

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO  
Y CIENCIAS PENALES DE CÓRDOBA  
INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES

# CUADERNOS DE DERECHO PENAL

MAYO 2019

5

DISERTACIONES CON MOTIVO  
DEL HOMENAJE DE LA U.N.C. AL  
PROF. DR. WOLFGANG FRISCH

I

TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN  
SOBRE CUESTIONES ACTUALES  
DEL DERECHO PENAL



ISSN 2469-2085

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y  
CIENCIAS SOCIALES DE CORDOBA

INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES

# CUADERNOS DE DERECHO PENAL

Número 5

DISERTACIONES CON MOTIVO DEL HOMENAJE DE  
LA U.N.C. AL PROF. DR. WOLFGANG FRISCH

—  
TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN SOBRE  
CUESTIONES ACTUALES DEL DERECHO PENAL

CÓRDOBA  
REPÚBLICA ARGENTINA  
MAYO 2019



**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA**

**Autoridades**

(Período 2019-2022)

ARMANDO S. ANDRUET (h)  
*Presidente*

MARCELA ASPELL  
*Vicepresidenta*

JUAN MANUEL APARICIO  
*Secretaria*

GABRIEL B. VENTURA  
*Tesorero*

JUAN CARLOS PALMERO  
*Director de Publicaciones*

EFRAÍN H. RICHARD  
*Revisor de cuentas*

CHRISTIAN G. SOMMER  
*Secretario Técnico*

Dirección: Gral. Artigas 74- C.P. X5000KVB – Córdoba  
República Argentina  
Tel/Fax (0351) 4214929  
E-mail: [secretaria@acaderc.org.ar](mailto:secretaria@acaderc.org.ar)  
Consulte novedades doctrinarias en:  
[www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)



**INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES**

**Autoridades**

CARLOS JULIO LASCANO  
*Director*

JOSÉ DANIEL CESANO  
*Vicedirector*

CAROLINA PRADO  
*Secretaria*

ANA MARÍA CORTÉS DE ARABIA  
*Directora del Cuaderno*

**Comité Editorial**

LUIS MOISSET DE ESPANÉS †  
CARLOS JULIO LASCANO  
ANA MARÍA CORTÉS DE ARABIA

**Comité Evaluador Externo**

MARCO ANTONIO TERRAGNI, EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, DIEGO MANUEL  
LUZÓN PEÑA (España), JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ (España)

**Miembros del Instituto**

GUSTAVO AROCENA, MARÍA CRISTINA BARBERÁ DE RISO, ENRIQUE BARONETTO,  
FERNANDO MARTÍN BERTONE, LUIS MARÍA BONETTO, ENRIQUE RODOLFO BUTELER,  
ERNESTO JOSÉ CANO, HORACIO AUGUSTO CARRANZA TAGLE, JOSÉ DANIEL CESANO,  
ANA MARÍA CORTÉS, ÁLVARO EMILIO CRESPO, MARÍA ANTONIA DE LA RÚA,  
DÉBORA FERRARI, PABLO RAMIRO FRESNEDA, SEBASTIÁN GARCÍA AMUCHÁSTEGUI,  
CARLOS GONELLA, JOSÉ GONZÁLEZ DEL SOLAR, GERARD GRAMÁTICA BOSCH,  
DARÍO ILLANES, NATALIA LUNA JABASE, GUSTAVO MANZANEL, JUAN IGNACIO  
MARTÍNEZ CASAS, FEDERICO MASSEI, ANA INÉS PAGLIANO, JOSÉ MILTON PERALTA,  
DIEGO ALEJANDRO PERETTI ÁVILA, CAROLINA PRADO, ALDO RISO, BRUNO RUSCA,  
ALEJANDRO SÁNCHEZ FREYTES, ELBA CECILIA SAUCEDO QUINTANA, MARTÍN GABRIEL  
TORÉS MARTÍNEZ, AÍDA TARDITTI, VALERIA TROTTI, ROBERTO VÁSQUEZ, OSCAR  
TOMÁS VERA BARROS, MAXIMILIANO GERMÁN VIDELA, GUSTAVO YOFRE



Esta obra está bajo una  
Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional

## **NOTA PRELIMINAR**

El día 27 de noviembre de 2018 nuestra ciudad recibió la visita del Prof. Em. Dr. Mult. H. C. Wolfgang Frisch, con motivo del homenaje y del título de Doctor Honoris Causa que le entregó la Universidad Nacional de Córdoba. Previo al solemne acto organizado por la Facultad de Derecho, los Prof. Dres. Carlos Julio Lascano, José Milton Peralta y Gabriel Pérez Barberá dieron comienzo a la jornada con disertaciones acerca de algunos aspectos de la obra del eminente maestro checo-alemán.

El número 5 de los Cuadernos de Ciencias Penales recoge los trabajos de los dos primeros disertantes, así como también la posterior conferencia magistral brindada por el propio Frisch con que se cerró la jornada, y que versó en torno a “La protección de los derechos fundamentales del imputado en el proceso penal”.

Como es habitual en sus contenidos, esta edición digital incluye las investigaciones que proponen, elaboran y debaten los miembros del Instituto de Ciencias Penales en las sesiones quincenales realizadas a lo largo del año 2018. Por otra parte, se abre nuevamente lugar a la sección de traducciones, con la que estos Cuadernos ponen a disposición textos inéditos de interés en lengua castellana.



## ÍNDICE

### *DISERTACIONES DE LA JORNADA DE HOMENAJE Y OTORGAMIENTO DEL TÍTULO DE DOCTOR HONORIS CAUSA POR LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA AL PROF. EM. DR. MULT. H.C. WOLFGANG FRISCH*

#### **CARLOS JULIO LASCANO**

Imputación objetiva y conductas neutrales en el pensamiento de Wolfgang Frisch 13

#### **JOSÉ MILTON PERALTA**

Sobre el razonamiento probatorio y la lógica probabilística en Frisch. . . . . 17

#### **CARLOS JULIO LASCANO**

Laudatio [Palabras de presentación Dr. Carlos Julio Lascano]. . . . . 25

#### **WOLFGANG FRISCH**

La protección de los derechos fundamentales del imputado en el proceso penal. . . . . 29

### *TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN EN EL ÁMBITO DEL I.C.P.:*

#### **ROBERTO V. VÁSQUEZ**

Los preceptos constitucionales sobre la pena. . . . . 47

#### **ELBA C. SAUCEDO QUINTANA**

Análisis de la propuesta de incorporación del régimen de caducidad en el Código Penal Argentino, elaborado por Fernando Córdoba y Patricia Ziffer. . . . . 61

#### **HORACIO A. CARRANZA TAGLE**

El robo cometido mediante el empleo impropio de un arma de fuego inidónea, ¿es un “robo con uso de armas”? Hacia una re-interpretación del sistema punitivo previsto para el “robo a mano armada”. . . . . 71

#### **CAROLINA PRADO**

Cuestiones procesales de la imputación penal a las personas jurídicas, a propósito de la Ley 27.401. . . . . 79

#### **JOSÉ H. GONZÁLEZ DEL SOLAR**

El enfoque restaurativo en el juzgamiento del adolescente transgresor. . . . . 93

#### **GERARD GRAMÁTICA BOSCH**

El delito de administración fraudulenta: fundamento material, perjuicio patrimonial y criterios normativos. . . . . 107

<b>MARÍA CRISTINA BARBERÁ DE RISO</b>	
Interrupción de la gestación humana. ¿Impunidad? . . . . .	123
<b>OSCAR T. VERA BARROS</b>	
El aborto al Congreso. ¿Legalización, despenalización, o nada? . . . . .	133
<i>TRABAJOS DE TRADUCCIÓN EN EL ÁMBITO DEL I.C.P.:</i>	
<b>ROCCO PEZZANO [traducción por ALDO RISO]</b>	
Compendio de Derecho Penal. Parte General y Especial	
Parte Primera: del delito en general.	
Capítulo 7: La acción, el evento y el nexa causal. . . . .	141

# Imputación objetiva y conductas neutrales en el pensamiento de Wolfgang Frisch\*

por: CARLOS JULIO LASCANO

## I. La imputación objetiva

Hace ya veinte años, en el difundido Seminario realizado en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, dirigido por el Prof. Jesús-María Silva Sánchez, que contó también con la participación de sus compatriotas los renombrados catedráticos Roxin, Jakobs, Schünemann y Köhler, el Profesor WOLFGANG FRISCH dijo con claridad: «La expresión “imputación objetiva” suele utilizarse con contenidos considerablemente divergentes, de manera que para cada una de las formas de entenderla existe un estado actual de la discusión»<sup>1</sup>.

En dicha ponencia el Profesor Emérito de Friburgo de Brisgovia separa la antigua teoría de la imputación objetiva de Honig de las mencionadas por él como “nuevas teorías de la imputación objetiva del resultado”, afirmando: «Mientras que para HONIG solo tiene importancia un momento pre-jurídico, o más exactamente, una realidad previa que el Derecho ha de considerar, en la actualidad son criterios específicamente jurídicos los que ocupan el lugar fundamental... Brevemente: la teoría de la imputación objetiva se ha convertido en una teoría que se pronuncia sobre el carácter injusto de los resultados producidos»<sup>2</sup>.

Para entender cabalmente la última afirmación es necesario remontarse al origen del pensamiento de nuestro homenajeado: como lo explica LUIS GRECO<sup>3</sup>, en 1983 durante su investigación sobre el dolo eventual (“Vorsatz und Risiko”<sup>4</sup>) FRISCH advirtió la necesidad de exponer una teoría sobre el componente objetivo al que se dirige el dolo, el comportamiento típico.

Cinco años después, FRISCH presenta una nueva monografía, “*Comportamiento típico e imputación del resultado*”<sup>5</sup>. En dicha obra sostiene que la doctrina mayoritaria se habría ocupado predominantemente del problema de la imputación de resultados, olvidando que cualquier teorización a este respecto tiene por supuesto que el comportamiento realizado por el autor sea prohibido. Por ello se requiere una **teoría del comportamiento típico**, capaz de enunciar bajo qué presupuestos un comportamiento se puede considerar prohibido bajo amenaza de pena. En cambio, la teoría de la imputación objetiva del resultado tiene por objeto únicamente los presupuestos del nexo causal y de realización que debe existir entre el comportamiento prohibido y el resultado. La distinción entre comportamiento típico e imputación del resultado se basa en que la primera categoría se construye

---

\* Exposición realizada el 27 de noviembre de 2018 en el Seminario en homenaje al Profesor Dr. Wolfgang Frisch con motivo de su investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad Nacional de Córdoba, organizado por la Secretaría de Postgrado de la Facultad de Derecho de dicha casa de Altos Estudios.

<sup>1</sup> FRISCH, WOLFGANG, *La imputación objetiva: estado de la cuestión*, traducción de Ricardo Robles Planas, en Roxin, Jakobs, Schünemann, Frisch y Köhler, “Sobre el estado de la teoría del delito”, Civitas, Madrid, 2000, p. 21.

<sup>2</sup> FRISCH, WOLFGANG, *La imputación objetiva: estado de la cuestión*, pp. 25 y 26.

<sup>3</sup> GRECO, LUIS, *Imputação objetiva: uma introdução*, en CLAUS ROXIN, “Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal”, tradução e introdução de Luis Greco, Renovar, Río de Janeiro – São Paulo, 2002, p. 131 y ss.

<sup>4</sup> FRISCH, WOLFGANG, *Vorsatz und Risiko*, Carl Heymanns, Köln, 1983.

<sup>5</sup> FRISCH, WOLFGANG, *Tatbestandmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, C.F. Müller, Heidelberg, 1988.

en referencia a las normas de conducta o de determinación, mientras que la última se relaciona con las normas de sanción o de valoración, según perspectivas diversas, *ex ante* en el primer caso, y *ex post* en el otro.

1. En el plano *jusfilosófico-constitucional*, FRISCH argumenta que para que una prohibición sea legítima debe existir algún motivo superior que justifique tal intervención estatal en el ámbito de libertad constitucionalmente asegurado, para lo cual aplica el **principio de proporcionalidad**: sólo serán contrarias al Derecho aquellas acciones que, objetivamente, se dirijan a producir la lesión de un bien jurídico -en otras palabras, acciones *ex ante* objetivamente peligrosas- y cuya prohibición sea una forma idónea, necesaria y adecuada para protegerlo. En este primer nivel de la teoría del comportamiento típico de FRISCH la cuestión fundamental es la repartición de las esferas de libertad, lo que hace recordar la Filosofía del Derecho de Kant. En sus trabajos más recientes, Frisch prioriza la fundamentación filosófica en línea con ciertos desarrollos hegelianos por sobre la referencia constitucional al Estado de Derecho.

2. Pero no todo lo que es prohibido para el Derecho en general es también prohibido por el Derecho Penal. El injusto penal es un ilícito especialmente cualificado por un intenso juicio de reprobación ético-social, lo que justifica la imposición de una pena. En este momento avanza FRISCH hacia el segundo plano de argumentación, el *jurídico-penal*, para interrogarse cuándo, específicamente, los comportamientos que el ordenamiento jurídico consideró prohibidos pueden ser objeto de la desaprobación más intensa que el Derecho tiene a su disposición, es decir, la prohibición penal. Nuevamente aquí FRISCH recurre al **principio de proporcionalidad**: una conducta solamente será penalmente prohibida y, por lo tanto, típica, cuando la desaprobación penal se muestra como un instrumento idóneo, necesario y adecuado para garantizar la vigencia fáctica de la norma jurídica cuestionada por el comportamiento jurídicamente desaprobado.

Una vez construida la teoría del comportamiento típico, le llega a FRISCH el momento de ocuparse de la *imputación objetiva del resultado*, en la cual la tarea es determinar en qué consiste el desvalor del resultado en los delitos de resultado, para orientarse según la *ratio* que legitima el mayor merecimiento (delitos dolosos agravados) o la necesidad de pena (delitos culposos) derivados de un resultado lesivo. Para FRISCH la *ratio* de tal punición por el resultado es doble: porque implica *una más intensa perturbación de la paz jurídica*; pero, además, por la *mayor necesidad de explicitación de la vigencia de la norma*. Esta propuesta permite decidir si el resultado debe o no ser imputado al autor de una conducta típica en casos dudosos como los comportamientos alternativos conforme a Derecho.

Luego de analizar las distintas situaciones que excluyen la imputación objetiva del resultado (disminución del riesgo, cursos causales extraordinarios, riesgo tolerado de manera general, resultado que se habría producido igualmente si la conducta del agente hubiera sido ajustada a Derecho), FRISCH sostiene que el auténtico núcleo de la teoría de la imputación objetiva -en sentido estricto- normativamente orientada, se encuentra en el nexo necesario entre la actuación del autor y la producción del resultado en los delitos de resultado. Explica que, en cambio, para la teoría de la imputación objetiva en sentido amplio la identificación con el nexo entre acción y resultado muestra una restricción -en parte expresamente lamentada- por autores como HRUSCHKA y REYES ALVARADO<sup>6</sup>. Más adelante afirma que «este concepto global de la imputación ha encontrado su más evidente

---

<sup>6</sup> FRISCH, WOLFGANG, *La imputación objetiva: estado de la cuestión*, p.31.

reflejo en JAKOBS, quien denomina a la teoría general de las condiciones del delito simplemente como teoría de la imputación. Naturalmente existe también algo que podría denominarse la parte objetiva de este concepto amplio de imputación. Sin embargo, la concreción de lo que pertenece exactamente a esta parte objetiva tropieza con mayores dificultades que los conceptos limitados de imputación a los que se ha aludido anteriormente»<sup>7</sup>.

