pública", etcétera.[8]

De esa óptica de un Derecho Penal individualista y liberal, debe descartarse la atribución a la "sociedad" o a la "comunidad" de la titularidad de bienes jurídicos como si fueran realidades ontológicas distintas de las personas humanas que la componen y superiores en jerarquía a ellas. No puede entenderse a la sociedad sino como el cúmulo complejo, dinámico y muy rico en relaciones intersubjetivas a que da origen la convivencia.

Esta afirmación de interés individual necesario en el concepto de bien jurídico hace ineludible su reforzamiento y vigor, frente a una aguda, creciente, y extendida criminalización de los dados en llamar intereses difusos.

En *"Lineamientos de un teoría personal del bien jurídico"* Winfried Hassemer frente al pensamiento funcionalista, da cuenta de la necesidad de su vigorización: "Un concepto personal de bien jurídico no rechaza la posibilidad de bienes jurídicos generales o estatales, pero funcionaliza estos bienes desde la persona: solamente puede aceptarlos con la posibilidad de servir a intereses del hombre".

[7] Liszt, Franz von: *Tratado Derecho Penal*, t. II, vigésima ed.
[8] Núñez, Ricardo C.: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 44.

"Esto significa, por ejemplo, que el bien jurídico de los delitos contra la seguridad pública no puede ser el tráfico jurídico, sino la totalidad de quienes intervienen en este tráfico jurídico y con ello, de los interesados en la integridad de los instrumentos de prueba, o que el bien jurídico en el derecho ambiental no es el medio ambiente por sí mismo, si no solamente como medio para la necesidad de la salud y la vida del hombre."[9]

Günther Jakobs, alerta: "*1)* Parte General (criminalizaciones de conductas en el estadio previo): *a)* Cuanto más intensamente se optimice la protección de bienes jurídicos, tanto más se define al autor como enemigo, sin un ámbito interno."[10]

En todos los casos el interés objeto de protección —bien jurídico— debe estar referido al individuo como su titular.

4. *El concepto de bien jurídico como estándar constitucional en el Derecho Penal argentino*

La ideología conceptual de los valores de nuestra Constitución Nacional, forjada bajo la concepción libertaria de su Preámbulo, que se proyecta en un amplio plexo de garantías individuales, expresa sin lugar a dudas una clara orientación de toma de partido por la autonomía ética, el pluralismo democrático, con eje central en la dignidad y la libertad de la persona humana, y con una amplia capacidad de proyección garantista, en virtud de los dispuesto por el art. 33.

Asimismo en virtud del art. 75, inc. 22, de la Constitución de 1994, con la incorporación de Declaraciones y Convenciones sobre Derechos Humanos, y en contra de las distintas formas de discriminación ha profundizado ese sesgo ideológico-axiológico de la Constitución de 1853.

De allí que sea de riguroso Derecho vigente, en nuestra concepción constitucional, la afirmación de una noción o concepto de bien jurídico, esencialmente de contenido personal, que configura así un Derecho Penal liberal e individualista que no permite jurídicamente la funcionalización del concepto de bien jurídico para ampliar contenidos de criminalización que no estén

[9] Hassemer, Winfried: "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico", en *Doctrina Penal*, Año XII, 1989, pp. 275/285.

[10] Jakobs, Günther: *Fundamentos del Derecho Penal*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos, Ad-Hoc, noviembre de 1996, Cap. IV: Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico, p. 239.

referidos a concretos y humanos intereses individuales como derechos personalísimos o como derechos que surgen del entramado de relaciones sociales del ciudadano.

No es pues, entonces, este concepto personal de bien jurídico, fruto sólo de una elaboración dogmática conforme a una teoría pura e ideal de Derecho Penal, sino que es expresión inequívoca de la noción de bien jurídico como estandar constitucional argentino.

Eso es lo que regla y manda nuestra Carta Magna, en su real alcance y significación hermenéutica, cuando excluye de la intervención del poder estatal de juzgar, las acciones que "no ofenda al orden y la moral pública y no perjudiquen a un tercero".[11]

En ese contexto axiológico de la Constitución Nacional deben ser interpretados la expresión "orden y moral pública", es decir como intereses humanos individuales, en relación al tramado de relaciones de convivencia de los que son protagonistas y exclusivos destinatarios los ciudadanos.

Excluye así, la configuración de tipos legales, fundándose en la afirmación de un concepto vago e impreciso de bien jurídico, dándole categoría de tal a cualquier interés conyuntural y de turno de política penal, que fije el Estado, invocando principios generales y abstractos no enraizados en una concepción humanista e individual de la persona humana.

Asimismo, constituye ese concepto de bien jurídico, una condición *sine qua non* de todo castigo penal.

Concluimos en esta cuestión que:

La Constitución Nacional Argentina consagra como estándar vigente en nuestro orden jurídico, que no puede haber castigo penal sin la ofensa a un interés —bien jurídico— individual de la persona humana, en sí misma, o de su proyección social. [12]

[11] Caballero, José Severo: *Acciones privadas de los hombres y autoridad de los magistrados*, "Conclusiones. V. Es indudable que la terminología del precepto acciones privadas con las precisiones que han traído las declaraciones internacionales del Derecho del Hombre tiene hoy una denominación y extensión mayores que los simples actos internos o libertad de contemplación propia de la conciencia religiosa, pues comprende todos los actos externos del hombre que no importen quebrantamiento del hombre o de la moral pública o perjudiquen a terceros", *La Ley*, 1989, p. 75.

[12] Bidart Campos, Germán J., Comentario a Fallo: La incriminación del adulterio: "El Congreso...no puede: *a)* violar la Constitución cuando describe el tipo penal, cosa que ocurre —por ej.— si invade el reducto de intimidad o privacidad personal, como en el caso de tenencia y consumo de droga en dosis mínimas (aun cuando desde el caso 'Montalvo' la Corte a vuelto a sostener que no es inconstitucional, dejando de lado su jurisprudencia de los casos 'Bazterrica' y 'Capalbo'); *b)* Incurrir

La jurisprudencia nacional, en casos de gran resonancia técnica especializada[13] y nuestra dogmática registran la utilización de este estándar constitucional, en distintos roles o funciones de garantía frente a la potestad estatal de castigar.[14]

Encuentros académicos de significación nacional han concentrado el esfuerzo, la discusión y el debate de juristas penales y constitucionalistas sobre este tema en cuestión.[15]

5. *Conclusiones*

El estándar constitucional argentino del bien jurídico cumple un triple rol de función de garantía:

a) Prohíbe al legislador la estructuración de supuestos de hecho (tipo penal) que no supongan necesariamente, una afectación al bien jurídico, en grado de peligro o de lesión, siendo axioma inequívoco en este tema en los casos de peligro, que el riesgo dimane por sí solo de ese comportamiento, pues si para que nazca éste, es necesario otro comportamiento futuro, conculca la garantía.

b) Principio hermenéutico directriz, dirigido a los jueces en la interpretación y aplicación de la ley penal, que inspirado y determinado en una interpretación teleológica del Sistema, no deben constitucionalmente castigar ningún

---

en similar violación al establecer la pena con quebrantamiento de la necesaria proporción entre la gravedad de la conducta, la cuantía de la sanción, y la valiosidad del bien jurídico dañado por el delito."

[13] Cavallero, Ricardo Juan: *Justicia Criminal. Debates en la Corte Suprema*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1991, en especial pp. 101/105. Sentencia Corte Suprema *in re* "Martínez, José Agustín p.s.a. robo calificado de automotores".

[14] Así Zaffaroni sintetiza: "Desempeña *a)* una función garantizadora o limitadora de la tarea del legislador penal... y también cumple *b)* una función teleológico sistemática de fundamental importancia para reducir a sus debidos límites la materia de prohibición. Esta función (trascendental en la interpretación de los tipos) implica la introducción del pensamiento teleológico en la interpretación dogmática", op. cit. t. III, § 315, p. 250.

[15] Así: *"Régimen penal de estupefacientes y la Constitución"* en XI Jornadas Nacionales de Derecho Penal de Mar del Plata, septiembre de 1986, con relato del autor, impugnando la constitucionalmente de la tenencia en cantidad mínimas para el propio consumo; *"Principio de Insignificancia, análisis jurisprudencial y dogmático"*, en III Congreso Nacional Universitario y II Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, 1990, relato del autor y *"Los delitos de peligro abstracto y su validez constitucional"* en XIII Jornadas Nacionales de Derecho Penal y organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Tucumán, 1990, con relato del autor.

comportamiento, que aunque encuadrado en el tipo legal, no viole la norma que éste expresa, por no haber afectado el bien jurídico protegido en los casos de lesión; o no haber sido el comportamiento idóneo para, en el caso concreto, haber generado el peligro presumido por la ley (el llamado delito de peligro abstracto). El Principio de Insignificancia, partiendo de los conceptos y el estándar referido precedentemente, abarca y comprende conductas, valga el pleonasmo, sin significación normativa, que no alcanzan en el caso concreto a afectar la relación de disponibilidad del interés jurídico protegido.

c) Conforme a los artículos 1, 16, 28 y 33 de la Constitución Nacional, el estándar que expresa la noción del bien jurídico, constituye un instrumento imprescindible, para que el juez pueda declarar inconstitucional, para el caso concreto, la conminación de la escala penal en abstracto, cuando en relación a todo el sistema represivo y los valores de la Constitución, ésta parezca como irrazonablemente desproporcionada, frente a la naturaleza del bien jurídico objeto de protección, y su forma comisiva de ataque.

XIX. BIEN JURÍDICO Y SISTEMA DEL DELITO*

POR GONZALO D. FERNÁNDEZ**

1. *Introducción*

Toda la literatura científica contemporánea se preocupa de señalar, casi sin excepciones, que el sistema de Derecho Penal debe ajustarse a un modelo de *extrema ratio*, acotado a la tutela de bienes jurídicos valiosos para la vida social.

Esta respuesta penal de *ultima ratio*, ya emergente en la ideología del penalismo liberal,[1] parece ser —en efecto— la única compatible con el Estado democrático de Derecho,[2] caracterizado no sólo por una visión participativa del proceso político, sino también y primordialmente, por el reconocimiento constitucional de la dignidad y la libertad del ser humano.[3]

De ahí pues el carácter *fragmentario* del ordenamiento penal[4] —un *sistema discontinuo de ilicitudes*, según la difundida expresión de Soler—;[5] fragmentariedad que reconoce y se deriva de un sustrato ideológico, simbolizado por el principio de intervención mínima.

La intervención mínima traduce un criterio político, tendiente a contener la expansión del aparato penal del Estado y a prevenir el riesgo siempre recurrente de un modelo autoritario. Desde esa óptica, la pena pública sólo se justifica en orden a la protección de bienes jurídicos;[6] esto es, de aquellos valores apreciados

* Comunicación al "Congreso Internacional de Derecho Penal - 75° Aniversario del Código Penal Argentino". Buenos Aires, 11 al 14 de agosto de 1997.

** Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de la República - Montevideo.

1 Soler (1966), 23; Mantovani (1988), 61.

2 Carbonell Mateu (1996), 194; Luisi (1991), 25; Bustos Ramírez (1994), 96.

3 Díaz (1991), 25-26; Pérez Luño (1984), 220; Garrorena Morales (1987), 159.

4 García Pablos (1995), 271; Luzón Peña (1996), I, 82; Zugaldía Esinar (1993), 236; Fernández Carrasquila (1992), 44.

5 Soler (1976), I, 7.

6 Hassemer (1984), 37.

como fundamentales para el desarrollo pacífico de la vida comunitaria.[7] Allí estriba la única función racional del Derecho Penal y —eventualmente— la fuente de legitimación material de la reacción punitiva estatal.

Haciendo a un lado disquisiciones puramente terminológicas, resulta claro en todo caso que la misión del Derecho Penal de fin de siglo ya no implica mediatizar los objetos de tutela, subordinándolos al rol principal de conformación de valores ético-sociales,[8] o bien al fin superior y no menos ambiguo de la promoción humana.[9]

Antes bien, si la evolución del Derecho Penal responde, cada vez más, al criterio pragmático de *orientación a las consecuencias* y a un paradigma teleológico-racional, ello significa que no ha de perseguir objetivos etizantes, ni instrumentalizar los bienes jurídicos en pos de la afirmación de valores morales. Por el contrario, el Derecho Penal atiende —en cualquier modelo democrático— a reglas de absouta necesidad y proporcionalidad de la reacción penal,[10] subsumibles bajo la idea de *prohibición de exceso*.

En consecuencia, desde esta nueva perspectiva, la teoría del bien jurídico está llamada a cumplir un rol decisivo dentro de la estructura del delito, con enorme capacidad de rendimiento para la articulación del sistema de Derecho Penal. Ella denota poseer un gran potencial o aptitud limitadora, aprovechable tanto en la instancia legislativa de criminalización primaria, donde el bien jurídico plasma su *función crítica*, cuanto en la fase ulterior, de interpretación y aplicación del Derecho Penal objetivo (criminalización secundaria), en la cual ejerce su *función dogmática*.[11]

La incidencia del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos en el momento legislativo es incuestionable, por su idoneidad para reducir —al amparo de valoraciones político-criminales— el ámbito de intervención penal del Estado,[12] restringiéndolo a una franja de situaciones de alta e intolerable dañosidad social, que por la entidad objetiva de la conducta (gravedad del ataque) y la importancia de los bienes involucrados

[7] Mir Puig (1990), 100; Cobo-Vives (1984), 91; García Rivas (1996), 53.
[8] Welzel (1976), 16; Battaglini (1937), 4; Bettiol (1995), 30.
[9] Antolisei (1960), 9.
[10] Muñoz Conde-García Arán (1993), 75; Mir Puig (1994), 162; García Rivas (1996), 50.
[11] Bacigalupo (1987), 43.
[12] Mir Puig (1976), 30; Binder (1993), 143; Vázquez Rossi (1993), 108.

reclaman, imperiosamente, la intervención subsidiaria del control penal.[13]

Sin embargo, no es menos cierto que la teoría del bien jurídico da frutos también en el momento judicial; vale decir, en su función dogmática, como elemento valorativo a emplear para la interpretación teleológica del Derecho objetivo.

No obstante, en lo que dice relación con esa función dogmática y fuera del rol clasificatorio o aglutinador que cumple en el ordenamiento de la Parte Especial, la teoría del bien jurídico se ha visto notoriamente opacada, cuando no diluida, por buena parte de la dogmática penal.

Dicho de otro modo, la lesión del bien jurídico no se constata positivamente en la valoración de la responsabilidad penal y, en el fondo, constituye un aspecto extraño a las llamadas reglas de imputación, que gobiernan el *iudicium de merito facti*.[14]

Va en ello, un grave error. A nuestro entender, el bien jurídico constituye un *elemento intrasistemático* esencial, insoslayable dentro de un paradigma minimalista de *ultima ratio*,[15] en tanto gravita en el juicio de subsunción típica y en la definición y graduación del juicio de reproche al autor. En menos palabras, la afectación del bien jurídico completa la fundamentación positiva de tipicidad de la conducta, mientras que la relación de disponiblidad con el bien jurídico determina la exigibilidad de conducta alternativa, en sede de culpabilidad.

Si vale un ejemplo para corroborar la importancia del bien jurídico en la teoría del injusto, recordemos que —no en balde— la Escuela de Kiel se empeñó en reivindicar un concepto unitario del delito *(die Straftat als Ganzes)*, preconizando entre otros aspectos la renuncia drástica al *Rechtsgut*, calificado entonces —conforme a las palabras de Schaffstein— como un puro *producto exangüe de la abstracción*.[16]

2. *Bien jurídico y principio de lesividad*

La determinación del sustrato material del bien jurídico —excluida la corriente negativista del funcionalismo sistémico,

[13] Zipf (1979), 42; Muñoz Conde (1975), 60; Quintero Olivares (1981), 48.
[14] Hruschka (1995), 175.
[15] Ferrajoli (1995), 476.
[16] Schaffstein (1939), 295.

que lo disuelve en la mera estabilidad de la norma—,[17] es una cuestión problemática. A pesar de la vocación garantista ostensible, este tópico está lejos todavía de concitar consensos doctrinarios amplios.

En puridad, la primera disyuntiva pasa por reconocerle al bien jurídico un sustrato material efectivo —¡nada menos!—, o bien estimarlo como un principio regulativo general, afín a la *ratio legis* o *mens legis*: esto es, aceptarlo como un criterio valorativo abstracto dentro de la interpretación teleológica.

Y aun dentro de la primera orientación coexisten posiciones *trascendentalistas* y opuestas tendencias *inmanentistas*,[18] pues allí confrontan en forma abierta las teorías sociológicas con las tesis valorativas puras, o aquellas otras de raigambre jurídico-constitucional —¿*tertium genus*?—, tan frecuentes dentro de la dogmática penal italiana.

2.1. **Evolución de la dogmática argentina**

La dogmática argentina, como no podía ser de otra manera, también exhibe las oscilaciones y ambiguedades propias de la teoría del bien jurídico, que han caracterizado toda su evolución dentro de la doctrina del Derecho Penal.

2.1.1. La teoría del interés protegido

Desde la primitiva exposición de Tejedor que, aún sin nombrarlo, parece querer identificar al bien jurídico con el *interés* social o el *derecho* particular protegido por la ley,[19] la asimilación del bien jurídico a una teoría del interés se abre paso, sin mayores contradicciones, en las obras de Obarrio,[20] Moreno (h.),[21] Ramos,[22] González Roura[23] y Gómez.[24]

En términos generales y, en algún caso, seguramente bajo la influencia de las ideas de Rocco, la objetividad jurídica viene a

[17] Jakobs (1995), 45; Jakobs (1996), 11.
[18] Bustos Ramírez (1994), 110.
[19] Tejedor (1860), 19 Y 125.
[20] Obarrio (1902), 52.
[21] Moreno (h) (1923), I, 52.
[22] Ramos (1927), I, 9.
[23] González Roura (1922), I, 85.
[24] Gómez (1929), I, 388-389.

coincidir en esta serie de autores con el *bien o interés* protegido penalmente.[25]

Conforme a dicho planteo, el concepto de bien jurídico no deja de ser una expresión formal y, en alguna medida, hasta tautológica, puesto que no encara el contenido material. Así y todo, aparecen referencias al carácter *social* o *público* del interés bajo tutela, acaso con voluntad de bloquear la posible arbitrariedad legislativa, que preanuncian el giro resultante de la dogmática lisztiana.[26]

En esta línea, ya dentro de la época contemporánea, se inscribe la tesitura de Soler, quien refiere que el delito vulnera *Objetos importantes para la vida social, intereses colectivos, que por eso se llaman bienes jurídicos e intereses jurídicos. Todo valor jurídico tiene como sustrato una realidad social en cuya ofensa la infracción se concreta.*[27]

De su parte, Fontán Balestra insiste en la teoría del interés, con el agregado de sostener que los bienes jurídicos *nacen de las relaciones en la vida de sociedad*,[28] mientras que Núñez, más encuadrado en la dirección bindingniana, sostiene que el ilícito infringe *la seguridad de los derechos naturales y sociales del individuo.*[29]

2.1.2. El giro hacia la socialidad

Era casi inevitable que, preocupada por delimitar un sustrato material, la dogmática argentina emprendiera el giro hacia la socialidad en el marco de la teoría del bien jurídico.

Moderadamente, Bacigalupo jerarquiza el bien jurídico como *un interés social merecedor de protección*,[30] y en la *dañosidad social* de la conducta, reivindicada en su hora por Liszt, señala la lesión de ese interés vital para el individuo o la comunidad y la causa del merecimiento de pena, sin perjuicio de reconocer que *toda selección y ordenación jerárquica de bienes jurídicos, por tanto, presupone una concepción social y, consecuentemente, también ética.*[31]

[25] Rocco (1978), 27.
[26] Liszt (1970), I, 222-238.
[27] Soler (1976), I, 9-10.
[28] Fontán Balestra (1961), 127.
[29] Núñez (1976), I, 17.
[30] Bacigalupo (1994), 38.
[31] Bacigalupo (1987), 43-44.

Luego dará un paso más adelante, asignándole al Derecho Penal *una función reparadora del equilibrio de un sistema social perturbado por el delito*, el cual encierra una forma de comportamiento desviado, donde resalta *su divergencia respecto de los modelos aceptados de conducta, es decir, de los comportamientos que cumplen con las expectativas sociales institucionalizadas.*[32]

Zaffaroni resume al bien jurídico en una *relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, en cuya conservación está interesado el Estado,*[33] aclarando que *en la vida social organizada por el moderno Estado social de derecho, la disposición debe entenderse como un uso que de ciertos objetos hacen los ciudadanos, para autorrealizarse.*[34]

Pero el desarrollo más interesante se encuentra en el pensamiento de Baigún y Tozzini, quienes hallan la médula del bien jurídico —de ahí el fundamento de la tutela penal— en la paz o conveniencia social,[35] lo cual determina que respondan, inexorablemente, a un interés social auténtico y preponderante, constatable a través de un juicio de valor, histórica y geográficamente condicionado y, por tanto, relativo.[36] De esta manera, el bien jurídico aparece como un verdadero y propio *elemento metatípico rector* del delito.[37]

2.2. **Para una teoría operativa del bien jurídico penal**

Desde luego, mal cabe resolver aquí, en el marco reducido de este trabajo, el arduo debate doctrinario planteado en referencia a la determinación del sustrato material del bien jurídico,[38] aun cuando —y no parece ocioso señalarlo—, el mismo esté plagado de falsas antinomias y controversias puramente discursivas.

Nos preocupa, antes que nada, aprehender un concepto operativo del *Rechtsgut*, apto para desarrollar su importante función intrasistemática. Vale decir, queremos extraerle verdadero rendimiento a la teoría del bien jurídico penal para fijar los al-

[32] Bacigalupo, Principios (1994), 10.
[33] Zaffaroni (1993), 224.
[34] Zaffaroni (1981), III, 240.
[35] Baigún-Tozzini (1992), 2.
[36] Baigún-Tozzini (1992), 3.
[37] Baigún-Tozzini (1992), 6.
[38] Fernández (1995), 173-179.

cances del injusto y también de la culpabilidad, tal cual lo proponen —quizás desde otra óptica— Bustos Ramírez[39] o Zaffaroni.[40]

En otros términos, aspiramos a rescatar una línea de reflexión que, con cierto eclecticismo, demuestre la utilidad efectiva de la teoría del bien jurídico dentro del análisis estratificado del delito y, a través de ello, que corrobore la vigencia real del principio de *lesividad* u *ofensividad*, desde el punto de vista dogmático.

Se trata, en suma, de poner de relieve que el bien jurídico no individualiza un elemento superfluo en el sistema del delito, sino —muy por el contrario— un elemento central, cuya *afectación* (lesión) debe relevarse en el juicio de imputación, tanto a nivel del tipo de injusto, cuanto en la estimación de la culpabilidad del autor.

2.2.1. Los puntos de partida

A tales efectos, es hoy por hoy factible partir de una base consensual mínima, respaldándose en los ámbitos de coincidencia doctrinaria.

En primer lugar, cabe admitir sin mayores tropiezos que el bien jurídico no es un ente creado por el Derecho Penal, sino tan luego reconocido o declarado como tal por la norma, a la cual preexiste.[41]

En segundo término, es pacífica la afirmación de que media un interés social y político en torno a ese ente, factor que determina —precisamente— la reconversión del mismo en un bien jurídico penal, merecedor de tutela.[42]

Por último, tampoco hay dudas de que el proceso de criminalización primaria —en rigor, la fundación del bien jurídico penal— obedece a decisiones valorativas de carácter político-criminal, adoptadas luego de auscultar las necesidades e intereses de una sociedad dada.[43]

2.2.2. La socialidad del bien jurídico penal

Si ello es así, no hay duda de que todo bien jurídico, para convertirse en tal, requiere estar dotado de un cierto valor de socialidad, que justificará la decisión político-criminal.

[39] Bustos Ramírez (1994), 110.
[40] Zaffaroni (1991), III, 229.
[41] Bacigalupo (1987), 44; Zaffaroni (1981), III, 238.
[42] Zaffaroni (1981), III, 227.
[43] Malamud Goti (1977), 77; Baigún-Tozzini (1992), 3.

Porque los entes que el legislador reconvierte en bienes jurídicos no son cosas u objetos materiales, sino *relaciones sociales*, que hacen a la persona como ser social y sujeto de derechos.

Y en este punto, bordeando el sustrato material, es donde comienzan las falsas antinomias.

Amelung subsume al bien jurídico en las condiciones de existencia de la vida social,[44] Roxin lo mira como las condiciones valiosas en que se concretan los presupuestos de la vida en común[45] y Rudolphi equipara al bien jurídico con el presupuesto de una vida social próspera.[46]

Bustos Ramírez, en cambio, sostiene que el bien jurídico constituye una suerte de principio categorial, desde que consiste en una *síntesis normativa* determinada, de una relación social concreta y dialéctica.[47]

Creemos que cabe avanzar algo más, intentando superar esa falsa dicotomía entre *valores, condiciones* o *síntesis normativa.*

El bien jurídico penal protege un interés o bien esencial *de la persona humana,*[48] vinculado a sus *relaciones sociales de disponibilidad* con ciertos entes, de las cuales resultan sus *posibilidades de participación social*[49] y, en definitiva, su derecho a la autorrealización social concreta.

Por ende —y sin reincidir con ello en la vieja equiparación del bien jurídico a los *derechos subjetivos*—, es notorio, sin embargo, que las relaciones de disponibilidad que permiten y gradúan las posibilidades de participación social se resumen en el plexo de los derechos humanos; en particular, en el derecho a la autorrealización integral del hombre en sociedad.

De tal manera, el principio de lesividad u ofensividad[50] predica que el ilícito ataca, indefectiblemente, una relación social fundamental para la participación y desarrollo del sujeto como actor social, con lo cual está lesionando el derecho a la autorrealización integral de la persona. Trátese de bienes individuales o colectivos, siempre y en última instancia, la lesividad se

[44] Citado por Hormazabal (1992), 111; Idem: Otto (1988), 9.
[45] Roxin (1976), 11; Roxin (1992), 11-12.
[46] Rudolphi (1975), 341.
[47] Bustos Ramírez-Valenzuela Bejas (1981), I; Bustos Ramírez (1994),179-189.
[48] Hassemer (1989), 282; Hassemer-Muñoz Conde (1989),109.
[49] Fernández (1995), loc. cit.
[50] Ferrajoli, loc. cit.; Mantovani (1988), 202.

proyecta a las posibilidades de realización de la persona en sociedad.

3. *Bien jurídico y responsabilidad penal*

3.1. **Tipo y afectación del bien jurídico**

Los elementos estructurales del ilícito exigen una *fundamentación positiva*, en la cual han llamado a desempeñar un rol preponderante.

Así, la tipicidad no significa solamente la exacta correspondencia entre la conducta y la descripción abstracta del tipo, sino que a ello debe adicionársele, como segundo elemento de la tipicidad, la *afectación del bien jurídico protegido*.

Lleva razón Zaffaroni cuando sostiene que la afectación del bien jurídico viene a significar el *resultado jurídico* (no material) del tipo y, en cuanto tal, se estima mediante un juicio valorativo, pues es producto de la valoración jurídica.[51]

No tenemos el honor de compartir su criterio, en cambio, cuando afirma que la afectación del bien jurídico no pertenece al tipo objetivo.[52]

En nuestra opinión, lo que precede al tipo —al igual que la norma— será el ente valorado o, a lo sumo, el bien jurídico penal en sí mismo, más *no su afectación concreta*, que es un componente del tipo legal. El bien jurídico puede estar antepuesto al tipo, sin que ello obste a que la ulterior lesión o afectación del mismo, conjugada a través de una conducta realizadora, sea ya un elemento estructural de aquél.

Por lo tanto, aun cuando la conducta sea adecuable a la descripción típica de comportamiento, ello marca apenas la primera constatación en el juicio imputativo, que debe complementarse con un *elemento adicional*, conformado tan luego por la afectación concreta de ese bien jurídico, antepuesto y protegido por la ley.

Entonces, las hipótesis corrientes de adecuación social de la conducta o de insignificancia son, en rigor de verdad, supuestos de no afectación del bien jurídico, que impiden la realización del resultado jurídico del tipo.

Siguiendo el sistema de *regla-excepción*, cabe concluir —por consiguiente— que la no afectación del bien jurídico, a pesar de

[51] Zaffaroni (1981), III, 258.
[52] Zaffaroni (1981), III, 232.

la correspondencia o adecuación de la conducta a la descripción legal, constituye una *causa de atipicidad o exclusión del tipo.*

Y, desde luego, admitir que la afectación del bien jurídico forma parte del tipo objetivo, implica —a la vez— su necesaria proyección al tipo subjetivo; es decir, que esa afectación debe ser abarcada también por el dolo.

3.2. **Bien jurídico y culpabilidad**

De otra parte, el bien jurídico cumple una segunda función dogmática, ya en el plano de la culpabilidad.

Si el bien jurídico significa una relación de disponibilidad social, imprescindible para la participación social y autorrealización del sujeto, ello cuenta a la hora de estimar la culpabilidad penal.

De tal forma, la mayor o menor *disponibilidad del bien jurídico*, o hasta su indisponibilidad absoluta, gravitan sobre el proceso de motivación conforme a la norma y, al fin de cuentas, sobre la *exigibilidad* de comportamiento alternativo.

Nos sigue pareciendo muy fecunda la idea de Roxin, en el sentido de que uno de los contenidos (o presupuestos) de la culpabilidad revisada, viene dado por la *abordabilidad normativa* del sujeto,[53] por su motivabilidad.

Sólo que esto no debiera entenderse como un principio regulativo general, sino como un juicio subjetivo-individual de exigibilidad. En efecto, el *principio de culpabilidad*, al cual nadie quiere renunciar, obliga a estimar las posibilidades de motivación normativa del sujeto, las posibilidades de que éste sea abordable por la norma.

Para internalizar el mensaje prescriptivo de la norma se requiere que el sujeto pueda co-participar del valor protegido y, a esos efectos, parece imprescindible que tenga una relación de disponibilidad con el bien jurídico declarado tal por el Derecho.

El ámbito de aplicación más rico estará delimitado, sin duda alguna, por la *culpabilidad para la cuantificación penal (Strafzumessungsschuld).* De todas maneras, partiendo de una teoría del sujeto responsable, queda en pie el desafío de admitir que un sujeto marginado por completo de la relación social (bien jurídico) protegido, pueda ver excluida *in totum* su culpabilidad, a pesar de que no concurra ninguna causa de exclusión positiva-

[53] Roxin,(1992), I, 547.

mente formulada, a raíz de la completa inexigibilidad de la conducta adecuada a la norma.

Esa relación de ajenidad total con el bien jurídico penal, protegido por la ley pero indisponible para el autor, obviamente repercute en su abordabilidad normativa y en la formación de una conciencia actualizada del desvalor del acto, del desvalor de la conducta lesiva.

4. *Bibliografía*

ANTOLISEI, Francesco: *Manual de Derecho Penal, Parte General*, UTEHA, Buenos Aires, 1960.

BACIGALUPO, Enrique: *Derecho Penal, Parte General*, Hammurabi, Buenos Aires, 1994.

— *Principios de Derecho Penal, Parte General*, Akal, Madrid, 1994.

— *Lineamientos de la teoría del delito*, Hammurabi, Buenos Aires, 1994.

BAIGÚN, David-TOZZINI, Carlos A: *La falsedad documental en la jurisprudencia*, Depalma, Buenos Aires, 1992.

BALESTRA, Carlos Fontán: *Derecho Penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.

BATTAGLINI, Giulio: *Diritto penale. Teorie generali*, Nicola Zanichelli Editore, Bolonia, 1937.

BETTIOL, Giuseppe: *El problema penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1995.

BINDER, Alberto: *Justicia penal y Estado de derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Manual de Derecho Penal, Parte General*, P.P.U., Barcelona, 1994.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan-VALENZUELA BEJAS, H.: *Derecho Penal latinoamericano*, Depalma, Buenos Aires, 1981, tomo I.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos: *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

COBO DEL ROSAL, Manuel -VIVES ANTÓN,Tomás: *Derecho Penal, Parte General*, Universidad de Valencia, 1984.

DÍAZ, Elías: *Estado de derecho y sociedad democrática*, Edicusa, Madrid, 1966.

FERNÁNDEZ, Gonzalo, D.: "Bien jurídico y principio de culpabilidad", *en El Derecho Penal hoy, Homenaje al Prof. David Baigún*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1995.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan: *Concepto y límites del Derecho Penal*, Temis, Bogotá, 1992.

FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón*. Trotta, Madrid, 1995.
GARCÍA-PABLOS, Antonio: *Derecho Penal. Introducción*. Universidad Complutense, Madrid, 1995.
GARCÍA RIVAS, Nicolás: *El poder punitivo en el Estado democrático*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996.
GARORENA MORALES, Ángel: *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Tecnos, Madrid, 1987.
GÓMEZ, Eusebio: *Tratado de Derecho Penal*, Compania Argentina de Editores, Buenos Aires, 1939.
HARRO, Otto: *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, de Gruyter, Berlín, 1988.
HASSEMER, Winfried: *Fundamentos de Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1984.
— "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico", en *Doctrina Penal*, Año XII, 1989.
HASSEMER, Winfried-MUÑOZ CONDE, Francisco: *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.
HORMAZABAL MALARÉE, Hernán: *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*, Conosur, Santiago, 1991.
HRUSCHCKA, Joachim: "Reglas de comportamiento y reglas de imputación", en Luzón Peña-Mir Puig: *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995.
JAKOBS, Günther: *Derecho Penal. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
— *Sociedad, norma y persona en la teoría de un Derecho Penal funcional*, Civitas, Madrid, 1996.
VON LISZT, Franz: *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, de Gruyter*, Band I, Berlín, 1970
LUISI, Luiz: *Os princípios constitucionais penais*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991.
LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: *Curso de Derecho Penal, Parte General*, vol. I, Universitas, Madrid, 1996.
MALAMUD GOTI, Jaime: *Legítima defensa y estado de necesidad*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1977.
MANTOVANI, Ferrando: *Diritto Penale, Parte Generale*, CEDAM, Padua, 1988.
— *El siglo XIX y las ciencias criminales*, Temis, Bogotá, 1988.
MIR PUIG, Santiago: *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, Bosch, Barcelona, 1976.
— *Derecho Penal. Parte General*, PPU, Barcelona, 1990.

— *El Derecho Penal en el estado social y democrático de derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.

MORENO, Rodolfo (h.): *El Código Penal y sus antecedentes*, H.A. Tomasi Editor, Buenos Aires, 1923.

MUÑOZ CONDE, Francisco: *Introducción al Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1975.

MUÑOZ CONDE, Francisco-GARCÍA ARAN, Mercedes: *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

NÚÑEZ, Ricardo C.: *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Lerner, Buenos Aires, 1976.

OBARRIO, Manuel: *Curso de Derecho Penal*, Felix Lajouana Editor, Buenos Aires, 1884.

PÉREZ LUÑO, Antonio E.: *Derechos humanos. Estado de derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *Introducción al Derecho Penal*, Barcanova, Barcelona, 1981.

RAMOS, Juan P.: *Curso de Derecho Penal*, Ariel, Buenos Aires, 1927.

ROCCO, Arturo: *El problema y el método de la ciencia del Derecho Penal*, Temis, Bogotá, 1978.

ROURA, Octavio González, *Derecho Penal*, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1922.

ROXIN, Claus: *Problemas básicos del Derecho Penal*, Reus, Madrid, 1976.

— *Strafrecht -Allgemeiner Teil*, Band I, Munich, 1992.

RUDOLPHI, Hans Joachim: *Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico*, en Nuevo Pensamiento Penal, Año IV, 1975.

SCHAFFSTEIN, Friedrich: *Der Streit um das Rechtsgutverletzungsdogma*, ZStW, Band 58, 1939.

SOLER, Sebastián: *Bases ideológicas de la reforma penal*, EUDEBA, Buenos Aires, 1966.

— *Derecho Penal Argentino*, TEA, Buenos Aires, 1976.

TEJEDOR, Carlos: *Curso de Derecho Criminal*, Imprenta Argentina, Buenos Aires, 1860.

VÁZQUEZ ROSSI, Jorge: *El Derecho Penal de la democracia*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1993.

WELZEL, Hans: *Derecho Penal alemán*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio R.: *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1981.

ZIPF, Heinz: *Introducción a la política criminal*, Edersa, Madrid, 1979.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel: *Fundamentos de Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

XX. LA CONTEXTUALIZACIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN UN DERECHO PENAL GARANTISTA

POR JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS*

1. *El orden social*

Tras las modernas aportaciones de Rawls y Habermas se ha producido una profunda revitalización de la idea contractualista como criterio legitimador del orden social. Con ellos, sin embargo, este tradicional y fecundo criterio fundamentador de las sociedades modernas ha terminado asumiendo en un grado hasta ahora desconocido el carácter contingente de sus contenidos, alejándose en alguna medida de los planteamientos kantianos que a partir de cierto momento consolidaron la teoría clásica del contrato social.

Aunque desde un análisis sociológico pudiera parecer sorprendente ese afán relativizador de los contenidos del contrato social en una época de profunda integración de culturas diversas en sociedades cada vez más homogéneas, el énfasis colocado en la pluralidad de alternativas morales y políticas pretendidamente existentes en nuestras sociedades, o en su escasa toma en consideración, ha permitido situar en primer plano el análisis del procedimiento a través del cual se puede llegar a obtener un legítimo consenso sobre las cuestiones políticas y sociales centrales.[1]

Ahora bien, los avances registrados en la identificación y superación de las barreras comunicacionales que obstaculizan la obtención de ese consenso básico,[2] han sentado simultáneamente

* Universidad de Málaga (España).

1 Cfr. Vallesin Oña: *Nuevas teorías del contrato social: Rawls, Nozick, Buchanan*. Alianza Universidad, 1985, pp. 15-29, 33-39, 50-134; del mismo, "Diálogo entre gigantes. Rawls y Habermas", en *Claves de razón práctica* nº 55 1995.

2 Véase sintéticamente Habermas: "Vorbereitende Bemerkungen zu einer Theorie der komunikativen Kompetenz". En *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*. Suhrkamp: 1974, pp. 101-140; Díez Ripollés: *Los elementos subjetivos del delito*. Tirant lo Blanch, 1990, pp. 198-204.

las bases para una extensión del consenso social a ámbitos sociales hasta hace poco sustraidos en buena parte a la discusión pública interciudadana y que, sin constituir el núcleo primario del orden político, se ocupan de aspectos fundamentales de la convivencia social. Éste sería el caso de la Política criminal.

2. *El orden social constitucional*

En cualquier caso, no debe olvidarse que en una sociedad que se ha dotado democráticamente de una Constitución es esa norma legal la que recoge el contenido básico del acuerdo social, condicionado históricamente y desde luego susceptible de modificación, al que se ha llegado de cara al ejercicio del poder.

En las más recientes constituciones se tiende a especificar no sólo, como venía siendo habitual, los procedimientos formales de ejercicio del poder, esto es, la estructura política del correspondiente Estado, sino igualmente los objetivos que deben perseguirse con ella. Esto ha dotado a las citadas normas fundamentales de un pequeño grupo de principios o valores superiores que deben inspirar en todo momento la actuación de los poderes públicos; por lo demás, ellos suelen ir referidos a un extenso catálogo de derechos fundamentales, libertades públicas o garantías individuales, que supera con creces la tradicionalmente breve enumeración existente en constituciones precedentes.[3]

La profunda imbricación entre Poder y Derecho a que da lugar ese acertado condicionamiento, constitucionalmente prescrito, del ejercicio de los poderes públicos a la consecución de determinados objetivos, origina un notable enriquecimiento de los contenidos del contrato social, ya no limitado sustancialmente a describir el *procedimiento* acordado que va a legitimar el ejercicio de la fuerza, sino interesado en asegurar que ésta persiga determinados fines, que sin duda trascienden holgadamente al mero mantenimiento del orden o la paz públicos.

De este modo se logra introducir dentro del sistema político-jurídico unas pautas valorativas, cuyo rango normativo les otorga una capacidad limitadora o promotora de actuaciones de los poderes públicos de tal naturaleza que les convierte en referen-

[3] Ése es el caso de la Constitución española de 1978, especialmente en el art. 1.1 y en el Título I, y de la Constitución argentina de 1994, especialmente en su Primera parte a partir del art. 14 y en diversos lugares del art. 75.

cias imprescindibles de toda crítica a la vigente realidad social y de todo afán de modificación social.[4]

En conclusión, si las nuevas elaboraciones filosóficas contractualistas están posibilitando, aun quizá sin pretenderlo, una extensión de la discusión y los acuerdos sociales a ámbitos hasta ahora no siempre insertos suficientemente en el contrato social, las nuevas constituciones están forzando órdenes de convivencia social en los que el monopolio de la fuerza está más condicionado que nunca a la persecución de unos objetivos cuya legitimidad deriva en último término del consenso social que los soporta.

3. *El control social como factor configurador del orden social*

Pero un orden social, cualquiera que éste sea, no se logra a través de un simple acuerdo sobre sus contenidos. Exige una profunda involucración de muy diferentes instituciones sociales, sean de naturaleza primaria como la familia, la escuela, la comunidad local..., sean de naturaleza secundaria como la opinión pública, los tribunales, la policía... Todas ellas aportan su colaboración para asegurar que los comportamientos de los ciudadanos sean socialmente correctos, esto es, respetuosos con los contenidos del orden social acordados.

Un análisis coherente del funcionamiento de tales instituciones se logra a través de su inserción en el sistema de control social irrenunciable en toda sociedad: éste tiene la misión de garantizar el orden social, sea socializando a los ciudadanos por medio del fomento de la interiorización en ellos de los comportamientos sociales adecuados, sea estableciendo las expectativas de conducta tanto de los ciudadanos como de los órganos encargados de incidir sobre la conducta desviada. Elementos fundamentales del sistema de control social en su conjunto, al igual que de los diferentes subsistemas en que aquél se descompone según el ámbito social en el que se actúe, son tres: la norma, la sanción y el procedimiento de verificación de la infracción de la norma, de determinación de la sanción a imponer y de cumplimiento de ésta.[5]

[4] Véase Peces Barba: *Los valores superiores*, Tecnos, 1986, pp. 11 y ss.

[5] Véanse, dentro de la abundante bibliografía sobre el control social, Pitts-Etzioni. Voz "Control social" en *Enciclopedia internacional de las ciencias sociales*. Aguilar. pp. 160-171; Clark-Gibbas: "Soziale Kontrolle: Eine Neuformulierung". En *Seminar: Abweichendes Verhalten.I. Die selektiven Normen der Gesellschaft*. Hrg. Lüderssen-

El Derecho Penal viene a ser un subsistema más dentro del sistema de control social, que, como todos los restantes, persigue sus mismos fines de aseguramiento del orden social y se sirve de idénticos intrumentos fundamentales, esto es, normas, sanciones y proceso. Ahora nos interesa, sin embargo, destacar una serie de aspectos del subsistema penal de control social:

Ante todo, la virtualidad limitada de sus objetivos, de tal forma que desligado el Derecho Penal de los otros subsistemas de control social carece de eficacia para asegurar la vigencia de sus normas. Esta constatación, válida para todos los subsistemas y que pone de manifiesto su necesaria interacción recíproca, impide que el Derecho Penal se atribuya tareas irrealistas como agente de transformación social y le fuerza a marcarse ámbitos de protección, prever sanciones y regular procedimientos de un modo sustancialmente coincidente al de los otros subsistemas de control social.

En segundo lugar su reducido campo de actuación, derivado de su consideración, por motivos que ahora no vienen al caso, como último recurso del que dispone el control social, que limita su intervención a los comportamientos que cuestionan los presupuestos inequívocamente imprescindibles para el mantenimiento del orden social y siempre que la ausencia de una enérgica reacción frente a ellos vaya a dar lugar a una intensa o rápida desorganización social.

Por último su alto grado de formalización, notablemente superior al de los otros subsistemas, que refleja su estrecha vinculación a postulados propios del liberalismo político, y que en este caso se pueden resumir en el temor de que la intervención del Estado sobre los derechos de los ciudadanos termine siendo arbitraria, algo que se presenta al alcance de la mano de los poderes públicos dados los conflictos especialmente graves a resolver y la consecuente trascendencia de las sanciones a imponer en este ámbito del control social.[6]

Sack. Suhrkamp, 1974, pp. 153-171; Hassemer: *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, C. H. Beck, 1981, pp. 293-294 (hay traducción española de Muñoz Conde-Arroyo Zapatero en Bosch casa editorial).

[6] Sobre los rasgos del Derecho Penal como subsistema de control social, véanse Hassemer: ob. cit. pp. 295-297; Hassemer-Muñoz Conde: *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Tirant lo Blanch, 1989. pp. 116-117; Muñoz Conde: *Derecho Penal y control social* Fundac. Univ. de Jerez, 1985, pp. 36-41.
En cualquier caso, todo análisis teórico sobre el control social en la sociedad moderna, así como sobre el papel de las instituciones penales al respecto, no puede prescindir del enfoque fuertemente crítico aportado por Foucault. Cfr. en ese sentido Foucault: *Vigilar y castigar*, Siglo xxi, 1978, pp. 11 y ss.; del mismo: *La verdad y*

4. *Modelos de intervención penal en el marco del control social*

La caracterización acabada de realizar de los rasgos más sobresalientes del Derecho Penal en sus correspondientes tareas de control social guarda estrecha relación con uno de los modelos de intervención penal defendidos en las últimas décadas, el que propugna un Derecho Penal garantista. Sin embargo, antes de seguir adelante, debemos pronunciarnos sobre los otros dos modelos de intervención penal objeto de discusión en tiempos recientes.[7]

Las tesis abolicionistas, con su consideración del delito como un conflicto entre intereses contrapuestos de las partes que el Derecho Penal actual no sólo es incapaz de evitar, sino igualmente de atender a las necesidades de la víctima o de ayudar al delincuente, ni se postulan para la resolución de los conflictos ligados a la criminalidad grave, ni suponen abandonar el ámbito del control social sino simplemente trasladar la problemática a otro subsistema de éste en el que se pierden las importantes ventajas del control social formalizado propio del Derecho Penal, singularmente el distanciamiento entre autor y víctima evitador de la venganza privada y la igualdad de armas entre las partes neutralizadora de sus diferencias sociales y económicas.

La ideología del tratamiento, con su absolutización de la resocialización del delincuente en detrimento, si es preciso, de la seguridad jurídica, ha tropezado ante todo con su ineficacia, por la insuficiencia de las técnicas disponibles, pero también con su injustificada focalización en la desviación individual desconsiderando los aspectos sociales, y no en último término con la injerencia injustificable en la personalidad del individuo que conlleva.

Por el contrario el auge actual del Derecho Penal garantista quizá sea explicable, no tanto por tratarse de un modelo de intervención penal que asume planteamientos *eclécticos* sobre la legitimación del Derecho Penal, con el efecto aunador de voluntades que tales posturas suelen suscitar, cuanto porque se mues-

---

las formas jurídicas, Gedisa, 1983, pp. 91-96, 117-137; sintéticamente, Sauquillo: "El discurso crítico de la modernidad: M. Foucault". En *Historia de la teoría política. 6*. Vallespín ed. Alianza 1995, pp. 259-305.

[7] Véase una interesante exposición de los tres modelos en Silva Sánchez: *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Bosch editor, 1992, pp. 18-41.

tra *escéptico* respecto a las posibilidades del Derecho Penal como instrumento de control social. Esta actitud es la que permite entender la autolimitación tan característica del garantismo, expresiva menos de las interrelaciones recíprocas entre las diversas fuentes de legitimación que del deseo de no agotar las potencialidades de cada una de ellas.[8]

En efecto, estamos ante un Derecho Penal autolimitado en virtud de tres ideas fundamentales: su humanización, basada en la tajante consideración de la pena como un mal, y que consecuentemente obliga a restablecer la seguridad jurídica respecto a ella, a valorar el tratamiento como un derecho disponible del delincuente, y a perfeccionar el sistema de penas. Su configuración como un Derecho Penal mínimo, que aspira fundamentalmente a frenar las pretensiones ampliatorias de los mecanismos preventivo-generales, por la vía de identificar el límite superior, que no debe ser superado, de su contribución al control social. Y su desconexión de las exigencias éticas, que lleva a que sus contenidos se provean en función de las necesidades sociales históricamente condicionadas de mantenimiento del orden social y de las vigentes concepciones sociales sobre los bienes a proteger y el sistema de reponsabilidad a respetar.

5. *Los principios estructurales de la intervención penal garantista. Los principios estructurales de protección*

En el marco conceptual sentado en las páginas precedentes podemos identificar tres grandes bloques de principios en torno a los cuales se ha de estructurar la intervención penal garantista, y que pueden denominarse, respectivamente, los principios de la protección, de la responsabilidad, y de la sanción:

El primero de ellos atiende a las pautas que deben regir la delimitación de los contenidos a proteger por el Derecho Penal. El segundo se ocupa de los requisitos que deben concurrir en un

[8] Resulta al respecto muy sugestiva, aunque a mi juicio exagerada, la tesis de Zaffaroni, expuesta en *Abolicionismo y garantías. Jueces para la democracia*, nº 24.1995, pp. 23 y ss., por la que se produciría un acercamiento entre el abolicionismo y el Derecho Penal garantista en cuanto que éste renunciaría en todo momento a legitimar la intervención penal, contentándose con reducirla o interrumpirla a través de sus límites garantistas. Con ello en la práctica trabajaría en la misma línea del abolicionismo pero desde el interior del sistema.

determinado comportamiento para que se pueda exigir responsabilidad criminal por él. El tercero atiende a los fundamentos en virtud de los cuales se puede reaccionar con sanciones frente a una conducta responsable criminalmente.

Sin perjuicio de las profundas interrelaciones que se producen entre estos tres grandes bloques, el objeto de nuestro trabajo nos encamina al análisis del primero de ellos. Dentro de él muestran inequívocamente su relevancia los siguientes principios:

El *principio de lesividad*, que ha marcado históricamente el paso de una antijuridicidad meramente formal a otra material y que se suele plasmar en la idea de la dañosidad social. Plantea dos exigencias fundamentales a la hora de incriminar una conducta: debe tratarse de un comportamiento que afecte a las necesidades del sistema social en su conjunto, superando por tanto el mero conflicto entre autor y víctima; y sus consecuencias deben poder ser constatadas en la realidad social, lo que implica la accesibilidad a su valoración por las ciencias empírico-sociales. Será a través de este principio como se logrará una adecuada distinción entre Derecho Penal y moral,[9] y en él encontrarán un importante campo de aplicación las aportaciones de las ciencias sociales.

El principio de *intervención mínima*, basado en último término en el reconocimiento de un cierto déficit de legitimación del Derecho Penal, que llegaría de la mano de la recíproca interacción entre la gravedad de las sanciones susceptibles de imponerse a los ciudadanos a través de este subsistema de control social y la limitada eficacia social a él atribuida. En su virtud surgen dos subprincipios, el del carácter fragmentario del Derecho Penal, que constriñe éste a la salvaguarda de los ataques más intolerables a los presupuestos inequívocamente imprescindibles para el mantenimiento del orden social, y el de subsidiariedad, que entiende el Derecho Penal como último recurso frente a la desorganización social, una vez que han fracasado o no están disponibles otras medidas de política social, el control social no jurídico, u otros subsistemas de control social jurídicos.

Sin embargo el principio de intervención mínima precisa de una renovación y profundización conceptuales, en la medida en que no cabe ignorar que padece en la actualidad un implícito

[9] Véase al respecto Díez Ripollés: *El Derecho Penal ante el sexo*, Bosch casa editorial, 1981, pp. 34-36, 77-83.

cuestionamiento. Éste deriva, por un lado, de la potenciación que están experimentando los efectos simbólicos del Derecho Penal y, por otro, de la perplejidad que suscita la creencia de que cuando los demás subsistemas de control social no funcionan, o lo hacen insuficientemente, es precisamente cuando funciona el subsistema penal de control.

En directa relación con el subprincipio de subsidiariedad debe atenderse a la *relación entre el Derecho Penal y el Derecho administrativo sancionador*, dos subsistemas de control social que no cesan de aumentar sus semejanzas. Por el momento, los intentos de encontrar una distinción cualitativa entre los intereses sociales a defender por una u otra rama del ordenamiento jurídico han fracasado,[10] lo que se hace especialmente evidente tras la inclusión en los Códigos penales más recientes de bienes jurídicos directamente conectados a las necesidades organizativas de la sociedad del bienestar.[11] A su vez, la diferenciación cualitativa entre las sanciones ha quedado prácticamente limitada a la imposibilidad de la administración pública de imponer sanciones privativas de libertad,[12] lo que no le impide hacer uso de sanciones pecuniarias que hace tiempo que han superado en carga aflictiva a las procedentes del orden jurisidiccional penal. Por si fuera poco, en las últimas décadas hemos podido percibir la relación en extremo dinámica existente entre ambos órdenes normativos: Si en los años 60 y 70 se produjo un poderoso movimiento despenalizador en Europa occidental, que en parte conllevó el enriquecimiento del Derecho administrtivo sancionador, en los años 80 se está produciendo un fenómeno inverso de desadministrativización que traslada al Derecho Penal contenidos antes en él no incluidos.

Las actitudes resignadas a ver sólo entre ambos órdenes normativos una distinción meramente cuantitativa suponen sin duda un nuevo frente de debilitamiento de la vigencia del principio de intervención mínima en Derecho Penal. La indudablemente acertada exigencia de que un Derecho administrativo san-

[10] Véase una análisis detenido sobre los diferentes intentos en Cerezo Mir: *Curso de Derecho Penal español. Parte general. i.* 5ª edic., Tecnos, 1996, pp. 43-53.

[11] Piénsese, dentro del nuevo Código Penal español, entre otros en los delitos contra la Hacienda pública, contra la Seguridad social, contra la ordenación del territorio, o en las nuevas figuras de los delitos contra la Administración pública.

[12] El art. 25.3 de la Constitución española prohíbe a la administración civil imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.

cionador tan cercano al Derecho Penal debe asumir en buena medida los principios garantistas penales[13] no debe eximirnos de la tarea de lograr diferencias sustanciales entre ambas ramas del Derecho: en caso contrario no será la menor de las consecuencias negativas el nuevo avance en la difuminación de la división de poderes.

Por lo demás, todo modelo de intervención penal que se ajuste a los principios de lesividad e intervención mínima debe respetar los *límites que son inherentes a la Política criminal*, sin pretender desarrollar tareas que sólo competen a una Política social en toda su extensión:[14] Mientras ésta puede asumir legítimamente labores de transformación social, que tenderán a aproximar la estructura y realidad sociales a aquellos fines superiores, eventualmente constitucionalizados, que inspiran el consenso social alcanzado, la Política criminal debe limitarse a contribuir al control social, que no es más que un aspecto a desarrollar por la Política social. En este sentido, carece de legitimación para ir más allá del control de la desviación. Resultan preocupantes al respecto los intentos de servirse de la intervención penal para modificar comportamientos *socialmente integrados*, pero sentidos en cierto momento por los poderes públicos como socialmente poco deseados. La utilización del Derecho Penal para tales fines conduce a soluciones autoritarias.

Un tercer *principio*, el de *neutralización de la víctima*, no debe quedar sepultado bajo las modernas demandas de introducción de medidas de reparación de la víctima por el delincuente. La sustracción del conflicto a la víctima por parte del Estado, y el consiguiente surgimiento de la acción penal pública como reflejo de que todo delito constituye una agresión al conjunto de la sociedad, es un elemento fundamental de todo Derecho Penal garantista:

La atribución a la víctima de posibilidades por lo general bastante limitadas de actuación en el marco del proceso penal, a

[13] Lo que en España se ha plasmado, tanto en la constitucionalización del principio de legalidad formal y material, y del principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables (arts. 25.1 y 9.3 CE) para el Derecho administrativo sancionador, como en el desarrollo de tales principios y adición de otros nuevos también procedentes del garantismo penal a través de la ley 30/92 de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y de Procedimiento administrativo común. Véase un análisis de ello en Cerezo Mir, op. cit. pp. 53-55.

[14] Sobre las relaciones entre Política social y Política criminal véase Zipf: *Introducción a la Política criminal*, Edersa, 1979, pp.158-168.

diferencia de las que dispone en el ámbito del proceso civil, se fundamenta en la necesidad de mantener la deslegitimación de la venganza privada, aun en sus formas enmascaradas, de evitar la socialización de los intereses de la víctima, en torno a cuyas posibilidades de reacción se agruparían diversos grupos sociales fomentadores por diversas razones de actuaciones desproporcionadas contra el delincuente, de evitar una legislación simbólica, tranquilizadora de las víctimas pero carente de efectividad, y en último término de posibilitar un Derecho Penal que, por estar centrado en una eficaz protección de la sociedad, debe seguir girando en torno al delincuente real o potencial, al ser éste el punto de referencia de la prevención.[15]

6. *La necesidad de una teoría sobre la legislación penal*

Identificadas las pautas valorativas más generales que han de delimitar los contenidos a proteger por el Derecho Penal, conviene que nos detengamos en el modo como habitualmente se produce en nuestras sociedades una modificación legal jurídico-penal, antes de seguir avanzando en sucesivas concreciones valorativas.

El proceso de surgimiento de una ley penal está lejos de limitarse al procedimiento constitucionalmente previsto para su tramitación a partir de la iniciativa del ejecutivo o del legislativo.[16] Antes de ello se ha producido un complejo *fenómeno sociológico* que podría dividirse en cinco fases:[17]

En la primera de ellas se comienza a apreciar en la sociedad un cierto desajuste entre una determinada realidad socioeconómica y la situación jurídica encargada de atender a ella, que parece expresar la producción de un determinado cambio social;

[15] Véase una defensa nítida de este principio en Hassemer, *Einführung...*, op. cit. pp. 64-71.
Resulta al respecto especialmente preocupante alguna iniciativa legislativa española, en proceso de elaboración, que parece querer vincular en medida variable la adopción judicial de sustanciales decisiones sobre ejecución de la pena por el delincuente, entre las que no se descartan la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena o la obtención de la libertad condicional, a la opinión de la víctima.

[16] Véanse por ejemplo los arts. 87 a 89 de la Constitución española o los arts. 77 a 84 de la Constitución argentina.

[17] Véanse Schneider: *Kriminologie*. Walter de Gruyter, 1987, pp. 792-799; Killias: *Precis de criminologie*, Editions Staempfli, 1991, pp. 368, 384-387, 415-422.

con independencia de la debida comprobación de si ese cambio es real o aparente, surgen opiniones que defienden la adaptación del sistema jurídico, y en concreto del penal, a las nuevas condiciones.

En una segunda etapa se generaliza en la sociedad un estado de preocupación por esa falta de adecuación entre tal realidad socioeconómica y la jurídica. Se trata en todo caso por el momento de actitudes difusas de malestar o de generación de sentimientos individuales poco precisados de inseguridad. Por lo general se apoyan en la aparición de ciertos casos especialmente llamativos, con frecuencia destacados por los medios de comunicación.

Es en la tercera fase en la que se produce un sesgo determinante, en cuanto que los medios de comunicación entran decididamente en acción actualizando y consolidando las actitudes precedentes de la población. Una vez captado el interés social del problema, interés que en ocasiones han podido fomentar ellos mismos en la fase anterior, proceden a darle la visibilidad y autonomía precisas para que se convierta en un auténtico problema social necesitado de solución. Para ello se reiteran las informaciones, se agrupan sucesos hasta entonces no claramente conectados —lo que en ocasiones creará la sensación de estar ante determinadas "olas" de criminalidad—, se multiplican los análisis de urgencia... y, en resumidas cuentas, se sustantiviza y delimita lo que hasta entonces no era objeto más que de una vaga, aunque a veces intensa, preocupación social.

En una cuarta fase comienzan a adquirir el protagonismo los grupos sociales de presión, los cuales a veces han podido estar ya activos en la inicial puesta de relevancia del real o pretendido desajuste social, que pretenden canalizar la preocupación y discusión públicas hacia sus propios intereses, sean o no legítimos. Se puede tratar de grupos que defienden intereses muy diversos sobre la materia, sean socioeconómicos, morales, ideológicos... sean meramente profesionales o corporativos. El caso es que comienzan a realizar acopio de información, con las correspondientes actividades de investigación y organización de los resultados obtenidos, y a formular propuestas sobre los objetivos que se deberían conseguir con la reforma legal, las cuales ya están revestidas, al menos formalmente, de la pertinente legitimación científico-social. Del problema, por tanto, se han apropiado uno o varios grupos de presión, quienes, sin poderse des-

viar palmariamente de la naturaleza de las preocupaciones sociales originarias, tienen un amplio margen para reconducirlo en una dirección determinada.

Sólo cuando el problema ha adquirido la respetabilidad otorgada por los grupos anteriores[18] tiene aquél expedito el camino para entrar en la fase que permitirá su formulación del modo adecuado para el debate parlamentario de una modificación legal. Es la hora de la burocracia ministerial, que redactará el correspondiente proyecto de ley, o de la burocracia partidista, que hará lo propio con la pertinente proposición de ley. Esta quinta fase, previa a la discusión parlamentaria, se caracteriza por un notable oscurantismo y falta de control, sin que existan mecanismos capaces de garantizar una adecuada cualificación político-jurídica o técnico-jurídica de los elaboradores de los proyectos o proposiciones de ley: los informes externos en ocasiones legalmente previstos[19] no suelen tener carácter vinculante, con frecuencia deben limitarse a cuestiones técnicas, teniendo vedados pronunciamientos de política jurídica —cuestiones de "oportunidad o conveniencia" en la jerga administrativa— y, al formularse en una fase demasiado avanzada del procedimiento de elaboración de los textos, sus observaciones de calado tropiezan con serias resistencias para su admisión.

Ante esta realidad, no debe de extrañar que cada vez sean más numerosas las voces que aboguen por la elaboración de una *teoría de la legislación*, cuyas exigencias repercutan de modo inmediato en la fase de la elaboración legal en la que intervienen las burocracias así como en las ulteriores etapas de discusión parlamentaria. Se trata de construir el marco conceptual adecuado para posteriormente establecer un determinado procedimiento de elaboración de las leyes penales que, yendo más allá del respeto a las formalidades competenciales y secuenciales previstas en las diversas Constituciones, introdujera una serie de requisitos procedimentales directamente encaminados a garan-

[18] Un ejemplo claro de que tal respetabilidad puede no alcanzarse a pesar de que determinadas demandas estén avaladas por listas millonarias de firmas, lo constituye en España el rechazo por las instancias oficiales a introducir las draconianas medidas legislativas contra los delincuentes sexuales solicitadas con motivo de las reacciones emocionales suscitadas entre la población por el crimen de Alcacer (asesinato de tres adolescentes previamente raptadas y sometidas a todo tipo de agresiones y vejaciones sexuales).

[19] Es el caso en España del Consejo de Estado o del Consejo general del Poder judicial.

tizar la consideración de ciertos aspectos materiales. Entre ellos, y apresuradamente, cabe mencionar: información empírico-social sobre la realidad sobre la que se va a operar, la configuración de las necesidades sociales que se pretenden satisfacer y las consecuencias sociales previsibles de la intervención, análisis fiables del estado de la opinión pública y de la actitud de los grupos de presión o representativos de intereses, manifestaciones de afectados, cálculos de costes económicos de la reforma legal, pronósticos sobre las dificultades de su puesta en práctica,... etc.[20]

En ningún caso se pretende con ello cuestionar o reducir las competencias del órgano constitucional en quien reside la soberanía popular. Se quiere simplemente asegurar que éste, a la hora de tomar la decisión que sólo a él compete, disponga de los materiales cognoscitivos y valorativos imprescindibles. Y para ello parece procedente establecer un control formalizado de los procesos que pueden desembocar en decisiones legislativas penales, cabiendo incluso pensar en el desarrollo de un sistema categorial que deba irse progresivamente superando antes de llegar al momento en que se pueda tomar una decisión legislativa, cualquiera que ésta sea.[21]

Al fin y al cabo ese fenómeno ya se ha producido, como todos sabemos, en el ámbito de la aplicación del Derecho Penal: El alto valor atribuido con razón a la idea de la independencia judicial no ha impedido que el juez penal en la actualidad sienta que deba respetar estrictamente el procedimiento de exigencia de responsabilidad derivado del concepto analítico del delito. Y seríamos bastante hipócritas si añadiéramos que la aceptación judicial de tal estructura conceptual deriva sin más de la obligada vinculación a la ley de todo juez penal: los contenidos del

[20] Es interesante destacar cómo la antigua Ley de Procedimiento administrativo española en sus arts. 129 a 132, vigentes aún en aquellas comunidades autónomas que no hayan legislado en este punto, establecía una serie de trámites previos obligatorios alusivos a algunos de los aspectos acabados de mencionar, que debían ser cumplimentados antes de alcanzar las fases más avanzadas que habían de conducir a la aprobación de disposiciones de carácter general.

[21] Ello es tanto más necesario cuanto que las presiones a favor de la consolidación de un Derecho Penal meramente simbólico son cada vez mayores, y en la medida en que la influencia del ejecutivo en la labor del legislativo no deja de crecer en las actuales democracias: Se podría llegar a la sorprendente situación de que los controles formales que debe de respetar aquél a la hora de dictar disposiciones de carácter general en el ámbito reglamentario los pudiera eludir acudiendo al nivel legislativo formal.

concepto analítico del delito, elaborados, con sus diferentes categorías o subcategorías, en el último siglo y medio, han nacido en buena medida al margen de la ley, fruto de una reflexión doctrinal y jurisprudencial deseosa de alcanzar unas cotas socialmente aceptables, no sólo de seguridad jurídica, sino de acomodación a los conceptos sociales en cada momento vigentes de exigencia de responsabilidad social por los actos de cada uno. La ley penal ha servido en muchos casos sólo como pretexto, y en otros se ha limitado a incorporar con posterioridad conceptos o soluciones que ya se venían aplicando en la praxis judicial precedente. Y así sigue siendo hoy en día.

Sin pretender, ni mucho menos, ir tan lejos, resulta ciertamente incongruente que los instrumentos conceptuales de control decisional hayan quedado confinados al ámbito de la aplicación del Derecho, mientras que el sector de la creación del Derecho haya eludido cualquier formalización de su decisión que supere los meros requisitos competenciales y secuenciales.[22]

7. *Algunos aspectos a destacar de una futura teoría de la legislación penal*

Quisiera en este apartado ocuparme sumariamente de dos componentes imprescindibles de toda teoría de una legislación penal, aun siendo consciente de que dejo fuera de consideración otros tanto o más importantes.

Ante todo debe decirse que tal estructura conceptual formalizadora de los procesos materiales de decisión legislativa debería desde luego integrar todas aquellas pautas valorativas generales delimitadoras de los contenidos a proteger por el Derecho Penal, que hemos ido viendo en los apartados precedentes. En este sentido, los *principios estructurales* de la protección ya aludidos deberán desempeñar una función determinante. Pero ahora quiero atender a otra serie de principios, que presuponen a los anteriores, pero que, a diferencia de éstos, se encuentran íntimamente ligados a la corrección de una concreta decisión legislativa. Me refiero a los que llamaré *principios coyunturales*,

[22] La posible alegación de la revisión legislativa a través del tribunal constitucional, sin obviamente negarle su importante función, no puede ignorar que se encuentra limitada por las conclusiones que se puedan deducir de los contenidos de la Carta Magna. Aquí estamos hablando de algo más que de la mera *compatibilidad* entre el texto constitucional y determinadas decisiones de la legislación ordinaria.

de los que voy a hacer una enumeración probablemente muy incompleta.[23]

El principio *in dubio pro libertate* corresponde en la creación del Derecho, aunque con ciertas salvedades, al principio *in dubio pro reo* vigente en el ámbito procesal de aplicación del Derecho, y se encuentra vinculado a una concepción de la sociedad en la que la libertad constituye uno de sus valores superiores. Implica la renuncia a penar comportamientos si hay dudas respecto a su lesividad social, al respeto del principio de intervención mínima o de cualesquiera otros principios estructurales; debe regir desde luego en las decisiones de penalizar, pero también a la hora de deslegitimar el mantenimiento de decisiones previas de penalización.

El principio de *tolerancia* , que supone aceptar un cierto nivel de conflictividad social sin una consecuente reacción de las instancias de control jurídico-penal, pese a no haber dudas sobre la lesividad del comportamiento, la concurrencia del principio de intervención mínima... etc. Ello se asume a cambio de los beneficios en libertad individual obtenidos, los posibles errores en las decisiones penalizadoras que se puedan producir, y la potenciación de una sociedad dinámica abierta a la eventual modificación de ciertas perspectivas valorativas. Naturalmente el alcance de este principio no debe rebasar los límites existentes de cara al mantenimiento de elementos esenciales para la convivencia, cuya localización será diversa en función del grado de estabilidad e integración alcanzados por la sociedad correspondiente.

El principio de *ponderación de daños y ventajas*, a través del cual se valoran los efectos dañosos adicionales o complementarios que produce una decisión de penalizar o despenalizar, que en ocasiones pueden ser de mayor entidad que los beneficios que la penalización o despenalización comporta.[24]

El principio de *practicidad procesal*, que prohíbe intervenir penalmente sobre conductas que no son accesibles a las condiciones operativas del proceso penal, sean las inherentes a sus

[23] Véanse referencias a algunos de estos principios en Hassemer-Muñoz Conde: *Introducción...*, op. cit. pp. 65-77, 169; Zipf: *Introducción...*, op. cit. pp. 79, 84, 94; Díez Ripollés: *El Derecho Penal ante ...*, op. cit. pp. 86-102, 182-183, 189, 198-201, 254-263.

[24] En cualquier caso, si tales efectos colaterales son beneficiosos nunca pueden erigirse en la razón más importante para la penalización de un comportamiento, pues se atentaría contra el principio de intervención mínima.

principios fundamentales, sean las producidas contingentemente pero con frecuencia y no superables.

El principio de *abstención de tareas de ingeniería social*, por el que no deben determinar la decisión legislativa, ni las consecuencias que la despenalización pueda producir sobre el código moral de la sociedad, ni los efectos que la penalización pueda originar en la modificación de comportamientos no desviados. Este principio pretende asegurar el rechazo, ya señalado en el marco del principio de intervención mínima, a la asignación a la Política criminal de funciones de transformación social. El efecto troquelador de las normas penales, esto es, la capacidad del Derecho Penal para desencadenar importantes efectos psicológico-sociales de adhesión e interiorización de los valores que fundamentan sus contenidos entre los ciudadanos socialmente integrados,[25] no ha de hacer caer en la tentación de penar o mantener la punición más allá de lo estrictamente necesario para salvaguardar los presupuestos esenciales para la convivencia. Por el contrario, confinado dentro de ese límite tal efecto realiza una beneficiosa función de evitación de alteraciones artificiosas de los valores mayoritarios.

En una teoría de la legislación resulta igualmente ineludible preguntarse por cuáles sean los puntos de referencia que otorgan legitimidad al Poder Legislativo para elaborar los contenidos concretos que debe poseer el Derecho Penal. No se trata naturalmente de replantearse la legitimidad del Derecho Penal en su globalidad, que ya le hemos reconocido como subsistema de control social de un determinado orden social constitucionalmente establecido, y ajustado consecuentemente a determinados principios estructurales. Ahora nos movemos en un plano inferior, que aspira a descubrir los *criterios de legitimación* de las concretas decisiones de legislación penal.Y al respecto se suele acudir a cuatro grandes puntos de referencia.[26]

El primero es el de los criterios ideales. Dentro de ellos, los criterios ideales explícitos intentan fundamentar sus decisiones en un determinado modelo de sociedad, sin alternativas al menos dentro de una época histórica, y en el que por consiguiente

[25] Efectos que son conceptualmente independientes de los conseguidos con la amenaza de la pena sobre los delincuentes potenciales.

[26] Véase una detenida exposición de la mayor parte de ellos y la correspondiente toma de postura en Díez Ripollés: *El Derecho Penal ante...*, op. cit., pp.175-201.

no proceden cuestionamientos a partir de la variación de las opiniones o realidades sociales: un fundamento tal se opone desde luego a la relatividad y mutabilidad de los valores sociales propias de toda sociedad pluralista. Más frecuente resulta el enmascaramiento de perspectivas idealistas por medio del criterio basado en personificaciones ideales; las decisiones penales se pretenden, así, vincular a las opiniones que al respecto sustentaría una "persona media", un "ciudadano normal", de nuestra sociedad: los problemas comienzan cuando, por un lado, se constata la vaga generalidad de tales arquetipos, desconsideradora de la variedad de nuestras sociedades en cuanto se desciende a clases o grupos sociales más singularizados, y por otro y sobre todo, al comprobar que tales arquetipos se elaboran a partir de la asunción de los valores más tradicionales de la sociedad, en concreto de la persona conformista, aquella incapaz de ir a contracorriente de los juicios de valor propuestos por las instancias sociales y que no puede tomarse como modelo de ciudadano en una sociedad pluralista que asume su integración por personas autorresponsables y críticas.

Un segundo punto de referencia está constituido por los criterios expertos. En auge con la vigencia de los enfoques funcionalistas en la sociología jurídica, se caracterizan por adoptar un enfoque científico-tecnocrático. Sostienen que sus conclusiones derivan sin apenas mediación de los datos obtenidos de la investigación empírico-social, que se ha ocupado de analizar la realidad social sobre la que es susceptible de operar el Derecho Penal así como de las consecuencias que devendrían de su intervención. Su legitimidad nacería de su apego a las necesidades objetivas de la sociedad con un nulo o escaso condicionamiento, a diferencia de los otros criterios, por un apriorístico cuadro de valores social. Tales enfoques son criticables, ante todo, por su pretendida neutralidad valorativa, ya que se apoyan sin duda en un concreto, aunque latente, modelo de sociedad, cuya no explicitación les permite descalificar a las restantes alternativas, tachadas de irracionales con el argumento de que no se cimentan en datos empíricos. Por otra parte su enfoque tecnocrático contradice los postulados de una sociedad pluralista al sustraer en gran medida a los ciudadanos normales la decisión sobre los contenidos del Derecho Penal. Ambas críticas no deben ensombrecer la meritoria actitud de fondo que suyace a estas tesis: el análisis previo de la realidad social constituye un ele-

mento fundamental para sentar las bases de una discusión racional a la hora de tomar decisiones sobre los contenidos del Derecho Penal. Pero no elimina el carácter valorativo en último término de tales decisiones.

En marcado contraste con los criterios anteriores, los que podemos denominar criterios constitucionalistas consideran que es en la norma fundamental, por lo general dotada de un amplio elenco de derechos fundamentales, garantías individuales y principios rectores de la política social y económica, donde ya se han tomado las decisiones de política criminal, de modo que el legislador ordinario sólo debe ocuparse de explicitarlas adecuadamente. Esta absolutización del texto constitucional ignora ante todo la complejidad y mutabilidad de las actuales sociedades y la pluralidad de frentes sociales a los que debe atender la política criminal, aun con un escrupuloso respeto del carácter subsidiario del Derecho Penal. Sin duda resultará ilegítima cualquier decisión legislativa que se oponga frontalmente a lo dispuesto en la ley básica que estructura el consenso social alcanzado, sea en preceptos concretos sea en sus principios inspiradores, pero la Constitución carece de potencialidad para ir más allá de una predeterminación negativa de un buen número de decisiones de política legislativa criminal. Podríamos decir que ella delimita el campo de juego donde debe dirimirse la contienda sobre los comportamientos que atentan contra los presupuestos esenciales para la convivencia, pero el reglamento de juego queda en las manos de la legislación ordinaria. Ese margen de autonomía otorgado a la legislación ordinaria fomenta, por lo demás, sociedades dinámicas, abiertas a modificaciones valorativas de importancia, que pueden en determinado momento dar lugar a reformas constitucionales, sin que la norma fundamental se convierta en una rémora a la paulatina evolución de las concepciones sociales.[27]

A mi juicio, sin olvidar la función que desempeñan los dos criterios precedentes, el genuino criterio legitimador es el configurado por las convicciones generales, que podríamos denominar también democrático, en virtud del cual son las mayorías sociales amplias, históricamente condicionadas en sus valora-

[27] Véase específicamente sobre este criterio también mis opiniones en Díez Ripollés: "Bien jurídico y objeto material del delito de aborto", en *La reforma del delito de aborto*. Díez Ripollés coordinador. Comentarios a la legislación penal, t. IX, Edersa, 1989, pp. 18-20.

ciones, las que deben determinar toda decisión de política legislativa criminal. Es el único criterio coherente con una sociedad pluralista, basada en ciudadanos autorresponsables y críticos a quienes no se puede privar de la decisión de lo que en cada momento consideran fundamento imprescindible para la convivencia.

Naturalmente, en coherencia con los principios estructurales del Derecho Penal, se ha de partir de mayorías muy cualificadas y que, además, muestren respecto a la cuestión correspondiente un notable grado de estabilidad. Tales mayorías, por otra parte, han de lograrse por la línea de mínimos y no de máximos, esto es, ha de penarse lo que prácticamente todos creen que debe ser considerado delictivo, y no lo que cada uno de los grupos de presión social creen por su parte que debe criminalizarse; el empobrecimiento de contenidos del Derecho Penal que tal modo de proceder conlleva corresponde, coherentemente, al principio de intervención mínima.

Por otro lado el criterio propugnado presupone una decidida utilización de métodos demoscópicos, como instrumentos de especial relevancia para dotarle de auténtico contenido, con más motivo si se piensa que se dispone ya de técnicas suficientemente fiables; su desacreditación encubre con alguna frecuencia, en lugar de razonables cuestiones metodológicas, un deseo de los legisladores de reservarse para sí la concreción de lo que opinan las mayorías sociales, con los riesgos ya vistos.[28]

[28] La exigencia de mayoría cualificada para aprobar todas las leyes penales, de facto instaurada en el ordenamiento jurídico español a través de la generalización de su sometimiento a la reserva de ley orgánica, así como el amplio reconocimiento de tal reserva para la legislación penal por el tribunal constitucional, constituye una asunción implícita de que las decisiones legislativas penales deben tener tras sí, por medio de sus representantes, a la gran mayoría del cuerpo social (*vid.* con todo inmediatamente *infra*).
Por el contrario, no parece concorde con la significación que acabamos de atribuir al criterio de las convicciones generales el que el art. 39 p. 3 de la Constitución argentina excluya explícitamente de las materias que pueden ser objeto de iniciativa popular para presentar proyectos de ley las materias penales, ni que el art. 87.3 de la Constitución española llegue a resultados en buena parte similares al excluir de la iniciativa popular para presentar proposiciones de ley las materias que deban ser objeto de ley orgánica.

8. *El bien jurídico protegido como instrumento de concreción de los contenidos penalmente protegibles*

El concepto de bien jurídico, surgido de la profundización en la idea de la antijuridicidad material frente a la mera antijuridicidad formal propia del más estricto positivismo jurídico, se ha configurado en los últimos tiempos como un instrumento técnico-jurídico de primordial importancia en la determinación penal de los presupuestos esenciales para la convivencia social. Por medio de él se dotaría el Derecho Penal de un catálogo de bienes con las cualidades necesarias para acomodarse a los principios estructurales de la intervención penal, singularmente al de lesividad, y capaces por otro lado de configurar en su torno preceptos que describan conductas que los lesionen o pongan en peligro.

En consecuencia se ha llegado a hablar del "dogma" del bien jurídico protegido, de modo que sería rechazable todo precepto del que no pudiera decirse que pena conductas que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico. Tal sería el caso de aquellos que aspiraran a garantizar comportamientos con una mera trascendencia moral, o de los que castigaran conductas cuyos efectos negativos en la realidad social no sean fácilmente apreciables o individualizables.

Aunque el concepto de bien jurídico surgió en el ámbito de la aplicación del Derecho, donde desempeña una trascendente función en la interpretación teleológica, por más que sometido a los principios de legalidad y seguridad jurídicas, es fácil concordar en que es la fase de creación del Derecho la que le ofrece las mejores condiciones para el desenvolvimiento de todas sus potencialidades. Dentro fundamentalmente de este último contexto quisiera llamar la atención sobre algunos aspectos polémicos relacionados con su empleo.

Se ha cuestionado el concepto de bien jurídico por admitir en su seno objetos de protección de naturaleza puramente ideal, de modo que su utilidad metodológica sería dudosa en un Derecho Penal que procura cada vez con más ahínco vincular sus decisiones tutelares a daños sociales efectivos.

La crítica precedente no capta, a mi juicio, la complejidad de una adecuada noción de bien jurídico que no ha de perder en ningún momento su *materialidad*. Sin duda todo bien jurídico,

en cuanto *juicio de valor* positivo sobre una *situación o relación de la realidad social*, posee un componente ideal; tal juicio supone integrar esa relación o situación en un lugar preciso dentro de una determinada ordenación valorativa de las realidades sociales.[29] Esas situaciones o relaciones de la realidad social son el *substrato* del bien jurídico, substrato que, cuando se habla en términos globales del bien jurídico de un precepto, sufre un *proceso de abstracción* o generalización que lo desvincula de sus concretas formas de manifestación;[30] la materialidad ahora no aparece en primer plano por razones meramente lógicas, y no como antes por realzarse su componente valorativo.

Pero las *concretas formas de manifestación* de ese *substrato* son materiales. Eliminada su abstracción, tales situaciones o relaciones sociales se diferencian en unidades socialmente delimitadas, y tales unidades pueden ser dañadas de un modo empírico-socialmente constatable, siempre que se entienda la dañosidad en un sentido sociológico, no natural, dando lugar por lo general a la privación de la posibilidad de realizar determinados comportamientos sociales.

A su vez la producción de tal daño se apoya siempre en la alteración de una *realidad natural*, que es la que sirve de soporte a las precedentes unidades de la realidad social. Tal alteración viene, como mínimo, representada por la misma realización o ausencia de un comportamiento externo, pero normalmente supone alteraciones ulteriores de la realidad natural unidas causalmente al comportamiento externo, y en las que se produce con frecuencia la afección de un *objeto material* constitutivo del apoyo físico que posibilita la realización de la conducta protegida.[31]

[29] Así, se valora positivamente el mantenimiento de la vida de las personas, y se estima que eso es más importante que la, también deseable, salvaguarda de su patrimonio.

[30] Se habla de la vida, patrimonio... sin referencias a vidas o patrimonios concretos.

[31] Así, bien jurídico es la vida humana en el grado de valoración positiva que merece por la sociedad; substrato de ese bien jurídico es la vida humana como realidad social preexistente; formas concretas de manifestación de ese substrato son los procesos existenciales individuales; objeto material es el organismo biológico. Asimismo, bien jurídico es la posesión de bienes materiales en la medida en que se valora positivamente por la sociedad; substrato será el patrimonio individual como realidad social preexistente; formas concretas de manifestación de ese substrato son las capacidades de disposición por sus respectivos poseedores de objetos con valor económico; objeto material son esos objetos con valor económico.
Véase ya una formulación muy cercana a la acabada de realizar, en Díez Ripollés: *El Derecho Penal ante...*, Op. cit. pp. 105-113.

Desde la conceptuación precedente resulta interesante señalar que, si bien la mera protección de contenidos morales contradice el principio de lesividad, no sucedería lo mismo con una eventual decisión legislativa de mantener la interiorización en la población de determinadas pautas de conducta, pautas interiorizadas que constituyen situaciones de la realidad social y que se concretan en conductas ajustadas a esas interiorizaciones o en su ausencia, lo que es constatable empíricamente. El problema, sin embargo, reside en que ese bien jurídico no satisface las exigencias del principio de intervención mínima.

También al hilo de lo anterior cabe destacar que la tendencia a crear estructuras típicas de peligro en los preceptos que protegen bienes jurídicos colectivos puede estar condicionada por una indebida confusión entre el plano abstracto y el plano concreto del substrato del bien jurídico: Para poder hablar de la lesión de un bien jurídico colectivo no es preciso la desaparición de esa realidad social como consecuencia de la lesión, del mismo modo que para afirmar una lesión a la vida tampoco hace falta que desaparezca la vida humana del planeta o de un determinado territorio; o lo que es igual, que el bien jurídico tenga una dimensión colectiva no quiere decir que tal bien no sea susceptible de diferenciación en elementos individualizables que constituyen concretas formas de manifestación de él.[32]

Sin duda uno de los problemas fundamentales que afronta la teoría del bien jurídico es su empleo en el ámbito de los denominados indistintamente *bienes jurídicos colectivos*, difundidos o universales. La proliferación de reformas legales que introducen en los Códigos penales preceptos protectores de tales bienes ha dado origen a una intensa polémica sobre su procedencia. No es este lugar donde podamos ocuparnos detenidamente de todos los aspectos del problema, pero sí cabe realizar algunas observaciones.

La primera de ellas ha de ser para reconocer la legitimidad de su introducción en los cuerpos legales penales. Su toma en consideración refleja el paso del Estado de Derecho liberal, preocupado fundamentalmente por asegurar el orden social en un contexto de garantías formales de la convivencia, a un Estado que además es social y por ello aspira a lograr esa connvivencia

[32] Sobre los bienes jurídicos colectivos véase inmediatamente *infra*.

pacífica por medio del aseguramiento a todos los ciudadanos de determinados presupuestos materiales.

Sin duda su masiva integración en los Códigos ha creado disfunciones importantes, entre las que podrían destacarse la extrema vaguedad de algunas de sus formulaciones, la tendencia, probablemente derivada del déficit anterior, a acomodarse en estructuras típicas de peligro con los riesgos para la seguridad jurídica a que ello da lugar, y su fácil abuso por un legislador que quiere servirse del Derecho Penal para labores de transformación social que son a éste ajenas, cuando no para producir efectos meramente simbólicos en la sociedad.[33] Pero en neutralizar tales defectos consiste el desafío que a la ciencia penal hace la necesaria introducción de estos objetos de tutela.

Las ocasionales propuestas de limitar la aceptación de tales bienes a sólo aquellos que tengan claras connotaciones individualistas, lejos de implicar un avance en el Derecho Penal garantista, suponen reconocer anticipadamente el fracaso de nuevas elaboraciones conceptuales más ajustadas a las actuales necesidades de tutela de las sociedades democráticas, que es lo mismo que decir, de los individuos que las integran. La resignada admisión de que vivimos en una sociedad de riesgo, que tiene que asumir construcciones conceptuales tan poco precisas como las que actualmente ofrecen muchos bienes jurídicos colectivos, parece más bien el caballo de Troya de los partidarios de sustituir el concepto de bien jurídico por otros instrumentos técnico-jurídicos más concordes con una visión expansiva del sistema de control penal y menos respetuosos con los actuales principios estructurales de intervención penal.

Frente a tales alternativas, parece más acertado concluir que la presencia de los bienes jurídicos colectivos confronta al Derecho Penal de modo perentorio con la necesidad de llevar a cabo esa tarea siempre pendiente de colaboración entre las ciencias sociales, singularmente en este caso la sociología, y la política criminal, colaboración que debería orientarse en el tema que ahora nos ocupa en dos direcciones fundamentales: por un lado, a la búsqueda de una formulación de tales bienes jurídicos que

[33] Véase una actitud crítica hacia la proliferación de bienes jurídicos colectivos, entre otros, en Hassemer: "Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos", *Pena y Estado*, nº 1, 1991, pp. 31-36; Baratta, "Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal", *Pena y Estado*, nº 1, 1991, pp. 40-49.

compatibilice una adecuada descripción empírica de realidades sociales merecedoras de protección jurídico-penal con una delimitación conceptual aceptable en los estrictos términos de la dogmática penal. Por otro lado, y como consecuencia de lo anterior, a la elaboración de un concepto de lesión material o dañosidad de tales bienes jurídicos colectivos que, cumpliendo las exigencias dogmáticas, permita sustituir en un buen número de casos las muy cuestionables estructuras típicas de peligro, hoy tan generalizadas en relación con estos objetos de tutela, por las más garantistas de resultado material.

Por último, a la hora de seleccionar los bienes jurídico-penalmente protegibles no ha de pasarse por alto la polémica sobre la *naturaleza secundaria* o meramente sancionatoria *del Derecho Penal*. Desde antiguo un sector minoritario de la doctrina penal ha defendido que al ordenamiento jurídico-penal no le competiría la función valorativa de determinar qué conductas merecerían ser calificadas como ilícitas, sino que habría de limitarse a sancionar con una pena las formas más graves de los ilícitos previamente identificados como tales por los otros sectores del ordenamiento jurídico; dicho de otro modo, la política criminal estaría condicionada por las valoraciones de ilicitud previamente desarrolladas en los otros sectores de la política jurídica. Frente a tales tesis, un sector doctrinal mayoritario ha alegado que se pueden identificar preceptos penales que castigan conductas no prohibidas por otros sectores jurídicos, lo que demostraría que la política criminal toma decisiones de penalización basadas en valoraciones autónomas sobre determinadas conductas, sin importarle que no hayan sido consideradas ilícitas en otros sectores jurídicos; en todo caso se reconoce la excepcionalidad de tales supuestos.[34]

A mi juicio es *prima facie* acertado sostener la opinión minoritaria antedicha, y en consecuencia afirmar la naturaleza secundaria de la Política criminal y, por extensión, del Derecho Penal. Al fin y al cabo ello resulta en exteremo coherente con el principio de intervención mínima y, dentro de él, con el principio de subsidiariedad. Sin embargo, la precedente afirmación debe ser inmediatamente aclarada a partir de la constatación de que

[34] Véase una exposición del problema con toma de postura contraria a la naturaleza secundaria del Derecho Penal, en Cerezo Mir: *Curso de Derecho Penal...* op. cit. pp. 59-60.

la intervención penal realiza dos funciones valorativas autónomas de gran trascendencia:

En primer lugar, selecciona con criterios propios las formas de esos ilícitos respecto a las que procede una decisión de penalización. En ello jugarán un papel decisivo los principios estructurales de la protección, pero también los principios coyunturales, además de todos los contenidos adicionales propios de una teoría de la legislación.

En segundo lugar, la integración de tales ilícitos en el Derecho Penal conlleva su reformulación a tenor de criterios específicamente penales, en concreto su acomodación a la peculiar estructura del sistema de responsabilidad jurídico-penal tal como está plasmado en el concepto técnico-jurídico de delito, y el aprovechamiento de las diversas alternativas valorativas y conceptuales en él existentes. Ello posee una especial significación desde un punto de vista axiológico ya que, p.e., abre la vía para el castigo de supuestos de tentativa, de participación, de delitos mutilados de dos actos... cuya consideración como ilícitos en otros sectores del ordenamiento jurídico, o su adecuada diferenciación, con frecuencia no es posible al carecer de tales estructuras conceptuales o de un afinado desarrollo de ellas.

En resumidas cuentas, se puede sostener que la Política criminal y el Derecho Penal, desde un substrato de ilicitud procedente de otros sectores jurídicos, elaboran finalmente sus contenidos a partir de pautas valorativas propias y autónomas, por lo que ha de hablarse de una limitada naturaleza secundaria de ellos.[35]

[35] Véase una exposición muy cercana en Díez Ripollés: *La categoría de la antijuridicidad en Derecho Penal*, ADPCP, 1991, pp. 752-753.

Integración regional y delitos económicos

NORBERTO EDUARDO SPOLANSKY

DAVID BAIGÚN

SERGIO DO REGO MACEDO

JOÃO MARCELLO DE ARAUJO JUNIOR

JOHN A. E. VERVAELE

Coordinador: ALICIA FREIDENBERG DE FERREYRA.

XXI. INTEGRACIÓN REGIONAL Y DELITOS ECONÓMICOS

POR NORBERTO EDUARDO SPOLANSKY*

I

En este trabajo me propongo analizar las cuestiones que se plantean en el ámbito del Mercosur, como ámbito de integración regional, en relación a los llamados delitos económicos y, en particular, en relación al mercado competitivo y a los límites jurídicos de la competencia, desde la perspectiva del Derecho Penal.

II

El Código Penal de la República Argentina que comenzó a regir en el país en 1922 contenía, con interés para nuestro tema, dos títulos cuyos contenidos fueron modificados y ampliados con el correr de los años.

1. En el denominado título VI se incluían los delitos contra la propiedad y abarcaban las formas tradicionales del hurto, el robo, la extorsión, la estafa y otras defraudaciones, los quebrados y otros deudores punibles, la usurpación y los daños. Sufrieron particular modificación algunas modalidades defraudatorias: *a)* se incluyó un modo defraudatorio novedoso, a saber: el llamado delito de desbaratamiento de derechos acordados (art. 173, inc.11°); *b)* se reformuló el texto de lo que hoy es la administración e infidelidad fraudulenta, de modo de proteger también los intereses pecuniarios confiados a otro, ya sea para su manejo, administración o cuidado (art.173, inc.7°); *c)* se agregaron al Código Penal los casos del administrador de fondos comunes de

* Profesor Titular del Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires.

inversión o el dador de un contrato de *leasing* que defraudare los derechos de los cocontratantes (art.173, inc.12°); *d)* como así también las hipótesis del que ejecutara extrajudicialmente un inmueble violando dolosamente las condiciones establecidas para hacerlo (art.173, inc.13°); *e)* también se incluyó como una hipótesis nueva la del tenedor de letras hipotecarias que perjudicare al deudor o a terceros omitiendo consignar en el título los pagos recibidos (art. 173, inc.14°).

2. También dentro de este mismo título se crearon las figuras de usura crediticia y real, y aquella que se caracteriza porque el autor se hace dar recaudos o garantías de carácter extorsivo (art.175 bis), y se anticipó la intervención del Estado en relación a la valoración de la gestión del patrimonio, penando a su titular no luego de la quiebra sino antes: la insolvencia fraudulenta, delito que no requiere y es anterior a una declaración judicial de aquella naturaleza.

III

En el título XII, denominado Delitos contra la Fe Pública, y con la denominación "De los Fraudes al Comercio y a la Industria", se encuentran reguladas tres hipótesis interesantes: *a)* hacer, alzar o bajar el precio de las mercaderías, fondos públicos o valores, por medio de noticias falsas, negociaciones fingidas o por reunión o coalición entre los principales vendedores de una mercadería o género, con el fin de no venderla o de no venderla sino a un precio determinado (art. 300, inc.1°); el ofrecimiento fraudulento de acciones u obligaciones de alguna sociedad (inc. 2°), y diversas hipótesis del llamado delito de balance falso (inc. 3°). Finalmente, es particularmente relevante el delito de ejecución de actos indebidos por el cual se castiga a los directivos de una persona colectiva que, a sabiendas, prestare su concurso o consentimiento a actos contrarios a la ley o a los estatutos, de los cuales pueda derivar algún perjuicio (art. 301).

IV

De la descripción realizada en II y III, se advierte la generosa regulación penal en aquellos delitos donde existe un contenido económico, o en las hipótesis relativas a la buena fe en el mundo de los negocios de carácter patrimonial. Claro está que cuando uso la expresión patrimonial, me refiero al patrimonio como uni-

dad económica. De este modo, tanto está protegido el que es engañado como el que padece las consecuencias de un abuso de confianza; por otra parte, también la ley proyecta su protección a los negocios exigiendo un mínimo de lealtad.

Esta legislación no fue, sin embargo, suficiente para alcanzar la protección de ciertos bienes jurídicos, y por eso se dictaron, en tiempos diferentes, leyes de monopolio. Su uso no fue muy fértil, como resulta de la limitada experiencia jurisprudencial.

V

Un análisis comparativo de las Constituciones de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay permite encontrar reglas relativas a los siguientes ámbitos:

a) Normas en las que se garantiza el ejercicio del comercio, la propiedad y el uso y disposición de la propiedad. De este modo, estas reglas presuponen la existencia de un mercado en donde se pueden ofrecer o demandar bienes y servicios, que es lo mismo que afirmar la existencia de un mercado competitivo.

b) Normas que reconocen la existencia de un mercado competitivo, pero que alcanzado un cierto objetivo quien obtuvo el éxito se convierte en el titular exclusivo y excluyente de la propiedad. Dicho de otra manera: puestos a competir, todos pueden hacerlo, pero la competencia se termina con el nacimiento del invento o el encuentro del descubrimiento. La propiedad es el premio al que primero llegó.

c) Normas dirigidas a promover el bienestar general, estableciendo en algunos casos "concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo". Por ejemplo: sistemas de promoción industrial en los que se prescriben exenciones impositivas, diferimientos tributarios, liberación de impuestos, entre otras alternativas.

d) Normas relativas al comercio con naciones extranjeras.

e) Normas relativas al sellado de moneda, y adopción uniforme de pesos y medidas para toda la Nación.

Se puede advertir, pues, en los sistemas jurídicos de los Estados ya mencionados la existencia de normas relativas a:

1) Un mercado competitivo.

2) Un mercado competitivo que se trasforma, bajo ciertas condiciones, en régimen de propiedad exclusiva y excluyente (caso de inventos y descubrimientos).
3) Mercados regulables (paridad de la moneda nacional con la extranjera; comercio con las naciones extranjeras; regímenes de promoción industrial).
4) Mercado de bienes y servicios en los cuales el Estado es protector de la satisfacción de garantías básicas de las personas (salario mínimo vital móvil, vivienda, régimen jubilatorio, entre otros).

VI

El tratado para la constitución de un Mercado Común entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, fue firmado en Asunción el 26 de marzo de 1991.

En el texto mencionado se convino que la constitución de ese Mercado Común implica:

"La *libre circulación* de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias ... El establecimiento de un *arancel externo común* y la adopción de una *política comercial común* con relación a terceros Estados ... La coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales ... a fin de *asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes ... Armonizar* sus legislaciones en las áreas pertinentes" (art. 1°).

Por otra parte, los Estados Partes "reconocen diferencias puntuales de ritmo para la República del Paraguay y para la República Oriental del Uruguay".

VII

Como se podrá advertir, uno de los objetivos es asegurar condiciones adecuadas de competencia, idea que se reitera en otra disposición al prescribirse que los Estados Partes asegurarán condiciones equitativas de comercio y coordinarán sus respectivas políticas nacionales, con el objeto de *elaborar normas comunes sobre competencia comercial.*

Por otra parte, el sistema del Tratado de Asunción crea el compromiso "de *armonizar* sus legislaciones en las áreas perti-

nentes", con lo cual se advierte que o bien se armonizan las legislaciones sobre la base de normas de igual contenido en lo que hace a las condiciones adecuadas de competencia, o bien se dictan normas comunes sobre competencia comercial (art. 4°).

VIII

La experiencia ha mostrado que la función del Tratado de Asunción se ha desarrollado con la finalidad de establecer un régimen de armonización legislativa.

Para el tema que nos ocupa, sin embargo, se ha seguido, en principio, no ya el camino de la armonización, sino uno diferente, como más abajo lo demostraré. En tal sentido, destaco que se ha suscripto por una parte el "Protocolo de Defensa del Mercosur" (Fortaleza, 17/12/96). Por otra parte, existen propuestas relativas al Reglamento Común de Salvaguardia —Brasil, Argentina, Paraguay— (Comité Técnico N° 6, Propuesta brasileña, Propuesta argentina y Propuesta del Paraguay, Acta 10/96 de la Reunión de Río de Janeiro del 4 al 6 de diciembre de 1996).

IX

El Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur prescribe que:

"Constituyen infracción a las normas del presente Protocolo, independientemente de culpa, los actos, individuales o concertados, de cualquier forma manifestados, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de posición dominante en el mercado relevante de bienes o servicios en el ámbito del Mercosur y que afecten el comercio entre los Estados Partes" (art. 4°).

La regla transcripta se aplica tanto a actos practicados por personas físicas o jurídicas de derecho público o privado u otras entidades, con lo cual se advierte que no es sólo la relación entre los Estados el bien protegido, sino también el sistema competitivo entre los particulares o entre un particular y un Estado.

El texto que se ha transcripto no constituye una propuesta para que cada Estado armonice su legislación interna, sino la formulación de una norma de carácter *comunitario*, carácter que se proyecta en relación al procedimiento de aplicación en el cual

se prevé la creación del Comité de Defensa de la Competencia, órgano de naturaleza *intergubernamental* (art. 8°).[1]

Este carácter común de la norma no excluye, por otra parte, un sistema de cooperación entre los órganos y autoridades nacionales (art. 30). Precisamente los Estados se comprometen a elaborar "normas y mecanismos comunes que disciplinen las ayudas de Estado que puedan limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia y sean susceptibles de afectar el comercio entre los Estados Partes" (art. 32).

La regla transcripta al comienzo de esta sección, describe dos hipótesis diferentes, a saber:

a) Los actos que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear, o distorsionar la competencia o el acceso al mercado.

b) Los actos que constituyan abuso de posición dominante.

En cualquiera de los casos se debe tratar de actos anticompetitivos o de abuso de posición dominante en el mercado de bienes o servicios en el ámbito del Mercosur y que afecten el comercio entre los Estados Partes.

Esta última fórmula no tiene un claro sentido, ya que no hay una definición directa ni contextual de la fórmula que observo. Por ejemplo, ¿constituye un acto violatorio de la norma escrita en el texto la condición impuesta por el comprador de que antes de pagar el precio de las mercaderías deberá verificar la cantidad y la calidad de lo que le envían como bienes adquiridos desde otro Estado Parte?

¿Constituye una interferencia al comercio entre los Estados Partes que el comprador de ciertas vacunas establezca como condición necesaria de que ellas indiquen la fecha de vencimiento?

Por otra parte, ¿por qué decir que es condición necesaria que los actos deben "afectar el comercio entre los Estados Partes" si los negocios económicos los realizan particulares de un Estado con otros particulares de otro Estado? Quizá lo que se quiso afirmar es que es necesario que se afecte el comercio entre

[1] El profesor Freeland López Lecube ha destacado que el Tratado de Asunción no ha creado una estructura supranacional. No existen atribuciones soberanas cedidas o transferidas a la competencia de las instituciones, de tipo intergubernamental, que *pilotean el proceso*: "El Derecho Penal de la Integración Europea y las Perspectivas en nuestro Mercosur", *Lecciones y Ensayos* n° 60/61, Facultad de Derecho UBA., pp. 52 y ss.

quienes residen en los Estados Partes, ya que no es la protección para las ventas de Estado a Estado lo que aquí se regula. La fórmula que analizo en realidad parece ser relativamente equivalente a la que aparece en la Ley de Defensa de la Competencia de la República Argentina, que pone como condición necesaria de su aplicación que se ponga en peligro "el interés económico general", que es como afirmar en relación al Mercosur "el interés económico de los habitantes de los Estados Partes en incrementar las relaciones comerciales que preponderantemente son realizadas por particulares".

Por otra parte, la razón de la regulación demuestra que los Estados no se desentienden de lo que puede ocurrir en los mercados, en la inteligencia que allí se determinan los precios y la calidad de los bienes y servicios.

Podría pensarse que esta visión concibe el funcionamiento del mercado como bien protegido *per se*. Una interpretación de esta naturaleza podría derivar de la primera cláusula del Protocolo en la que se prescribe que se tiene por objeto "la defensa de la competencia". Sin embargo, las distintas hipótesis que prohíben hechos bajo amenaza de pena requieren en cada caso que se afecte "el comercio entre los Estados partes" (art. 4°).

De este modo queda en claro que no es un valor absoluto el mercado en sí, sino como instrumento para alcanzar determinados objetivos.

Precisamente, un caso judicial resuelto en la Argentina demuestra la corrección de esta interpretación.

a) *Pactos anticompetitivos y peligro al interés económico general.*

En el asunto Arenera Puerto Nuevo (CN Penal Económico, Sala III, 31/5/88; *ED* 132:218) se juzgó la conducta de los directivos de empresas y de sindicatos reunidos bajo la denominación "Comisión de Concertación" con la que "llegaron a un acuerdo por el cual se estableció limitar la producción de arena, utilizando para ello sistema de cupos".

Dicho acuerdo restringió la producción de arena a fin de evitar la caída del precio en el mercado. El acuerdo fue dado a publicidad y se presentó ante las autoridades del Ministerio de Trabajo; no fue homologado, ya que no era órgano competente.

El tribunal que juzgó el asunto consideró que "el hecho de dar a publicidad a lo acordado entre empresarios y sindicatos, no obsta a que lo convenido afecte el interés económico general,

el cual está preservado cuando lo está el funcionamiento del mercado, ya que de este modo se obtienen todos los beneficios que resultan de la libre competencia". Por otra parte, también se destacó que la ley no exige "que realmente se produzca aquel perjuicio (al interés económico general) sino que la modalidad comisiva se concrete de modo tal que pueda resultar como consecuencia de ese accionar. Esto es, que traiga aparejada una concreta y determinable situación de peligro para el interés económico general". Más aún, resulta relevante para el tribunal que no se hubieran fijado precios desde que la distorsión de la competencia se concreta limitando la producción por medio de un reparto de cupos.

b) *Pactos anticompetitivos y satisfacción del interés económico general.*

La consideración de estos argumentos podría dar lugar a pensar que el bien protegido es de modo exclusivo el mercado competitivo. Sin embargo, la delimitación del alcance de esta decisión se advierte en el caso resuelto por la Sala II del mismo tribunal el 12 de marzo de 1992 (A. Gas S.A. y otros c/Agip, Causa N° 30.819). Una Asamblea de la Cámara que agrupa a los fraccionadores del gas en garrafa acordó "la instrumentación de un sistema de canje de envases que tiene por consecuencia la fijación de cuotas de participación en el mercado por cada fraccionador ... la Asamblea de la Cámara reglamentó el mecanismo de canje o *clearing* de envases que supone el aprovisionamiento de producto en cantidades proporcionales a la cantidad de envases de que dispone cada participante en el sistema ... esto supone limitar en alguna medida la competencia en el mercado en tanto implica un tope a la cantidad que cada uno puede vender ... el carácter no descartable de los envases, que deben retornar al fraccionador para su rellenado así como para asegurar su mantenimiento y la existencia de reglamentaciones con fines de seguridad ... crean un condicionamiento particular que es necesario tomar en cuenta ... Por un lado, el fraccionador debe hacerse responsable del mantenimiento y la reposición de sus envases por razones obvias de seguridad en el manipuleo de un producto tan inflamable como el gas envasado. Por otro lado, el intercambio de los envases favorece en última instancia al consumidor al permitirle abastecerse indistintamente con envases de cualquier fraccionador. Este intercambio, entonces, es favorable al interés económico general,

es decir, al interés de la comunidad, no al de determinados agentes económicos. A su vez, el equilibrio razonable que supone la utilización indiscriminada de envases con posibilidades de que un fraccionador pueda llenar los que pertenecen a otro exige cierta reglamentación a cumplir por quienes ayudan a los centros de canje ... No puede afirmarse que de por sí, ese comportamiento evidentemente anticompetitivo, tenga que ser perjudicial al interés económico en general ... al contrario, es conveniente a los consumidores y a la comunidad en general ... No se trata de que su comportamiento resulte justificado por las normas del artículo 5°... El cargo que se efectuó a la Cámara de Empresas Argentinas de gas licuado de haber impuesto una relación proporcional en el volumen de combustible suministrado anualmente, no obstante su carácter restrictivo de la competencia, no trasgrede la ley de la materia en tanto no resulta ser contrario al interés económico general".

De estos antecedentes resulta que hay prácticas restrictivas que producen más beneficios que desventajas al interés económico general y, en ese caso, el hecho no cae en el ámbito de la prohibición.

En el caso que estoy analizando se tomaron en cuenta los siguientes datos relevantes, a saber:

1) La instrumentación de un sistema de canje de envases respecto de las garrafas de gas envasado.

2) La existencia de normas de seguridad para evitar riesgos con un bien combustible.

3) La mayor satisfacción o beneficio que satisface al consumidor final. Seguridad y beneficios al consumidor constituyen, pues, las razones que justifican la práctica enjuiciada.

Pues bien, si se crea una cámara compensadora entre los bancos que existen en el ámbito del Mercosur, esta limitación voluntaria al régimen de la competencia podría estar justificada si las ventajas son mayores o más intensas para la realización de los negocios en el Mercado Común. De igual modo, si se crea una cámara compensadora entre las distintas bolsas y mercados de valores del Mercosur en relación a las operaciones y liquidaciones correspondientes a títulos valores, esa limitación voluntaria podría estar justificada si las ventajas son mayores o más intensas para la realización de las actividades de los agentes económicos en el ámbito del Mercosur.

La incidencia de la afectación del comercio entre los Estados debería tener un doble tipo de efectos procesales, a saber: *a)* conflictos entre los Estados y conflictos entre particulares o entre particulares y un Estado; *b)* reglas procesales y derechos de los consumidores a participar en los procesos de investigación. Como se verá más abajo, estas consecuencias que existen en la Ley de Defensa de la Competencia de la Argentina no se encuentran presentes en este Protocolo.

X

Un dato particularmente curioso es que el sistema proyectado constituye la infracción *independientemente de la existencia de culpa* (art.4° del Protocolo).

Esta regla constituye, sin duda, un retroceso en el Derecho Penal contemporáneo, ya que la justificación de una sanción retributiva presupone capacidad de elección y capacidad de comprender el carácter penal del hecho que se ejecuta. Ésta es, por otra parte, la función de la ley anterior como requisito de la responsabilidad penal.

Es posible que se sostenga que las sanciones previstas son normas no penales y pertenecen al derecho administrativo. Un argumento de esta clase pretende modificar las características de un objeto cambiando su nombre y por eso se ha dado en llamar a esta manera de abordar el tema un Derecho Penal de etiquetas. En efecto, los órganos de aplicación pueden disponer orden de cese, y en caso de violación a las normas, multas, prohibición de participar en regímenes de compras públicas y prohibición de contratar por parte de instituciones financieras públicas de cualquiera de los Estados Partes. Curiosamente, se dice de manera nítida, que "las *penalidades* previstas en este artículo serán ejecutadas por el órgano nacional de aplicación del Estado Parte en cuyo territorio estuviera domiciliada la parte infractora", con lo cual se advierte que el mismo Protocolo habla de *penalidades* y no de meras sanciones administrativas.

En conclusión, la prescindencia de la existencia de culpa constituye la creación de un Derecho Penal de responsabilidad objetiva que crea un conflicto con la interpretación del principio constitucional argentino, conforme al cual es requisito indispensable la existencia de una ley penal anterior pública, escrita y estricta, para controlar la gestión de las autoridades y de los

jueces, pero también para garantizar que la responsabilidad sólo podrá existir cuando ha sido posible en cada caso que el imputado haya podido comprender que su acto estaba prohibido bajo amenaza de pena.

XI

Es interesante tener presente que:

"Las reglas de este Protocolo se aplican a los actos practicados, por personas físicas o jurídicas de derecho público o privado, u otras entidades, que tengan por objeto producir o que produzcan efectos sobre la competencia en el ámbito del Mercosur y que afecten el comercio entre los Estados Partes. Párrafo único - Quedan incluidas entre las personas jurídicas a que se refiere el párrafo anterior, las empresas que ejercen *monopolio estatal*, en la medida en que las reglas de este Protocolo no impidan el desempeño regular de atribuciones legales" (art. 2°).

Las reglas transcriptas muestran que no se reguló sólo la actividad del mercado competitivo de o entre particulares, sino también el caso de las personas jurídicas de derecho público. Sin embargo, el llamado párrafo anterior crea un privilegio para las empresas que ejercen monopolio estatal en desmedro de los beneficios del mercado competitivo, pues priman las normas de monopolio estatal, en la medida en que las reglas de este protocolo no impidan "el desempeño regular de atribuciones legales". Este privilegio para el Estado monopólico no parece estar justificado si su función satisface nada más que atribuciones legales y no se requiere una satisfacción del interés económico general, tal como lo establece la legislación argentina. Precisamente, existe una interesante experiencia jurisprudencial en la República Argentina al aplicar la Ley de Defensa de la Competencia en relación a las empresas del Estado.

Un caso de interés para el tema que analizo es aquel en el cual se formuló una denuncia contra Somisa Sociedad Mixta Siderúrgica Argentina. En esa ocasión la comisión afirmó que "del hecho de que la empresa en cuestión haya nacido por decisión de la ley y cumpla una actividad que de algún modo cuenta con respaldo de esa jerarquía no puede seguirse la voluntad de la ley de situar su situación fuera del ordenamiento jurídico".

Acindar S.A. c/Somisa Sociedad Mixta - Resolución N° 124 del 23/4/82.

XII

Es útil recordar que el Protocolo prescribe que el ámbito espacial de aplicación se refiere a los conflictos en el mercado del Mercosur, preservando la legislación nacional para los conflictos domésticos:

"Es de competencia exclusiva de cada Estado Parte la regulación de los actos practicados en su respectivo territorio por persona física o jurídica de derecho público o privado u otra entidad domiciliada en él y cuyos efectos sobre la competencia a él se restrinjan" (art. 3°).

Sin embargo, debe tenerse presente que muchos Estados tienen en sus Códigos Penales cláusulas basadas en el principio de defensa conforme al cual se aplica la ley del Estado en cuyo territorio "deban producirse sus efectos". Este modo de extender la validez de la Ley Penal es necesario tenerlo presente, pues excluye la aplicación de la competencia exclusiva del Estado Parte en cuyo territorio se practicó el acto prohibido, como único dato relevante si el acto en cuestión debe tener resonancia limitada en otro sistema jurídico (cuyos efectos deban producirse en otro territorio).

XIII

Es una muestra significativa de la aplicación de un criterio utilitarista de reglas, la idea de que la infracción no debe estar asociada necesariamente a la imposición de una pena. Precisamente, y siguiendo un criterio análogo al que rige en la Argentina, se establece que:

"En cualquier etapa del procedimiento, el Comité de Defensa de la Competencia podrá homologar, *ad referéndum* de la Comisión de Comercio del Mercosur, un compromiso de cese de la práctica sometida a investigación, el que no importará confesión en cuanto al hecho ni reconocimiento de la ilicitud de la conducta analizada" (art. 22).

El compromiso contendrá las obligaciones del denunciado, el valor de la multa diaria en caso de incumplimiento y la obligación de informar periódicamente sobre su actuación en el mercado.

XIV

Es particularmente sugestivo el sistema de las sanciones que tiene criterios de individualización general diferentes a los que se presentan en los Códigos Penales.

El Protocolo prevé que son sanciones el cese definitivo de la práctica infractora y en caso de incumplimiento una multa diaria, una multa basada en las ganancias obtenidas, la facturación bruta, los activos comprometidos y la prohibición de participar en regímenes de compras públicas o de contratar con instituciones financieras públicas. También se podrá recomendar a las autoridades del Estado Parte que no concedan al infractor incentivos de cualquier naturaleza o facilidades de pago.

XV

En forma paralela a las prohibiciones previstas en el art. 4°, se prevé que:

"Los Estados Partes adoptarán, para fines de incorporación a la normativa del Mercosur y dentro del plazo de dos años, normas comunes para el control de los actos y contratos, de cualquier forma manifestados, que puedan limitar o de cualquier forma perjudicar la libre competencia o resultar en dominio del mercado regional relevante de bienes y servicios, inclusive aquellos que resulten en concentración económica, con vistas de prevenir sus posibles efectos anticompetitivos en el ámbito del Mercosur" (art. 7°).

Este punto es de particular importancia para evitar las concentraciones anticompetitivas, que puedan afectar el comercio a través de los Estados.

Sin embargo, es posible presentar la siguiente preocupación: los órganos administrativos están compuestos por funcionarios públicos. La opinión pública, con mayor o menor intensidad, no siempre tiene buena opinión o confianza en la ética relativa al cumplimiento de sus tareas. La adopción de normas para el control de actos y contratos debe estar siempre sometida a la idea de que esas prácticas administrativas no se conviertan en un costo adicional que los particulares tengan que pagar cuando realicen actos de fusión o de colaboración empresaria. *Por ese motivo, es útil señalar este aspecto para que la decisión relativa a la prohibición de concentraciones económicas esté encomendada a un órgano supranacional de carácter autónomo y con estabilidad en relación a los gobiernos de cada uno de los Estados Parte.*

En este sentido, es interesante recordar la existencia y la experiencia de normas sobre el tema en Estados Unidos y en la Comunidad Europea.

En el primero de los Estados, la Clayton Act tiene normas sobre la adquisición por una sociedad del capital de otra, de las notificaciones previas a la concentración, a las transacciones exentas de regulación, al régimen de información, audiencias, sanciones, y al papel que tienen sobre el tema la Federal Trade Commission y el Procurador General Adjunto, como así también los informes que deben enviar anualmente al Congreso Federal. También se regula la competencia del tribunal competente en el distrito que corresponda de los Estados Unidos.

El Consejo de las Comunidades Europeas en 1989 también dictó un Reglamento sobre el tema, sobre la base de que el art. 235 del Tratado por el cual la Comunidad puede ser dotada de poderes de acciones adicionales, necesarios para lograr sus objetivos, inclusive en relación a las concentraciones en los mercados de los productos agrícolas. Desde este punto de vista, se entendió que la comisión de la Comunidad Europea tenía competencia para tomar todas las decisiones necesarias para decidir si las concentraciones con una dimensión comunitaria son o no compatibles con el mercado común, como así también adoptar decisiones para restaurar la concurrencia efectiva. En este sentido, dicho Reglamento prescribe que el Tribunal de Justicia tendrá jurisdicción ilimitada para revisar las decisiones por las cuales la comisión fija multas, pudiéndolas cancelar, reducir o aumentar.

En la República Argentina se dice que no existe un régimen de esta naturaleza. Sin embargo, la Ley de Defensa de la Competencia prohíbe y sanciona los actos que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia, o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general (art. 1°, ley 22.262).

Por otra parte, dicha comisión puede realizar estudios relativos a la competencia de los mercados y disponer la iniciación de una investigación (art. 12). Este modo de actuar basado en el contralor permanente de ciertos mercados y en el uso de la información para realizar los procesos correspondientes de oficio, que yo sepa no ha existido para evitar los casos de concentración empresaria perjudicial al interés económico general. La jurisprudencia que se ha publicado muestra que las investigaciones no se han orientado para incluir también la temática de la llamada concentración empresaria. Es un caso más de una regla que no se usa con toda la riqueza que ella pueda tener.

XVI

Un último aspecto que merece destacarse: los *órganos* de aplicación de este Protocolo son el Comité de Defensa de la Competencia y la Comisión de Comercio del Mercosur.

El Comité de Defensa de la Competencia es un órgano de naturaleza *intergubernamental* e integrado por los órganos nacionales de aplicación en cada Estado Parte.

He destacado la expresión intergubernamental para mostrar que el Comité estará constituido por funcionarios de los gobiernos y no constituirán, de ese modo, un órgano independiente y autónomo de cada una de las administraciones, con lo cual se esfuma la idea de que el Tratado de Asunción podrá proyectarse en la medida en que haya órganos supranacionales, que no dependan de las contingencias políticas de cada gobierno local.

XVII

Los órganos nacionales de aplicación iniciarán el procedimiento para presentarlo al Comité de Defensa de la Competencia, quien procederá a la apertura de la investigación o *ad referéndum* de la Comisión de Comercio del Mercosur, al archivo del proceso. El Comité determinará la aplicación de medidas preventivas. El órgano nacional de aplicación del Estado parte en cuyo territorio estuviera domiciliado el denunciado, realizará la investigación de acuerdo a las pautas que el Comité defina en relación a la estructura del Mercado relevante, los medios de prueba y los criterios de análisis de los efectos económicos. Una vez concluida la investigación por parte del Organo Nacional, la presentará al Comité, quien determinará las prácticas infractoras y establecerá las sanciones a ser impuestas. Si en el Comité no se alcanzara consenso, entonces elevará sus conclusiones y divergencias a la Comisión de Comercio del Mercosur que se pronunciará mediante la adopción de una directiva, definiendo las sanciones a ser aplicadas. Las sanciones serán aplicadas por al Órgano Nacional en cuyo territorio estuviera domiciliada parte infractora. En tal sentido, es importante tener presente que la Comisión de Comercio también es competente para oír los reclamos de particulares "a causa de la sanción, aplicación por cualquiera de los Estados de medidas de efecto restrictivo discriminatorias o de competencia desleal de acuerdo con el Protocolo de Brasilia" (J. Carlos Hitters, "Solución de Controversias en el

Ámbito del Mercosur", Diario *La Ley* del 28/6/97). Este mismo autor sostiene además que la solución de conflictos entre particulares se regulan exclusivamente por los principios generales del derecho interno de cada país y deben acudir a los jueces de cada Estado o al arbitraje o a la conciliación o mediación.

Si la Comisión de Comercio no obtuviere consenso, el caso se enviará al Grupo Mercado Común y si aquí tampoco hubiere consenso se utilizará el procedimiento previsto en el capítulo IV del Protocolo de Brasilia para la solución de controversias.

Como se advierte, la adopción de una decisión se diluye de órgano en órgano y se remite a una instancia que no facilita de modo inmediato y nítido la adopción o bien de una sanción o bien de una absolución.

La descripción realizada confirma, nuevamente, la frustración jurídica del Protocolo de Defensa de la Competencia por la ausencia de un tribunal supranacional con funciones jurisdiccionales.

La cuestión es grave, ya que la existencia de una Corte de Justicia comunitaria ha permitido afirmar que en Europa la segunda mitad del siglo xx pasará a la Historia como la era de los jueces y que el juez ha sido poco a poco el artesano de la construcción en la materia penal y por eso el activismo de la Corte Europea no se ha enfrentado a una resistencia semejante a la que soportan las jurisdicciones nacionales ("Nuevamente sobre el Juez Nacional frente al Derecho Comunitario", por Aída Kemelmajer de Carlucci, Diario *La Ley* del 1/7/97).

La ausencia de un tribunal supranacional constituye una deficiencia que se ve enriquecida negativamente porque no existen normas que le otorguen al particular denunciante un rol protagónico que le reconozca capacidad para ofrecer y controlar la prueba y utilizar medios recursivos, tal como sucede en la Ley de Defensa de la Competencia de la República Argentina.

Por otra parte, el Protocolo no incluye un régimen particularmente útil en estas cuestiones relativas a los mercados, que se advierte en las experiencias recientes que demuestran "las ventajas del sistema de audiencias públicas", como condición previa a la división que se pueda tomar y que "ante la crisis de representatividad que padecen las clases políticas se torna indispensable buscar engranajes que permitan ensanchar la cadena de intervención en las resoluciones". Dicho de otra manera, no se trata de alterar la titularidad formal del poder, como lo ha

destacado Gordillo, sino de cambiar el tradicional modo de ejercer ese poder ("La reestructuración tarifaria telefónica, los procedimientos de audiencia e información pública", de Alfredo S. Gusman, Diario *La Ley*, 13 de junio de 1997).

XVIII

La contracara de las prácticas comerciales entre los habitantes de los Estados Parte o entre los Estados Parte o entre un Estado Parte y un particular de otro Estado Parte, tiene un límite interno, a saber: se puede competir pero no a cualquier precio,[2] que es como afirmar que la competencia excluye la regla usada por Tysson en su combate de box de 1997 en el que para intentar derrotar a su contrincante le arrancó dos secciones de sus orejas durante el match de box.

XIX

a) Un modo posible de cometer el delito de competencia desleal consiste en tratar de desviar la clientela mediante propaganda desleal.

b) La expresión adecuada es *publicidad desleal*, ya que *se trata de proteger el ejercicio legítimo y leal de ejercer el comercio y no el diseño de propagación de ideas políticas, filosóficas, morales, sociales, o religiosas.*

[2] En la legislación argentina, son relevantes los siguientes textos. *Art. 42 de la Constitución Nacional:* "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control". *Art. 159 del Código Penal:* 'Será reprimido con multa de dos mil quinientos a treinta mil pesos, el que, por maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal, tratare de desviar, en su provecho, la clientela de un establecimiento comercial o industrial". *Art. 1° de la ley 22.262:* "Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que limiten, restrijan o distorsionen la competencia o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general".

La expresión *propaganda desleal* no es, estrictamente, una palabra que tiene características definitorias positivas. Por el contrario, se trata de un concepto *ciego*, porque decir que un hecho constituye propaganda desleal es afirmar que se trata de una propaganda que *no* debe hacerse, que viola las reglas de lealtad en el ámbito de las relaciones comerciales e industriales. Sin embargo, *son diferentes y diversas las razones por las cuales un hecho merece ese calificativo.* En el lenguaje común y, también en el jurídico, hay expresiones que excluyen diferentes clases de calidades, sucesos o circunstancias. Por ejemplo: afirmar que este hecho debe ser juzgado exclusivamente por la Justicia civil, implica afirmar que el hecho no pertenece a la jurisdicción militar, ni a la eclesiástica, ni tampoco a la de carácter criminal. Es cierto que éstas son distintas jurisdicciones, pero usar "jurisdicción civil" constituye en el contexto del enunciado que presenté, excluir diversas jurisdicciones que no tienen puntos en común.

Éste es el modo en que también ha sido entendida la calificación de arbitraria cuando se afirma que una sentencia es de tal naturaleza. Son múltiples y diversas las circunstancias y razones por las cuales una sentencia se descalifica de ese modo; por ejemplo: que *no tiene fundamentos* en la ley aplicable al caso, que se ha dictado *violando* la ley aplicable, que se ha *omitido* considerar prueba relevante que hubiera permitido dar una solución distinta al caso, que la sentencia parte de afirmaciones *dogmáticas y autosuficientes*, entre otras hipótesis.

De igual modo, cuando se afirma que determinada publicidad es desleal es porque ella o bien es *falsa*, o *denigrante* o *vejatoria*, o que suscita confusión.[3]

Como se advierte, la descalificación de publicidad desleal consiste en sostener que se excluye la permisión de esa manera de información, por condiciones de diversas características. No es lo mismo un aviso falso respecto de la calidad de un automóvil que exhibir en una misma vidriera dos libros de autores diferentes y publicados por editoriales distintas pero acompañado, uno de ellos, con un vaso conteniendo agua y a su lado dos aspirinas.

[3] "Desleal es una expresión que excluye la existencia de ciertas condiciones de carácter diverso y múltiple". Sobre este tema "Excluders", de R. Hall, en el volumen *Philosophy and Ordinary Language*, Ch. E. Catón University of Illinois Press, 1963, p. 67.

Estos modos diferentes de limitar la validez de la publicidad son en realidad excluidores por razones diversas, como es diversa la falsedad, la denigración y la confusión. Cada una de estas hipótesis podríamos denominarlas causas excluidoras de la legitimidad del acto que se enjuicia.

c) Una de las maneras en que se puede realizar la publicidad es a través de la llamada *publicidad comparativa*. En ésta tanto se pueden comparar las calidades de los productos o de los servicios, así como también plazos de garantía, precios de venta, financiación, es decir, características de dichos bienes o servicios y modos de comercializarlos.

Ha existido, tanto en el plano teórico como jurisprudencial una resistencia para admitir la validez o legitimidad de este modo de informar a los consumidores.

XX

a) ¿Cuál es el código moral que prohíbe que un comerciante compare sus productos, o los precios o las condiciones de venta de aquéllos con los del competidor? Por el contrario, esto es lo que prevalece en un mercado competitivo, y prohibir la comparación *per se* es eclipsar las características definitorias de la competencia. Ni una ética absolutista, ni tampoco una que se base en principios utilitaristas, contiene, que yo sepa, una regla como la que se pretende invocar para objetar la comparación, a menos que ésta sea falsa, denigrante o confusional. Por ejemplo: se atribuyen al producto que se presenta como el indicado, calidades que no posee, o se presentan los libros propios y los de una editorial competidora acompañados los de esta última con un digestivo estomacal, o si se instala un local de ventas de servicios de peluquería con las mismas características de diseño y decoración que otros que pertenecen a una cadena muy reconocida por sus calidades. En todos estos casos, *la falsedad, la denigración o la confusión* de qué es lo que se ofrece constituye una práctica desleal para con los competidores e impide que se satisfaga el objetivo de la comparación, a saber: la información leal al consumidor.

b) Es preciso diferenciar entre *usar* una marca ajena y *aludir o mencionar* una marca de otro.

Usa una marca ajena sin el consentimiento de su titular, por ejemplo, quien pone la marca en su propios productos sin la

autorización de aquel que puede decidir. En cambio, aludir o mencionar una marca ajena, no es usar la marca, sino decir algo *acerca de ella*.

Esto es lo que hacen generalmente las vendedoras de un comercio cuando ofrecen ciertos productos amparados por distintas marcas, y esto es también lo que hacen los interesados-compradores cuando preguntan si hay productos de *ciertas* marcas que identifican. Esta última tarea es también la que realizan los analistas del mercado y no parece ser éste el propósito que guía a la Ley de Marcas cuando prohíbe el uso indebido. *La diferencia entre usar una palabra y aludir o mencionar a una determinada palabra es decisiva para la cuestión, y esta visión no es ya sólo una cuestión jurídica, sino de carácter conceptual.*

Por otra parte, es relevante tener presente que un producto o un servicio puede ser identificado por sus características *físicas*, sin necesidad de mencionar la marca correspondiente.

c) Ahora he de analizar el tema del *apoderamiento* de la clientela. En un mercado competitivo *nadie es dueño* de la clientela, de modo análogo a como se es dueño de un inmueble. Sólo existe la expectativa de mantenerla e incrementarla. Sin embargo, este objetivo está condicionado, entre otros factores, a que los competidores no ofrezcan un producto equivalente o sustitutivo de quien ya ha ganado un buen plantel de interesados, sea porque el nuevo producto tenga más calidad o porque tenga un precio de adquisición más bajo. El mercado competitivo hoy "obliga" por razones empíricas, y no por razones jurídicas, a justificar ante los consumidores, día a día, minuto a minuto, que el producto o el servicio que se ofrece es el que tiene que ser preferido por los antiguos clientes y por los que puedan venir. Es esta justificación cotidiana la que convierte en argumento aparente a la clientela como parte de la propiedad del establecimiento comercial o industrial. Esto podría ser así en una economía estática. Deja de serlo en la medida en que aparece la competencia.

Esta idea se lee precisamente formulada de este otro modo: *"La clientela no es propiedad de nadie"*.

d) Resta por analizar el tema del aparente *aprovechamiento* que quien recién iniciado se compara con quien ha ganado una posición e imagen en el mercado.

Es cierto que comparándose con quien mejor luce, tiene posibilidades quien se ofrece a la competencia, de ser "visto de un modo más intenso por los consumidores". Pero la pregunta que uno tiene que formularse es *si la competencia es abierta entre los hasta ahora exitosos y los que recién se inician, o solamente entre los exitosos.*

Si uno de los beneficios del mercado competitivo es que la puja logra mejorar la calidad de los productos y de los servicios para facilitar, de esa manera, un valor menos costoso por los bienes y servicios, no se advierte, desde el punto de vista de las *consecuencias*, cómo se puede pretender crear categorías de empresas de modo tal que los nuevos no pueden pujar con los antiguos.

La creación de estos privilegios implicaría desnaturalizar la competencia y limitar, sin razón, el sentido del mercado en el que todos los que quieren ofertar pueden hacerlo y todos los que quieran demandar puedan demandar y que todos y que cada uno de ellos puedan hacerlo exhibiendo sus cualidades y comparándolas con las de los competidores.

XXI

De estos antecedentes resulta claro que el sistema competitivo tiene que garantizar la posibilidad de la publicidad comparativa, porque ésta es, por una parte, la que permite dinamizar esta clase de mercado; por la otra, es necesario poner la mirada en un personaje que se encuentra latente en el mercado, a saber: el consumidor de bienes y servicios. Éste es, en definitiva, el *ciudadano final del mercado.*

Podemos, pues, presentar estas conclusiones: la propaganda comparativa es un acto permitido, y sin afectar el privilegio de competir, y a condición de que no sea falsa, denigrante o confusional. Estas ventajas se hacen más intensas si se incluye en el análisis la expectativa del consumidor a obtener una información objetiva y útil, para que su elección sea *fundada* y no una orientación equívoca similar a la que se puede tener en la oscuridad.

La propaganda comparativa no se permite, en cambio, cuando afecta el ejercicio leal de la libertad de ejercer el comercio y competir, y puede afectar el derecho a la información del consumidor, a saber: cuando está dirigida a confundir, cuando constituye un acto denigratorio o vejatorio, o cuando la información es falsa.

XXII

El aspecto relativo al destinatario final de la propaganda desleal ha sido destacado por el profesor Miguel Reale Junior al tomar en cuenta los intereses de los consumidores.[4]

Desde esta perspectiva, se advierte ahora claramente que si el Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur garantiza la existencia, o posible existencia, de un mercado competitivo, y la figura de la competencia desleal establece los *límites* de ese mercado, hay un personaje que se encuentra *latente* en ambas regulaciones y que es necesario incluir, a saber: el consumidor de bienes y servicios.

Por esa razón, tanto en la primera de las regulaciones (Defensa), como en la segunda (Competencia Desleal), es preciso incluir también la protección de este personaje relevante para nuestro tema.

En relación a este punto, es interesante tomar en cuenta que en la nueva regulación argentina de protección al mercado competitivo, además de la prevención de los actos que afectan la vida competitiva, del mercado se prescribe:

"*Los damnificados* por los actos prohibidos por esta ley podrán ejercer la acción civil del resarcimiento de daños y perjuicios ante la justicia comercial" (el subrayado es mío).

XXIII

Tradicionalmente la idea de ciudadano está asociada a la idea de quien pertenece a una ciudad y también tiene el derecho de elegir al gobernante. Esta antigua y contemporánea idea se enriquece con el rol protagónico que tiene en los mercados competitivos. Éstos existen en beneficio de los ciudadanos y por eso es útil promover su desarrollo. A la idea de ciudadano que pertenece a una ciudad y elige al gobernante se incorpora de modo contemporáneo el atributo de "ciudadano consumidor". Él es el destinatario final de la elección de los bienes de los servicios y, en definitiva de los proyectos que elabora para su vida, por esa razón, él también tiene el derecho de denunciar, de proponer investigaciones, medios de prueba y recurrir en relación a prácticas anticompetitivas o abuso de posición dominante. Ésta es

[4] Miguel Reale Junior: "Concurrencia desleal e intereses difusos en el derecho brasilero", *Derecho Comparado*, 1987, nº 6. Spolansky, Norberto Eduardo, en la misma obra señalada en esta nota destaca la relación entre mercado competitivo consumidor en una sociedad abierta a la discusión de los temas de interés público para defender la licitud de la propaganda comparativa a condición de que no sea denigratoria, confusional o desleal (1987).

una laguna en el Protocolo que analizo. La otra es la que tiene que ver con el modo de garantizar el derecho a obtener una información veraz —llámese propaganda comparativa leal— que haga posible una elección fundada. Acá es útil evocar a Bacon: quien más sabe, más puede; el saber da poder. Por esta razón, destaco esta segunda laguna que queda como un tema para proteger de forma efectiva el mercado competitivo.[5]

Sumario

En este trabajo he mostrado que constituye un avance significativo el haber creado un sistema normativo *comunitario* al crearse tipos penales por violación de las normas del mercado competitivo o por abuso de posición dominante. La protección no es al mercado competitivo en sí, sino como medio para intensificar las relaciones comerciales. Constituye una grave disminución de las garantías el haber establecido responsabilidad *sin culpa*. Se presenta como un limitado avance la creación de un sistema de solución de controversias. Sin embargo, la única manera de constituir un mercado común es con órganos *comunes*. Uno de ellos y esencial es un tribunal de Justicia del Mercosur, que no dependa de los gobiernos y al cual los particulares puedan recurrir. En defensa de los intereses compartidos, los particulares deben tener derecho a controlar la prueba y a poder impugnar las decisiones. El control de las concentraciones empresarias no debe quedar en manos exclusivas de órganos dependientes de las administraciones de los Estados Partes, y debe organizarse un sistema para que sea un tribunal supranacional el que las homologue o las prohíba. *El consumidor es el ciudadano del mercado competitivo* y el destinatario final de sus efectos. Los límites a la lucha competitiva deben incluir como un acto permitido la *propaganda comparativa* leal, ya que el saber da poder. Debe incluirse un régimen de *audiencias públicas* para que de esa manera en las controversias los derechos de las personas puedan ejercerse plenamente. No se trata de trasladar el eje de la soberanía, sino de hacerla efectiva también en el Mercosur.

[5] En relación al régimen jurídico en Brasil, *vid.* João Marcello de Araujo Junior: "Dos Crimes contra a ordem econômica", Editora Revista dos Tribunais. En relación al derecho uruguayo, Darío Sergio Corgatelli presentó un análisis sobre el tema "Competencia ilícita en la Ley Penal Uruguaya", en el Congreso de Derecho Comparado indicado en la nota 4. Un análisis contemporáneo del tema se puede leer en el Código Penal de la República Oriental del Uruguay, anotado y concordado por Adela Reta y Ofelia Grezzi.

XXII. INTEGRACIÓN REGIONAL Y DELITOS ECONÓMICOS

POR DAVID BAIGÚN*

La tarea que se nos ha encomendado exhibe numerosos perfiles; en esta intervención centraremos nuestro esfuerzo en uno de ellos, el más relevante a nuestro juicio o, al menos, el de mayor interés para nuestra disciplina en esta región latinoamericana: el Mercosur y la necesidad de una política criminal respecto de los delitos económicos que se vinculan con la situación actual y su posterior desarrollo.

Cualquier propuesta de abordar este tópico requiere precisiones previas: en primer lugar, determinar la naturaleza jurídica actual del Mercosur, pues toda política criminal exige, como punto de partida, el conocimiento de la infraestructura institucional sobre la cual se proyecta; en segundo término, establecer si las condiciones actuales permiten avizorar el objetivo de la integración, y, en caso afirmativo, definir la esencialidad de la meta que se pretende; en tercer orden, definir cuáles son los bienes comunes a los que debe apuntar la protección penal, tanto los que ya han asomado a la superficie, como los que surgirán de una eventual integración; por último, prefijar los lineamientos de la política criminal para las dos etapas (o niveles) conforme a dos modelos; uno que satisfaga los requerimientos del estadio de desarrollo actual; otro, que se proyecte hacia la comunidad que se proclama para el futuro.

1. *Entidad asociativa o contractual*

El Tratado de Asunción (26/3/1991) decide la constitución de un Mercado Común (art. 1°) y define el contenido de su actividad pero, como se observa en el texto, los objetivos están dirigi-

* Profesor Titular Consulto de Derecho Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

dos, fundamentalmente, al ámbito de intercambio comercial: la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos a través de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias, el establecimiento de un arancel común externo y la adopción de una política comercial común con relación a otros estados o agrupaciones de estados, amén de acordar la coordinación de posiciones en los encuentros internacionales, el enlace de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los miembros (en materia de comercio exterior, agricultura, industria, moneda, capitales, servicios, transportes, comunicaciones y actividad fiscal, cambiaria, aduanera) está, en verdad, dirigido a asegurar las condiciones de competencia entre éstos, es decir, registra siempre una conexión directa con el área del comercio.

Como bien lo señalan Rúa Boiero, Eguivar y Feldman[1] el Tratado traduce la concepción de un "proceso e integración económica regional que elige como camino principal el mercado común, un estado de asociación que además del acceso a la unión aduanera, supone la coordinación de las políticas sectoriales y macroeconómicas" vinculadas con el proyectado cambio de bienes y servicios. Dejemos de lado nuestras reservas sobre el uso equivocado del vocablo integración, pero lo cierto es que el Tratado formula un proceso abierto, con indicación de un camino común hacia una meta que denomina la integración (art. 1° *in fine*), *No define los componentes de este objetivo*, lo que sí está claro es que en esta primera etapa el eje de la construcción gira alrededor de las relaciones comerciales y que los enunciados fundamentales, aparentemente dirigidos a ampliar los propósitos, están indisolublemente vinculados con esta concepción.

[1] "Mercosur, un camino sin retorno", *La Ley*, Buenos Aires, 1995, p. 7.
El Mercosur y la Regionalización del Derecho Penal. En el primer trabajo elaborado sobre esta materia, Gonzalo Fernández ya anticipaba algunos datos relevantes sobre la política criminal asequible a ese momento (1992) y las que deberían tomarse en cuenta para un programa futuro; afirmaba el profesor uruguayo que aún era impredictible el camino a recorrer a partir del estado "naciente" del Mercosur (p. 15) y el carácter de provisoriedad que exhibía el Tratado de Asunción. Cinco años después, los proyectos regulativos en discusión, los lineamientos de los Protocolos y demás acuerdos logrados, y, especialmente, el desarrollo de los procesos reales en la relación entre los Estados Partes permiten entrever con mayor claridad las tendencias dominantes. Nuestro trabajo recoge el esquema de Gonzalo Fernández, pero al mismo tiempo incorpora la lectura de la nueva documentación existente, lo que nos autoriza a definir el método concreto con el cual debe abordar la propuesta: algunas de las incógnitas de las que habla Fernández, ya están despejadas.

No es arbitrario afirmar que esta estructura de tratado-marco[2] permitió que el Acuerdo de los Presidentes del 5 de agosto de 1994, en lugar de delinear el Mercado Común, se limitara sólo a poner en marcha una Unión Aduanera, incompleta o flexible,[3] en vigencia desde el 1° de enero de 1995. Excede nuestro espacio examinar las razones que provocaron este cambio declinante; lo que importa es señalar que este paso transita siempre el campo del intercambio, aspira en definitiva, a instalar un arancel externo común a partir de una política coincidente de los países miembros, aunque con una pata coja pues el arancel externo no abarca la totalidad del universo arancelario (durante diez años algunos rubros estarán sometidos a tratamientos de excepción).

El protocolo de Ouro Preto (17/12/1994), que en verdad significó una enmienda del Tratado de Asunción, no avanza tampoco en dirección a la integración si se percibe que el objetivo es exclusivamente el Mercado Común; en el Protocolo sólo se legitima una Unión Aduanera incompleta. Sin embargo, en términos relativos, significó la concretizaión parcial de una serie de cuestiones pendientes, como el arancel externo común; el llamado régimen de adecuación final, el criterio sobre el *antidumping*; el proyecto de Código Aduanero y la política a seguir respecto de las restricciones no arancelarias; para ser más preciso, decidió sobre los instrumentos de la Unión Aduanera.

Se debe agregar, que en la esfera institucional, remodeló la estructura adoptada por el Tratado de Asunción un cumplimiento de su art. 18.[4] Esta circunstancia, sin duda trascendente, significa un salto cualitativo en materia institucional pues le confiere al Mercosur la calidad de persona jurídica del derecho internacional con todas las derivaciones que ello implica: la creación de un aparato de *gobierno* y el reconocimiento de sus órganos (Con-

[2] Ídem, p. 19. Los autores citan la opinión de Magariños (Uruguay en el Mercosur) Son muchos los autores que coinciden con esta óptica. Ver comunicaciones al IV Seminario sobre Regionalización del Derecho Penal, en notas posteriores.

[3] Denominación que le asigna Lavagna, Roberto, en *Coordinación macroeconómica. la profundización de la interdependencia y las decisiones para el Mercosur. Desarrollo económico* n° 142, julio-septiembre de 1996, p. 558

[4] "Antes del establecimiento del Mercado Común, el 31 de diciembre de 1994, los Estados Partes convocarán a una reunión extraordinaria con el objeto de determinar la estructura institucional definitiva de los órganos de administración del Mercado Común, así como las atribuciones específicas de cada uno de ellos y su sistema de adopción de decisiones."

sejo del Mercado Común, Grupo del Mercado Común y Comisión de Comercio del Mercosur) como poderes de decisión, componentes que, no escapará al lector, anticipan la necesidad de una protección jurídica supranacional respecto de su existencia y funcionamiento.