## II. Conductas neutrales

El problema de la restricción del castigo de la complicidad en caso de conductas neutrales no es nuevo, pues como lo recuerda RICARDO ROBLES PLANAS<sup>8</sup>, ya KITKA había planteado en 1840 qué sucedía si el comerciante A vende a B un puñal con el que B mata a C, cuando A sabía que ello iba a ocurrir. Asimismo, a principios del siglo pasado la jurisprudencia alemana abordó el tan conocido caso de quien suministra carne y vino a un burdel o de quien comete un delito siguiendo el consejo de un abogado.

ROBLES PLANAS<sup>9</sup> sostuvo que las conductas neutrales son aquellas actividades altamente estereotipadas que, ya sea se produzcan en diferentes contextos de interacción vertical –estructura jerárquica- u horizontal –fenómenos asociativos entre sujetos que actúan a un mismo nivel-, cuentan con las siguientes características: 1) se realizan de *manera adecuada a un rol*, estándar o estereotipo y 2) en ellas, existe un *conocimiento por parte de quien realiza las conductas de favorecimiento*, sobre la idoneidad de su acción para, *directa o indirectamente*, producir un resultado.

La precisa definición prescriptiva de ROBLES PLANAS no fue conocida por el profesor brasileño LUIS GRECO porque los trabajos de ambos autores fueron casi simultáneos. Contrastando con aquella, GRECO<sup>10</sup> nos brinda una definición que él mismo califica de “abierta” e “imprecisa” y que contiene un *concepto descriptivo*: «*acciones neutrales serían todas las contribuciones al hecho ilícito ajeno no manifiestamente punibles*».

En la actualidad algunos autores -entre los que se destaca ROXIN- brindan la solución de la problemática de las conductas neutrales en el tipo *subjetivo*, haciendo depender la existencia del riesgo penalmente desaprobado del conocimiento o la posibilidad de conocimiento del primer interviniente, mientras un sector mayoritario de la doctrina considera que el análisis correcto de la situación debe llevarse a cabo en sede del tipo *objetivo*; en esta línea se ubican las teorías de la prohibición de regreso, de la adecuación social (WELZEL), de la adecuación profesional (HASSEMER) y otras más, como igualmente las nuevas tendencias propuestas en el ámbito de la imputación objetiva por JAKOBS, FRISCH y ROBLES PLANAS.

En esta ocasión solo podré ocuparme de la posición mixta de FRISCH, quien inserta la problemática de las acciones neutrales en su teoría general del comportamiento típico; ésta es concretada a través de tres grupos de casos: a) aquellos en los que el autor realiza comportamientos inmediatamente lesivos para el bien jurídico; b) casos en los cuales la conducta del sujeto activo llega a ser lesiva a través de un comportamiento de la propia

---

<sup>7</sup> FRISCH, WOLFGANG, *La imputación objetiva: estado de la cuestión*, pp. 32 y 33.

<sup>8</sup> ROBLES PLANAS, RICARDO, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2003, p. 16.

<sup>9</sup> ROBLES PLANAS, RICARDO, *La participación en el delito: fundamento y límites*, pp. 31 a 35.

<sup>10</sup> *Cumplicidade a través de ações neutras. A imputação objetiva na participação*, Renovar, Rio de Janeiro – São Paulo – Recife, 2004, p. 110. Su versión castellana: *Complicidad a través de acciones neutrales: la imputación objetiva en la participación*, traducción de Carlos Julio Lascano y Diego A. Peretti Ávila, Hammurabi, Buenos Aires, 2017, p. 138.

víctima; y c) conductas lesivas realizadas por medio de comportamientos de terceros que las posibilitan, facilitan o motivan, supuestos éstos donde encuentran cabida las conductas neutrales.

Para delimitar esta última categoría FRISCH busca un criterio objetivo-normativo que atienda a la lesividad social: «es en este nivel donde ha de ubicarse el caso paradigmático (en sentido amplio) de la creación de un riesgo típicamente desaprobado mediante la posibilitación o facilitación de la conducta delictiva ajena»<sup>11</sup>. Para dicho autor «debe hablarse de una conducta con **sentido delictivo** siempre que en todo o en parte presente una configuración tal que desde el punto de vista general o bajo la consideración de las circunstancias del caso sólo pueda ser explicada delictivamente, esto es, que globalmente o en referencia a las partes correspondientes no tenga otro sentido más que como posibilitación o facilitación de una conducta delictiva ajena»<sup>12</sup>.

FRISCH intenta concretar el criterio del sentido delictivo, en primer lugar, a través de la idea de la *proximidad* de la acción del cómplice al hecho, tomada de SCHUMANN. Otro dato relevante radica en la adaptación del comportamiento del partícipe a las necesidades del autor principal. Luego se refiere al aspecto del comportamiento, en especial «si éste presenta un aspecto que confrontado con las circunstancias, sólo puede ser “explicado delictivamente”»

Luego expresa que los comportamientos no dotados de algún sentido delictivo no son acciones típicas, a no ser que concurren razones especiales como la existencia de una *posición de garante*. Otra hipótesis surge también partir de la existencia de una *norma general de solidaridad* —a saber omisión de auxilio o de comunicación del crimen— que sea violada a través de dicha acción.

Concuerdo con la opinión de GRECO<sup>13</sup> que el principal acierto de la posición de FRISCH radica en haber insertado la problemática de las conductas neutrales en su teoría del comportamiento típico, garantizando que éstas no recibirán una intuitiva solución *ad hoc*. El jurista brasileño comparte su afirmación que la prohibición de una conducta no dotada de sentido delictivo «sería una *medida inidónea* para proteger bienes jurídicos, toda vez que quien quiera valerse de ella podría recurrir a cualquier otra persona no dotada de conocimiento, a través de la cual podría obtener idéntica contribución. En *Frisch*, el argumento de la inidoneidad sirve de puntal secundario para fundamentar su criterio del sentido delictivo. Pero él mismo no toma mucho en serio este argumento toda vez que después admite excepciones, fundadas en la idea de la violación activa de una norma general de solidaridad. Y tampoco la idea del sentido delictivo, bien como la transformación de un deber general de solidaridad en un deber garantizado por la norma que prohíbe el delito comisivo, se muestra internamente consistente. Me parece, con todo, que al hablar en los *topos* de inidoneidad, el autor estaba en el *camino cierto*, y que basta proseguir en esta línea, sin tropezarnos en ideas como las del sentido delictivo o la de violación de la norma de solidaridad para llegar al lugar de destino: una teoría consistente y bien fundada de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado en la participación»<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> FRISCH, WOLFGANG, *Tatbestandmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, p. 280.

<sup>12</sup> FRISCH, WOLFGANG, *Tatbestandmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, p. 291.

<sup>13</sup> GRECO, LUIS, *Complicidad a través de acciones neutrales: la imputación objetiva en la participación*, pp. 103 y 104.

<sup>14</sup> GRECO, LUIS, *Complicidad a través de acciones neutrales: la imputación objetiva en la participación*, pp. 161 y 162.

# Sobre el razonamiento probatorio y la lógica probabilística en Frisch

por: JOSÉ MILTON PERALTA

## I. Introducción

El Prof. Frisch se destaca en sus trabajos tanto por su rigurosidad analítica como por su erudición. Esto le permite encarar cualquier discusión académica no solo con especial claridad, sino también poner los asuntos en su adecuado contexto histórico y cultural.

Eso es lo que ha hecho en su análisis acerca de los sistemas de valoración de la prueba y de las condiciones necesarias para dar por acreditados los hechos de condena<sup>1</sup>. Ha sido capaz de explicar el desarrollo y la razón de ser de las diferentes formas de evaluar la evidencia, comenzando por la prueba legal y terminando con el método de contrastación de hipótesis basado en la libertad probatoria. Y también ha logrado explicar por qué debe mantenerse, para condenar, la necesidad de una convicción racional en el juzgador sobre la existencia de los hechos, frente a las propuestas basadas en meras probabilidades.

Sobre este último modo de decidir cuándo corresponde condenar, Frisch se ha pronunciado en un sentido muy crítico. Entiende que alrededor del razonamiento probabilístico ha habido malos entendidos, dado que, en su justo lugar, ese razonamiento no aporta nada valioso y que, en el lugar equivocado, solo agrega confusión<sup>2</sup>.

En este breve comentario, en el punto II me dedicaré a mostrar la evolución de los sistemas de valoración de la prueba desde la prueba tasada hasta la convicción racional. En el punto III, cómo es que esto, en última instancia, termina derivando en tesis probabilísticas acerca de los estándares de prueba. En los puntos IV y V analizo, respectivamente, la crítica de Frisch a estas posturas y su propuesta alternativa. En el acápite VI hago un balance final de todo el comentario y se responde qué queda en pie de las tesis probabilísticas, después de todo.

## II. Evolución 1: de la prueba legal a la convicción racional

En primer lugar, conviene detenerse en el sistema de valoración de la prueba conocido como prueba legal. Este aparece como algo incomprensible a la luz de nuestra forma de pensar actual, hija del racionalismo. ¿Cómo es que una confesión o el testimonio conteste de dos personas *prueban* la verdad de un suceso sobre el cual existen, o puede pensarse que existen, pruebas en contra? La respuesta que brinda Frisch es coincidente con la de un especialista en el análisis de la prueba, Michelle Taruffo. Según ambos autores, en esa época no era importante llegar a la verdad, o al menos no a una verdad tal y como la comprendemos hoy. El verdadero rol del proceso penal era, en la “temprana Edad Moderna”, más bien “simbólico o ideológico” antes que apegado a la búsqueda de conocimiento<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. Frisch, Wolfgang, *Libre valoración de la prueba y estándar probatorio. Fundamentos históricos y de teoría del conocimiento*, en Ambos, etc. (eds.), “Desarrollos actuales en las ciencias criminales en Alemania”, AAVV, Edpal, etc., Göttingen, pp. 53-81. Para su versión alemana, véase *Freie Beweiswürdigung und Beweismaß*, Homenaje a Stürmer, Mohr Siebeck, 2013, pp. 849-874. Aquí se citará la versión en castellano y solo se pondrán entre paréntesis términos en alemán cuando sea relevante para la comprensión de las ideas.

<sup>2</sup> Frisch, *ob cit.*, 77.

<sup>3</sup> Frisch, *ob. cit.*, pp. 56 y ss., especialmente, p. 58. Taruffo también menciona que otros medios de prueba, hoy inconcebibles, respondían a las concepciones imperantes de la época en que se practicaban, Cfr. Taruffo, Michele, *Simplemente la verdad*, Marcial Pons, Madrid, etc., 2010, pp. 15 y ss. Aunque algunos autores tam-

Esta forma de “probar” los hechos no podía cambiar en su misma época ni en su mismo contexto cultural. Fue necesario, primero, un cambio completo en la concepción del hombre y de la sociedad que empezara a poner el énfasis en la búsqueda de la verdad – entendida como verdad como correspondencia– como manera de lidiar con los conflictos penales<sup>4</sup>. Eso comenzó con la Ilustración. Durante ella, los juzgadores se percataron de que la forma en que se daba por acreditado un hecho, en realidad, poco tenía que ver con la verdad, con lo que se veían forzados a condenar en contra de sus propias convicciones<sup>5</sup>.

Según explica Frisch, en un estadio intermedio, en esa búsqueda de la verdad real no se abandona la prueba legal. Esta continúa con una función *negativa*. Según esta nueva función, el juzgador podía no condenar, si no estaba convencido de la responsabilidad del sujeto juzgado, pero debía absolver, a pesar de su convicción, si no se daban, al menos, ciertos requisitos legales preestablecidos. Se *niega*, así, la posibilidad de condenar sin una base legal. Con este sistema, por un lado, se evita la arbitrariedad del juez al decidir en contra del acusado y, a la vez, también la obligación de condenar frente a su propia convicción en contrario<sup>6</sup>.

Esta necesidad de conservar un modo de prueba legal, incluso ya bajo una lógica más cercana a la verdad (y no a los símbolos), se debía a la falta de garantía de imparcialidad por parte de los jueces. Estos, en ese entonces, en Europa, eran dependientes del señor feudal y esto hacía temer que sus decisiones fueran tendenciosas<sup>7</sup>. Es solo cuando se instaura el juicio por jurados, con la consiguiente imparcialidad de los decisores extraídos del pueblo, que la íntima convicción (*innere Überzeugung*) toma fuerza. Ahora los jueces no condenan sino conforme a su recta creencia<sup>8</sup>. Allí, la prueba legal desaparece, incluso como condición necesaria.

### III. Evolución 2: de la “convicción” a la probabilidad como estándar de prueba

Los juristas entienden que la mejor manera de llegar a la verdad es desprenderse de la prueba tasada y condenar solo cuando haya convicción de culpabilidad. Aquellos sistemas que no tienen el juicio por jurados no pueden basarse en la íntima convicción y adoptan una forma de fundamentar que se denomina, alternativamente, libre convicción, convicción racional o sana crítica racional. En todos estos casos, se habla de seguridad o certeza como requisito para condenar. Pero la epistemología ya distinguía en ese entonces el conocimiento analítico del sintético, y durante la Ilustración tal distinción adquiere un mayor auge a raíz del avance de la ciencia. Conforme a ello, hay que diferenciar el conocimiento que surge de nuestras convenciones conceptuales de aquel que depende de la comprobación empírica. Y solo del primero puede predicarse una noción de verdad como certeza, mientras que del segundo solo se puede predicar probabilidad<sup>9</sup>.

---

bién destacan que la prueba legal estaba relacionada con la finalidad de restringir la libertad de los jueces. Roxin, Claus/Schünemann, Bernd, *Strafverfahrensrecht*, 29 ed., C.H. Beck, Múnich, 2017, § 45, nm. 42 (p. 394).

<sup>4</sup> Así también Frisch, *ob. cit.*, pp. 57.

<sup>5</sup> Frisch, *ibid.*; Roxin/Schünemann, *loc. cit.*

<sup>6</sup> Frisch, *ob. cit.*, p. 58.

<sup>7</sup> Frisch, *ob. cit.*, p. 59.

<sup>8</sup> Frisch, *ob. cit.*, p. 59. Esto también ocurrió con los jueces letrados, cuando logró asegurarse su independencia (*ob. cit.* p. 60).

<sup>9</sup> Para una presentación introductoria y clara de estas ideas, véase Copi, Irving, *Introducción a la lógica*, Eudeba, Buenos Aires, 1995, pp. 167 y ss. y pp. 397 y ss.

El conocimiento analítico es aquel en el cual la conclusión no agrega nada a lo ya incluido en las premisas y, si el razonamiento es válido, la conclusión, a la que se llega por deducción, es necesariamente verdadera. Si se define niño como toda persona menor de doce años, entonces si alguien tiene ocho años es, con certeza, un niño. Y para saber eso no es necesario contrastar ni las premisas ni la conclusión con hechos, sino solo saber cómo se ha definido niño. El conocimiento sintético es, por el contrario, aquel cuya veracidad depende de comprobación fáctica y donde la conclusión dice algo más que la conjunción de las premisas, es decir, agrega información. A este tipo de conocimiento se llega por inducción y es, *por razones lógicas*, siempre solo aproximado, no importa lo cuantioso que sea el conjunto de elementos del juicio a favor. Así, por ejemplo, si mis amigos me aseguran que Messi hizo un gol en un partido del Barcelona y mis amigos ven partidos de fútbol y saben quién es Messi y pueden discernir correctamente si él ha hecho un gol o no, tengo buenas razones para concluir que Messi ha hecho un gol. Pero ninguna de las premisas contiene eso y, por ende, no puedo estar seguro de si eso sucedió o no. Mis amigos pueden jugarme una broma o haber visto mal quien, finalmente, estiró el pie para que la pelota entre. Por ello, es solo probable (aunque muy probable) que Messi haya hecho un gol en ese partido.

Esto llevó a ciertos juristas y filósofos a sostener que cuando se condena jamás puede hablarse de *certeza* para dar por acreditado un hecho, dado que la afirmación “A mató a B” es de carácter sintético. Lo único que puede predicarse sobre esa afirmación es probabilidad<sup>10</sup>. Dado que la probabilidad es graduable, la discusión debe centrarse en la pregunta sobre *cuánta probabilidad* es necesaria para poder tomar ciertas decisiones judiciales. En el ámbito penal, somos conscientes de que distintas decisiones pueden requerir distintas condiciones probatorias, en la medida en que solemos diferenciar los requisitos para, por ejemplo, proceder a la detención, la prisión preventiva o la condena de una persona. Estamos acostumbrados a decir que la elevación a juicio de una causa o el dictado de una prisión preventiva se basan en probabilidades. Pero no usamos esa terminología para condenar.

Los defensores del probabilismo también han llamado la atención sobre una cuestión que hasta ese entonces no era demasiado explícita: que la decisión sobre un estándar de prueba no es epistémica, sino política. Y que la cuestión sería, entonces, discutir cuánta probabilidad hace falta para poder legitimar una sentencia de condena. La respuesta, según ellos, es que *depende*. Depende de cómo queramos distribuir el riesgo de error. Mientras más alto sea el estándar de prueba, habrá menos inocentes presos pero mayor será la cantidad de culpables libres. Mientras más bajo sea el estándar de prueba, habrá menos culpables libres pero incrementaremos la cantidad inocentes condenados<sup>11</sup>.

Se asume que siempre es mejor un culpable libre antes que un inocente condenado. Incluso mejor dos, tres o diez culpables libres antes que un inocente condenado. La pregunta relevante parece ser hasta cuándo llegamos con este esquema. ¿Valen veinte, cien, mil culpables libres antes un inocente preso, con el costo que esto tendría en términos de

---

<sup>10</sup> Cfr. por todos, Laudan, Larry, *Truth, Error and Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 13 y ss.; Ferrer, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid (entre otras), 2007, pp. 120 y ss.

<sup>11</sup> Laudan, *ob. cit.*, pp. 29 y ss., Ferrer, *ob. cit.* pp. 139 y ss.

prevención?<sup>12</sup> En algún punto hay que tomar una decisión y esa decisión será política, no epistémica. Y hasta podría decirse que, tácitamente, esa decisión ya se ha tomado, porque cualquiera sea el estándar de prueba, no existe ningún sistema que pueda excluir la posibilidad de error y, por ende, ya se ha asumido que *algún* inocente preso debe admitirse. De otro modo, se debería abolir el sistema penal.

Esto también se vuelve relevante para aquella clase de casos en la que llegar a satisfacer un alto estándar de prueba se vuelve especialmente dificultoso, casi imposible. En esos supuestos, la discusión ya no es si, por hipótesis, preferimos un número X de culpables libres a un inocente preso —que es lo que ocurre, en general, en otra clase de casos—, sino si preferimos muchos más culpables libres antes que un inocente preso —pues como aquí satisfacer es estándar será mucho más difícil, esto va implicar muchas más absoluciones—. Y si en cierta clase de delitos fuera imposible llegar al estándar exigido para el resto de los delitos, mantenerlo implicaría simplemente afirmar que es mejor que todos los culpables estén libres antes que aumentar el margen de error mínimo en sentido contrario. Si tal consecuencia no se quisiera admitir se debería bajar el estándar de prueba y la ecuación debería ser distinta. Algo así como que es mejor que haya dos (o tres o los que sea necesario para poder condenar a un culpable) inocentes condenados antes que todos los culpables libres. Bajar el estándar de prueba implicaría admitir más errores en contra de inocentes<sup>13</sup>.

#### IV. La posición de Frisch sobre las tesis probabilísticas

Frisch, como dije al comienzo, desacuerda con la probabilidad como idea sobre la cual se deba establecer si corresponde condenar o no. Dice que basarse en ella solo acarrea “nuevos problemas, casi insolubles”. En primer lugar, porque “nadie está en condiciones de proporcionar una definición semejante (...) numéricamente”<sup>14</sup>. *I. e.* nadie puede afirmar si el estándar del 90% de probabilidad de que el evento haya ocurrido es suficiente para condenar, o si hay que exigir que este sea de un 95% o un 99%.

En segundo lugar, porque si eligiéramos un número, supóngase, al azar, entre varios de los porcentajes posibles, tal estándar sería de imposible aplicación. Es decir, si el estándar se fijara en un 90 %, se debería poder afirmar cuando se llegó a tal estándar. Pero nadie está en condiciones de pasar a números el valor de, por ejemplo, las declaraciones unívocas de dos testigos, más el secuestro de los elementos robados en el domicilio del denunciado. Esto solo sería posible, según Frisch, “en tanto los medios de prueba en particular se correspondieran con valores respectivamente fundados en valores de probabilidad”<sup>15</sup>. Algo así como volver a *tasar* el valor de los elementos de prueba, ahora en términos numéricos, y sostener que, si tal elemento se configura en la realidad, otorga un *crédito* hasta que, en conjunto con otros, permite confirmar la veracidad de algo con la probabilidad exigida por el estándar respectivo. Esto, además de que retrotraería los problemas de la prueba tasada *positiva*, es imposible.

Por supuesto, Frisch, con estas críticas, no pretende negar lo que dicen los epistemólogos sobre el conocimiento basado en premisas empíricas. Claro que es solo probable

---

<sup>12</sup> Para un análisis de estos problemas, véase Malarino, Ezequiel, *Sobre el descuido de la prevención en la distribución del error en el juicio penal*, en Kai Ambos, entre otros (dirs.), “Prevención e imputación”, Hammurabi, Buenos Aires, 2017, pp. 247 y ss. *passim*.

<sup>13</sup> Si hay contextos donde alcanzar cierto estándar de prueba es imposible o muy difícil, es una cuestión empírica. El punto es evaluar qué pasaría si esto ocurriera.

<sup>14</sup> Frisch, *ob. cit.*, p. 78.

<sup>15</sup> Frisch, *ob. cit.*, p. 78.

la verdad de una proposición a la que se ha llegado por vía inductiva, más allá de si puede cuantificarse o no. Pero esto se mueve, sostiene Frisch, por un carril diferente al de la justificación de una condena. Pues una cosa es preguntarse cuán probable es tal o cuál afirmación y otra, muy distinta, si los fundamentos que apoyan la verdad de la hipótesis son “suficientes, convincentes, fundamentos que excluyen lo contrario o si existen razones para dudar de la verdad de la afirmación”<sup>16</sup>. Por consiguiente, concluye, “no constituye un argumento en contra de la convicción adquirida argumentativamente conforme las exigencias de la configuración de la convicción, con respecto a la verdad de una cierta hipótesis, que esta, conforme a las reglas de la valoración de la probabilidad, solo sea probablemente verdadera”<sup>17</sup>.

Ahora la pregunta es, ¿cuáles son esas reglas de la configuración de la convicción y cómo es que uno puede estar convencido de algo sobre lo que no se puede llegar a la certeza?

## V. Frisch y la “convicción objetiva” como parámetro para llegar a una condena

Frisch llega a la “convicción objetiva” a través de lo que yo definiría como un “método de contrastación de hipótesis”. Entre las hipótesis relevantes a contrastar, al menos una debe ser subsumible en un tipo penal, para que el caso sea relevante.

Para Frisch, en primer lugar, todo el análisis debe estar regido por las leyes de la lógica y de la experiencia. Sobre esa base, luego, lo que corresponde preguntar es si las hipótesis en juego “son compatibles con los elementos de prueba y cuáles de ellos las sustentan”<sup>18</sup>. Asimismo, también se deben “descartar hipótesis concurrentes a partir del material de prueba” existente<sup>19</sup>. La confirmación de la hipótesis depende de qué dicen los peritos o testigos, pero, por supuesto, también, de si estos son creíbles. Lo propio sucede con los elementos de prueba que contradicen la hipótesis<sup>20</sup>.

Si los elementos en contra pueden descartarse, esto todavía no permite dar por confirmada la hipótesis de la acusación. Además, los elementos que la apoyan deben permitir confirmarla de manera *completa*. Es decir, deben ser por sí mismos suficientes para generar convicción. Especialmente, cuando estamos frente a prueba indiciaria, puede que, aun cuando se descarte la prueba en contra de la hipótesis acusatoria, la prueba a favor no permita descartar hipótesis alternativas lícitas (imaginadas, pero razonables), por ser insuficiente<sup>21</sup>.

Una vez hecho esto, es decir, cuando se ha descartado la prueba en contra de la hipótesis de la culpabilidad y cuando la prueba a favor es suficiente, es correcto, según Frisch, que el tribunal “*tenga por verdadero* lo imputado al acusado conforme a la valoración de la prueba”<sup>22</sup>. Y agrega: “la mera circunstancia de que todavía fuera concebible, imaginable, una situación de hecho diferente de la presupuesta, no podría oponerse a la

---

<sup>16</sup> Frisch, *ob. cit.*, p. 77.

<sup>17</sup> Frisch, *ob. cit.*, p. 78.

<sup>18</sup> Frisch, *ob. cit.*, p. 63.

<sup>19</sup> Frisch, *ob. cit.*, p. 63.

<sup>20</sup> Frisch, *ob. cit.*, p. 64. Para un análisis de la fiabilidad de la prueba, Taruffo, Michele, *La prueba*, Marcial Pons, Madrid, etc., 2008, pp. 59 y ss. y especialmente sobre la prueba testimonial, pp. 62 y ss.

<sup>21</sup> Frisch, *ob. cit.*, p. 66.

<sup>22</sup> Frisch, *ob. cit.*, 73. Cursiva del original.

calificación del tener por cierto como certeza, si es que debe ser posible alguna forma de acción práctica” basada en la certeza<sup>23</sup>.

En efecto, Frisch define convicción (*Überzeugung*)<sup>24</sup>, siguiendo a Kant, como “el tener por verdadera una afirmación por “razones objetivas suficientes”<sup>25</sup>, *i. e.*, por razones que “valen para cualquiera” con capacidad de raciocinio o que “producirían la conciencia de la verdad en toda persona que quisiera y pudiera comprender la verdad”<sup>26</sup>. Y esto ocurre, a su criterio, cuando hay fundamentos suficientes a favor de la hipótesis condenatoria y no hay fundamentos para sostener las hipótesis contrarias. Entonces, es correcto hablar de convicción objetiva.

## VI. Balance final: ¿qué queda en pie de las tesis probabilísticas?

Las objeciones de Frisch a la versión probabilística de los estándares de prueba parecen bastante contundentes. No se le puede poner números a la probabilidad de existencia de un evento del pasado y se puede llegar a una convicción razonable de culpabilidad, aun cuando a la verdad solo se pueda llegar de un modo aproximado. Resulta llamativo, no obstante, que haya ciertos defensores del probabilismo que digan exactamente lo mismo que Frisch: que la “probabilidad lógica o inductiva no admite cálculo matemático” y que se puede llegar a una sentencia adecuada por “un método de inducción eliminativo”<sup>27</sup>.

Sobre el primer aspecto, un destacado defensor del probabilismo contemporáneo como Ferrer destaca que el “vocabulario de la probabilidad” nunca fue “cuantificable o calculable matemáticamente”<sup>28</sup>, pero que esto no implica que no puedan compararse las distintas hipótesis en conflicto. En lo que al estándar penal se refiere, pregona la terminología que se utiliza en el mundo anglosajón, “el de que una hipótesis debe estar confirmada ‘más allá de toda duda razonable’<sup>29</sup>. Frisch critica expresiones como estas o como la que habla de “probabilidad rayana en la seguridad”, porque ya no aportan ningún criterio para medir nada<sup>30</sup>, es decir que realmente no ofrecen ningún avance.

Sobre el método de inducción eliminativo, Ferrer entiende que una hipótesis debe considerarse confirmada cuando “sería muy sorprendente si no fuera verdadera”<sup>31</sup>, y que ello ocurre cuando “la hipótesis (es) capaz de explicar los datos disponibles” y a la vez “(se han) refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos”<sup>32</sup>. Es

---

<sup>23</sup> Frisch, *ob. cit.*, 75. He agregado la expresión “basada en la certeza”, pues, evidentemente, uno puede actuar razonablemente, aun cuando no tenga certeza de las consecuencias. Todo depende de qué esté en juego. La próxima cita de Frisch que sigue en el texto deja claro que esto también era lo que estaba pensando el autor.

<sup>24</sup> Así, Frisch distingue terminológicamente “*innere Überzeugung*” de la simple “*Überzeugung*”. La primera, propia del juicio por jurados se refiere a la íntima convicción, mientras la segunda, propia de los jueces legos que fundamentan sus sentencias, a la sana crítica racional. Para una discusión sobre si los jurados en Inglaterra y Gales aplican realmente la íntima convicción, cfr. Peralta, José Milton, *El derecho al silencio en el sistema jurídico de Inglaterra y Gales. Un sistema de protección debilitado*, en Germán Sucar (ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 571 y ss. con referencias ulteriores.

<sup>25</sup> Frisch, *ob. cit.*, p. 74

<sup>26</sup> Frisch, *ob. cit.*, p. 74.

<sup>27</sup> Ferrer, *ob. cit.*, p. 121 y ss.

<sup>28</sup> Ferrer, *loc. cit.*

<sup>29</sup> Ferrer, *ob. cit.*, p. 143 y ss. Sobre el significado de esta expresión en Inglaterra y Gales, véase Peralta, *ob. cit.*, pp. 576 y ss.

<sup>30</sup> Frisch, *ob. cit.*, p. 79.

<sup>31</sup> Ferrer, *ob. cit.*, p. 137.