Las innovaciones del Protocolo de Ouro Preto no modifican la esencialidad del Tratado de Asunción; la emergente Unión Aduanera se apoya sobre dos columnas básicas: la eliminación de los aranceles intrazonales y el establecimiento de un arancel externo común. Los acuerdos sobre incentivos a las exportaciones, reintegro de impuestos indirectos, el *draw back*, los depósitos aduaneros, incentivos al comercio intrazonal, defensa de la competencia, defensa del consumidor, las reglas de control aduanero, si bien es exacto que apuntan a un fortalecimiento de la asociación, tienen siempre en mira la obtención de un marco para la libre circulación de bienes y mercancías; en la mayoría de los ítems se proclama la perentoriedad de armonizar las legislaciones pero, salvo el Proyecto de Código Aduanero, y, en cierta medida, las pautas básicas sobre Defensa de la Competencia (CMC; nº 21/94), no se aprueban regulaciones autónomas transformadoras que consideren al Mercosur como una unidad supranacional inédita; es obvio que con este enfoque estén ausentes las referencias al régimen de producción, a las finanzas o a la tecnología como problemas claves de una futura comunidad.

Por lo reseñado brevemente hasta aquí, el Mercosur no supera en la actualidad la calidad de entidad asociativa contractual; sin embargo, su naturaleza de "proceso abierto", por un lado y, por el otro, el enunciado abstracto sobre el compromiso de lograr "el fortalecimiento del proceso de integración" (art. 1º *in fine*, Tratado de Asunción) obliga a introducirnos en esta posible alternativa, para la cual es forzoso que abordemos el problema.

1.1. **La integración**

En la bibliografía corriente[5] se esbozan distintos grados de asociación regional:

1. Área de preferencias comerciales, donde los países miembros se otorgan entre sí preferencias arancelarias para algunos productos;

[5] Aquí seguimos la clasificación de Rúa Boiero y otros, ob. cit. pp. 29, 30.

2. Zona de libre comercio, donde se eliminan las barreras arancelarias y no arancelarias para el intercambio de bienes y servicios entre los países que la integran con aranceles intrazonales a cero; cada estado conserva una política comercial independiente sin perjuicio de que para determinados objetivos se pueda acordar una óptica común (los tratados bilaterales);

3. Unión aduanera, que suma al proceso anterior una política comercial común de los Estados miembros frente a países ajenos al grupo; el instrumento clave es la adopción de un arancel externo común;

4. Mercado común, que amén de los componentes anteriores, acuerda la libre circulación de bienes y factores productivos (capital y mano de obra) y la coordinación de las políticas macroeconómicas y sectoriales en todos los ámbitos, lo cual requiere, obviamente, la armonización de las diferentes legislaciones; es la fórmula utilizada por el Tratado de Asunción (art. 1°);

5. Unión económica y monetaria, que agrega al cuadro anterior la necesidad de una política monetaria unitaria a través de la creación de una moneda común, un Banco Central único y un ordenamiento específico que regule el funcionamiento del sistema (Tratado de Maastricht 7/12/92).

Como se advierte, en esta clasificación progresiva no se contempla un nivel superior de asociación; la optimización llega —el ejemplo de la Comunidad Europea— hasta la creación de unidad económica y monetaria, pero sin afectar la redistribución de la producción y tecnología, sin una planificación que abarque las distintas instancias de la infraestructura económico-social de cada uno de los países que la integran.

De lo que se trata, precisamente, es de entrever si en el ámbito del Mercosur resulta viable la construcción de un ente institucional cualitativamente diferente, históricamente conseguible dentro de las próximas décadas, con capacidad para reexaminar las estructuras económico-sociales de nuestros países, orientar y dirimir los conflictos internos y, al mismo tiempo, gravitar en la arena mundial con un perfil propio, diferenciado de los grandes bloques que hegemonizan el mercado mundial; dicho de otro modo, desarrollar hasta las consecuencias previsibles la meta de la integración a que se refiere el art. 1° del Tratado de Asunción, pero con un contenido dinámico,

ontológicamente distinto, sin los límites que se autoimpone el Protocolo de Ouro Preto.

Supera el marco de este trabajo y de nuestras pretensiones teóricas diseñar el proceso socio-económico del Mercosur que protagonizarán nuestras sociedades pero, sí, es factible anticipar premisas básicas sin las cuales la comunidad integrada quedará frustrada. Danilo Astori, en los comienzos de 1991[6] planteaba ya la necesidad de abordar el futuro del Mercosur en tres instancias decisivas: la productiva, la financiera y la de cooperación científico-tecnológica; obviamente las tres interrelacionadas entre sí, como partes de una estrategia global, para enfrentar el fenómeno de la internalización creciente.

El esquema sigue siendo válido, aunque requiera, para su completividad, la agregación del ordenamiento unitario reflejo de la estructura institucional alcanzada, a la cual nos referiremos más adelante al tratar los problemas de política criminal.

Lo que nosotros entendemos por comunidad productiva se vincula, en primer lugar, con la posibilidad de incidir sobre los modos de producción de nuestras sociedades, con la modernización de las economías y extirpación o disminución de los obstáculos, que, como la desocupación y la pobreza, impiden cualquier proyecto conjunto de transformación; la voluntad coordinada de los Estados no sólo debe versar sobre la distribución de inversiones sino, fundamentalmente, sobre la planificación de los polos de desarrollo en los distintos sectores de la región; como bien lo reconoce la experiencia mundial, nada se ha integrado sin la participación y control de los Estados, lo cual, como bien lo recuerda Astori, no significa sustitución de la actividad privada por la pública sino un papel de conducción que resuelva las prioridades en cada etapa histórica.[7]

Es casi una obviedad aclarar que la actividad de intercambio comercial está ínsita en el concepto de comunidad productiva; la libre circulación de bienes y factores productivos —preocupación relevante del Tratado de Asunción— debe estar *condicionada por las pulsaciones del aparato productivo* y no, a la inversa, como flujo que derrama su influencia sobre los precios y remuneración

[6] "Mercosur. Situaciones y perspectivas". *Realidad Económica* nº 101, p. 56.
[7] Art. cit. p. 66.

de los factores y que aconseja la necesidad de invertir y producir.[8] Sin el reconocimiento de esta concepción, los esfuerzos dirigidos a la integración se verán frustrados y sólo generarán conflictos entre las diferentes empresas de uno y otro lado de las fronteras, que solo aspiran a mejorar su posicionamiento a partir de decisiones coyunturales.[9]

La comunidad financiera tiene relación directa con la administración de los recursos que posee cada uno de los Estados; abarca innumerables rubros, tanto del área pública como de la privada; en primera línea, los que conciernen al ámbito tributario, donde el sistema de ingresos y egresos define la política sobre las fuentes de los primeros y el destino de los segundos y que, como es sabido, son condicionantes del impulso de la producción y del comercio en un plano y de la política social en otro. Casi innecesario resulta agregar que la pretensión de lograr una comunidad organizada, exige una verdadera revisión de la situación actual, ya que, en todos nuestros países la variable de la inversión pública, a partir de la compresión del gasto, ha quedado totalmente obturada; las obras de infraestructura, caminos, carreteras, gasto de educación en formación especializada, estaciones tecnológicas[10] están en franca declinación.

En segundo lugar, es imprescindible reformular la política bancaria tradicional, cada vez más alejada de los intereses nacionales; el modelo actual, que consiste fundamentalmente en recibir fondos, recolocarlos adentro o afuera, adquirir fondos públicos como parte de un circuito que se retroalimenta automáticamente, debe ser sustituido por un nuevo diseño que ponga el énfasis en el apoyo a la inversión productiva y el intercambio de bienes útiles; el excedente económico, en lugar de despla-

[8] Lavagna Roberto: *Coordinación macroeconómica, la profundización de la interdependencia y derivaciones para el Mercosur.* Notas sobre la oferta y demanda de coordinación. *Desarrollo Económico* nº 142, julio-septiembre 1996, p. 555.
En otro plano resulta imposible pensar un "capitalismo comercial" independiente del de la producción. Siro Flamarón Santana Cardoso en "Severo Martínez Peláez y el carácter del régimen colonial" en *Modos de producción en América Latina*, Sempat, Carlos y otros. Siglo xxi, México, 1989 p. 86.

[9] Es claro ejemplo de este cuadro la discusión reciente sobre las barreras a la importación impuestas por Brasil al ingreso de productos provenientes de la Argentina, Paraguay y Uruguay. Ver *Clarín* 18/6/97, p. 22.

[10] Astori , art. cit. p. 70. Hay que señalar que sólo se realizan obras de gran magnitud cuando significan un negocio redituable para las empresas privadas, sin atender a las necesidades del desarrollo.

zarse hacia las plazas de los países centrales[11] se debe convertir en motor de los polos de desarrollo, acompañando en esta actividad las propuestas de las bancas oficiales.[12]

La denominada comunidad tecnológica —tercera instancia— no se limita al problema de la incorporación de las nuevas tecnologías a la producción sino que intenta, como objetivo rector, la transferencia del proceso de conocimiento, su adquisición y desarrollo al interior de la comunidad organizada; o dicho en otras palabras, pretende construir la capacidad indispensable para utilizar las innovaciones radicales y alentar nuevos caminos de transformación, difusión y desarrollo, apto para resolver los problemas de la región. Es lo que Hugo Nochteff[13] define como política de endogeneización selectiva o formación de los núcleos endógenos de dinamización tecnológica, orientada a que tales capacidades estén dirigidas al *aprovechamiento de las nuevas tecnologías en función de las necesidades y potencialidades de las naciones semindustrializadas y de sus distintos sectores sociales*".[14] Se trata , en definitiva, de sustituir la importación manipulada de conocimientos por la creación de otros nuevos, independizados de los centros de exclusión, lo que permite, en otro plano, generar formas alternativas de relación con esos centros de poder.

Es una formulación ya gastada sostener que la existencia de una comunidad tecnológica importa la exigencia de un desarrollo económico potencialmente óptimo, lejano aún de las perspectivas del Mercosur —afirmación que hoy, parece verdad incontrovertible— pero experiencias conocidas (v. gr., Japón y en reducida escala, Cuba) demuestran que el proceso es imaginable siempre, naturalmente, que los Estados que lo conducen resuelvan aceptar el reto.

[11] El fenómeno de la concentración en la última década es un claro indicador de este mecanismo: en los últimos meses de este año se ha producido la venta de los paquetes mayoritarios de importantes bancos argentinos a corporaciones multinacionales (Roberts, Río, Crédito Argentino). El fenómeno se extiende a otros países del Mercosur, en especial Brasil; el Hong Kong & Shangai Corporation se transformó en accionista principal de Bamerindus (Brasil) amén de la compra del Roberts (Argentina). *Clarín* 31/5/97. Economía p. 31.

[12] No por casualidad se persigue hoy la privatización de los Bancos Nación Argentina y Provincial (Buenos Aires) en la Argentina y del Banco República Oriental del Uruguay (Astori, art. cit. p. 69).

[13] "El nuevo paradigma tecnológico y la asimetría Norte-Sur", pp. 59 y ss. en "El Derecho y las nuevas tecnologías". *Revista de Derecho Industrial* nº 33, Depalma, Buenos Aires, 1990.

[14] Ídem p. 599.

La imbricación de las comunidades productiva, financiera y tecnológica va más allá de los esquemas planteados para las asociaciones de Estados; pretende un cambio en la formación económico-social de nuestros países, entendida esta categoría como la unidad y totalidad de los diferentes esferas económica, social, política y cultural, tanto en su continuidad, como en la discontinuidad de su desarrollo histórico,[15] o expresado de otro modo, los problemas institucionales, políticos, culturales, ingresan dentro de la interrelación necesaria, no como intereses episódicos o temporales, sino como puntos inescindibles de esa totalidad.

Por eso, la incorporación de una cuarta instancia que hemos denominado institucional aparece como una pieza básica de la integración; el ordenamiento institucional común es el marco normativo de los bienes comunitarios requeridos de protección, el que prevé las modalidades y niveles jurídicos de la tutela y el que decide las estructuras convenientes para la solución de los conflictos; a nadie escapa que este enfoque conlleva la necesidad de reformular el diseño aprobado por el Protocolo de Ouro Preto[16] pues, como se desprende del texto, la competencia de los organismos creados —predominantemente intergubernamentales, como lo venían siendo en el período de transición— no excede el campo de las decisiones políticas y administrativas, vinculadas siempre con la política comercial común; ni siquiera el ámbito de solución de controversias va más allá de estos límites.[17] Está claro, por lo tanto, que la proyección a la que apuntamos proclama la necesidad, además del poder administrador, de un órgano con decisión legislativa (Parlamento) y un tercero de naturaleza judicial (tribunales de justicia).

Con lo dicho hasta aquí, hemos subrayado los lineamientos de la comunidad organizada desde el ángulo interno; en el marco externo, la cuestión se vincula con la inserción del futuro Mercosur en el contexto mundial, para usar la terminología hoy en

[15] Sereni, Emilio: en El concepto de "formación económico-social" de Cesare Luporini y Emilio Sereni, *Cuadernos de Pasado y Presente*, nº 39, p. 69, Córdoba, 1973.

[16] El Protocolo de Ouro Preto crea como órganos permanentes del Mercosur el Consejo de Mercado Común (CMC), el Grupo Mercado Común (GMC), la Comisión de Comercio del Mercosur (CCM), la Comisión Parlamentaria Conjunta (CPC), el foro Consultivo Económico Social (FCES) y la Secretaría Administrativa del Mercosur (SAM), los tres primeros con capacidad de dación, la cuarta y la quinta con carácter consultivo y el último de naturaleza administrativa.

[17] Rúa Boiero y otros: ob. cit. p. 238.

boga, con la creciente globalización; va de suyo que ello requiere, como condición primera, acordar el significado que se le asigna a este concepto.

En la bibliografía contemporánea se registran variadas acepciones: las que convergen hacia una significación totalizadora, abarcante de los niveles técnico, político, ideológico y económico y las que ponen el énfasis en la internacionalización del mercado, es decir, en la liberación del tráfico de mercancías, servicios, dinero y capitales.

Ya en otro plano, hay quienes la conciben como un fenómeno genuino de las últimas décadas, en tanto que otros autores la examinan como una reedición del capitalismo, una irrupción de formas nuevas dentro de un sistema estructuralmente idéntico.

Cualquiera sea la formulación que se acoja, lo evidente es que la globalización, especialmente, en la última década, se produce alrededor de, al menos, cuatro ejes sustanciales: la presencia de una tríada de bloques (Estados Unidos, Europa, Sudeste asiático), el fenómeno de la concentración financiera y tecnológica, la gravitación de las grandes corporaciones, y la escisión agudizada entre centro y periferia, sea en la relación externa, o en el plexo interno de los países centrales. Como bien lo señala Joachim Hirsch[18] esta forma del capitalismo actual entraña en primer lugar, la implantación de tecnologías y procesos de trabajo que prometen al capital un amplio y renovado impulso de racionalización, es decir, una revolución tecnológica para la apertura de nuevos mercados y fuentes de ganancias; en segundo término, el desplazamiento estructural del reparto social del ingreso a favor del capital, desarticulación del estado social y destrucción de la conciliación de clases sobre la que se basaba el esquema fordista, y, en tercer lugar, la creación de nuevas condiciones para que el capital internacional se traslade de un lugar a otro sin considerar las fronteras nacionales, aprovechando las mejores ubicaciones de producción a costos favorables, en el marco de una combinación de redes de las empresas de amplia cobertura mundial (*worldwide sourcing*); la consecuencia obvia es el debilitamiento de las fronteras nacionales y el deterioro del papel protector de los Estados como último control coactivo.

[18] "Qué es la globalización". *Realidad económica* nº 147, pp. 7 y ss.

La estrategia de inserción del Mercosur en estas condiciones cobra nuevos relieves. *A mayor dosis de asociación, mayor grado de autonomía* y, por ende, de confrontación con los mecanismos ya señalados de la globalización: La unidad institucional debe reproducir los resortes de control de los Estados nacionales y lograr eficacia allí donde cada país individualmente resulta impotente para obturar las presiones; si bien es cierto que la Unión aduanera importa un escalón de ascenso en este sentido, los riesgos del naufragio son irreversibles sin no se asume franca y osadamente el camino de la integración, como lo demuestra *a contrario sensu* el proyecto inspirado por Estados Unidos para la creación de la Asociación de Libre Comercio de las Américas que visiblemente tiende a desplazar al Mercosur del tablero actual.[19] Una comunidad organizada en nuestra región no es, por consiguiente sólo una alternativa, sino el único camino aconsejable.

2. *El proceso de desarrollo y la política criminal en materia de delitos económicos*

Hemos abordado sintéticamente, el proceso iniciado por el Tratado de Asunción, continuado por el Protocolo de Ouro Preto y también, prospectivamente, los componentes que pueden apuntalar la integración: como venimos insistiendo, cualquier propuesta de política criminal debe partir de la consideración del grado de asociación alcanzado hasta este momento (modelo real) y también, del diseño correspondiente a una comunidad organizada, tal cual se ha esbozado (modelo paradigmático). No es por casualidad que hayamos optado por el área de los delitos económicos pues, como se desprende del texto de los acuerdos logrados hasta la fecha, los bienes comunes objeto de la primera preocupación de nuestros países, amén de la organización de las instituciones, son los que se vinculan con las relaciones económicas aunque, como se dijo, en el nivel reducido del intercambio; por otra parte, siguen siendo el eje en un modelo paradigmático si es que convenimos en que la comunidad productiva-financiera-tecnológica se construye sobre la base de esas relaciones. El punto central reside, entonces, en el tratamiento de los conflictos que genera la lesión de los bienes comunes tan-

[19] *Clarín*. 17/5/97.

to desde una perspectiva unitaria como desde el vértice de sus conexiones con la esfera de cada Estado miembro y con el macromercado mundial: obviamente, es previo acordar el concepto de delito económico, determinar sus límites, porque de lo contrario, cualquier ensayo de propuesta político-criminal carecerá de objeto preciso.

2.1. **Delito económico**

Quien recorra las muchas páginas que se han escrito alrededor del concepto de delito económico observará que el abanico de su significación es casi infinito: en primer lugar, el abordaje epistemológico es diverso: jurídico, sociológico, puramente criminológico o político-criminal: en segundo término, hay quienes lo ciñen a una formación socio-económica determinada en tanto que otros lo consideran como una constante universal, vigente en todas las sociedades históricamente conocidas; en tercer lugar, son muchos los autores que lo definen, siguiendo la repetida invocación de Sutherland, como un fenómeno proveniente del rol expectable de determinadas personas (profesionalidad) en la sociedad, con independencia de los intereses afectados y no faltan quienes ponen el énfasis en la naturaleza del daño causado (dañosidad social) partiendo de la difundida división entre daños individuales y daños supraindividuales.[20] Por último, se ha perfilado en los últimos años una acepción estricta de un lado y otra amplia, del otro, apoyadas en la delimitación del bien jurídico protegido, que circuitan el delito económico, en el primer caso, a las infracciones que lesionan o ponen en peligro la actividad interventora y reguladora del Estado en la economía y que, en el segundo, las extienden a las que se *cometan contra el orden económico, entendido éste como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios.*[21]

Ante tantas variantes, casi inclasificables metodológicamente, nosotros hemos preferido, como cuestión previa, determinar el

[20] Para las diferentes acepciones, nos remitimos a Martos Núñez Juan Antonio: *Derecho Penal Económico*, Montecorvo, Madrid, 1987, pp. 133 y ss., y a Herrero Herrero, César: *Los delitos económicos. Perspectiva jurídica y criminológica*, Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, pp. 272 y ss., y 317 y ss.

[21] Righi: ob. cit. p. 321.

criterio con el cual se debe aprehender la noción de delito económico; en esta dirección, hemos optado por el que denominamos político criminal[22] que se nutre no sólo de lo que el derecho positivo ya ha recogido de la realidad social, sino de la probabilidad de incorporar otros fenómenos que por su gravitación real en las relaciones sociales demandan una tipificación.

Si nos referimos a un punto de vista político-criminal es imprescindible contemplar la naturaleza del bien jurídico y sus alcances. Para nosotros, este bien jurídico es el orden económico, traducido como regulación normativa de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios pero, además, reflejo de las relaciones sociales emergentes del mercado; dicho de otro modo, el orden económico no sólo está condicionado por el entramado normativo, sino por el conjunto de relaciones sociales que se enhebran en las distintas instancias del itinerario, desde la creación del producto hasta su destino final. El delito económico, en consecuencia, abarca, amén del comportamiento dirigido a lesionar el sistema jurídico, el que exhibe potencialidad para afectar núcleos vitales del mercado, siempre que —y ésta es otra condición insoslayable— genere dañosidad social. Si desde una óptica tradicional del Derecho Penal, esta formulación es heterodoxa, desde una mira político-criminal permite incorporar no sólo las conductas ya previstas en el ordenamiento sino también las desaprobadas socialmente que aún no han sido recogidas por el legislador.

No se nos oculta que la fórmula orden económico y el agregado *dañosidad social* son harto flexibles pero, para todos es visible, que la práctica social va indicando día a día cuál es su perímetro; *ad exempla docent*, detengámonos en el caso de las defraudaciones realizadas por los directivos de los Bancos. Es sabido que se trata de un delito convencional, de carácter patrimonial que afecta estrictamente al bien jurídico propiedad (o patrimonio) pero, cuando sus efectos se extienden a la masa de ahorristas, bien se puede afirmar que el resultado es socialmente dañoso, tanto por la lesión producida al mercado bancario, cuanto por la que alcanza a un sector de la población.

Convenido el concepto de delito económico, corresponde que ingresemos en la esfera concreta de los comportamientos

[22] "¿Es conveniente la aplicación del sistema penal convencional al delito económico?" *Gedächtnischrift fur Armin Kaufmann. Carl-Heymanns*, Verlag KG, Colonia, Berlin, Bonn, Munich, p. 651

que pueden lesionar los bienes comunes, con prescindencia por ahora, del grado de desarrollo de la asociación; lógicamente ello supone puntualizar las referencias a los presupuestos que suministra la actual regulación, pues es uno de los indicadores básicos para determinar si la conducta puede ser aprehendida por el modelo real o si también *está madura* para ser atrapada por el modelo paradigmático. Veamos cuáles son estas conductas.

2.1.1. El delito aduanero

El Protocolo de Ouro Preto (16/12 de 1994) amén de acordar el Arancel Externo Común se pronunció sobre el Proyecto de Código Aduanero, aún sin vigencia. La implementación de la Unión Aduanera, aún antes de cualquier conjetura sobre su desarrollo hacia el futuro, significa la abolición de las fronteras interiores y supone que las disposiciones referidas a las importaciones y exportaciones deben ser idénticas en toda la región; emerge ya como una unidad autónoma frente a los restantes bloques y países del contexto mundial[23] pero no requiere la existencia de una Hacienda Pública regional.

El Protocolo, en su articulado, prevé como "territorio aduanero" la totalidad del territorio de los Estados Partes en el cual se aplicará la legislación aduanera común (art. 3°); se reconoce la autoridad aduanera a la Administración aduanera, como órgano superior con preeminencia sobre los organismo nacionales y se determinan los componentes del Arancel Externo Común como base de los gravámenes devengados por el hecho generador de las obligaciones tributarias aduaneras.

Lo que nos importa subrayar a los fines de este trabajo, es la presencia de un capítulo especial (cap. 2) dedicado a las infracciones y sus especies. El art. 158 prevé tres clases: el contrabando, la defraudación y la declaración inexacta, definidas las tres categorías en artículos por separado (166, 167, 168, 169, 170 y 171) con sus penalidades correspondientes (multas, —mediante distintos parámetros—; pérdida de las mercaderías

[23] Rúa Boiero y otros: ob. cit. p. 136.
Cabe aclarar que el Protocolo no utiliza la expresión Hacienda Pública ni siquiera cuando se refiere a los Estados Partes; habla de Erario (arts. 166, 168, 170), es decir se atiene al concepto estático, tradicional cuando ya las legislaciones modernas lo han abandonado. Ver Juan Carlos Ferré Olivé: *El delito contable*, Praxis. Barcelona. 1988. pp. 48 y ss.

y sanciones administrativas: apercibimiento, suspensiones, e inhabilitaciones). Se contempla además, la extinción de la acción (arts. 161, 162, 163), el concurso de infracciones (164) y la responsabilidad de las personas físicas y jurídicas (art. 165); lo interesante de esta disposición es que no se acepta el "error de hecho" o "derecho" como eximente y que, en el caso de contrabando se asimila la tentativa al delito consumado y se autonomiza la sanción de la que pudiera dictarse por aplicación de la legislación penal de cada país (art. 167, inc. 3).

Conforme a estos presupuestos, el delito de contrabando surge, ya, como el comportamiento central del futuro sistema aduanero pero, si reparamos en la gravedad de la sanción, con una entidad menor que la exhibida por las legislaciones nacionales (v. gr., art. 334 C.P. Brasil y arts. 863/867 del Código Aduanero Argentino, leyes 22.415 y 23.353), el minusvalor del Arancel Externo Común frente a las legislaciones locales, resulta más que visible.

Esta dualidad de tratamiento tiene otras derivaciones, que debilitan aún más el régimen adoptado. En efecto, la Unión Aduanera prevé el llamado régimen de origen —reexportación de productos ingresados al amparo de un tratamiento preferencial— y la existencia de zonas francas (Dec. nº 6/94 y referencia art. 10 del Tratado de Asunción, respectivamente); estos mecanismos acrecientan, sin duda, la posibilidad del aumento de las conductas de contrabando, al ampliar la zona de ingreso y egreso de mercaderías.

2.1.2. Defensa de la competencia

Utilizamos este epígrafe por ser moneda corriente en la bibliografía general y en los acuerdos regionales; en verdad, como bien lo señala Spolansky en una comunicación reciente,[24] el título más adecuado es el de mercado competitivo.

a) Cualquiera sea la formulación, importa señalar que, como objeto común, ya forma parte de la preocupación del Mercosur; el Protocolo aprobado por la Decisión 18/96 —falta aún la confirmación de los Estados— ha logrado consenso en dos puntos nodales: los llamados acuerdos colusivos y el abuso de posición

[24] Spolansky, Norberto E.: *La defensa jurídica del mercado competitivo*. Seminario sobre la regionalización del Derecho Penal. Santa Fe, junio de 1996, de próxima publicación.

dominante; el primero establece la prohibición de prácticas y acuerdos concertados entre agentes económicos y asociaciones o grupos empresariales que tengan por objeto o efecto, impedir, restringir o distorsionar la competencia y el libre acceso a los mercados en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes y servicios en todo o parte del Mercado Común y que puedan afectar el comercio entre los Estado Partes; el segundo se refiere a la prohibición, por parte de los agentes económicos, de *abusar de una posición dominante en todo o en una parte sustancial del Mercado Común* mediante, entre otras, de las siguientes conductas: imponer, directa o indirectamente, precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción no equitativas; limitar, de modo injustificado, la producción, distribución o el desarrollo tecnológico, en perjuicio de las empresas o de los consumidores; aplicar a terceros contratantes condiciones designadas en caso de prestaciones equivalentes colocándolos de hecho en desventaja en relación con la competencia (art. 6°).

El art. 2° señala en forma precisa los límites de las reglas del Protocolo: se aplica a los *actos practicados por personas físicas o jurídicas de derecho público o privado u otras entidades que tengan por objeto producir o que produzcan efectos sobre la competencia en el ámbito del Mercosur y que afecten el comercio entre los Estados Partes*, se deja aclarado en un párrafo único, que quedan incluidas, entre las personas jurídicas, las empresas que ejercen un monopolio estatal siempre que las normas del Protocolo no impidan el ejercicio de atribuciones legales (lo cual significa, en la práctica que las reglas del Protocolo ceden ante el cuerpo normativo de la empresa pública).

Queda claro, con estos enunciados, que el ámbito de protección del mercado se ciñe al área propia del intercambio comercial entre los países miembros, como lo confirma el art. 3° al establecer que las prácticas en el territorio de cada uno de los Estados, es de competencia exclusiva de la regulación de cada uno de ellos. Existen, por consiguiente dos ámbitos definidos: el mercado originado en las relaciones comerciales de los países de la región y el conformado en cada unidad territorial; sólo al primero se aplican las normas comunes que los integrantes deberán aprobar dentro del plazo de dos años, a partir de la aprobación del Protocolo (art. 7°).

El art. 4° establece el contenido de las infracciones; son los componentes conocidos ya citados líneas atrás: actos individua-

les o concertados que tengan por objeto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado y actos que constituyan abuso de posición dominante.

Si es exacto que el texto apunta en una dirección correcta en los dos tópicos principales, peca, sin embargo, por insuficiente al circunscribir geográficamente los acuerdos colectivos y el abuso de posición dominante al ámbito del Mercosur. No se puede ignorar que gran parte de los operadores, sujetos de los acuerdos y concertaciones y, obviamente, de las decisiones, actúan en un ámbito externo; sus acciones están dirigidas al mercado de la región y sus efectos, se producen dentro de su perímetro; el proyecto parece olvidar esta circunstancia vital del macromercado mundial.

Nuestra observación no es baladí; se relaciona directamente con la estructuración del tipo penal de monopolio —donde es tan relevante la acción concertada en el interior de la asociación como el efecto generado en el exterior—, se vincula con el *dumping* utilizado como arma corriente en los conflictos intermercados[25] y con los actos de abuso de posición dominante, comportamientos claves en la legislación penal.[26]

A este bache se agregan otros dos, de no menor magnitud. Se legitima implícitamente el monopolio en sí mismo (el que no exhibe posición dominante) sin reparar en el fenómeno de la concentración; en segundo lugar, se ignoran prácticas de fusión o contratos de colaboración empresaria entre competidores, que bien pueden acarrear igual efecto,[27] aunque cabe notar que la cuestión no ha sido totalmente sepultada, pues el art. 7° compromete a los Estados para una futura regulación sobre control de los actos y contratos que puedan afectar la competencia.

Es fácil advertir, después de estas observaciones, que la concepción del Proyecto atiende a la protección de un mercado frag-

[25] Está de más agregar que la formulación, al no distinguir entre operadores internos y externos, obedece a la concepción neoliberal deominante de todos los gobiernos de la región.

[26] Spolansky, ob. cit.: establece una lista de proposiciones para una futura legislación común de todos los Estados miembros. Compartimos en gran parte sus sugerencias.

[27] Cruz, Carlos Alberto O., en su comunicación al IV Seminario sobre Regionalización del Derecho Penal (Santa Fe, junio de 1996) explica prolijamente estos dos aspectos. En el mismo sentido, Schurmann Pacheco, Rodolfo, y Pereira Schurmann, Jorge, en la Protección Jurídico-Penal de la Competencia en el Mercosur. Comunicación al IV Seminario ya citado.

mentado: enuncia las reglas conocidas pero omite la problemática generada por las grandes corporaciones que, para nosotros, es una pieza clave, tanto en el macro mercado como en el mercado regional.

b) Aunque desde el ángulo teórico es posible polemizar acerca de la inclusión de la inversión de capitales como operador de la competencia, es innegable que este tópico está vinculado visceralmente con el desarrollo del mercado, su funcionamiento y la pugna de los agentes económicos por imponer sus productos. La cuestión ya ha sido materia del Protocolo sobre promoción y protección de inversiones provenientes de Estados no partes del Mercosur (Dec. 11/94) y, con anterioridad, por el Protocolo de Colonia sobre Promoción y Protección recíproca de inversiones en el Mercosur (Dec. 11/93), orientado a promover las inversiones de los Estados Partes dentro del ámbito de aplicación territorial del Tratado de Asunción. (En el Protocolo de Colonia se define como inversor a la persona física nacional que tenga su domicilio en el Estado donde se origina la inversión, o a la persona jurídica, cuando ha sido constituida según las reglas del país efluente y tenga su domicilio en este Estado; de modo que la corporación transnacional que cuente con un domicilio en un país del Mercosur se beneficia con las reglas del tratamiento igualitario; es la observación que hacemos más adelante respecto de la Dec. 11/94.)

El protocolo aprobado por la Decisión nº 11/94 atenta contra una línea progresiva hacia la integración: ya en los considerandos se afirma que la promoción y protección de las inversiones contribuirá a estimular la iniciativa económica individual y a incrementar el desarrollo en los cuatro Estados Partes pero, aunque esta formulación pueda ser interpretada con signo positivo, el cap. 2 determina que cada *Estado Parte* concederá plena protección a tales inversiones y las podrá acordar un tratamiento no menos favorable que el otorgado a las inversiones de sus propios inversores nacionales o a las inversiones realizadas por inversores de otros Estados.

Como se advierte, el Protocolo iguala el tratamiento de todos los inversores, provengan del área interna o acudan de la extrazona; parifica el papel de las grandes corporaciones sin reparar que, en la concurrencia, los transnacionales de los bloques hegemónnicos saldrán siempre gananciosas con la agravante de que no se ha previsto, como en la Unión Europea, un régimen de control de las fusiones, adquisiciones y alianzas entre las

empresas, que permita evitar la creación de posiciones dominantes en los casos en que en la competición franca dentro de los mercados locales, les fuera desfavorable.

Aun así, es de esperar que la protección penal esté dirigida a la incolumidad del mercado: prever como comportamientos ilícitos no sólo los realizados para simular inversiones, sino los proyectados a través de las fusiones y alianzas con la finalidad de obtener posiciones dominantes.

2.1.3. Defensa del consumidor

La importancia que ha adquirido esta temática en el plano doctrinal y su traslado a la legislación de casi todos los países como subsistema independiente del área de la competencia, —criterio que siguen el Tratado de Asunción y el Protocolo de Ouro Preto— nos inclina a asignarle una apartado especial cuando, en puridad, se conecta con las condiciones de competitividad comercial vigentes en el mercado.

Enfocado el consumo sólo desde el ángulo de tutela del consumidor, parece limitar el marco de los objetos comunes de la asociación: la posibilidad de que la oferta distorsionada favorezca a empresas que actúan en el mercado regional, aprovechándose de una legislación desigual en cuanto a sus límites —v. gr., trastrocando la información comparativa— acrecienta la necesidad de abordar la protección del consumo, como uno de los componentes troncales del mercado regional.

La Unión Aduanera imperfecta ha reconocido francamente este punto de vista, o aunque prioriza el sesgo vinculado con el consumidor; ya se ha elaborado el texto del Marco Normativo Común, punto de arranque de la legislación futura, en el que se definen los caracteres del consumidor, proveedor y de los objetos de la relación de consumo: productos y servicios.[28] Se establece que "cuando la oferta se realice a través de la presentación del producto, debe asegurar información correcta, clara y precisa, con caracteres perfecta y fácilmente legibles, es decir, sin esfuerzo adicional, en idioma del país de consumo (español o portugués) y sin perjuicio de cantidad, calidad, composición, precio, términos de garantía (cuando la hubiera), plazo de validez, origen, así como los riesgos que presente para la salud y seguridad

[28] Rúa Boiero: ob. cit., p. 130.

de los consumidores", disposición que se complementa con lo que sigue: "cuando en la oferta se dieran dos o más ofertas contradictorias prevalecerá la más favorable al consumidor".

Existe una intensa actividad *prelegislativa*, hasta ahora, con resultados parciales. Son varias las Resoluciones del Grupo del Mercado Común que han abordado tópicos fijados para la tarea del Comité Técnico nº 7 (defensa del consumidor) dependiente de la Comisión de Comercio. Pero en los contenidos aprobados (Res. 123/96, sobre conceptos básicos; Res. 124/96, sobre derechos básicos; Res. 125/96, protección de la salud y seguridad; Res. 126/96, sobre publicidad; Res. 127/96, sobre garantía contractual) hasta el presente —y tampoco está previsto en el Plan de trabajos previo de la Res. 126/94— no se ha considerado como ítem del contenido del Reglamento Común (objetivo del proyecto) la incorporación de delitos o infracciones para las conductas más graves. Existe, sí, una mención permanente al proceso de armonización de las legislaciones, con invocación de los patrones internacionales y un mandato de incorporar las Resoluciones a las legislaciones nacionales, criterio que anticipa la composición del modelo real como veremos más adelante.

2.1.4. Delitos tributarios

El sistema tributario como objeto común de la asociación no ha sido hasta hoy materia de discusión entre los Estado miembros. Existe un abordaje de temas puntuales, como lo demuestra la tarea del Sub grupo nº 10 de Trabajo[29] que ya se ha abocado al estudio comparativo de los impuestos nacionales, provinciales, estaduales y municipales; a las contribuciones relacionadas con la previsión social; a las tributaciones de envíos de ganancias, intereses, *royalties* y pagos de servicios diversos; a las reformas tributarias; a la unificación de regímenes de recaudación, a los impuestos indirectos que inciden en el comercio exterior, pero si bien este inventario demuestra la existencia de una conciencia sobre la necesidad de armonizar las disposiciones, es evidente que aún no se ha vislumbrado la posibilidad de una Hacienda Pública Regional como presupuesto de un diseño global.

[29] Rúa Boiero: idem.

Aunque la temática de la creación de una Hacienda Pública Regional forma parte del contenido del modelo paradigmático, no podemos soslayarla aquí por la dimensión del hueco que denuncia la orientación actual del Mercosur; la necesidad de recursos propios, la determinación de sus fuentes, por un lado y, por el otro, la distribución y destino de los gastos (egresos) conduce inevitablemente a la formación de un ente común; no se debe olvidar, que la presencia de un Arancel Externo Común posibilita el ingreso de recursos compartidos y que el apoyo que pueda darse en el futuro a ciertos emprendimientos empresariales para la gestión de polos de desarrollo generará la obligación de normas regulativas sobre los egresos. La Hacienda Pública Regional requiere, por consiguiente caracteres propios, un funcionamiento autónomo, congruente con el reconocimiento de personalidad jurídica de derecho internacional decidido por el Protocolo de Ouro Preto (art. 34).

Conforme a este esquema, cabe diagramar los comportamientos delictivos que ya se convierten en ejes del sistema; en una comunicación al II Seminario sobre Regionalización del Derecho Penal en el Mercosur 10/13/11 de 1993[30] afirmamos que la defraudación tributaria (sector de los ingresos) y el fraude en las subvenciones (sector egresos) constituían las conductas nodales sobre las cuales se debía construir un sistema uniforme para el Mercosur; excede los objetivos de este trabajo señalar las notas distintivas de estos tipos penales básicos y de las que corresponden a los tipos subordinados, pero nos importa recoger la idea central de que en la defraudación tributaria (en la legislación argentina: evasión) la clave debe ser la presencia de la maniobra engañosa —a partir de la distorsión del hecho imponible— que perjudica a la Hacienda Pública, en tanto que en el fraude de subvenciones resulta innecesario el clásico error en el sujeto pasivo y el perjuicio se produce no sólo cuando el organismo correspondiente entrega los fondos, sino también cuando se sustituye o se trastroca la finalidad de la subvención.

2.1.5. Delitos cambiarios y financieros

Como lo denuncia el objetivo del Sub grupo de Trabajo n° 4, designado por el Grupo del Mercado Común (G.M.C.) las políti-

[30] Baigún, David: *La defraudación tributaria: eje del sistema penal tributario del Mercosur* (de próxima aparición), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

cas fiscal y monetaria sólo son de interés del Mercosur cuando se relacionan con el comercio; las cuestiones atinentes al régimen cambiario, mercado de capitales y sistema financiero —infraestructura de los delitos cambiarios y financieros— han sido examinadas sólo desde el vértice del intercambio y del funcionamiento de los instrumentos necesarios para la efectivización de las operaciones . Las referencias a monedas nacionales y extranjeras, divisas, documentos a plazo, movimiento de billetes y cheques de viajero, como también las que se enlazan con el régimen de inversiones en las Bolsas de valores o entidades autorizadas para operar en cambios, todas, tienen carácter instrumental. No se ha incorporado, por consiguiente, hasta hoy, una regulación conjunta que aborde la integralidad de los mercados cambiario, de capitales y sistema financiero.

Es obvio que así sea. Ni el Tratado de Asunción ni el Protocolo de Ouro Preto se han planteado la creación de un Banco Central o la adopción de una única moneda ni menos un tipo de cambio fijo (Comunidad Europea) que instale el mercado financiero integrado. Los delitos cambiarios y financieros emergentes de este espacio común sólo pueden ser imaginados para una eventualidad futura tal como venimos diciendo, para un proceso ulterior hacia la comunidad, pero carecen de apoyatura si se parte de los intereses protegidos por el Mercosur hasta este momento.

No obstante y conforme el plan trazado, debemos detenernos en los axiomas básicos: en primer término, el problema del control. Si es cierto que puede ser objeto de discusión el mantener las infracciones dentro del campo penal o remitirlas al administrativo, está fuera de duda que las negociaciones de cambio que se realicen sin intervención de la institución autorizada o las operaciones de este género sin que el actor esté legitimado, lesionan el mercado cambiario, se denomine *libre, intervenido, regulado, dirigido o controlado;*[31] lo que importa es el marginamiento de la regulación, el colocarse fuera del sistema.

No se nos oculta que las conductas antedichas son actos de desobediencia, de carácter contravencional, pero cuando las transacciones son de dimensión relevante, la dañosidad social aumenta cualitativamente con la agravante de que muchas ve-

[31] Gerscovich, Carlos G.: *Derecho económico monetario*, Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 119.

ces, por la calidad de los operadores, se frustra la reparación; el ejemplo de los conocidos capitales volátiles es la mejor prueba de nuestro aserto.

En segundo lugar, afirmada la existencia de un control, cualquiera fuese el tipo de mercado, es menester recordar que en este sector del ordenamiento económico, más que en ningún otro, la política económica de los Estados modifica aceleradamente la naturaleza de los comportamientos lesivos del bien jurídico protegido. En las actuales circunstancias, resulta difícil predecir, si se tiene presente la orientación seguida por los gobiernos de los cuatro Estados, la instauración de un esquema penal dirigido a fortalecer el control de los sujetos del mercado cambiario-financiero; la vía aconsejable —y en esto anticipamos una nota del modelo real—, debe conducir al rescate de las disposiciones más fiscalizadoras que contienen las legislaciones nacionales, aquellas que todavía son una barrera para la actividad especulativa.

2.1.6. Delitos en materia de patentes de invención, marcas y diseños industriales

El Consejo del Mercosur, en la Decisión del 8 de diciembre de 1995, reconoce la necesidad de promover una efectiva y adecuada protección de los derechos de la propiedad intelectual, en materia de marcas, indicaciones de procedencia y denominaciones de origen y dispone, además, que deben dictarse reglas y principios que sirvan para orientar la acción administrativa, legislativa y judicial de los Estados Partes en lo que concierne al funcionamiento de los derechos intelectuales en la materia. Estas reglas y principios deberán concordar con las normas establecidas por el Convenio de París para la protección de la propiedad industrial (Acta de Estocolmo de 1967) y con el Acuerdo sobre los aspectos de la propiedad intelectual relacionados con el comercio (Organización Mundial del Comercio).[32]

La mayor parte del texto está destinada a precisar las notas características de las marcas, indicaciones de procedencia y denominaciones de origen, secuencia lógica del objeto del Protocolo (Armonización de normas sobre propiedad intelectual en materia de marcas, indicaciones de procedencia y denominaciones

[32] Ruival Suárez, Ángel: Régimen penal en materia de patente de invención, marcas y diseños industriales. Resguardo del secreto industrial. Comunicación al IV Seminario de Santa Fe, ya cit.

de origen") y a determinar los plazos de protección, la igualdad de derechos que concederá cada Estado Parte a los nacionales de los demás Estados y a la obligación de cada miembro de implementar medidas efectivas para "reprimir la producción de productos piratas o falsificados en el comercio". Pero, además, el art. 24 establece que los Estados Partes se comprometen a realizar esfuerzos con el fin de lograr, a la mayor brevedad, acuerdos adicionales sobre patentes de invención, modelos de utilidad, diseños industriales, derechos de autor y otras materias relativas a la propiedad intelectual.

Surge de esta reseña, respecto de las marcas, indicaciones de procedencia y denominaciones de origen, que existen ya los presupuestos para el diseño de la protección penal aunque, como se ha visto, se remite a cada Estado la modelación de los comportamientos delictivos; en cambio nada se ha acordado en el ámbito de las patentes de invención, modelos de utilidad y diseños industriales salvo la voluntad expresa de convenir principios comunes en el futuro.

No resulta forzado vincular los comportamientos delictivos marcarios (o puramente infraccionales) con el bien jurídico del orden económico; la marca, como lo expresan correctamente Camaño Viera, Lackner y Silva Forné[33] se relaciona con la confianza general que despierta en el mercado la identificación del producto; forma parte de la tutela que se debe suministrar al consumidor; en otras palabras, integra la cadena de la circulación o distribución de bienes existentes en el mercado. Por consiguiente, está fuera de discusión su inserción en un programa político-criminal esbozado para los delitos económicos.

Distinta es la ubicación de los delitos en materia de patentes de invención. En primer lugar, en un plano inmediato, el visible conflicto entre la valorización de la libertad creativa, de un lado y la defensa de la propiedad industrial, del otro. En un segundo plano, la contraposición entre el interés individual, sea del creador o del que explota, de una parte y de la otra, además de la salud pública, el interés social y el desarrollo del orden económico social. En segundo término, ninguno de los términos de la confrontación puede ceder ante el otro dentro de una estructura de un estado de derecho democrático social, pregonado

[33] Consideraciones en torno al régimen penal marcario uruguayo en referencia a la legislación en el ámbito del Mercosur. Comunicación al Seminario de Santa Fe, ya cit.

para nuestros países. La coexistencia permanente de estos componentes obliga a considerar al bien jurídico como cualitativamente diferente del concepto doctrinal clásico, impide homogeneizarlo y, más aún, obstaculiza una interpretación directa mediante la opción del ingrediente más relevante.[34]

No obstante este vallado, parece innegable que los delitos en materia de patentes de invención deben integrar el catálogo de delitos económicos que lesionan los bienes comunes; la necesidad de tutelar la propiedad industrial como componente del orden económico surge como una exigencia prioritaria, sobre todo si recordamos las instancias productiva y tecnológica que requiere la comunidad integrada. Nos volcamos entonces, por su incorporación pero con la precaución de que el objeto de protección de los tipos penales sea definido en forma precisa, a fin de evitar que la coacción penal se extienda a intereses extraños al orden económico. Va de suyo que este problema es ajeno a los modelos industriales y modelos de utilidad, emparentados diáfanamente con la tutela de la propiedad industrial.

Razones de espacio nos impiden abordar los comportamientos delictivos fundamentales; sólo queremos señalar, en lo que respecta a marcas, que es decisiva la falsificación o la emisión fraudulenta de una marca registrada, el uso o la venta; en lo que concierne a patentes de invención, la clásica defraudación de los derechos del inventor, y la venta, producción, importación, de objetos violando los derechos del titular de la patente, son los comportamientos esenciales. No nos parece razonable la tutela del secreto industrial.[35]

2.1.7. Delitos patrimoniales con dañosidad social

Aunque breve, es menester una referencia a esta clase de delitos, incluidos en el inventario. La posibilidad de que se instale un Banco Central o bancos regionales dependientes de la asociación autoriza a suponer la realización de estafas o defraudaciones en perjuicio de tales instituciones, más allá de la esfera patrimonial individual. No obstante las dificultades —a las que nos hemos referido con anterioridad— para distin-

[34] Baigún, David, y Huñis, Ricardo: *Régimen penal en materia de patentes de invención, marcas y diseños industriales*. Comunicación al Seminario, Santa Fe ya cit.

[35] *In extenso*, trabajo antes citado.

guir los daños individuales de los supraindividuales, nos volcamos decididamente por enmarcar estas conductas dentro de los delitos económicos; forman parte, en consecuencia, del diseño de política criminal para la protección de los bienes comunes.

Es nuestro deber advertir que el sector de los delitos patrimoniales con dañosidad social no queda limitado a las defraudaciones y estafas; pertenecen también a este ámbito la quiebra, los denomimados delitos informáticos y los agrupados en la actualidad con el nombre de delitos societarios: si bien es cierto que algunos de ellos ni siquiera han sido acogidos por las legislaciones nacionales, conceptualmente deben ser tomados en cuenta para la construcción del modelo paradigmático aun reconociendo anticipadamente los obstáculos para su diagra-mación.

2.2. **Modelo real y modelo paradigmático**

Delineados los delitos económicos abarcados por una política criminal dirigida a la protección de bienes comunes, volvamos al compromiso asumido páginas antes: determinar la relación entre el grado de desarrollo del proceso asociativo y el contenido de la política propuesta. Para ello utilizaremos dos niveles: el modelo real y el modelo paradigmático; el primero se construye reconociendo el estado actual de las conformaciones socio-económicas de nuestros países y, especialmente, de las regulaciones existentes; el segundo, de fuertes analogías con el paradigma científico de Kuhn,[36] abarca una nueva constelación de prácticas e ideologías, de aspiraciones viables para la solución de los problemas técnicos y científicos con probabilidad de un éxito derivado del análisis de los factores claves observables en el desarrollo *normal* de los acontecimientos; se apoya en la realidad pero su estructuración pertenece al plano de las proposiciones teóricas.

[36] Nochteff, Hugo: "El nuevo paradigma tecnológico y la asimetría Norte-Sur". *El derecho y las nuevas tecnologías*. Revista de Derecho Industrial nº 33, p. 593, Depalma, Buenos Aires, 1990.
Ver también Ricardo Borello, para el desarrollo de los programas de investigación científica, en especial referencia a la polémica entre Kuhn y Lakatos, "La discusión epistemológica actual" *en Realidad Económica* nº 80, pp. 76 y ss.

2.2.1. Modelo real

Si tomamos el modelo real, es evidente que las perspectivas de una política criminal para el Mercosur son limitadas. ¿Cuáles son los mecanismos aconsejables, si partimos de la protección proyectada hasta este momento para los bienes comunes?

a) En materia aduanera, y conforme a la breve reseña en un punto anterior, se puede advertir la asimetría entre las formulaciones del Protocolo y las existentes en las legislaciones de los países del Mercosur.[37] Si nos atenemos a los avances realizados, sólo se puede pretender en materia de política criminal la *armonización* como tope máximo de la relación entre las diversas legislaciones, conforme a las pautas trazadas por el Protocolo de Ouro Preto.[38] Con la aprobación las normas proyectadas, quedaría consolidado el tratamiento diferenciado del contrabando como conducta del orden administrativo (Mercosur) y como comportamiento del ámbito penal (v. gr., arts. 334 del Cód. Penal del Brasil y 863 al 867 del Cód. Aduanero argentino ley 22.415 y 23.353) con el agregado de que ya son visibles serias disonancias entre el texto del Protocolo del Código Aduanero y las disposiciones locales; basta señalar, como se dijo en un apartado anterior, que la tentativa de contrabando recibe la misma penalidad que el delito consumado (art. 67, pto. 2, Código Aduanero Común) y que las penalidades serán aplicadas sin perjuicio de lo que establezca la legislación penal de cada Estado Parte (art. 167, inc. 3). Lo más importante, a los efectos de la armonización, es que el Protocolo crea ya, tipos

[37] Para una conformación entre las distintas legislaciones ver Medrano, Pablo H.: Aportes para la armonización de las legislaciones de los Estados partes del "Mercado Común del Sur" en materia penal aduanera. Ponencia presentada ante el Seminario: *Derecho Penal y Mercado Común del Sur.* Porto Alegre, 27 y 28 de octubre de 1994 (próxima su publicación por la Editorial-Rubinzal Culzoni en un volumen sobre los delitos económicos en el Mercosur).

[38] Entendemos por armonización, la necesidad de cambios en los ordenamientos nacionales para crear la similitud que permita obtener los resultados perseguidos, a diferencia de la unificación o uniformación que significa identidad en los ordenamientos comprendidos; ambos se distinguen de la coordinación que sólo apunta a ordenar normas distintas de dos o más ordenamientos jurídicos (que pueden seguir siendo disímiles) con el objeto de lograr un equilibrio. Czar de Zalduendo, Susana: "Empresas binacionales argentino-brasileñas en Integración económica Argentina-Brasil. Mercosur". *Revista de Derecho Industrial* n° 38, p. 329 Buenos Aires Depalma, 1991. En referencia directa a los conceptos mencionados en la temática penal, recomendamos la obra de Gonzalo Fernández: *El Mercosur y la Regionalización del Derecho Penal.* Ed. Universidad Ltda., Montevideo, 1992.

penales (contrabando, defraudación y declaraciones inexactas) bien definidos y prevé sanciones, las que hemos señalado antes; como ordenamiento supranacional, tiene efecto directo sobre las legialaciones nacionales las cuales, como es obvio, no pueden vulnerar los principios rectores establecidos en el Protocolo; se anticipa ya, un primer conflicto si advertimos por ejemplo, que las penas previstas por las legislaciones nacionales superan a las fijadas por el ordenamiento común. Esta circunstancia indica que la armonización, a través del principio de asimilación o del baremo de la no contradicción, resulta el mecanismo[39] más idóneo para resolver las diferencias, con la ventaja de que obliga, desde un comienzo, a contemplar la globalidad de los sistemas nacionales, escalón insoslayable para un futuro proceso de uniformación.

b) En el ámbito de la competencia, el mecanismo de armonización surge como una consecuencia lógica de las disposiciones acordadas en el Protocolo 18/96 (Fortaleza, Brasil). El art. 3° determina que *es de competencia exclusiva de cada Estado parte la regulación de los actos realizados en su respectivo territorio por persona física o jurídica de Derecho público o privado...* como también los efectos que lesionen la competencia de ese mismo Estado. Esta formulación se diferencia de la realizada en el art. 2° donde se establece claramente que las reglas del Protocolo se aplican a *los actos que tengan por objeto producir o que produzcan efectos sobre la competencia en el ámbito del Mercosur y que afecten el comercio entre los Estados Partes.*

De estas disposiciones se desprende como se anticipó una clara escisión de ámbitos: el estatual de un lado y el regional del otro. La coexistencia de dos regímenes: obviamente ello importa la necesidad de definir la relación entre ambos, sin ignorar las discrepancias existentes entre las legislaciones de cada uno de los Estados. Para resolver estos conflictos, no cabe otro camino que compatibilizar los ordenamientos pues en el caso de que un comportamiento afecte tanto el mercado estatal como el regio-

[39] Grasso Giovanni: *Comunidades europeas y Derecho Penal.* Trad. de Nicolás García Rivas, Universidad de Castilla La Mancha, 1993, pp. 80 y ss. y 198 y ss. Según este autor, el principio de asimilación consiste en la ampliación que provoca la norma comunitaria en la esfera de aplicación de las normas jurídicas nacionales, a través del reenvío de sus disposiciones, de modo que los preceptos de los Estados nacionales que protegen intereses locales se apliquen igualmente en defensa de intereses comunitarios semejantes (p. 80).

nal. El sujeto actuante se verá favorecido por la legislación común si ésta contemplara sanciones menos graves.

El problema de la armonización cuenta, en esta esfera, con algunas pautas; en primer lugar, cabe destacar que, a diferencia de lo que ocurre con el Protocolo de Código Aduanero, la regulación proyectada en materia de competencia no crea tipos penales; sólo se refiere a las infracciones y sus penalidades. Las primeras definidas por el art. 4° citado y, las segundas, que son la multa, la prohibición de participar en los regímenes de compras públicas de cualquiera de los Estados Partes y la prohibición de contratar con instituciones públicas de esos Estados. Se hallan, sin duda, en el campo administrativo pues es el Comité de Defensa de la competencia —organismo intergubernamental como se señaló— el encargado de aplicarlas.

En segundo término, no obstante el nivel administrativo de las infracciones, el módulo del art. 4° define los comportamientos ejes (actos individuales o concertados que distorsionan la competencia o que constituyen abuso de posición dominante) de modo tal que las legislaciones nacionales, en sus respectivos tipos penales, deberán acoger este núcleo preceptivo; Argentina y Brasil ya lo han incorporado pero Paraguay y Uruguay carecen de una legislación tuitiva.

No escapará al lector que ya se avizoran dos conflictos en cuanto a la armonización: de una parte, resolver si las conductas lesivas de la competencia deben remitirse al derecho administrativo o si deben convertirse en tipos penales; de aplicarse el primer criterio, se produciría una franca disonancia con las legislaciones de Brasil y Argentina; de prevalecer el segundo, se infringirá el principio de lealtad hacia el ordenamiento común con el agregado de que, aun en este caso, seguiría ausente la coincidencia entre las legislaciones de nuestros países.

c) Hemos anticipado en la esfera del consumo, que existe una mención permanente al proceso de armonización de las legislaciones, en las Resoluciones del Grupo del Mercado Común. En este campo, la aplicación del mecanismo parece no contar con muchas interferencias; en general, los ordenamientos de nuestros países han modelado la protección del consumidor en el plano penal y también en el plano administrativo alrededor de la idea de que son delitos aquellas conductas que mediante el engaño sobre la autenticidad del producto producen un daño a la salud del consumidor en tanto que los comportamientos res-

tantes —v. gr. desacuerdo del contenido con el rotulamiento, mezcla de calidades desiguales, falsedad en la especificación, información distorsionada— pertenecen al campo administrativo. Tal vez se pueda afirmar sin escozor que en el ámbito de la defensa del consumidor el mecanismo de la armonización no hallará obstáculos en su implementación.

d) No ha llegado la preocupación del Mercosur al ámbito de los delitos tributarios, cambiarios-financieros y patrimoniales con dañosidad social. Sólo existe, respecto de lo que concierne a marcas y patentes, el Protocolo 8/95 de Armonización de normas sobre Propiedad intelectual en materia de marcas, indicaciones de procedencia y denominaciones de origen; es el art. 22 el único que se dirige a nuestra temática, al establecer que los Estados Partes implementarán medidas efectivas para "reprimir la producción en el comercio de productos piratas o falsificados".[40] La claridad de este mandato, respecto del ámbito penal, permite afirmar que los conflictos en la armonización quedarán desplazados al área de confrontación de las legislaciones de los cuatro países.

Salvo este precedente, no se registran otros elementos regulativos que permitan atisbar la orientación que seguirá el mercado asociativo en el campo político criminal sobre marcas y patentes y menos, en los demás rubros antes mencionados. Las continuas referencias a la armonización autorizan a afirmar que, en consonancia con esta afirmación;[41] el modelo real sólo puede apuntar a este mecanismo.

Como hemos puntualizado antes, el modelo real se apoya sobre dos pilares; el estado de las conformaciones económico-sociales de nuestros países y las regulaciones normativas existentes; de estas últimas nos hemos ocupado resumidamente; de las primeras, cuyo tratamiento merecería un trabajo por separado, todos sabemos que lejos de haberse transformado en un sentido positivo, favorable a los intereses de nuestros pueblos, han

[40] Ruival Suárez, Ángel: *Régimen penal en materia de patentes de invención, marcas y diseños industriales. Resguardo del secreto industrial.* Legislación del Mercosur. Ponencia presentada ante el IV Seminario de Regionalización del Derecho Penal. Santa Fe, junio de 1996 (de próxima publicación).

[41] Ejemplo de esta posición, es el protocolo de Asistencia jurídica mutua en asuntos penales (Buenos Aires, 12/6/96) que si bien se refiere fundamentalmente a cuestiones procesales, apunta a una cooperación estrecha entre los países del área; constituye sin duda un punto de partida rescatable.

seguido una dirección contraria: estrechamiento de las economías nacionales, concentración de la riqueza en los sectores hegemónicos, acrecentamiento de la gravitación de las corporaciones transnacionales, desmembramiento y aniquilación de los bienes públicos, acompañados —secuencia lógica— del debilitamiento de los controles estatales. A ello se adicionan los conflictos propios del entramado de la región. entre empresas de los países miembros —fundamentalmente de Argentina y Brasil—, entre filiales de corporaciones internacionales, como reflejo de desincronizaciones en el mercado mundial o de contradicciones en el área local, entre empresas nacionales —decididamente las brasileñas— y corporaciones transnacionales.

Lo innegable —dentro del marco regional— es la intensificación del comercio entre los países del Tratado de Asunción y la triunfante hegemonía de las corporaciones transnacionales en esas relaciones de intercambio;[42] el Mercosur, aparece como uno de los caminos escogidos para viabilizar la concentración del mercado capitalista, en franca contraposición con las expectativas que generó su creación. El correlato institucional de esta distorsión ya está en germen.[43]

Bajo esa impronta, el modelo real de política criminal no debe ser ingenuo; el recurso de la armonización no incidirá radicalmente sobre la naturaleza de la actual Unión Aduanera, ni modificará la esencia del sistema; el contrabando se reducirá a la violación de los mecanismos aduaneros y el monopolio más lesivo a los intereses del mercado, quedará excluido de la coacción punitiva. La armonización sólo puede jugar un rol de contrapeso en áreas puntuales, intentando cambios remodeladores mediante respuestas concretas a cada uno de los conflictos plan-

[42] *Clarín* del 29 de julio de 1997 informa sobre la adquisición de Bridas (empresa petrolera argentina) por Reposol, multinacional de origen español. En la nota se lee: "Reposol está apuntando sus misiles a los negocios que surjan dentro del Mercosur. Controlan Gas Natural, que ya está en Brasil, el mercado con mayor crecimiento en la región. También ganaron la distribución de Río de Janeiro y se preparan para una licitación en San Pablo" (p. 22, Sección Economía).

[43] El 28 de julio de este año, *Clarín* da a publicidad un Proyecto denominado "Sistema de Seguridad Común para el Mercosur" originado en el Ministerio de Defensa. El punto 2, propone como uno de los objetivos "capear y prevenir procesos de desestabilización social, cultural y/o política en los Estados Partes". El punto 3, "detectar y controlar la infiltración de actividades ilegales y estallidos de violencia, por incidencia de distintos factores (indigenismo/ factor campesino/ subversión, terrorismo/ narcotráfico, etc)". Los comentarios huelgan.

teados y sobre todo, impulsando las tendencias procomunitarias que afloren en el proceso, rescatando las notas proclives a la integración. Posición diversa es la óptica del modelo paradigmático, al cual nos referiremos a continuación.

2.2.2. MODELO PARADIGMÁTICO

Para su construcción, debemos partir de las premisas ya anunciadas: comunidad productiva, comunidad tecnológica, comunidad financiera y sistema institucional común u ordenamiento jurídico unitario. las tres primeras pertenecen a lo que Sereni[44] denomina infraestructura de la conformación económico-social; la cuarta, a la superestructura.

La elaboración de un modelo paradigmático de política criminal tiene su residencia en el sistema institucional sin que ello signifique, obviamente, desconocer las interrelaciones múltiples de la formación económico-social; pero la sola invocación del sistema institucional no basta para entender su significado, es imprescindible vincularlo con la comunidad organizada, es decir, con la presencia de determinadas notas características propias de un estadio superior de la evolución asociativa, cualitativamente diversa de otras coaligaciones de jerarquía menor ya examinadas páginas antes.

En un trabajo publicado hace algunos años,[45] Eve Rimoldi de Ladmann enumera las notas que requiere una integración genuina: la creación de un orden jurídico cerrado, es decir que dentro de él se encuentre la solución de los conflictos que presentan; la supremacía del orden jurídico comunitario, en aquellas materias en que han sido delegadas incompetencias o hay incompatibilidad entre las atribuciones de la comunidad y los Estados miembros; la solución de los problemas que produce la descentralización en la aplicación de las normas mediante la complementación y colaboración de los órganos legislativos y jurisdiccionales de cada país, para evitar los conflictos que produce la existencia de dos órdenes jurídicos, primario y secundario; la admisión del efecto directo de las normas comunitarias, es decir, su aplicación inmediata, una vez aprobadas por el ente comuni-

[44] Ob. cit., pp. 55 y ss.

[45] "Derecho de la integración latinoamericana y Derecho Constitucional". *Cuadernos de Investigación 20 E. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio Gioja"*. Buenos Aires, 1991, pp. 13 y ss.

tario y la jurisdicción comunitaria, que asegure el cumplimiento en el tratado originario.

Si partimos de estas condiciones es casi innecesario aclarar que el Mercosur como comunidad organizada está aún lejos de alcanzarlas: sólo es una hipótesis alternativa, un proyecto a largo plazo pero que ya anticipa sus exigencias.

a) La política criminal —como es sabido, sector de la política social— se expresa a través de un sistema, que se integra no sólo con el Derecho Penal sustantivo, sino con el Procesal Penal, el de ejecución penal y las diversas instituciones que componen la administración de justicia (tribunales, fuerzas auxiliares, etc.,); una óptica de esta naturaleza requiere obligadamente el tratamiento de las cuestiones procesales relevantes, la creación de tribunales de la comunidad organizada, reglas de ejecución penal y otras materias interconexas que excede el marco de este trabajo y sobre las cuales ya existe una destacada bibliografía.[46]

b) En el ámbito penal, como ya se ha puntualizado, es primera condición la detección de los bienes comunes, objeto de la protección. Si *el Mercosur se orienta hacia una comunidad organizada, el orden económico, medio ambiente y el aparato institucional* se constituirán en los ejes centrales del orden normativo penal, simplemente porque sin ellos resulta imposible la integración. Aparece así, la necesidad de un Estatuto Penal comunitario[47] que diagrame los comportamientos dirigidos a lesionar los tres bienes tutelados y sus consecuencias pero que, al mismo tiempo, prevea las reglas generales de aplicación o interpreta-

[46] En especial sobre política criminal latinoamericana. Binder, Alberto: *Política criminal: de la formulación a la praxis*, Ad-Hoc, 1997. Dominguez Lassus, Rufino: *Sistemas judiciales y garantías procesales;* IV Seminario.... Santa Fe ya cit.; De Luca, Javier, Augusto: "Extracción compulsiva de sangre y estupefacientes —transportados en el cuerpo— al imputado en una investigación criminal", Seminario... Santa Fe; cooperación penal internacional, transferencia de presos y ejecución de sentencia extranjera. Seminario Santa Fe; Fernández Rodriguez, José Agustín: "Análisis comparativo de los sistemas judiciales y garantías procesales del Mercosur", Seminario Santa Fe; Bitencourt, César Roberto: "La extraterritorialidad penal en el Mercosur y las garantías fundamentales del Derecho Penal", Seminario Santa Fe; Scapusio Minvielle, Beatriz: "Sistemas judiciales y garantías procesales, derecho de las víctimas", Seminario Santa Fe; Dominguez, Fernando y Garrido, Carlos Manuel: "Algunos aspectos sobre el Derecho Procesal Penal en el Mercosur", Seminario Santa Fe, cit.

[47] En la Comunidad Europea, la idea de un Estatuto penal —sólo para los funcionarios— ya fue concebida por la Comisión *ad hoc* creada por los gobiernos. La dirección estuvo a cargo del penalista holandés Van Binsbergen y produjo en 1995 un Proyecto de Convención General. Ver Grasso: ob. cit., pp. 229 y ss.

ción; dicho de otro modo, el Estatuto —símil de un Código Penal— deberá contar también con una Parte general donde se hallen formulados los principios conocidos; es la uniformación (o uniformización para un sector de la doctrina) ya propuesta por varios autores que, para nosotros, se debe traducir en solo cuerpo legal.

a') Supera el perímetro de este trabajo, definir las coordenadas garantistas que deben gobernar el Estatuto;[48] integran el Derecho Penal mínimo que nosotros propugnamos para el modelo paradigmático. Lo que nos interesa destacar es que estos principios no deben ser trasladados sólo a la Parte General sino regir en la Parte Especial, fundamentalmente, en lo que atañe a la diagramación de los tipos y a la proporcionalidad de las sanciones, cuestión que se emparenta con la clara diferenciación de la esfera administrativa, a la cual, dicho sea de paso, se debe transportar buena parte de los denominados delitos de peligro abstracto que hoy pueblan el Derecho Penal económico.

b') La elaboración de un Estatuto penal comunitario —aquí sólo nos ceñimos a la tutela del orden económico— requiere algunas precisiones; en primer lugar, la distinción entre delitos que afectan el orden económico en sentido amplio y los que lesionan un sector más particularizado, una especie de subsistema dentro del conglomerado total. Entre los primeros cabe considerar los delitos contra la competencia, delitos contra el consumidor, delitos cambiarios y financieros, delitos en materia de patentes, marcas y diseños industriales y finalmente los delitos patrimoniales con dañosidad social; hay que advertir que ninguno de ellos colisiona con un bien protegido *puro* (el orden económico) pero tal exigencia resulta imposible de satisfacer si tenemos presente que en su órbita polifacética conviven intereses patrimoniales individuales (propiedad), intereses institucionales (v. gr., bancos y otros organismos) la salud pública (el ejemplo característico es la tutela del

[48] En el superlativo *Derecho y Razón* (Teoría del garantismo penal, trad. de Perfecto Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan C. Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, De Trotta, Madrid, 1995, p. 93, Luigi Ferrajoli enumera los diez axiomas del garantismo penal, que expresan las garantías penales y procesales del modelo. A ellas nos remitimos.

consumidor) con gravitación disímil según sea el sector al cual va dirigida la protección.

Los delitos que afectan el orden económico en un sentido particularizado impactan una zona autónoma del orden económico; van dirigidos contra la Hacienda Pública regional, bisagra entre la comunidad y las instancias ya conocidas del orden económico, coetáneamente, protagonista decisiva del mercado. Es el caso de los delitos aduaneros y tributarios, que sin bien exhiben perfiles propios en la tradición legislativa, no escapan del marco del orden económico.

No volveremos aquí sobre las conductas nodales de cada uno de los componentes del sistema; sólo nos resta recordar que el diseño concreto no podrá prescindir de las notas —o condiciones— fijadas en este apartado; es una composición y no una acumulación de enunciados.

c) Es cuestión conocida la relevancia que exhibe en la actualidad el papel de las corporaciones en el marco socio-económico; la persona jurídica es su ropaje normativo cualquiera sean sus formas o agrupamientos: *holdings*, grupos societarios, sindicaciones, identificadas, en otro plano, como empresas nacionales, binacionales, multinacionales y transnacionales. Por su actuación en el mercado mundial y, obviamente en el Mercosur, se convierte en el sujeto potencial de mayor gravitación en el ámbito del delito económico.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas, en la actualidad, es urgencia insoslayable; el tratamiento que se le ha conferido en las legislaciones, con diferencias de matices, nada agrega a su eficacia como instrumento del control social; los regímenes articulados son prácticamente, un remedo del Derecho Penal convencional.[49] Nosotros hemos sostenido y lo seguimos sosteniendo que sólo el sistema denominado doble imputación puede desempeñar un nuevo rol en la neutralización de los comportamientos delictivos realizados por los entes colectivos, a partir de considerar a la acción institucional (propia de la persona jurídica) como un concepto cualitativamente diferenciado del que sirve de plataforma al sistema penal tradicional.[50]

[49] V. gr. el reciente Código Penal de Francia (art. 121-2).

[50] Baigún, David: *Naturaleza de la acción institucional en el sistema de la doble imputación. Responsabvilidad penal de las personas jurídicas*. De las Penas, en Homenaje al Prof. Isidoro de Benedetti, Depalma, Buenos Aires, 1997.

El Estatuto penal comunitario debe contemplar este nuevo modelo, con sanciones especiales y con el funcionamiento de un esquema remodelado de la teoría del delito; desconocer esta problemática equivaldría a legitimar un sector decisivo de la práctica social delictiva, tal como lo demuestran las investigaciones empíricas (escasas) y la información periodística diaria.[51]

d) La unificación que importa la creación de un Estatuto Penal Comunitario debe estar sincronizada con la armonización de las legislaciones nacionales concerniente a bienes jurídicos externos al ordenamiento común; el hurto o el homicidio puede concurrir con un delito económico —es válido, obviamente para los comportamientos contra el medio ambiente o contra el aparato institucional comunitario— con consecuencias dispares si no se homogeinizan las sanciones; la suerte del sujeto activo y naturalmente, el eventual derecho a la reparación de la víctima, corre el riesgo, de desplazarse de un país a otro si no se prevé el régimen del concurso. La tarea es compleja pero no se diferencia, esencialmente, de la situación emergente en un país de sistema federal estricto, donde el ordenamiento general coexiste con los códigos penales estatales (v. gr., Estados Unidos de Norteamérica).

3. *Conclusiones*

Somos conscientes que el modelo paradigmatico es un referente teórico que sólo podrá hacer pie en la realidad si se producen tranformaciones profundas en el vientre de la infraestructura económico-social y en los condicionamientos externos, unidos al desarrollo de los movimientos políticos y sociales de la región. Y en este terreno, nada autoriza a sostener que la línea impresa por los gobernantes de nuestros Estados —esta unión aduanera que facilita los negocios de grupos económicos— esté exenta de resquebrarse por las variables históricas; el fatalismo como ley del desarrollo social, ha perimido hace largo tiempo.

Por otra parte, es un axioma conocido que el modelo real y el paradigmático no son unidades desconectadas, construcciones totalmente autónomas; no son tampoco estáticos ni cerrados; están sujetos a rectificaciones, a los cambios ya señalados y a la

[51] En nuestro país, sirva el caso de IBM, como ejemplo reciente.

experiencia que suministra la confrontación. La armonización, por ejemplo, que incluimos en el modelo real y que proyectamos para el paradigmático respecto de los objetos de protección no comunes, puede ser aplicado en el futuro para ciertos segmentos del ordenamiento unitario y la uniformación, eje del Estatuto Penal Común, bien puede emerger antes de que éste tenga realidad vigente.

Yo —y aquí hablo en primera persona del singular— sigo aferrado a los sueños; aliento la esperanza de que nuestra futura comunidad regional sea la plataforma de una sociedad distinta en la que la dignidad de nuestros pueblos alcance las notas de una civilización sin ficciones; para decirlo con una frase acuñada por tantos pensadores ilustres, una sociedad humanista donde los hombres recobren la calidad de sujetos de la historia.

A manera de síntesis

La necesidad de una política criminal respecto de los delitos económicos en el ámbito del Mercosur es para los penalistas de nuestra región uno de los tópicos más importantes de la temática enunciada en el epígrafe.

Cualquier propuesta que se intente exige, en primer lugar, determinar la naturaleza jurídica del Mercosur en su estadio actual (entidad asociativa o contractual) y en su perspectiva de futuro (comunidad organizada o integrada); en ambos planos no se puede ignorar, la consideración de las infraestructuras económico-sociales y de los componentes que la integran.

En segundo término, es preciso acordar el concepto de delito económico antes de examinar los comportamientos lesivos a los bienes jurídicos comunes; en el inventario, ponemos el énfasis en los delitos aduaneros, los que afectan la competencia, los que hacen a la defensa del consumidor, los tributarios, los cambiarios y financieros, los delitos en materia de patentes de invención, marcas y diseños industriales y los que denominamos patrimoniales con dañosidad social.

Delineados los delitos económicos, corresponde determinar la relación entre el grado de desarrollo del proceso asociativo y el contenido de la política criminal propuesta. Para ello utilizamos dos niveles: el modelo real y el modelo paradigmático; el primero a partir de las conformaciones socio-económicas actuales y de las regulaciones existentes; el segundo, acogiendo una constela-

ción de prácticas e ideologías, prospectivamente viables para la solución de los problemas técnicos futuros y con probabilidad de ser aplicada con éxito si se desenvuelven tendencias ya observables en el proceso real de los acontecimientos.

Las perspectivas, conforme al modelo real son limitadas; el grado óptimo sólo puede llegar hasta la armonización de los distintos ordenamientos. Desde el ángulo del modelo paradigmático, la proyección de la política criminal tiene otras pretensiones: satisfechas las instancias de una comunidad productiva, tecnológica y financiera, y un sistema normativo común, la propuesta debe contemplar: *a)* la existencia de un sistema integrado por el Derecho Penal sustantivo, el Derecho Procesal Penal, el de ejecución penal y las diversas instituciones que componen la administración de jusiticia (tribunales, fuerzas auxiliares, etc.); *b)* en el ámbito estrictamente penal la necesidad de un Estatuto Penal Comunitario, que amén de los delitos económicos abarque los dirigidos contra el medio ambiente y contra el aparato institucional. El estatuto debe contar, además, con una parte general donde se hallen formuladas las reglas conocidas. Los principios garantistas, que integran el Derecho Penal mínimo, deben gobernar esta modalidad de unificación; *c)* la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por el rol que desempeñan las corporaciones en el marco socio-económico global y regional, se convierte en un sector fundamental del Estatuto; un diseño *ad hoc* que recoja el sistema de la doble imputación, parece el más conveniente.

El Estatuto Penal Comunitario es el equivalente de la unificación propugnada por buena parte de la doctrina; sólo que aquí adquiere la conformación de un cuerpo orgánico. La cohabitación entre este sector de la protección penal y los bienes tutelados en los Códigos nacionales se resuelve a través de la armonización; es decir, coexisten, en definitiva, los dos mecanismos.

Es cierto que el modelo paradigmático es un referente teórico, que sólo podrá influir sobre la realidad si se producen transformaciones profundas; pero es exacto también, que estas transformaciones, amén del proceso interno, están sujetas a los vaivenes de los movimientos políticos y sociales de la región. Nada autoriza a sostener que la orientación impresa por los gobernantes de nuestros Estados (una unión aduanera que facilita negocios de los grandes grupos económicos) sea irreversible.

XXIII. LA DESPENALIZACIÓN DEL ILÍCITO TRIBUTARIO

POR SERGIO DO REGO MACEDO*

En primer lugar quiero felicitar a los responsables por la realización de ese exitoso y magnífico Congreso en homenaje a los 75 años del Código Penal argentino, que se realiza en esta personalísima y linda ciudad cosmopolita del sur de nuestro continente. Éste es un homenaje a todos los penalistas que contribuyeron para esa historia legislativa, con su cultura y la de otros eruditos penalistas, además de tantos otros intelectuales de otras áreas; es decir, un homenaje a personas extraordinarias, responsables de dar a la ley un poco de sus espíritus para que la legislación de un país, y su aplicación por los hombres del Derecho, sea cada vez más cercana a los reclamos de su Constitución y principalmente, del comportamiento democrático de sus destinatarios, comenzando por el Ministerio Público y terminando por la Magistratura, último reducto de defensa de sus principios.

1. *El peso de los tributos*

El Estado cada vez gasta más de lo que puede. Se desequilibran la renta y los gastos. El recurso es muy antiguo: se aumentan los impuestos que existen y, además, se crean otros. Todas las sociedades padecen esa carga, y el segmento de la clase trabajadora es el más sobrecargado. No tendría que ser así. El tributo es un gravamen inevitable de cada uno al con-

* Jefe del Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad del Estado de Rio de Janeiro; Miembro de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Federal de la Orden de los Abogados de Brasil; Miembro del Directorio del Instituto de los Abogados Brasileños; 2° Vicepresidente del Instituto Latinoamericano de Cooperación Penal.

junto de todos para que pueda funcionar la máquina de la administración y sus presumidamente imprescindibles servicios. El derecho del ciudadano a beneficiarse de los *servicios* de esa máquina y de usarlos, según sus necesidades, hace a los que no contribuyen, inmerecidos beneficiarios. Por lo tanto, contribuir es un deber y un derecho, para que exista igualdad.

2. *El desviado destino del tributo*

La historia del impuesto *justo*, como integrante del grupo de intereses fundamentales que constituyen los Derechos Humanos, podrían haber evolucionado con el ideal burgués —ya ultrapasado— resultante de la Revolución Francesa (ya cercana a su bicentenario). De hecho, encontramos la fuente que debería iniciar el proceso más profundo de los postulados de libertad, igualdad y fraternidad en los arts. 13 y 14 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (*Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão*) del 26 de agosto de 1789. Vale la pena recordarlos:

Art. 13. Para la manutención de la fuerza pública y para los gastos de administración es indispensable una contribución común, que debe ser repartida entre los ciudadanos de acuerdo con sus posibilidades.

(Art. 13. "*Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum, que deve ser repartida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades*").

Art. 14. Todos los ciudadanos tienen el derecho de verificar, por sí o por sus representantes, la necesidad de contribución pública, de consentirla libremente, de examinar su empleo y de determinar la repartición, la colecta, los pagos y la duración.

(Art. 14. "*Todos os cidadãos tem o direito de verificar, por si ou pelos seus representantes, a necessidade da contribuição pública, de consenti-la livremente, de observar o seu emprego e de lhe fixar a repartição, a coleta, a cobrança e a duração*").

Si el espíritu que inspiró esa declaración impregnase, como era esperable, a los sucesores de su ejercicio, hoy, tal vez, estuviésemos en otra etapa de preocupación e itinerario, más evolucionado, que podríamos rotular de *igualdad, solidaridad y justicia*.

¿Por qué esos derechos, solemnemente proclamados contra el Antiguo Régimen, no tuvieron secuencia en el desenvolvimien-

to de la victoriosa Revolución Humanista, olvidados en la dinámica revolucionaria?

La obra, recién lanzada en Brasil por Alberto Nogueira, profesor universitario y magistrado federal, titulada *A Reconstrução dos Direitos Humanos da Tributação*, que integra la su trilogía comenzada con los trabajos anteriores *O Devido Processo Legal Tributário* y *Os Limites da Legalidad Tributária no Estado de Direito*, trata el tema de esa pregunta, indagando por qué el titular de la tributación, el Pueblo, continuó —como antes— siendo explotado a través de nuevos mecanismos de dominación, en favor de la entonces burguesía triunfante (a partir de la Revolución Francesa), que asumió la dirección y el control del movimiento, dejando hacia atrás los compañeros de lucha, los campesinos, los pequeños propietarios, el bajo clero y, principalmente, los asalariados, sometidos, todos, a la presión de los tributos a voluntad de la burguesía. Es justamente en esa "inversión" que el impuesto ignora la dimensión humana de la persona. Implantando el sistema esencialmente burgués, de carácter opresivo e individualista, se repitió la desigualdad del sistema anterior. Y nunca más se revirtió la situación, a pesar de las declaraciones anteriores: el *Bill of Rights* inglés de 1689 y la norteamericana de Virginia del 16 de julio de 1776.

3. *El impuesto injusto*

El impuesto *injusto* es injusto porque importuna a todas las necesidades, inclusive las del hombre, aquél que es el tributado, o el Hombre Tributario, el hombre contemporáneo (que es el hombre-masa, de Lopes Ibor), y hace que todas las cosas y la gente, para existir en el contexto social, tengan un lenguaje jurídico, que no es humanista, más numérico, áspero, duro, frío como una cuenta que no se paga, la persona pierde el espacio de representación en el gran engranaje del proceso social. Unamuno, el inmortal poeta de Salamanca, ya enunciara: "Porque el adjetivo *humanus* me es tan sospechoso como su substantivo abstracto *humanitas*, la humanidad. Ni lo humano ni la humanidad, ni el adjetivo simple, ni el sustantivado, sino el substantivo concreto: el hombre. El hombre de carne y hueso, el que nace, sufre y muere —sobre todo muere—, el que come, y bebe, y juega, y duerme, y piensa, y quiere; el hombre que se va y a quien se oye, el hermano, el verdadero hermano. Porque hay otra cosa, que tam-

bién llaman hombre, y es el sujeto de no pocas divagaciones más o menos científicas. Y es el bípedo implume de la leyenda, el metafísico, de Aristóteles, el contratante social, de Rousseau, el *homo oeconomicus* de los manchesterianos, el *homo sapiens*, de Linneo, o si se quiere, el mamífero vertical. Un hombre que no es de aquí, o de allí, no de esta época o de la otra; que no tiene ni sexo ni patria, una idea, en fin. Es decir, un no hombre. El nuestro es otro, el de carne y hueso; yo, tu, lector mío; aquel otro de más allá, cuantos pisamos sobre la tierra. Y ese hombre concreto, de carne y hueso, es el sujeto y el supremo objeto a la vez de toda filosofía, quiéranlo o no ciertos sedicentes filósofos", en *Antología*, México, DF, Fondo de Cultura Económica, 1992, pp. 284-285.

4. *La conciencia jurídica y la mentalidad democrática*

Hoy, ya no hablamos de un simple Estado de Derecho, o Estado Constitucional de Derecho, sino de un Estado Democrático de Derecho. Entre sus fundamentos se alzan la soberanía, la ciudadanía, la dignidad de la persona humana, los valores sociales del trabajo y de la libre iniciativa y el pluralismo político. Los objetivos fundamentales de ese Estado están constituidos por la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria (por solidaridad se entiende: el principio que obliga a cada uno a ser responsable por su semejante); por la garantía del desenvolvimiento respetando al medio ambiente; por la erradicación de la pobreza y la marginalización y por la reducción de las desigualdades sociales y religiosas; por la promoción del bien en todos (se incluye el "principio de bien jurídico"), sin preconceptos de origen, raza, sexo, color, edad o cualquier otra forma de discriminación, adoptando como principio, entre otros, la prioridad de los Derechos Humanos.

Mas ese Estado de Derecho no surge por decreto. Solamente existirá en la medida que exista el ejercicio de la democracia. Y ésta sólo existirá con individuos democráticos. Y un demócrata no nace, se hace. El demócrata es una elaboración de la propia educación y de la cultura democrática, porque la democracia es cultura y civilización. La ignorancia, así como el despotismo, no hacen la Democracia. La tendencia del individuo es la tiranía, porque nace individualista. Deja de desenvolver su grado de absolutismo con la información y formación contraria, que le despierta lo plural y social, el espíritu de divi-

sión y de igualdad, de multiplicación y solidaridad. El demócrata se va formando en la cultura democrática que otras generaciones serán capaces de crear. Solamente así ocurrirán las transformaciones del Derecho y el concepto de Justicia se establecerá de forma no maniqueísta, que pospone primariamente un sí delante de un no, un buen semblante a uno malo, en el juego absurdo de los antónimos, cuando, en verdad, la Justicia tendría que dar soluciones, es decir, resultados donde los litigios encuentren una paz bilateral y los opuestos se satisfagan convencidamente. ¡Se hizo Justicia!

La justicia de los tributos es parte esencial del conjunto de los Derechos Humanos y su positivismo, en las Constituciones, tuvo el objeto de conferir seguridad a los derechos previstos ahí, siendo esto aceptado por la sociedad en la administración del mundo moderno. Sin embargo, a partir del avance de los Derechos Humanos de primera generación (derechos-garantías, de cuño individualista) para los de segunda generación (derechos de crédito, de cuño social) y de tercera generación (dirigidos para lo colectivo: medio ambiente, calidad de vida, preservación de los valores culturales e históricos), se unieron a la soberanía nacional, según la Revolución Francesa, resultando en la línea del totalitarismo, en las llamadas *displeced persons* (Celso Lafer, en *La reconstrucción de los derechos humanos: un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*, pp. 23-24, México, DF, Fondo de Cultura Económica, 1994).

En el campo de la tributación, en cierta pero no despreciable medida, llegamos a una conclusión semejante, ante el rumbo tomado y la situación de injusticia, por todos reconocida y proclamada, y que alcanza, porque impuesta, a grandes segmentos de contribuyentes, en particular y con mayor peso a la clase asalariada.

La mentalidad democrática, una vez implantada en las futuras generaciones concebirán, sin ninguna duda, las verdaderas aplicaciones y, aunque no constituidas en objetividades prácticas del ejercicio de los Poderes y del Pueblo, sí en su cotidiano. Pero ellas habrán de comprender que es necesario despenalizar todo lo posible, y sólo privar de libertad cuando es imprescindible.

5. *El ilícito tributario es ilícito penal*

El tema tributario, en todos los sentidos, abarca todos los intereses y comprende, sin excepción, a todos los ciudadanos del mundo. Pero su inmediatismo político ocupa cuerpo y alma,

sin espacio para su sentido humanista, social, tanto en la motivación, cuanto en la finalidad. Y por ser el tributo eminentemente político, que las infracciones tributarias no tienen contornos estables para la seguridad y razonabilidad del ingreso criminal.

Es necesario cuestionar las hipótesis en las cuales la ley tributaria configura como crimen la falta de recaudación del tributo recibido o descontado de terceros. En este caso, lo que se pretendió fue considerar al contribuyente como depositario o apropiador del dinero del tesoro público, lo que representa un tipo penal teratológico. Como acertadamente indicó el Profesor titular de Derecho Tributario de la Facultad de Derecho de la Universidad Mackenzie de San Pablo, Eduardo Marcial Ferreora Jardim, "tal vez el lamentable equívoco provenga de la visión incorrecta de aquellos que confunden economía con derecho. Sí, la economía clasifica al contribuyente de tributos en "contribuyente de derecho" y "contribuyente de hecho". A la luz del derecho, solamente existe el Contribuyente de Derecho. Sin dudas, la figura que la norma jurídica elija para ocupar el polo pasivo de la obligación, será el contribuyente, lo que torna irrelevante cualquier repercusión de naturaleza económica que circunde a la mencionada situación. Tal es así, que el contribuyente llamado "de hecho" no reviste legitimidad para pleitear la devolución del eventual pago efectuado inadecuadamente, ni está sujeto a ser cobrado o ejecutado por el Fisco, en caso que el impuesto no sea recaudado por el comerciante que realizó el respectivo hecho jurídico susceptible de tributación".

Igual razonamiento se aplica a las hipótesis en que el contribuyente deja de pagar el tributo supuestamente descontado a terceros, como ser el impuesto a las ganancias o el aporte jubilatorio. En efecto, al pagar "x" de salario, el empleador debe retener "y" de contribución previsional y "z" del impuesto a las ganancias. El llamado descuento o retención simplemente no existe. Como se demuestra, el deudor del tributo, en cualquier hipótesis, es el deudor de la propia deuda, lo que hace inadmisible la pretendida penalización de la infracción tributaria.

El gobierno no consigue cobrar eficazmente el tributo de los contribuyentes incumplidores, entonces usa a parafernalia de un Derecho Penal protector de un *status quo* injusto y autoritario, bajo un estatuto de un Estado Constitucional de Derecho, haciendo de esos deudores, víctimas de *prisiones por deudas*,

violadoras de la garantía constitucional que dice que "no habrá prisión civil por deuda, salvo la del responsable por incumplimiento voluntario e inexcusable de obligación alimentaria y la del depositario infiel" (ítem LXVII, art. 5°, CF). La deuda tributaria no reviste las hipótesis ni *del deudor voluntario e inexcusable de alimentos, ni de depositario infiel.*

El "contrabando", en sentido *absoluto* o *propio*, de importación o exportación de mercaderías prohibidas, por razones de Orden Público, es una figura penal razonablemente sustentable. Ya el "contrabando" *relativo* o *impropio*, como eventual impedimento de importación de determinada mercadería como medio de protección o incentivo a la producción nacional, no encuentra respaldo en lo que realmente representa el crimen de contrabando. "En nuestro país, desde los tiempos de la Constitución Federal de 1946, se utilizaban los incentivos fiscales para incentivar la instalación de industrias en regiones inhóspitas, despobladas, pobres, con el objetivo de crear empleos y generar el desenvolvimiento, con el consecuente aumento de la población, mejor preparación y, consecuentemente, evolución. Con la concesión de incentivos, se pretendía, que los empresarios se internasen por Brasil, dejando el litoral, los puertos y los locales donde los transportes eran más accesibles en virtud de la red ferroviaria, el único medio de transporte pesado existente y viable para el desenvolvimiento. Brasil siempre fue pobre en estadísticas, pero se publicó en los años 70, que existía la necesidad de ser creados anualmente cerca de un millón quinientos mil empleos por año. Siendo un país que no adopta el control de la natalidad, y no practica en escala razonable el planeamiento familiar, las nuevas generaciones necesitan ingresar en el mercado de trabajo para su supervivencia y para constituir nuevas familias. La solución, no habiendo medios para crear esos empleos, fue incentivar a los empresarios para que, vislumbrando lucros, que es el objetivo final de todo emprendimiento comercial, industrial o agropecuario, generen tales empleos y den trabajo a la población. Pero el país también tiene leyes blandas con un Poder Judicial obstinado con leyes confusas y de difícil aplicación, todo esto facilita a los más astutos a contornarlas. Toda ley que crea un obstáculo, aunque esté acompañada de una grave sanción, no es inhibidora de la acción maléfica de aquellos que apuntan siempre al lucro. Así solicitaron beneficios y los desviaron, engañando al Tesoro Público. La alternativa para el poder público fue penalizar ese hecho, para que tanto los beneficiarios

del incentivo, como aquellos que interviniesen en esa transferencia, no se aventurasen a obtener ventajas indebidas. Por eso el motivo de la penalización del hecho" (Antônio Corrêa, en *Dos Crimes Contra a Ordem Tributária*, p. 99, ed. Saraiva, 1994).

El Estado tiene los medios para impedir que esa maniobra se realice, y las sanciones de otras ramas del derecho son perfectamente razonables para evitar la respuesta extrema del Derecho Penal. Inclusive porque el gobierno, en todos los casos de daño contra el tesoro, contribuye con su negligencia en un ciento por ciento, por no efectuar el examen debido del financiado.

En cuanto al "desvío", como infracción administrativa fiscal, la situación se presenta más insinuante todavía. No existe sanción más eficaz y más fuerte que la *pena de pérdida*. El eventual perjuicio es exclusivo de la mala fiscalización. En ninguna de esas situaciones se justifica la intervención del Derecho Penal.

La inserción de ciertos hechos en la órbita penal depende de la consideración política dominante sobre gravedad social. La propia tipificación penal es el resultado legal de una dominación política que define a los crímenes. La posibilidad de tipificación penal corresponde a las exigencias de tutela de valores considerados universales —como la libertad, la vida, la integridad física, la honra, etc.—, no le quita la consideración de acto de poder y medio selectivo de afirmación de ese mismo poder. No es exagerado decir que la legislación penal es el guardián civil del *status quo*.

Con todo, no es en ese intervalo que se concentra la presente reflexión, pero sí sobre las tipificaciones donde el contenido político es manifiesto y no respeta los valores jurídico-políticos universalmente aceptados como tales. En esa óptica relativa deben encararse los *crímenes políticos* y también los *ilícitos administrativos de tipo tributario*. Ese riesgo ontológico sobre la tipicidad intrínsecamente unida a la antijuridicidad de ciertos actos, son fundamentales, pues afectan la interpretación y aplicación jurídica.

En el caso de sancionamiento de las violaciones de deberes tributarios debemos reconocer que estamos frente a irregularidades que afectan, o no, la recaudación de contribuciones e impuestos, pero no, de la defensa de valores fundamentales a la supervivencia supuestamente equilibrada de la sociedad. Son, como máximo —y así debe ser entendida la aplicación del derecho tributario—, *misure amministrative di sicurezza* de la administración pública.

También debemos considerar que los hechos más graves penalmente reprobables, no permiten el ingreso de enunciados fuera del propio sistema penal, o sea, no permite la invasión de enunciados de subsistemas —como el subsistema tributario— no obstante tener puntos de similitud en cuanto a la exigencia de la ley, previa a los impuestos y consideración de su eventual incumplimiento. El sistema penal es, estructuralmente, un *sistema cerrado* y no existe hecho jurídico-penal fuera del sistema normativo penal, pues es solamente él quien decide que hechos jurídicos son penales y por lo tanto, punibles.

Las reglas de interpretación de una infracción tributaria no pueden ser aplicadas de forma diferente.

Cabe recordar, que la exigencia de tipicidad —necesariamente vinculada a la anterioridad o reserva legal— de la infracción tributaria es, básicamente, una exigencia de autolimitación del Estado, significando que en su poder de aplicar impuestos y exigir cumplimientos, no puede ir más allá de lo que está previamente tipificado.

Cualquier tentativa exegética de aproximar la violación de deberes tributarios a las infracciones penales es un trabajo de subjetivación de la ambigüedad. Las violaciones tributarias, como los llamados "crímenes políticos", son conceptos que no esconden su contenido fluctuante, imprudente, inestable y su total subjetividad dictada por una circunstancia. En el tributo se apunta a la inmediata recaudación; en el crimen político, a la eficiencia de la reacción contra el transitorio opositor. Y ambos conceptos no se presentan, manifiestamente, como los que informan la eficacia del derecho democrático.

6. *La injustificada importancia penal de la infracción tributaria*

Finalmente la infracción tributaria no tiene la relevancia penal, para que ingrese en el área del crimen. Las actividades actuales y las eventuales futuras del comercio interregional del Mercosur, en el sentido de algún interés penal, debe acompañar el mismo razonamiento que se desenvuelve en el ámbito de cualquier otra actividad considerada propia del ámbito del Derecho Económico, específicamente el tributario. Bajo el aspecto de las posibles infracciones de las reglas establecidas, pagar para poder poseer, comercializar, transitar, con perjui-

cio económico de una parte, correspondiente a un enriquecimiento ilícito de otra, deben éstos originar sanciones pecuniarias reparativas o repositivas de los daños causados, reglamentadas por los derechos comercial y civil, con su excepcional repercusión criminal en el sentido del medio empleado, presidida la conducta por la ley penal común o, si la cuestión fuera de ámbito internacional, por ley o decreto internacional regulador del tema. No se puede hablar en *orden tributario*, específico de la economía, para una tutela penal. La tutela penal debe ser pensada solamente para la anormalidad de la actividad comercial y en función de la actividad reglamentada por el derecho comercial. Recuérdese el "abuso del poder económico", con la creación de monopolios u oligopolios; la "publicidad engañosa"; "aprovechamiento indebido de reputación industrial"; "ventas y prestación de servicios fraudulentos"; "actos indebidos en licitación o concursos públicos"; "omisión de información económica, industrial o mercantil"; "competencia desleal", etcétera.

En materia de tributos, el derecho específico otorga al Estado las condiciones legales de fiscalización, cobro, e indemnización, y la autoridad fiscal posee los medios suficientes para ejecutar la ley. El Derecho Penal es ajeno a la relación entre ciudadano y Estado. Si fuese lo contrario, el Derecho Penal tendría medios para cumplir con las obligaciones financieras de otras ramas del Derecho, lo que sería inmoral. Además de transformarse en cobrador del fisco, o "león de campo" del Tesoro Público, excede sus límites de "intervención mínima" o "necesidad de intervención". En el tema de la cobranza fiscal, el Estado no agota sus medios de cobro. Empresas deudoras de grandes sumas de dinero concerniente a la no implementación de una serie diversa de tributos, no llegan a ser ejecutadas judicialmente, en cuanto los pequeños deudores son alcanzados por figuras penales previstas en el Derecho Penal Económico.

7. *La inflación legislativa*

Estamos justificando una nueva consolidación de leyes penales, este problema es el centro de nuestro Derecho positivo.

El extenso número de textos normativos es la causa principal de las crecientes dificultades ocasionadas no sólo a los juristas, legisladores, jueces y ejecutores, como también al pueblo en gene-

ral, privado de la capacidad de entender la naturaleza y la extensión de sus derechos. En este último caso, la complicada situación legislativa perturba el principio según el cual nadie se excusará de no cumplir la ley bajo el pretexto de que no la conoce, consagrado entre nosotros en la Ley de Introducción al Código Civil.

Además de la variedad legislativa que, en materia de Derecho positivo se torna innumerable, otros factores confluyen para la configuración del cuadro existente hoy en muchos países. Tenemos por ejemplo, en nuestro país, el paralelismo legal, resultante de la distribución del mismo tema por leyes diversas, y la heterogeneidad legal, proveniente de la inserción de dispositivos autónomos en leyes destinadas a otros objetivos. Esto viola doblemente el principio de unidad legal.

Podemos considerar también el empirismo en el proceso de la sucesión de las leyes, la imprecisión en las anulaciones y la precariedad técnica en la elaboración legislativa.

Esa congestión de leyes, marcada de incógnitas, dudas y oscuridades, compromete y amenaza el Estado de Derecho y, mucho más el Democrático.

El origen del fenómeno puede ser encontrado en el alcance cada vez mayor del rayo de acción estatal, característico del Estado Moderno.

Ya hubo reacciones a esto. En Francia se restringió el concepto de ley, conforme fue expuesto en el texto de la Constitución, y se amplió enormemente el poder reglamentador.

Otro aspecto a considerar es la mudanza ocurrida en el rígido concepto de Separación de Poderes, reduciéndose consecuentemente en los Legislativos modernos la función de legislar, con simultánea intensificación del control de actos y de las políticas de la Administración Pública. Cuando la temática es la legislación tributaria, esa unión crítica es más intensa.

8. *La inconveniencia de leyes especiales en el Derecho Penal*

Las leyes especiales, en sentido genérico, no tendrían que definir tipos especiales. La ley penal común posee todas las conductas fundamentales de relevancia penal. Trabaja, actualmente, la tendencia de la despenalización y sustitución, en la medida de lo posible, de las penas privativas de la libertad por otras, de distinta naturaleza. La experiencia demostró que la publicidad de la

ley penal es más aceptada cuando está concentrada en el Código Penal. Las figuras penales, sin excepción, contienen en su núcleo, el fraude o la violencia, en la forma de peligro o daño efectivo para el bien jurídico, penalmente protegido, contra el cual se dirige la conducta humana. Si reconocemos que el autor de la infracción está dirigido casi siempre a un fin más allá del exigido por el tipo, tenemos que la conducta penalmente reprobable, que se verifica en realidad, posee con poquísimas diferencias, los mismos elementos esenciales de cualquier otra figura. Es en los elementos circunstanciales y subjetivos —no necesarios— que las figuras se distinguen en sus rumbos y direcciones. Esa verificación es más comprensible, cuando imaginamos que entre la definición de la figura y su realización, una frase puede distinguir el hecho concreto y su previsión, como hipótesis: "quién, qué, contra qué, de quién", *objetivo del tipo.* Si adiciono el último elemento esencial: "por querer, sin querer", tengo el *subjetivo del tipo.* En la respuesta a cada uno de estas cuestiones tenemos los elementos objetivos *esenciales* de cualquier figura penal. Si agregamos "por qué" y "para qué", tenemos los *elementos subjetivos del tipo.* Sin embargo, no todas las figuras requieren más que los elementos esenciales, o sea, aquellos sin los cuales no se puede imaginar un crimen, ni siquiera como hipótesis. Concluimos que para la comprensión de la tipicidad disponemos de la "frase del tipo" y la "frase del hecho", donde la frase del tipo es casi nada delante de la frase del hecho, pues en cuanto una expresa, como hipótesis del crimen, *el mínimo de la conducta humana*, jurídicamente relevante, la otra expresa *un acontecimiento de la vida*, el máximo de la conducta, con toda la riqueza de sus detalles y circunstancias. En conclusión: en la *frase del hecho* podemos responder siempre a esos puntos supuestamente abarcativos de todo acontecimiento provocado por alguien, como una operación primaria de la teorización de la realidad: *¿quién, qué, contra qué, de quién, dónde, cuándo, sobre qué, con qué, por querer o sin querer, cuánto, cómo, por qué, para qué?* En la frase del tipo, ajustándose a las exigencias de configuración de la frase del hecho, ésta se reduce, pues, en raras ocasiones, cuando no describe únicamente elementos esenciales de su hipótesis, se expande dentro del esquema de la frase del hecho, sin agotarla, sino en raras ocasiones. Por eso, los actos típicos son suficientes, para el alcance de las conductas antisociales, en el Código Penal, sin necesidad de leyes especiales o complementares que definan cualquier otra conducta delictiva.

XXIV. INTEGRACIÓN REGIONAL Y DELITOS ECONÓMICOS. *SOCIETAS DELINQUERE POTEST* - ESTADO ACTUAL

LEGISLACIÓN Y DOCTRINA*

POR JOÃO MARCELLO DE ARAUJO JUNIOR**

El tema que trataremos es extremadamente actual y está en el centro de una verdadera ebullición, ya sea en razón de la criminalidad económica, por fuerza del crimen organizado, por crímenes contra el medio ambiente o por la extrema necesidad de armonización de la legislación penal en el ámbito de los llamados "espacios económicos integrados", como es el caso del Mercosur.

En 1995, cuando publicamos nuestro "Crimen contra el Orden Económico", enfocamos el asunto trabajando con los datos que disponíamos, actualizados hasta el primer semestre de 1994.

En aquella época afirmábamos que en Europa, aunque todavía estaba en vigencia la vieja máxima *societas delinquere non potest*, la situación tendía a modificarse.

Para demostrar eso, argumentábamos con el art. 11 del antiguo Código Penal portugués que admitía, como excepción, la responsabilidad de los entes colectivos. Esas excepciones estaban, y continúan estando, consustanciadas en el art. 7° de la ley 433/82, que trata de las codificaciones de las leyes en vi-

* Texto elaborado para el Congreso Internacional de Derecho Penal en homenaje a los 75 años del Código Penal Argentino. Conferencia pronunciada el día 13 de agosto de 1997, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

** João Marcello de Araujo Junior es profesor titular de Derecho Penal de la U.E.R.J. y de la F.B.C.J.; director de la Facultad de Derecho de Valencia y coordinador del Curso de Postgrado de la UNESA. Secretario general adjunto de la AIDP.

gencia durante la monarquía portuguesa: en el art. 3° de la ley n° 28/84, que define los crímenes económicos, y en el art. 3° de la ley n° 109/91, que cuida la criminalidad informática. La norma del antiguo art. 11 fue mantenida por el art. 11 del Código actual, que entró en vigencia el 1 de octubre de 1995, que estableció:

Art. 11.- (Carácter personal de la responsabilidad). Salvo disposición en contrario, sólo las personas individuales son susceptibles de responsabilidad criminal.

"Art. 11.- *(Caráter pessoal da responsabilidade). Salvo disposição em contrário, só as pessoas singulares são susceptíveis de responsabilidade criminal*".[1]

También argumentábamos con el hecho de que en Dinamarca y Noruega, desde 1992, ya se reconocía la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Además citábamos el ejemplo de los Países Bajos, que a partir de 1950 con las leyes de los delitos económicos, introdujeron esa forma de responsabilidad en su Derecho positivo, trasladándola para el Código Penal, que en su art. 51 estableció: "Tanto las personas individuales, cuanto las jurídicas, pueden cometer hechos punibles".[2]

Recordábamos que en Inglaterra, Irlanda, Estados Unidos y Australia es tradicional la responsabilidad penal de las corporaciones , y esta medida rige desde el siglo pasado. También Malta y Luxemburgo reconocen la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Mostrábamos que a partir de 1994, con la entrada en vigencia del actual Código Penal, Francia se juntó al rol de los países que expresamente admiten la responsabilidad penal de las personas jurídicas, siempre que el crimen fuera cometido *par leur compte, par les organes ou representants* (art. 121, 2).

[1] Maria João Antunes: Código Penal, 2ª ed., Coimbra Editora, 1996.

[2] En la traducción italiana, no oficial, del Código Penal holandés hecha por la Universidad de Utrecht, el art. 51 dice: "1) I reati possono essere commessi da persone fisiche e giuridiche. 2) Se un reato viene commessone da persona giuridica, può essere instaurato un procedimento penale e possono essere pronunciate le pende misure previste dalla legge, se queste sono per ciò idonee: 1°) contro quelle persona giuridica, ovvero: 2°) contro coloro i quali hanno commissionato il fato, come pure contro coloro y quali hanno di fatto diretto il comportamento vietato, ovvero; 3°) contro y soggeti nominati ai numeri 1° e 2° insieme. 3) Per l'applicazione dei commi precendenti vengono equiparati alla persona giuridica: la società senza personalità giuridica, la società semplice, la società armatrice e la società a scopo de lucro".

Finalmente, con respecto a Europa y Estados Unidos, señalábamos que en Alemania y Austria, al igual que en Italia y Suiza, gracias a un poderoso Derecho Administrativo Penal, se reconoce una responsabilidad "casi penal" de las personas jurídicas.

Por último, presentábamos que en América latina, Brasil fue pionero, cuando la Constitución de 1988, en sus arts. 173, párr. 5° y 225, párr. 3°, otorgó autorización al legislador ordinario para la institución de esa forma de responsabilidad, que anteriormente ya había sido defendida por Affonso Arinos de Mello Franco en su tesis de docencia libre, en 1930.[3] La actitud del legislador constitucional brasileño ha sido objeto de elogios de la doctrina mundial.[4]

Ése era el informe que conseguimos realizar en nuestra investigación, en el momento de nuestra publicación citada.

Continuamos investigando y los resultados revelaron otros elementos que hasta entonces no conocíamos, algunos envuelven acontecimientos anteriores a 1994 y otros son posteriores. Esas nuevas indagaciones revelaron un creciente interés legislativo por el establecimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Veamos:

En el Código Penal español de 1995, la responsabilidad individual continúa siendo la fuente única, tanto de la pena cuanto de la medida de seguridad, sin embargo, de un modo general, el Título VI, del Libro I, en el art. 129 define medidas que afectan a las personas jurídicas, calificándolas como "consecuencias accesorias" de acciones individuales de personas físicas que integran la persona jurídica. Se trata de un avance notable de la legislación española en dirección a la adopción, en el futuro, de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En 1993, fueron presentados proyectos en Bélgica, Finlandia y Canadá, que reglamentan tal responsabilidad, en iguales condiciones como los previstos en el Código Penal francés.

Fuera del ámbito europeo, desde los años 30, Japón tiende a la interrupción del proverbio *societas delinquere non potest*, y hoy, por influencia del Derecho norteamericano, en la mayoría

[3] De la tesis de Affonso Arinos, véase: João Marcello de Araujo Junior: *Dos crimes contra a ordem econômica*, RT, San Pablo, 1995, p. 63, nota n° 89.

[4] Klaus Tiedemann: "La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato", en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penal*, año XXXVII, fasc. 3/95, p. 615.

de los crímenes contra la economía, se admite la responsabilidad penal de las corporaciones.

En Brasil, el proyecto de ley contra el medio ambiente, ya aprobado por el Senado, reglamenta la norma constitucional y consagra la responsabilidad penal de las personas jurídicas, siguiendo al modelo francés.

En el campo doctrinario, un ejemplo de esta naturaleza nos muestra la literatura penal de Alemania, donde, solamente durante los años 1993 y 1994, fueron publicadas cinco monografías y un impresionante número de artículos en revistas.[5]

Éste es el panorama actual que, con los modestos medios de investigación que disponemos, logramos descubrir.

De nuestras investigaciones, tenemos la seguridad que, en todo el mundo las legislaciones se preocupan con el hecho de que la persona jurídica es un instrumento, por lo menos facilitador, de actividades criminales y por eso, sus actividades deben ser controladas y su responsabilidad reconocida, ya sea en el ámbito civil, administrativo o criminal.

Desde el punto de vista político-criminal, podemos identificar cinco modelos de responsabilidad de la persona jurídica:

a) *responsabilidad civil* subsidiaria o acumulativa de la persona jurídica por los crímenes cometidos por sus dependientes;

b) medida de seguridad, que forma parte del arsenal punitivo;

c) sanción administrativa, con carácter de medida "casi penal";

d) responsabilidad penal verdadera, ya mencionada anteriormente, y

e) medidas mixtas, de carácter civil, administrativo y penal.

No tenemos tiempo, en esta exposición, para comentar cada uno de esos cinco modelos, nos limitaremos a algunas consideraciones con respecto al objeto central de nuestro tema: la responsabilidad penal en sentido estricto, de la persona jurídica.

La dificultad que el dogma tradicional encuentra para admitir la responsabilidad penal de la persona jurídica reside en los conceptos tradicionales de *acción, culpabilidad y capacidad penal.*

[5] Klaus Tiedemann: ob. cit., p. 615.

Se afirma que solamente el ser humano es capaz de actuar, que la esencia de la culpabilidad reside en una reprobación ético-moral, que no es posible que ocurra en relación a las corporaciones, y que éstas no pueden ser destinatarias de la sanción penal dada la finalidad preventiva y retributiva de ésta.

La doctrina inglesa, holandesa y americana, teniendo principalmente a John Vervaele de Utrecht,[6] participante de esta mesa, sustenta que si la persona jurídica tiene capacidad de acción para contratar, también tiene capacidad para no cumplir, por ejemplo criminalmente lo contratado, por consiguiente tiene capacidad de actuar en forma criminal. Además, principalmente en lo referente al Derecho Penal Económico, existen ilícitos en que la ley prevé exclusivamente la conducta de la empresa. Es lo que sucede con los crímenes de libre competencia. Quien ejerce la competencia desleal es la empresa. La acción de la persona individual que actúa por cuenta de la empresa y en provecho de ella, esto es importante, es considerada como practicada por la propia empresa.

Ese modo de concebir la actividad de la empresa *data venia* de nuestros opositores no es una invención de los defensores de la responsabilidad penal de la persona jurídica. La Corte Federal de Justicia de Alemania ha considerado que la acción u omisión realizada en el ámbito de la actividad empresarial, pertenece a la propia empresa, pues es ésta quien vende, por ejemplo, un producto peligroso.[7]

Se argumenta que la persona jurídica no puede actuar, porque en Derecho Penal rige la regla de que la punibilidad solamente recae sobre quien practica la acción con las características personales constantes del tipo.

Ese argumento que es usado, entre otros, por Engish y Barbero Santos, se olvida que en muchas normas jurídicas, entre ellas se incluye la brasileña, dentro de la teoría del concurso de agentes está el principio de la comunicabilidad de las circunstancias, que sin lugar a dudas, establece un vínculo de solidaridad penal entre el agente persona física y la empresa en beneficio de la cual fue practicado el crimen. Por esto, en Portugal se

[6] John A. E. Vervaele: *Fraud agains the Community;* Kluwer, Deventer, Boston 1992.
[7] Klaus Tiedemann: ob. cit., p. 615.

dice que la sociedad es la "autora moral" del crimen, y en Holanda la "autora funcional".

Admitir la capacidad de actuar conduce, necesariamente, a la capacidad de culpa. Sin embargo, podemos agregar que la teoría del riesgo de la empresa, es decir de la culpa de la propia *organización*, legitima la *responsabilidad penal* de la *persona* jurídica y justifica la atribución a ella, acumulativa o separadamente, del crimen cometido por sus representantes en beneficio de la empresa. Ésta es la teoría de la ventaja económica que fundamenta el juicio de condenación por el crimen. Se trata así, de una categoría nueva que la jurisprudencia portuguesa y las propuestas de la Comunidad Europea denominan "responsabilidad propia de la empresa", que es también conocida en Australia y está consustanciada en la redacción final del "Model Criminal Code", americano de 1992.

En el actuar de una empresa que contamina un río u obtiene ilícitamente una subvención, la sociedad reconoce, sin dificultad, la existencia de una responsabilidad que no está privada de un carácter ético o moral. Esa responsabilidad es diferente a la llamada responsabilidad acumulativa que nace de la suma de responsabilidades individuales, y no está fundada en una responsabilidad por orden de terceros. Se trata de una responsabilidad originaria de la empresa, de fundamento social, pues la empresa, desde el *punto de vista ético o moral*, posee una responsabilidad por actuar dentro de la sociedad de donde extrae su ganancia y existencia.

Además, las opiniones contrarias a las expuestas aquí, parece tener por base un viejo concepto de culpabilidad fundado en una reprobación sicológica. Si encaramos la culpabilidad por un concepto normativo, el obstáculo desaparece, y si entendemos la culpabilidad desde un punto de vista funcionalista, al contrario de obstáculo, la responsabilidad penal de la persona jurídica será una exigencia insuperable. El funcionalismo penal de Jacobs, tan combatido en el ámbito del Derecho Penal común, tradicional, por excluir la idea de protección inmediata a los bienes jurídicos, se ajusta perfectamente al Derecho Penal Económico, pues en éste lo que se protege es el orden público económico, o sea, la tutela jurídica es dirigida en relación a la norma que estructura y hace funcionar la economía en una sociedad determinada y en un modelo de Estado determinado.

Finalmente el último argumento contrario, la posibilidad dogmática de la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, nos parece menos relevante.

El Derecho Penal moderno habiendo rechazado la idea de retribución y adoptado un concepto funcional de prevención general y especial positiva, abandonó la idea de que el autor para sufrir la pena, precisa tener capacidad para sentir ese mal. Hoy, la misión del Derecho Penal no es más causar sufrimiento, sino reforzar en el ámbito de la ciudadanía la idea de vigencia, utilidad e importancia para la convivencia social de la norma violada por el criminal. Para ese fin, importa poco que el violador de la norma haya sido una persona física o jurídica.

Éste es el estado actual de la doctrina que sustenta la responsabilidad penal de la persona jurídica. Ella no quiebra el contenido tradicional del Derecho Penal liberal. Es necesario que los países que integran el Mercosur ajusten sus legislaciones en este terreno, pues de otra manera, la integración saldrá perjudicada.

XXV. EL DERECHO (PROCESAL) PENAL EN EL PROCESO DE INTEGRACIÓN EUROPEA

POR JOHN A. E. VERVAELE*

1. *Introducción*

El primer enfoque es el del rol y el de la posición del derecho represivo en general, y del Derecho Penal y Penal Procesal nacional en especial, en el proceso de integración europea. O sea vinculado al concepto de mercado común y de mercado interior sin fronteras.

El segundo enfoque será el de la cooperación internacional en materia penal, en relación con la Unión Europea.

Si el primer enfoque es comunitario, el segundo enfoque, como van a ver, es mucho más intergubernamental. Ya que en Europa también hay estas dos vías.

2. *Mercado Común y Derecho Penal*

Ustedes tienen, al menos creo yo, desde la perspectiva de América latina, la visión de que la integración europea está muy avanzada y que ésta ha sido y sigue siendo un camino que yo diría se impone, por lógica.

Eso es verdad y no es verdad. Es verdad porque, en los años 40, en Europa, se ha conseguido mucho. Pero debemos constatar que el Derecho ha jugado en este proceso, en este proceso de integración europea, un papel preponderante, en inglés se dice *integration through law*, integración a través del derecho. Normalmente el Derecho tiene un papel de instrumentalización de la política. En ese contexto de integración europea, el Derecho ha sido y sigue siendo, el motor de la integración.

* Catedrático de Derecho Penal Económico y Tributario de la Universidad de Utrecht, Holanda

Está claro que el Tribunal de Justicia, la Corte de Justicia, ha sido el *conditio sine qua non* para todo eso. La supremacía, la aplicabilidad directa, la cooperación entre judicatura, europea y nacional, son los puntos fundamentales de la estructura constitucional del derecho comunitario.

Sin embargo, la integración europea es muy diferente del modelo federal de integración que conocemos, por ejemplo en Estados Unidos. No por nada, muchos norteamericanos han calificado al Mercado Común Europeo como un *bebé precoz*, que necesita una incubadora. Y la incubadora, por supuesto, es norteamericana. Hoy en día, en Estados Unidos, ya son un poquito más prudentes y hablan de un *bebé*. Solamente. ¿Por qué hago esta comparación con los Estados Unidos? Porque esta comparación para el tema de hoy es bastante interesante.

En la comunidad europea hay la tríada política, el poder legal, legislativo, el poder ejecutivo y el poder jurisdiccional a nivel europeo. Esto es muy importante. Pero también es muy importante ver que esta tríada política europea es una tríada política limitada. Limitada por los tratados, por los Tratados de Roma y de Maastricht. A diferencia de Estados Unidos, estos tratados no otorgan a las autoridades europeas competencias en materia penal.

Al Mercado Común no le han otorgado ni la competencia legislativa penal, ni la ejecutiva penal, ni la jurisdiccional penal. A diferencia de Estados Unidos, en la Comunidad no hay legislación penal europea. No hay delitos comunitarios. No hay policía comunitaria. No hay un sistema judicial europeo y tampoco la Corte de Justicia tiene competencia para juzgar acusados de delitos. Todo eso no existe.

En Estados Unidos, la noción constitucional de comercio interior, *the commerce clause*, se puede comparar en el Mercado Común con el mercado común interior. Esta cláusula constitucional norteamericana ha servido en América como justificación para crear una competencia federal penal. No es así en el Mercado Común. Tenemos esta noción de comercio interior, de mercado interior, pero no ha servido para crear esta competencia a nivel europeo, a nivel comunitario.

Esto es todo lo negativo. Ahora voy a lo positivo.

Es muy importante tenerlo claro que en el Mercado Común Europeo, el deber de salvaguardar y aplicar de forma efectiva el

derecho comunitario reside, principalmente, en los Estados miembros. Quiero, por supuesto, decir que los Estados miembros tienen que utilizar sus autoridades, sus derechos, incluido sus autoridades policiales, judiciales, jurisdiccionales penales y sus derechos penales, para hacer cumplir el derecho comunitario.

El hecho de que la Comunidad no sea competente directamente en materia penal, ha sido utilizado durante todo el proceso de integración europea, por los Estados miembros para proclamar que la Comunidad tampoco es competente para interferir en lo que se llama la autonomía penal de los Estados miembros.

Los Estados miembros argumentaban que el juez nacional penal no puede plantear a la Corte de Justicia cuestiones prejudiciales por el hecho de que la autonomía de lo penal sobrevale. Los Estados miembros argumentaron que las reglas de la procedura penal tienen primacia sobre en derecho comunitario, etc. Toda una serie de argumentos de los Estados miembros para defender su autonomía penal.

Pese a ello, pese a esta argumentación de los Estados miembros, la jurisprudencia de la Corte de Justicia es constante: en virtud del principio de la primacía del derecho comunitario, el derecho comunitario prevalece sobre un supuesto dominio reservado de competencia de los Estados miembros. Por consiguiente, la eficacia del derecho comunitario no debe variar según el sector de derecho interno afectado en cada caso, sea derecho civil, sea administrativo, o sea penal.

Se podría decir que la influencia, el impacto del derecho comunitario no se para a la puerta del Derecho Penal. En otras palabras, el Derecho Procesal Penal, el Derecho Penal, es la competencia de los Estados miembros, esto sí, no es la competencia del Mercado Común, pero el derecho comunitario puede imponer ciertos requisitos, respecto a la interpretación y a la ejecución de dicha competencia, en el marco de la aplicación del derecho comunitario. No sólo debe suspenderse la aplicación del derecho interno, en caso de conflicto con el derecho comunitario, a esto se le llama integración negativa, sino que además, el derecho comunitario impone ciertas exigencias a la reglamentación penal estatal. Esto es la integración positiva.

Ahora me gustaría ilustrar esta influencia, que es bastante masiva, bastante importante, del derecho comunitario sobre el

Derecho Penal y Penal Procesal nacional, a través de una serie de enfoques.

El primer enfoque que quisiera desarrollar, es un enfoque a través de la vía jurisprudencial, es decir, los principios, muy importantes, que la Corte de Justicia ha elaborado para esta influencia del derecho comunitario sobre el Derecho Penal. En su jurisprudencia la Corte ha dedicado muchísimos trabajos sobre la cuestión.

Pues si miramos esta vía jurisprudencial, tengo que, con toda la composición del tratado, hacer una diferencia entre la integración negativa y la integración positiva.

Empiezo por la integración negativa, y por supuesto voy a ser muy breve sobre eso. Piensen en las cuatro libertades: libre circulación de bienes, de personas, de capital y de servicios; los principios generales del derecho comunitario, que son fuente del derecho comunitario, como el principio de proporcionalidad, por ejemplo. Tanto las cuatro libertades como los principios generales de derecho comunitario pueden tener como consecuencia que aspectos del Derecho Penal, Procesal también, no pueden aplicarse en casos comunitarios.

Les decía que el juez penal nacional decide que en este caso el derecho comunitario impide la aplicación del Derecho Penal. Les voy a hablar de dos ejemplos que proceden directamente de la jurisprudencia de la Corte. Un ejemplo está vinculado con una de las cuatro libertades: la libre circulación de capital en el Mercado Común. Libre circulación, quiere decir que no hay obstáculos, que no hay impedimentos, que puede circular libremente en todo el Mercado Común.

Pues España, en un caso reciente, caso Bordesa,[1] tenía en su legislación nacional, todavía, la obligación de cuando uno exporta una cierta cantidad de pesetas a otros Estados del Mercado Común, pedir una autorización, autorización que se puede negar. Cuando uno no pide la autorización, o la pide pero no la obtiene y exporta igualmente esta cantidad de dinero a otros países del Mercado Común, esta infracción está sancionada en España por el Derecho Penal nacional, quiere decir, está sancionada penalmente.

Pues, unas personas se vieron confrontados con procedimientos penales por haber exportado dinero a Francia. Estas

[1] Casos C-358/93 y C-416/93, Ministerio Fiscal y Bordesa.

personas dijeron: Pero, Señor juez, nosotros tenemos el derecho, derecho derivado del derecho comunitario, de exportar libremente capital. Entonces toda la cuestión es saber si el derecho comunitario, en este caso, prevale sobre este sistema penal español nacional. Y la Corte decidió que exactamente, en este caso, la libre circulación es libre circulación en todas las circunstancias y que las autoridades ya no pueden intervenir con un sistema de licencia, autorización, etc, etc. Y tampoco, por supuesto, imponer sanciones ni sanciones civiles, ni administrativas ni tampoco penales, en caso de no cumplimiento de una obligación que ya no se puede imponer. El Derecho Penal tiene que ajustarse al derecho comunitario, lo que implica la no aplicación del Derecho Penal nacional en este caso.

Otro ejemplo, recogí ejemplos muy diferentes para dibujar la influencia del derecho comunitario. Es un ejemplo que tiene que ver con un principio general del derecho comunitario que está codificado, también, en el Tratado de Roma, el Tratado del Mercado Común, el principio de no discriminación, basado en el principio de no discriminación de nacionalidad. Me refiero al caso Pastoors.[2] Un reglamento comunitario prescribe medidas para la seguridad en materia de tráfico. Es un reglamento establecido específicamente para el tráfico de camiones. Entonces, obliga a los Estados miembros y también a las compañías de camiones, de transporte, prever en los camiones un sistema de registración. Es un tacógrafo, que va dentro del camión, donde se puede ver la velocidad del camión y se puede ver cuánto tiempo el camionero, el chofer, no ha conducido, porque está obligado, por el derecho comunitario, a conducir tres horas y descansar una hora.

Este reglamento obliga a los Estados miembros a tomar medidas en materia de control, en materia de sanciones, sin decir nada más. Y se refiere al derecho interno, doméstico.

Pues un camionero alemán llega al puerto de Amberes, en Bélgica, y se ve confrontado con un control de la policía. La policía controla su tacografo y ve que el hombre ha conducido en muchos sitios, demasiado rápido, y ha pasado la velocidad máxima permitida para camiones y no se ha quedado en la autopista para descansar. La policía constata once infracciones.

[2] Caso C-29/95, E. Pastoors y Trans-Cap Gmbh v. Bélgica.

Como estas infracciones en el Derecho belga son infracciones penales, Bélgica ha decidido en su derecho interno que va a sancionar a este conductor a través del Derecho Penal. Hasta ahí no hay ningún problema. El problema es que el inculpado, el jefe del camionero puede, en un caso así, según el sistema belga, elegir dos sistemas. O él paga directamente una suma de dinero, por la infracción, es una posibilidad que nosotros llamamos: la transacción directa con la policía. Y si no quiere eso, el caso va al juez penal. Entonces hay un reglamento belga, en el derecho interno, que dice que si el camionero no quiere la transacción, en el caso que va al juez penal, cuando él no tiene la residencia en Bélgica, tiene que pagar una *cautio*, una cierta suma, porque, es claro que si no el camionero desaparece, el camión desaparece y será muy difícil, después si hay multas penales, por ejemplo, de hacerlas ejecutar. Si no quiere pagar la suma, confiscan el camión. Éste es el sistema belga.

Entonces toda la polémica fue que la exigencia de pagar una cierta suma de dinero, el *cautio*, estaba vinculada, en el derecho interno belga, con el principio de residencia o no. Por el hecho de que casi siempre son extranjeros que no tienen residencia, la Corte habla en este caso de discriminación indirecta: el resultado es la discriminación por nacionalidad. Un principio general de derecho comunitario es la no discriminación, codificado en el artículo 6 del Tratado, impide la aplicación de estas normas penales en un caso comunitario.

Bien, me limito a eso para la integración negativa y voy a la integración positiva. Como hemos dicho, el deber de salvaguardar y aplicar de forma efectiva el derecho comunitario es obligación, principalmente, de los Estado miembros. Son los Estados miembros los que tienen que estructurar sus mecanismos de aplicación, de salvaguardia, y elegir los instrumentos y mecanismos disponibles en el derecho interno para aplicar el derecho comunitario. Esto quiere decir que el Estado miembro tiene a su disposición, para aplicar este derecho comunitario toda una gama de posibilidades en el derecho interno, desde el derecho civil, derecho privado, hasta las penas privativas de libertad del Derecho Penal.

Voy a dar un ejemplo. Hay un reglamento comunitario sobre transporte de residuos industriales, una materia muy sensible políticamente. Pues, este reglamento prohíbe una serie de cosas y obliga a los Estados miembros a hacer una serie

de cosas, pero en materia de control y sanciones se limita a decir que los Estados miembros tienen que tomar todas las medidas. No habla de lo civil, no habla de lo administrativo, no habla de lo penal. Son los Estados miembros los que eligen sus sistemas de salvaguardia. Esto sí que es autonomía de los Estados miembros.

Tienen que hacer, tienen el deber de la salvaguardia, pero pueden elegir el sistema de salvaguardia. O sea, esta autonomía de los Estados miembros fue, en el pasado, muchas veces, equivalente a no hacer nada. Porque los Estados miembros no estaban muy a favor de controlar y sancionar, de una manera eficaz, a sus propios ciudadanos ni muchas veces en el derecho comunitario a sus propias empresas y a menudo decían: nosotros no vamos a sancionar muy eficazmente porque el vecino, el otro Estado miembro, tampoco lo hace. Esto se llama competitividad negativa.

Pues esta letargia de los Estados miembros fue el motivo por el cual la Corte de Justicia, la vía jurisprudencial siempre, *law make judge*, ha ido imponiendo condiciones, requisitos instrumentales a esta autonomía de los Estados miembros, digo ha ido imponiendo. Esto quiere decir, es muy importante, no es una transferencia de soberanía de lo penal al nivel comunitario, no. Es una interferencia, una injerencia del Mercado Común, del derecho comunitario, en el derecho doméstico. Aquí no se habla de transferencia de soberanía.

Estos requisitos, estas condiciones: ¿cuáles son? La Corte de Justicia ha obligado a los Estados miembros a que adopten procedimientos y sanciones eficaces, proporcionales y disuatorias, éste es el texto literal de la Corte. Y lo que es más, dice la Corte, se deben sancionar las infracciones, las disposiciones de derecho comunitario, del mismo modo que se sancionan las infracciones de igual gravedad a las disposiciones de derecho interno. Este último principio se conoce como el principio de asimilidad, de asimilación entre intereses nacionales y la comunidad. Y todos estos requisitos, no sólo se tienen que observar en el código, en la legislación, porque el texto de vez en cuando es muy bonito, pero también se tienen que observar en la práctica. Si la Comisión Europea constata que un Estado, en la práctica, no observa estos principios, puede hasta empezar la procedura por no cumplimiento del derecho comunitario (art. 169 del Tratado).

Entonces, a través de criterios y requisitos, la Corte de Justicia supervisa los esfuerzos de los Estados miembros también en materia penal. Y la Comisión Europea, como decía, si el Estado miembro no cumple, puede empezar un procedimiento de no cumplimiento.

Toda esta doctrina jurisprudencial ha sido elaborada gracias a un caso muy conocido, al menos en Europa: es un caso griego, de finales de los años ochenta.[3] Voy a contarlo muy rápido para ilustrar la materia. En Europa hay una Unión Aduanera. Quiere decir, que dentro de la Unión Europea no hay derechos aduaneros. Sólo hay que pagar derechos cuando los productos vienen de fuera, de otros países. Pues, en este caso griego, había transferencia, había circulación, de maíz de Grecia a Bélgica. Esto es dentro del Mercado Común, había libre circulación de bienes. Pero el caso fue, que este maíz venía de Yugoslavia, lo habían ido a buscar fuera del Mercado Común y no se habían pagado los derechos aduaneros en el momento de la importación, al Mercado Común. Después voy a ilustrar que este tipo de evasión de derechos aduaneros es fraude comunitario, porque todos los derechos aduaneros van al presupuesto del Mercado Común.

Además, estaban involucradas las autoridades griegas en el asunto. Algunos ministros estaban implicados en el caso, porque evitando derechos aduaneros uno puede ganar muchísimo dinero. Grecia fue condenada. La Comisión empezó un procedimiento contra Grecia por no cumplimiento del derecho comunitario, exactamente en materia penal, porque Grecia tenía previsto procedimientos penales, sanciones penales en un caso así, sólo que no las aplicaba. Por el hecho que había implicación estatal, tenían casi que castigarse a sí mismos. Entonces Grecia fue condenada por este no cumplimiento y fue en este caso que la Corte dibujó de manera extremamente clara estas condiciones, estos requisitos en materia de salvaguardia también a través del Derecho Penal.

El último punto en la materia de influencia del derecho comunitario sobre el Derecho Penal a través de la vía jurisprudencial es que la Corte de Justicia, como decía, desarrolla principios generales de Derecho. Y por eso, se refiere, se inspira, en la Con-

[3] Caso 68/88. Comisión Europea v. Grecia.

vención Europea de Derechos Humanos, que no es comunitaria pero que tiene su origen en el Consejo de Europa. Se inspira en lo que se llama la tradición común de las constituciones de los países miembros, de los Estados miembros, y a través de estos principios generales de derecho comunitario, la Corte de Justicia también reconoce ciertos principios de Derecho Penal como principio general del derecho comunitario.

Por ejemplo, ha reconocido que el principio de legalidad en el Derecho Penal *nullum crimen nulla poena sine lege*, cuando se aplica en el derecho comunitario, cuando se sancionen el derecho comunitario, se tiene que, en el derecho interno, respetar. Se tiene que respetar el principio de la no retroactividad de la ley penal. Todos estos principios que son principios comunes a muchos países de la Unión Política son considerados también como principios generales del derecho comunitario.

Ahora paso a la influencia del derecho comunitario sobre el Derecho Penal nacional a través de la vía legislativa. Como he dicho, el Tratado no da competencia a la Comunidad para imponer sanciones penales. Pero esto es sólo una parte de la cuestión: la Comunidad podría, a través de reglamentos, obligar a los Estados miembros a utilizar su Derecho Penal. Decir a los Estados miembros: ustedes tienen que utilizar el Derecho Penal de ésta y de esta manera. Ustedes tienen que prever este procedimiento penal. Ustedes tienen que prever sanciones de éste y de este tipo. ¿Sería posible eso?, ésta es mi pregunta.

Y la respuesta es que por el momento, hasta ahora, no existe ninguna reglamentación, ningún reglamento comunitario que exija la adopción, la aplicación, de sanciones penales. Y el motivo es solamente político, ya que una gran parte de los Estados miembros no lo quieren. En mi opinión, jurídicamente, sería posible. Lo que existen son ciertas disposiciones, sobre los criterios que deben aplicarse. Lo que se llama norma *agendi*, norma *proibendi*, o sobre las características de las sanciones. Así, por ejemplo, algunos reglamentos obligan a los Estados miembros a adoptar y aplicar sanciones punitivas, y los textos dicen, de tipo administrativo o penal. Los Estados miembros están desde luego obligados a prever sanciones de derecho público, pero pueden elegir entre sanciones administrativas o penales.

Aún no está claro si la comunidad tiene competencia para exigir a los Estados miembros que consideren como delitos las infracciones a los reglamentos comunitarios, o para fijar los cri-

terios sobre la naturaleza de la gravedad de las sanciones, sobre los aspectos *ratione materiae*, *ratione loci* o sobre aspectos procesales. Esta falta de claridad que existe, debido al silencio del Tratado, y debido también a la no disponibilidad de la jurisprudencia.

Es particularmente un problema en materia de finanzas de la Comunidad. Porque desde 1970, la Comunidad dispone de lo que se llama sus recursos propios.

La Comunidad Económica Europea ya no funciona con donaciones de los Estados miembros, como funcionan las Naciones Unidas, por ejemplo. Tiene un presupuesto propio. Este presupuesto viene de una parte de los derechos aduaneros, todos los derechos sobre importación van al presupuesto comunitario, y una parte del Impuesto sobre Valor Añadido, el IVA. Una parte de este impuesto va al presupuesto comunitario. Quiere decir que todo fraude al derecho aduanero, y todo fraude al IVA, todo el mercado negro que tenemos en Europa, es directamente fraude comunitario.

Y lo mismo pasa, por supuesto, con los gastos de la Comunidad. La Comunidad da altísimas subvenciones, más o menos la mitad en materia de agricultura. Pues el fraude a las subvenciones también es fraude comunitario. Podemos decir que la Comunidad, por supuesto, siempre ha querido proteger sus intereses financieros de una manera eficaz, como los pueden proteger los Estados. Los Estados utilizan su Derecho Penal para proteger sus finanzas. Pensemos en el Derecho Penal fiscal, el Mercado Común no tiene competencia. Desde los años 60, el Mercado Común ha querido añadir al Tratado de Roma, el Tratado de Mercado Común con un protocolo, un protocolo comunitario, previendo protección penal en materia de sus finanzas, pues este protocolo nunca fue adoptado por el Consejo de Ministros. Nunca hubo unanimidad en esta materia. En el fondo por dos motivos: un motivo fue que los Estados miembros, al menos algunos de los Estados miembros, no querían dar competencia penal a la Comunidad. Eso es un tabú político; y cuando hablo de finanzas, hablo de dinero, hablo de fiscalidad, materia de hacienda. Eso para algunos de los Estados miembros es materia muy delicada, para no pensar, por ejemplo, en Luxemburgo que es un *offshore*, es una pequeña isla de inmunidad fiscal. Decía pues, que dentro del Mercado Común, para este problema, no se encontró una solución adecuada para proteger las finanzas de la Comuni-

dad. Y como vamos a ver, se encontró una solución fuera del Tratado de Roma, en el Tratado de Maastricht, en un pilar diverso del pilar de la Comunidad. Eso voy a tratarlo en mi segunda parte que habla de la cooperación.

Por eso el tema de la armonización del Derecho Penal, dentro del contexto del Mercado Común, sigue siendo de gran actualidad. Sobre todo, en relación con la lucha contra este fraude comunitario, pero también en materia aduanera.

Si la unión aduanera es un hecho existente desde hace muchos años, y todo el derecho aduanero está en un Código Aduanero Comunitario, las reglas de control y las reglas de sanciones, que en muchos países miembros son reglas penales, un Derecho Penal aduanero, no están armonizadas. Si tenemos una unión aduanera, ya no tenemos fronteras internas. Las infracciones sólo pueden ser infracciones con las fronteras externas. Sin embargo cada Estado miembro prevé sus sistemas jurídicos de control y de sanción, sus normas substantivas y procesales penales. Conclusión: hay una sistema común aduanero, pero quince sistemas de control y sanción. Los viejos Códigos aduaneros penales han sobrevivido a la integración europea.

Ahí hay una inigualdad increíble. Las normas substantivas se unifican, pero las normas de control y sanciones dependen del país, del Estado miembro. De ahí la gran necesidad de armonización en esta materia, pero por motivos políticos es un asunto muy, muy delicado. Yo me refiero, para ilustrar esta necesidad, a un pasaje del abogado general de la Corte de Justicia, que en un caso muy ilustrativo, decía: Efectivamente, el derecho comunitario, en su estado actual, no confiere la función, ni al tribunal de 1ª instancia, ni a la Corte de Justicia, la función de un órgano jurisdiccional penal. No obstante, hay que señalar que ello no excluye a la Comunidad el ejercicio de, por ejemplo, la facultad de armonizar la legislación penal de los Estados miembros. Si ello fuera necesario para alcanzar algunos de los objetivos de la Comunidad, si hay la necesidad de armonizar, se puede hacer, dice el abogado general de la Corte claramente. Sólo que políticamente, el Consejo de Ministros nunca lo ha querido hacer, nunca ha querido utilizar, hasta ahora, esta vía.

Pues antes de pasar a la segunda parte, de cooperación, me gustaría dar dos puntos sin elaborarlos, porque son importantes. Primero la Comisión tiene una competencia bien definida de control y de inspección en materias comunitarias. Y sabemos

todos que la Comisión Europea puede hacer control de las empresas y también imponer sanciones administrativas, multas muy elevadas en materia de la libre competencia. En los otros campos de política comunitaria, agricultura, pesca, aduanas, transporte, medio ambiente, salud, etc., la Comisión depende en gran medida de los sistemas jurídicos y de los esfuerzos de los Estados miembros. El poder de la Comisión se limita a controlar la actitud de los Estados miembros, de las autoridades públicas, y en algunos casos de las empresas. La Comisión no tiene poder de imponer sanciones, tampoco sanciones administrativas. Así son los Estados miembros los que tienen que sancionar las empresas que no respeten las normas en materia de le enfermedad BSE (vacas locas) por ejemplo.

La Comisión ha querido desarrollar su competencia de control. Nuevos reglamentos prevén ya la posibilidad para funcionarios de la Comisión de realizar inspecciones administrativas en los Estados miembros. En la mayor parte de los casos, la Comisión realiza estas inspecciones junto con autoridades nacionales. En muchos países estas autoridades nacionales tienen competencia administrativa y competencia judicial. La Comisión muchas veces participa en las investigaciones judiciales. La Comisión recoge pruebas y datos, que después se utilizan en los procesos penales. Esto ilustra que a pesar de competencias administrativas limitadas de inspección, puede haber influencia sobre la práctica procesal penal en los Estados miembros.

El segundo punto: la Comisión tiene la competencia de obligar a los Estados miembros a imponer sanciones administrativas. He dicho que nunca se ha impuesto en el reglamento la obligación de imponer sanciones penales, pero sanciones administrativas sí. Ahí no hay el mismo tabú.

3. *Mercado Común y cooperación internacional en materia penal*

He dibujado la influencia masiva del derecho comunitario sobre el Derecho Penal nacional, en el contexto del Mercado Común, ahora paso al segundo tema, al tema de la cooperación.

Es bastante obvio que la obligación comunitaria de aplicación no se detiene en las fronteras nacionales. El mercado interior y la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales conlleva a que muchas infracciones del derecho comu-

nitario sean transfronterizas. Pues el derecho comunitario, también la Corte de Justicia, ha creado obligaciones en materia de cooperación mutua entre los Estados miembros, entre las autoridades de los Estados miembros y también en materio de cooperación entre los Estados miembros y la Comisión.

Voy a darles, también para ilustrarlo, dos ejemplos. La materia de pesca es una materia exclusivamente comunitaria. Todas las normas, en materia de pesca son comunitarias. Los pescadores, por su naturaleza propia, no pescan solamente en las aguas de su propio Estado. Las aguas comunitarias son accesibles, bajo ciertas condiciones, para todos los pescadores. Esto quiere decir que los pescadores pueden cometer infracciones, pueden cometer delitos, en todas las aguas comunitarias. Estos delitos pueden ser constatados tanto por servicios de inspección, por servicios judiciales de otros Estados miembros, como por los del Estado donde el pescador vive.

Esto obliga a las autoridades de los países miembros, a cooperar en esta materia. Cooperar significa recoger pruebas, comunicar las pruebas, hacer sancionar las infracciones, etc. Voy a referirme aquí a otro caso concreto de la Unión Europea. Hay importación de cigarrillos, a través del puerto de Rotterdam. Estos cigarrillos se importan sin derechos aduaneros, porque el destino final son los países árabes del Norte de África. Se trata solo de tránsito. En cuestión de tránsito no se pagan derechos aduaneros. ¿Pero qué pasa?