<sup>32</sup> Ferrer, *ob. cit.*, p. 137 (paréntesis agregados).

decir, que una hipótesis solo puede considerarse probada si la prueba existente es solo compatible con ella y no, razonablemente, con ninguna otra. En esta formulación no se ve ninguna diferencia relevante con el método de contratación de hipótesis de Frisch, que procede de modo similar. Y la afirmación que sería “muy sorprendente si no fuera verdadera” se parece mucho a la de Frisch según la cual, aun cuando sea concebible o imaginable, otra hipótesis debe descartarse si no parece sensato pensar que haya ocurrido.

Con esto, la discusión entre ciertos defensores del probabilismo y Frisch parece más verbal que real, pues ambos admiten que a la verdad sólo se puede llegar de manera aproximada y que hay que seguir el método de contrastación de hipótesis para dar por probados ciertos hechos. El desacuerdo parece estar en cómo denominar eso que habilita a una sentencia de condena: si convicción objetiva o probabilidad aceptable. Esto, lejos de tornar irrelevantes las objeciones de Frisch, corrobora su pertinencia: parece que las tesis de la probabilidad no han traído nada realmente nuevo. Y si uno dijera que pusieron el acento en la idea de que la verdad es solo provisional, pues siempre es posible que se demuestre que es falso aquello de lo que estamos “objetivamente convencidos”, pues los penalistas siempre lo hemos sabido desde que el recurso de revisión está previsto desde el principio en nuestros ordenamientos procesales.

Quizás lo que realmente queda en pie como novedoso de las tesis probabilísticas es haber llamado la atención sobre el costo que tienen estándares muy rigurosos de prueba, en términos de prevención<sup>33</sup>, en ciertos delitos, donde exigir los mismos estándares que en otros más fáciles de probar tiene como consecuencia que sean delitos prácticamente impunes.

Sospecho cuál sería la respuesta de Frisch, alguien comprometido con las garantías individuales, al respecto. Él diría que para evitar estos problemas penales lo que se debe hacer es investigar más y mejor o tomar otras medidas preventivas y no bajar los estándares de prueba con el consiguiente aumento de riesgo de penas injustas para acusados inocentes<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Cfr. Malarino, *ob. y loc. cit.*

<sup>34</sup> Recurrir a esta estrategia, simplista, sería como la estrategia de subir las penas, en lugar de buscar modos de potenciar los efectos de las penas que no impliquen poner en riesgo los derechos de los ciudadanos.



## Laudatio

por: **CARLOS JULIO LASCANO**

Señor Rector de la Universidad Nacional de Córdoba. Señor Vice-rector. Señor Decano de nuestra Facultad de Derecho. Demás autoridades presentes. Ilustre Visitante y su esposa señora Karin FRISCH:

Constituye para mí un honor extraordinario poder presentar al Profesor Wolfgang FRISCH en este acto formal de investidura como Doctor Honoris Causa por nuestra Universidad Nacional de Córdoba. Se me ocurren, por lo menos, cuatro motivos para sentir tal honor.

En primer lugar, desde luego, la gran personalidad científica del Profesor FRISCH, que no es preciso poner de manifiesto, pero que intentaré glosar a continuación.

En segundo lugar, los numerosos discípulos y seguidores en varios países del Profesor Emérito de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Teoría del Derecho de la Universidad de Friburgo de Brisgovia, República Federal de Alemania.

En tercer término, que entre los días 24 y 27 del mes de junio de 2015 —con motivo de celebrarse en la Universidad de Huánuco (Perú) la Novena Jornada Internacional de Derecho Penal— tuve el privilegio de conocer personalmente al Profesor Frisch y haber compartido con él amables y provechosos diálogos. El día 26 de junio de ese año, asistí a la ceremonia de su investidura como Doctor Honoris Causa por dicha Casa de Altos Estudios. En una de esas conversaciones en Huánuco, de la que también participó mi querido colega y amigo Gabriel Pérez Barberá, el Profesor Frisch gentilmente aceptó nuestra invitación de venir a Córdoba a impartir una conferencia en nuestra Facultad, la que pudo concretarse el 30 de octubre del año pasado.

En cuarto lugar, el hecho de que sea precisamente esta Universidad la que atiende a mis modestas palabras para acoger en su claustro de doctores a este gran maestro de la dogmática moderna, y no sólo porque sea esta universidad mi cuna y mi meca académicas, sino porque fue la primera universidad fundada en el actual territorio argentino hace ya más de cuatrocientos cinco años y, además, el origen de la Reforma Universitaria de 1918, razón por la cual agradezco a la comunidad universitaria su presencia tanto en este acto como en la Jornada previa de homenaje al Profesor FRISCH —docentes, investigadores, egresados y estudiantes— que en el actual contexto político y económico adverso a la Universidad pública, honran la memoria de los estudiantes que hace cien años desde Córdoba dieron un ejemplo a Latinoamérica y al mundo con la proclamación del Manifiesto Liminar reformista.

Hay otras razones por las que, además de un alto honor, es una auténtica satisfacción para mí intervenir en este acto. Pero el sentido del mismo me obliga a tratar de reflejar con cierta brevedad la magnitud de la aportación del Profesor FRISCH a la Ciencia del Derecho Penal, en cuestiones teóricas que tendremos que seguir discutiendo en los próximos años si queremos que la Dogmática siga cumpliendo la tarea social que le corresponde.

Como muestra basta un botón: una vez que la doctrina dominante ha llegado a la conclusión de que a través de las imputaciones de la imputación objetiva se pueden resolver de forma más razonable que otras propuestas anteriores (basadas, por ejemplo, en criterios causales o en el dolo) ciertas cuestiones relativas a la tipicidad, ha llegado el momento de afrontar teóricamente la cuestión de qué encierra dentro de sí la teoría de la imputación

objetiva y cuál es el significado dogmático de las soluciones que propone. Dentro de dicha teoría existen dos grandes corrientes: una defendida por pioneros en esta materia como GIMBERNAT, RUDOLPHI o ROXIN, quienes consideran que la función esencial del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos; y otra que considera que la función esencial de la pena es la estabilización normativa, mantenida por autores que le han otorgado una nueva dimensión a la teoría como JAKOBS o FRISCH. Este último se aleja de la posición de JAKOBS al entender —con buen criterio— que la función de estabilización normativa no está desligada de la de protección de bienes, y que, por lo tanto, la seguridad de bienes que aporta el Derecho Penal se encuentra unida a la estabilización del orden normativo. Ello le permite a FRISCH tener una visión de la teoría de la imputación objetiva distinta de la de los «padres de la criatura», pero sin llegar a desligarse totalmente de la concepción del injusto penal de la doctrina dominante como le sucede a JAKOBS. FRISCH en concreto representa un puente entre concepciones vinculadas al normativismo que a veces parece que es imposible que puedan establecer diálogos para llevar a cabo conjuntamente aportaciones fructíferas.

Dentro de su adscripción genérica al normativismo una importante singularidad de FRISCH es su vinculación a consideraciones derivadas de la idea de injusto personal. Su punto de vista esencial es que conducta típica sólo puede ser aquella que sea susceptible de ser definida como idónea, necesaria y adecuada para impedir determinadas lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos de acuerdo con un juicio intersubjetivo que depende de los principios jurídicos vigentes y en el que se tengan en cuenta los intereses de todos los potenciales autores y afectados.

RICARDO ROBLES PLANAS, destacado discípulo español de nuestro ilustre visitante, ha dicho con acierto que FRISCH ha venido a superar la carencia de una fundamentación sólida del tipo y del injusto. El profesor de la Universidad Pompeu Fabra señala que «la pretensión de FRISCH es la de situar la idea de “juridicidad” (o la propia idea del Derecho) en primera fila, destacando que una conducta injusta es ante todo una conducta que lesiona el Derecho, en el sentido de que va más allá de los límites recíprocamente constituidos (y jurídicamente garantizados) de la libertad de actuación. Por este motivo, reprocha a JAKOBS y a todos aquellos que ven la esencia del delito en un problema de imputación su olvido del significado de lo justo y lo injusto. ¿Qué queda entonces para la imputación del resultado? Poco. Una vez que se ha determinado que una conducta está típicamente prohibida, sólo se plantea como una cuestión de imputación el constatar que el resultado finalmente producido se halle en la relación necesaria con el peligro que implicaba la conducta, esto es, que el resultado sea expresión de aquel peligro y no de un riesgo general de la vida o de otro riesgo distinto del desaprobado».

Tal vez la parte más interesante de la contribución de FRISCH para un moderno desarrollo de la teoría de la imputación objetiva radique en su pretensión de rebatir la objeción que le hace ROXIN en el manual de que lo que se trata «en el fondo, es siempre de la imputación o no imputación de un resultado»: el resultado «no se imputa cuando (el causante) se ha comportado desde el principio de forma adecuada y tampoco cuando el curso causal era especialmente extraordinario» y de que «el desvalor de la acción y el desvalor del resultado están indisolublemente ligados el uno al otro»: «sin un resultado de muerte y su imputación no existe ninguna acción de matar y ninguna «conducta típica». Este diálogo científico permite clarificar las posiciones de estos dos grandes teóricos de la teoría de la imputación objetiva y sus diferencias. Cualquiera que busque reflexionar sobre estos temas

debe tomar una decisión de qué perspectiva seguir o, en todo caso, plantear las alternativas a dichas posiciones.

Debo destacar —como otro dato revelador de la importancia de su concepto material de hecho punible en la dogmática jurídico-penal alemana actual— que FRISCH ha buscado diseñar un modelo político-criminal orientado a la prevención general positiva alternativo al de ROXIN o HASSEMER, basado en la teoría del bien jurídico. FRISCH ha señalado cómo paradójicamente el debate sobre los límites del Derecho Penal se ha desarrollado sin una reflexión suficiente sobre aquello que se quiere limitar, es decir, la pena. Este autor, ante las limitaciones de la teoría del bien jurídico, busca una fundamentación material con referencia a hechos merecedores y necesitados de pena, en la medida que ésta es la reacción estatal más grave a la que se encuentra vinculado un juicio de reproche ético-social.

Concluyo esta *laudatio* con un sincero agradecimiento, en nombre de la Casa de Trejo y de los estudiosos argentinos del Derecho Penal, a nuestro querido amigo y maestro de Friburgo, por aceptar compartir con el máximo honor académico nuestro claustro de doctores.



# La protección de los derechos fundamentales del imputado en el proceso penal

por: WOLFGANG FRISCH

La configuración del proceso penal estatal no está determinada solamente por su idea fundamental y por el concepto de que éste debe cumplir su objetivo; pues, incluso en caso de que se coincida en cuanto a que el objeto del proceso es la averiguación de la verdad real, él puede adoptar una forma muy diferente, según si la realización de este objetivo se persigue por medio de un procedimiento más inquisitivo, o bien, si se lo hace por medio de un proceso de partes más fuertemente adversarial<sup>1</sup>. Con relación a la forma del proceso, también tiene una importancia decisiva cuál es el papel que se le asigna al imputado en el marco del proceso penal, y en particular, cuáles son los derechos que se le reconocen.

## I. El acusado como objeto y como sujeto del proceso

Durante mucho tiempo, estos derechos eran más bien pocos. El imputado apenas si era algo más que el objeto del proceso. Debía soportar que la –presunta– verdad le fuera extraída mediante tortura, y nada podía hacer en contra de que se lo privara de la libertad ya antes de que recayera una sentencia firme.

Situaciones como esta –que aún se siguen dando en diversas dictaduras en el mundo– existieron en muchos Estados de Europa hasta la época de la Ilustración<sup>2</sup>. Esto sólo se modificó cuando, a partir de la época de la Ilustración, se fue imponiendo cada vez más la idea de que el ser humano es titular de derechos y libertades fundamentales, y que esto también rige en el proceso penal y frente al imputado. Con la paulatina consolidación de esta concepción durante el siglo XIX y la primera mitad del XX, también se modificaron los códigos de procedimientos penales<sup>3</sup>. Se le fueron reconociendo al imputado cada vez más derechos, que le permitían decidir por sí mismo acerca de su colaboración con el proceso, y por medio de ciertos derechos, también intervenir en la configuración del procedimiento de acuerdo con su voluntad. En este sentido, el imputado se convirtió (también) en sujeto del proceso<sup>4</sup>.

Otras mejoras de la posición jurídica del imputado fueron introducidas en Alemania en la Ley Fundamental (en lo que sigue, GG) que entró en vigencia en 1949 para la República Federal de Alemania con el rango de Constitución alemana. Las garantías y derechos fundamentales y humanos contenidos en ella también tienen una importancia decisiva en lo que hace al procedimiento penal. Dado que el catálogo de derechos fundamentales vincula a la totalidad de los poderes del Estado (cf. art. 1, párr. 3º, GG), ellos deben ser respetados no solo por el Poder Ejecutivo y por el Judicial; también el legislador debe sujetarse a lo que ellos establecen. Los preceptos constitucionales –los cuales, en parte, adquieren forma

---

<sup>1</sup> Cf. al respecto, *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 28a. ed., 2014, pp. 85 y ss.; *Schünemann*, Fezertestschrift, 2008, pp. 555 y ss.; con relación a los trasfondos culturales de los modelos, cf. *Hörnle*, ZStW 117 (2005), pp. 801 y ss.

<sup>2</sup> Cf. al respecto *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der Strafrechtspflege, 3a. ed. 1965, §§ 74–78, 202; acerca de la derogación de la tortura, *supra cit.*, §§ 253, 254; *Zachariae*, Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens, 1846, pp. 92, 99 ss., 143 s.

<sup>3</sup> Cf. al respecto la reseña de *Eb. Schmidt*, Geschichte (nota. 2), §§ 284 y ss.

<sup>4</sup> Cf. al respecto con más detalles *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Parte I, 2a. ed., 1964, pp. 80 y ss.

en la Ordenanza procesal penal y la jurisprudencia– garantizan, por un lado, la posición jurídica del imputado como sujeto del proceso. Pero, por el otro, también lo protegen, en la medida en que, al quedar sometido al proceso, el imputado continúa siendo objeto del proceso.

## II. La intangibilidad de la dignidad humana y las consecuencias para el proceso penal

### 1. La garantía de la dignidad del ser humano del art. 1, párr. 1, GG

En este punto, el artículo 1, párrafo 1, de la Ley Fundamental tiene una importancia fundamental. Según dicha norma, “la dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”.

En la actualidad, el concepto de dignidad humana, suele ser definido a partir de su vulneración<sup>5</sup>. En esta línea, está afectada la dignidad humana, “cuando el ser humano en concreto es rebajado, en una dimensión considerable, a la calidad de objeto, a un mero instrumento”<sup>6</sup>. También el Tribunal Constitucional Federal, en jurisprudencia constante, se ha valido de esta fórmula, la cual, por cierto, necesita de ciertas precisiones, y que es conocida como la “fórmula del objeto”<sup>7</sup>. Ocasionalmente, también se ha dicho que la vulneración de la dignidad humana presupone que el ser humano quede expuesto a un tratamiento que “pone en cuestión (por vía de principio) su calidad de sujeto”<sup>8</sup>.

### 2. Consecuencias para el proceso penal: la prohibición de la tortura y la ausencia de un deber de autoincriminación (derecho al silencio)

En la actualidad se encuentra totalmente fuera de discusión que resulta incompatible con el deber fundamental de Estado de respetar la dignidad humana torturar al imputado para esclarecer la verdad. La prohibición de la tortura, consagrada por el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, también rige respecto del proceso penal (y su finalidad de esclarecimiento de la verdad) por aplicación del artículo 1, párrafo 1, de la Ley Fundamental<sup>9</sup>. Por cierto, el artículo 1, párrafo 1º de la Ley Fundamental, especialmente en su relación con los derechos generales de la personalidad del artículo 2, párrafo 1, GG, según la doctrina dominante y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, materialmente, se extiende considerablemente más allá que a la prohibición de la tortura.

De acuerdo con esto, también resulta inconciliable con el respeto a la dignidad del ser humano y su reconocimiento como sujeto, el obligar a una persona a autoincriminarse<sup>10</sup>. Antes bien, el reconocimiento del imputado como sujeto autónomo implica, según la doctrina dominante, permitir que el imputado decida por sí mismo si confiesa

---

<sup>5</sup> Maunz-Dürig/Herdegen, Grundgesetz, 77. EL 2016, Art. 1 nota 36, con otras referencias (acerca de los intentos de circunscribirla afirmativamente, *supra*, nota 34, 35); vid. también Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 14a. ed. . 2016, Art. 1 nota 6 y ss.

<sup>6</sup> Tal la conocida fórmula de Dürig, en Maunz-Dürig, Grundgesetz (1a. ed) 1958, art. 1 nota 28.

<sup>7</sup> Cf., p.ej., BVerfGE 9, 89 (95); 27, 1 (6); 28, 386 (391); 45, 187 (228); 50, 166 (175); 87, 209 (228); una puesta en claro de las falencias de la fórmula en BVerfGE 30, 1 (25 s.).

<sup>8</sup> Cf. p.ej. BVerfGE 30, 1 (26).

<sup>9</sup> Jarass/Pieroth (nota 5), art. 1 nota 19; Maunz-Dürig/Herdegen (nota 5), nota 95, con otras referencias.

<sup>10</sup> BVerfGE 38, 105 (113); 55, 144 (150); BVerfGE (K) StV 1995, 505 s.; adicionalmente con relación al derecho a la personalidad del art. 2 párr. 1 GG con apoyo en la decisión de BVerfGE 56, 37 (49 s.); 95, 220 (241), 96, 171 (181); destacando el mandato de proceso equitativo, (ver *infra* V.) BVerfGE 109, 279 (324); Jarass/Pieroth (nota 5); art. 2 nota. 46, 64; Maunz-Dürig/Herdegen (nota 5), Art. 1 Nota. 86; en detalle, Rogall, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, 1977, pp. 124 ss.; Nothelfer, Die Freiheit vom Selbstbeziehungszwang, 1989.

la comisión de un hecho, o si decide guardar silencio, y en ese caso, permitir que lo incriminen. Desde este punto de vista, el § 136, párrafo 1º, segunda oración, de la Ordenanza Procesal Penal Alemana (StPO), en el que se encuentra contenido el derecho del imputado de “expresarse acerca de la imputación o a no declarar en la causa”<sup>11</sup>, no es una manifestación de la libre generosidad del legislador, sino que se limita a recoger concepciones de raigambre histórica, y que también rigen hoy como parte de la Constitución. Este derecho del imputado a guardar silencio, reconocido ya constitucionalmente, también incluye, según la doctrina dominante en Alemania, que a partir de ese silencio del acusado –al menos, de su silencio completo– no se puedan extraer consecuencias en su perjuicio<sup>12</sup>.

### *3. Normas de protección flanqueantes: deber de información (§136, párr. 1, 2ª oración, StPO), prohibición de ciertos métodos de interrogatorio (§136 a StPO) y prohibiciones probatorias*

Como es natural, el derecho procesal penal también debe ocuparse de que aquello que está reconocido constitucionalmente, también esté garantizado en la realidad del proceso penal. A esto tienden, especialmente, otras dos normas de la Ordenanza Procesal Penal alemana. Según el § 136 párrafo 1, 2ª oración, StPO, antes de su (primera) declaración se le debe hacer saber al imputado que tiene el derecho a guardar silencio o a declarar con relación a la causa. Además, el § 136 a, StPO, prohíbe una serie de métodos de interrogatorio que ponen cuestión la libre decisión del imputado con respecto a si quiere declarar y qué es lo que quiere declarar. La “libertad de decisión voluntaria y el ejercicio de la voluntad del imputado”, de conformidad con el párrafo 1º de esta norma, “no puede ser afectado por malos tratos, cansancio, injerencias corporales, suministro de medicamentos, apremios, engaños o hipnosis”. Asimismo, “sólo puede aplicarse coerción en la medida en que esto esté autorizado por el derecho procesal penal”. Además, están prohibidas “la amenaza de medidas inadmisibles según sus normas (del derecho procesal penal) y la promesa de una ventaja no prevista legalmente”. Finalmente, “tampoco están autorizadas medidas” que afecten las facultades de la memoria o de comprensión del imputado (párrafo 2)<sup>13</sup>.

El incumplimiento de las normas mencionadas no es en modo alguno una infracción sin consecuencias de expectativas simbólicas del derecho constitucional. Por el contrario, según lo dispuesto por el § 136 a, párrafo 3, StPO, la utilización de tales métodos de interrogatorio conduce a una prohibición de valoración probatoria absoluta: “Las declaraciones producidas en infracción” a las normas mencionadas “no podrán ser valoradas”, y esto ocurre “incluso si el imputado presta su consentimiento para su valoración”. Con referencia a la vulneración del deber de información acerca del derecho a guardar silencio, no existe una afirmación legal igualmente clara, por lo cual durante largo tiempo se discutió si la omisión de hacer conocer el derecho a guardar silencio tenía consecuencias equiva-

---

<sup>11</sup> Por cierto, no en forma explícita, sino bajo el mando de un deber de información referido a ello; aun menos claro en la anterior redacción del § 136 párr. 1,2a. oración, StPO; acerca de su trasfondo, *Hahn*, Die gesamten Materialien zur Strafprozeßordnung, Bd. 1, 1880, S. 139.

<sup>12</sup> BVerfG (K) NStZ 1995, 555 = StV 1995, 505; BGHSt 32, 140 (144); 45, 363 (365); esto rige, reconocidamente, al menos respecto del silencio completo; ver al respecto, complementariamente *Roxin/Schünemann* (nota 1), p. 199 s. (§ 25 n.m. 32); diferente es el tratamiento que la jurisprudencia le da al supuesto de silencio parcial, BGHSt 20, 298 y otras referencias en *Roxin/Schünemann* (nota 1), p. 200 (§ 25 n.m. 33).

<sup>13</sup> Un panorama y casuística de los métodos de interrogatorio prohibidos en *Roxin/Schünemann* (nota 1), pp. 195 ss.

bles<sup>14</sup>. No obstante, en el ínterin, la jurisprudencia de los tribunales superiores ha reconocido también aquí una prohibición de valoración en caso de falta de conocimiento de este derecho por parte del imputado, con sustento en el reconocimiento constitucional del derecho al silencio y la importancia de hacerlo saber<sup>15</sup>; ciertas relativizaciones del derecho en caso de un acusado que cuenta con defensor<sup>16</sup> resultan polémicas<sup>17</sup>.

#### 4. Otras consecuencias: la ausencia de un deber de colaborar en la propia incriminación

Por cierto, el significado del deber del Estado de respetar la dignidad humana en el proceso penal no se agota en el reconocimiento de la prohibición de la tortura y de un derecho del imputado al silencio flanqueado por determinados deberes del tribunal y los órganos de persecución penal, como así también por la prohibición de ciertos métodos de interrogatorio<sup>18</sup>. Si se considera que como consecuencia de su calidad de sujeto, el imputado puede decidir libremente si declara, y de este modo, si colabora en su incriminación, entonces, consecuentemente, también debe quedar reservado a su autonomía si él habrá de colaborar en su incriminación de otras formas, por medio de acciones positivas. Desde mucho tiempo atrás los tribunales superiores también han sostenido esta consecuencia<sup>19</sup>.

El ejemplo más conocido al respecto se da en el ámbito de los delitos tránsito por ebriedad en el tránsito, y se refiere al caso en el que a causa de su forma llamativa de conducir, un conductor es detenido a fin de reforzar o descartar la sospecha de que no está en condiciones de conducir mediante una prueba de aliento: el conductor detenido no está obligado a soplar en la cánula, y a colaborar de este modo con su propia incriminación<sup>20</sup>. Lo mismo rige respecto de otras acciones positivas de un imputado, cuya realización jurídicamente esperable lo obligaría a colaborar con su incriminación<sup>21</sup>. Al igual que respecto del silencio, no pueden extraerse conclusiones perjudiciales para el imputado a partir de su negativa a colaborar activamente<sup>22</sup>.

Naturalmente, en estos casos el imputado deberá soportar que se adopten a su respecto medidas adecuadas para el esclarecimiento del hecho, en la medida en que éstas resulten proporcionadas; así, en el ejemplo citado, si se niega a colaborar con la prueba de aliento, deberá aceptar que se le realice una extracción de sangre, y para ello, que se lo traslade a un hospital para esa finalidad<sup>23</sup>.

---

<sup>14</sup> Una presentación de la discusión más antigua en SK-StPO/Rogall, tomo II, 4a. ed., 2010, previo al § 133 n.m. 175 y ss.

<sup>15</sup> En lo fundamental, BGHSt 38, 214 ss.

<sup>16</sup> Cf. BGHSt 38, 214 (Ls. 2 y 225 s.): en este caso necesidad de una contradicción contra la valoración “hasta el momento previsto en el § 257”, StPO.

<sup>17</sup> Críticamente con relación a las relativizaciones, SK-StPO/Rogall (nota 14), previo al § 133 n.m. 182 con referencias detalladas.

<sup>18</sup> Los deberes y prohibiciones mencionados en los §§ 136 párr. 1, 2a. oración, y 136a, según el § 163a párr. 3 y 4 StPO también rigen respecto del Ministerio Público Fiscal y los funcionarios policiales.

<sup>19</sup> BGHSt 34, 39 (45 f.); 45, 367 (368 f.); 49, 56 (58); 52, 11 ss.; der Sache nach auch BVerfGE 56, 37 (49); SK-StPO/Rogall (Nota14), Vor § 133 N.m. 142 f.

<sup>20</sup> Roxin/Schünemann (nota 1), p. 266 (§ 33 n.m. 6).

<sup>21</sup> La jurisprudencia de los tribunales superiores, en este contexto, menciona a los „tests“, reconstrucciones de hecho, cuerpos de escritura y la creación de similares medios de comparación necesarios para la realización de peritajes, al igual que “el aporte de una muestra de lenguaje científicamente avaluable”, respecto de la cual, por lo tanto, tampoco se puede inducir al imputado a engaño (BGHSt 34, 39 [46]).

<sup>22</sup> BGHSt 45, 363 (365 s.); 49, 56 (58 con otras referencias)

<sup>23</sup> Cf. § 81a párr. 1, p. 2 StPO; al respecto, SK-StPO/Rogall, tomo I, 2014, § 81a n.m. 41; Roxin/Schünemann (nota 1), p. 266 (§ 33 n.m.6).

### 5. Inadmisibilidad de medios de prueba derivados del “núcleo intangible de configuración de la vida privada”

El deber de respetar la dignidad humana del imputado no solo obliga al Estado a respetar ciertas decisiones del imputado –tal como la de no declarar o la de no colaborar con su incriminación–, y a renunciar a extraer conclusiones perjudiciales a partir de ello. Además, dicho deber excluye del proceso penal a ciertos medios de prueba. Este es el caso, por ejemplo, cuando la producción o la valoración de ciertos medios de prueba lesionarían la dignidad humana del imputado. Nuevamente, aquí el Tribunal Constitucional Federal y la jurisprudencia de los tribunales superiores consideran que esto se da cuando se trata de medios de prueba que proceden del “núcleo intangible de configuración de la vida privada”<sup>24</sup>. La distinción entre este núcleo intangible de configuración de la vida privada, ajeno a la ponderación por aplicación del artículo 1, párrafo 1, de la Ley Fundamental<sup>25</sup>, y un ámbito dentro del cual el ciudadano –por ejemplo, mediante la comunicación con otros– construye una relación social, y dentro del cual, por esa razón, el Estado puede intervenir en caso de un interés preponderante de la generalidad de conformidad con el principio de proporcionalidad, ya aparece en las tempranas decisiones del Tribunal Constitucional Federal<sup>26</sup>. Sobre la base de estos fallos constitucionales, la jurisprudencia penal ha declarado inadmisibles, por ejemplo, la valoración de notas en diarios íntimos acerca de una relación sexual (mediante las cuales se acreditaría un falso testimonio)<sup>27</sup>, o de una carta del imputado dirigida a su médico aún no enviada y referida a su estado de salud<sup>28</sup>. En el ínterin, el propio Tribunal Constitucional Federal –más allá de cierta reticencia, en el tiempo intermedio, a incluir en este ámbito a ciertas informaciones<sup>29</sup>– ha retomado y destacado con vehemencia la tesis del núcleo intangible en su decisión sobre las escuchas masivas, y sostenido la inconstitucionalidad parcial de la “Ley de intervenciones de las comunicaciones”<sup>30</sup>. Entretanto, también el ordenamiento procesal penal intenta respetar esto, mediante diversos preceptos en los que, en el marco de la vigilancia de las telecomunicaciones y la vigilancia y registro de la palabra no pública en domicilios, prevé prohibiciones probatorias con medios técnicos en diversos preceptos.

Desde el punto de vista material, de lo que se trata aquí es de una prohibición de *recolección* de la prueba, tal como cuando, ya al ordenar la medida, existen indicios de que “solo se obtendrán elementos de conocimiento a partir del núcleo de configuración de la vida privada”<sup>31</sup>, o más ampliamente, cuando la orden solo es admisible en caso de que “se presuma que mediante la vigilancia de las manifestaciones no quedarán alcanzadas aquellas que hagan al núcleo de configuración de la vida privada”<sup>32</sup>; finalmente, también cuan-

<sup>24</sup> Cf. al respecto BVerfGE 27, 344 (351); 80, 367 (373 f.); 103, 21 (23); BGHSt 31, 296 (299 f.); *Jarass/Pieroth* (nota 5), Art. 2 n.m. 62; Maunz-Dürig/*Herdegen* (nota 5), art. 1 n.m. 90 y ss.; SK-StPO/*Wolter*, Loseblattausgabe, previo al § 151 n.m. 25 ss.; *Roxin/Schünemann* (nota 1); pp. 184 s. (§ 24 n.m. 55 ss.).

<sup>25</sup> BVerfGE 34, 238 (245); 80, 367 (373): “no corresponde una ponderación conforme el principio de proporcionalidad”; al respecto, en parte, críticamente, Maunz-Dürig/*Herdegen* (nota 5), art. 1 n.m. 90 ss.