La empresa que transporta, del puerto de Rotterdam, estos camiones de cigarrillos están en contacto con una serie de personas. Algunas personas viven en Francia, en Suiza, también utilizan los bancos suizos, y el destino no es el Norte de África, sino el Sur de Europa, por ejemplo el Sur de Italia, donde se venden en la calle muchísimos cigarrillos en el mercado negro. Se desvía el tránsito, así, al mercado interior, y no a fuera. Es decir, no es tránsito, es importación. Sin pagar los derechos de importación, sin pagar IVA y sin pagar impuestos especiales sobre tabaco. Se puede decir que transportando unos camiones con cigarrillos, evadiendo impuestos y derechos, uno gana más dinero que con el transporte de drogas. Del precio del cigarrillo en Europa, más o menos 80 a 85% representa impuestos. Es un negocio muy, muy lucrativo.

Pues cuando la justicia penal, holandesa, belga o francesa, se ve confrontada con un caso así, es un caso muy complicado

internacionalmente, porque es una compañía de transporte holandesa que ha pasado por Bélgica, están implicadas personas francesas, suizas, el sistema bancario y el destino, es la mafia italiana del Sur. Toda esta cooperación exige mucho más que sólo quince derechos nacionales. De ahí la necesidad, también, dentro del derecho comunitario, de que exista un sistema de cooperación.

Pues qué hay y qué no hay en el derecho comunitario. Dentro del Mercado Común hay una batería, hay muchísimos instrumentos de cooperación administrativos. De cooperación entre entidades, autoridades administrativas, en materia de hacienda, materia de impuestos, materia de aduanas. Pero la cooperación en materia jurisdiccional y judicial, por desgracia, es un tabú político, dentro del Mercado Común. Esto a pesar de que el Tratado de Maastricht, el nuevo tratado de 1993 prevé, en un artículo propio, por primera vez, la obligación de cooperar, también en materia penal, de cooperar generalmente, cuando hay problemas de fraude comunitario, cuando hay problemas con las finanzas de la comunidad. Este caso de los cigarrillos, por ejemplo, es un caso claro, con consecuencias para el presupuesto de la comunidad.

Digo que es un tabú, entonces déjenme dibujar la historia de esta cooperación penal en Europa. Porque cooperación hay. No dentro del Mercado Común, pero con influencia y con importancia para el Mercado Común. Pues, voy a dibujar muy sistemáticamente algunas etapas. La primera etapa, desde los años 50, se ha elaborado en el marco del Consejo de Europa toda una serie de tratados de cooperación internacional en materia penal. El Consejo de Europa es otro organismo. No es el Mercado Común, no es el Consejo de Ministros. Es un organismo europeo de cooperación en materia cultural, educacional y también tiene competencia en materia de tratados. Una competencia muy conocida en Europa es la Convención Europea de Derechos Humanos. Esto es el Consejo de Europa. Hoy en día, el Consejo de Europa tiene más de 30 miembros.

Pues en este contexto del Consejo de Europa se ha elaborado, a partir de los años 50, un tratado sobre asistencia mutua en materia penal, extradición, transferencia de detenidos, transferencia de condenados. Un tratado sobre ejecución de penas en general, de multas penales. Hay toda una batería de tratados. El último y muy importante es un tratado sobre el

decomiso y confiscación de productos y ganancias de drogas, que está vinculado también al tratado de Viena (Naciones Unidas) en esta materia.

Es decir, hay una muy rica y muy amplia tradición en materia de cooperación, en materia penal, pero con una serie de problemas. Un primer problema es que no todos estos tratados fueron ratificados por los Estados. Un segundo problema es que muchos Estados han formulado reservas a artículos. Reservas muy conocidas son las reservas en materia política, materia de extradición, por ejemplo, y muy común, también, reservas en materia fiscal, cuando está implicado dinero del Estado. Otros problemas con estos tratados es que son tratados tradicionales. Toda la cooperación pasa a través del Ministerio de Relaciones Exteriores. No es una cooperación directa, entre policías, entre fiscales, entre jueces penales. Siempre pasa por la vía diplomática. Que es una vía larga y complicada y no muy eficaz. Esto al menos en Europa. Otro problema es que estos tratados no están conceptualizados para la realidad del Mercado Común. Fueron pensados en otra temática. Y son tratados clásicos. Se trata de cooperación entre Estados. No da derechos a ciudadanos directamente, como en el caso del Mercado Común. Es decir, sólo de Estado a Estado, y no más.

Por ese motivo, nació en los años 80, ahora voy a la segunda etapa, nació la idea de crear con los Estados miembros del Mercado Común, lo que se llamaba, entonces, un espacio judicial europeo. Limitado a los miembros del Mercado Común. Esto conlleva dos aspectos. El primer aspecto es que los ministros de justicia, y los ministros de interior del Mercado Común elaboraron y hacen elaborar por sus grupos de trabajo de expertos, toda una serie de tratados de cooperación en materia penal. Estos tratados no fueron elaborados en el contexto comunitario, sino en un contexto estrictamente intergubernamental, que se la llamaba, entonces, la Cooperación Política Europea. Eran los mismos ministros del Mercado Común, pero hacían una cosa aparte. Pues elaboraron tratados, otra vez, de extradición, de asistencia mutua. Gran problema, la idea fue que con menos Estados, pero vinculados al contexto del Mercado Común serían más eficaces que el Consejo de Europa. Infelizmente, no fue así. De estos tratados, hay muy pocos ratificados por los Estados miembros hoy en día. Es decir, no ha sido un sistema muy eficaz.

El segundo aspecto de esta cooperación intergubernamental es que se instalaron en Europa diversos grupos técnicos de trabajo sobre materias penales: la lucha contra el terrorismo, nacieron algunos grupos de trabajo de técnicos en materia de la lucha contra drogas. Fueron todos grupos de expertos de gobiernos nacionales que colaboraban, pero esto de una manera operacional, sin tratados. Tengo que decir que estos grupos trabajaron bien. Pero cada uno por su lado, sin mucha coordinación.

La tercera etapa fue estimulada por la entrada en vigor de fecha única, 87, fecha del Tratado de Roma, y con entrada en vigor del mercado interior para la libre circulación de personas, sin fronteras internas. Pues los Estados miembros estaban convencidos de que había necesidad de elaborar medidas compensatorias. Sin fronteras no hay control, ni policial, ni aduanero, nada. Se circula libre. Necesitaban medidas compensatorias. Medidas compensatorias en el campo de cooperación policial y cooperación judicial. Pues normalmente esto se tenía que haber hecho dentro del Mercado Común, porque el mercado interior es un concepto de Mercado Común. Medidas compensatorias tenían que estar dentro del derecho comunitario. Pues no fue así. Porque un pequeño grupo de los Estados miembros, que fueron BENELUX, Bélgica, Luxemburgo, Alemania y Francia, elaboraron dos tratados (tratados de SCHENGEN), en materia de cooperación policial y judicial. Esto se hizo fuera del Mercado Común, fuera de la Cooperación Política Europea. Lo hicieron en un contexto de derecho internacional. Un tratado multilateral. Son tratados extremamente importantes. Porque, por primera vez, codifican, en Europa, la cooperación policial. Y también policial judicial. Es una cooperación directa. Las autoridades cooperan de manera directa. Ya no tienen que pasar por asuntos exteriores. Es decir, se llaman, establecen comunicación por fax, todo de manera informal y también realizan investigaciones conjuntas. Se forman equipos que son activos en toda Europa. No se trata sólo de la clásica asistencia mutua de enviar documentos.

Pero hay también problemas por el hecho de que no todos los Estados miembros quieren participar. Inglaterra, Irlanda, Dinamarca, no quieren participar del mismo.

Entonces ya pasamos a la penúltima etapa. La cuarta etapa es la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, en 93. Hasta el 93, tenemos el Tratado de Roma con una estructura única. Con el Tratado de Maastricht ya no hay una estructura única, hay lo

que se califica como un templo griego, con tres pilares. El primer pilar es relativo al Mercado Común, con todos los textos del Tratado de Roma; el segundo es la cooperación en materia de asuntos exteriores y defensa; y el tercero es la cooperación en materia de justicia e interior. Juntos, estos tres pilares forman la estructura de la Unión, con conceptos comunes. Pero para el segundo pilar, que aquí no vamos a tratar por supuesto, y el tercer pilar, cooperación en materia de justicia e interior, hay otra infraestructura institucional si la comisión participa, pero no tiene derecho de iniciativa en todas las materias, como la tiene en el Mercado Común. En el Mercado Común, es la comisión la que toma la iniciativa para elaborar reglamentos y directivas. El Consejo de Ministros las aprueba. En el tercer pilar no es así. En muchas materias, especialmente en materias de cooperación penal, son únicamente los Estados miembros los que pueden tomar iniciativas. Significa que hay una gran diferencia con el derecho comunitario. Además, en el tercer pilar, la competencia de la Corte de Justicia es facultativa. No es obligatoria como en el derecho comunitario.

No voy a desarrollar aquí todo el tercer pilar. Sólo voy a indicar lo que se ha realizado en materia de cooperación penal en el tercer pilar. Porque la cooperación penal está indicada como un punto de interés común, en la que los países, los Estados miembros, tienen que cooperar.

Se ha elaborado un nuevo tratado de extradición, porque ha habido en el pasado, pasado reciente, conflictos muy graves entre los países por no extraditar. Hay ciertas personas, sobre todo en materia de terrorismo, que solían evocar la excepción política para evitar una extradición. Éste fue el caso en un conflicto muy grave entre Bélgica y España, un conflicto sobre no extradición de un supuesto miembro de la ETA. Pues en el nuevo tratado de extradición, que es un tratado importante, ya no está prevista, por primera vez en la historia europea, la clásica excepción política y, tampoco la clásica excepción fiscal.

Segundo, elaboraron un tratado de protección penal de los intereses financieros de la comunidad. Se acuerda lo que no se puede hacer dentro de lo Mercado Común, se ha hecho ahora en el tercer pilar, es decir obligar a los Estados miembros a través de esta estructura semiintergubernamental, semicomunitaria a sancionar penalmente el fraude comunitario. También se están negociando en esta materia protocolos sobre la responsabilidad

penal de personas jurídicas, sistema que no existe en todos los países de la Unión Europea.

Un tercer tratado muy importante, es un tratado de la convención sobre Europol. Europol es una institución nueva, que está en la Haya (Holanda) y que ha tomado las funciones de Interpol dentro del contexto europeo. Es una creación del tercer pilar.

Están muchísimos temas, diría, entrelazados. Temas no sólo de cooperación, sino también de armonización penal. Sólo voy a dar dos ejemplos. Hay un proyecto de armonización de la política penal en materia de drogas. Una materia muy sensible, visto las diferencias entre las políticas de drogas en Europa, y sobre este tema hay un gran conflicto político y hasta diplomático entre Francia y Holanda. Y hay también un proyecto sobre armonización del Derecho Penal en materia de abuso sexual. Ustedes, quizá todos piensen que ciertos casos actuales, recientes del Estado belga, sean el origen de esta iniciativa de armonización.

La ventaja de este tercer pilar es que por primera vez, se ha creado una infraestructura única, dentro de un pilar, incorporado dentro de la Unión Europea, que es importante, porque la Comisión participa en los trabajos, aunque no tenga derecho de iniciativa. Entonces se ha creado una infraestructura única, en la cual se han integrado todas las iniciativas intergubernamentales de antes, todos estos grupos de trabajo, todos estos grupos de expertos, están bajo la Unión Europea. Esto es una ventaja muy grande.

Lo negativo de este sistema es claro, la problemática de la competencia de la Corte de Justicia. La posible competencia de la Corte de Justicia fue el origen de un gran conflicto sobre la convención de Europol. Este conflicto duró un año porque algunos Estados miembros no quieren, absolutamente, esta competencia. Por ejemplo, Inglaterra y Francia tienen muchas reticencias. Y se ha previsto en un protocolo que los Estados miembros que la quieran, que quieran esta competencia en la Corte de Justicia, la puedan tener, cuando ratifiquen estos tratados; y los que no la quieran pues no la tienen.

Esto es problemático, porque quiere decir que en algunos Estados, va a estar prevista la competencia de la Corte y en otros no, cuando cooperen o colaboren. Otro punto negativo ha sido que con esta estructura de pilares, ha habido un movimiento de transferencia de materias del primer pilar, comunitario, al tercer

pilar, semicomunitario o semiintergubernamental. Esto es muy problemático. Y hay gente que ve eso como un paso atrás en la integración europea. Hay gente que habla de renacionalización en materia comunitaria. Hay gente que habla de renacimiento de los derechos de los ciudadanos, vista la no competencia de la Corte. Es decir, se teme que se refuerce la cooperación intergubernamental disminuyendo todo lo que se ha conseguido en Europa y en el Mercado Común.

4. *Tratado de Amsterdam, Unión Política y Derecho Penal*

Aunque la conferencia intergubernamental (CIG) tenía como tarea reformar el Tratado de Maastricht con el objetivo de profundizar en la integración europea y de preparar la Unión Europea a la amplificación con nuevos miembros del Este de Europa, el resultado de la Cumbre de Jefes de Estado en Amsterdam en junio 1997 no ha dado un resultado espectacular.

Sin embargo, el tratado que fue adoptado y que entrará solo en vigor después de la ratificaciones por los parlamentos de los Estados miembros (a finales de 1998 si todo va bien), prevé unas novedades interesantes en materia penal.

Concluir la conferencia con una indicación de estas novedades.

5. *Conclusión*

No se puede hablar en absoluto de una verdadera integración del Derecho Penal en la integración europea, en el sentido que se haya otorgado competencias penales directas, propias a las instituciones comunitarias. Sin embargo, la influencia del derecho comunitario sobre el Derecho Penal y Procesal Penal es notable y el Derecho Penal nacional cumple una función muy importante en la salvaguardia del derecho comunitario.

Se está realizando un proceso de creciente armonización en materia penal y en materia de cooperación internacional en materia penal. La noción de mercado común y la protección de los intereses financieros de la Comunidad funcionan para estos procesos como los bienes jurídicos de legitimación. Algunos Estados, sin embargo, quieren proteger su soberanía nacional y hacen de todo para romper el modelo de mercado común para reemplazarlo por un modelo de zona de libre comercio con co-

operación intergubernamental en lugar de la realización de un mercado común integrado. El actual tratado de Maastricht y el futuro tratado de Amsterdam son ambos una combinación de las dos tendencias, y lo penal sigue siendo el campo de batalla simbólico de la lucha por la soberanía. Un sistema penal integrado en la Unión Política de Europa suena como música para un futuro muy lejano.

Alternativas a la pena y a la privación de la libertad

DANIEL P. CARRERA

JORGE DE LA RÚA

BENIGNO ROJAS VÍA

NILO BATISTA

Coordinador: VÍCTOR REINALDI

XXVI. ALTERNATIVAS A LA PENA Y A LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD

POR DANIEL P. CARRERA

I

No voy a ocuparme de hacer el estudio de la evolución legislativa de las penas y medidas del Código Penal (ley 11.179) y leyes complementarias y reformatorias, Código al que Ricardo C. Núñez, mucho tiempo ha, llamara el "Libro Colorado", debido a que las ediciones Lajouane (Buenos Aires), dominantes hace más de cincuenta años, utilizaban únicamente ese color.

Sin embargo, tiempos vinieron en el país en que tener libros constituía cierta temeridad, pero tenerlos de color colorado era una verdadera y transgresora temeridad. Puede que esto influyera en que cesara tal falta de variaciones.

Prescindo de ocuparme específicamente de la evolución de las penas y medidas, por cuanto el epígrafe comprende no sólo las alternativas a la pena sino, también, a la privación de libertad, lo que permite tratar tanto *las alternativas* de aquélla como la prisión preventiva.

De otra parte, es lo congruente con el principio *nulla poena sine judice* consagrado por el artículo 18, disposición 1ª de la Constitución de la Nación, como en los Pactos incorporados a ella por su art. 75, inc. 22, párr. 2°,[1] aunque sea dable, desde luego, aceptar que no hay una asimilación completa del Derecho Penal por el Derecho Procesal,[2] lo cierto es que el Derecho Penal indefectiblemente se realiza a través del proceso, en el cual se

[1] Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. XXVI, párr. 2°; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8, inc. 1.

[2] Teresa Armenta Deu: "Pena y Proceso: fines comunes y fines específicos", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLVIII, mayo-agosto 1995, pp. 442 y ss.

ejercita el monopolio del derecho del Estado de perseguir penalmente a quienes se atribuye haber delinquido, persecución en la cual, por regla, se utiliza abusivamente la prisión preventiva.

II

Sebastián Soler dijo en la ciudad de Mendoza: "*Los hombres delinquen porque no son ángeles*", expresión demostrativa de la existencia del delito como algo inevitable y por consiguiente, cuando esa existencia —la del delito— es conocida, o sea cuando no queda en la llamada *cifra negra*, es inevitable la reacción del sistema estatal, de allí que haga a lo que me ocupo, la expresión de Jean Paul Sartre: "*El infierno son los demás*", por cuanto, los que han dejado de ser ángeles, son los que se encuentran ya sujetos a las consecuencias jurídico-procesales, pese a la presunción de inocencia, y jurídico-penales del delito, pero, sin duda, para ellos —los sometidos a esas consecuencias—, el infierno lo constituyen los integrantes del sistema coercitivo estatal.

En este infierno terrenal en el cual aunque nos pese, estamos viviendo, desde la óptica del Derecho Procesal, es dable distinguir tres planos diferentes inmersos en aguda crisis.

En primer lugar está el sistema coercitivo formado por las policías de seguridad con atribuciones judiciales o las policías judiciales, los tribunales en lo penal, más los servicios penitenciarios, sistema actualmente carente de prestigio, pues se muestra inoperante, sea porque promedia una *emergencia judicial* que ha llevado a la paralización del trámites de los juicios,[3] o existen serias dudas sobre la independencia del Poder Judicial o del acierto de sus resoluciones,[4] o bien porque la impunidad ha alcanzado un grado extraordinario.[5]

[3] "San Luis, sin Justicia", *La Nación*, 1ª Secc., 19/7/97.

[4] "La insolencia de la impunidad", *La Voz del Interior*, 10/7/97, p. 12A; "Sensación pública de impunidad", *La Nación*, Secc. 1ª, 22/7/97; "Cavallo: una sentencia política", *La Nación*, Secc. 1ª, 8/8/97, p. 14.

[5] Norberto Firpo: "Estribillo de nunca acabar", *La Nación*, Secc. 1ª, 19/7/97, p. 21; "El país se acerca a un punto límite", *La Voz del Interior*, 27/7/97, p. 14A, en donde se consigna que al preguntársele al presidente de la AMIA: "¿Usted sabe cuál es la diferencia entre un hombre común y un terrorista?, respondió: que el hombre común le teme a Dios, a su conciencia y a la Justicia, en ese orden. Y el terrorista, que no tiene Dios ni conciencia, sólo le teme a la Justicia. Si no la restablecemos, si no detenemos la impunidad, el tercer atentado es sólo cuestión de tiempo".

En el segundo plano se encuentra la censurante y desilusionada opinión pública que, en medio de un clima colectivo de inseguridad, reclama del Gobierno nacional y de los locales, la adopción de drásticas medidas para hacer cesar la situación imperante.

Ante ese reclamo colectivo, las autoridades políticas, vale decir el tercer plano, aparte de reforzar los equipos de las fuerzas policiales, aparecen inclinadas al sin duda mal remedio de las leyes de ocasión, por ejemplo, generalización de la figura del *arrepentido*.[6]

Tanto el "arrepentido" o el "agente encubierto" previstos por la Ley de Estupefacientes nº 23.737, han merecido reproche —para nombrar algunos—, de Manuel N. Ayán, director del Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho y Ciencias de la UNC[7] y de Julio Mayer, quien llega a decir que no debe haber un "procedimiento penal que pueda comprenderse o llevarse a cabo como una "guerra contra delincuentes".[8]

III

La situación socio-jurídica-institucional bosquejada, fuerza a pensar antes que nada en la necesidad —imperiosa necesidad— de reformar el sistema coercitivo en el que se destaca el Poder Judicial, a cuyo respecto se han propuesto reformas.[9]

Es imposible, casi una utopía, pensar en suprimir la prisión preventiva y mantener la libertad de todo imputado mediante un régimen de fianzas u otros expedientes, tanto por lo expuesto en el parágrafo anterior, como por la imposibilidad ahora irremovible en el país de mantener no ya un real control de las personas, sino uno al menos medianamente eficaz.

De otro costado, aunque la prisión preventiva ha sido tildada de inconstitucional,[10] no es ése el pensamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,[11] que es lo que en la práctica interesa.

[6] Eduardo Duhalde —Gobernador de la Provincia de Buenos Aires— :"Una herramienta contra la impunidad", *La Nación*, Secc. 1ª 3/7/97 p. 19.

[7] *Cuaderno Nº 1 del Departamento del Derecho Procesal*. "Prólogo", pp. 9-10.

[8] "El Derecho Penal y el mercado", *La Nación*, Secc. 1ª, 18/6/97, p. 19.

[9] "La Reforma Judicial", *La Nación*, separata del 25/7/97.

[10] Mariano A. Rodríguez: "La prisión preventiva en la picota". *Semanario Jurídico*, Córdoba, t. LVII, pp. 17 y ss.

[11] *Fallos*, 280:297.

Por lo demás, los Pactos incorporados constitucionalmente, autorizan a decretar la prisión preventiva: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. XXV, párr. 1°,[12] Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 7°, inc. 2,[13] y sobre todo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 9°, inc. 2.[14]

Viene a cuento dejar constancia lo expresado respecto de lo que se está previendo en "Estados Unidos e, inclusive, se lo está analizando para la Provincia de Buenos Aires. Tiene ventajas sobre la prisión preventiva: evita la mortificación, aumento de la criminalidad, estigmatización y demás efectos negativos de la cárcel. En comparación al costo del sistema carcelario por preso es notablemente más económico para el Estado. Permite desde una central computarizada saber la localización exacta de las personas bajo control. En un dura crítica al sistema penal norteamericano que realiza Nils Christie en "La industria del control del delito", nombra este método a la par que señala el gran negocio que significa para los capitales el mundo del sistema penal".[15]

La adopción de medidas atenuadoras o sustitutivas de la prisión preventiva tienen que contar con el respaldo de una enérgica acción política que lleve a unificar su régimen por la Nación y todos los Estados particulares, atendida nuestra forma federal de gobierno (art. 1°, C.N.), como la obligación de las provincias de asegurar constitucionalmente la administración de justicia (art. 5°, disp. 2ª, C.N.), las que conservan todos los poderes no delegados al Gobierno Federal, entre éstos, el de darse sus propias instituciones locales y regirse por ellas (arts. 121 y 122, C.N.) y que este último aspecto, igualmente, rige para la Ciudad de Buenos Aires (art. 129, C.N.).

[12] Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes.

[13] Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

[14] Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento.

[15] Maximiliano Hairabedián: *Prisión preventiva*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC, inédito.

Ese gran escollo lleva, en principio, a mirar favorablemente a la *Ley de plazos de la prisión preventiva, nº 24.390,*[16] aunque puedan ponerse reparos no ya al plazo de duración de dos años, pero sí a su posibilidad de prorrogarse por un año (art. 1º) y a su cómputo (art. 7º) una vez cumplido el plazo, que no aumenta progresivamente con el transcurso del tiempo, tal como lo prevé el art. 20 del Proyecto de 1991.[17]

Con mayor sensatez el C.P.P. de la Provincia de Córdoba, art. 283, inc. 4º —de postergada vigencia—, si bien también fija ese plazo en dos años, no permite su prórroga.

IV

El catálogo de penas del Código se contiene en su art. 5º, el cual reza que las establecidas son: las de reclusión, prisión, multa e inhabilitación.

El examen de la parte especial es demostrativo que la pena privativa de la libertad, es la reina de las penas, no obstante ser también la especie de pena más censurada científicamente.[18]

Con arreglo al art. 5º inc. 6º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados", lo cual es repetido por el inc. 3, disp. 1ª del art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Consecuente con tales disposiciones la *ley de Ejecución de la pena privativa de libertad,* nº 24.660, en su art. 1º, párr. 1º, dispone: "La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad".

[16] B.O., 22/11/94.

[17] El término de duración del plazo establecido, aparece bastardeado por la interpretación hecha por CSJN en el caso "Bramajo", como lo demuestra María Susana Frascaroli: *Cuestiones valorativas y restricción analógica de la ley nº 24.390,* Fac. de Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC, inédito.

[18] Sobre este último extremo: Raúl Eugenio Zaffaroni: *Política criminal latinoamericana,* Hammurabi, Buenos Aires, 1982, p. 56; Bárbara Huber: "Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* t. XLVII, sept.-dic. 1994, en especial, pp.157 y 162; José Luis Guzmán Dalbora: "Consideraciones críticas sobre el reglamento penitenciario chileno", *De las penas-homenaje al Profesor Isidoro de Benedetti,* Depalma, Buenos Aires, 1997, pp. 272 y ss.

Sin embargo lo que se cuestiona es, precisamente, la ineficacia de las penas privativas de libertad para alcanzar la *reeducación* de los condenados, pero nuestra ley va más allá porque tiende a lograr la *readaptación jurídica*, o sea, un mínimo de asimilación del condenado mediante el tratamiento carcelario del ordenamiento jurídico, lo que equivale a despertarle o formarle el convencimiento del valor normativo que encierra el derecho positivo, más precisamente el Derecho Penal, procurando, a la vez, reinsertarlo en la sociedad *(prevención especial positiva)*.

Esas metas, cualquiera de ellas sin contar con el asentimiento de quienes son sometidos a los tratamientos carcelarios, no pueden ser logradas,[19] *por lo que es del caso señalar que la ley está destinada al fracaso, pues la base del tratamiento en orden a la convivencia, la disciplina y el trabajo —con otras palabras la vida durante el encierro— está programado e individualizado de manera obligatoria y sólo toda otra actividad que lo integre tiene carácter voluntario (art. 5°)*.

Destaco que atendiendo tanto a los Pactos Internacionales que informan la ley n° 24.660, como a su sistema general en orden al cumplimiento de la pena privativa de libertad y lo previsto por su art. 33 respecto de la prisión domiciliaria, el 16/6/97, la Cámara de Acusación de Córdoba *(Torres - Sargenti - Capdevila)*, en los autos "Serra, Alberto defraudación calificada", concedió al nombrado el cumplimiento en su domicilio de la *prisión preventiva* a que se encuentra sujeto, o sea, hizo retroceder la aplicación de ley de ejecución penal a la primera etapa del proceso, sin alterar la presunción de inocencia del imputado y favoreció el resguardo de su personalidad (art. 11, disp. 1ª).

En las llamadas "penas alternativas" de la de privación de libertad, muchas son variaciones de esa pena y otras —las menos— sí constituyen "auténticas alternativas".[20]

Entre las que representan *alternativas* menciono en nuestro Código la *suspensión del juicio a prueba* normado por los arts. 76 bis, 76 ter y 76 quater, de acuerdo a la ley n° 24.316, [21] arts. 3°, 4° y 5°, respectivamente, o la de *realizar trabajos no remunerados en favor del Estado o de instituciones de bien públi-*

[19] Julio Fernández García: *La ejecución de las penas privativas de libertad*, Universidad de Salamanca. Inédito, en especial p. 51.
[20] Barbara Huber: ob. cit., p. 159.
[21] B.O., 19/5/94.

co, prevista como regla de conducta cuando se suspende el juicio (art. 76 ter, parr. 1°, disp. 2ª) o se *suspende condicionalmente la ejecución de la pena* (art. 27 bis C.P., ley n° 24.316, art. 1°).

En cambio, en la Ley de Estupefacientes n° 23.737 encontramos *variaciones*, pues son en realidad sometimientos a prueba, como la *suspensión de la pena por el sometimiento a una medida curativa (art. 17) o bien la sustitución de la pena por una medida de seguridad educativa (art. 21).*

De otro costado, si pensamos en lo que es necesario incorporar a la ley penal, estimo corresponde reparar en el Proyecto de 1991 de Raúl Eugenio Zaffaroni,[22] pues, a mi ver, constituye un buen punto de partida para la discusión.

Pienso que ese Proyecto es un punto de partida y a sólo título ejemplificativo consigno que, entre otras, prevé: *la limitación y prohibición de residencia, las instrucciones, la reprimenda y la caución de no ofender.*

V

En suma, si nos atenemos a nuestra realidad social e institucional, queda a la vista el naufragio del sistema judicial, para socorrerlo, en lo penal, aparte de otras medidas, habrá que *aumentar los delitos que dependan de instancia privada* o decidirse por aplicar un expediente más intenso, cual es el *de sustituir el principio de legalidad imperante por el principio de oportunidad, como ser, de acuerdo con el sistema de la "oportunidad reglada".*

A su vez, los principios que informan el Derecho Penal moderno que si bien reclaman una intervención estatal mínima, aceptan, a la vez, que la pena es una necesidad, nos conducen de la mano a que debemos, al proponer una reforma, *prescindir de las que no lo sean, es decir, de las penas innecesarias y estructurar su individualización judicial de manera que su aplicación y ejecución no importen una rigor innecesario.*[23]

Desde otro ángulo de la expresada realidad y puesto que debemos atender a la dignidad de las personas, fuerza es convenir que *algún sustitutivo o al menos una mayor limitación en su*

[22] No obstante los reparos formulados por Roberto V. Vásquez: *La racionalidad de la pena*, Alción Editora, Córdoba, 1995, dirigidos a la escala de la pena de prisión, pp. 120 y 121.

[23] Cfr. Juan Bustos Ramírez:"La problemática de las medidas sustitutivas y alternativas", *De la Penas*, cit., p. 97.

duración, debe disponerse y cumplirse respecto de la prisión preventiva, constitutiva de un agujero negro para los imputados estibados en cárceles superpobladas.[24]

Por último, considero que todo lo que la Nación disponga o legisle en la materia, es menester se haga mirando el país entero y no sólo al Puerto, observando la sabia enseñanza de Ricardo C. Núñez, de no importar algo impracticable entre nosotros y que no significa otra cosa que someternos en vano a un menoscabante colonialismo científico.

[24] Cfr. Elías Neuman: "La pobreza y la corrupción deslegitiman a las democracias incipientes, a la Ley Penal y a los Derechos Humanos". *De las penas* cit., pp. 349 y ss., en especial, p. 356. Por mi parte, en orden a lo expuesto, he manifestado ya mi criterio: "*La educación puede actuar también en relación a la política criminal, guiando sobre las penas que realmente pueden tener eficacia y permitir retirar del Código aquellas que ya está demostrado que, la mayoría de las veces, en su cumplimiento, se convierten en generadoras de nuevos focos de delito: en las cárceles hay tráfico de drogas, hay aberraciones sexuales, hay frustraciones graves que ocasionan motines: por ello, todo esto tiene que ser examinado y no solamente respecto del catálogo de penas nuevas jugará la eduación, sino, asimismo, en el desarrollo de su ejecución.*"; "Criminalidad y prevención del delito", *Cuaderno de Prevención n° 1, Instituto de Estudios para la Prevención del Delito*, Advocatus, Córdoba, 1994, pp. 8 y 9.

XXVII. ALTERNATIVAS A LA PENA Y ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN

POR JORGE DE LA RÚA*

I

Como cuestión teórica, las *alternativas a la pena y alternativas a la prisión*, propuestas como tema, pueden ser objeto de un estudio dogmático, en un sistema jurídico dado; pueden serlo, también, en un plano de pura política criminal; por fin, pueden constituir una suerte de combinación —con esos controvertidos límites entre ambos órdenes de conocimiento—[1] entre dogmática y política criminal, entendida ésta como estudio de los principios que la dogmática recepta y como crítica sobre los que debiera receptar. Nuestro objeto de exposición comprenderá análisis relacionados con esta última alternativa. Todo ello, en un marco en el que no pueden excluirse desarrollos sobre la esencia del sistema penal, incluida la finalidad de la pena, que si bien no es el tema puntual del relato, condiciona tanto el estudio dogmático como el estudio político crítico que pueda hacerse.

II

Estamos persuadidos del sentido prevalecientemente garantista de un sistema penal en base a una organización político-estatal de esencia democrática y republicana. Ello, que se traduce nítidamente en relación a los desarrollos del

* Titular plenario de la U.N. de Córdoba.

[1] V. en general, Zipf: *Introducción a la política criminal*, trad. española, Jaén, 1979. V. también Núñez Barbero: "Derecho penal y política criminal", *Doctrina Penal*, n° 15, 1981, pp. 479 y ss.

fundamento de la responsabilidad penal (en general, teoría del delito),[2] subsiste también en orden a los otros aspectos del sistema (estructuración de tipos delictivos, consecuencias del delito), aunque en éstos el garantismo ocupa una menor parte del espacio (legalidad, dignidad, proporcionalidad, humanidad), porque caben en ellos mayores opciones de política criminal (qué castigar, por qué castigar, cómo castigar, para qué castigar) que no se agotan únicamente en presupuestos garantistas, sino que incorporan conceptos de eficiencia y eficacia.[3]

Va de suyo, pues, y lo reiteramos, que el sentido político-criminal que pueda asignársele al castigo, en particular en cuanto a la finalidad de la pena, estará presente en todos los desarrollos. Al respecto, nuestra posición es definida. Admitimos, como instrumento necesario aunque no deseable en una sociedad que no alcanza parámetros de autocontrol o de control externo sin el uso de la pena, que el sistema está edificado sobre el castigo de hechos gravemente atentatorios contra bienes o intereses significativos de esa sociedad, definidos por el legislador en el marco de valores reconocido y consagrado por la carta constitucional. La procedencia del castigo sólo deriva de las estrictas condiciones de la responsabilidad penal, básicamente garantista.

Pero esto constituye un límite de base —no puede haber castigo si no se dan las condiciones de la responsabilidad penal— pero no determinante de una consecuencia necesaria —todo hecho debe ser castigado si se dan tales condiciones— falsa utopía de un sistema de legalidad rígida. Por ello, un sistema legal debe condicionar y estructurar el

[2] Los desarrollos de la teoría de la responsabilidad penal muestran su esencia garantista en razón de su fundamentación constitucional (necesidad de una conducta exterior —hecho— que excluye pensamientos y acciones privadas, derivada del principio de privacidad, de un encuadramiento lógico-conceptual en el tipo derivado del principio de legalidad, de la ilicitud del acto derivada del principio de la libertad civil que permite hacer todo lo que no está prohibido, y de la culpabilidad como derivación del propio sistema democrático que, dirigido a personas libres, sólo puede castigarlas en la medida que hayan podido ejercer esa libertad). V. De la Rúa, "El Derecho Penal como sistema de garantías", *Cuadernos*, U.N. de Córdoba, nº 1, 1995.

[3] Sobre los excesos funcionalistas que derivan de una fundamentación sociotecnológica del Derecho Penal, v. Hassemer: "Derecho penal y filosofía del Derecho en la República Federal Alemana", *Doxa-8*, Alicante, 1990, pp. 173 y ss.

castigo conforme a principios expresos o implícitos. Desde la hipótesis máxima que excluye toda consecuencia en base a determinadas pautas valorativas (perdón judicial, eximiciones, conminaciones, etc.),[4] hasta aplicar la pena, adosando finalidades que pueden comprender opciones o alternativas.

Naturalmente que surge aquí el debate entre culpabilidad y peligrosidad[5] o prevención, en sus roles sobre la pena.[6] La fundamentación teórica de los sistemas penales modernos de base democrática no se limita, en general, al castigo como pura retribución (esto es, prevención general o prevención especial negativa), sino que procura acotarlo, con diverso éxito, con finalidades mejoradoras y reformistas en un marco de prevención especial positiva. Sin embargo, en el examen de una realidad legislativa como la nuestra, es dable advertir que ella no siempre se corresponde con la fundamentación teórica, pues la sola mención a la existencia de penas fijas, penas perpetuas, y en general penas de necesaria imposición aún frente a pronósticos ineludibles de falta de necesidad de prevención,[7] muestran una faz exclusivamente retributiva en el sistema.

Por otra parte, debe señalarse que si bien las finalidades preventivas teóricas de la pena fundamentan racionalmente el examen de las alternativas a la pena o a la prisión, entre

[4] La cuestión no debe confundirse con aquellas valoraciones que inciden, según algunos, en la responsabilidad penal misma, como falta de adecuación social.

[5] Hablamos de peligrosidad siguiendo la terminología del Código de 1922 en su artículo 41. No debe confundirse con la peligrosidad fundamentadora de las medidas de seguridad, pues en ella la peligrosidad es el concepto excluyente y ajeno a la pena, sin perjuicio de zonas difusas, como la medida de seguridad para multirreincidentes (v. De la Rúa: *Medidas de seguridad*, Caracas, 1980, y *Código Penal argentino*, art. 34, inc. 1°, en prensa).

[6] O, revirtiendo la secuencia, acotar la culpabilidad en base a los fines de la pena, como Roxin (v. Núñez Barbero: op. cit., pp. 495 y ss.). En cuanto sostener que la culpabilidad es el límite de la pena, la cuestión es propia de concepciones normativas que no encuentran, de todos modos, procedimientos realistas para establecer tal límite (v. una crítica a la reprochabilidad en Hassemer: "¿Alternativas al principio de culpabilidad?", *Doctrina Penal, n° 18*, 1982, pp. 233 y ss.). La cuestión atañe a la teoría de la pena, no a la de la responsabilidad, y reconoce sus propios principios (legalidad, humanidad, dignidad, proporcionalidad).

[7] Ningún juez argentino podría dejar de aplicar pena al autor responsable de un delito que, después de cometido, ha quedado cuadrapléjico. Distinta es la cuestión de la ejecución de la pena.

nosotros la alternatividad, en la limitada medida en que es admitida, parece derivarse, también, de razones utilitarias colectivas y no preventivas, particularmente economicas o funcionales.[8]

III

En nuestro Derecho positivo existen algunas pautas sobre finalidad de la pena. Así, en orden a las penas privativas de libertad, ellas surgen hoy de la C.N., al receptar ésta, con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22), tratados internacionales que fijan la finalidad de la pena privativa de libertad, y de la ley penitenciaria, en el mismo sentido (y desde mucho antes), a más del controvertido art. 18 sobre las cárceles;[9] la finalidad es más difusa en relación a otras penas, como la multa[10] y la inhabilitación,[11] y resulta inexistente, salvo como segregación o puro castigo, en las penas fijas, especialmente en las perpetuas.

[8] Como la tendencia a invocar la saturación del sistema o la superpoblación carcelaria, argumento esencial —junto a la evitación de la condena— en los fundamentos del proyecto que concluyó en el sistema de *probation* de la ley 24.316 (v. De la Rúa: *Código...*, arts. 76 bis y ss., nº 4). Tampoco el argumento es ajeno en el plano universal (v. Huber, Bárbara: "Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, septiembre-diciembre 1994, p. 155, espec. la referencia al informe del Consejo de Europa de 1986, p. 158).

[9] Los pactos de San José de Costa Rica, art. 5, inc. 6, y de Nueva York, art. 10, inc. 3, con jerarquía constituicional desde 1994 (art. 75, inc. 22), aluden a "la reforma y la readaptación social". La nueva ley penitenciaria nº 24.660, art. 1, se refiere a "readaptación social del condenado". La regla del art. 19 de la C.N., sobre las cárceles, al señalar que son para seguridad y no para castigo, permite inferir una regla de humanidad, aunque se discute si se está limitada a los procesados (v. De la Rúa, *Código...*; arts. 6 y ss., nº 96).

[10] Quizá la pena más retributiva del sistema, pues se limita a guardar la proporcionalidad material (situación económica del penado) y, más aún, en su forma complementaria (art. 22 bis), buscando asignar un plus retributivo al mal ánimo (lucro), sin que en lugar alguno se aluda a su finalidad (las formas alternativas miran a la forma de pago o sustitución, no de corrección; ello es válido incluso para el trabajo no remunerado, que no debe confundirse con formas modernas alternativas, esencialmente correctivas.

[11] En la inhabilitación puede derivarse algún sentido de las reglas de rehabilitación (remediar la incompetencia, art. 20 ter, párr. 2º).

IV

Previo al examen de nuestra legislación, en orden al tema que nos ocupa, debemos formular distinciones.

Cuando hablamos de *alternativas a las penas*, nos estamos refiriendo conceptualmente a hipótesis en las cuáles se dan las condiciones de la responsabilidad penal (obviamente, en base a una sentencia judicial firme),[12] pero la ley permite no aplicar la sanción o aplicar una medida no penal.

Pero acotar de tal modo el tema no parece ser el contenido que la problemática actual del Derecho Penal asigna, por cuanto, fuera de ciertas medidas alternativas o de conminaciones o advertencias, lo que hoy se presenta como alternativas son también penas, aunque de menor entidad (multa,[13] trabajo comunitario,[14] prestaciones económicas,[15] etc.). Por ello, consideraremos también como alternativas a la pena, la posibilidad legal de aplicar una pena de naturaleza más leve.

Resta por fin el caso en que, sin darse los presupuestos de responsabilidad penal por falta de sentencia judicial firme, se posibilita al acusado un medio alternativo que, por la vía de la extinción de la acción, le evita una pena "conjetural". Tal es la *probation*, en la forma que ha sido regulada por nuestro Derecho, en el que, a diferencia de otros, no hay condena de culpabilidad. No es una alternativa a la pena en sentido estricto, pues, justamente, no hay pena. Es, de todos modos, una alternativa evitadora de un proceso penal que puede conducir a una pena, y en tal sentido debe comprenderse en el tema.

[12] Por ello no pueden comprenderse en la hipótesis a las excusas absolutorias, pues éstas excluyen la responsabilidad penal.

[13] Sobre la difusión de la multa como alternativa a la pena privativa de libertad, v. sobre el Derecho alemán: Roxin: "La reforma del Derecho Penal en la República Federal Alemana", *Doctrina Penal*, 1977, pp. 61 y ss.; y Tiedemann: "Las sanciones y el sistema correccional", *Doctrina Penal*, 1981, pp. 511 y ss.

[14] V. Huber: op. cit., pp. 163 y ss. (la califica como "el auténtico sustitutivo de las penas cortas de prisión).

[15] V. el tema de reparación y composición, en las tendencias modernas, en Huber: op. cit., pp. 167 y ss.

La cuestión expuesta es distinta a examinar las alternativas del legislador, en cuanto a los criterios político-criminales de escogencia de determinadas especies y alternativas de pena como integradoras del tipo delictivo. Aquí la cuestión es íntegramente de política criminal, y su examen resulta válido para cualificar la mayor o menor flexibilidad del sistema, por lo que lo examinaremos en último término.

Más sencillo resulta deslindar el tema de las *alternativas a la pena privativa de libertad*, pues comprende todos los casos en que la ley permite, al condenado por sentencia firme por hecho al que corresponda pena privativa de libertad,[16] eximirlo de ella, o aplicarle, como alternativa, una pena de naturaleza menor (multa, inhabilitación), o incluso una medida de seguridad y prevención (tratamiento curativo). En un enfoque abarcativo, puede extenderse el tema a las modalidades evitadoras del "encierro", como la condena de ejecución condicional o libertad condicional, o las diversas alternativas de la ley penitenciaria, algunas que lo atemperan (detención domiciliaria, prisión discontinua, semidetención) y otras que lo sustituyen (trabajo para la comunidad).

V

Con tales deslindes, en nuestro Código, salvo limitadísimas excepciones, puede afirmarse que no existe alternativa a la pena en general, por cuanto la condena de responsabilidad por delito previsto en dicho cuerpo normativo, implica necesariamente la imposición de la pena prevista en el respectivo tipo de la parte especial. No hay reglas en la parte general del Código que permitan una alternativa penal, fuera del caso de la eximición facultativa de pena al autor de delito imposible por falta de peligrosidad (art. 44). En la legislación especial, a su vez, es alternativa a la pena la opción judicial respecto del condenado o procesado por tenencia personal de estupefacientes, de sustituir la pena privativa de libertad por el sometimiento a una medida de curación (ley 23.737, arts. 17 y 18). La incorporación de la *probation*, en cambio, abre un panorama alternativo que puede constituir un cauce firme para la reforma del sistema.

[16] Distinto es el caso en que el legislador, al estructurar el tipo delictivo, establece una pena no privativa de libertad, o lo hace en forma alternativa.

De modo específico y en orden a la alternativa de eximir de pena privativa de libertad o sustituirla por una medida no penal, existen, tan sólo, los casos del delito imposible y de los estupefacientes, analizados ya como alternativa a toda pena, por lo que admiten hipótesis de pena privativa de libertad.

Es mayor, en cambio, en el Código, la previsión de modalidades reductoras o evitadoras del encierro,[17] tanto en la forma de la libertad condicional (incluso para la medida de seguridad para multirreincidentes), como la condenación condicional, que a partir de la última reforma incluye entre las condiciones compromisorias un elenco de imposiciones que muchas de ellas se corresponden con los sustitutivos que se plantean en la legislación universal. Sin embargo estas reglas, al estar enmarcadas en una institución base, como es la suspensión condicional de la ejecución de una condena a pena privativa de libertad, aparecen como mayores exigencias para un beneficio legal que ya existía en el Código, y no como apertura a verdaderas modalidades alternativas.

En este plano, por fin, se ha introducido, por la nueva ley penitenciaria 24.660, la posibilidad de establecer, después de impuesta pena privativa de libertad que no excediere de seis meses de cumplimiento efectivo al tiempo de la sentencia, las modalidades alternativas de la prisión discontinua o semidetención, y éstas, a su vez, ser sustituidas por trabajo para la comunidad no remunerado fuera de los horarios laborales. Se establece un cómputo de seis horas por un día, con un tope de 18 meses. A su vez, amplía la detención domiciliaria, extendiéndola de pequeñas penas (6 meses) a toda pena privativa de libertad, para mayores de 70 años o pacientes de enfermedad terminal incurable (art. 33). Trátase de reglas que se corresponden con las tendencias de legislación comparada, aunque advirtiendo que no es facultad del juez del hecho, sino del juez de ejecución, en relación a un "condenado" a pena privativa de libertad, y en forma optativa y consentida.

En nuestro Código Penal, por fin, valiéndose de un sistema de penas privativas de libertad en forma prevaleciente, la multa no aparece como alternativa de la pena privativa de li-

[17] La detención domiciliaria del art. 10 del Código es sólo modalidad de cumplimiento del encierro (lugar).

bertad, salvo en excepcionalísimos casos en que el tipo penal las prevé de tal modo.[18] Por otra parte, y como criterios político-criminales del legislador, la multa sólo se prevé en poco más de 30 tipos delictivos, la mayoría de los cuales de escasa o nula aplicación.[19] La multa no ha sido mirada con convicción en el ámbito del Derecho Penal común, a lo que ha contribuido una subyacente desconfianza de desigualdades materiales, y una inestabilidad monetaria y económica que dificulta su justa mensuración.

Del examen precedente, se concluye en que las alternativas reales derivan al evitamiento de la imposición de pena "conjetural" por vía de la restringida *probation*, o del evitamiento total o parcial del encierro que corresponde a una pena privativa de libertad efectivamente impuesta como tal (condena condicional, libertad condicional, ley penitenciaria, que admite incluso, como hemos visto, la sustitución por trabajos para la comunidad), o, por fin, del evitamiento del régimen carcelario por la vía de la detención preventiva, que absorbe gran parte del cumplimiento de las penas privativas de libertad breves, acentuado por sistemas procesales excesivamente rígidos.

VI

Como una apreciación de política criminal en relación a nuestro Derecho, pensamos que la problemática del sistema penal debe reconocer, como punto de partida, el fuerte descreimiento de la sociedad en el funcionamiento de las instituciones penales, al que se le atribuye una profunda ineficiencia. A ello contribuye, e interactúa, una aculturalización en la sociedad que todavía asocia fuertemente delito y pena —concebida ésta como cárcel—, y que restringe severamente el debate sobre alternativas.[20] Con tal base, se produce una huida hacia

[18] C. Penal, arts. 94, 110, 245.

[19] Como duelo (arts. 99 y 103), omisión de auxilio (art. 108), exhibiciones obscenas (arts. 129), matrimonios ilegales (art. 136), secretos (arts. 155 y 156), concurrencia desleal (art. 159), etcétera.

[20] Aunque en algunos intentos legislativos ha estado presente el tema. Así, los proyectos de Perl y Fappiano (1987), Zaffaroni (1991), comisión especial del Senado (creada en 1988), centran la reforma de la parte general en un amplio sistema de sanciones.

adelante del legislador, que en los últimos tiempos se ha dedicado a crear multiplicidad de tipos delictivos, y cuando ha procurado establecer mecanismos alternativos, como la *probation*, la ha acotado a un nivel tal que es válido considerarla un parto de los montes. Más aún: ha extendido sus severas reglas de conducta a la condena condicional.

Todo ello demuestra que, desde 1922, nuestra legislación común no ha procurado establecer de modo efectivo en el Código Penal sistemas alternativos, como lo muestran las diversas reformas a la parte general (leyes 17.567, 20.509, 21.338, 23.077). La pena privativa de libertad es su herramienta esencial, sólo atemperada recientemente por modalidades alternativas en la nueva legislación penitenciaria, que atenúan el encierro carcelario (prisión domiciliaria, prisión discontinua, semidetención), o que, incluso, pueden sustituirlo por trabajos para la comunidad. En suma estas normas, si bien imbuidas de espíritu modernizador, no escapan al ámbito regulatorio de la pena privativa de libertad, de donde resultan alternativas claramente condicionadas.

La saturación del sistema penal, que impide la aplicación de la legalidad vigente y genera escepticismo, y la saturación carcelaria —fuente de cíclicos conflictos— que impide la aplicación de un adecuado régimen penitenciario, priorizando el mero encierro, merecen hoy un examen prioritario en el que la alternatividad constituye sólo uno de los elementos del problema penal.

Así, en primer lugar, cabe asumir el problema de la saturación del sistema, derivado de una estructura de legalidad rígida, que puede atemperarse por la adopción de procedimientos abreviados, ya manifestada legislativamente con un componente de disponibilidad en el acuerdo sobre la pena (ley 24.825). Pero en tanto no se estructure un Ministerio Público con la autonomía que le impone la última reforma constitucional de 1994, difícilmente pueda transitarse un camino de disponibilidad de mayor amplitud,[21] que abriría un vasto campo de alternativas.

[21] De la Rúa: "Disponibilidad de la acción penal", *Revista del Colegio de Abogados*, Córdoba, 1995.

No presenta dificultades, en cambio, y resultaría una modificación clave en el sistema, una ampliación del régimen de la *probation*[22] y, correlativamente, de la condena condicional, que, como hemos visto, implican el sometimiento a reglas equivalentes a las que la legislación comparada presenta como alternativas a la pena o a la privación de libertad. Tales reglas pueden ser muy simples (residencia, presentación periódica), y la aproximan en tal caso a la conminación o advertencia, en tanto que el compromiso de trabajo, formación, curación, conducta, etc., admite una gama muy amplia de alternativas. Parece más razonable, pues, mejorar una institución existente que caer en catálogos muy complejos de penas y alternativas. La *probation* presenta como ventajas adicionales frente a la condena condicional, la suspensión del procedimiento, que a la par de contribuir a descongestionar el sistema, ofrece una alternativa evitadora de la condena, fuertemente estigmatizadora. Por otra parte, la referencia a la reparación del daño permite examinar en ella la posibilidad de formas mediadoras o composicionales. De todos modos, urge desarrollar adecuadas estructuras administrativas de controles que viabilicen la difusión de estas alternativas.

En relación a la situación crítica de la superpoblación carcelaria, ésta deriva de un sistema penal que, como vimos, usa la prisión como pena casi excluyente, y cuyos mecanismos alternativos son particularmente restringidos (condena condicional, *probation*). No existe flexibilidad en la duración de la privación de libertad, donde la libertad condicional aparece como la principal alternativa[23] recién a los dos tercios de cumplimiento. Quedan sólo las diversas variantes de cumplimiento o sustitución de la ley penitenciaria, ya examinadas (detención domiciliaria, prisión discontinua, semidetención, trabajo para la comunidad, libertad asistida), en general para períodos breves, salvo el caso de la detención domiciliaria de mayores de 70 años o enfermos incurables terminales. Resultaría razonable, pues, agregar una regla que habilitara a examinar, a partir del primer tercio de cumplimiento de la condena, y con la intervención de un organismo técnico, la

[22] Fundamentalmente, estableciendo el tope de 3 años como pena "probable", y no como el máximo de la escala del delito.

conveniencia o no de su continuación, por cuanto, en la amplia categoría de primarios, es de toda evidencia que la pena privativa de libertad suele ir más allá de lo necesario. La multa sustitutiva, ante la realidad de grandes franjas de población empobrecida, en las que el sistema recluta a sus condenados, pareciera constituirse sólo en una alternativa patética y desigualadora.

Por fin, es importante la cuestión de la detención preventiva, quizá la "pena" más difundida del sistema. Si bien en virtud del principio de inocencia no cabe asignarle coactivamente modalidades de cumplimiento penal, es posible en cambio ir más allá del mero cómputo del art. 24, y admitir que el sometimiento voluntario a determinadas alternativas (trabajo, educación, tratamiento, etc.) tenga un efecto minorante de la futura sanción penal.

Avanzar demasiado afanosamente en el plano de las alternativas penales o no penales, ofrece el riesgo, en el estado actual de nuestra administración de justicia, de un crecimiento inadecuado del sistema de sanciones, de difícil aplicación y consecuente desprestigio, y que puede poner en juego el derecho a la pena, que tiene el delincuente, sustituyéndolo por complejos mecanismos modificadores de la personalidad. Por ello, en lo que a nuestro derecho y nuestra realidad atañen, la descompresión del sistema judicial, especialmente por vía de la disponibilidad, asentada en un Ministerio Público independiente, y la significativa ampliación de la *probation*, aparecen como los avances ciertos para permitir, hoy, un sistema penal más realista y humano...

[23] Obviamente, no es el caso de la *probation* o de la condena condicional, que suponen el no ingreso del condenado a un régimen penitenciario.

XXVIII. ALTERNATIVAS A LA PENA Y A LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD

POR BENIGNO ROJAS VÍA

Cándidamente la Biblia expresa: "En un principio era el caos, la confusión y las tinieblas". Este pensamiento pareciera indicarnos categóricamente, de conformidad al verbo utilizado "era", que es una cuestión del pasado y que hoy todo es orden, certeza y claridad.

Sin embargo, es un lugar común escuchar, decir, leer, pensar que algo o todo está en "crisis". En nuestra disciplina no constituye novedad alguna afirmar que el instituto de la prisión está en crisis, pero ello no constituye ninguna desilusión, quizá porque a nadie le gustaría "estar en prisión", pero, cuando alguien dice que el Derecho Penal está en crisis, nos penetra un sentimiento de inseguridad ante la gravedad de lo que consideramos la *ultima ratio* del instrumento que debería proteger con mayor intensidad nuestros bienes jurídicos.

Acentuamos con énfasis el vocablo debería, en razón de que la efectivización o ejecutividad del Derecho Penal en la mayoría de los casos es un simple *desideratum*, aspiración, deseo que aún no se ha cumplido. Menos mal, porque la no-aplicación de algunas leyes penales en algunos casos es un verdadero alivio y en otros una triste frustración.

Para entendernos debemos hablar un mismo idioma, por ello es necesario recordar el significado del vocablo crisis.

El sentido originario de crisis es juicio (en tanto cuanto decisión final sobre un proceso), elección, y, en general, terminación de un acontecer en un sentido o en otro. Dicho sentido se halla todavía en expresiones tales como "la enfermedad hace crisis", "el gobierno ha entrado en crisis", etc. La crisis resuelve, pues, una situación, pero al mismo tiempo designa

el ingreso en una situación nueva que plantea sus propios problemas.

En el significado más habitual de crisis es la dicha nueva situación y sus problemas lo que se acentúa. Por este motivo suele entenderse por crisis una fase peligrosa de la cual puede resultar algo beneficioso o algo pernicioso para la entidad que la experimenta.

En general, no puede, pues, valorarse *a priori* una crisis positiva ni negativamente, ya que ofrece por igual posibilidades de bien y de mal. Pero ciertas valoraciones anticipadas son posibles tan pronto como se especifica el tipo general de crisis.

Por ejemplo, se supone que una crisis de crecimiento de un organismo, de una sociedad, de una institución es beneficiosa, en tanto que una crisis de senectud es perniciosa. Una característica común a toda crisis es su carácter súbito y, por lo usual acelerado.

La crisis no ofrece nunca un aspecto gradual y normal; además, parece ser siempre lo contrario de toda permanencia y estabilidad.

1. ***Derecho Penal***

Hemos iniciado esta disertación refiriéndonos a la crisis y al Derecho Penal que según Soler "es la parte del Derecho compuesta por el conjunto de normas dotadas de sanción *retributiva*".

La *pena* para el citado maestro es un mal amenazado primero y luego impuesto al violador de un precepto legal, como retribución, consistente en la disminución de un bien jurídico, y cuyo fin es evitar los delitos.

Según Zaffaroni respecto a la función del Derecho Penal existe una disyunción primaria, a partir de la cual se pretende derivar una lista de términos antitéticos y excluyentes, es la aparente antinomia "seguridad jurídica y defensa de la sociedad", expresión la última que también suele reemplazarse por "defensa social". Para los partidarios de la "seguridad jurídica", la pena tendría efecto primariamente sobre los que no han delinquido, como prevención general. Para los partidarios de la "defensa social" la pena tendría efecto primariamente sobre el delincuente, esto es, como prevención especial. Con la prevención general se pretende que el que no delinquió no delinca, y con la prevención especial se pretende que el que delinquió no vuelva a hacerlo. La pena entendida como prevención general sería básicamente *retribución* (concepto retributivo de la pena), en tanto que como

prevención especial tendría efecto resocializador (concepto resocializador de la pena).

El Derecho Penal no puede tener otra función que la de seguridad jurídica, básicamente porque ésa es la función de todo el Derecho, de la cual no puede menos que participar el Derecho Penal. El Derecho tiene por función posibilitar la existencia, lo que implica asegurar la coexistencia, porque la existencia humana siempre e ineludiblemente es coexistencia. Este aseguramiento se obtiene introduciendo un orden coactivo que impida la guerra civil, esto es, la guerra de todos contra todos. La manera en que el Derecho quiere evitarla es asegurando a cada cual un ámbito de existencia.

La seguridad jurídica es un concepto material y no formal, porque no se agota en una garantía abstracta, sino en una garantía concreta de disponibilidad, es decir, una garantía efectiva de la posibilidad de disponer de los entes que son necesarios para realizar la elección existencial. Creemos que esta materialidad de la seguridad jurídica es la que marca la diferencia ante el Estado social de Derecho y el Estado "gendarme".

El delito lesionará la seguridad en los dos sentidos como afectación de bienes jurídicos, lesionará su aspecto subjetivo, y como "alarma social" lesionará su aspecto subjetivo. La lesión al aspecto subjetivo de la seguridad jurídica será la "alarma social" provocada por el delito.

En otro párrafo este talentoso jurista argentino expresa: "El Derecho no es lo mejor que existe solamente es mejor que el caos".

El espíritu que ha orientado todo el ordenamiento jurídico romano fue elaborado con la finalidad de lograr seguridad ante la inseguridad de su existencia.

La Constitución Nacional Argentina en el art. 18, acertadamente dispone: "Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas..." En concordancia con el precepto constitucional la ley n° 24.660 de *Ejecución de la pena privativa de la libertad*, promulgada en fecha 8 de julio de 1996, dispone en el art. 1°: "La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada inserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad".

2. *Breve incursión sobre la teoría de las penas*

Para diferenciar las doctrinas que tratan de justificar la pena, se ha señalado, como característica, una idea fundamental que separa a los pensadores: para unos, la pena es un fin en sí mismo; según otros, es un medio tendiente a otros fines. Para los primeros la pena se aplica *quia peccatum est;* para los segundos, *ne peccetur.* Esta distinción ha creado una clasificación entre *teorías absolutas* y *teorías relativas* y *mixtas.*

Las *teorías mixtas* son aquellas que no se conforman con acordarle una sola característica. Para diferenciar las doctrinas que tratan de justificar la pena, se ha señalado, como característica, una idea fundamental que separa a los pensadores: para unos, la pena es un fin en sí mismo; adoptando en parte algo de las absolutas y también de las relativas.

Manuel Rivacoba y Rivacoba nos ilustra acerca del origen de estas clasificaciones en los siguientes términos: "A este respecto es de suma utilidad, no obstante su antigüedad, la clasificación de Anton Bauer (1772-1843), en teorías absolutas, relativas y mixtas complementada por los conceptos, poco anteriores, de Bentham (1748-1832), prevención general y prevención especial, e insertando, por último, en el primero, la distinción bien actual, de prevención general negativa y prevención general positiva".

2.1. **Las teorías absolutas**

Binding distingue dos grupos: para algunos, el delito es un mal que debe ser curado, que puede repararse, y la pena es el medio único de reparación; para otros, el delito es un mal definitivo e irreparablemente incancelable; la pena es una forma ineludible de retribución.

2.1.1. Teoría de la reparación

Para Kohler el dolor que la pena representa hace expiar y purificar la voluntad inmoral que hizo el crimen nacer, de manera que destruye la verdadera fuente del mal. El Código Penal paraguayo inspirado en el Código de Baviera elaborado por Feuerbach, vigente hasta 1910, contenía una disposición en los artículos 102 y 106, en el sentido de procurar la expiación al expresar que: "La pena de presidio puede ser agravada con una reclusión solitaria de treinta días en el aniversario del crimen".

Estas doctrinas no ven el mal del delito en el hecho exterior, sino en la voluntad determinada por motivos inmorales. Por eso, la pena es una necesidad, para llevar por el sufrimiento, a la moralidad, que es voluntad divina.

Más importancia tienen, sin duda, las teorías absolutas que se basan en la retribución, partiendo de que el delito es un mal en sí mismo incancelable. Se las distingue según que acuerden a esa retribución un fundamento religioso, político, moral o jurídico.

2.2. **Crisis penal y crisis de la prisión**

La crisis del Derecho Penal sitúa la discusión permanente en nuestros días en la antinomia libertad y seguridad expresada también entre los polos de la prevención y las garantías o si se quiere decir de otra forma, entre la legalidad y la política criminal que se adopte.

Al respecto Muñoz Conde sitúa el problema del Derecho Penal en el conflicto entre prevención general y prevención especial, entendiendo que en el mismo se traduce el eterno conflicto entre individuo y sociedad y que a su vez, es inmanente al Derecho Penal y causa su disfuncionalidad.

"Respetar los derechos del individuo, incluso del individuo delincuente, garantizando, al mismo tiempo, los derechos de una sociedad que vive con miedo (a veces real, a veces, impuesto) a la criminalidad, constituye una especie de cuadratura del círculo que nadie sabe cómo resolver. La sociedad tiene derecho a proteger sus intereses más importantes, recurriendo a la pena si es necesario: el delincuente tiene derecho a ser tratado como persona y a no quedar definitivamente apartado de la sociedad, sin esperanza de poder reintegrarse a la misma."

Actualmente casi todos los autores coinciden en que existe crisis en el Derecho Penal, entendido como potestad punitiva del Estado (Derecho Penal en sentido subjetivo, *ius puniendi*), fundamentada y limitada por la existencia de un conjunto de normas primarias y secundarias (Derecho Penal en sentido objetivo).

Zaffaroni, dice respecto a las penas privativas de libertad en marco general de las penas que "Hoy resulta incuestionable que la prisión se cuenta entre los principales factores criminógenos, siendo paradojal que el fin legal de su existencia sea, precisamente, realizado de manera que provoca usualmente el efecto diametralmente opuesto del procurado".

Esta realidad está evidenciada por la criminología y por la simple observación empírica de los hechos. Cuello Calón observa-

ba que "a pesar de sus nocivos efectos y de la fuerte reacción que frente a ella se ha manifestado, en particular en los últimos años, es el medio de protección social contra el delito empleado con mayor frecuencia y constituye el eje del sistema penal de todos los países. Los testimonios contra la pena de prisión que hace ya muchos años han dado lugar a la mencionada acuñación de la expresión de "Crisis de Prisión" se han multiplicado desde que Cuello Calón escribió esas palabras, aunque el problema sigue planteándose en términos similares.

2.3. **Origen de la prisión**

El sistema de punición requiere que de alguna manera se detenga al infractor hasta la ejecución de la sentencia. Cuando la resolución era inmediata y la sentencia se ejecutaba enseguida del juicio, este período de detención era breve; donde había demora entre el juicio y la ejecución de la sentencia, fue necesario encontrar algún lugar seguro para detener al infractor. En este sentido limitado de detención, las prisiones existieron mucho antes del uso formal de la prisión como pena.

3. ***Fines del Derecho Penal***

El Derecho Penal debe cumplir el fin de reducción de la violencia social, ha de asumir también, en su configuración moderna, el fin de reducir la propia violencia punitiva del Estado.

3.1. **La intimidación**

Tradicionalmente ha sido vinculado a la imposición de la pena concreta y, todavía más, a su ejecución, normalmente pública y de un gran contenido aflictivo. Con el advenimiento del liberalismo es que el cumplimiento de los fines de prevención general se sitúa en una etapa anterior, concretamente en el de la amenaza penal típica. El aspecto central pasa a ser ocupado por un diálogo racional entre la norma y sus destinatarios, en el que ésta trata de disuadirles de la realización de comportamientos antinormativos, convirtiéndose los momentos de la ejecución o aflictivos en meras pruebas de la seriedad de las advertencias efectuadas.

3.2. **Coacción psicológica en Feuerbach**

Éste es el marco en el que se produce la formulación por Feuerbach de su teoría de la coacción psicológica, según la cual,

para disuadir al delincuente de la comisión de un delito, es preciso amenazarle con infligirle un mal que resulte superior al mal que le pueda suponer el renunciar a la comisión de dicho delito.

La teoría de Feuerbach se basa, pues, en un modelo antropológico racionalista (utilitarista), que concibe al hombre como un ser que evalúa racionalmente las ventajas e inconvenientes que pueden ser el resultado de una determinada conducta delictiva. Los mecanismos de la norma penal se conciben como operativos en el plano "consciente" del individuo, mediante un diálogo en el que se apela a la razón del mismo. Tal concepción es puesta hoy en tela de juicio por algunos, que entienden que expresa una visión idealista del destinatario de las normas y de la forma de operar de éstas, que en nada responde a cómo suceden las cosas en la realidad.

4. *Crítica de Hassemer*

Hassemer nos expresa al respecto que la idea de la prevención general, "desprecia soberanamente la 'irracionalidad' fáctica de las personas. La teoría de la prevención general espera un *homo oeconomicus* que generalmente no existe. Supone que el delincuente potencial pondera los inconvenientes y ventajas de su hecho y que luego desiste de cometerlo porque el sistema jurídico-penal, con la conminación penal y con la posibilidad de la ejecución de la pena, ha tenido cuidado de que no merezca la pena cometerlo".

4.1. **Temor a la pena o cumplimiento de la norma**

La función intimidatoria del Derecho Penal, entendida sobre la base de la teoría de la coacción psicológica de Feuerbach, es analizada minuciosamente por Jesús María Silva Sánchez en su obra *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo* y según este autor plantea al menos, cuatro problemas significativos:

- El de la legitimación axiológica de la intimidación al delincuente;
- El de su legitimación empírica;
- El de la explicitación de los mecanismos de la intimidación; y
- El del concepto de norma que presupone una concepción así.

El primero de los referidos problemas ya fue puesto de relieve, con palabras muy conocidas, por Hegel, al señalar que "la fundamentación de la pena de este modo la equipara al acto de levantar el palo frente a un perro, con lo que el hombre no es tratado según su honor y libertad, sino precisamente como un perro". En cuanto a lo segundo (el de su legitimación empírica), se trata de discutir si el conjunto de normas que integran el Derecho Penal cumple, efectivamente, una función de intimidación. Ello tiene que ver con lo planteado en el tercer problema (el de la explicitación de los mecanismos de la intimidación), relativo a los mecanismos de la intimidación que, por lo general, no son desde luego directos (pues la mayoría de los destinatarios no tiene un conocimiento inmediato del contenido de las normas), sino más bien indirectos. Finalmente (el del concepto de norma que presupone una concepción intimidatoria), la prevención general intimidatoria plantea el problema de si su aceptación implica de por sí la acogida de un determinado concepto de norma: ello tiene que ver también con la cuestión, relativamente discutida, de si lo que previene, intimida, es la pena o la norma.

Como habrá podido advertirse, los tres problemas últimos muestran una más que notable proximidad. De hecho, pues, los problemas de una teoría de la prevención general son dos: el relativo a la legitimación axiológica, y el relativo a la legitimación empírica general, respecto a la cual deben examinarse sus presupuestos teóricos y prácticos.

5. *¿Es eficaz la intimidación?*

La doctrina de la prevención general negativa responde a una visión utilitarista de la intervención del Derecho Penal, que plantean ciertas dudas acerca de la legitimidad de una concepción de tal índole. Por lo general, las dudas doctrinales se han centrado en la imposición de la pena a un sujeto concreto: las bases utilitaristas de la prevención, se dice, podrían conducir a castigar a un sujeto no responsable del hecho, si ello se mostrara como necesario para evitar un mal social de trascendencia mayor. Sin embargo, con la misma razón podrían discutirse las conminaciones penales abstractas, en las que la utilidad puede llevar a subvertir las exigencias de la proporcionalidad abstracta.

Sobre el tema, cabe hallar posturas extremas de uno y otro signo: por eso vemos quienes entienden de modo radical que cualquier fundamentación preventiva del Derecho Penal es esencialmente ilegítima, de modo que sólo la retribución de la culpabilidad, que responde a la idea ética de la dignidad del hombre como sujeto moral autónomo, puede sentar las bases de tal legitimación.

Para que el Derecho Penal pueda legitimarse, entre otros fines, por el fin de prevención general negativa, será preciso demostrar que puede ejercerla con eficacia. El requisito de la eficacia preventivo general del Derecho Penal es, pues, imprescindible para una fundamentación de este último desde la perspectiva que aquí hemos adoptado. Tal análisis de la eficacia puede realizarse, sin embargo, al menos en dos niveles diferentes: en el nivel general, alusivo al Derecho Penal en toda su globalidad como institución: y en el nivel particular, de determinadas normas o determinados grados de penalidad.

Lo primero que ha de tenerse presente a la hora de fundamentar la eficacia intimidatoria del Derecho Penal es que tal eficacia no se mide por la erradicación del delito, sino por la contribución a su contención. Asimismo, que tal eficacia intimidatoria no la logra él solo, sino que, en todo caso, lo que hace es reforzar en términos intimidatorios la función de prevención del delito llevada a cabo por otras instancias del control social.

6. *Los abolicionistas*

El efecto intimidatorio del Derecho Penal es tanto directo como, fundamentalmente, indirecto. Sentadas estas premisas relativizadoras, parecen que, intuitivamente, podría llegarse sin más al convencimiento de que el Derecho Penal desempeña efectivamente una función preventiva general de índole disuasoria. Sin embargo, es cierto que son frecuentes las alusiones categóricas a que el Derecho Penal no "intimida", que carece de eficacia preventivo general negativa. Ello se ha afirmado desde diferentes puntos de vista: por un lado, desde perspectivas próximas al abolicionismo, tratándose de poner de relieve que el Derecho Penal no realiza ninguna función socialmente útil, lo que conduciría a la conclusión de que constituye una "causación de dolor inútil" y, en consecuencia, habría de prescindirse de él.

7. *Desconocimiento de las normas*

Además, como ya se ha apuntado, esta intimidación no se producirá normalmente de modo directo, como parecería indicar el modelo esquemático de Feuerbach, algo que, por otra parte, sería imposible ante el general desconocimiento de las normas penales como tales, sino mediante numerosas "instancias mediadoras".

8. *Los controles sociales*

Así, la posibilidad real de ser descubierto, la existencia (y el grado) de otros controles sociales o el propio grado de internalización "moral" de los contenidos de las normas son variables que inciden muy relevantemente en la prevención y explican, probablemente, las desigualdades existentes en cuanto al éxito preventivo respecto a unos y otros delitos. Ahora bien, el reconocimiento de esta realidad no debe implicar, una banalización del aspecto intimidatorio estricto de las normas penales. Éste seguirá siendo trascendente en tanto y en cuanto haya personas que, por las razones que sean, delinquirían si no se las intimidara, y, dada tal intimidación, no lo hacen. Por otro lado, la afirmación de que en la prevención de delitos se produce una superposición de instancias tampoco debe conducir a absolutizar el papel desempeñado por las instancias de control social informal (familia, escuela, confesión religiosa, empresa, etc.), que transmitirían los diversos contenidos valorativos, produciendo su progresiva internalización por el individuo: esto es, por vía educativa moralizante (creadora de costumbres), y no intimidatoria. Dado el pluralismo existente en el cuerpo social, es dudoso que quepa hablar de una transmisión uniforme de los contenidos del sistema penal en los términos reseñados. Por otro lado, en la actualidad los medios de comunicación que, ciertamente, constituyen el vehículo esencial de difusión pública de los contenidos de las normas penales, sin negar que lleven a cabo tal difusión en términos en buena medida educativos (esto es, pretendiendo alcanzar una asunción del valor de que se trate, una internalización), desde luego también expresan el mensaje intimidatorio de la norma. El hecho cierto de que las normas no sean conocidas directamente, sino que su contenido trascienda a la opinión pública básicamente a través de los medios de comunicación no obliga a rechazar la eficacia intimidatoria

del Derecho Penal y a sustituir tal función por otra educativa moralizante (por vía indirecta). También respecto a la referida vía indirecta cabe hablar perfectamente de la existencia de una prevención general negativa (intimidatoria), la cual a diferencia de los efectos educativo moralizantes, también existentes si puede legitimar la existencia del sistema penal.

La misión preventivo general del Derecho Penal tiene por objeto mantener en límites tolerables la comisión de delitos y la producción de reacciones sociales informales o privadas frente a la delincuencia. Tales planteamientos parten de la evidencia de que la renuncia al Derecho Penal tendría como efecto inmediato la aparición de sistemas informales o privados de control, los cuales, dada la ausencia de formalización y la incidencia de fenómenos coyunturales o subjetivos, se mostrarían como muchos peores, en cuanto al grado de intervención, que el propio Derecho Penal. Por tanto, lo que legitimaría fundamentalmente al Derecho Penal sería la protección del autor de un delito frente a las reacciones informales o privadas de la sociedad, y sus intervenciones se hallarían legitimadas por proceder a canalizar las necesidades y expectativas de sanción despertadas en la colectividad por la conducta delictiva, impidiendo que las mismas generen reacciones informales. Esta legitimación pretende ser, pues, plenamente garantística: el Derecho Penal ha de limitarse a imponer la sanción mínima que sea suficiente para proteger al autor del delito de eventuales acciones de venganza dirigidas contra él por parte de la víctima, su entorno o, en general, de la sociedad.

Esta construcción supone un interesante cambio de perspectiva, al poner de relieve una nueva dimensión garantística del Derecho Penal, que, en este caso, no protege al delincuente frente al aparato punitivo estatal, sino frente a la "sociedad". El resultado sería una configuración plenamente garantística del Derecho Penal, con dos proyecciones: la protección del delincuente frente al Estado y la protección del delincuente frente a la sociedad. Con ello, parecerían poder eludirse las tradicionales críticas a las doctrinas preventivas: la sanción no sólo no instrumentalizaría al delincuente, sino que resultaría protegerlo también.

9. *Derecho Penal mínimo*

Sin embargo, pese al enorme atractivo de esta nueva presentación de los fines del Derecho Penal, estimo que no hay razo-

nes para pensar que con ella se produzca una variación sustancial de los términos de la discusión: nos hallamos, pues, ante "más de lo mismo". Sentado, en efecto, que la misión del Derecho Penal es la protección del delincuente frente a las reacciones informales de la sociedad, y que tal protección, y sólo ella, es la que debe determinar la medida de la intervención punitiva, se abre la duda de cómo habrá de protegerse al delincuente frente a las referidas reacciones. En definitiva, la protección del delincuente frente a las reacciones informales redunda o en prevención general negativa (intimidatoria) o en prevención general positiva (integradora). Un Derecho Penal mínimo concebido como el mínimo imprescindible para la protección del delincuente frente a las reacciones informales sociales habrá de optar entre el mínimo imprescindible para intimidar y el mínimo imprescindible para estabilizar. *Tertium non datur.*

De todos modos, es preciso poner de relieve que, cuando se habla de un fin de prevención de las reacciones informales, se está pensando en el fin que han de cumplir la efectiva imposición de la pena y su ejecución, con lo que esta teoría parecería situarse más próxima a la teoría de la prevención general positiva (que es una teoría de la pena impuesta) que de la prevención general intimidatoria (cuyo centro se halla en la conminación penal). Sin embargo, el castigo al delincuente es prueba de que la amenaza (todas las contenidas en el Código y leyes penales) es seria y, por tanto, cumple efectos disuasorios para quienes deseen intentar algo contra tales leyes (infringiendo alguna de las normas penales). Lo anterior muestra que tampoco esta nueva perspectiva logra eludir la necesidad de atender a la prevención general de delitos como uno de los fines del Derecho Penal. En cambio, permite conectar con el interrogante de si tal intervención debe entenderse, para legitimar la intervención penal, en sentido negativo o intimidatorio, o en sentido positivo o integrador.

10. *La prevención general positiva*

Lo común en la doctrina, es afirmar que la doctrina de la prevención general positiva estabilizadora o integradora constituye un fenómeno reciente, de finales de los años setenta e incluso de comienzos de los ochenta, en donde alcanza su máxima difusión en la versión que de la misma se desarrolla en el *Trata-*

do de Jakobs, vinculándola a la teoría de los sistemas. Sin embargo, todo parece indicar que, aunque sin ser denominada así, materialmente ya existía en tiempos muy anteriores. Al respecto, ya aludíamos más arriba a los indicios que permiten establecer una vinculación entre muchas de las teorías retributivas y las doctrinas preventivas construidas en el ámbito de la prevención de integración. Por lo demás, en la última edición del *Tratado* de Welzel se contiene la siguiente declaración, muy significativa:

"El concepto de prevención general se utiliza en dos sentidos diferentes, lo que a menudo pasa inadvertido: en el sentido más estricto, en el que se entiende predominantemente, la misma consiste en la intimidación de la colectividad mediante la conminación penal abstracta y la sanción del individuo. En el sentido más amplio, consiste en la confirmación del Derecho como orden ético y sólo secundariamente en la intimación. En aras de la claridad conceptual habría que evitar la utilización del término 'prevención general' para designar al segundo contenido, más amplio".

Desde una perspectiva material podría afirmarse que existe una doctrina de la prevención general positiva o integradora desde el momento en que las tesis retributivas dejan de legitimarse apelando a la "majestad de la pena absoluta" y a la realización de la justicia como valor metafísico, para pasar a hacerlo alegando los efectos sociales positivos de la "pena desprovista de toda función". Por citar de nuevo a Welzel:

"Las teorías de la prevención general ven el efecto principal de la pena, y, con ello, su función principal, en el influjo psicológico sobre la colectividad para la contención del delito (intimidación); ahora bien, en la medida en que, a propósito de este influjo, se piense en la conformación y fortalecimiento del juicio ético, se trata de un efecto de la retribución justa".

El Derecho Penal no puede ni debe reducirse a la intimidación de autores potenciales, contemplados como sujetos que realizan cálculos racionales, sino que, teniendo en cuenta además la relación del Derecho Penal con los demás medios del control social, debe tratar de influir positivamente sobre el arraigo social de las normas. Frente a la intimidación, cuya tendencia al terror penal se pone de relieve, se pretende alcanzar una auténtica afirmación y asentamiento social de las normas fundamentales, y ello, por la vía de una política penal humana,

respetuosa de las garantías del Estado de Derecho y atenta a los intereses de todos los intervinientes en el conflicto provocado por el delito.

A partir de esta base, se asigna al Derecho Penal la misión de reforzar la conciencia jurídica de la comunidad y su disposición para cumplir las normas (ejercitar a los ciudadanos en la fidelidad al Derecho). Para ello es importante una determinada configuración de las conminaciones penales que propicie luego la imposición al infractor de la sanción que esa colectividad sienta como justa (y satisfaga el sentimiento jurídico de tal colectividad). Ello redunda en el aspecto de estabilización de la norma. La sanción refuerza contrafácticamente la vigencia de la norma, puesta en tela de juicio por la comisión del delito, mostrando que lo incorrecto es precisamente el delito y que la norma continúa marcando una pauta de conducta vinculante.

Todo el esquema produce una impresión de fuerte connotación educativa: la pena, pues, y el juicio de desvalor que precede a su imposición, contribuyen de modo decisivo a formar la conciencia ética, valorativa, de la colectividad.

11. *Epílogo*

Quiero concluir con un pensamiento de Beccaria: "Uno de los mayores frenos del delito no es la crueldad de las penas, sino su infalibilidad, y en consecuencia tanto la vigilancia de los magistrados como la severidad de un juez inexorable debe ir acompañada, para ser virtud útil, de una legislación suave. La certidumbre de un castigo, aunque sea moderado, causará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible pero unido a la esperanza de la impunidad; porque cuando los males, aunque mínimos, son seguros, amedrentan siempre los ánimos humanos, mientras que la esperanza, don celeste que a menudo es el único que poseemos, aleja sin cesar la idea de los mayores, en especial cuando la impunidad, que la avaricia y la debilidad procuran muchas veces, aumenta su fuerza".

Estamos viviendo una etapa donde pareciera que las ideas de las Ciencias Penales se hallan cada vez más lejos de su aplicación, actualmente la Administración de Justicia se halla sometida al régimen político de un neofeudalismo y ello me recuerda las palabras de Michelet: "¿Cómo desconocer el enorme poderío, modesto y sordo, pero terrible, del Poder Judicial? Dadme el Po-

der Judicial, guardad vuestras leyes, vuestras ordenanzas, todo ese mundo de papel, y me encargo de hacer triunfar el sistema más contrario a vuestras leyes".

12. ***Bibliografía***

KORN, Richard R.-MC CORKLE, Lloyd W.: *Criminología y Penología*, Nueva York, p. 405. 1959. Citados por E. R. Zaffaroni en *Tratado de Derecho Penal*, t. 1°, Ediar, Buenos Aires, 1980, p. 115.

FERRATER MORA, José: *Diccionario de Filosofía*. t. 1°, Ariel, Barcelona, 1994, p. 728,

MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal y control social*, Jerez, 1985, p. 124.

RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de: *Función y aplicación de la pena*, Depalma, Buenos Aires, 1993, pp. 16 y ss.

XXIX. ALTERNATIVAS A LAS PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD EN EL CÓDIGO PENAL ARGENTINO DE 1922

POR NILO BATISTA

No debe sorprender la escasa repercusión que la entrada en vigencia del Código Penal Argentino, el 29 de abril de 1922, tuvo en Brasil.[1] Para los brasileños, 1922 fue un año repleto de acontecimientos instigadores, con mayor o menor claridad. En primer lugar está la *Semana de Arte Moderno*, ocurrida en San Pablo, en el mes de febrero, en el desenlace de inquietantes estéticas insurgentes contra nuestro colonialismo cultural, o el episodio del 5 de julio, de los

[1] Examinamos dos periódicos cariocas (*A Noite* y *Correio da Manhã*), en sus ediciones de 29 de octubre de 1921 y 29 de abril de 1922, sin localizar ninguna mención a la promulgación y entrada en vigencia del Código argentino. En el noticiero, una resolución de la Cámara 3ª de la Corte de Apelaciones, dejando sin efecto la fianza que el juez Edgard Costa concediera a un reo de vagabundear, reafirmaba la imposibilidad de establecer fianza para aquella contravención; un conflicto en una asamblea de operarios, con un muerto y dos baleados; una protesta contra la ejecución de Sacco y Vanzetti, durante la cual los manifestantes se entretenian cantando himnos anarquistas, vivando en todo momento la causa que decian defender ("*entretinham-se a cantar hymnos anarchistas, vivando, a cada momento, a causa que diziam defender*" [*Correio da Manhã*, 31 de octubre de 1921, p. 5]); prisiones arbitrarias y violentas de trabajadores sospechosos de anarquismo; el sustantivo "Favella" refiriéndose al cerro de la Providência (La "Favella" produjo ayer un caso más de policía, dos soldados y un paisano baleados por manifestantes que promueven desórdenes ["*A Favella forneceu hontem mais um caso à policia —dois soldados e um paizano baleados por desordeiros—*" *Correio da Manhã*, 30 de octubre de 1921, p. 4]; crímenes pasionales, el suicidio de una joven por ingestión de 40 gramos de cocaína, así como la prisión y el pronunciamiento de "vendedores" de cocaína (la expresión "traficantes", con una fuerte tradición esclavista, todavía no iniciara su brillante carrera en la imprenta de la guerra a las drogas), vagabundos, prostitutas, robos, peleas, hurtos...

Dezoito do Forte, culminando en un enfrentamiento —podríamos decir matanza— que desnudaba vicios y contradicciones de la Vieja República; con menor trasparencia tenemos la fundación clandestina del Partido Comunista a fines de marzo, o la asociación de los conservadores católicos a través del *Centro Dom Vital*, creado en mayo.[2] Un año antes, el dec. 4.269, del 17 de enero de 1921, pretendía exorcizar los demonios anarquistas, del panfleto apologético de la dinamita (siguiendo el modelo de la ley argentina de "Defensa Social", n° 7029 del 30 de junio de 1910); un año más tarde, el decreto 4.743 del 31 de octubre de 1923, castigaba con dos años de prisión al extranjero expulsado que regresase al país (al igual que el art. 5° de la mencionada "Ley de Defensa Social"). Tan cerca y tan lejos, aproximados por el destino latinoamericano común, distanciados por las peculiaridades de los respectivos procesos sociales, lo cierto es que la vigencia del nuevo Código Penal argentino no movilizó la atención de los penalistas brasileños; ah, si fuese un Código europeo...

Después de tres cuartos de siglo, miramos para este Código Penal y, antes de cualquier otro aspecto, observamos sus orgullosas cicatrices, en él festejamos haber vivido aquel destino latinoamericano con admirable obstinación. Marcos Kaplan, refiriéndose al proceso argentino entre 1925 y 1975, menciona la sucesión de "flujos y reflujos, progresiones y regresiones, reformas insuficientes y restauraciones incompletas", que suspenden en todo momento "una reserva de vitalidad, energía, perseverancia y capacidad regeneradora",[3] ¿qué palabras podrían exprimir mejor el conjunto de anulaciones y restituciones que escriben en el dorso del Código Penal argentino la reciente histo-

[2] Cf. entre numerosa bibliografía, Mário da Silva Brito: *Antecedentes da Semana de Arte Moderna*, Rio de Janeiro, 1964, Civ. Bras.; Hélio Silva, *1922 - Sangue na Areia de Copacabana*, Rio de Janeiro, 1971, Civ. Bras.; Dulce Pandolfi, *Camaradas e Companheiros - História e Memória do PCB*, Rio de Janeiro, 1995, Relume-Dumará; Romualdo Dias, *Imagens de Ordem - A Doutrina Católica sobre Autoridade no Brasil*, San Pablo, 1996, Unesp.

[3] Marcos Kaplan: "Cinquenta Anos de História Argentina (1925-1975)", en el volumen *América Latina - História de Meio Século*, trad. M. Bagno y R.G.R. Castro, Brasilia, 1988, UnB, p. 22.

ria de su pueblo? Tomemos un solo ejemplo dentro del tema que nos fue señalado.

Originaria de dispositivos del incipiente derecho tributario italiano de fines del siglo XIX,[4] de donde surge el Código Zanardelli, la oferta voluntaria estaba prevista en el art. 64 del C.P. argentino.[5] Revocado el art. 64 por el decreto 4.778/63, recobraría vigencia con la ley 16.648/64; nuevamente revocado por la ley 17.567, fue restituido por la ley 20.509; de nuevo perdería su vigencia por la ley 21.338, para retornar en 1994, triunfalmente renovado, en el contexto de la ley (nº 24.316) que introdujo la suspensión condicional del proceso.[6] La "evidente inconveniencia" que Soler veía en la oferta voluntaria[7] surgía de su fantástica precocidad *desjudicializadora*; en Brasil, setenta y tres años más tarde, aparecería algo semejante (ley 9.099/95, arts. 72 y 74, párrafo único). Sin embargo, nos interesa resaltar, que en esos "flujos y reflujos" —comunes a tantos pasajes del C.P. argentino— la "perseverencia y la capacidad regeneradora" devolvió la eficiencia a la disposición pionera; saludemos esas orgullosas cicatrices.

También celebramos la vitalidad con la cual en su infancia, el aniversariante resistió a los riesgos de los proyectos peligrosos,[8] resistencia tanto más prodigiosa cuando se observa el medio ambiente —socialmente conflictuado y académicamente positivista— en que fue gestado. Cuando el objeto teórico de la criminología es la "conducta humana peligrosa", como sustentaría Laplaza, el objetivo práctico de la intervención penal son las "clases peligrosas que amenazan de forma inminente y grave" un orden jurídico cuya legitimidad está

[4] Manzini se refiere a una ley de 1861, sobre impuesto al consumo (*Trattato di Diritto Penale Italiano*, UTET, Turín, 1950, vol. III, p. 573).

[5] "La acción penal por delito reprimido con multa se extinguirá en cualquier estado del juicio por el pago voluntario del máximo de multa correspondiente al delito y de las indemnizaciones a que hubiere lugar".

[6] Eugenio Raúl Zaffaroni: *Tratado de Derecho Penal*, P.G., Ediar, Buenos Aires, 1983,.

[7] *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, 1970, TEA, vol. II, p. 460.

[8] Para los proyectos peligrosos (de acción humana peligrosa), cf. Zaffaroni, op. cit, vol. I, pp. 434-435; Roberto Bergalli: *La Recaída en el Delito: Modos de Reaccionar contra Ella*, Sertesa, Barcelona, 1980, pp. 25 y ss.; Luis Jiménez de Asúa: *Tratado de Derecho Penal*, Losada, Buenos Aires, 1964, vol. I, pp. 1061 y ss.

fuera de aquel objeto.[9] Invisibles emanaciones de la coyuntura progresista que a pesar de sus horizontes ambiguos, la ascensión radicalista propiciara, evitaron un código evidentemente al servicio del control penal de las "clases peligrosas". La previsión para multi-reincidencias, de la reclusión adicional por tiempo indeterminado en cárceles de Tierra del Fuego (originaria de concepciones penitenciarias colonialistas recibidas por el proyecto de 1891 y positivadas por la llamada Ley Bermejo de 1895), respondía a un paradigma muy corriente: el C.P. brasileño de 1890 determinaba que los vagabundos que violasen el compromiso de "encontrar trabajo dentro de los quince días" posteriores al cumplimiento de sus penas, serían "conducidos, entre uno a tres años, a las colonias penales que se fundaren en islas marítimas o en las fronteras del territorio nacional" (art. 400). Esta *relegatio* tardía (y hubiera sido *nomen iuris*, no fuera por la "Fe de Erratas"), en el vestíbulo de un mundo en el cual el aislamiento ya no se construiría por distancias y sí por tecnologías, era históricamente inevitable, como tributo a ser pago, en moneda posdelictiva, a la arraigada "peligrosidad" de la ocasión.

Tratemos de buscar, en la simplificada articulación del C.P. argentino de 1922 —su brevedad mereció elogios de Asúa—[10] las disposiciones que de alguna manera señalan alternativas a la privación de la libertad. Excluyendo de nuestra atención la medida de seguridad de reclusión adicional por tiempo indeterminado, el art. 5° preveía, además de la *multa* e *inhabilitación*, solamente dos penas privativas de la libertad: la *reclusión* y la *prisión* (el Código por entonces vigente en Brasil preveía cuatro: prisión en penitenciaría, reclusión, prisión con trabajo obligatorio y prisión disciplinar, art. 43). Como la duración de ambas, reclusión o prisión, podría ser perpetua o temporaria, y también la ejecución de ambas imponía trabajo obligatorio (arts. 6° a 10), la distinción —fundamentada en la separación de los condenados en establecimientos penitenciarios distintos (art. 9°)— estaría predestinada a desaparecer, y

[9] Francisco P. Laplaza: *Objeto y Método de la Criminología*, Arayú, Buenos Aires, 1954, pp. 94 (para la "acción humana peligrosa") y 99 (para las "clases peligrosas").

[10] Desde que "*todo Código Penal extenso é uma regressão*", en la brevedad del Cód. Penal argentino residiría su *máximo elogio*; op. cit., p. 1055.

la unificación práctica sería proclamada en 1958, a través del decreto 412 (Ley Penitenciaria Nacional). La reciente ley 24.660 de 1996, sobre ejecución penal, también trató de modo unitario la materia.[11] Pero es un mérito indiscutible del C.P. de 1922, negándose a determinar distinciones engañosas entre *reclusión* y *prisión*, haber favorecido un estilo unificador de las penas privativas de la libertad en Argentina, removiendo cargas simbólicas de difamación y sumisión a esquemas conceptuales ultrapasados.

En el art. 10 observamos una nítida orientación alternativa a la prisión: "Cuando la prisión no excediera de seis meses podrán ser detenidas en sus propias casas las mujeres honestas y las personas mayores de sesenta años o valetudinarias". El dispositivo, originario del Código español de 1822, y arraigado en el Derecho argentino —Código Tejedor, Código de 1886, Proyecto de 1906, del cual se originó la redacción—,[12] a pesar de que proviene de una perspectiva benévola, tiene la virtud de apuntar para la prisión domiciliaria, cuyas potencialidades, al comienzo circunscriptas a las detenciones procesales cautelares, con sabor de *privilegium*, todavía no fueron suficientemente exploradas.

La reparación del daño *ex-delicto* fue un costoso tema al positivismo criminológico, inflamando debates en los congresos europeos a fines del siglo XIX, en ese momento ya circulaba la idea de la reparación del daño como alternativa a la prisión para infracciones penales leves, sustentada entre otros corifeos, por Garofalo y Ferri.[13] Por la influencia de las ideas positivistas en los medios académicos argentinos de la época, así como también por la participación de numerosos profesores argentinos

[11] Sus arts. 1° y 3° se refieren a la pena privativa de la libertad *en todas sus modalidades*; el art. 12 se ocupa del régimen penitenciario *cualquiera fuere la pena impuesta*.

[12] Zaffaroni: op. cit., vol. V, p. 171.

[13] "*La coazione personale alla riparazione offrirebbe un succedaneo efficacissimo alle pene lieve*" escribía Garofalo (*Criminologia*, Turín, 1885, Bocca, p. 319), que dedicaría una monografía al tema (*Riparazione alle vittime del delitto*, Turín, 1887, Bocca). En su Sociología Criminal, Ferri admitía que la reparación funcionase "como sanção substitutiva da pena carcerária nos pequenos crimes cometidos por criminosos ocasionais" (*Princípios de Direito Criminal*, trad. L. L. d'Oliveira, San Pablo, 1931, Saraiva, p. 562). Sobre los debates en aquellos congresos, cf. Stephen Schaffer: *Compensation and Restitution to Victims...*, Nueva Jersey, 1970, P. Smith, pp. 10 y ss.

en aquellos congresos,[14] la reparación del daño —sin asumir funciones de sustituto penal— es un personaje importante en este Código Penal, figurando en *diez* pasajes, a saber: *1°)* art. 11, inc. 1° (mencionada en primer lugar entre los cuatro destinos ecuánimes del producto del trabajo del condenado); *2°)* art. 28 (aclarando que el *sursis* no comprende la reparación); *3°)* art. 30 (preferencia de la reparación sobre la pena de multa y las costas judiciales); *4°)* art. 31 (solidaridad entre coautores y partícipes); *5°)* art. 32 (responsabilidad de terceros beneficiarios materiales del crimen); *6°)* art. 33 (reglas para situaciones de insolvencia); *7°)* art. 61 (la amnistía no abarca la reparación); *8°)* art. 64 (la oferta voluntaria no prescinde de la reparación del daño *ex-delicto*); *9°)* art. 68 (el indulto no abarca la reparación); *10)* art. 70 (posibilidad de ejecución sobre los bienes de los condenados fallecidos). Si consideramos que la Parte General del Código posee 78 artículos, verificaremos que casi 13 % de ellos están dedicados a la reparación del daño, y de ese protagonismo se puede conjeturar que, la reforma penal argentina tiene un encuentro marcado en el futuro con la reparación del daño *ex-delicto* en la función de sustituto penal. Cabe señalar que en la oferta voluntaria, la reparación del daño también otorga extinción de la punibilidad.

El anteproyecto de Parte General que Rodolfo Rivarola publicó en 1905 —desde donde partió la comisión que elaboraría el proyecto de 1906, que fue la inmediata y decisiva influencia sobre el futuro C.P. de 1922— utilizó la pena de multa como sustituto para las penas privativas de libertad cortas.[15] Sin defender tal propuesta, el Código revela una elogiable resistencia en el procedimiento de conversión de la multa en privación de la libertad. Así, antes de la conversión, el tribunal buscaría el resarcimiento a través de la multa, asegurándola con bienes, salarios u otros medios económicos del condenado; a falta de esas garantías, el condenado podría pagar a través de su trabajo libre, pudiendo el tribunal autorizar cuotas para el pago de la multa, fijando el *quantum* de cuotas y la fecha de los pagos según la condición económica del condenado (art. 21). El contemporáneo Có-

[14] Informaciones sobre tales participaciones en Rosa del Olmo: *Criminología Argentina*, Depalma, *passim*, Buenos Aires, 1992.

[15] Zaffaroni: op. cit., vol. I, p. 427.

digo brasileño equiparaba el condenado insolvente al reincidente, para determinar que ocho días después de la notificación, la multa se convirtiese en prisión penitenciaria, con tope —establecido en base al decreto de 1869, por carecer de otro criterio— de tres años, el doble del tope argentino.[16] Esa resistencia del C.P. argentino en autorizar la conversión puede ser vista, con buena voluntad a la cual los aniversariantes tienen derecho, como una especie de sustituto contrario.

La introducción de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, el gran sustituto penal de aquel período, tuvo caminos diferentes en Argentina y en Brasil, aunque la fuente inspiradora, la llamada Ley Bérenger, fuese la misma. En cuanto en Argentina, además del proyecto de 1906, se registran diversos anteproyectos que la contemplaban, en las primeras dos décadas del siglo, así como leyes provinciales que la anticipaban, y hasta una propuesta de su incorporación al programa de la Unión Cívica Radical en su Convención Nacional de 1916,[17] en Brasil el régimen sería introducido con indiferencia y aplicado con desconfianza.[18] Tal dife-

[16] C.P. 1890: "Art. 59: Se o condenado não tiver meios para pagar a multa, o não a quiser pagar dentro de oito dias contados da intimação judicial, será convertida em prisão celular, conforme se liquidar". El tope de tres años era establecido por el art. 6° del decreto 1.696 del 15 de septiembre de 1869, por ser la única referencia legal disponible.

[17] Zaffaroni: op. cit., vol. V, p. 436.

[18] La introducción del *sursis* (suspensión condicional de la pena) en Brasil, en 1924, no ocurre como consecuencia consciente de la comprobación de los maleficios causados por la ejecución de las penas, sino por efecto de la imitación jurídica que parece ser un legado del colonialismo. El proyecto pionero de Esmeraldino Bandeira de 1906, era apenas una traducción de la Ley Bérenger (del 26 de marzo de 1891), con dos modificaciones: la primera, desmesurada elevación para el tope del *sursis*, para penas hasta cinco años (significativa, tal vez, de que la problemática de las penas cortas, como dice Padovani, es solamente la punta de un *iceberg*; la segunda, peligrosísima restricción a la conveniencia del *sursis* para crímenes cuyas circunstancias revelan perversidad o corrupción del delincuente (este concepto positivista a la manera de Garofalo, los inconvenientes de la pena corta cedían frente a un arbitrario examen criminológico del autor). La Exposición de Motivos del proyecto que se convertiría en el decreto 16.588 del 6 de septiembre de 1924, que introdujo el *sursis*, mencionaba que no solamente debíamos recortar nuestro Derecho siguiendo el modelo de los "pueblos cultos", de los "pueblos civilizados", sino sobre todo argumentaba en favor del régimen con "el aspecto económico de nuestras prisiones, donde los presos son alimentados, tratados y vestidos a costa del tesoro público". Con seguridad, había una referencia a "nuestro defectuoso sistema penitenciario" y al riesgo del "contagio en la prisión". El art. 1° del decreto concedía *sursis* al reo condenado hasta un año de prisión "que no haya revelado un carácter perverso o corrupto", y el art. 5° excluía la aplicación para crímenes contra el honor y contra "la seguridad del honor y honestidad de las familias". (Para el estudio histórico del *sursis* en Brasil, Hugo Auler:

rencia se explica por la constatación de que la posición central de la privación de la libertad en el sistema penal brasileño ocu-

---

Suspensão Condicional da Execução da Pena, Río de Janeiro, 1957, Forense, pp. 17 y ss.). A través de la enseñanza de los positivistas italianos, la "teoría de los sustitutos penales" llegó a nuestros libros desde el inicio del siglo XX (por ejemplo, Macedo Soares, *Código Penal*, Río de Janeiro, 1910, Garnier), pero la "profilaxis criminal" profundamente arraigada en nuestras costumbres era la golpiza y la muerte de sospechosos y acusados. El *sursis* fue recibido con resistencia. El Código Procesal Penal del Distrito Federal impuso como nueva condición el pago de costas del proceso (lo que fue juzgado inconstitucional por el Supremo Tribunal Federal). Los tribunales negaron en muchas ocasiones el *sursis*, para casos tan dispares como agresión a un anciano, chofer que cometiera transgresiones disciplinarias y estelionato. La cláusula de la perversidad o corrupción siempre propiciaba una decisión voluntaria desprovista de cualquier paradigma jurídico: "importa poco que antes del delito aparentase buena conducta (...) en el momento del crimen reveló las malas cualidades que poseía". Gradualmente, se estableció bajo la fórmula que con el *sursis* no existía un favor, y sí un derecho, una puerta hacia la apreciación objetiva del reglamento, con la percepción de los daños que puede evitar y, por lo tanto, con el reconocimiento de su legitimidad institucional. El perfeccionamiento técnico que el *sursis* tuvo en el Código Penal de 1940 (arts. 57 y ss.), con la supresión de las restricciones subjetivas mencionadas, sustituidas por una evaluación judicial acerca de la posibilidad de reincidencia del beneficiado, contribuyó a una aplicación dogmáticamente controlable (trad. de Nilo Batista: "Alternativas à Prisão no Brasil", en *Punidos e Mal Pagos*, Río de Janeiro, 1990, Revan, pp. 126-128).

[19] Para el modo de producción que prevaleció en Brasil durante el siglo XIX —el esclavismo interno, subordinado a relaciones internacionales capitalistas— la privación de la libertad (prisión simple), tenía una función penal complementaria y accesoria. El control social penal se ejercía predominantemente, a través de la pena de muerte, penas corporales (azotes) y de medidas que reproducían la condición social esclava (prisión con trabajos forzados). El esclavo que no fuera condenado a muerte o a trabajos forzados era condenado a la pena de azotes o imposición de cadenas (art. 60 del Código Criminal del Imperio), rutina con la cual se preservaba la productividad en favor del propietario y se establecía una conexión explícita entre el poder penal público y el privado, ya que correspondía al "señor" traer al esclavo "con cadenas por el tiempo que el juez designase" (art. 60). En realidad, para la gran mayoría de los esclavos, destinados a las plantaciones de azúcar del noreste o de café del sudeste, el "señor" no sólo era el órgano que ejecutaba, sino también el órgano que sentenciaba sobre la pena. Los órganos públicos se encargaban de aplicar castigos determinados por el señor del esclavo: en la celda, anexa a la Casa de Corrección, a cambio de un módico pago, se maltrataba al esclavo, *revistiendo al castigo con carácter oficial*, aplicando tantos azotes cuantos los estipulados por el señor en su meditación (J. Alipio Goulart: *Da Palmatória ao Patíbulo*, Río de Janeiro, 1971, Conquista, p. 103). Una Comunicación de 1879 recomendaba que no se infligiesen *castigos* a esclavos en la casa de detención, sin previo examen médico (Paula Pessoa: *Código Criminal do Império do Brazil*, Río de Janeiro, 1885, C. Coutinho, p. 140). La palmeta, el cotidiano instrumento disciplinario doméstico, fue contemplado en preceptos de Alagoas, Espírito Santo y Goiás, entre otros estados, y el "palo" (palo enterrado en el suelo, donde se amarraban esclavos para golpearlos) no sólo existía en los alojamientos de los esclavos, sino también en las prisiones públicas. Cuando, consecuentemente, a fines del siglo XIX, se inicia la transición hacia el capitalismo, que provocaría una configuración política republicana y federal, estaba en vigencia un sistema penal cuyo eje era constituido por

rrió con retraso en relación a Argentina, una vez que el eje del control social penal, durante el siglo XIX, residía en las penas corporales —como consecuencia del modo de producción esclavista interno, subordinado a relaciones capitalistas internacionales— ejecutadas en un contexto de continuidad entre las esferas pública y privada.[19] Cronológicamente, en apenas dos años el C.P. de 1922 se anticipó a la introducción del *sursis* en Brasil; a pesar que ambas iniciativas se inspiraron en el llamado modelo continental, la Argentina exploraba más profundamente sus fronteras, en menor medida por la inclusión (hoy revocada) de la pena de multa, y en mayor medida por considerar que el vencimiento del plazo de suspensión observando las condiciones, torna inoperante la sentencia,[20] y no solamente la ejecución de la pena, como en el Código brasileño de 1940,[21] sino también después de la reforma de 1984.

Intencionalmente omitidas las situaciones que se inscriben en el "derecho de gracia" (arts. 59, inc. 2°, 61 y 68), las cuales, al contrario de lo que se pensaba en el período reflejado en el C.P., no son hoy prácticas desde el ángulo de la sustitución penal, creemos estar concluyendo, con todas las limitaciones e insuficiencias de una visión extranjera, sin mayor convivencia con la riquísima producción dogmática argentina, el inventario de las situaciones y señales, más o menos explícitos, que en 1922 indicaron para alternativas a la pena privativa de la libertad. Y esa descripción se expresa en favor del Código aniversariante, en favor de la ascética prudencia con que recibió contribuciones —lo mismo a través de la inusual consulta a magistrados y profesores— del acervo penalístico y criminológico disponible.

---

penas corporales. Recién en 1886 fue abolida la pena de azotes (...). Por todo esto, al final del siglo XIX no teníamos en Brasil, una experiencia penitenciaria evaluada. Con la República, se implementó al mismo tiempo el orden burgués y la pena privativa de la libertad: fábricas y cárceles antiguas, sin embargo entrelazadas, en un proceso histórico diferente al europeo (Nilo Batista: op. cit., pp. 124-125).

[20] Art. 27. "La condenación se tendrá como no pronunciada si, dentro del término para la prescripción de la pena, el condenado no cometiere un nuevo delito". La redacción actual, modificada por la ley 23.057 de 1984, estableció el plazo máximo de 4 años, para la correspondiente prescripción de la pena.

[21] Terminado el plazo sin incidentes desfavorables para los condenados, la pena se extingue, pero la condenación continúa existiendo (trad. de Aníbal Bruno: *Comentários ao Código Penal*, Río de Janeiro, 1969, Forense, vol. II, p. II, p. 187).

[22] Rosa del Olmo: op. cit., p. 9.

Así, por ejemplo, de la imponente biblioteca de criminología clínica, donde Eusebio Gómez contaba 1.200 títulos en 1912,[22] el C.P. habrá observado cuidadosamente los temas sobre reos y condenados, que escapa a los fetiches caracterológicos predominantes en esa época, cuando Ingenieros afirmaba que la primera finalidad del libramiento condicional era "proteger al delincuente contra las tentaciones delictuosas"[23] y el decreto de 1906 que reglamentó el patronato (establecimiento que proporciona a los liberados condicionales los medios necesarios para su readaptación a la vida social) determinaba que el visitador se condujese "como un buen padre de familia". Suavizando el peligro del sicologismo criminológico, el C.P. miró al condenado, construyendo en las reglas de la aplicación de la pena, una consideración pionera sobre co-culpabilidad, obligando al juez a indagar "especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos" (art. 41, 2°). Además: obligó al juez a ver al reo "deberá tomar conocimiento directo y *de visu* del sujeto"), algo que, en tiempos de justicia virtual, un alto tribunal de mi país juzgó irrelevante, cuando un acusado reclamó haber sido interrogado *on line*.[24] Es una buena metáfora sobre los rumbos de la justicia penal, en la actual coyuntura, que sólo impulsos electrónicos unan al reo y al juez. Pero, no perturbemos con la evocación de nubes oscuras que hoy cubren la actividad de los sistemas penales, la merecida celebración de aniversario del Código Penal argentino de 1922, al contrario evoquémoslo con festejos. En la víspera de su vigencia, el diario *La Nación* publicó un artículo sucinto (muchos artículos habían sido publicados en las ediciones del 21, 23 y 24 de octubre de 1921), sin embargo muy interesante. Un subtítulo *(Los jueces harán la graduación de penas)* destacaba la superación del sistema de individualización [tabulada] (enmendando la *contradictio in adjecto* de la expresión), vigente desde 1886. Un pasaje del texto anticipaba la unificación de penas privativas de la libertad, por cuanto "infortu-nadamente esta reforma va a ser ensayada sin que la República disponga de

[23] *Criminologia*, trad. H. de Lemos, San Pablo, 1924, M. Lobato, p. 204.

[24] Interrogatorio realizado por el sistema conferencia en *real time*, no existiendo la demostración del perjuicio, el acto censurado no puede no ser anulado, *ex vi* del art. 563 C.P.P. (STJ, 5ª T., RHC 6.272-SP, rel. Min. Felix Fischer, del 5 de mayo de 1997, p. 17.067).

establecimientos que respondan a tales distingos" (ningún país latinoamericano dispondría jamás de establecimientos que respondiesen al incesante *distingo* de sus penalistas). Un juez criminal, el Dr. Martínez, sensibilizándose con la obligación de conocer *de visu* al acusado, ayudaba al jefe de Policía pidiendo puntualidad en la presentación de los reos presos;[25] probablemente no tuvo éxito.

[25] *La Nación*, edición del 28 de abril de 1922, p. 4. Agradezco a la Sra. Liliane Magenzain y al Sr. Kurt —cuyo apellido la telefonía neoliberal me quitó—; al diario *La Nación*, los agradecimientos por haberme permitido acceder a los microfilmes de las ediciones de la época.

La creciente legislación penal y los discursos de emergencia

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

GUILLERMO J. FIERRO

JUÁREZ TAVARES

JAIME MALAMUD GOTI

Coordinador: DANIEL ERBETTA

XXX. LA CRECIENTE LEGISLACIÓN PENAL Y LOS DISCURSOS DE EMERGENCIA

POR EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

I

En ocasiones es conveniente volver la vista al pasado y comprobar que algunos fenómenos presentes registran antecedentes lejanos. La propia ley 49, pionera en materia de delitos federales y única ley penal o semicódigo (sin parte general), tipificadora de los delitos federales, fue sancionada bajo el apremio de las guerras civiles en las provincias, especialmente la de Peñaloza en La Rioja. Pero sin duda que la primera ley penal surgida de una emergencia coyuntural fue la 7.029 de 1910, llamada de "Defensa social" —sancionada bajo el efecto de los atentados anarquistas y al día siguiente de la explosión de una bomba en el teatro Colón— votada por la Cámara de Diputados en sesión permanente. Un testigo, del que no cabe sospechar ninguna simpatía por el anarquismo, Rodolfo Moreno (h.), relata de este modo el episodio: "Triste impresión deja la misma. La controversia fundamental no se produce, reduciéndose el debate a frases altisonantes en las que parece preocupado cada legislador en exhibir su falta de temor a los atentados. Un torneo de moreirismo oratorio y no de cuestión social implica tal debate, en el que se tocan con desorden cuestiones variadas sin resolver científicamente las dificultades. Y tan desordenada aparecía la votación que fue necesario designar una comisión de tres diputados para que coordinasen la ley después de votada". La ley mereció durísimas críticas de otros hombres en ese tiempo, como Julio Herrera.

Años más tarde, en 1932, el gobierno de Justo remitió dos proyectos al Senado, en el segundo de los cuales proponía reformas al Código Penal, a las que en el curso del debate parla-

mentario se agregó la pena de muerte por electrocución. Lo hacía bajo la impresión de algunos secuestros y homicidios y del accionar de unas pocas bandas delictivas que llamaban la atención de la prensa. El proyecto fue discutido en el Senado en 1933. Lo atacó Alfredo Palacios, fue defendido por Arancibia Rodríguez con el argumento del aumento de la criminalidad y mereció una publicación crítica del Senado, aunque pereció en Diputados. Otra vez Rodolfo Moreno dirigida por José Peco en 1936. Obtuvo media sanción toma la palabra: "Cuando empezó a afirmarse reiteradamente que los delitos habían aumentado en una gran proporción, rechacé por instinto el aserto, pero cuando en todas partes, profesores, políticos, hombres de gobierno repetían el estribillo, dudé y empecé a pensar que la obra realizada con tan buena fe y propósitos tan elevados, podía no haber sido conveniente. Pero como en materia de números no son las afirmaciones las que fijan la verdad, me dediqué a buscarlos y los resultados de mis investigaciones fueron completamente contrarios a los que se vertían en la propaganda corriente. Ésta había penetrado tan eficazmente con la constante expresión que cuando exhibí las cifras a algunos colegas experimentaron sorpresa y debimos examinar juntos las planillas para que rectificasen sus impresiones."

II

Desde entonces el fenómeno que se insinuaba en estas anécdotas ha crecido y adopta diversas manifestaciones. Se combina con otro, que es el crecimiento desmedido de leyes y disposiciones penales. En parte se superpone con éste, pero bueno es de notar que no en forma total. De allí que creamos conveniente considerar en conjunto las características de las modalidades contemporáneas de legislación penal, para luego tratar de distinguir cuáles de sus manifestaciones corresponden a la emergencia.

Bueno es advertir, para el caso argentino en particular, que algunas novedades institucionales en los ámbitos de los poderes Ejecutivo y Legislativo, tienden a favorecer la producción de un considerable número de disposiciones penales. En el Ejecutivo, después de muchos años en los que el Ministerio de Justicia no existía, siendo una dependencia de la cartera de "Educación y Justicia" (antes "Justicia e Instrucción Pública"), reaparece como cartera propia en el gabinete, con lo cual es natural que prepare

proyectos de leyes y especialmente de leyes penales, para justificar su escasamente explicable presencia. En el Legislativo, hasta la segunda década del siglo no había comisión de legislación penal en ninguna de las Cámaras del Congreso. Con Rodolfo Moreno se creó en Diputados como comisión especial de legislación penal. Pero luego se transformó en comisión permanente. En el Senado nunca existió esa comisión, pero se creó en los últimos años. La ley penal siempre es excepcional, Lo que responde a la naturaleza fragmentaria de sus prohibiciones y al carácter sancionador de la materia. Su correlato legislativo no se adecua a estos caracteres: comisiones parlamentarias permanentes para proyectar leyes que siempre son excepcionales, no es una fórmula conveniente.

III

Lo cierto es que nos hallamos frente a una creciente legislación penal producida en los últimos años, de la que podemos señalar los siguientes casos principales de riesgos:

a) La legislación penal tiende a descodificarse: el ideal de organicidad legislativa, completividad del texto, claridad prescriptiva, propio de la codificación como heredera del enciclopedismo e hija de la Ilustración y del pensamiento liberal, es decir, el ideal moderno de *código* parece ignorado por los legisladores posmodernos.

b) Por otro lado se observan directivas transnacionales temporalmente prolongadas, que imponen prácticamente a todos los países legislaciones penales especiales diferenciadas de la legislación penal ordinaria: el caso más claro es toda la legislación en materia de tóxicos prohibidos. Las presiones provocan en algunos países legislaciones aberrantes que violan todas las garantías de cualquier Derecho Penal civilizado: leyes penales retroactivas, procesos penales secretos, comisiones especiales, limitaciones al derecho de defensa, instrucciones a jueces, premios a delatores, autorizaciones judiciales para cometer delitos, etc. Resucitan de este modo las viejas instituciones inquisitoriales y se legitiman por su pretendida practicidad.

c) El modelo económico *globalizador* condiciona desocupación y, por ende, expulsión del aparato productivo y exclusión social, lo que genera un general aumento de la conflictividad

social, la reiteración casi permanente de las campañas de ley y orden y el impulso para que operadores políticos, impotentes para producir cambios significativos (reducidos a una función política gerencial), respondan con una ideología de seguridad ciudadana que se traduce en leyes represivas que no sólo alteran toda racionalidad en las escalas penales, sino que son de imposible cumplimiento: en algunos países de la región existen penas de cincuenta, sesenta y más años, en otros se propone la pena de muerte, aunque se sabe que para ello deben excluirse del sistema americano, lo que es políticamente impensable de momento. Se trata de leyes penales frontalistas; se las puede calificar así tomando prestada la denominación de la arquitectura autoritaria, que tiende a impresionar al observador por su monumentalidad.

d) La sociedad de comunicación tiene el mérito de poner en descubierto situaciones que permanecían normalizadas, como abusos sexuales a niños y mujeres, explotación de situaciones de superioridad laboral o funcional, etc. La respuesta de los operadores políticos para renormalizar estas situaciones sin resolver el problema, son leyes penales que crean tipos insólitos: el acoso sexual es uno de los más difundidos inventos, con su secuela de indefinición, vaguedad, etcétera.

e) Los estados se encuentran frente a una notoria disminución de su capacidad recaudadora, por efecto de un sistema fiscal basado en el consumo y que, por ende, hace recaer la mayor incidencia impositiva sobre los sectores más desfavorecidos. Además, esos sistemas fiscales se ven en la necesidad de recaudar más cuando se produce menos. No es extraño que pretendan valerse para ello de un Derecho Penal fiscal que se oriente hacia la recaudación en forma preferente o exclusiva: el interés del fisco no es prevenir nada sino recaudar más.

f) Por último, parece haber cundido una técnica legislativa según la cual es aconsejable que en casi todas las leyes no penales se incorpore algún tipo penal y, por ende, aparecen tipos penales en leyes totalmente alejadas de la materia, redactados descuidadamente, por asesores y técnicos preocupados en otras incumbencias jurídicas. En buena medida ésta —sumada a la anterior— es la base del fenómeno que se conoce como *administrativización* (aunque nos parece más correcto llamarlo *banalización*) del Derecho Penal.

IV

En síntesis, podemos afirmar que observamos en la legislación penal creciente los siguientes caracteres: descodificación, transnacionalización, frontalismo, renormalización, fiscalización y banalización.

La descodificación es una característica general, en tanto que las otras se presentan por lo general aisladas, sirviendo para tipificar las leyes penales posmodernas según su rasgo o motivación predominante, en leyes penales: *a)* transnacionalizadas, *b)* frontalistas, *c)* renormalizantes, d) recaudadoras y *e)* banalizantes.

En general, podemos decir que los dos últimos tipos de dispositivos penales no pueden calificarse de Derecho Penal de emergencia: la instrumentación coactiva del poder punitivo como medio de cobro de impuestos no responde a un Derecho Penal de emergencia, sino a una degradación extorsiva de la ley penal, que a un sistema impositivo selectivo en perjuicio de los de menores rentas suma la coacción del poder punitivo que también es selectiva en perjuicio de los mismos; tampoco es Derecho Penal de emergencia el Derecho Penal banalizado o administrativizado. Se trata en ambos casos de otro fenómeno, que es el avance del Estado de Policía sobre el Estado de Derecho mediante la proliferación irresponsable de dispositivos penales: pura irresponsabilidad republicana del legislador.

Los tres primeros supuestos entendemos que se superponen con lo que puede llamarse legislación penal de emergencia, si por tal entendemos una legislación que: *a)* se funda en un hecho nuevo, pretendidamente nuevo o extraordinario; *b)* la opinión pública reclama una solución a los problemas generados por tal hecho; *c)* la ley penal no resuelve el problema, pero tiene por objeto proporcionar a la opinión pública la sensación de que tiende a resolverlo o a reducirlo; *d)* adopta reglas que resultan diferentes de las tradicionales en el Derecho Penal liberal, sea porque lo modifican en su área o en general, porque crean un Derecho Penal especial o alteran el Derecho Penal general.

V

En este sentido, las leyes penales frontalistas, transnacionalizadas y renormalizantes son Derecho Penal de emergencia, al tiempo que son fuente de legislación penal creciente.

Las emergencias no son nuevas en los discursos legitimantes del poder punitivo: por el contrario, éste renace para quedarse durante el resto del milenio y proyectarse al próximo, confiscando a las víctimas, en la Edad Media (siglos XI y XII) justamente con una emergencia: el ataque de Satán y las brujas. Las transnacionalizadas tienden a ser males cósmicos que, por ende, requieren soluciones extremas y no convencionales. De allí la Inquisición, que deroga el acusatorio y la legalidad, como principios que se implican recíprocamente. A ello se agrega el defensismo (siempre se trata de un discurso de defensa), el simplismo conceptual, la renuncia a los planteos fundamentales y el desprecio por toda la doctrina que no los legitime. Estas características son propias de la legislación de los Estados de Policía: no hay ley nazista, fascista o stalinista que no haya sido de *defensa* o de *protección*.

VI

Abundar en estas consideraciones es innecesario: es posible ejemplificar y mostrar los absurdos y recrearse relatando las múltiples manifestaciones inquisitoriales a que dan lugar, pero no se trata de eso. La cuestión finca en que el Derecho Penal de emergencia y la creciente legislación penal que lo acompaña (y la que se produce fuera de su ámbito) responde a ideologías políticamente antiliberales que van marcando una tendencia que pone en peligro al Estado de Derecho, amenazado por el poder arbitrario que esas leyes otorgan a las agencias ejecutivas del sistema penal.

Frente a esto, cabe preguntarse cuál es nuestra función, es decir, la del segmento académico del sistema penal, o sea, como agencia ideológica del mismo. Sin duda que la respuesta se plantea en el marco del poder. En ese marco, como académicos sólo disponemos del poder del discurso.

Aunque su dimensión sea aparentemente limitada, por cierto que no se trata de un poder menor: sin discurso no se puede ejercer el poder. Por consiguiente, la conclusión elemental de esta ecuación es que debemos poner en juego nuestro poder discursivo contra esta tendencia y en defensa del Estado de Derecho. En la medida en que la doctrina deslegitime esta tendencia y deje sin discurso al poder, éste deberá buscar —como todo poder irracional— discursos de nivel más irracionales y, por ende, menos creíbles.

Traicionamos nuestra misión reforzadora del Estado de Derecho en la medida en que renunciamos a un discurso que deslegitime esta tendencia o en que pretendamos racionalizar sus desatinos. Los legisladores parecen hallarse en una encrucijada que los lleva a incentivar la demagogia vindicativa y represiva y a abjurar de los principios rectores del Derecho Penal liberal: nuestra tarea es la de postular la inconstitucionalidad de esta tendencia. El Derecho Penal liberal no necesita hoy derivarse de la razón (como en tiempos de Carmignani o Carrara) sino que halla positivizados sus postulados en los instrumentos constitucionales e internacionales.

No podemos olvidar que en casi toda América latina hemos adoptado el control de constitucionalidad norteamericano, pero también adoptamos la Doctrina Penal europea continental, especialmente confeccionada a la medida de sistemas que no se planteaban la inconstitucionalidad porque no la conocían. Europa conoce el control de constitucionalidad recién después de la Segunda Guerra; mientras desde su origen, el sistema americano quiso poner jueces a controlar legisladores (recurso de inconstitucionalidad), el sistema europeo —desde la Revolución Francesa y desde Napoléon— quiso poner legisladores para controlar jueces (recurso de casación). En el sistema americano los jueces cumplen una clara función política (declarar la inconstitucionalidad de las leyes y preservar la supremacía constitucional) en tanto que en el sistema bonapartista cumplían una función meramente burocrática. Nuestra tarea no es otra, en esta hora, que reconstruir doctrinariamente el Derecho Penal partiendo de la premisa de que las primeras leyes a incorporar en nuestra construcción son las internacionales y las constitucionales, y entendiendo que las mismas proporcionan la base a una realización progresiva de sus principios que estamos encargados de impulsar. En síntesis: sólo podemos enfrentar el fenómeno que nos ocupa cumpliendo con nuestras Constituciones y con los tratados internacionales.

La contradicción entre estos preceptos supremos y las leyes que a diario se sancionan permite adoptar dos actitudes: la primera es la de quienes prefieran tratar de acortar la brecha contradictoria cayendo en la racionalización legitimante; la segunda es la de quienes optamos por destacarla como irreductible. Si bien esta opción es política, porque es una opción de poder, como el Derecho siempre se refiere al poder, también es una opción jurídica y como tal, es en el fondo una opción de conciencia.

A modo de sumario

El crecimiento desmedido de la legislación penal no corresponde siempre a un Derecho Penal de emergencia: ambos fenómenos son secantes. El primero surge como resultado de leyes que pueden ser: *a)* condicionadas transnacionalmente, *b)* frontalistas, *c)* renormalizantes, *d)* recaudadoras y *e)* banalizantes.

La emergencia: *a)* se funda en un hecho nuevo, pretendidamente nuevo o extraordinario; *b)* la opinión pública reclama una solución a los problemas generados por tal hecho; *c)* la ley penal no resuelve el problema, pero tiene por objeto proporcionar a la opinión pública la sensación de que tiende a resolverlo o a reducirlo; *d)* adopta reglas que resultan diferentes de las tradicionales en el Derecho Penal liberal, sea porque lo modifican en su área o en general, porque crean un Derecho Penal especial o alteran el Derecho Penal general.

Si comparamos ambos términos, veremos que las dos últimas modalidades de leyes penales posmodernas no responden al Derecho Penal de emergencia, aunque forman parte del crecimiento de la legislación penal.

Para enfrentar todo el fenómeno que pone en riesgo al Estado de Derecho, los operadores del segmento académico o ideológico del sistema penal no tenemos otro recurso ni otro poder que el de discurso. Esto nos impone una reconstrucción doctrinaria del Derecho Penal partiendo del privilegio indiscutido y progresivo de las normas internacionales y constitucionales, en los cauces del más puro Derecho Penal liberal. Frente al fenómeno que abre una brecha enorme entre estas disposiciones y las leyes penales posmodernas, tenemos una opción: tratar de racionalizar las últimas y acortar la brecha; o destacar la misma y postular su inconstitucionalidad. La decisión es una cuestión política, pero también jurídica y, en último análisis, de conciencia.

XXXI. LA CRECIENTE LEGISLACIÓN PENAL Y LOS DISCURSOS DE EMERGENCIA

POR GUILLERMO J. FIERRO

El tema asignado a este panel, esto es, "la creciente legislación penal y los discursos de emergencia", nos muestra desde su inicio la posibilidad de abordarlo desde distintos ángulos. Lógicamente, un primer aspecto a considerar, que podríamos denominar como el *enfoque experimental*, apuntaría a verificar la exactitud o no de la premisa sugerida en el título del tema que nos ha sido fijado y, en su caso, a determinar su extensión y alcances; a establecer —entre otras situaciones— si esta tendencia tiene en realidad un nivel creciente o se mantiene estable con relación a otras épocas; a precisar en qué medida ella responde a necesidades reales de la comunidad o, por el contrario, si resulta totalmente injustificada y es la lamentable consecuencia de una pésima política criminal.

Va de suyo, que para llevar a cabo tal investigación habrá que establecer previamente la amplitud que se le acuerda a la expresión "discursos de emergencia", esto es, si sólo se refiere a situaciones límites para la seguridad social consideradas de tal manera por el poder político —como podrían ser en la actualidad el terrorismo o el narcotráfico en algunas sociedades— hipótesis que por algunos han sido denominadas como *derecho excepcional* o si, en cambio, ella es más amplia y abarca a toda la problemática que ese poder político estima requiere de sanciones penales para poder ser debidamente encauzado. Además, habría que analizar si los dos componentes constitutivos del tema que nos ocupa, se encuentran indisolublemente unidos tal como se los enuncia o si, por el contrario, ellos pueden correr caminos separados y hasta divergentes.

Al respecto, pondremos de relieve que como se lo ha señalado en numerosos ámbitos, es posible constatar en la actualidad un notable incremento de normas penales especiales dictadas al

solo fin de castigar incumplimientos a situaciones muy puntuales, propias de una coyuntura o de una determinada política económica, la mayoría de las cuales tratan de aportar vanamente soluciones punitivas a lo que —en un sentido amplio— se ha dado en llamar los "discursos de emergencia". Hay, empero, otras situaciones en que si bien ellas importan un aumento considerable del catálogo de disposiciones penales actualmente vigentes en nuestro Derecho, su incorporación se encuentra plenamente justificada, según veremos luego.

Entre las primeras, esto es, aquellas que encuadran perfectamente dentro del esquema enunciado como la creciente legislación penal y los discursos de emergencia, necesariamente contingentes, podemos señalar —sin pretensión de formular una enunciación exhaustiva y circunscribiéndonos al último lustro— a las recientes disposiciones penales dictadas con relación a la violencia en los espectáculos deportivos, las que se vinculan con los trasplantes de órganos, con el sistema integrado de jubilaciones y pensiones, con el contacto de menores con sus padres no convivientes, con la protección contra la violencia familiar, con la ley de cheques, con los riesgos del trabajo, con la ley nacional de alcoholes, con la factura de crédito, con el régimen penal tributario, etcétera.

Con relación al aumento de normas cuya existencia se justifica ampliamente, nos encontramos que como consecuencia de la reforma constitucional llevada a cabo en 1994 han adquirido rango constitucional numerosos tratados y convenciones cuyos principios y preceptos modifican en gran medida algunos capítulos de nuestro Derecho represivo, pues con dichos tratados no sólo se han ampliado considerablemente las fuentes del Derecho Penal argentino y en ellos se incriminan acciones antes impunes, sino que también se han jerarquizado principios ya reconocidos en nuestro Derecho como el de la ley penal más benigna; se ha afirmado decididamente el principio abolicionista descartando la posibilidad de imponer la pena de muerte, se ha restringido el ámbito de aplicación de algunas eximentes como la obediencia debida, el cumplimiento del deber, etcétera.

Un segundo enfoque al tema encomendado, de naturaleza estrictamente dogmática, luego de constatar el efectivo crecimiento del material normativo vigente, reaccionará tratando de organizar el farragoso cúmulo de las disposiciones

legales nuevas, la mayor parte de las veces aisladas y hasta contradictorias entre sí, pues es menester reconocer que por lo general ellas no nacen en lucidos encuentros académicos, sino que constituyen la respuesta al impulso de las necesidades apremiantes de la sociedad y otras veces, son el producto de compromisos políticos, legítimos o no, que determinan que la ley sea ésa y no otra. Todo ese material normativo que parece fluir sin cesar debe necesariamente ser reducido a un sistema coherente y, por sobre todo, previsible. Con ello, bueno es destacarlo, la dogmática penal presta una generosa contribución a la causa de la libertad humana, pues cuando el capricho, la arbitrariedad y la improvisación se convierten en las guías que regulan la interpretación y la aplicación de la ley penal, es seguro que algún ciudadano ha de pagar un alto precio por ello.

En otro orden de ideas, nos encontramos con que el Derecho, más allá de toda duda, es un valioso instrumento creado por la cultura humana tendiente a regular la vida del individuo en sociedad y de tal modo posibilitar la convivencia fecunda. Pero a la vez es necesario destacar que, curiosa y paradojalmente, lo que actualmente nos preocupa no es la carencia de este valioso producto cultural, sino su sobreabundancia. Es evidente que el que mucho manda, mucho también prohíbe y una vez desatado el desenfreno regulatorio, resulta muy difícil ver con anticipación hasta dónde llega el límite. Entre una regulación que diga "aquí se pasa por la derecha" y otra que diga "aquí no pasa nadie" no hay una diferencia cualitativa, a pesar de que la primera norma haya sido dictada con el plausible propósito de favorecer la correcta circulación y la otra para impedirla y castigarla. Ahora bien, ni el exceso de literatura, de arte o de ciencia provocan inquietud alguna y, sin embargo, sí la genera la circunstancia de que el Derecho crezca más allá de su justo nivel, ¿será acaso porque él se alimenta necesariamente de algo que nos es también imprescindible, como lo es la libertad? El Derecho absorberá toda la que los hombres le den y en la medida en que crecen las regulaciones disminuyen las posibilidades de acción espontánea del ciudadano.

Ello nos pone de relieve que hay también un tercer enfoque, que es el que quiero enfatizar, poniendo el acento en la primera parte del tema que nos fuera asignado, esto es, aquella que se refiere a la proliferación legislativa. Sin entrar a analizar el moder-

no cuestionamiento que desde distintos ángulos se formula a la legitimidad del derecho represivo, me interesa considerar el problema desde la óptica quizá mal llamada tradicional y apuntando más hacia la naturaleza que le es propia al Derecho. Nuestro punto de vista intenta mostrar, desde adentro del sistema normativo, el grosero error conceptual que anida en la creencia de que cuanto más se regule la actividad humana, que cuanto más se discipline el quehacer de los ciudadanos para obligarlos a que hagan o dejen de hacer acciones contrarias a su propia voluntad, que cuanto más se restrinja y coarte su desenvolvimiento espontáneo, mejores resultados se obtendrán en orden a lograr una adecuada convivencia social. Pero ese proceso regulativo creciente —como lo enseñó Soler— bien pronto le mostrará al legislador mandón e impaciente, una comprobación sorprendente, esto es, le mostrará cuáles son las limitaciones propias que tiene el Derecho y le mostrará también, cuál es la magnitud de la impotencia legislativa.

Ese legislador ignorante y autoritario, no comprende que para que la ley cumpla con eficacia su cometido, tiene que contar con la buena voluntad de sus destinatarios en una medida mucho mayor que lo que él cree, porque si no cuenta con su asentimiento, no hay manera alguna de lograr el resultado buscado. El fin mismo del Derecho consiste en suscitar el libre cumplimiento de los deberes y no se satisface con el mero castigo por no haberse ejecutado lo ordenado. Pero como dicho legislador no entiende cuál es la verdadera función del Derecho, cree que el incumplimiento a sus mandatos se soluciona con nuevas y más extensas regulaciones y no advierte que el acatamiento espontáneo a la ley —testimonio inequívoco de la salud de una sociedad— se halla gravemente perturbado frente al fenómeno de crecimiento del Derecho y ello así, por la sencilla y primaria razón de que esa proliferación de normas impide conocerlas a todas para poder acatarlas.

Parafraseando a Hassemer, ese "presupuesto trivial" constituye una primera causa externa que conspira contra la obediencia al Derecho y ella reside en que la cantidad creciente de minúsculas previsiones, tornan reacio al ciudadano a meterse en los cada vez más frondosos vericuetos legales. Tal situación, como no podía dejar de serlo, es verificada por parte del legislador profano quien advierte con disgusto que una gran parte de sus mandatos no se cumplen de buen grado o no se cumplen en lo absoluto, porque es natural que quien mucho manda, mucho tam-

bién puede ser desobedecido. Lo antedicho nos lleva de la mano a otro proceso inescindiblemente vinculado con el que acabamos de describir, que es, en definitiva, el que se refiere al tema cuyo análisis nos ha sido encomendado.

Nuestro legislador, en vez de aprender la lección procura salirse con la suya y considera torpemente que lo que nc consiguió por las buenas lo ha de lograr por las malas, y he aquí cómo se ingresa a ese nefasto pensamiento que cree que con el Código Penal en la mano[1] se ha de solucionar cualquier problema social, fuere de la naturaleza que fuere. Es así como se recurre a las medidas extremas de que el Derecho dispone cómo se llega al tope último de todo orden normativo. La multiplicación legislativa, por una lógica interna del sistema, nos conduce necesariamente a una penalización de grandes áreas del mundo jurídico.

En gran medida ello también se debe a que al haber el Estado impuesto estos nuevos deberes y obligaciones él es quien aparece directamente lesionado o herido por la falta de acatamiento a sus dictados, y así el incumplimiento de las normas a las que aludíamos antes, dejan de ser incumplimientos y son cada vez más sentidas como desobediencias y tales desobediencias no pueden ser toleradas ni quedar impunes, deben ser castigadas. El germen totalitario que existe en esta línea de pensamiento, es por todos conocida.[2]

Ahora bien, lo único que en el Derecho expresa claramente una prohibición y un castigo a la desobediencia es la pena y

[1] Roxin, Claus: *Problemas básicos del Derecho Penal.* Trad. y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Reus, Madrid, 1976, p. 21; "El Derecho Penal es de naturaleza subsidiaria. Esto es: sólo se pueden penar las lesiones de bienes jurídicos y las infracciones contra fines de la Previsión Social, si ello es ineludible para una vida comunitaria ordenada. Donde basten los medios del Derecho civil o del Derecho público, ha de retraerse el Derecho Penal... Por ello y por ser la reacción más enérgica de la comunidad, sólo puede recurrirse a ella en último extremo. Si se la utiliza donde basten otros procedimientos más suaves para preservar o reinstaurar el orden jurídico, le falta la legitimación de la necesidad social... En esta idea de subsidiariedad que, en mi opinión, se debe deducir directamente del sentido de la pena, hay ya comprendido todo un programa de política criminal.

[2] Soler, Sebastián: *Bases ideológicas de la reforma penal*, Eudeba, Buenos Aires, 1966, p. 41. "Las nuevas tendencias ideológicas, al repercutir en nuestra legislación penal, comportarán una orientación diferente en el sentido de lo que podríamos llamar su estatización y crecimiento. Claro está que todo Derecho Penal es Derecho público, del Estado, pero llamamos estatización a cierta tendencia que lleva a un desarrollo excesivo, a una proliferación de figuras delictivas de tipo político y a una especie de militarización de todo el sistema como consecuencia de hacer prevalecer la idea común y niveladora de obediencia sobre la idea del valor objetivo y relativo de los diversos bienes jurídicos.

cuando se llegó a este punto se tocó fondo en ese proceso perverso que nace a partir del exceso regulatorio. Cuando a pesar de la amenaza penal se sigue robando, la ley represiva no puede hacer nada más. Acaso haya otros medios y procedimientos alternativos para que no se robe o se robe menos; desde elevar el nivel de vida de la sociedad, hasta el mejoramiento de la iluminación en los barrios y el aumento en la vigilancia policial. Pero la norma prohibitiva del robo, como tal, cuando ha establecido una sanción ha hecho lo más que podía hacer, y salvo el aumentar su gravedad, no tiene otra opción.

Cuando llegamos al plano de las sanciones penales, cuando hemos penalizado grandes zonas del Derecho, podemos creer que por ese camino, es decir a los palos, lograremos la obediencia total que no se nos prestaba por la buenas. Pero nos espera otra sorprendente e insospechada comprobación: la amenaza penal *no impide* el delito; sólo se limita a blandir contramotivos psíquicos que pueden o no lograr su propósito disuasorio.[3] Y como hemos señalado antes, la comprobación de que pese a los palos, los delitos siguen ocurriendo, la reacción estúpida sólo atina a agravar las penas o a crear nuevos delitos.

Echarle la culpa al Código Penal, a su lenidad real o supuesta, es un expediente sencillo y cómodo, así como también lo es superficial y prepotente,[4] pues hay mucha gente que cree que cada vez que se comete un crimen con ello se pone en evidencia un defecto de la ley penal, pues se estima que la razón de ser de

[3] Hassemer, Winfried: *Fundamentos del Derecho Penal*.. Trad. por F. Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1984, p. 384. "La capacidad motivadora de la conminación penal y de la ejecución de la pena tampoco está exenta de objeciones. Estas objeciones se derivan de la rigidez jurídico racionalista de la idea preventiva general, que desprecia soberanamente la 'irracionalidad' fáctica de las personas. La tarea de prevención general espera un *homo oeconomicus* que generalmente no existe. Supone que el delincuente potencial pondera los inconvenientes y ventajas de su hecho y que luego desiste de cometerlo porque el sistema jurídico penal, con la conminación penal y con la posibilidad de la ejecución de la pena, ha tenido el cuidado de que no merezca la pena cometerlo.

[4] Hassemer, Winfried: *Crítica al Derecho Penal de hoy*. Trad. de Patricia S. Ziffer, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995, p. 65. "Las experiencias con los 'déficit de ejecución' del Derecho Penal moderno, y con el 'Derecho Penal simbólico' enseñan que el agravamiento del instrumental del Derecho Penal *(more of the same)* no siempre mejoran su idoneidad para la solución de los problemas; esto puede originarse en que la subsidiariedad del Derecho Penal en relación con otras estrategias de solución jurídicas, o en su caso estatales o sociales, no es solamente un principio normativo, sino que, además, está bien fundamentado empíricamente: los medios del Derecho Penal sirven solamente para algunas pocas situaciones problemáticas".

esa ley penal es la de impedir la comisión de hechos delictuosos. Reaccionar contra la ley es fácil, la crítica ligera se contenta con verificar la mera comisión de hechos delictivos y de ese modo cree poner en evidencia su fracaso. Pero luchar contra esos hechos delictivos y contra las causas que los originan, eso ya es harina de otro costal.

En el fondo hemos ido a parar a la idea de *suprimir* el delito, una de las más funestas que han trabajado en la historia de la crueldad humana, a la cual se le agrega la no menos nefasta que ese objetivo se logra mediante el escarmiento, porque cada nuevo delito muestra la insuficiencia del poder impeditivo que tiene la pena amenazada con que se lo había creído conjurar. No hay, pues, más remedio que aumentarla y en esta suerte de escalada terminamos como decía Dorado Montero matando insectos a cañonazos y hasta los umbrales del siglo XIX, el Derecho Penal se movió dentro de ese mecanismo que mereció la estigmatización de Carrara cuando sostuvo que la idea de que el Derecho Penal debe extirpar los delitos de la tierra conduce en la ciencia penal a la idolatría del terror.[5]

En síntesis, la creciente legislación penal encuentra su causa profunda en el desconocimiento que generalmente padece el legislador acerca de las limitaciones que tiene el Derecho en general, y el Derecho Penal en particular, y en virtud de ese desconocimiento es que se generan las expectativas infundadas que se depositan en ellos. La multiplicación legislativa y su correlativa penalización, reduce un sistema jurídico al absurdo, porque al exigir de él lo que no puede dar, ello nos dirige a un camino equivocado que termina en impotente crueldad y en su desprestigio como instrumento insustituible de la convivencia humana.