<sup>26</sup> Cf. p.ej. BVerfGE 6, 32 (41); 6, 389 (433); 27, 344 (350 s.); 32, 373 (378 s.); 34, 238 (245); 54, 143 (146).

<sup>27</sup> BGHSt 19, 325.

<sup>28</sup> BayObLG NStZ 192, 556.

<sup>29</sup> Así, por ejemplo, en la decisión en BVerfGE 80, 367; vid. también BVerfG StraFo 2008, 421.

<sup>30</sup> Cf. BVerfGE 109, 279; v. también BVerfGE 113, 348 (390 ss.) con respecto a la nulidad de las regulaciones de la Ley de Baja Sajonia de Seguridad y orden públicos, para la vigilancia preventiva de las telecomunicaciones.

<sup>31</sup> Tal el precepto del § 100a párr. 4 1ª. oración, StPO (Vigilancia de las telecomunicaciones).

<sup>32</sup> Así, el § 100c párr. 4 1ª. oración, StPO (Escucha y registro de la palabra no pública en un domicilio).

do se dispone que la medida “deberá ser interrumpida inmediatamente” cuando existan indicios de que queden alcanzados estos contenidos<sup>33</sup>. Asimismo, el núcleo de configuración de la vida privada es protegido por medio de prohibiciones de *valoración* probatoria que prohíben la valoración de tales contenidos cuando estos, de todos modos, hubieran sido captados por descuido (o admisiblemente)<sup>34</sup>. Esto último también rige, más allá de las medidas mencionadas (vigilancia de las telecomunicaciones, intervención y registro de conversaciones en domicilios) cuando los órganos de persecución penal hayan obtenido ciertas informaciones pertenecientes al núcleo de configuración de la vida privada sin una medida de recolección de prueba dirigida a ello; por ejemplo, mediante la remisión de un diario del imputado por parte de terceros<sup>35</sup>.

Naturalmente, la importancia de las prohibiciones probatorias derivadas de la dignidad humana reseñadas depende de la capacidad de concreción del concepto de “núcleo intangible de la configuración de la vida privada”. En esa medida, no se pueden dejar de mencionar ciertas imprecisiones, oscilaciones y diferencias de opinión en la jurisprudencia; en este sentido, su desarrollo todavía está en curso<sup>36</sup>.

### **III. La sujeción del proceso penal a los derechos fundamentales generales: protección de los derechos de defensa del imputado**

Mucho más más claro –al menos, en lo fundamental– que el grupo de problemas ya tratado es aquello que puede ser caracterizado como la problemática tradicional de los derechos fundamentales en el proceso penal.

#### *1. El campo temático: medidas que el imputado no puede eludir, en particular, medidas de coerción*

Esta problemática se torna especialmente relevante cuando el imputado se niega a declarar o a colaborar mediante acciones positivas en el esclarecimiento de la verdad. Por cierto, el derecho procesal penal actual respeta esta decisión, y asume la posición de sujeto del imputado en línea con lo establecido por el artículo 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental. Pero, naturalmente, mediante ese comportamiento, el imputado no puede impedir la realización del proceso penal (que resulta de interés público) y el esclarecimiento del hecho que se le atribuye. Antes bien, él debe asumir que, frente a esa situación, habrá de tener lugar un proceso penal a pesar de su voluntad en sentido contrario, y que se realizarán medidas de investigación y de esclarecimiento también en contra de su voluntad, y en su caso, también coactivamente (mediante las llamadas medidas de coerción).

Por cierto, tales medidas no son irrestrictas, sino que solo pueden ser ejecutadas dentro de ciertos límites. Pues todas ellas afectan derechos fundamentales, y por ello, solo pueden ser legitimadas en la medida en que se ajusten a las valoraciones de la Ley Fundamental con respecto a las injerencias en derechos fundamentales.

#### *2. Los derechos fundamentales afectados por las medidas de coerción*

---

<sup>33</sup> Así, según el § 100 c párr. 5 S. 1 StPO.

<sup>34</sup> Así, el § 100 a párr. 4 2ª. y 3ª. oración como así también el § 100c párr. 5 2ª. y 3ª. oración, StPO.

<sup>35</sup> Como en el caso registrado en BGHSt 19, 325 ss.; ver también BGHSt 14, 358 ss.

<sup>36</sup> Cf. *Roxin/Schünemann* (Nota 1), p. 185 (§ 24 n.m. 56 s.); *Roxin*, *Wolter-Festschrift*, 2013, pp. 1057 ss., con otras referencias.

En principio, ya el inicio y la continuación de un proceso penal afectan los derechos fundamentales del imputado<sup>37</sup>; ello le impide su libre desarrollo y perjudica su derecho general a la personalidad, y de este modo, se afecta el artículo 2, párrafo 1º, (en su caso, en su relación con el artículo 1º) de la Ley Fundamental. También constituyen injerencias en la libertad de desarrollo las citaciones y el deber de comparecer a ellas, aun cuando el imputado al declarar en la causa haga uso de su derecho a negarse.

Si se adoptan medidas de coerción en contra del imputado en sentido técnico, ello, por lo general, implicará otras injerencias en derechos fundamentales: la detención del imputado y la orden y ejecución de prisión preventiva para evitar la fuga (o el entorpecimiento de la causa) afectan (además) el derecho a la libertad (ambulatoria) según el artículo 2, párrafo 2, 2ª. oración de la Ley Fundamental; el registro domiciliario para encontrar al imputado u otros elementos de prueba produce una injerencia en la inviolabilidad del domicilio garantizada por el artículo 13 de la Ley Fundamental; si se produce el secuestro de cosas del imputado, también se ve afectado el derecho de propiedad según el artículo 14 de la Ley Fundamental; si los objetos secuestrados son misivas que se encuentran en custodia de los servicios de correo, se vulnera (además) el secreto epistolar, postal y de las telecomunicaciones según el artículo 10, de la Ley Fundamental; lo mismo rige cuando para la investigación del hecho se ordena la intervención de las comunicaciones del imputado; la escucha y registro por medios técnicos de la palabra hablada no en público produce una injerencia en el ámbito de privacidad protegido en los derechos fundamentales y el derecho al libre desarrollo, y se encuentra en una tensión evidente con la garantía de la inviolabilidad del domicilio del artículo 13 de la Ley Fundamental.

No parece necesario continuar con esta enumeración. Los ejemplos mencionados muestran en forma más que suficiente que todas las medidas de coerción previstas en el proceso penal, en general, afectan varios derechos fundamentales. Resulta claro que tales injerencias solo pueden ser justificadas bajo presupuestos muy particulares.

### *3. La reserva de ley*

En todos los casos, resulta ineludible que la injerencia tenga sustento legal. Aquellas injerencias que no pueden ser apoyadas en una ley, ya por ello, son inconstitucionales<sup>38</sup>. Sin embargo, la existencia de una ley en la que pueda apoyarse la injerencia no basta. Pues, dado que el propio legislador está sujeto a la Constitución, y según el artículo 1º, párrafo 3º, de la Ley Fundamental, debe respetar el catálogo de derechos fundamentales, también la ley debe cumplir ciertas condiciones. Si estas no se cumplen, es muy posible que la ley sea inconstitucional y que esta inconstitucionalidad también alcance a los fundamentos de la injerencia misma.

### *4. Presupuestos específicos de las injerencias en derechos fundamentales*

Los presupuestos que debe satisfacer una ley acorde con la Constitución, en el caso de algunos derechos fundamentales, se derivan ya de los presupuestos especialmente previstos en forma expresa en la previsión constitucional para las injerencias en esos derechos fun-

---

<sup>37</sup> El punto de conexión de una discusión que gira en torno de si ya en contra del inicio de un proceso penal corresponde la protección del derecho; cf. acerca de esta problemática, BVerfG NStZ 2004, 447; *Roxin/Schiinemann* (nota 1), p. 231 s. (§ 29 n.m. 12); SK-StPO/*Wohlers/Deiters*, tomo III, 5ª. ed. 2016, § 160 n.m. 75–80.

<sup>38</sup> Cf. por todos *Jarass/Pieroth* (nota 5), Art. 20 n.m. 47, 49; Maunz-Dürig/*Grzeszick*, Grundgesetz, 77. EL 2016, art. 20 GG párr. 3, n.m. 81 ss., 90, con otras referencias.

damentales. Ejemplos de esto lo constituye la garantía de la inviolabilidad del domicilio, afectados (en el proceso penal) especialmente por registros y escuchas, así como el derecho a la libertad, afectado por la aprehensión, detención y prisión preventiva de una persona.

Así, para los registros domiciliarios ya la propia Constitución prevé que, por regla general, se requiere orden judicial, y solo excepcionalmente, en caso de riesgo en la demora, ellos pueden ser ordenados por otros órganos establecidos legalmente y solo en la forma legalmente prevista (artículo 13, párrafo 2, Ley Fundamental). De acuerdo con el artículo 13, párrafo 3, de la Ley Fundamental, solo bajo presupuestos formalmente mucho más estrechos y materialmente más estrictos (tales como la sospecha de delitos especialmente graves) resulta constitucionalmente admisible ordenar la vigilancia acústica a través de medios técnicos. Las leyes que no satisfacen estos presupuestos o que no resultan compatibles con otras garantías constitucionales (por ejemplo, la intangibilidad de un ámbito de privacidad<sup>39</sup>), son inconstitucionales, al igual que las órdenes que se apoyen en ellas.

Aún más detallados son los presupuestos previstos en el plano constitucional que deben cumplirse para las privaciones de libertad, tanto por el legislador como por el Poder Ejecutivo y el Judicial. Al respecto, con apoyo en la experiencia histórica, especialmente el artículo 104 de la Ley Fundamental regula en forma muy detallada cuáles son los estrechos límites temporales dentro de los cuales es admisible una detención sin orden judicial y cuáles son las formalidades que deben cumplirse en interés del imputado en el caso de una detención de estas características.

##### *5. Presupuestos generales: proporcionalidad de la injerencia en sentido amplio*

Sin embargo, aun cuando el derecho fundamental alcanzado por la injerencia no tenga previstos presupuestos especiales para su afectación, el legislador y el aplicador del derecho no son libres para autorizar o disponer estas injerencias. Antes bien, también aquí de la propia Constitución surgen límites vinculantes en forma general para el legislador y el juez.

El Tribunal Constitucional Federal deriva del canon de los derechos fundamentales en su relación con el principio del estado de derecho, desde hace décadas, un catálogo general de criterios para la admisibilidad de injerencias en los derechos fundamentales, los cuales, por lo general, son sintetizados bajo el concepto de proporcionalidad en sentido amplio<sup>40</sup>. Este catálogo resulta vinculante por igual tanto para el legislador como para el juez. De acuerdo con esto, las injerencias en los derechos fundamentales solo pueden ser previstas, admitidas o dispuestas cuando sirven a un fin constitucionalmente legítimo, y ellas resultan adecuadas, necesarias y proporcionales para alcanzarlo<sup>41</sup>. Esto último significa que la injerencia prevista para la persecución de la finalidad no debe estar fuera de toda relación con respecto a los beneficios que pueden ser alcanzados con la injerencia<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> Cf. al respecto, BVerfGE 109, 279 (324).

<sup>40</sup> Cf. por ejemplo BVerfGE 19, 342 (348 f.); 61, 126 (134); 76, 1 (50 f.); 77, 308 (334); 80, 109 (120); 108, 129 (136); 111, 54 (82); complementariamente, *Jarass/Pieroth* (Nota 5), art. 20 n.m. 80 ss.; Maunz-Dürig/*Grzeszick* (nota 38), art. 20 Párr. 3 n.m. 107 ss.; *Frisch* NSTZ 2013, 249 ss.

<sup>41</sup> Con relación a estos tres requisitos parciales del principio de proporcionalidad, cf. BVerfGE 65, 1 (54); 67, 157 (173); 70, 278 (286); 104, 337 (347 ss.); *Jarass/Pieroth* (Nota 5), art. 20 n.m. 83 ss.; Maunz-Dürig/*Grzeszick* (nota 38), art. 20 párr. 3 n.m. 108 f., 110 ss., con otras referencias.

<sup>42</sup> Cf. BVerfGE 104, 327 (349); 113, 167 (260); caracterizado con frecuencia como “prohibición de exceso”; cf., por ej. BVerfGE 90, 145 (173); 105, 17 (36); 113, 29 (54, 57); complementariamente, cf. *Jarass/Pieroth* (nota 5), art. 20 n.m. 86 y Maunz-Dürig/*Grzeszick* (nota 38), art. 20 párr. 3 n.m. 117 ss.

Como es natural, justamente este criterio de proporcionalidad en sentido estricto, mencionado en último término, no es demasiado preciso<sup>43</sup>. De allí que el legislador deba especificar los presupuestos para el dictado de las medidas de coerción, en especial, respecto de aquellas fuertemente invasivas, a fin de evitar injerencias no legitimables como así también, para asegurar la igualdad ante la ley<sup>44</sup>. Dado que la proporcionalidad o desproporción de la injerencia depende, en lo fundamental, de la gravedad del delito, respecto de injerencias graves en los derechos fundamentales, esto también puede ocurrir por medio de la enumeración legal de los delitos que justifican el dictado de ciertas medidas, o bien, a la inversa, estableciendo de antemano, respecto de ciertas medidas, que algunos delitos no son suficientes para ordenarlas. Ambas técnicas coexisten en el derecho vigente; la primera es la que aparece en la vigilancia de las telecomunicaciones<sup>45</sup> y la vigilancia acústica de domicilios<sup>46</sup>, y la segunda, para el alojamiento en prisión preventiva<sup>47</sup>. Sin embargo, el derecho procesal penal también conoce una serie de medidas respecto de las cuales no se establecen estas precisiones, y el control de proporcionalidad queda totalmente en manos del juez.

#### *6. La implementación de criterios de protección mediante vías recursivas y el recurso de inconstitucionalidad*

Las exigencias precedentemente expuestas con respecto a las leyes que autorizan medidas de coerción y su dictado por los jueces o los órganos de persecución penal en modo alguno constituyen meras cláusulas programáticas no vinculantes. Tal como lo ha destacado el Tribunal Constitucional Federal en numerosas oportunidades, ellas son derecho constitucional obligatorio, y en reiteradas ocasiones han conducido a la declaración de inconstitucionalidad parcial de las leyes. Las órdenes judiciales que se oponen a los principios mencionados son revocadas –a más tardar– por el Tribunal Constitucional Federal. Frente a aquellas decisiones que considera incompatibles con la Constitución, el imputado cuenta con vías recursivas, y luego del agotamiento de los recursos ante los tribunales penales, puede deducir recurso de inconstitucionalidad<sup>48</sup>.

La principal vía recursiva penal de la que dispone el imputado para la impugnación de medidas de coerción consideradas contrarias a la Constitución es el recurso de inconstitucionalidad. Según la jurisprudencia constitucional más reciente, por este medio el imputado puede alegar la inconstitucionalidad también en caso de que la medida ya haya cesado; los intentos de los tribunales en la materia de denegar la protección jurídica en estos casos, mediante lo que se conoce como insubsistencia del agravio, han sido declarados inconstitucionales por resultar incompatibles con la garantía de tutela judicial efectiva del artículo 19, párrafo 4° de la Ley Fundamental por constituir una “desnaturalización de las vías recursivas existentes”<sup>49</sup>.