[5] Carrara, Francesco: *Programa de Derecho Criminal*. Parte Especial, vol. I, Temis, Bogotá, Buenos Aires, 1957, t. 3, p. 14. "Empero, el principio de la tutela jurídica no debe entenderse a la letra y materialmente, como si la misión del Derecho Penal fuera la de obtener de un modo efectivo que el Derecho 'nunca' sea violado sobre la tierra; éstos son sueños del vulgo, que busca en el juez el hombre destinado, según él, a asegurarle perpetuamente su persona y sus bienes, a la manera de la mujer sencilla que busca en el médico al hombre destinado, según ella, a librarla en un instante de todos los males del cuerpo. Sueños son éstos, que producen en la vida práctica desengaños y dolores, y en la ciencia aberraciones funestas. La estrafalaria idea de que la medicina debe extirpar todas las enfermedades, conduciría a la ciencia de la salud al empirismo, así como conduce al pueblo a tener fe en los curanderos. Y la insensata idea de que el derecho punitivo debe extirpar de la tierra todos los delitos, lleva a la ciencia penal a la idolatría del terror, y al pueblo a la fe en el verdugo, que es el verdadero curandero del Derecho Penal".

En definitiva, es nuestra tarea hacer docencia, enraizando la firme creencia en la sociedad que la ley penal no tiene por fin eliminar los delitos[6] y que la pena más eficaz no es aquella más grave, sino la que mejor guarda relación y proporción con el valor de los bienes e intereses jurídicos tutelados por ella. También habrá que enseñar en un claro mensaje, que las regulaciones de orden penal requieren para ser impuestas de un aparato coactivo que vigile la conducta humana, y esos vigilantes son también hombres y, con suma frecuencia, no precisamente los mejores.

[6] Hassemer, Winfried: *Fundamentos...*, p. 396. "Si se contemplan la conminación penal y la ejecución de la pena más allá del ámbito de lo estrictamente jurídico, como 'partes del control social', se ve con claridad cuál es su sentido y la tarea irrenunciable que tiene que cumplir. A diferencia de lo que sucede con otras instancias socializadoras, pero en relación con ellas, la conminación penal y la ejecución de la pena deben y pueden, abierta y públicamente, afirmar y asegurar las normas fundamentales de nuestra sociedad. Desde esta perspectiva se realiza la tarea preventiva general del Derecho Penal; pero no sólo cuando criminaliza y agrava las penas ya existentes, sino también cuando descriminaliza o atenúa las penas".

XXXII. LA CRECIENTE LEGISLACIÓN PENAL Y LOS DISCURSOS DE EMERGENCIA

POR JUÁREZ TAVARES*

1. *La perspectiva de la política criminal*

La cuestión de la política criminal, que en Brasil es relegada a un plan secundario por parte de los juristas, no puede ser entendida correctamente sin una referencia al sistema político y económico que la genera y sirve de su substrato. Este hecho pasa quizá desapercibido en el ámbito del Derecho Penal, porque no pudimos aún superar a la herencia del positivismo, que toma la norma jurídica como su instrumento conceptual tautológico.

Distintamente del sistema social de estructura centralizada que corresponde a la creación del positivismo, que no está incluso descartado de la teoría jurídica de los países centrales, Brasil vive hoy los efectos de otro programa, justo en el sentido inverso, es decir, en el sentido de la descentralización. La cuestión que se debe discutir está en determinarse si el nuevo modelo ha efectivamente transformado la base de su actuación en contra de la criminalidad y en qué medida.

El programa del neoliberalismo, que es el sustentáculo teórico del sistema social al que se quiere ajustar el país, viene divulgando, por todos los sitios, que el Estado moderno debe asentarse básicamente en la protección de la economía de libre mercado y en la disminución de su intervención, de tal modo que se puedan reservar al sector público solamente las tareas que le sean propias, quiere decir, las consideradas necesarias e indispensables a su manutención, como las referentes a la salud pú-

* Profesor titular de Derecho Penal y decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Río de Janeiro.

blica, al saneamiento, a la educación básica, a la seguridad etc. Éste es el discurso común a los políticos y economistas oficiales de todos los continentes, principalmente de América latina. Además de discurso político o económico, éste es un discurso ideológico, que busca justificar su actuación de modo a tornar creíble la idea que estamos en los límites de una nueva era, donde los grandes conglomerados y las fuerzas exclusivas de la iniciativa privada son capaces y más que suficientes para proporcionar a todos un estado de bienestar y libertad, y evidentemente de absoluto control de la criminalidad.

Como todo discurso ideológico, este buscar legitimar la actuación del Estado, como un representante consecuente del interés general de la nación. Pero, parece que entre discurso y realidad hay una larga distancia. En Brasil o afuera, las inversiones, la reforma del Estado, el control y la manipulación económica, y la formación de los acuerdos fueron incapaces de evitar todas las llagas, principalmente aquellas que este modelo registra que puede evitar, como, por ejemplo, las quiebras de las economías emergentes, la especulación financiera, el dominio englobalizado de los cambios y del comercio internacionales, por parte de los países centrales, la perpetuación del poder en el sentido de una verdadera reedición de las monarquías absolutas, la entrega injustificada y perniciosa de bienes públicos, el desempleo y la miseria. Ni hablar de la cuestión de la protección de los derechos humanos, que, al lado de los pactos y convenios internacionales, todavía no ha conseguido superar sus contradicciones y sigue siendo para los neoliberales lo que siempre fue para los pregoneros del autoritarismo, un estorbo, en la más perfecta acepción de la frase célebre, muy bien recordada por Joerden y contenida en Mein Kampf: *Menschenrecht bricht Staatsrecht.*[1]

No es extraña, por eso, la observación escéptica y percusiente de Hassemer sobre las perspectivas de la política criminal en Alemania, que el Derecho de la persecución penal, el Derecho Procesal Penal se ha transfigurado en los modelos de un Derecho policial, donde los fines de prevención se integraron en los objetivos puramente represivos, pero, ahora, conforme a una vi-

[1] Joerden, Jan: "Wird politische Machtausübung durch das heutige Strafrecht strukturell bevorzugt?" en *Goltdammers's Archiv für Strafrecht*, 5, 1997, p. 207.

sión funcional, no propiamente a la identificación del imputado, sino en la demostración de la eficacia del sistema.[2]

En base de esa eficacia, que viene asociada inexorablemente a los modelos de modernidad y de tecnología, se eliminan del proceso penal los principios tradicionales de concentración y publicidad, a favor de la ampliación de la investigación especializada, pero secreta (violaciones de secretos, escuchas telefónicas, acompañamiento disfrazado, agente encubierto, etc.) y extendida. El objeto de la investigación no será solamente el imputado y su hecho (concentración), sino las denominadas personas de contacto, que normalmente jamás serán llamadas al juicio, aunque, con el conocimiento de las autoridades, sean oficialmente enredadas. Bajo el pretexto de combate a la criminalidad organizada, se vuelve a los servicios secretos, se abusa de la expropiación de bienes sospechosos, se disemina la prisión para investigaciones y, para delitos comunes, se crean los agentes especiales. La política criminal se ha transformado, en suma, en política de seguridad, incluso con el llamado a la intervención de las fuerzas armadas.[3]

2. *El modelo neoliberal*

Esta política criminal, que Hassemer cualifica de sombría y que se transforma gradualmente en el más perfecto instrumento de guerra a los preceptos de los derechos fundamentales, es vieja conocida de América latina, desde la aventura tan nuestra conocida de la *seguridad nacional* hasta la práctica de los modelos neoliberales actuales, a base de la extensión de la represión penal y su diseminación.

El principio exclusivo de la eficacia, que fundamenta este modelo, no puede alejarse de sus consecuencias naturales, esto es, de la protección eficaz contra los perturbadores del orden económico y de sus metas culturales. En primer lugar, a través de medidas duras de represión a la criminalidad callejera (hurtos, robos, secuestros, etc.) por medio del aumento de recursos disponibles a los órganos de la persecución penal (aumento de penas, escuchas telefónicas, extensión de la prisión preventiva,

[2] Hassemer: "Aktuelle Perspektiven der Kriminalpolitik", en *Strafverteidiger*, 6-94, p. 333.

[3] Hassemer: ob. cit., p. 334.

rebeldía, imprescriptibilidad, procedimientos secretos, etc.) y, en segundo lugar, a través de los órganos privados de seguridad pública, que encarnan la esencia de este modelo. Se cumple aquí exactamente el sentido muy bien interpretado por Rosa del Olmo y los criminólogos canadienses Shearing y Stenning: el modelo de disciplina que se impone por la sanción penal deja de ser dirigido a una persona moralmente culpable para extenderse a categorías de personas que fomentan oportunidades para el desorden, y se crea por eso una nueva categoría de delincuentes, los denominados descuidados, que sólo tienen sentido dentro de los grandes conglomerados abiertos al público, la propiedad privada de masas.[4]

Teniendo en cuenta la realidad de nuestros países y aquellos paradigmas, este modelo de la política criminal neoliberal podría tener como características el siguiente:

a) Es propio de un contexto económico, donde las privatizaciones de sectores estratégicos del aparato público tornan confundida la separación entre Estado y empresas;
b) fomenta la orientación represiva extremadamente autoritaria para la criminalidad callejera;
c) amplía la orientación preventiva, incluyendo como criminales a las personas de contacto con los imputados, o aquellas susceptibles a causar pérdidas económicas; y
d) estimula a la extensión y la diversidad de las sanciones penales y extrapenales.

3. *La privatización del poder*

Sin embargo, este modelo de política criminal no se puede concebir ni tampoco entender como mera evolución teórico-práctica de las tareas de combate a la criminalidad, que se fueron desarrollando empíricamente. Su asiento es propio de la etapa posterior del capitalismo monopolista, que lanza sus bases políticas con las tesis de la trilateral de los años 70 y se profundiza con las propuestas de englobalización, entre cuyas consecuencias se puede añadir a la desagregación de los aparatos formales del Estado y su aprehensión por los conglomerados económicos.

El desmonte del Estado deja, por eso, de ser característica

[4] Olmo, Rosa del: *La criminología en la cuarta época: del saber al poder.* Trabajo presentado al congreso internacional sobre "La persona y el Derecho en el fin del siglo", Santa Fe, 1996.

única de los movimientos anarquistas o del ideario marxista de su *Absterben* para insertarse como meta de los neoliberales, que bajo el motivo de agilizar y modernizar a la economía, con el fin de ajustarse a los países y comunidades posindustriales, lanzan como tareas emergentes, entre otras, desde luego el programa de desestatización y, después, de privatizaciones. La desestatización concede a la iniciativa privada la oportunidad de dirigir sectores relevantes de la actividad pública, creando el espacio necesario a que las empresas pasen a considerar al Estado no más como gestor, sino como su concurrente económico, justo en las áreas en que la competencia debería ser la excepción y no la regla. No será necesario gran esfuerzo para captar los casos significativos de este cambio, ni siempre socialmente benéfico, por ejemplo, en el transporte de masas, en la seguridad social, en la salud pública, en la educación y en la seguridad pública. Las privatizaciones, a la vez, no constituyen fenómeno aislado en este contexto, sino el agotamiento del propio proceso, donde no solamente se cede la oportunidad de dirección, como se vende o se entrega a una pequeña parcela de las fuerzas económicas activas lo que fuera adquirido y dirigido por el Estado con recursos de todo el pueblo y, casi siempre, sin la participación de los compradores.

Conviene resaltar, en este paso, que estos procesos de *desmonte* del Estado no pueden ser vistos como obra exclusiva del ejercicio práctico de las teorías económicas. Al revés de lo que se pensaba y de lo que quieren representar los monetaristas del neoliberalismo, las teorías económicas, como, además, cualquiera teoría vinculada a la esfera del control social, sólo se vuelven eficaces y subsisten si son igualmente teorías políticas. Bajo el análisis de sus precedentes, los procesos de desestatización y de privatización representan en verdad la formalización jurídica y la ejecución de hecho de una nueva modalidad de legitimación del poder. En este sentido, es ilustrativa la frase proferida por Madsen Pirie, científico político del neoliberalismo y ministro especial del gobierno de Margareth Thatcher, que el proceso de privatización representa "la más grande transferencia de poder y propiedad desde la disolución de los monasterios bajo Enrique VIII.[5]

[5] Pirie, Madsen: "Privatization in Theory and Practice", Introduccion, Londres, 1988, p. 4, citado por Marcos Jordão Teixeira do Amaral Filho, en *Privatização no Estado Contemporâneo*, San Pablo, 1996, p. 36.

A la luz de esta transferencia de poder, el llamado *concreto pensado* de las teorías económicas, no obstante enmascarado por las fórmulas que buscan ecuacionarlo y presentarlo, no es constituido solamente del proceso desarrollado en la estructura del control social sobre la producción, circulación y distribución de bienes, sino de las disposiciones jurídicas y de las medidas prácticas a justificar el poder político. El Estado no fue jamás, principalmente en América latina, un órgano independiente de las fuerzas económicas y del poder dominante, un representante de los objetivos de toda la comunidad e integrado por todos sus sectores. El Estado fue siempre la exteriorización y expresión de las fuerzas activamente dominantes en las estructuras económica, jurídica y política, inicialmente de los donatarios del Rey, después de los propietarios de esclavos, de los terratenientes, de los dueños de usinas, en cierta medida de la burguesía del puerto, de los productores de café, grandes ganaderos y finalmente de los dueños de industria y de bancos. Y ahora abiertamente del capital globalizado, con la marca de los países centrales.

El método de privatizar, antes aun de la expansión del modelo neoliberal, fue siempre un instrumento hábil para intensificar a la represión y a la extensión del poder, aunque de formas distintas. En Brasil tenemos un ejemplo muy marcado de este método en el viraje del siglo con el gobierno de Campos Sales, quien, para mantenerse en el poder y por presión del London & River Plate Bank, resuelve cortar drásticamente a los gastos públicos por medio de la privatización del ferrocarril y la venta de bienes públicos a precios irrisorios, al lado del aumento de los impuestos, lo que posibilita rehabilitar al cambio y revigorizar a la moneda.[6] Brasil se vuelve un campo excelente para las inversiones extranjeras, que pasan a dominar a la vida nacional como dueños de bancos y de empresas estratégicas. Por el lado político, este método implica la desagregación del poder central y el dominio de las oligarquías regionales, compuestas principalmente por los productores de café, todos prácticamente integrados a un partido único. La mejora de la situación monetaria, empero, conduce al empobrecimiento de la nación y al cierre del propio Banco de la República, antiguo nombre del Banco de Brasil. Es de importancia singular que, al dejar al gobierno, el Presidente de

[6] Prado Júnior, Caio: *História Econômica do Brasil*, San Pablo, 1965, pp. 227 y ss.

la República, a pesar de que haya sufrido el más grande abucheo popular que se conoce en la historia nuestra, se ve homenajeado con un banquete ofrecido por los capitalistas en Río de Janeiro y haya recibido del banquero Rothschild, de Londres, un telegrama de felicitaciones por su política monetaria, en el cual se leía: *... debido a la vuestra deliberación de restaurar el equilibrio de las finanzas, el crédito de vuestro país ha resurgido y la felicidad general de la nación ha aumentando mucho... Deseamos ardientemente que vuestro sucesor adhiera a la política sabia que con tanto éxito has indicado...*[7]

Este proceso, pues, no es novedoso para nadie y tampoco se está a través de él revolucionando al poder. El poder apenas se ha diversificado, histórica y materialmente y cuya solidificación, incrementada por la desestatización y las privatizaciones, se estructura como material substantivo para legitimar igualmente a un nuevo modelo de represión. Como bien ha ponderado Edmundo Arruda, el nuevo orden mundial, sustentado por las condiciones del funcionamiento del mercado libre y sin regulación, implica el alejamiento del liberalismo político y las restricciones a las libertades públicas y democráticas.[8]

4. *La represión penal*

El desarrollo normal de tal proceso, que en verdad busca también extender las bases de su legitimación, incluso por medio de recursos simbólicos, sólo puede conducir a un cambio de actitudes en el plan social y en el plan jurídico.

En el plan social, se busca producir una inversión axiológica, acelerando la idea, tan difundida por los medios de comunicación, que las empresas estatales, antes consideradas como patrimonio de todo el pueblo, constituyen estructuras burocrati-zadas, manipuladas por intereses personales de sus directores y funcionarios, y cuyo corporativismo conspira en contra del interés general.[9]

Antes de todo, es necesario fijar que el desmonte del Estado, tal como es propuesto por el neoliberalismo y conducido por la política oficial de nuestros países, está lejos de ser confundido

[7] Sodré, Nelson Werneck: *História Militar do Brasil*, Río de Janeiro, 1965, pp. 182 y ss.

[8] Arruda Júnior, Edmundo de Lima – Direito Moderno e Mudança Social, Belo Horizonte, 1997, p. 146.

[9] Teixeira do Amaral Filho, Marcos Jordão: *Privatização no Estado Contemporâneo*, San Pablo, 1996, p. 42.

con el ideal de su *Absterben*. El Estado desmontado no se extingue, sino que se expande en la reproducción, bajo otro nivel, de los principios de la centralización y descentralización. Así que es fácil comprender que, por consecuencia, la vigilancia policial, la investigación y la seguridad pública, solamente para fijarnos en estos aspectos, ya no son privilegios exclusivos de los órganos públicos, sino de empresas o agencias privadas de seguridad o de investigación. La privatización del Estado consiste justo en eso, de expandir al poder político simbólico hacia todos los sentidos, pero repartiendo su actuación práctica con los verdaderos dueños de este poder, por medio de la utilización de un cuadro más grande de funcionarios, reclutados con más grande flexibilidad y rapidez del contingente de aquellos que fueron siempre y siguen siendo sus utensilios, el pueblo. Si pudiéramos retocar este cuadro cinematográficamente, tendríamos la visión que se construye, bajo otra ropa, el ejército de malhechores (que solían ser pagados por los grandes terratenientes), que ahora no sólo mata, sino principalmente investiga, previene y reprime.

Correctamente pondera Vincenzo Ferrari que legitimar una acción mediante el Derecho significa *justificarla exhibiendo su adhesión a un modelo normativo reconocible por el interlocutor*, es decir, el Derecho debe ser *un argumento que trata de aventajar al actor mediante el consenso procurado por su actuación.*[10] Con vistas a la quiebra del Estado asistencial, cuyos resultados permiten a la construcción del proceso de globalización, el argumento decisivo ha que ser, por eso, la eficiencia, expresada tanto en el plan material de la creación extensa y ampliada de las fuerzas de seguridad, como en la producción legislativa intensa. La eficiencia debe ser, pues, el argumento por el cual se pueda obtener la adhesión de todos para legitimar la imposición del modelo.

El cambio de actitudes en el plan jurídico y político, derivado de este proceso de extensión del poder, se traduce en dos órdenes de medidas de eficacia. Las primeras de cuño legislativo. Las segundas de manutención.

Con la quiebra del Estado asistencial, originada también por el proceso de descentralización, la eficacia, tomada como símbolo político, deja de ser medida por las obras, por el saneamiento, por la prestación de servicios públicos, entre ellos los de seguridad, y pasa a ser sustituida por medios propios de este nuevo

[10] Ferrari, Vincenzo: *Funciones del Derecho*, Madrid, 1989, p. 199.

modelo, de un lado por el crecimiento extremadamente acentuado y desordenado de la legislación, otro por el cambio de la estructura de sus enunciados. Es decir, si hay un aumento enorme y preocupante de la criminalidad en cierta región, la medida no será el uso de medios materiales para solucionar a las causas más próximas de su expansión, como sería lo racional, sino la elaboración de una ley, proponiendo el aumento de pena para los delitos que allí se cometan, o la incriminación de otras conductas que se imagina podrían también allí originarse. Si el Estado, como poder público de gestión de recursos recaudados del pueblo, ya no puede solucionar a las cuestiones de asistencia social, que constituirían deber suyo, el recurso será el uso de medidas simbólicas de intimidación o de persuasión, en tanto más grande extensión como más simbólica es su actuación. Como dice muy bien Zaffaroni *"se invocan todos los problemas sociales, políticos y económicos contemporáneos y a todos ellos se asocian o se pretenden asociar soluciones punitivas. Desde los crímenes nucleares hasta las relaciones económicas internacionales, desde la degradación del medio ambiente hasta el consumo de tóxicos, desde las experiencias genéticas hasta la prostitución o el tránsito, todo pretende vincularse a lo punitivo y resolverse en buena parte al menos en su ámbito".*[11]

Por otra parte, la descentralización privatizada implica la transformación de enunciados. El cambio de contenido de las normas penales, por ejemplo, es un dato significativo de este proceso. Si la represión es, ahora, horizontal y no vertical, para usar una simbología muy tradicional, la norma deja de ser propiamente una norma de contenido exclusivamente prohibitivo para tornarse una norma preferencialmente de mandamientos, se está procediendo, pues, a la inversión de la teoría liberal de Thomasius sobre que el Derecho se compone de normas negativas o prohibitivas y a la asunción de aquella fase a la que se refiere Bobbio, como la fase del Derecho de normas positivas o de determinación.[12] El Estado neoliberal, descentralizado y ampliado, está más próximo, entonces, de la concepción ideológica de Leibnitz, del poder perfecto y totalizador, muy bien retratado en su polémica con Thomasius, al sustentar la necesidad de la

[11] Zaffaroni: "Tendencias finiseculares del Derecho Penal", *en La persona y el Derecho en el fin del siglo*, Santa Fe, 1996, p. 554.

[12] Bobbio: *Contribución a la Teoría del Derecho*, Madrid, 1990, p. 372.

existencia de normas de determinación (positivas), como principio del despotismo.[13]

Pero, el contenido representado por normas positivas no implica que el Estado deje de usar aún las normas prohibitivas (negativas). Las normas prohibitivas (negativas), incrementadas a través de una producción legislativa inconmensurable van a servir de símbolo de poder, especialmente en contra de la criminalidad abierta, la criminalidad callejera, aquella que más perturba y que más destruye al símbolo del poder. Se debe recordar, por ejemplo, en la época de la dictadura militar, las leyes de seguridad, que siempre han dedicado más grande atención a las manifestaciones de las calles, que eran consideradas altamente subversivas, aunque pacíficas e ingenuas, porque esto desconcertaba a la imagen que el poder quería pasar, de estabilidad y fuerza. En el modelo neoliberal, el cuadro no ha cambiado.

A su vez, la consecuente adopción, en más grande escala, de normas de mandamientos sirve para solidificar a la descentralización. Por lo tanto, sólo en la apariencia es que se puede decir que las medidas penales alternativas, que han merecido los más grandes encomios de los juristas, la mayoría de buena fe, como ocurre con la suspensión condicional del proceso, o la prestación de servicios a la comunidad, que en lugar del ejercicio de la prohibición por la aplicación de la pena de prisión se imponen obligaciones (se determina en vez de prohibirse), representan una disolución del poder de castigar. Al revés, independientemente de su eficacia inmediata, o incluso de sus beneficios a las personas afectadas, si es que hay alguna, esas medidas son la propia expresión del poder ampliado. Es la modalidad premial que se instituye en el Derecho Penal para beneficiar a quienes se ajusten al nuevo modelo, es el beneficio para el conformismo. ¿Quién puede dudar que será más fácil al imputado aceptar a las condiciones de la suspensión del proceso, aunque sin confirmación y sin demostración de su culpabilidad, que someterse a la continuación hasta el juzgamiento final de mérito? Al lado de eso es inevitable que en la labor legislativa se concentren esfuerzos para destacar a las conductas omisivas, lo que puede ser visto en las leyes penales más recientes, donde siempre al lado

[13] Leibnitz: *Vernunftprinzipien der Natur und der Gnade, in Philosophisches Bibliotek*, t. 253, Hamburgo, 1982, 4/25; Bobbio: *Contribución a la Teoría del Derecho*, Madrid, 1990, p. 217.

de una norma prohibitiva cabe lugar a expresiones como, por ejemplo, "inciden en las mismas penas quienes, pudiendo evitar el hecho, lo han omitido".

Pero, la descentralización no se vuelve eficiente si no dispone de instrumentos de manutención. Si, de un lado, la propia legislación ya representa una forma de manutención de este poder descentralizado, no lo es suficiente. Será necesario que el poder deje de ser mantenido simbólicamente para ser sustentado materialmente. Los nuevos órganos privados no realizan solamente actividades típicamente de los aparatos del Estado, sino que básicamente se mantienen a través de la continuidad y de las sinecuras de los contratos estatales, que ya sustentaban a las antiguas empresas públicas. Esto ocurre tanto en el dominio puramente económico como en ámbito de la represión. En este último, a través de los contratos de seguridad de edificios públicos y de otros instrumentos, como el privilegio de importación, adquisición y porte de arma, de la utilización de los archivos, de las técnicas de entrenamientos y del reclutamiento de antiguos funcionarios especializados.

Igualmente, el modelo económico de mercado libre no se satisface con los instrumentos tradicionales de justificación, que serían las leyes y los privilegios. Será preciso también mostrar su necesidad, buscando superar sus propias contradicciones bajo el argumento decisivo de su modernidad, eficiencia, intangibilidad, independencia y seriedad. Es decir, destruidas las bases de la riqueza nacional, que constituían el sustentáculo del Estado social, el neoliberalismo debe contestar a las necesidades a través de medidas simbólicas convertidas en conquistas e incrementos reales por los medios de comunicación de masas. Por eso, es absolutamente inadmisible el anuncio de una criminalidad alta y perturbadora, la criminalidad llamada organizada, pero que se trata básicamente de criminalidad callejera. Ésta debe ser combatida con medidas rigurosas, rápidas, pero a través del Estado, porque sólo de este modo se conserva el grado de imparcialidad e intangibilidad de los nuevos órganos. En el combate a esta criminalidad vale cualquier medida, desde la prisión para investigación hasta la escucha telefónica, la violación del domicilio, el acompañamiento o agente encubierto, los procesos secretos, los testigos sin rostro, como también las penas más duras, para servirle de contraestímulo, todo dentro de un contexto de una aparente legalidad democrática legitimada por el voto.

Todos sabemos que la imparcialidad frente a la represión de la criminalidad altamente perturbadora no es tan así. Si, por una parte, interesa primordialmente combatir a la criminalidad callejera, con medidas duras, esto también ocurre con la criminalidad del concurrente económico. Aunque se pueda recorrer al argumento que el Derecho no persigue cualquier fin, como siempre ha doctrinado la escuela kelseniana, y pueda servir a cualquier propósito, la ampliación de la persecución penal no sólo a la criminalidad violenta, sino también a la criminalidad económica, tan al gusto de varios segmentos políticos de la oposición, viene a servir nitidamente a procedimientos de exclusión, en provecho de los grandes conglomerados, que por su propia estabilidad económico-financiera jamás pueden ser protagonistas de evasiones, retención de impuestos sociales o pequeños fraudes, que representan el objeto común de estas modalidades de delitos. Es necesario repensar críticamente la posición legitimante de la represión, como correctamente pondera Maria Lúcia Karam, para no dejarse involucrar por la ficción de un instrumento de coacción, que no es nada más que un símbolo de justificación del poder.[14]

Trazados, pues, rápidamente los rasgos del modelo de represión neoliberal, será interesante verificar cómo este modelo se pone concretamente en la realidad legal de nuestros países.

5. *El caso brasileño*

En Brasil, cuya historia jurídica no es muy distinta de Argentina, es elucidativa la evolución que ha sufrido la legislación penal, desde la primera gran reforma del Código Penal de 1940, realizada en 1977, y su progresión hasta los días actuales.

Se debe notar que igualmente el Código Penal argentino sufre, en el año de 1976, una gran reforma que introduce 189 modificaciones en sus artículos, pero que son casi todas —172 de ellas— derogadas en 1984.

En la reforma brasileña de 1977, que da una nueva fórmula a la tradicional gradación progresiva de la ejecución de la pena de prisión, el legislador introduce al modelo de los regímenes de ejecución, clasificados como régimen cerrado, semiabierto y abierto. Esta

[14] Maria Lúcia Karam: "A Esquerda Punitiva", *en Discursos Sediciosos*, nº 1, 1996, pp. 79 y ss.

misma idea de los regímenes pasa a dominar a la reforma de 1984, que todavía se mantuvo fiel a un modelo clásico de represión individualizada, aunque buscaba desde luego vincular a la ejecución penal, siempre que fuera posible y especialmente para los pequeños delincuentes, a perspectivas preventivas, con la adopción de las penas alternativas de prestación de servicios a la comunidad, la prisión de final de semana y las interdicciones de derechos.

Ya esta época, como ocurre en cierta medida en la reciente ley argentina de ejecución de la pena privativa de libertad de 1996, se puede observar nítidamente el cambio de actitudes del legislador. En el ámbito de la sanción penal, que es el sector más aparente de cualquier reforma penal, se incrementa la sustitución, aunque tímidamente, de la prisión por las penas alternativas, donde la contestación inmediata a la violación de la norma prohibitiva deja de ser vista como instrumento dialéctico de compensación para dar lugar al cumplimiento de obligaciones, cuya ejecución y fiscalización se ponen afuera de los órganos públicos tradicionales, que serían aquellos ligados al régimen penitenciario. Por lo tanto, la infracción a las normas negativas es contestada con sanciones positivas. La retribución cede paso a la prevención. En el plan de la teoría de delito, se entiende necesario, bajo el punto de vista del principio de la legalidad, prescribir las reglas relativas a los elementos que fundamentan a la posición de garante, no siempre con el éxito pretendido y no siempre suficientes como límites de garantía. Esto quiere decir que el poder penal, aunque menos degradante, como lo sería con la ejecución única y simple de una prisión, se vuelve más atrayente, pasa a perseguir a la eficacia, se amplía y se extiende, porque no es más objeto restricto de las tareas de algunos funcionarios, sino de una gama de personas que se incorporan a la actividad represiva, los directores de hospitales, de asilos, de escuelas, de orfanatos y de entidades asistenciales, que además tienen ampliados sus propios deberes. Como consecuencia de este cambio de actitudes, lo que se irá a presenciar, con la evolución de la actividad política y con la descentralización del poder, será el estímulo cada vez más intenso para hacerse de la comunidad una aliada en contra de la llamada impunidad, palabra de orden que acompaña a las modificaciones legislativas, y el aumento de los delitos omisivos, principalmente en la esfera de los delitos contra la administración pública o contra el orden económico. No basta prohibir que se lo haga, es necesario mandar que se lo haga.

Se debe comprender que este proceso de reforma de la legislación penal brasileña está imbricado en las bases políticas y económicas que irán a producir a la derrocada de la dictadura y al retorno de la democracia, para finalmente incorporar al modelo neoliberal.

La democracia retorna en Brasil en 1985, como en Argentina, por efecto de un proceso de agotamiento, tanto en la esfera política y económica como en las relaciones internacionales. Es ilustrativo en este sentido el discurso justificador de este retorno, por ejemplo, del modo de entronizar como Presidente de la República a quien fuera el jefe, durante años, del partido oficial de la dictadura. No se trataba, pues, de revolucionar el poder, sino de ajustarlo. Ya en el comienzo de su mandato electoral, el gobierno Sarney dicta el decreto 91.991/85, que define las empresas públicas que podrían ser privatizadas, de ellas se excluyen, empero, aquellas encargadas de actividades directamente vinculadas a la seguridad nacional, al régimen de monopolio estatal y las responsables por la producción de insumos de importancia estratégica.

En el aspecto penal, la descentralización del poder persecutorio adviene como efecto natural de este democratismo y como necesidad política. Como ya no disponen del aparato militar para garantizar directamente a los propios intereses y ni podrán hacérselo porque repletos de otros gastos, los bloques políticos se agitan hacia una reedificación legislativa. La primera gran ley de reforma se da en 1986 justo en la área más afectada con el nuevo orden, con la definición de los delitos contra el sistema financiero nacional. Se descubre que el gran mal del país está depositado en el llamado *delito del cuello blanco*, perturbador del orden y de la moral pública, más propiamente del orden público económico o del orden financiero. De las disposiciones rigurosas de esta legislación, lo que dimana, empero, con el beneplácito de toda la clase jurídica nacional, es la visión represiva hacia el pequeño inversionista. Esto es muy claro, por ejemplo, cuando la ley resuelve equiparar al particular a las personas jurídicas y a las instituciones financieras, una vez que tenga realizado cualquier acto, aunque de modo eventual, que se incluya entre aquellos considerados como privativos de esas entidades, como simplemente cambiar monedas nacionales por extranjeras o conceder pequeño empréstito de dinero (ley 7492/86, art. 1°). Solamente para demostrar el alcance real de esta legislación, caben

acá por lo menos dos observaciones interesantes. Primero, se pasa a incriminar a la conducta de quien, como director o gerente de una institución financiera, concede empréstito a otra empresa que sea controlada por ella. Segundo, se autoriza la prisión preventiva en base de la magnitud de la lesión causada. De la primera, sólo se puede entender que será delito tomar algún empréstito del propio banco al que una empresa esté vinculada, es decir, si el banco quiere salvar a una empresa propia, no lo puede hacer, debe encaminarle a otro banco. Es evidente que la incriminación acá sirve a los intereses del sistema bancario y no de la economía, especialmente de los bancos que disponen del gran capital y cuyas subsidiarias jamás irán a necesitar de cualquiera ayuda financiera. ¿Quién podría suponer que una empresa subsidiaria del Citibank se vea envuelta en crisis financiera? La alegación que la incriminación acá está vinculada a cuestiones tributarias, evidentemente constituye mero pretexto, porque se podría garantizar al interés del fisco sin esta medida penal. De la segunda observación se puede desde luego prever que lo que importa no es el pequeño daño, sino el perjuicio que se traiga al gran capital. Además, el proceso penal ya no se concentra sobre la persona del imputado. La prisión preventiva no está justificada por la posibilidad real o el riesgo de otros daños, que pueden ser causados próximamente por el imputado, sino por el propio daño ya causado. La prisión preventiva, por lo tanto, no se aporta al futuro sino al pasado. La prisión preventiva, dejando de ser medida de cautela, se vuelve en pena anticipada.

Con la Constitución democrática de 1988, salida de una asamblea constituyente derivada, o sea, no elegida exclusivamente para la elaboración constitucional, en esto distintamente, por lo menos en cuanto a la forma, de Argentina, al lado de pequeñas concesiones, como la exigencia formal de una decisión judicial para la imposición de cualquier prisión, se pasa a adoptar un modelo represivo autoritario, fijando en el propio texto constitucional a las penas que deben ser impuestas a los delitos, entre ellas la de expropiación de bienes, y contemplando delitos imprescriptibles, como los delitos políticos resultantes de grupos armados o sometidos a reglas muy duras como los delitos hediondos. Siguiendo esta orientación, en 1989 se legitima legalmente a la prisión para investigaciones, que era practicada siempre por la policía, aunque ilegal y prohibida (ley 7960/89), admitiendose la prisión provisional, sin proceso, por el plazo de

5 (cinco) días, que pueden llegar a 10, relación a sospechosos, sin domicilio y sin identidad, de la práctica de los delitos de homicidio, secuestro, robo, extorsión, violación, rapto violento, epidemia, envenenamiento de agua o sustancia medicinal, banda, genocidio, tráfico de drogas y contra el sistema financiero (art. 1°), justo la criminalidad que proporciona noticias.

Con el éxito electoral de Collor de Mello, en 1990, fruto de un trabajo bien hecho de los medios y el apoyo de los sectores interesados en la repartición y ampliación del poder, se intensifica el régimen de privatizaciones. El Presidente de la República, un hábil articulante de la propaganda y de la demagogia, mediante reuniones y en solemnidades pomposas conducidas con el auxilio de los medios de comunicación con gran destaque, anunciaba a la reforma del Estado, bajo el motivo de la modernidad y la eficacia, y a través de su descentralización con la venta de bienes públicos y su apropiación por los sectores dominantes en la economía nacional e internacional. Como consecuencia inmediata de este programa se privatizan casi todas las siderurgias y petroquímicas brasileñas. Solamente para darse una idea del tipo de relaciones económicas que compiten en las privatizaciones podremos tomar el ejemplo de la Compañía Siderúrgica de Tubarão, especializada en la producción de chapas de acero y ubicada en la provincia de Espírito Santo. Del remate realizado en 16/7/92 y 23/7/92 el control accionario de la empresa pasa a los accionistas, así clasificados: Banco Bozano Simonsen (25,4%), Unibanco (20%), CVRD (15%), Kawasaki Steel (13%), Ilva (13%) y funcionarios (8,8%). En algunas privatizaciones, el control accionario, en contra del propósito del gobierno, fue sorprendentemente adquirido por los fondos de pensiones, que, empero, recientemente fueron objeto de investigación penal de los órganos de persecución federal (policía federal, ministerio público e incluso de la impositiva), en la medida exacta para demostrar que la privatización no puede dejar de servir a los señores del poder.

En el gobierno Collor de Mello se amplía de modo considerable el poder represivo del Estado, con el uso desordenado y masivo de la legislación. Por ejemplo, como regulación del texto constitucional que los ha creado se edita la ley de los delitos hediondos (ley 8072//90), en ella se incluyen el homicidio cualificado o cuando practicado en actividad propia de grupos de exterminio, el latrocinio, la extorsión cualificada, la violación cualificada, la

epidemia cualificada y el genocidio, además de prever una exasperación inimaginable de las penas, especialmente a los delitos de robo y extorsión, confundiéndose lo mínimo con el máximo, en violación abierta al principio constitucional de la individualización de la sanción penal. A través de argumentos distintos la doctrina buscó dogmáticamente limitar en tanto posible a los rigores de la ley, pero, no siempre con éxito absoluto frente a los tribunales del país. Fiel al sistema del derecho promocional,[15] se abusa de la creación de tipos omisivos, principalmente con la edición de leyes penales económicas, como la que define a los delitos contra el orden tributario, económico y las relaciones de consumo (ley 8137/90) y la que disciplina la organización de la seguridad social (ley 8212/91). Es de esta época incluso la ley que ha reglamentado a la expropiación de las tierras en que se ubiquen culturas ilegales de plantas psicotrópicas (ley 8257/91), considerándose como tal no solamente al plantío o a la cosecha de la materia prima propia a la producción de estas substancias sino a la preparación inicial de la tierra para este fin (art. 3°), lo que quiere decir que se pasa a considerar como ilícito incluso el acto preparatorio.

La previsión de penas elevadas y la formulación de modalidades distintas de incriminación no constituyen contradicción del modelo. Las penas elevadas y la gama inmensa de nuevos delitos sirven para demostrar simbólicamente que el poder es detentor de instrumentos de fuerza, que el Estado no se está descuidando de sus tareas básicas de seguridad pública y, además, los políticos trabajan en favor del bienestar de todos. Se cumplen acá prácticamente las tareas del Derecho, tal como la proposición de Karl Deutsch, brazo político de la teoría jurídica funcional en el sentido que, con la elaboración de las leyes y su difusión, se garantiza que el sistema político se vea aceptado por el sistema social, independientemente del control efectivo que pueda ejercer sobre los individuos, a base de la expectativa de su actuación.[16] La diversidad de los medios prácticos encargados de tornar efectivas estas normas, resultantes del proceso de privatización de los órganos persecutorios, posibilita que la tarea política del Estado sea to-

[15] Silva Franco, Alberto: "Novas Tendências do Direito Penal", *en IBCrim*, boletín n° 56, 1997, p. 2.

[16] Deutsch, Karl: "On Communication Models in the Social Sciences", 1952, pp. 356/380; idem – Politische Kybernetik, 1970.

mada autónomamente, como si pudiera someter a una autorregulación, proporcionada por el consenso. Al lado de esta difusión desenfrenada de leyes, que representan a los datos informativos del sistema político, crece igualmente, desde la década de 1980, lo que antes estaba limitado a los procesos pre-electorales, a la divulgación de las encuestas de opinión pública en cuanto a la aprobación de penas o medidas duras en contra de la criminalidad callejera, por ejemplo, a la adopción de pena de muerte, a la necesidad de reforma inmediata de las leyes y de los Códigos, a la creación de nuevos delitos y a la disminución de la edad límite para el inicio de la responsabilidad criminal. De la tenencia de estos resultados, en general favorables a las tesis de una represión más dura, lo que es natural en países como los nuestros, dominados por los medios masivos de comunicación, véase, por ejemplo, que determinados delitos asumen por veces el papel de paradigmas de todo el sistema represivo, como ha ocurrido en Brasil con el homicidio de una actriz de la televisión, el poder político encuentra respaldo para sus decisiones, no importa si desgastado en el plan partidario o si con el apoyo de la propia oposición. El consenso real, que antes era obtenido en las cúpulas militares, es alcanzado ahora en la articulación político-partidaria de los parlamentos. El consenso es en verdad un consenso puramente normativo, donde el proceso de autorregulación del poder político se da a través de la convergencia de las funciones orientadas a determinados fines, por ejemplo, de las medidas para la manutención de la economía, como el control del cambio, de interés elevado, de inversiones financieras y de las privatizaciones, y las condiciones de su existencia, por ejemplo, con el reparto del poder y su eternización a través de reelecciones y privilegios seguidos.

Al igual que trabaja con los datos objetivos, tomados en sentido de una globalización —lo que importa es en verdad tanto la eficacia global de la economía como un consenso normativo— el poder político busca diluir su actividad represiva, lo que justifica el control social ampliado con las penas alternativas y la creación de una teoría jurídica capaz de ampararle. La teoría jurídica se vuelve imprescindible en este contexto, porque, una vez que en la tarea del control social a través de la imposición concreta de la sanción penal se logre su consecución mediante la participación de un tercero —el poder judicial y el Ministerio Público— la actividad sancionadora del legislador se convierte en un en-

marañado de relaciones sociales que son capaces de demostrar su estabilidad.[17] Con eso el modelo busca fundamentarse bajo el paradigma del funcionalismo, que la función del Derecho Penal es antes que nada la de garantizar a la estabilidad del orden jurídico.[18] Caben aquí perfectamente las ponderaciones de Zaffaroni que "*esto resulta tan peligroso para las garantías limitadoras del poder represivo estatal y del ejercicio del poder arbitrario de las agencias del sistema penal, que se está revelando como un equivalente central de la llamada doctrina de seguridad nacional periférica, con la cual presenta sólo las diferencias lógicas derivadas de la distinta posición de poder planetario de ambas*".[19]

La creación de nuevas incriminaciones se desarrolla en el modelo neoliberal brasileño a medida que la ampliación del poder sancionador no pueda, por ello mismo, a través de los procesos de su justificación, garantizar a la estabilidad de la norma. Los conflictos recientes de los sin tierra frente a la política oficial del gobierno y los disturbios causados por las huelgas de servicios de seguridad pública dan el motivo para acentuarse a la saña legislativa, a través de reformas casi diarias de las leyes penales y a la elaboración de nuevos Códigos. Se puede citar, por ejemplo, a la criminalización de la tenencia y del porte ilegal de armas y municiones, y también de la tortura.

Estimuladas por los medios de comunicación, principalmente frente a las seguidas requisiciones policiales en las "favelas" de las grandes ciudades, se crea en Brasil la idea que la criminalidad se vuelve fortalecida por la importación y el porte ilegal de armas y municiones. De hecho, algunas municiones y armas de grueso calibre han sido descubiertas por la policía, pero no solamente en la tenencia de los "favelados", sino de los estancieros. Por otro lado, de las armas allí encontradas algunas de ellas pertenecían al propio Ejército, lo que significa que han sido hurtadas de los cuarteles o de allí retiradas y revendidas por sus propios miembros, no importa si reclutas o no. Además, a pesar de todo el alarde de los medios de comunicación, la cantidad de

[17] Blankenburg: "Recht als Kategorie sozialer Verhaltensregelmässigkeiten", en *Jahrbuch I*, pp. 218 y ss.; Büllesbach: "La ciencia jurídica ante las ciencias sociales", en *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*, Madrid, 1992, p. 373.

[18] Jakobs: *Strafrecht, AT*. Berlín-Nueva York, 1993, pp. 5 y ss.

[19] Zaffaroni: *En Busca de las Penas Perdidas*, Bogotá, 1990, p. 67.

armas encontradas no llega evidentemente a siquiera servir para iniciar cualquier movimiento en algún país subdesarrollado o a provocar un disturbio más grande. Independientemente de este hecho el legislador, motivado por la idea que el porte ilegal de armas es lo que constituía el gran estímulo a esta modalidad de criminalidad, resuelve transformarlo de mera contravención en delito. En el sentido de una propalada estabilidad normativa, hace de esta incriminación el modelo reciente de regulación del sistema y la demostración como la democracia se puede transformar en régimen autoritario, como resultado del proceso de autorregulación. Además de conminar, para 18 modalidades distintas de acciones relacionadas a la tenencia y al porte de armas, penas que pueden llegar hasta a los 6 (seis) años de prisión, incluye en la categoría de delito autónomo a la utilización de arma de juguete, una vez que sea usada como instrumento de coacción y transforma a la condena precedente por delito contra el patrimonio o de tráfico de drogas en modalidad cualificada del delito de porte o tenencia ilegal de armas. No es propósito de este trabajo discutir las particularidades de esta legislación, pero conviene resaltar que con la incriminación de estas conductas se alcanza por lo menos el fin de legitimar y de extender la actuación de los órganos de seguridad pública no sólo sobre los propios delincuentes, sino sobre la población civil, lo que significa, en términos de funcionalidad, una acción antifuncional. Se debe notar que a medida que el legislador prohíbe a la tenencia y al porte de armas, sin autorización, autorización ésta que es difícil a cualquier ciudadano, permite la tenencia y la utilización de armas de guerra o privativas de las fuerzas armadas a personas cualificadas como tiradores o coleccionistas, una vez registrados en el Ejército. El propósito de autorregulación y de estabilidad normativa del modelo neoliberal no puede evidentemente superar a la máxima que la ley no vale para todos.

Finalmente, la incriminación de la tortura, si por un lado permite ajustar al orden jurídico a las obligaciones asumidas por Brasil en ámbito de las relaciones internacionales, da la tónica de la concepción del Estado del modelo neoliberal. Al revés de los convenios internacionales que condenan a la tortura como modalidad de abuso de poder, por parte de los agentes del Estado, la ley brasileña la trata como delito general, susceptible de cometimiento por cualquiera en cualquier actividad puramente individual y privada, enmascarando, por eso, la separación entre

el público y el privado, justo en el sentido para demostrar que la actividad de persecución penal y sus derivados ya no es privilegio del Estado. Sin considerar a las cuestiones puramente dogmáticas sobre la posibilidad o imposibilidad de concurso real o ideal entre el delito de tortura y de otros delitos contra la persona, realizados durante o después de la tortura, la incriminación del particular por ese delito autónomo de tortura sin relaciones con los aparatos del Estado indica que la preocupación frente a la represión penal no parte solamente del fin del control social global, sino a través de su individualización, mirando al delito como un producto de un disturbio de motivación, tal como lo propone la teoría de Parsons.[20] La individualización de la represión, esto es, el control social debe ser ejercido ampliamente tanto por la intimidación, que sustenta a la edición frecuente de normas penales incriminadoras, como de medidas que transformen a la comunidad en comparte de la actuación represiva, por medio de la fiscalización de la ejecución de las penas alternativas. Con eso se pretende, siguiendo a la lección de Dürkheim, transformar al delito en una necesidad.

Con este modelo neoliberal de política criminal, coetáneo a una ciencia jurídica orientada exclusivamente hacia los resultados y la eficacia, se crea en nuestros países un sistema jurídico tecnocrático y unilateralmente concebido, que busca destruir a las propuestas de solución estructural de los problemas sociales y que considera a sus opositores un riesgo a la estabilidad económica y política. Éste es el sistema que un día hay que derrocar.

[20] Bergmann: *Die Theorie des soziologischen Systems von Talcott Parsons*, 1967, p. 37 y ss.; Büllesbach: "Enfoques de teorías de sistemas", en *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*, 1992, p. 326.

XXXIII. PODER DESARTICULANTE Y LOS DISCURSOS DE EMERGENCIA: EL CASO DE LA GUERRA CONTRA LAS DROGAS

POR JAIME MALAMUD GOTI

I

Hay dos nociones que con frecuencia subyacen al uso gubernamental del discurso de emergencia. La *primera*, es que quienes tienen el poder político suponen que un sector social amenaza a los demás sectores con afectar seriamente instituciones o hábitos percibidos como esenciales. La amenaza recae así sobre prácticas frecuentemente caracterizadas como un "estilo o forma de vida", "organización social", "sistema económico". La *segunda* suposición es que el estado debe reservar para sí el suficiente poder como para desarticular las actividades del sector social identificado como amenazador. La situación exige así una considerable dosis de discrecionalidad en el uso de la fuerza. Con frecuencia también, cuando quienes manejan la coerción estatal perciben que la amenaza se origina en actividades muy corrientes, o muy arraigadas, ellos apelan a la retórica de la guerra para concitar un apoyo más fuerte y también más general.

Esta aproximación al uso de la coerción estatal produce frecuentemente un efecto incompatible con el poder político democrático: este efecto es la división bipolar del mundo. La producción y tráfico de drogas no son acciones lesivas de intereses de terceros, si por lesión se entiende la afectación de los intereses de un individuo contra su voluntad. Cuando la maquinaria represiva alcanza la defensa o promoción de ciertos ideales en lugar de limitarse a la protección de las personas frente a determinados ataques, el mundo pasa a dividirse en amigos y enemigos, virtuosos y delincuentes. Durante las dictaduras militares, los "enemigos" estaban englobados por

ese concepto amorfo y escurridizo que llamaron "subversión". Como ya sabemos, "subversivos" fueron todos quienes se rehusaron a apoyar la "guerra sucia".[1] Buenos ejemplos de esta indefinición de lo "subversivo" lo brinda en 1977 el almirante Luis Mendía, quien declaró que la batalla de la Armada estaba siendo librada contra "los ideólogos, los corruptos y los líderes inauténticos, los irresponsables, los delincuentes económicos y los 'falsos predicadores'".[2] De forma similar, otros altos oficiales definieron a la subversión como "la agresión psicológica en su intento por corromper a otra gente y rebajar nuestro estilo de vida tradicional".[3] La "guerra contra las drogas" presenta una considerable similitud. Desde que Nancy Reagan encabezó simbólicamente la campaña del *Zero Tolerance* ("tolerancia cero") muchas prácticas y situaciones sociales consideradas aberrantes pasaron a ser explicadas a partir del consumo de drogas. Las siguientes afirmaciones constituyen un ejemplo de estas ideas ofrecidas por líderes de la "guerra": el coqueo causa la debilidad mental;[4] la marihuana causa homosexualidad;[5] todos los adictos a las drogas son "inherentemente peligrosos"[6] y, por lo tanto, ellos no son acreedores a la "fianza razonable" en juicios criminales en los Estados Unidos. Es evidente que, quienes se apartan de un modelo de virtud: ciudadano "occidental y cristiano" en la guerra sucia y adverso a todas las drogas (en toda ocasión: incluyendo las situaciones terapéuticas) merecen un castigo criminal.[7]

[1] Dedico a este tema el capítulo 2 de mi libro *Game Without End: State Terror and the Politics of Justice*, University of Oklahoma Press, Norman-Londres, 1996.

[2] *La Nación*, 12 mayo de 1977.

[3] *La Nación*, 2 de febrero de 1977.

[4] Anthony Henman atribuye esta afirmación al entonces director del Acuerdo Panamericano, ver "Cocaine Futures" en *Big Deal: The Politics of the Illicit Drugs Business*, Pluto Press, Anthony Henman et. al., 1985, p. 161.

[5] Citando a Carlton Turner, zar de las drogas de los Estados Unidos en 1987, en Dan Baum, *Smoke and Mirrors: The War on Drugs and the Politics of Failure*, Little, Brown and Co., Boston, Nueva York, 1996, p. 238.

[6] Dan Baum, loc. cit. p. 241.

[7] Quien abraza una versión perfeccionista del Derecho Penal se ve imposibilitado de distinguir entre la "negación activa" y la "negación pasiva". Mientras la primera consiste en oponerse a una proposición que declara que algo es verdadero o valioso; la segunda se limita a no avalar tal proposición. Esto último puede originarse en la ignorancia de los hechos o en la falta de ponderación de estos hechos. Ver Jon Elster: "Active and Passive Negation: An Essay in Ibanskian Sociology", en *The Invented Reality: How do We Know what We Believe We Know (Contributions to Constructivism)*, p. 175.

Esta aproximación al uso del Derecho Penal abarca a sectores sociales muy numerosos. Y la experiencia enseña que cuando se quiere perseguir a una gran cantidad de individuos, aquellos que lo hacen deben enfrentar un serio trilema. El primer cuerno del trilema consiste en mantener reducida la agencia dedicada a la aplicación de la ley. En estos casos, el número de procesamientos y de condenas será demasiado bajo como para imponer y mantener el hábito popular de ceñirse a la ley. El segundo cuerno yace en la alternativa de aumentar el número de agentes de aplicación de la ley dentro de una agencia ya operativa. El resultado aquí va a ser la contratación de individuos "marginales", de personas normalmente consideradas ineptas para la función policial, y que traen consigo un brusco aumento en la corrupción, un creciente uso de la violencia, o bien, en el mejor de los casos, una pérdida en la eficiencia de la agencia. El último cuerno consiste en introducir nuevas agencias: involucrar, por ejemplo a las fuerzas armadas en las labores policíacas. La aparición de nuevos actores provocará una nueva fuente de conflictos entre éstos y los que ya estaban operando. Estos conflictos terminarán por distraer gran parte de la energía de todos estos actores, que dedicarán gran parte de sus esfuerzos a competir entre sí.

Aquí me ocupo de la guerra contra las drogas en Bolivia y de las frustraciones que acompañaron a la iniciativa de coordinar las acciones de diferentes fuerzas. El caso boliviano expone el costo que, para el sistema represivo, significó ceder ante la presión norteamericana de militarizar la guerra. Es cierto que el Estado boliviano es singularmente débil pero, aunque esta debilidad dificulta enormemente la aplicación de la ley en general, ella se comporta como una lente magnifica-dora respecto de deficiencias universales. En efecto, todos los Estados son débiles cuando se intenta penalizar a un sector social muy numeroso: consumidores y traficantes en los Estados Unidos y Europa, cultivadores y fabricantes en la Región Andina, financistas y blanqueadores de dinero en la región del Caribe, etc. En los países desarrollados, y muy especialmente en los Estados Unidos, el constante aumento de consumidores y el sostenido crecimiento de la población carcelaria muestran este fracaso. Estados Unidos está también demostrando la verdad de la ecuación

para la cual un sistema penal puede ser eficaz sólo si se conforma con perseguir a un limitado círculo de transgresores.[8]

Parto de una premisa: es frecuente que para lograr consenso los políticos utilicen la retórica de la guerra: esta estrategia impide a muchos revisar o criticar las directivas por temor a la tacha de "traidores" o "derrotistas". Pero la retórica de la "guerra" empuja a los actores atrapados en ella más allá del terreno de la prevención y reparación de daños a ciudadanos. Gobernadas por la retórica bélica, las campañas se transforman en batallas campales que aniquilan la noción misma de la autoridad estatal. Cuando esto ocurre, eliminamos la voz imparcial de la autoridad que hace posible revisar el curso de acción adoptado. En esta situación ponemos en plena vigencia el principio de "más de lo mismo" o, lo que aquí llamo el "síndrome Balatón". Y, cuando este síndrome está presente, desaparece la posibilidad de interpretar el fracaso como la consecuencia de una mala estrategia errónea. El fracaso, más bien, ratificará la convicción de haber acertado el rumbo pero con recursos insuficientes o sin el suficiente entusiasmo. Un buen ejemplo de esta situación fue la decisión de sembrar cítricos en Hungría, a orillas del lago Balatón en la década del 50. Al pergeñar la empresa, los funcionarios ignoraron la voz de un experto en cítricos, quien predijo el fracaso de la empresa debido al riguroso invierno en la región. Los árboles cítricos murieron a los pocos meses de ser plantados, como era previsible. Los funcionarios que planearon el proyecto reaccionaron arrestando al experto, acusándolo de traición por sabotear el proyecto. Sólo el interés del experto en el fracaso de la empresa podía explicar el desastroso resultado; este interés, razonaron los funcionarios, se hizo evidente muy tempranamente, cuando el experto anunció que el proyecto fracasaría.

Pasó a examinar la manera en que la aproximación (el síndrome) "Balatón" tiene vigencia en Bolivia, con la consiguiente imposibilidad de rectificar el rumbo erróneamente escogido. La guerra contra la cocaína es un claro ejemplo de

[8] Hago la salvedad de las meras infracciones administrativas y de las faltas respecto de las cuales las agencias penales se comportan —al menos parcialmente— como entes de recaudación.

la manera en que los funcionarios —locales y norteamericanos— quedaron atrapados en la retórica de la "guerra". La intervención de las fuerzas armadas bolivianas como consecuencia de la insistencia norteamericana ha multilicado los conflictos. Estos conflictos eran y son, a su vez, el resultado de una campaña que muy pocos se atrevieron a cuestionar a pesar de haber estado visiblemente equivocada desde un principio.

II

Nada más ilustrativo que el documento confeccionado por el Departamento de Estado de los Estados Unidos para entender la operatividad del síndrome Balatón; he aquí el informe de 1989:

"En esta década Bolivia ha experimentado admirablemente la transición desde un régimen militar influenciado por los traficantes a un gobierno democrático con un programa de erradi-cación de la coca. Nuestra decisión de otorgarle la certificación se basa en el hecho de que los resultados de 1988 constituyen el mejor rendimiento anual reflejado hasta la fecha. Durante 1988, Bolivia aprobó e implementó una firme ley antinarcóticos. El importante traficante Roberto Suárez fue arrestado y permanece en la cárcel. Bolivia excedió las 1.800 hectáreas establecidas como objetivo del programa de erradicación en nuestro acuerdo bilateral sobre narcóticos que firmáramos en 1987 y comenzó la erradicación forzosa. Avanzaron los esfuerzos de la campaña de prohibición, lo que llevó a un marcado incremento del número de decomisos de drogas. Por otro lado, el programa de prohibición fluvial, que había causado problemas a lo largo de todo el año, ha vuelto a encarrilarse ya que en el mes de diciembre el gobierno de Bolivia designó como nuevo comandante de Marina a un excelente profesional. Sin embargo, a pesar de estos esfuerzos, el cultivo total de coca continuó incrementándose y los elevados precios de la hoja de coca dificultan el programa de erradicación voluntaria. En suma, creemos que Bolivia hizo un gran esfuerzo en 1988, pero el aumento de la producción resulta preocupante y es necesario seguir trabajando para disuadir la expansión del cultivo de coca.

(Control Internacional de Narcóticos: Certificación del Presidente de los Estados Unidos de la Habilitación para recibir Asistencia Extranjera y Opciones para la Acción del Congreso, 1° de marzo de 1989.)

En lugar de contemplar el fracaso de la campaña como la prueba del error inicial de embarcarse en una "guerra", el gobierno norteamericano exhibió el síndrome Balatón. En efecto, la diplomacia norteamericana insistió, desde todos los niveles posibles, en involucrar al ejército boliviano.

III

Las "guerras sucias" latinoamericanas y la aversión popular que ellas trajeron consigo dio motivo a un decidido rechazo de la iniciativa norteamericana de involucrar a los ejércitos del Cono Sud. Ya en 1987, en Mar del Plata, hubo notables coincidencias entre los representantes de los Ejércitos americanos. Para todos ellos, menos uno, involucrar a los militares en la guerra contra las drogas era una mala idea. Los delegados bolivianos apoyaron esta posición.[9] Sólo los chilenos, representando a la dictadura de Pinochet, apoyaron la propuesta estadounidense de movilizar a los ejércitos.

Se ofrecieron entonces varios motivos para mantener a los ejércitos fuera de este conflicto. El primero era la corrupción que tarde o temprano produce el contacto con drogas y traficantes. Si esta corrupción es indeseable respecto de la policía, ella se vuelve insoportable cuando amenaza al sistema de defensa de un país. El segundo, la versión norteamericana de la Seguridad Nacional había conducido previamente a los ejércitos de Latinoamérica a embarcarse en "guerras sucias" contra grupos de izquierda con la consabida confusión de roles militares y policiales. Estas campañas habían afectado la moral y el prestigio de los ejércitos seriamente. Acusaciones internacionales y domésticas de violaciones de derechos fundamentales habían sido demasiado costosas como para embarcarse nuevamente en una confrontación con amplios sectores sociales.

[9] Ver "Los ejércitos frente a la droga" (nota editorial sin firma), *Nueva Sociedad*, Caracas, julio-agosto de 1989, p. 136. También Steven Wisotsky: *Beyond the War on Drugs*. Prometheus Books, Buffalo, Nueva York, 1990, p. 162.

Cuando, en las reuniones de ejércitos, la delegación norteamericana insistió en la necesidad de involucrar a los militares en la "guerra contra la droga", algunos políticos argumentaron que las débiles democracias de la región reclamaban observar un cuidado extremo para evitar un nuevo colapso institucional. El resultado de involucrar a las fuerzas sería lamentable por varias razones. Primero, si fracasaban, las fuerzas armadas expondrían la fragilidad de los sistemas de defensa.[10] Ese argumento les es sumamente familiar a los funcionarios estadounidenses, conocedores de la Posse Commitatus Act de 1878[11] que veda a las Fuerzas Armadas norteamericanas la posibilidad de participar en la aplicación de la ley penal, coartando derechos individuales. Segundo, si, aunque improbable, las Fuerzas Armadas lograban triunfar contra los traficantes, los generales se verían autorizados a reclamar que sólo ellas, no los políticos, eran capaces de defender eficazmente a su país. Este punto fue explícitamente articulado por la administracion mexicana de Salinas de Gortari.[12]

Las otras razones esgrimidas en contra de la intervención militar están vinculadas con la historia de las Fuerzas Armadas de Latinoamérica: *1)* la propensión manifiesta de ciertos oficiales a hacer migas con traficantes; *2)* la vocación de un sector del personal militar por violar derechos humanos, muy especialmente, si está en juego aquello que los mismos jefes militares consideraban una amenaza a la seguridad nacional; *3)* el tradicional nacionalismo de muchos oficiales tornaría impracticable la cooperación con los Estados Unidos. La guerra de las Malvinas profundizó este nacionalismo pues ella exhibió lo poco confiable que son los Estados Unidos cuando se trata de mantener sus múltiples lealtades, especialmente con Gran Bretaña. En el tema específico de las drogas en Bolivia, eran bien conocidas las alianzas de

[10] Ver Donald Mabry: "The U.S. Military and the War on Drugs in Latin America", *Journal of Interamerican Studies and World Affairs*, Verano/Otoño 1988 (número especial), p. 53.

[11] De acuerdo a la Posse Commitatus Act, las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos deben abstenerse de realizar tareas de prevención y persecución de delitos.

[12] Rohter: "Mexican Leader Vows Action Against Drugs", *New York Times*, diciembre 12, 1988, col. 1.

algunos generales con la industria de la cocaína. Estas alianzas no era nuevas.

En Bolivia, el apoyo de las dictaduras militares fue decisivo para el desarrollo de la industria y comercio de la cocaína en gran escala. Como cabeza de uno de los principales partidos políticos bolivianos, el ex dictador y general Hugo Banzer ha sido permanentemente acusado de haber obtenido su fortuna personal durante la década del 70, del negocio de la cocaína. El comienzo del *boom* de este negocio puede ubicarse también en la década del 70, como consecuencia del fracaso de la industria del algodón en Santa Cruz de la Sierra.[13] En esos tiempos, algodoneros sin experiencia obtuvieron créditos fáciles, viéndose compelidos a intentar exportar algodón rápidamente para devolver los préstamos bancarios. Este intento de comercializar el algodón en un mercado internacional deprimido fue el principio del fin. Una parte sustancial de las cosechas quedaron sin vender, al intentar los productores retractar sus ventas.[14] La pérdida de mercados internacionales, sumada a una deficiente administración empresarial, condujo a los algodoneros a la bancarrota[15] alentando a terratenientes de Santa Cruz a procurar una empresa substitutiva. La empresa elegida fue la cocaína, y requirió el inmediato desarrollo y organización del cultivo de coca en el Chapare. Al describir ese período, los historiadores afirman que no hay forma de explicar este proceso sin la contribución del general Banzer, o, al menos, de sus allegados.[16] El Banco de Crédito Agrícola de Santa Cruz, al cual Banzer estaba vinculado, tuvo un rol protagónico en la financiación de la nueva industria. Banzer mismo se ocupó, durante su presidencia, de asegurar tierras a plantadores de coca, desalojando a cien-

[13] Ver James Dunkerley: *Rebellion in the Veins*, dorso, Londres, 1984, pp. 314-316.

[14] Los observadores de este proceso atribuyen la catástrofe de los algodoneros al intento de compensar los bajos precios internacionales mediante la venta de un algodón de fibra más corta que la ofrecida. Esto habría provocado un rechazo casi unánime de compradores europeos. Esta versión es la suministrada por Enrique Valverde, ex jefe de la NAU en Cochabamba. En este mismo sentido, ver Eckstein, Susan: "Transformation of a 'Revolution' from Below-Bolivia and International Capital", en (1983), *Society for Comparative Study of Society and History*, p. 105.

[15] Eckstein, id.

[16] Ver James Dunkerley: *Rebellion in the Veins: Political Struggle in Bolivia 1952-1982*, dorso, Londres, 1984.

tos de campesinos radicados en el Chapare durante su presidencia.[17]

La sospechosa actividad de Banzer palidece en comparación con la dictadura de García Meza de 1981-82. *García Meza y su ministro del interior, coronel Luis Arce Gómez,*[18] utilizaron a las Fuerzas Armadas para asesinar a trabajadores disconformes, para torturar a disidentes y para secuestrar opositores. García Meza debió su eficiencia a sus asesores argentinos entrenados en la Escuela Mecánica de la Armada, ESMA.[19]

Algunos vestigios de García Meza y de sus secuaces perduran hoy en Bolivia. Por ejemplo, en 1989, mientras tres de sus subordinados se daban a la fuga, el comandante militar de la región de Cochabamba, general David Arrázola, fue detenido en Cochabamba. Arrázola había representado al propio García Meza frente a los sindicatos de trabajadores.[20] Expertos en el tema adjudican el arresto a exigencias de la embajada de los Estados Unidos.[21]

El general Moreira Rojas, Comandante General de la tres armas, fue muy claro en admitir la proclividad de las fuerzas a su mando para incurrir en abusos aprendidos de militares argentinos. En este sentido, Moreira advirtió a su gobierno sobre el peligro que significaba lanzar las tropas contra productores y traficantes. El ejército, afirmó llanamente el general, quedaría expuesto a la tentacion del dinero de los traficantes.[22]

Ni la historia reciente de Bolivia ni las advertencias del general Moreira sirvieron para apartar al gobierno de los Estados Unidos en su empeño por militarizar la campaña andina. A pesar de la información de la DEA de que Arrázola no esta-

[17] Además, Luis Valle, yerno de Banzer, fue expulsado del Canadá después de haber sido hallado en posesión de cantidades de cocaína, y el sobrino y secretario privado del general fueron detenidos en Miami y Canadá respectivamente por delitos vinculados al tráfico de drogas. Ver Dunkerley, op. cit.

[18] Luis Arce Gómez fue extraditado a los Estados Unidos en 1989 procesado por traficar con cocaína a principios de los 1980. En marzo de 1991 fue sentenciado a un máximo de 30 años de prisión, ver "30 Year Drug Sentence for Ex-Bolivian Aide", *New York Times*, marzo 23 de 1991, p. 9 col. 1.

[19] Ver Iain Guest: *Behind the Disappearances*, University of Pennsylvania Press, 1990, cap. 1.

[20] Ver James Dunkerley: op. cit., p. 296.

[21] Entrevista en mayo de 1990 con un capital del Umopar en Villa Tunari, Chapare.

[22] Ver *Última Hora*, periódico de La Paz, febrero 3 de 1990.

ba solo y del consiguiente riesgo de que éste restableciera los contactos del ejército con los traficantes de Santa Cruz, la diplomacia norteamericana continuó su esfuerzo por involucrar a los militares.[23] En este sentido, el presidente Bush mantuvo una constante presión sobre los gobiernos de Perú y de Bolivia.

En Bolivia, después de comprometerse con los Estados Unidos en ordenar la participación militar, Paz Zamora tuvo que enfrentar con una firme oposición por parte de extensos sectores políticos y, particularmente, de los representantes gremiales de los cultivadores de coca. Las ligas de campesinos se embarcaron en una decidida resistencia y Evo Morales, representante de los cultivadores de coca, aseguró que sus seguidores defenderían los cultivos con sus vidas.[24] Con un idéntico propósito, el Senado boliviano adoptó una resolución formal desaprobando la intromisión del ejército en cuestiones de coca.[25] De manera similar, los organismos no gubernamentales expresaron su apoyo a los cocaleros, prometiendo poner en marcha medidas de fuerza si el gobierno llevaba adelante su promesa.[26] Estos sectores estaban de acuerdo en que la intervención militar traería consigo una escalada de violencia contra los cocaleros.

Jorge Torrico, subsecretario substituto de Defensa Social de la administración de Paz Zamora, manifestó abiertamente que el creciente volumen del tráfico de cocaína había sobrepasado las posibilidades de UMOPAR.[27] Para esta versión era obvio que el UMOPAR era demasiado limitado para continuar siendo el principal protagonista de la "guerra". El UMOPAR no había podido, hasta ese momento, siquiera desafiar a los niveles superiores de las organizaciones traficantes.[28] Para la mayoría de los observadores, las deficiencias del UMOPAR radicaban, entre otras cosas, en la falta de equipo e información necesarios. Pero es interesante destacar que la

[23] Ver *The White House Report on the National Control Strategy*, enero de 1990.
[24] Ver periódico *Última Hora*, La Paz, enero 16 y abril 14 de 1990.
[25] *Última Hora*, enero 16, 1990.
[26] *Presencia*, La Paz, abril 8 de 1990.
[27] Entrevista con Jorge Torrico en La Paz, mayo 28 de 1990.
[28] Entrevista en el Chapare con Gustavo, agente de la NAU, y con el capitán Ayala del UMOPAR en Chimoré, Chapare, mayo 29 de 1990.

falta de equipamiento se debía fundamentalmente a la persistente oposición del ejército a que se modernizara el equipamiento del UMOPAR.[29] Eran auténticos celos corporativos.

Luego de la reunión cumbre de Cartagena de febrero de 1990, la embajada de los Estados Unidos en Bolivia insistió en la necesidad de involucrar al ejército, prometiendo que, en ese caso, contribuiría con 33 millones de dólares al equipamiento del ejército boliviano. La presión norteamericana tuvo un fuerte impacto sobre los militares del país quienes rápidamente cambiaron de opinión sobre su posible rol en la "guerra". Abandonando la actitud abstencionista exhibida en 1987 en Mar del Plata los oficiales que participaron en las conversaciones con los diplomáticos estadounidenses llevaban consigo largas listas con los artículos bélicos más atractivos. A pesar de que algunos bolivianos no ocultaron su sospecha de que sólo recibirían desechos de la guerra en Korea,[30] esto no desalentó a los militares concurrentes a la embajada. Un diplomático norteamericano en La Paz recordó su perplejidad cuando los oficiales invitados desenrollaron su inventario. "Me sorprendió que no hubieran exigido submarinos y portaviones, recordó el diplomático".[31] Bolivia, por supuesto, carece de acceso al mar.

No todos los militares, sin embargo, coincidieron con la decisión de involucrar al ejército en las tareas de interdicción. Desde 1989 hasta fines de 1990, las "fuerzas especiales" (cuerpos de elite de las tres armas) estuvieron al mando de un respetado general llamado Lucio Añez.[32] En octubre de 1990, el general Añez afirmó que, una vez involucradas en la "guerra contra las drogas", las "fuerzas especiales" no estarían más lejos de la corrupción que el mismo UMOPAR. El general agregó que lograr la armonía entre el ejército y la

[29] Ver M. Benítez Larroca: "UMOPAR libra una batalla desigual contra el narcotráfico en Chapare", *Presencia*. La Paz, marzo 18 de 1990. Todos y cada uno de los agentes de policía con los que hablé del tema coincidieron con esta opinión.

[30] Entrevista con un Hugo Cochamanides, Director Nacional de la Coca, La Paz, mayo 24, 1990, y con el diputado nacional Ernesto Machicado, mayo 25 de 1990.

[31] Entrevista en la sede de la Embajada de los Estados Unidos en mayo 23 de 1990 con un funcionario estadounidense que pidió no ser identificado.

[32] La Policía Federal Argentina, según el jefe de la División de Drogas Peligrosas, consideraba a Añez un hombre de comprobada decencia (entrevista con personal de esta División en julio 11 de 1990).

policía era poco menos que imposible.[33] Había que ser realista: la posibilidad de que el ejército cooperara con la policía era prácticamente inexistente.[34] El general era consciente de que, entre la fuerzas armadas, imperaban las emociones antipoliciales.

El desprecio de los militares por la policía tiene en Bolivia una larga historia. En 1952, cuando la revolución de Paz Estenssoro derribó a la junta militar presidida por el general Ballivián, este desprecio se transformo en odio. Los generales no han podido olvidar hasta el día de hoy que la policía no sólo apoyara el golpe, sino que su personal se atreviera a clausurar la academia militar.[35] Para los militares, los hechos de 1952 fueron un abierto desafío a su orgullo. La posibilidad de que los militares se unieran a las tareas del UMOPAR reabrió rápidamente esas heridas.

Las luchas hegemónicas se hicieron patente cuando el comandante interino del Ejército, general Guido Sandoval, declaró orgullosamente que las Fuerzas Armadas estaban listas para "expandir" el frente contra el narcotráfico. El jefe del UMOPAR, general Felipe Carbajal puso abruptamente al ejército en su lugar. Expresando el sentimiento común de la oficialidad del UMOPAR, Carbajal declaró que el ejército debía subordinarse a la policía.[36] Explicó también Carbajal que la experiencia y las técnicas adquiridas por las fuerzas a su mando exigían que el ejército se conformase con un rol secundario.[37] No existía la más mínima posibilidad de que ambas fuerzas, el ejército y el UMOPAR, pudieran emprender la campaña satisfaciendo las aspiraciones de sus cuadros. Pero esta situación no disuadió ni a los norteamericanos.

Con el propósito de comprometerlos en la campaña anticocaína, a principios de abril de 1990, el presidente Paz Zamora ordenó la movilización de los regimientos de infantería Ustariz y Barrientos. En el mes de mayo, poco antes de comenzar las maniobras del regimiento Barrientos, el jefe de la unidad, coronel Rodríguez, comunicó a la población de

[33] Entrevista con el general Lucio Añez en mayo 31 de 1990.
[34] Ídem.
[35] Ver Dunkerley: *Rebellion in the Veins: Political Struggle in Bolivia 1952-1982*, dorso, Londres, 1984.
[36] *Última Hora*, La Paz, marzo 21 de 1990.
[37] *Última Hora*, La Paz, mayo 31 de 1990.

Cochabamba que sus primeros objetivos consistirían en desactivar al UMOPAR y a la DEA. De acuerdo con el coronel, el UMOPAR merecía ser desmantelado debido a su doble contaminación: los traficantes habían comprado a un sector importante del personal y, peor aún, la oficialidad en pleno había vendido su lealtad a los "yanquis de la DEA", para él una banda de entrometidos corruptos.[38] Conforme a agentes de los servicios de inteligencia extranjeros en La Paz, las declaraciones del coronel no fueron el producto de su excentricidad. Su concepción era compartida por muchos de sus camaradas de armas.[39]

Los hechos demostraron que la animosidad contra la DEA y el UMOPAR era seria. Una serie de grescas menores entre el personal del UMOPAR y oficiales militares da cuenta de los sentimientos reinantes. Estos últimos demostraron también su escasa simpatía por la DEA. Oficiales del ejército acantonados sobre el único camino que conduce al Chapare desde Cochabamba, arrestaron a tres agentes de la DEA porque éstos no llevaban encima credenciales en regla.[40] La embajada de los Estados Unidos respondió al incidente con indignación porque los oficiales de las Fuerzas Armadas bolivianas sabían muy bien que los agentes norteamericanos gozaban de inmunidad diplomática.

De acuerdo al general Víctor Vargas, comandante de las fuerzas en el Chapare, el ingreso del regimiento Barrientos a la zona cocalera había logrado un impacto "obstáculo psicológico"[41] sobre los traficantes, a la vez que protegía a los campesinos de los abusos del UMOPAR.[42] Lo cierto es que la intervención de Barrientos significó un hito en la historia de las fricciones entre la policía y el ejército. Luego de repetidas provocaciones, el 7 de mayo, un grupo de jóvenes oficiales militares atacó a cuatro agentes del UMOPAR cerca del lugar donde el regimiento se había emplazado, en las inmediaciones de

[38] Entrevista con Enrique Valverde, ex jefe, y actual asesor de la NAU en Cochabamba, mayo 26 de 1990.

[39] Informe del Servicio argentino de Inteligencia (SIDE) que solicitó no ser identificado, mayo 21 de 1990.

[40] Entrevista con Enrique Valverde, mayo 26 de 1990 y con el sargento del ejército Walter Montoya, Villa Tunari, Chapare, mayo 28 de 1990.

[41] *Journal Opinion*, abril 15, 1990.

[42] Ídem.

Villa Tunari. Tres de las víctimas consiguieron escapar de la cantina en la que tuvo lugar el incidente. Menos afortunado que sus camaradas, el cuarto hombre, un agente de apellido Mariani o Mamani, fue atrapado en la habitación de su novia, en la parte trasera de la cantina. La golpiza, descripta por compañeros de la víctima, demostró algo más que una beligerancia circunstancial. El castigo a Mariani demuestra un alto grado de incompatibilidad institucional.

Los militares golpearon a Mariani primeramente en el lugar del encuentro; lo condujeron luego al campamento militar donde continuaron castigándolo hasta poco menos que la muerte. El 11 de mayo, oficiales del regimiento convocaron al capitán Ayala del UMOPAR, con el propósito de que Ayala acompañara a Mariani de vuelta al cuartel. Tal era el estado de Mariani que Ayala exigió a los militares una descripción por escrito del estado del policía, como condición para llevarlo al hospital.[43] Ayala fue inmediatamente transportado en helicóptero a la ciudad de Cochabamba donde fue confinado a la unidad de terapia intensiva por 5 días. A fines de mayo, 20 días después del incidente, Mariani estaba aun convaleciente.

A modo de excusa, los participantes de la golpiza explicaron al coronel del ejército a cargo de la investigación, que Mariani había intentado fotografiarlos sin su consentimiento. Los testigos afirman, sin embargo, que la víctima no llevaba encima siquiera una cámara fotográfica. Pero el conflicto no era sólo con Mariani.

Los agentes del UMOPAR convocados a testimoniar por ante la justicia militar, coinciden en que fueron tratados como los verdaderos culpables.[44] Dando por terminado el episodio, el comandante general del ejército declaró que el incidente no había alterado las "actividades normales de ambas fuerzas." Como era previsible, los jefes del UMOPAR no coincidieron con esta versión, como lo pone de manifiesto la respuesta del capitán Ayala, jefe del curso "Garras del Valor". Ayala declaró abiertamente que el UMOPAR retribuiría todas y cada una de las futuras provocaciones.[45] El capitán Ayala no era un vocero autorizado y el estilo que eligió dista-

[43] Entrevista con el capitán Ayala, del UMOPAR, mayo 29 de 1990.
[44] Versión de dos agentes del UMOPAR que solicitaron no ser identificados (Chimoré, mayo 29 de 1990.
[45] Ídem.

ba del que debía observarse en las relaciones entre las fuerzas; lo que quedó en claro, sin embargo, es que, a raíz del incidente de Mariani, el conflicto cobró una nueva magnitud. Esta fricción corporativa es capaz de neutralizar los intentos de coordinar las acciones del ejército y el UMOPAR. Dos hechos ocurridos a mediados de mayo justifican este pesimismo.

En mayo de 1990 el segundo jefe del destacamento más importante del UMOPAR en el Chapare era el Mayor Ramiro Ortega. A través de un memorándum interno, Ortega informó al general del ejército Lucio Añez, comandante de las Fuerzas Especiales, sobre un nuevo sorprendente episodio. Fuerzas del ejército habían abierto fuego contra un helicóptero del UMOPAR con el presunto propósito de desalentar a la tripulación de volar sobre un campamento militar. Con el fin de evitar un enfrentamiento directo, el helicóptero se alejó rápidamente del lugar.[46] Añez notificó inmediatamente el incidente al comandante en jefe del ejército, general Moreira, y este último optó por no darle trascendencia a la denuncia. Sorprendentemente, Moreira optó por comportarse como si nada hubiese pasado, atribuyendo la severidad del informe a la "hipersensibilidad del UMOPAR".[47] Si lo que quiso el general era calmar los ánimos, su táctica no pudo ser más desacertada. En círculos políticos la respuesta de Moreira fue considerada no solamente extemporánea sino también un gesto de inadmisible indiferencia.

También en mayo de 1990, un hecho sangriento ocurrido en la aldea chapareña de Isinuta alimentó las sospechas de que el ejército estaba dispuesto a dañar al UMOPAR lo más posible. Un hombre arrojó una granada de mano contra un oficial del UMOPAR que se encontraba sentado en un bar; resultaron muertos el agente y 4 civiles, incluyendo a un niño de 4 años; fueron heridas, además, una decena de personas que se hallaban circunstancialmente en el lugar.[48] Una pocas horas después, como consecuencia del hecho, una muchedumbre enardecida encontró al asesino ebrio y le dio muerte rociándolo con combustible y prendiéndole fuego. El hombre era un conocido maleante asocia-

[46] Agencia de información ANF, La Paz, mayo 17 de 1990.
[47] Ver *Última Hora*, La Paz, mayo 22 de 1990.
[48] Entrevista con un policía que investigaba el caso. Villa Tunari, 29 de mayo de 1990; conversación con Enrique Valverde, 30 de mayo de 1990.

do con los traficantes de Santa Cruz y el crimen pudo bien pasar por el hecho de un lunático, sin consecuencias institucionales. Pero el episodio no fue políticamente irrelevante. Según los expertos, las esquirlas de la granada indicaban que ésta era de un tipo especial, al que sólo el ejército tenía acceso.[49] Los investigadores conjeturaron que el sangriento incidente estuvo orientado a demostrar que la violencia en el Chapare había excedido la capacidades del UMOPAR. Sólo el ejército podría salvar la situación. Si las autoridades políticas llegaban a esta misma conclusión, la presencia permanente del ejército en la "guerra" sería un hecho irreversible.

Es posible que las sospechas de la policía acerca de la mano del ejército fuesen aventuradas. Sin embargo, el caso de Mariani y la agresión contra el helicóptero sustentaban esta creencia. Para fines de mayo de 1990 recogí la opinión unánime entre los agentes del UMOPAR de que debían cuidarse del personal de los regimientos Barrientos y Ustariz. En La Paz, algunos políticos culparon a la embajada de los Estados Unidos de causar el conflicto por imponer la intervención militar. El diputado Gregorio Lanza, por ejemplo, acusó a la embajada de generar deliberadamente el enfrentamiento entre las fuerzas.[50]

IV

En Bolivia, el UMOPAR y la DEA son objeto de permanente discusión. Los habitantes de las regiones cocaleras del Chapare y los Yungas consideran que, con apoyo directo de la DEA, el UMOPAR incurre en abusos de todo tipo.[51] La versión de persecuciones injustificadas del UMOPAR bajo la supervisión de agentes de la DEA no proviene solamente del campesinado sino también de sectores de la Iglesia Católica y miembros del Senado.[52] Con el apoyo de hacenda-

[49] Estuve presente en la reunión celebrada en Chimoré, Chapare, el 28 de mayo de 1990. En esta reunión, uno de los oficiales a cargo de la investigación informó a sus superiores sobre el curso de su trabajo.

[50] Gregorio Lanza: "Policía, fuerzas armadas y tráfico de drogas", *Presencia*, La Paz, abril 28 de 1990.

[51] Los campesinos que entrevisté en cada uno de estos lugares coincidieron en este aspecto. Ver también William Walker III: *Drug Control in the Americas*, edición revisada, University of New Mexico Press, Albuquerque, 1989, p. 200.

[52] El Senado boliviano investigó 32 casos de pillaje y "otros abusos" en el Beni. Asimismo, organizaciones de derechos humanos han promovido múltiples investigaciones y lo cierto es que, en 1990, ninguna de las imputaciones había sido contestada por las cabezas del UMOPAR (*Presencia*, La Paz, diciembre 13 de 1990).

dos y comerciantes, la ciudadanía del Beni condenó formalmente al UMOPAR, afirmando que los procedimientos de este cuerpo hacían peligrar la seguridad de los habitantes de la región.[53]

Las reacciones del gobierno boliviano sugieren que las denuncias están fundadas. El subsecretario de Defensa Social, Gonzalo Torrico, reaccionó culpando a los traficantes por lo que consideró "imputaciones injuriosas contra la Fuezas Especiales".[54] En contraste con la reacción de Torrico, el ministro del Interior Guillermo Capobianco, el más alto funcionario con poder sobre la policía, admitió sin rodeos que el personal del UMOPAR en el Chapare debía ser "más respetuoso de los derechos de los civiles". Capobianco expresó también su preocupación por los abusos contra mujeres y la amenaza de perjudicar el comercio.[55] El ministro se refería, sin duda, a casos de violaciones, de pillaje y extorsión.

En octubre de 1990, el diputado boliviano Julio Mantilla Cuellar declaró públicamente que, en la provincia de Los Yungas de La Paz, el UMOPAR había extorsionado a los cultivadores de coca. Mantilla formalmente exigió que el ministro del Interior informara a la Cámara de Diputados sobre casos de violaciones de domicilio y tortura perpetrados por el UMOPAR.[56] Además, haciendo alusión a la exacciones ilegales del UMOPAR, el diputado sarcásticamente preguntó al ministro sobre la facultad de este cuerpo de "cobrar impuestos".[57]

V

La cuestión de la intervención militar en la "guerra contra las drogas" en Bolivia plantea situaciones paradojales a la administración de turno. La inclusión del ejército contra el tráfico de cocaína satisfará las aspiraciones de los Estados Unidos. Esta medida, a su vez, podrá sugerir que el gobierno ha decidido to-

[53] *Presencia*, La Paz, diciembre 13 de 1989.

[54] *Presencia*, La Paz, marzo 17 de 1990.

[55] Ver *Presencia*, La Paz, marzo 16 de 1990. Observadores de los acontecimientos en el Chapare reconocen que el peso de la represión indiscriminada recae casi exclusivamente sobre los cocaleros y los sectores sin tierras (por ejemplo, Michael Painter: *Institutional Analysis of the Chapare: Regional Development Project (CRDP)*, en el Institute for Development Anthropology, Clark University, Worcester, Massachusetts & Institute for Development Anthropology, Binghampton, Nueva York, 1990, p.42.

[56] *Presencia*, La Paz, octubre 1 de 1990.

[57] Ídem.

mar al toro por las astas, logrando demostrar con hechos que el declarado propósito de combatir el tráfico de cocaína va en serio. La retórica de la "guerra" obliga a no escatimar esfuerzos para evitar la "traición" o el "derrotismo". Por otro lado, la solución militarizante coloca al gobierno en el dilema de confesar que, implícitamente, las "Fuerzas Especiales" y el UMOPAR más especialmente, han fracasado en las misiones de interdicción. Si el gobierno porfía en sostener que su campaña es exitosa, no podrá justificar que la presencia del ejército es necesaria. Invocar el éxito en la campaña contra las drogas resulta incompatible con la presencia militar en cocales y pisaderos.

Los funcionarios políticos a cargo de la policía han declarado que la intervención militar no es necesaria. Otros sectores gubernamentales han cuestionado esta opinión. Pero las variadas posiciones sobre la intervención militar y el apoyo a la presión norteamericana tienen poca relación con el tráfico de drogas y mucha relación con políticas sectoriales.

El aparente incremento del poder militar en el país ha causado gran revuelo sobre las agencias de control. Como nuevo actor en el terreno de las drogas, el ejército ha entrado en colisión con la DEA y el UMOPAR; eventualmente también se enfrentará con la armada y la aviación. El conflicto entre militares y policías ha reemplazado a la imaginada cooperación, transformándose en un tema delicado de por sí.

La insistencia norteamericana sobre la intervención del ejército colocará a los militares cada vez más cerca del poder que tuvieron García Meza y Banzer. Es de sospechar que, de esta manera, las políticas antidrogas debilitarán a las ya débiles instituciones democráticas. No es posible justificar la intervención militar pues no es dable adjudicar el fracaso de la "guerra" a la falta de recursos humanos y materiales. El fracaso se debe, más que nada, al síndrome Balatón. En efecto, la frustración se origina ya en la mal concebida política de adoptar el discurso de emergencia al encarar el tema de las drogas como declarar una "guerra". Los cocaleros bolivianos han padecido ya la violencia de las dictaduras militares de los 70 y los 80. Ahora son víctimas del UMOPAR y de las Fuerzas Especiales. La decisión de suprimir esta violencia será más ineficaz con la presencia de todas las agencias que el gobierno decida sumar a la interdicción. Dado la larga tradición latinoamericana, el síndrome Balatón será más visible si en esa suma se incluye la intervención militar.



CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL

NÓMINA DE PARTICIPANTES

Aboso, Gustavo Eduardo
Abad, Fernando
Abbiatti, Luis Enrique
Abed, Rocío
Abinal, Pablo F.
Abraham, Marta Laura
Abraldes, Sandro
Acerbo, Silvio
Acevedo, Eduardo Carlos
Acosta Marín, César Alejo
Acosta, Laina Roxana
Acosta, Marta Elina
Acosta, Norma Estela
Acuña, Domingo M.
Adad, Gustavo José
Adet Caldelari, Fernando Luis
Adler, Daniel Eduardo
Adrogué, Martín José
Aghdjian, Bárbara Julieta
Aghustino, Sandra Mabel
Agüero, Ana Leticia
Aguilera, Claudia
Aguinaga, Alberto Luis
Aguinaga, Juan Carlos
Aguinski, Marcelo
Aguirre Obarrio, Eduardo
Aguirre, José Antonio
Aguirre, Sebastián Facundo
Aimar, Verónica
Alagia, Alejandro Jorge
Alarcón, Juan José
Albarengo, M. de las Nieves
Albarenque, Analía Verónica
Alberdi, José Félix
Alberdi, Mercedes
Alberione. Bernardo Miguel
Alberto, Leila Mónica
Albo, Érica
Albor, Adrián Daniel
Alchaer, Julio
Alda Soro, María del Pilar
Alday, María Clara
Alderete, María Vanessa
Ale, Salomón Alejandro
Alegre, Marcelo
Alfieri Duaria, Víctor Hugo
Alfonzo, Hugo Alberto Cayetano
Alliaud, Alejandra Mercedes
Almeyra, Miguel Ángel
Alonso, Homero
Alterini, Gustavo Javier
Álvarez Matos, Juan José
Álvarez Vivar, Martín César
Álvarez Vivoda, Stella Maris
Álvarez, Carlos Luis
Álvarez, Leandro
Álvarez, Ricardo Carlos María
Alvariñas Cantón, Teófilo César
Alvero, Marcelo Roberto
Alzaga, Silvina
Amans, Carla Victoria
Amaral, Juan José
Amarilla Arnica, Gustavo
Amiel de Gadea, Nélida Ana
Amil, María Laura
Andrade, Gabriela Nadia
Andrádes, Estela Gloria
André, María Gloria

Androvetto, María Gabriela
Anitua, Gabriel Ignacio
Anllo, Lina Silvana
Annesse, Lucía
Antonini, Mónica Alejandra
Apud, Lucrecia María
Aquino, Héctor Manuel
Aquino, María de los Milagros
Aracil, Stella Maris
Aramburu, Soledad
Arangón, Silvia Noemí
Araoz, Héctor Agustín
Arauz de Yofre, Silvia Elena
Arce Balcazar, Freddy
Arce, Enrique Alberto
Arellano Rodríguez, Luis Alberto
Arellano, Luis Alberto
Areniello, Marina Jesús
Arévalo, Leandro Walter
Argañaras, José Ignacio
Argelini, Adriana
Arguelles, Ana Luz
Argüello, Luis Rodolfo
Arias Duval, Martín Augusto
Arias, Liliana Delia
Armagno, Laura
Armanini, Ana Karina
Armetta, Ana María
Arnal, Salvador Antonio
Arnedo, Fernando Javier
Arnedo, Miguel Alfredo
Aromi de Sommer, Gabriela
Arrabal, Mariana
Arriola, Julio Isaac
Arrola de Galandrini, Graciela S.
Arrúa, María Florencia
Arslanián, León Carlos
Artero, Emir Gabriel
Artero, Silvia Raquel
Asbir, Carlos Alberto
Asís, Eduardo Fabio
Asselborn, Karina Elizabeth
Atencio, María Eugenia
Auciello, Gisela Flavia
Austri, Carlos
Avadre, Gustavo
Ávalos Maffgi, Marcos José
Avellaneda, Irma Margarita
Avendaño Menchaca, Eloy Moisés
Ávila Torrente, Adriana Arminda
Ávila, Ángel Roberto
Ávila, Elizabeth del Valle
Ávila, Gladys Encarnación
Ávila, Juan José
Ávila, María Gabriela
Azcurra de Marquina, Rosa C.
Azzali, Javier Carlos
Azzato, María Victoria
Azzetti, Julia Antonia
Baca Paunero, María Victoria
Baca, Justo Rafael
Bacigalupo Zapater, Enrique
Badano, Marcelo
Baez Peña, Vera
Baez, Horacio Luis Nicolás
Baigorri, Alberto Luis
Baigún, David
Bajar de Mutchiwik, Ana Beatriz
Balbastro, Eugenio Ramón
Balda, Silvina de los Ángeles
Ballue, Victoria
Banco, Gustavo
Banga, Gabriela María
Barbagelata, Marina Electra
Barberis, Liliana Graciela
Bardi, Santiago María
Baret, René
Barra, María Eugenia
Barrera Espinoza, Walter Rodrigo
Barresi, Mariela
Barreyro, Laura Andrea
Barrionuevo, Eduardo César
Barroetaveña, Diego Gustavo
Barsamian, Sonia Cristina
Barzola, Sergio Fernando
Basiglio, María José
Bassegio, Roberta
Basso, Andrés Fabián
Basso, Mario E.
Basso, Silvina Clara
Basterretche, Hilda Elisa
Batista, Nilo
Batistelli de Ríos Martínez, Laura N.
Baudino, María Marta
Baulies, Patricia María
Bearzi, Karina Esther
Becerra, Sebastián
Bégue, Juan Andrés

Behar, Miriam
Beiderman, Bernardo
Beigier, Matías
Bellene, Diego Abraham
Bellomio, María Cecilia
Belloqui, Gilda
Belloqui, Laura
Belmonte, Carlos Alberto
Beloff, Mary
Beltramone, Javier Francisco
Benegas, Carlos
Benítez de Zotti, Carmen
Benítez, Maximiliano F.
Bentolila, Carlos Alberto
Benzi, Mónica
Beraldi, Carlos Alberto
Berdichevsky, Adrián Fernando
Bergés, Mariano
Bergmann, Mónica
Bergonzi, Juan Carlos
Berlin, Claudia Andrea
Bernasconi, Mónica Alicia
Berraz de Vidal, Amelia Lydia
Bertoia, Héctor Daniel
Bertolucci, Débora María
Berzosa, Gloria Lilia
Beute, María Cristina
Biagini, Miguel Ángel
Bialñ, Bárbara
Bianchedi Pemberton, María
Bianchi, Ricardo Federico
Bianchi, Silvia
Bidone, Juan Martín
Billorda Sandoval de Borgogno, Beatriz A.
Bilotto, Analía Gabriela
Bincaz, Germán
Bistué de Soler, Beatriz
Blanco, Oscar Alejandro
Blanco, Verónica María
Blasco, Rodolfo Ariel
Bloch, Ivanna Verónica
Bobbio, Gustavo Héctor
Bogado, Fabrizio Nicolás
Bogado, Graciela Carolina
Bogdasarian, Silvina
Bogoni, Claudia
Böhm, Carlos
Bolado Aveni, María Laura
Bolla, Natalia
Bolotnikoff, Pablo
Bolzan de Ippolito, Stella Maris
Bonetto, Luis María
Bongianino, Mario Oscar
Bonini, Nora Cristina
Bonomo Tartabini, Florencia A.
Borinsky, Mariano Hernán
Bortholuzzi, Juliana
Bossi, Carlos María
Botana, María Fernanda
Botti, Silvia Teresa
Bottini, Humberto
Botto, Edmundo Alberto
Bouyssou, Norma Isabel
Bova, Ángel Marcelo
Bozzano de la Llosa, Vanesa S.
Bozzo Rozes, Diego
Bravo, María Teresa
Brito, María Noel
Brizzi, Jessica
Brizzio, Cecilia Carmen
Broggini, Eduardo Gustavo
Bronfman, Miguel
Bruera, Matilde Marina
Bruglia, Leopoldo Oscar
Brunet, Elena
Bruni, Juan Carlos
Bruno, Andrea Cristina
Bruno, Carlos Arturo
Bruno, Pablo Belisario
Bruno, Silvina
Bruto, Liliana Noemí
Bruzoni, Ernesto Horacio
Bruzzone, Gustavo Alfredo
Bugallo, Roberto Nelson
Buigo, Marcelo Roberto
Buigo, Miguel
Bulacio Núñez de Rúa, María I.
Bunge Campos, Luis María R. M.
Buompadre, Jorge
Burrone de Juri, María
Buscarini, Graciela María
Bustamante, Dardo Damián
Bustos Berrondo, Fernando
Bustos González, Elda Fernanda
Bustos Ramírez, Juan
Bustos Ventura, Daniel
Bustos, Eliana Elizabeth

Bustos, Gabriel Raúl
Buteler, José
Buzzo, Miriam Beatriz
Caamaño Iglesias Paiz, Cristina
Caballero de Sanabria, María G.
Caballero Vidal, Juan Carlos
Caballero, José Severo
Caballero, María del Pilar
Caballero, Pedro José
Caballero, Vidal Juan Carlos (h.)
Cabral, Alejandro
Cabrera de la Rosa, Silvia Marcela
Cáceres Ibarra, Alcides Guido
Cafferata, Santiago
Cafure de Battistelli, María Esther
Caimmi, Luis Alberto
Calcagno, Sandra Elizabeth
Callegari, Andrés Luis
Callejas, José Alejandro
Camacho, María José
Camadro, Jorgelina
Cameroto, Ana María
Camiña, María Cristina
Campoamor, Alejandro Héctor
Campos, Julio Américo
Camps, Germán Francisco
Canavesio de Pastrello, María
Canavesio Ricaval, María Lucía
Candela, Walter José
Canfield, Hamilton Soares
Cangianelli, Violeta
Cano, Ignacio Héctor
Cantaro, Alejandro Salvador
Cantisani, Inés
Cañon, Fabián Gustavo
Cañon, Hugo Omar
Cao, Pamela
Capandegui, Carlos Alberto
Capilla, Mariana
Capizzi, Sebastián Andrés
Capolupo de Durañona y Vedia, A. M.
Capolupo, Enrique Rodolfo
Capparelli, Facundo Luis
Cappuccio, Emilio Antonio
Capra, Laura Marina
Carabajal, Julián Esteban
Caramuti, Carlos Santiago
Carasso, Claudia Andrea
Carbajales, María Inés
Carballeira, María Elena
Carballo, Alejandro Javier
Carbone, Carlos Alberto
Carcamo, Estela Raquel
Cardelino, Ricardo Rodolfo
Cárdenas, Gloria Carmen A.
Cárdenas, Miguel Ángel
Cárdenas, Yamila Cecilia
Cardinali, Genoveva Inés
Cardozo, Luis Fernando
Careaga, Ana María
Carini, Nicolás
Carlin, Miguel Augusto
Carmona, Mónica Elizabeth
Carnevale, Aldo Daniel
Carnovali, Anelisi
Carpegna, Marcelo Christian
Carral, Daniel
Carral, Daniel Alfredo
Carram, Jorge David
Carrara, Wilmer
Carrera, Pablo Daniel (h.)
Carrera, Daniel
Carrera, Eduardo Luis
Carrizo, Alejandra Analía
Carrizo, María Mercedes
Carubia, Daniel O.
Carvajal, Miguel
Carzolio, Miriam Verónica
Casa, Pablo Cruz
Casanova, Enrique
Casañas Levi, José Fernando
Casariego, Pedro Osvaldo Horacio
Cascio, Alejandro
Casella, Paula
Cassain, María Lucía
Castabel, Néstor Guillermo
Castañera de Emiliozzi, Susana M.
Castañón, Rita
Castelli, Germán Andrés
Castellote, Silvia Raquel
Castex, Francisco Ignacio
Castex, Mariano
Castillo Lynch, Carlos Alberto
Castillo, Gerardo Antonio
Castillo, María Eugenia
Castillo, Mary Isabel
Castiñeiras, Elsa Ethel
Castro Gil, María Eugenia

Castro, Damián
Castro, Julio César
Cataldi de Anún, Alejandra
Cattaneo, Nora Nelly
Cattani, Horacio Rolando
Caunedo, Paula Victoria
Cavallero, Ricardo Juan
Cela, María del Pilar
Celiz, Fabián
Centurión, Susana Beatriz
Cerezo Bazzi, Juan Fernando
Cerruti, Víctor Hugo
Cerstaldo Kegler, Adalberto
Cervantes, Verena Luciana
Cesano Samán de Caunedo, María J.
Cesano, José Daniel
Chaar Diamela Beatriz
Chamot, Armando
Charadia, Gladys Clelia
Checa, Elbio Antonio
Chehtman, Alejandro
Chena Altamirano, Carlos A.
Cherñavsky, Nora Alicia
Chirivin, Mónica Graciela
Chittaro, Eduardo Aníbal
Ciafardini, Mariano Alberto
Ciano, Ariel
Cimenton , Juan Carlos
Cione, Gabriela Adriana
Ciotti, Pablo Alejandro
Cipolla Sánchez, Fernando Gabriel
Circo, Norberto Luis
Cisilino, Arnaldo
Clemente, José Luis
Cogan Mori, Alberto
Collantes, Hernán Alejandro
Companys, Juliana Érica
Concepción, Javier
Console, José
Conti, María Virginia
Contrafatto de Cartolano, Silvia
Contreras Braillard, Alejandro
Contreras, Marina Fernanda
Contreras, Natalia
Copetti, Álvaro Danubio
Corbalán, Eva Gabriela
Cordero, José Luis
Coriolano, Mario Luis
Corleto, Nicolás
Coronel Villalba, Gustavo Adolfo
Correa, Armando
Correa, Yanina
Cortazar, María Graciela
Cortes de Arabia, Ana María
Cortés, Héctor Fabián
Cortés, Rafael Enrique
Coscia, Orlando Arcángel
Cosentino, Verónica Mabel
Costa, Héctor Jr.
Costa, Manuel Rubén
Costa, Mario Gustavo
Costa, Ricardo José
Costanza, Norberto Ángel
Cozzani, Rodrigo
Crespin, Julia
Creus, Carlos
Cristal, María
Cristaldo Kegler, Luis Adalberto
Cristini, María Romina
Cruz, Carlos Alberto
Cruz, Rosa Adriana
Cubillos, María Pía
Cufré, Sebastián
Cúneo Libarona, Matías
Cuñarro, Mónica Lilian
Cupeiro, Javier Norberto
Currais, Carlos Alberto
D'Albora, Francisco José
D'Alessio, Andrés
D'Amato, Marcela Beatriz
D'Atena, Andrea Fernanda
D'Empaire, Eduardo Alfredo
D'Ornellas, Manuel
Da Rocha, Joaquín Pedro
Dabán, Ulises Andrés
Dahi, Marta Elena
Dalil, María Elena
Dalle Sedone, Norma Karina
Damonte, Alejandro
Dastres, Alicia
David, Jorge Enrique
Day Arenas, Eleonora M. M. de Lourdes
De Araujo, Jõao Marcello Jr.
De Blasis de Morelli, Alicia
De Campos, Manuel Arturo
De Carlo, Susana Leticia
De Carvalho, Salo

De Fernández Toledo, Rubén
De la Fuente, Javier Esteban
De la Reta de Cobos, María Marta
De la Rúa, Jorge
De Langhe, Marcela
De Los Roces de Sassano, Daniela
De Luca, Javier Augusto
De Minicis, Mariela
De Nucci, Emma Lidia
De Oliveira Miranda, Daniela
De Paola, Julia Elena
De Rivacoba y Rivacoba, Manuel
Del Castillo, Miguel Julián
Del Corral, Diego
Daniel Del Río, María Teresa
Delamare, Graciela María Victoria
Delest, Diana
Delgado Puentes, Jorge A. R.
Delgado, Sergio
Dell'Agnolo María del Rosario
Dell'Arte María Inés
Della Maggiore, Gustavo J.
Dellagiustina, Adriana Patricia
Dellagiustina, Alfredo
Dellamea, Raúl Argentino
Deluca Giacobini, María Cristina
Deluca, Luis Fernando
Demaría Massey, Elva
Demichelis, Carlos Alberto
Derecho, René
Desimone, Guillermo Pablo
Despouy Gerez, Adolfo
Despouy Gómez, Adolfo
Despouy, Pedro
Devoto, Eleonora
Di Corleto, Julieta Beatriz
Di Giambattista, Fernando Martín
Di Lello, Jorge Felipe
Di Sciascio, Florencia Inés
Díaz Alegre, Enrique Amadeo
Díaz Cabral, Marcelo Gonzalo
Díaz Cano, Ana Helena
Díaz Ferrer, Joaquín
Díaz Lannes, Carlos Felipe
Díaz Lozano, Lorena
Díaz Rodríguez, M. del Carmen
Díaz Ruiz, Carlos Daniel
Díaz, Elda Cristina
Díaz, Hugo Oscar
Díaz, José Edgardo
Díaz, Mariano Andrés
Didone, Andrea Marcela
Diedrich, María Alejandra
Diez Ojeda, Augusto
Diez Ojeda, Augusto Mariano
Díez Ripollés, José Luis
Dimundo, Marcela A.
Divito, Mauro Antonio
Do Amaral, Antonio José Mattos
Do Pico Farrell, Elena Victoria
Dobniewski, Deborah
Dobniewski, Luis
Doeyo, María Luján
Dolce, Claudio Armando
Domenech, Ernesto Eduardo
Dominella, Walter Jorge Fernando
Domínguez Henain, Daniel Horacio
Domínguez, Lisa
Domínguez, Sandra Graciela
Donna, Edgardo
Dorado, Marcela
Dorantti, Valeria Lourdes
Doti, María Alejandra
Durán, Alberto Ramón
Duré, Claudio Omar
Duré, Juan Carlos
Dutto, Rodolfo Félix
Echegaray, Graciela Edith
Echevarría, Susana Marina
El Gandur, María Victoria
Elbert, Carlos Alberto
Elbert, Laura Beatriz
Eljatib, Axel Omar
Epelbaum, Carolina Eugenia
Epsztein, Laura
Erbetta, Daniel
Ermili, Miriam Patricia
Escobar, Mirna René
Escudero, Claudio Marcelo
Escudero, Derlis
Eskenazi, Eduardo
Espeche, María Cristina
Espinosa, Jorge Luis
Espósito, Anabella Elizabeth
Estol, Manuel Amancio
Estrada, Juan Antonio
Estrella, Oscar Alberto Tristán
Etchegoyen, Mariana

Etienot, Fernando Juan
Faes, Carlos Alberto
Fainschtein, Florencia Yael
Falabella, Marcela Beatriz
Falcone, Roberto Atilio
Falsarella, Guillermo Emilio
Fanzolato, Eduardo
Farah, Pablo Fernando
Fardi, Nicolás Gustavo
Farías, Daniela Irma
Farías, Juan Manuel (h.)
Farías, Juan Manuel
Farinella, María Florencia
Fayet de Souza, Ney Jr.
Fayet de Souza, Paulo
Fechino, Laura
Fedel, Daniel Bladimiro
Fehlmann, Gustavo
Feldtmann, Federico Martín
Fellini, Zulita
Feris de Machado, Martha Elena
Fernandes Pires, Sergio Luiz
Fernández Blanco, Carolina
Fernández de Cuevas, Verónica
Fernández Vecino, Graciela Nair
Fernández Vicchio, María A.
Fernández Vila, María Fernanda
Fernandez, Alejandro
Fernández, Diego
Fernández, Diego Sebastián
Fernández, Eduardo Carlos
Fernández, Gonzalo
Fernández, Ivana Karina
Fernández, Jorge Héctor
Fernández, Juan Pablo
Fernández, Lina Silvia
Fernández, Luis María
Fernández, Mariela Andrea
Fernández, Roberto O.
Fernández, Silvia Susana
Ferrari, José Agustín
Ferraris, Enrique Aníbal
Ferrer, Andrea Paula
Ferrer, Carlos Ernesto
Ferreyra Araya, Jorge Hernán
Ferreyra, Liliana del Carmen
Ferrin, Elizabeth
Fierro, Guillermo
Figueroa Napal, Elena Victoria
Figueroa, Javier
Filipini, Leonardo
Fissore, Gustavo Raúl
Fitzsimons, Heriberto Enrique
Flecha Arce, María Gloria
Fleitas Arguello, Hugo Antonio
Foglia, Sebastián
Folgueiro, Hernán
Fontemachi de Bianchi, María
Formichelli, Adela
Fornes, Juan Bernardo
Fortín Payón, Héctor Efraín
Fortunato, Reinaldo
Franceschetti, Gustavo
Franco, María Verónica
Frassia, Ana María
Frassia, Ana Mirta
Fratto, Eduardo Jorge
Freddolino, Carlos Daniel
Freeland, Alejandro
Freidenberg de Ferreyra, Alicia
Frías Caballero, Jorge
Frías Silva, Inés
Frías, Eduardo Arnaldo
Fridman, Mariano Alejandro
Friede, Guillermo
Fries, Pedro Fernando
Frillocchi, Elena
Frontini, Norberto Federico
Fuentes, Ariel Esteban
Funes Palacios, Alberto
Funes, María Magdalena
Furey, Constanza
Furnari, Juan María
Gabalachis, Néstor Fabián
Gago, Juan José
Galaz, María Virginia
Galeano, Luis
Gallardo, Lidya Inés
Gallasso, Carlos Antonio
Galli, Guillermo Daniel
Galli, Ricardo José
Gallino Yanzi, Carlos
Gallino, Jorge Sebastián
Galván Greenway, Juan Pedro
Gambacorta, Mario Luis
Gandarillas, Lucio Macario
Ganggiovelli, Violeta
Ganon, Gabriel Elías Heriberto

Garat, Martín Federico
García Arpon, Maximiliano H.
García Berro, Marcelo Héctor
García Berro, Santiago
García Darderes, María de las Mercedes
García de Mellado, Susana G.
García Espinola, Sylvia Susana
García Izquierdo, Ana Lía
García Jurado, Eduardo
García Jurado, Federico
García Nadal, Mariana Fátima
García Netto, Irma Adriana
García Reynoso, Manuel
García Zavalía, Mariano
García, Daniela Mirta
García, Federico
García, Jorge Amilcar
García, Miguel Ángel
García, Pedro Alberto
García, Víctor
Garmendia Orueta, María Andrea
Garnica, Marcelo
Garrigós, María Laura
Garzón de Milano, Iris Elisabeth
Gaspani, Marcelo Eder
Gatica, Karina
Gatti, Oscar Alberto
Gemenez, Juan Ramón
Gemignani, Juan Carlos (h.)
Gemignani, Juan Carlos
Gené, Gustavo Enrique
Genovese, Carlos Ariel
Gervasutti de Del Barco, Marta G.
Ghianni, Marta Gloria
Giacoia, Luis Marcelo
Giacumbo, Marcela Karina
Giandomenico, Carlos A.
Gil Juliani, Luis Alejandro
Gil, Ana María
Giménez Bonet, Abelardo Martín
Giménez, Humberto
Giménez, Mariana
Giménez, Silvina Andrea
Girotto, Gladys Martha
Girotto, Gladys Mirta
Giudice Bravo, Juan Facundo
Giudice, Andrea Victoria
Godoy Vélez, Adolfo
Godoy, María Ximena
Goicoechea, Griselda Emilce
Goldstraj, Arturo César
Goldztein de Rempel, Noemí
Gomara, Juan Pablo
Gómez Mozassi, Diego Martín
Gómez Pinasco, María Florencia
Gómez, María Florencia
Gómez, María Paula
Gómez, Marta Isabel
Gómez, Ramón Abel
Gómez, Sergio Alejandro
Gómez, Silvia Ramona
González Areco, María Alejandra
González del Pino, María C.
González Elicabe, Ariel
González Fossat, Roberto
González Guerra, Carlos M.
González Taboada, Sandra
González, Andrea
González, Claudia Analía
González, Gustavo Fabián
González, Ivana María
González, José Ramón
Gonzalez, María Celica
González, Mónica Andrea
González, Ramón Luis
González, Raúl Oscar
Gorchs, Guillermo Federico
Gordon, Saúl Fernando
Gorostiaga, Manuel
Gorvein, Nilda Susana
Gottardi, María Evangelina
Grabivker, Marcos Arnoldo
Granada, Osvaldo
Granados, Ana Stella Maris
Grasso, Mariana
Greco, Silvia
Grieben, Héctor
Grinberg, Edgardo Gustavo
Grinhauz, Ramón Moisés
Grisendi, María Luján
Grünberg, Adrián Fernando
Grusoski, Alejandra
Guagnino, Sandra Verónica
Guardia, Diego Leif
Guazzaroni, Silvina Andrea
Gulla, Bárbara
Gulle, Alejandro Luis Alberto

Gurruchaga, Hugo Daniel
Gutiérrez Herrera, Noelia
Gutiérrez, Manuel Martín
Guzzardi, Ana Silvia
Haddad, Marcelo
Halle, José Carlos
Hamity, Ivana Carolina
Hampartzounian, Anahí Cristina
Haro Martínez, Diego
Hatrick, Nuria
Hazan, Luciano
Heffes, Omar
Heffes, Omar Darío
Hein Campos, Carmen
Helfer, Graciela Miriam
Hendler, Edmundo S.
Hendler, Martha Lorena
Heredia, Claudio Domingo
Heredia, Héctor
Herfurt, Natalia
Hernández de Luna Etcheverlz, Lorna
Hernández Toledo, Rubén
Hernández, Ester Andrea
Hernández, José María
Hernández, Verónica Lucía
Herrera, Cristian David
Herzovich, Raúl Alberto
Hohl, María Laura
Horazzi, María Virginia
Hornos, Roberto Enrique
Hortel, Víctor Eduardo
Huergo, Natalia
Hughes Jenkins, Edgardo G.
Hughes, Edgardo Rubén
Huñis, Ricardo Daniel
Iacona, Mariana
Idalgo, Guillermo Andrés
Iezzi, Paola Silvana
Iglesias, Irma Rosa
Iglesias, Juan Manuel
Illanes, Andrea Natalia
Imhoff, Adriana
Inchausti, Miguel Ángel
Insfran Miranda, Humberto
Insfrán, Rosa Graciela
Introzzi Truglia, Ariel
Iosa, Juan Francisco
Iragui, Graciela Mabel
Irastorza, Javier Eduardo
Iriarte, Adolfo Antonio
Isola, María Alicia
Iturreria, Florencia
Jaimovitch, Diego Ernesto
Jair, Sandra Mariela
Jakimczuk, Julia
Jalil Colomé, María de los Ángeles
Jáuregui, Carlos
Jerez de Rivadeneira, Marta I.
Jiménez Linares de Snopek, María R.
Jiménez, Silvana Andrea
Joannas Evans, Tamara
Jolliffe, Verónica Carolina
Juárez de Durand, Juana
Juárez, Juan Carlos
Juárez, Juan Manuel
Judurcha, Paula Inés
Kalinsky, Beatriz
Karayán, Mónica
Katiz, Claudio
Kayat, Patricia
Keena, Mariano
Kenny, Patricia Isabel
Kent, Julián Jorge
Kent, Santiago Nicolás
Kiper, Daniel Adrián
Klimbovsky, Cristian David
Knavs, Leticia
Kolbl, Carlos Eduardo
Kosovsky, Fernando
Köster, Mariana
Krasucki, Elena
Krom, Eugenio
Kronawetter Zarza, Alfredo E.
Kunzle, Miguel Ángel
Kusovsky, Fernando
La Porta, María Florencia
Labandeira, Claudia Beatriz
Labaqui, Simón
Lago, Daniel Horacio
Lagos, Paula
Laigle, María Eugenia
Landini, Jorge Carlos
Lanzani, Florencia
Lanzillota, Fabricio Antonio
Lara, Graciela Nora María
Lariguet, Liliana Beatriz

Larrain, Fernando Adolfo
Larrambebere, Gerardo Felipe
Larrandart, Lucila Esther
Larregina, Gabriela
Larriera, Agustina
Lascano, Carlos Julio (h.)
Lascano, Carlos
Latorre, Paula Alejandra
Laufer, Pablo Gustavo
Lavado, Diego Jorge
Lazcano, Néstor Santos
Leale, Pablo Germán
Leanza, Roberto
Leccese, Aldo Efraín
Ledesma, Lorena
Leiva, Carlos Rodolfo
Lemo, Roberto Andrés
Lemos, Graciela
Lenardon de Palazzi, Ana María
León, Ángel Atilio
Leonardo, Alejandra
Leonardo, Héctor Luis
Lescano, Alejandra
Lescano, Mónica
Lescano, Rosa del Socorro
Leskovar Garrigos, Guillermo R.
Letner, Gustavo Adolfo
Levene, Ricardo (h.)
Lewis, Juan
Lezcano de Urturi, Lidia
Liberti Geoghegan, María
Libster, Mauricio Héctor
Lilljedahl, Edgardo Pablo
Lima Quintana, Omar
Lipinszki, Jessica
Liporaci, Carlos Daniel
Lirman, Fernando Ariel
Lista, Guillermo
LLaudet Maza, Guillermo Manuel
Lleral, Guillermo Gustavo
Llerena, Patricia Marcela
Lleyda, Diego Sebastián
Locria, Carlos Faustino
Lommi, Karina Vanessa
Longo, Hernán Aníbal
Lopardo, Marta
Lopetegui, María Inés
López Alduncin, M. de las Mercedes
López Camelo, Raúl Guillermo
López Casariego, Julio Eduardo
López González, Mirta
López Iñiguez, María Gabriela
López Pazos, Inés Victoria
López Ramos, Marcela
López Rivadeneira, Margarita Stella
López Robbio, Fernando
López Vilas, Elsa Graciela
López, Adriana Cristina
López, Hernán Martín
López, Jorge Carlos
López, Mara Cecilia
López, Paula Gabriela
López, Wilma Susana
Lopresti Canizzo, Carla
Lorenz, María Alejandra
Lorenzo, Andrea Edith
Loto, María de los Ángeles
Lousteau, María
Lozada, Alberto Gabriel
Lucca, Anuar Ibrahim
Lucero, Gloria Josefa
Luchelli, José Santiago
Lucini, Julio Marcelo
Luengo, Lydia
Luisi, Luiz Benito Viggiano
Luna, Lucas Iván
Luna, María Carolina
Lunghi, Ana
Lunghi, Ana Celia
Luque, Rodolfo Javier
Luquez, Valeria
Lurati, Carina
Luzón Peña, Diego
Macedo, Alejandro María
Maciel, Mariano
Madeira, Marcio
Madgira, M.
Madueño, Dolores
Maero, Alicia
Magariños, Héctor Mario
Mage, Cecilia Leonor
Maglione, Carolina
Maier, Julio B. J.
Malamud Goti, Jaime
Maluezzi Martínez, M. de los Ángeles
Malvasio de Garello, Liliana A.
Mammy Nicastro, Yemina Lidia V.
Manes, Silvina

Manigot, Érica Susana
Manonellas, Graciela Nora
Manson, Enrique José María
Mansur, Alberto
Mantillero, Jorge Alberto
Manuel, Roberto Alejandro
Manzano, María Cecilia
Manzione, Silvana Lorena
Marafucchi, Miguel Ángel
Marcelli, Martín Alberto
Marchese, María Luisa
Marchiano, Susana
Marco del Pont, Luis
Marco, Marisa Silvia
Marcos González, Sandra Mabel
Marcos, Luis Alberto
Marenco, Guillermo Ramón
Marina, Susana Gloria
Marinaro, José Ángel
Marino, Javier Aldo
Marotta, Bernardo David
Márquez, Rubén Benjamín
Marquiequi Mc Laughlin, Gabriela
Martelli, Betina Ema
Martelo, Fernando
Martiarena, Estefanía
Martiarena, María Isabel
Martín, Adrián Norberto
Martín, Gema
Martín, Valeria Andrea
Martina, Claudia Verónica
Martínez Dip, Susana
Martínez Ferrero, Eugenio
Martínez, Mario
Martínez, Carlos Azur María
Martínez, Carolina
Martínez, Gustavo Osvaldo
Martínez, Hugo Andrés
Martínez, Juan Bautista
Martínez, Silvia Edith
Martínez, Stella Maris
Martínez Varona, José Luis
Martínez Zampa, Mariela Alejandra
Martino, Bettina Emilia
Marull, Francisco Gabriel
Marum, Elizabeth Adriana
Marzullo, Ignacio José
Masciotta, Lucila
Mascoltra, Lucila
Masot, Gonzalo Nahuel
Matero, Liliana Alicia
Matteucci, Pablo Miguel
Matzkin, Mariano
Maxit, María Margarita
Maza, Arnaldo Ramón
Maza, María Florencia
Mazieres, María Valeria
Mazioti, Ana Lucía
Mazzeo, Patricia
Mazzorin, Carolina
Mc Cormack, Patricia
Mc Intosh, María Cecilia
Medina, Luis Alejandro
Medrano Pizarro, Cecilia Gabriela
Mele, Antonio Claudio
Melik, Alejandro
Mellace da Rocha, Juan Martín
Mendaña, Ricardo Jorge
Méndez Stiglich, Carlos
Méndez Villafañe, José Luis
Méndez, Luis Ricardo
Mendilaharzu, Arturo Félix
Mendos, Eduardo Luis
Mendos, Josefina
Mentileno, Jorge Alberto
Mercado, Yolanda
Merletti, Gustavo Ángel
Merlo, María Eva
Mestres, Juvencio
Mestrín, María Fernanda
Meyer, Miguel Ángel
Miguel, Alejandro José
Miguel, Jorge Víctor
Mill de Pereyra, Rita A.
Minatta, Omar Florencio
Minicucci, Antonio Guillermo
Minniti Testa, María Eugenia
Mirabelli, Lino Claudio
Miranda Gallino, Luis Alberto
Miret, Luis Francisco
Mithieux, Mónica
Módena, Nicolás
Moeykens, Érica
Molina Torres, Rafael Nicolás
Molina, Martín Cruz
Molle, Valeria
Mónaco, Juan Ignacio
Mónaco, Marcelo Esteban

Mondelli, Juan Ignacio
Mónica, Juan Ignacio
Montanaro, Domingo Esteban
Montania Almirón, Arnaldo Andrés
Montoto, Carlos Fernando
Mora, Laura Beatriz
Mora, María
Morales, Silvia Gladys
Morán, Carlos Gilberto
Morelli Rubio, Ricardo Alejandro
Morelli, Romina
Moreno Hernández, Moisés
Morenza, María Eugenia Inés
Moretti de Iribe, Alejandra Marcela
Morón, María Marta
Mosca, Carlos Gabriel
Mosso, Agustín Alejandro
Mouradian, Cruz Gabriel
Mourrut, Rolando Enrique
Moyano, Alejandro Víctor
Moyano, Fabio Aníbal
Moyano, Guillermo
Muchnik, Javier Darío
Muñoz de la Rosa, Emilce
Muñoz, Marcelo Germán Rubén
Muñoz, María Rosa
Muraca, Matías
Muraca, Sergio Fabián
Musso, Fabián Eduardo
Name, Jessica
Nanni, Miguel
Nardi, Marcelo Gustavo
Nardiello, Ángel Gabriel
Narvaez, María Leonor
Nasi, Flavia
Natό, Alejandro Marcelo
Nato, Nora
Navarro, María Soledad
Naves, Connie Rossanna
Nazar, Hilda Corina
Negnevitzky, Diego Hernán
Negro, Sandra Cecilia
Neila Pesado de Kelly, Teodora
Neira, Claudia
Nercellas, Marta Elsa
Nicolasky, Tatiana
Nicolsky, Tatiana
Nielsen, Gustavo Leslie
Nierletti, Gustavo Ángel
Nieto, María Eugenia
Nieva Woodgate, Andrés
Niño, Luis Fernando
Nirimberk de Chiesa, Patricia Olga
Nitti, Ada Sandra
Noceti Achával, Alejandro
Nofal de Gutiérrez, Silvia Elena
Nofal, Claudia
Nogales, Eduardo Ariel
Noguera, Guillermo Luis
Noli, María Alicia
Novaretto, Carlos Vitale
Núñez, Andrea
Núñez, Héctor Osvaldo Carlos
Obligado, Daniel
Ocampo, Gabriela
Ocampo, Sergio
Ocampos, Gustavo
Ocampos, Leonardo Luis
Ocello, Antonio Ricardo
Ochoa, Héctor Daniel
Odone, Sanguine
Ohman, Natalia
Ojeda Ávila, Walter Emilio
Oldano, Iris
Oliva, Daniela Mercedes
Oliva, Facundo Guillermo
Oliva, Julián Alberto
Oliver Alujas, Ana Dominga
Olivera de Forte, Raquel
Olivera, Mirtha Emilia
Olivera, Pablo Gastón
Olivieri, Nancy
Olmos, Alba Rosa
Onetto, Valeria
Orduna, Leandro Miguel
Orellana, Luis
Orgeira, José María
Orta Córdoba, Natalia
Ortea, Luis Carlos
Ortiz Pellegrini, Ignacio
Ortiz Pellegrini, Ignacio Efraín
Ortiz, María Constanza
Ortiz, Martín Augusto
Osorio, Miguel Ángel
Osorio, Néstor Luis
Otano, Graciela Edit
Otazu, Humberto
Otermin, Marcela A.

Otharan, Olivia
Ouviña, Guillermo
Oviedo, César Ernesto
Ozafrain, Omar Roberto
Pablovsky, Daniel Rodolfo
Pace de Elias, Elizabeth
Pachtman, David
Paduczak, Sergio Adrián
Padula, Graciela Liliana
Paez de Souza, Aida Susana B.
Palermo, Omar Alejandro
Paliza, Ángel José
Palazzo, Francesco
Palmieri, Gustavo Eduardo
Palombo, Diego
Palomino, María Victoria
Panderi Cuevas, Federico
Pandolfi, Oscar Raúl
Paolini, Raúl Alberto
Pardo Ezequiel
Paredes Enciso, Luis Eduardo
Paredes Vargas, César Augusto
Paredes, Eduardo Alberto
Paredes, Leticia
Parma, Carlos Alberto
Parrilli, Rosa Elsa
Pautassi, Marcelo Iván
Pautasso, Patricia del Valle
Pavani, Judith
Paz, Enrique Hernán
Paz, Luis Manuel
Paz, Natalia
Paz, Natalia Yanina
Pazos, Juan José
Pedernera, Manuel A.
de San Ramón
Pediguera, María Fabiana
Pedroso, Julio Augusto
Pekar, Claudia E.
Pellegrini, Mirta Liliana
Pelligro, Gonzalo
Pelliza, Segundo Jorge
Peluzzi, Marcelo Alejandro
Penas, Liliana
Penedo, Nora Beatriz
Peña Guzmán, Gerardo
Peña Guzmán, Sara María
Peña, Gabriela
Peñaloza, Fernando
Peñoñori, Rómulo Gabriel
Peralta, José Milton
Perdiguera, María Fabiana
Perelmiter, Magalí Valeria
Pereyra, Carlos Martín
Pereyra, Héctor Gustavo
Pereyra, Luis Reginaldo
Pérez Duhalde, Ramiro
Pérez Iglesias, Raquel
Pérez Lance, Adrián Augusto
Pérez Lloret, Gastón Alberto
Pérez Mena, Gaspar Martín
Pérez Wiaggio, Marcelo Rodrigo
Pérez, Liliana
Pérez, Luis Oscar
Pérez, Patricia Liliana
Pérez, Susana Mabel
Pérez, Verónica Andrea
Perrotto, Nicolás Sebastián
Perzad, María Cecilia
Pessoa, Nelson
Philips, Verónica Emilse
Piaggio, María Fernanda
Picazo, Liliana Mabel
Picco, Valeria Alejandra
Pinciroli, Marcelo Ernesto M.
Pino Díaz, Alberto
Pinto de Almeida Castro, M. Laura
Pinto, Emerson
Pinto, Hugo Juvenal
Pinto, Liliana Gimol
Pinto, Ricardo Matías
Piñeda, Sergio César
Piñeiro, José Luis
Piñero, Marcela
Piñon, Mariano
Pitlevnik, Leonardo Gabriel
Pizzardo, Gabriel H. Gustavo
Pizzatelli, Carlos Alberto
Plecity, Paula Andrea
Poce, Edgar Rubén
Pociello Argerich, Rodolfo
Pockiewicz, Liliana
Podestá de Oro, María Gabriela
Poggeto, Pablo Martín
Poggi D'Ambrosio, Javier G.
Poggi, María Marta
Polemann Solá, Carlos Gustavo
Pollastri, Laura Beatriz

Pomini, Elsa
Ponce, Daniel Esteban
Ponce, Dante A.
Popovsky, Eduardo Hugo
Portocarrero, Elpidio
Poulastrou González, Martín
Prado, Juan José
Prati, Ricardo
Pravato, Luis Emilio
Premio, María Laura
Prepelitchi, Hernán
Presa, Gabriel M.
Presman, Ricardo David
Presman, Ricardo Gabriel
Prieto de Solimo, Juana Elena
Prieto, María del Pilar
Prieto, Martín Miguel
Prunotto Laborde, Adolfo B.
Puglisi, Josefina Raquel
Puricelli, Nora María
Quaglia, Analía Verónica
Queirolo Recalde, Adriana María
Quevedo Machado, Santiago
Quevedo, Fabio Daniel
Quinteros, Emilio Antonio
Quiñones, Julio Pablo
Quiroga Broggi, Ester Ofelia
Quiroga de Nollen, María Elvira
Rabinovich, Sandra Rosana
Rackiewicz, Liliana
Rafecas, Daniel
Raffin, María Inés
Raggio, Ana Inés
Raggio, Marta Alicia
Raisberg de Baigún, Marisa
Raizman, Daniel Andrés
Ramírez Fernández, María Jimena
Ramírez, Lia Esther
Ramírez, Liz María
Ramos Mejía, Enrique
Ramos, Elbio Raúl
Ramos, Gabriela
Ramtty, Ivana Carolina
Rangugni, Victoria
Rapela, María
Rapp, María Roxana
Re, Sirley
Rebagliati, María Elvira
Rebagliati, Russel
Recabarra, Marina
Recalde, Jorge Aníbal
Regis Prado, Luiz
Reinaldi, Víctor Félix
Reinoso, Walter Antonio
Renzelli, María Cecilia
Repetto Escardó, Andrés
Reszotko, María Cristina
Rey de Rinessi, Rosa Nélida
Reyes Alvarado, Yesid
Reyes Salas, Héctor Eduardo
Reyes, María Cecilia
Reyes, María Celia
Reyes, Susana Marta
Reynaga, Juan Carlos
Reynoso, Julio Horacio
Rial, Juan Manuel
Ribas, Cecilia
Ribeiro, Leandro
Ricardes, Alejandro Jorge
Ricca, Luis Felipe
Ricci, María Susana
Ricci, Mercedes
Righi, Esteban
Ríos Jaime, María Silvia
Riquert, Marcelo Alfredo
Riser, Abraham
Risuelo, Carlos Gabriel
Ritter, Claudio Javier
Riusech, María Elia
Rivarola, Guillermo Federico
Rivas Godio, Luis Enrique
Rivas, Liliana Amanda
Rivera, Euclides Nicolás
Rivera, Sofía Carolina
Rizo Romano, Alfredo Héctor
Rizo, Patricia Andrea
Robledo de Burgos, Graciela I.
Roca de Estrada, Patricia
Roca, Natalia
Rocca Mones Ruiz, Carlos G.
Rocchi, Eduardo Miguel
Rodrigues Duarte, Luiz Carlos
Rodrigues Martins, Pedro
Rodríguez Berdier, Jorge Ignacio
Rodríguez Boccia, Tadeo
Rodríguez de Díaz, Graciela del C.
Rodríguez Gómez, Mario
Rodríguez Jordán, Marcelo

Rodríguez Méndez, Lidia Susana
Rodríguez Mesa, María José
Rodríguez Sein, Luis Martín
Rodríguez, Agustina Inés
Rodríguez, Beatriz
Rodríguez, Daniel Mauro
Rodríguez, Fernanda Lorena
Rodríguez, Julio Rubén
Rodríguez, Mónica Inés
Rodríguez, Raúl Omar
Rodríguez, Rubén
Rodríguez, Sara Berta
Rojas Vía, Benigno
Rojas, Alfonzo
Roldán, Eloi Abel
Roldán, María
Roldán, Rodolfo Belisario
Rolón, Pedro Abilio
Roma, Marcelo Daniel
Román, María José
Romanelli, Laura
Romaniello, Cynthia
Romano de Pérez, L. del Carmen
Romano Savanagh, Jaime A.
Romano, María Valeria
Romano, Verónica
Romero Díaz, María Dolores
Romero Fossati, María Ximena
Romero, Marcelo
Romero, Mirta Liliana
Romero, Pablo Leonardo
Romero, Sandra Mara
Rondan, Luz Eugenia
Rosenzvaig, Mariana
Rosito Peralta de Urquiza, M. Valeria
Rossi, Fabiana
Rota, Reinaldo Desiderio José
Roteta, María Laura
Rúa, Alejandro Luis
Rúa, Gonzalo Eduardo
Rúa, Gonzalo Segundo
Rubin, Mirta Liliana
Rubinstein, Rubén Jorge
Rubio, Fernando Guillermo
Rubio, Gustavo
Rubio, María Mercedes
Ruesdas Villada, María Judith
Rufino, Pablo
Rufrano, Francisco
Ruidiaz, Rubén Alberto
Ruiz López, Fátima
Ruiz Paz, Alfredo Justo
Ruiz Paz, Lorena María
Ruiz, Raúl Alberto
Ruiz, Victoria
Russo, Federico Raúl Pedro
Saá Alric, Isabel B. del Rosario
Saad, María Angélica
Saadi, Mirta Rosa
Saavedra, María
Sabarese, María Lorena
Sabella, María Soledad
Sacarpino, María Antonieta
Saccardo, Sergio Gustavo
Saddi, Mirtha Rosa
Saez Zamora, Daniel Alfredo
Saez Zamora, José Arturo
Saez, Hugo Leopoldo
Sagasta, María Eugenia
Sagasta, Pablo Guillermo
Saggese, Martín Sebastián
Saife, Juan Carlos
Sajnovsky, Andrea Roxana
Sal Llargues, Benjamín Ramón
Saladino, Antonio Cayetano
Salas, José
Salas, Pablo José
Salazar, Paula Graciela
Salemme, María Laura
Salerno, Silvia Patricia
Salim, Lilia Estela
Salomón, Edith Jacquelin
Salvadores, Oscar
Salztmann, Cintia Gloria
Samaha, Nadia
Sampron, Federico José
Samudio Rojas, Antonio
San Martino, María Cristina
Sánchez Bruce, Mario Luis
Sánchez Freytes, Alejandro
Sánchez Mera, Arturo
Sánchez, Francisco Pedro
Sánchez, Julieta
Sánchez, Liliana Isabel
Sánchez, Manuel Fernando César
Sánchez, Mónica Patricia
Sánchez, Viviana Mabel

Sancinetti, Marcelo
Sanguina, Fanny Zoraya
Santagato, Florencia Carla
Santamaría, Paula
Santander, Elmer
Santo, Ricardo
Sanz, Paula
Sarrabayrouse, Eugenio Carlos
Sarramone, Alberto Espartaco
Sarrulle, Oscar Emilio Juan
Sassano, Juan Pablo
Scalia, Paolo
Scapusio, Beatriz
Scarlata, Pablo
Scattini, Martín
Schaposnik, Laura Alejandra
Schedrovitzky, Sergio
Schiavo, Nicolás
Schiffrin, Leopoldo H.
Schneider, Mariel Viviana
Schünemann, Bernd
Schygiel, Ileana Mariela
Scotto, Mariano Alberto
Segarra, Marcelo Eduardo
Seghesso, Gladys Isabel
Segovia, Carlos Martín
Seguí, Víctor Salvador
Segura, Marta
Seh, Nélida Liliana
Seiferheld Ruschineski, Manuel
Sena, Marcelo Cristian
Sena, Mariana
Sepúlveda, Alejandro Ezequiel
Seron, Carina
Serra, Marcelo Christian
Serra, Mariana
Servin, José Waldir
Servini de Cubría, María Romilda
Sgro, Marcelo Antonio
Sicard, Cecilia Dolores
Sicca, Gustavo Enrique
Sierra, Hugo Mario
Silva Acevedo, Carlos Adolfo
Silva, Alejandro Adrián
Silva, María Eugenia
Silva, Omar Marcelo
Silveira, Jairo
Simón, María Sofía
Slaen, Beatriz Susana
Slavin, Luis Pedro
Slokar, Alejandro
Smolianski, Ricardo Daniel
Snopek, Francisco Santiago
Snopek, Mario Francisco
Soberano, Marina Vanesa
Solovey, Marina
Solvey, Martín
Sommer, Christian Guillermo
Soria, César Marcelo
Soria Seco, Gimena
Soria, Germán Darío
Soria, Miguel Antonio
Sosa de Romero, Irma Ester
Sosa Graido, José Héctor
Sosa, Beatriz Andrea
Sosa, Gerardo Héctor
Sosa, Gerardo José Héctor
Sosa, Guillermo Ramón
Soto, Lidia Beatriz
Soto, María de los Ángeles
Soulnier, Jorge Alberto
Souto, Ricardo
Soza, María Paula
Spagnuolo, Mónica
Spinelli, María Natalia
Spolansky, Norberto
Squino, María de los Milagros
Stolte, Federico Enrique
Straccia, María Verónica
Stratico, Carlos Salvador
Suárez Holze, Néstor
Suárez, Enrique Daniel
Suárez, Juan Antonio
Suárez, María de las Mercedes
Subiela, María José
Suher Schneider, Germán L. A.
Sultani, Alejandro Jorge
Sureda, Verónica
Susini, Fernando
Szachmiuk, Constanza
Szelagowski, Ricardo
Szklarz, Ana María Marcela
Taboada, Felipe Lucas
Talamona, María Alejandra
Tamini, Adolfo Luis
Tanca Mendilaharzu, Maximiliano E.
Tapia, José Omar
Taraben, María Fernanda

Taraborrelli, Romina Andrea
Tarraubell, Patricia
Tatensian, Vanesa Alejandra
Tau, Manuela
Tavares, Juárez
Tavosnanska, Norberto Ricardo
Tazza, Alejandro Osvaldo
Tedesco, Ignacio Francisco
Tejerina, Roberto Rodolfo
Tellas, Adrián Rolando
Temis, Oscar Alberto
Terán, Carlos María
Terragni, Marco Antonio
Terrarossa, Enrique
Terraza, Alicia Beatriz
Terrazas Becerra, Saúl
Terrel, Gerardo Federico
Terrel, María Paula
Tettamanti, Natalia
Tiempo, Julián Federico
Tito, Raúl Roberto
Toledo, Jorge
Toledo, Mirtha Esther
Tomá, Pedro Bautista
Toppino, Santiago
Tornese, Carlos Alberto
Torres Nieto, Mirta Carmen
Torres, Carolina Natalia
Torres, Nora Adriana
Torres, Sergio Gabriel
Torry, Marcela
Tourn, Silvia Noemí
Trapé, Mónica Blanca
Traverso, Roxana
Tribisacce, Mariana
Trilma Belmonte Neto, Argeu
Trincheri, Flavia Fabiana
Triulzi, Cristina Milena
Tropiano, Margarita del Carmen
Trotta, Juan Francisco
Trovato, Gustavo
Turano, Pablo Nicolás
Tustanoski de Caballero, María A.
Ulloa, Francisco José
Urciuolo, Gabriela
Urcullu, Andrés
Ursino, Claudia Angélica
Urteaga, Alfredo Adrián
Vaisman, Gabriel
Vaisman, Tamara Roxana
Valbuena, Julio
Valdivia, Christel Beatriz
Valdivieso, Stella Maris
Valenzuela, Juan Gerónimo
Valle, Emilio Agustín
Vallejo, Horacio
Vallone, Fernando
Vanelli, Viel
Vanni, Marcela Susana
Varela, Alejandro
Varela, Mariano Hernán
Varela, Sebastián
Vaschetta, Verónica
Vásquez Vismala, Ana Sabina
Vásquez, Roberto Vicente
Vaudagna, Matilde
Vázquez Berrosteguieta, Jorge
Vázquez Pellegrini, Ricardo
Vázquez Villar de Argüello, Aidée
Vega, Dante Marcelo
Vega, Gabriel Eduardo
Vega, María del Milagro
Vela, Carlos Enolalecio
Velázquez de Ocampos, Verónica
Velázquez, Alejandro P.
Vélez, Julio César
Veneziano, Hugo Ernesto
Vera Barros, Maximiliano
Vera Britez, María Mercedes
Vera, Juan Pablo
Verdasco, Andrea
Vervaele, John
Viale Peñaherrera, Luis Francisco
Vidal, Humberto S.
Vidal, María Gimena
Vidarte, Glenda Laura
Vigliero, Juan Pablo
Vila, Lilia María
Vila, Roberto Daniel
Villagra, Patricia Viviana
Villagrán, Juan Carlos
Villalba, Horacio Lázaro
Villalba, José Manuel
Villar, Mario Alberto
Villareal, Solange
Villella Scarponetti, Pablo H.
Villén, María José
Villola Autran, María Inés

Villordo, Alejandro Gustavo
Virgala, Pablo Andrés
Virgolini, Julio Ernesto Santiago
Vitale, Gustavo
Volponi, María Valeria
Vota, Betina
Vouilloud de Fassi, Laura G.
Wannish, Sandra Elizabeth
Waschburger, Luis Augusto
Wierosz, Raisa Ana
Wortman Varela, Ricardo
Wright, Romina
Yacobucci, Guillermo
Yadala, Hugo Elías
Yagueddu, Juan Carlos
Yah-Yah de Berdondini, Beatriz L.
Yaltone, Susana Miriam Darling
Yanez, Víctor
Yáñez, Elisa María Zulema
Yardín, Clara Nélida
Yñarra, Raúl Fermín
Yrala, Karina
Yunes, Ramona Emilia
Zabulanes, Jorge
Zaccardi, Martín
Zaffaroni, Eugenio Raúl
Zamboni, Eduardo Juan José
Zanni, Osvaldo Eugenio Luis
Zarza Barrios, Julián Elías
Zausi, Mariela
Zebollas, José María
Zejerina, Roberto Rodolfo
Zelikson, Silvia Elsa
Zentner, Cynthia
Ziffer, Patricia
Zold, Magdalena
Zottig, Josefina
Zucconi, Karina Mariana
Zunino, Ana Yael
Zurita de González Marquesa, A. E.
Zurueta, Federico
Zysman Bernaldo de Quirós, D. A.

Esta edición se terminó de imprimir en
Mayo de 1998 en Gráfica Laf s.r.l.,
Loyola 1654 - (1414) Capital Federal