---

<sup>43</sup> Con razón, Maunz-Dürig/*Grzeszick* (nota 38), art. 20 párr. 3 n.m. 118 con otras referencias críticas.

<sup>44</sup> Así, con referencia a las órdenes de intervención de las telecomunicaciones, p.ej., BVerfGE 113, 348 (375 s.) n.m. 117 ss.

<sup>45</sup> En esa medida, el catálogo del § 100a párr. 2 StPO.

<sup>46</sup> Cf. § 100c párr. 2 StPO.

<sup>47</sup> Cf. § 113 párr. 1 StPO.

<sup>48</sup> En razón de las particularidades y las reglas de admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad. Cf. SK-StPO/*Frisch*, tomo VI, 5ª. ed., 2016, nota previa a los §§ 296 ss. n.m. 22 ss., 41 ss.

<sup>49</sup> Fundamentalmente, BVerfGE 96, 27 ss.; a causa de las particularidades, cf. SK-StPO/*Frisch* (nota 48), nota previa a los §§ 296 ss. n.m. 13 ss., 17 ss. y § 304 n.m. 54 ss.

Por el contrario, la impugnación de una decisión en contra del imputado por inconstitucionalidad de una medida de coerción dispuesta en su perjuicio solo entra en consideración si como consecuencia de ella se obtuvieron elementos de prueba que no podían ser valorados en la sentencia. Según la jurisprudencia de los tribunales superiores, esto no sucede frente a cualquier vulneración de la prohibición de producción de prueba (por infringir los presupuestos para el dictado de la medida de coerción). Antes bien, la jurisprudencia penal y la doctrina dominante, sobre la base de la doctrina de la ponderación, limitan estas prohibiciones de valoración de pruebas<sup>50</sup> a un grupo más reducido de infracciones especialmente graves (cuya concreción, por cierto, es otro tema, y no podría ser tratado aquí)<sup>51</sup>.

#### *7. La traslación de los derechos constitucionales generales a las garantías constitucionales en el proceso en particular*

La sujeción a los derechos fundamentales en el proceso penal (respecto del legislador y los jueces) descriptas hasta aquí derivan de garantías generales, cuya vigencia va más allá del proceso penal, o bien, de cualquier procedimiento judicial; en todo caso, en el proceso penal ellas se consolidan bajo la forma de ciertos derechos en particular (mediante la inclusión del derecho a ser protegido, como objeto del proceso, de lesiones a derechos fundamentales no legitimables). Esta concreción de garantías y derechos fundamentales generales en el proceso penal no agota su contenido constitucional y la protección de los derechos fundamentales del imputado. Con relación al contenido de derechos fundamentales del proceso penal también tienen una gran importancia ciertos derechos procesales especiales contenidos ya en la Constitución alemana misma. Junto a ellos, aparece un derecho del imputado delineado específicamente respecto del proceso penal, y que en las últimas décadas se ha ido desarrollando en la jurisprudencia constitucional a partir de derechos fundamentales generales y del principio del estado de derecho, y que no solo resulta vinculante como fundamento común de los derechos específicos ya mencionados, sino que, en parte, se ha convertido en un motor para nuevos desarrollos jurídicos.

#### **IV. Derechos fundamentales procesales, en particular, el derecho a ser oído**

Los derechos fundamentales no solo están contenidos en su primer apartado, bajo el título de “Derechos fundamentales”. También el artículo 92 y siguientes, en el apartado “El Poder Judicial” contiene derechos fundamentales, cuyo contenido se refiere a –ciertos– procedimientos; en general, ellos son caracterizados como derechos procesales fundamentales. Entran en esta categoría las ya referidas “Garantías judiciales en caso de privación de la libertad” (art. 104, GG). La siguiente exposición se limitará al derecho fundamental a ser oído ante el juez (art. 103, párr. 1, GG), mientras que la prohibición de ser penado más de una vez por el mismo hecho quedará aquí fuera de consideración.

---

<sup>50</sup> Cf. al respecto, de a jurisprudencia reciente del tribunal Supremo Federal, BGHSt 54, 69 (87 n.m. 47 con referencias a la jurisprudencia más antigua): gravedad de la infracción procesal en discusión (prohibición de valoración probatoria como excepción); 58, 84 (96 f.); de la doctrina, esp. *Rogall* ZStW 91 (1979), 1 (5 ss., 22 ss., 33 ss.); *idem* JZ 1996, 944, 947 s.; críticamente al respecto, *Roxin/Schünemann* (Nota 1), S. 173 f. (§ 24 N.m. 30); *Wolter*, BGH-Festgabe aus der Wissenschaft, 2000, tomo. 4, pp. 101 ss.; no cuestionado constitucionalmente en BVerfG StV 2002, 113; StV 2008, 1 (4); reforzado en BVerfG NJW 2009, 3225; 2011, 2417; BVerfGE 130, 1 (29 ss.).

<sup>51</sup> Siehe dazu das Referat (den Beitrag) von ■ (in diesem Band).

### 1. La relación del derecho fundamental a otras garantías constitucionales: derecho de defensa y a ser parte.

El derecho a ser oído ante los tribunales ha sido reiteradamente caracterizado –también por el Tribunal Constitucional Federal– como un “derecho procesal ancestral”<sup>52</sup>. Este derecho se encuentra estrechamente vinculado con el principio del estado de derecho<sup>53</sup>, en la medida en que su reconocimiento institucional tiende a asegurar presupuestos para la corrección de las decisiones y el proceso equitativo<sup>54</sup>. Pero también resulta evidente cierta proximidad con la garantía ya tratada de la dignidad humana<sup>55</sup>: el individuo no debe ser convertido en objeto de la decisión, sino que debe ser tratado como sujeto<sup>56</sup>. Ahora bien, mientras que en el artículo 1, párrafo 1, de la Ley Fundamental, y en su concreción en el proceso penal, de lo que se trata es de evitarle al imputado la exigencia (degradación) de tener que participar activamente en su incriminación<sup>57</sup>, el artículo 103, párrafo 1, de la Ley Fundamental, apunta a “permitirle la palabra, antes de una decisión que haga a sus derechos”, al afectado por ésta, y de este modo, naturalmente, también al imputado, “a fin de permitirle, en su calidad de sujeto, poder influir en el proceso y su resultado”<sup>58</sup>. De esta forma, esta norma no solo contiene una protección del derecho de defensa (del afectado por una decisión), sino también un derecho a ser parte y a tomar intervención activa en el proceso<sup>59</sup>.

### 2. Las garantías contenidas en el derecho a ser oído.

En su aspecto material, el derecho a ser oído le garantiza al imputado el poder manifestarse con relación a la causa antes del dictado de una decisión judicial. A fin de que pueda hacer ejercicio efectivo de este derecho, debe estar debidamente informado de los contenidos del proceso que resultan relevantes para la decisión. Consecuentemente, se reconoce que el derecho a ser oído presupone un derecho a ser informado acerca de la materia del proceso<sup>60</sup>. Por ello, antes de tomar una decisión, el tribunal tiene el deber de informarle al imputado, o bien, darle oportunidad de informarse –por ejemplo, mediante vista de las actuaciones– cuál es la materia relevante para el dictado de la sentencia<sup>61</sup>, y en particular, lo atinente a la base fáctica relevante para el fallo (y en casos excepcionales, también las cuestiones jurídicas<sup>62</sup>), y darle ocasión de tomar posición al respecto. Por lo tanto, el imputado tiene la posibilidad de manifestarse no solo con respecto a los aspectos fácticos (por ejemplo, negando los hechos, mediante la alegación de otros hechos o invocando pruebas, etc.), sino

<sup>52</sup> BVerfGE 55, 1 (6); 61, 14 (17); 70, 180 (188); 107, 395 (408); Jarass/Pieroith (Nota 5), art. 103 n.m. 1; Maunz-Dürig/Schmidt-Aßmann, Grundgesetz, 77. EL 2016, art. 103 párr. 1 n.m. 1.

<sup>53</sup> BVerfGE 107, 395 (407); Jarass/Pieroith (Nota 5), art. 103, n.m. 1.

<sup>54</sup> Con respecto a esta relación (con referencias de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal) Maunz-Dürig/Schmidt-Aßmann (nota 52), art. 103 n.m. 9.

<sup>55</sup> Destacado también en BVerfGE 55, 1 (6); 63, 332 (337); BGHZ 118, 312 (321).

<sup>56</sup> BVerfGE 9, 89 (95); 39, 156 (168); 74, 220 (224); 107, 395 (409); Jarass/Pieroith (nota 5), art. 103 n.m. 1.

<sup>57</sup> Ver al respecto *supra* II.2

<sup>58</sup> BVerfGE 107, 395 (409).

<sup>59</sup> Jarass/Pieroith (nota 5), art. 103 n.m. 1; Maunz-Dürig/Schmidt-Aßmann (nota 52), art. 103 n.m. 80.

<sup>60</sup> Jarass/Pieroith (nota 5), art. 103 n.m. 11 ss.; Maunz-Dürig/Schmidt-Aßmann (nota 52), art. 103 n.m. 70 ss.; cf. también BVerfGE 67, 154 (155); además, BVerfGE 49, 325 (338); 55, 95 (99); BVerfGE (K) NJW 1990, 2374 s.

<sup>61</sup> Con respecto a la cuestión de qué es lo que aquí corresponde desde una perspectiva constitucional, cf. la reseña en Jarass/Pieroith (nota 5), art. 103 n.m. 12 s.; Jarass/Pieroith (nota 5), Art. 103 n.m. 1; Maunz-Dürig/Schmidt-Aßmann (nota 52), art. 103 n.m. 73 ss.

<sup>62</sup> Con respecto a la cuestión relativa a cuándo esto es obligatorio, p.ej., BVerfGE 86, 133 (145); Jarass/Pieroith (nota 5), Art. 103 n.m. 16 s.; Maunz-Dürig/Schmidt-Aßmann (nota 52), art. 103 n.m. 78, 140.

también en lo que atañe al derecho<sup>63</sup>. Si no se le da esta oportunidad, se vulnera su derecho a ser oído –no así si decide no hacer uso de este derecho<sup>64</sup>–; la única excepción son aquellos casos en los que la audiencia previa pudiera poner en peligro el objeto de una medida judicial<sup>65</sup>.

Por cierto, el derecho a ser oído no garantiza solamente deberes de información por parte del tribunal y que éste le brinde al imputado la posibilidad de manifestarse con respecto a los hechos y el derecho antes de adoptar una decisión. El derecho a ser oído también incluye el derecho a que el tribunal tome efectivamente en consideración lo alegado, y en su caso, que le dé tratamiento en el marco de su decisión<sup>66</sup>. No obstante, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, desde este punto de vista, el derecho a ser oído solo se encontrará vulnerado cuando existan elementos que revelen que, en el caso concreto, resulta evidente que las alegaciones efectivamente realizadas por el imputado fueron omitidas<sup>67</sup> o no fueron ponderadas<sup>68</sup> en la decisión.

### *3. Manifestaciones características del derecho en la Ordenanza Procesal Penal*

Al igual que lo que sucede con relación al respeto de la dignidad humana, el ordenamiento procesal penal alemán también asegura en una serie de disposiciones el derecho a ser oído en ciertos contextos, si bien la ley, en parte, va más allá de la garantía constitucional (por ejemplo, en el § 163 a, StPO, en el que se garantiza el derecho a ser oído también frente al Ministerio Público Fiscal<sup>69</sup>).

Una primera concreción importante se encuentra en el marco de las normas generales de la Ordenanza Procesal Penal, en cuyo § 33, párrafo 1, se establece que solo se podrá tomar una decisión en el transcurso del procedimiento principal luego de escuchar a las partes (por lo tanto, también al imputado), y el párrafo 3 de esta norma ordena que se debe escuchar al imputado (al igual que a las demás partes) al resolver fuera de la audiencia principal, antes de valorar en su perjuicio hechos o elementos de prueba respecto de los cuales no haya sido escuchado.

Otras concreciones del derecho a ser oído se encuentran en el marco de decisiones judiciales importantes, como por ejemplo en relación con el control de la detención (§§115, 118, 128, StPO) o la decisión de apertura del procedimiento principal, que presupone que el presidente del tribunal le haya dado previamente al imputado la oportunidad de manifestarse acerca del escrito de acusación puesto en su conocimiento (§201 párr. 1, StPO).

Durante la audiencia de juicio en primera instancia, el derecho a ser oído está garantizado, en primer lugar, mediante el § 243, párrafos 2 y 5 (declaración sobre la persona y sobre el hecho en caso de que el imputado esté dispuesto), al ser interrogado acerca de si tiene algo que declarar con respecto a la recolección de elementos prueba en particular (§

---

<sup>63</sup> BVerfGE 12, 110; 63, 175 (210); 64, 135 (143); Maunz-Dürig/Schmidt-Aßmann (nota 52), art. 103 párr. 1 n.m. 85–89 con otras referencias.

<sup>64</sup> BVerfGE 15, 256 (267 f.); 74, 220 (225); Jarass/Pieroth (nota 5), art. 103 n.m. 21.

<sup>65</sup> BVerfGE 18, 399 (404); 57, 346 (358 s.); Jarass/Pieroth (nota 5), art. 103 n.m. 22.

<sup>66</sup> BVerfGE 83, 24 (35); BVerfG (K) NJW 1995, 2096; Jarass/Pieroth (nota 5), art. 103 n.m. 23 ss. con otras referencias

<sup>67</sup> Cf. p.ej. BVerfG (K) NJW 1997, 726 f.; BVerfG NJW 2000, 131.

<sup>68</sup> BVerfGE 65, 293 (295 s.); 87, 363 (392 s.); 96, 205 (216 s.); con respecto a la cuestión relativa a cuándo se dan circunstancias especiales, cf. BVerfGE 86, 133 (145 s.) y Jarass/Pieroth (nota 5), art. 103 n.m. 23 con otras referencias.

<sup>69</sup> Al respecto, p.ej., Kempf, DAV-Festschrift, 2009, pp. 592 ss.

257, StPO), deberes de información (p.ej., el § 265, StPO) y los respectivos derechos del imputado a formular peticiones, y finalmente, por medio de la concesión de la última palabra al acusado (§ 258, StPO).

Otras disposiciones específicas, que ponen en práctica y concretan la garantía constitucional, se encuentran en los preceptos relativos al procedimiento recursivo, tales como el § 308, párrafo 1, StPO, respecto de la queja<sup>70</sup>, en el § 324, párrafo 2, StPO, respecto del interrogatorio, y en los §§ 350 y 351, párrafo 2, StPO, respecto del recurso de casación.

#### *4. Las vías recursivas en caso de vulneraciones del derecho*

Las lesiones al derecho a ser oído pueden ser alegadas por medio de los recursos de derecho penal (en caso de decisiones impugnables autónomamente mediante la queja, o sino, por vía de casación); luego del agotamiento infructuoso de la vía ordinaria, ellas también habilitan el recurso de inconstitucionalidad (si bien únicamente en tanto pueda ser invocada una afectación constitucional específica, y no en la medida en que se trate de la vulneración de normas vinculadas al derecho común de rango meramente legal que vayan más allá de la garantía constitucional)<sup>71</sup>.

Los recursos de casación contra la sentencia por afectación de las normas vinculadas con el derecho a ser oído son admitidos cuando la sentencia se apoya en la lesión en cuestión (§ 337, StPO)<sup>72</sup> o cuando la lesión se produce por una decisión del tribunal que restringió el derecho en un punto esencial para la decisión del tribunal (§ 338 n° 8, StPO).

Cuando el tribunal ha vulnerado el derecho a ser oído de una de las partes (esto es, también respecto del imputado) en forma relevante para la decisión en una resolución que (ya) no es impugnable por vía de recurso (por ejemplo, la decisión sobre la queja o el recurso de casación) se da una situación particular. En estos casos, a fin de evitar una sobrecarga del Tribunal Constitucional Federal con recursos de inconstitucionalidad (en sí admisibles en razón del agotamiento de la vía ordinaria), la Ordenanza Procesal Penal prevé ciertos remedios especiales: con ese alcance, de oficio o a pedido de parte, el tribunal debe retrotraer las actuaciones al estado anterior al dictado de la decisión (§§ 33<sup>a</sup>, 356<sup>a</sup> StPO), y escuchar a la parte antes de dictar una nueva decisión<sup>73</sup>.

## **V. El derecho (fundamental) a un proceso equitativo**

Una exposición acerca de la garantía y protección de los derechos fundamentales del imputado en el proceso penal no estaría completa si, en el final, no se mencionara también otro importante derecho: el derecho del imputado a un proceso equitativo.

### *1. Fundamento y contenido constitucional básicos del derecho*

Este derecho no está expresamente reconocido en la Ley Fundamental, si bien él sí aparece en forma expresa en el artículo 6, párrafo 1, del Convenio Europeo de Derechos Humanos,

---

<sup>70</sup> Acerca de la relación exacta de esta norma, así como del § 311a con el art. 103 párr. 1 GG, cf. SK-StPO/*Frisch* (nota 48), § 308 n.m. 6 ss. y § 311a n.m. 3 ss.

<sup>71</sup> En detalle, al respecto, BVerfGE 70, 288 (294); 72, 119 (121); 75, 302 (312 ss.); Jarass/*Pieroth* (nota 5), art. 103 n.m. 10, 29 s.

<sup>72</sup> Esto es lo que sucede, especialmente en el caso de lesión del derecho del imputado a la última palabra, cf. SK-StPO/*Frisch*, tomo VII, 4a. ed. 2014, § 337 n.m. 191.

<sup>73</sup> Con más detalle al respecto los comentarios de los §§ 33a y 356a StPO, p.ej. SK-StPO/*Weßlau*, tomo I, 2014 y SK-StPO/*Wohlers*, tomo VII, 4ª. ed. 2014; críticamente, en parte, con respecto a estos preceptos, *Eschelbach/Geipel/Weiler*, StV 2010, 325 ss.

el cual tiene en Alemania, luego de su transformación, rango de ley federal (simple)<sup>74</sup>. Sin embargo, en las últimas décadas, el Tribunal Constitucional Federal ha ido desarrollando este derecho del imputado a un proceso equitativo por vía de interpretación, a partir de otras consagraciones de este derecho ya existentes, y esto ha sido ratificado en numerosos fallos<sup>75</sup>.

Este derecho puede ser apoyado, por un lado, en el reconocimiento de los derechos fundamentales (aquí, especialmente, el artículo 2, párrafos 1 y 2, 2ª. oración, de la Ley Fundamental), en el componente de justicia del principio del estado de derecho (artículo 20 párrafo 3 de la Ley Fundamental)<sup>76</sup>, y el postulado que de ello deriva con relación a un procedimiento de derecho que respete estos derechos (incluido el derecho al libre desarrollo de la persona). Por otro lado, en la fundamentación y determinación del contenido del derecho a un proceso equitativo también deben incorporarse la garantía de la autonomía de la persona (artículo 1, párrafo 1, de la Ley Fundamental) y la posición de sujeto que de ella resulta también respecto del imputado en el proceso penal, al igual que el reconocimiento con rango constitucional de derechos procesales de intervención (especialmente, bajo la forma del derecho a ser oído [artículo 103, párrafo 1, Ley Fundamental], pero también artículo 2 párrafo 1, Ley Fundamental)<sup>77</sup>. Ellos ponen de manifiesto que el derecho a un proceso equitativo solo se corresponde con un proceso que otorga al imputado adecuados derechos a tomar parte en el proceso, y que, por su calidad de sujeto procesal, se le abre la posibilidad de influir sobre la decisión a ser adoptada por el tribunal<sup>78</sup>. Para decirlo con las palabras del Tribunal Constitucional Federal: el mandato de un proceso equitativo “presupone la existencia de un mínimo de facultades procesales para el acusado”<sup>79</sup>.

Como surge ya de estas derivaciones, el derecho del imputado a un proceso equitativo no es solamente un simple derecho procesal, sino un derecho fundamental del imputado y una garantía constitucional<sup>80</sup>.

## *2. La relación entre el derecho a un proceso equitativo y las regulaciones de la Ordenanza Procesal Penal que le posibilitan tomar parte en el proceso*

En lo que se refiere a los contenidos de este derecho a un proceso equitativo, éstos no necesitan una nueva reformulación amplia; por el contrario, justamente ciertos desarrollos recientes resultan objetables por su tosquedad naturalista, como por ejemplo, en lo que hace al lema de la “igualdad de armas”<sup>81</sup>. Aquello que hace justo a un procedimiento penal, esto es, que trate (también) al imputado de forma justa y lo tome en consideración en

<sup>74</sup> También reconocido en el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10/12/1948.

<sup>75</sup> Cf. p.ej. BVerfGE 63, 380 (390); 70, 297 (308); 109, 38 (60); BGHSt 50, 40 (48); Jarass/Pieroth (nota 5), art. 103, n.m. 98 s.; Maunz-Dürig/Di Fabio, Grundgesetz, 77. EL, 2016, art. 2 párr. 1 n.m. 72 ss.; Roxin/Schünemann (nota 1); pp. 68 ss. (§ 11 n.m. 4 ss.).

<sup>76</sup> Con respecto a este trasfondo, p.ej. Jarass/Pieroth (nota 5), art. 103 n.m. 98; Maunz-Dürig/Di Fabio (nota 75), art. 2 párr. 1 n.m. 72 s.

<sup>77</sup> Cf. BVerfGE 41, 246 (249); 54, 100 (116); 63, 332 (337 s.); Jarass/Pieroth (nota 5), art. 20 n.m. 98.

<sup>78</sup> BVerfGE 65, 171 (174 f.); 66, 313 (318); 110, 226 (253); Jarass/Pieroth (nota 5), art. 20 n.m. 98 con otras referencias.

<sup>79</sup> BVerfGE 57, 250 (275); Jarass/Pieroth (nota 5), art. 20 n.m. 98.

<sup>80</sup> Maunz-Dürig/Di Fabio (Nota 75), art. 2 párr. 1 n.m. 73: Derecho fundamental procesal

<sup>81</sup> Como derivado del mandato de un proceso equitativo, el Tribunal Constitucional Federal reiteradamente ha exigido la “igualdad de armas” entre el Ministerio Público Fiscal y el imputado; cf. p.ej. BVerfGE 63, 45 (61); 110, 226 (253); al respecto, p.ej. Maurer, BVerfGE-Festschrift, 2001, tomo 2, pp. 499 ss.; al respecto, en parte, críticamente, Maunz-Dürig/Di Fabio (nota 75), art. 2 Párr. 1 n.m. 72; Roxin/Schünemann (nota 1), p. 69 (§ 11 n.m. 7), quienes prefieren la noción de “equilibrio procesal”.

el momento de la búsqueda de una decisión sobre la posición jurídica del imputado, se halla en el Derecho procesal alemán en su mayor parte en las instituciones preexistentes y en las regulaciones que tienden a garantizar una decisión justa por medio de la participación e intervención autónoma del imputado. En este sentido, es posible partir de la base de que aquello que fue consagrado y desarrollado por el legislador democrático y por una jurisprudencia orientada a la ley para garantizar una participación equitativa y una decisión justa en el derecho procesal, considerando, al mismo tiempo las necesidades de una administración de justicia “eficiente”<sup>82</sup>, no es la expresión de una generosidad desmesurada ni un mero acto de “beneficencia” frente al imputado, sino, en lo fundamental, el resultado de una concepción constitucional que se corresponde con lo que es realmente necesario en pos de un proceso justo y equitativo. Antes bien, de acuerdo con experiencias recientes, se debe contar con que aquello que ya existe, en alguno u otro punto, se quede por detrás de lo que manda la Constitución.

### *3. Manifestaciones características del derecho a un proceso equitativo en la Ordenanza Procesal Penal alemana*

En el marco de los límites de tiempo que impone esta conferencia, naturalmente, no sería posible señalar todos los aspectos del derecho del imputado a un proceso equitativo. Me limitaré a algunos ejemplos, que muestran, al mismo tiempo, algunos aspectos parciales de las raíces constitucionales de este complejo derecho.

En primer lugar, se corresponde con el derecho a un proceso equitativo que el imputado pueda compensar su inferioridad técnica con relación a los profesionales titulares de la persecución penal y los jueces, mediante la designación de un defensor. Si no cuenta con medios suficientes para ello, debe poder contar con un defensor cuando puede presumirse que sin ello, no podría ejercer debidamente su defensa (lo cual es especialmente así cuando una defensa adecuada presupone un examen del expediente que no le resulta factible). Con este alcance, por lo tanto, el derecho a la defensa, mencionado expresamente por el Convenio Europeo de Derechos Humanos como derecho a ser parte (artículo 6 párrafo 3, letra c), también forma parte del núcleo del derecho a un proceso equitativo garantizado constitucionalmente<sup>83</sup>; el imputado debe “tener la posibilidad de una defensa dispuesta en forma efectiva”<sup>84</sup>, y se debe asegurar la confidencialidad de la comunicación entre el imputado y su defensor<sup>85</sup>. Respecto de imputados extranjeros que no dominan el idioma alemán, se debe garantizar que comprendan los pasos esenciales del procedimiento y que puedan darse a entender<sup>86</sup>; a su respecto, por lo tanto, en caso de ser necesario, corresponderá la intervención de un intérprete<sup>87</sup>.

---

<sup>82</sup> Con respecto al requisito (y principio) de una “administración de justicia eficiente”, cf. BVerfGE 47, 239 (250); 80, 367 (375); 122, 248 (272); 133, 168 (200 s. n.m. 59); *Landau*, NStZ 2007, 121 (125, 127); ídem, NStZ 2015, 665 (669 s.).

<sup>83</sup> BVerfGE 46, 202 (210); 65, 171 (174 f.); 66, 313 (318 f.); 68, 237 (255); 110, 226 (253); la intervención y elección de un defensor se encuentran garantizadas, jurídica y fácticamente (BVerfGE 66, 313 [319 ss.]); *Jarass/Pieroth* (nota 5); art. 20 n.m. 99.

<sup>84</sup> BGHSt 44, 46 (49); *Jarass/Pieroth* (nota 5), art. 20 n.m. 98.

<sup>85</sup> BVerfGE 113, 29 (47); *Jarass/Pieroth* (nota 5), art. 20 n.m. 99.

<sup>86</sup> BVerfGE 64, 135 (145); *Jarass/Pieroth* (nota 5), art. 20 n.m. 99a; *Maunz-Dürig/Schmidt-Aßmann* (nota 52), art. 103 párr. 1 n.m. 118 (si bien allí emitiendo sistemáticamente al art. 103 párr. 1 como derecho procesal constitucional especial).

<sup>87</sup> BVerfGE 64, 135 (146); *Maunz-Dürig/Schmidt-Aßmann* (nota 52), art. 103 párr. 1 n.m. 119 y *Jarass/Pieroth* (nota 5), art. 103 n.m. 36 caracterizan en este sentido los §§ 185 párr. 1, 186 GVG como exigidos.

Por otro lado, también hace al núcleo del derecho constitucional a un proceso equitativo la presunción de inocencia (por ello, consagrada con razón por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el artículo 6, párrafo 2, CEDH): tratar al imputado como culpable ya antes de que haya sido declarado culpable en debido proceso implicaría rebajarlo en una forma incompatible con el deber de respetar la dignidad humana y con el principio de estado de derecho<sup>88</sup>. Un trato como este pondría además en cuestión el sentido mismo de todo el proceso.

No menos significativa para el núcleo de un proceso equitativo compatible con el estado de derecho resulta la neutralidad (imparcialidad) del tribunal (y de los órganos de persecución penal)<sup>89</sup>. No solo el mandato del estado de derecho relativo a la adopción de decisiones correctas (justas) reclama un juez neutral, y de este modo, excluye de los estrados judiciales a aquellas personas respecto de las cuales esto no esté suficientemente garantizado en el caso concreto. Además, quedar sometido a un juez sospechado de parcialidad constituiría un trato degradante, difícilmente compatible con la dignidad humana, por lo cual el imputado – a fin de no ser convertido en objeto de un proceso inadmisibles – debe contar con derecho a objetarlo<sup>90</sup>.

Del mismo modo, otras importantes exigencias para el proceso penal derivadas del derecho fundamental del imputado a un proceso equitativo se relacionan con el procedimiento para la decisión del tribunal en sentido estricto. Éste no solo debe respetar en todo momento la posición de sujeto del imputado y sus derechos de defensa, con lo cual el respeto de estos postulados (cf. *supra* II y III), se corresponde, al mismo tiempo, con aspectos parciales del derecho a un proceso equitativo<sup>91</sup>. Por lo demás, el proceso solo será equitativo si el imputado está informado del material de prueba existente en su contra y, en su caso, si puede tener acceso a él –al menos, por intermedio de su defensor–<sup>92</sup>, en cuanto esto sea posible sin poner en riesgo los fines de la investigación<sup>93</sup>. Además, bajo este presu-

---

dos constitucionalmente (si bien con una diferente ubicación en la Constitución, en parte como derecho a un proceso equitativo en el art. 103 Párr. 1 GG).

<sup>88</sup> Cf. ya BVerfGE 38, 105 (115) así como, esp., BVerfGE 74, 358 (371); 82, 106 (114); 110, 1 (22 s.); *Jarass/Pieroth* (nota 5), art. 20 n.m. 105; *Maunz-Dürig/Di Fabio* (nota 75), art. 2 párr. 1 n.m. 69: contracara del principio de culpabilidad, reconocido constitucionalmente (y establecido, por su parte, en el art. 1 párr. 1 y art. 20 párr. 3 GG).

<sup>89</sup> En las conclusiones, también BVerfGE 21, 139 (145 s.) con remisión a anteriores decisiones en este sentido. Por cierto, el Tribunal Constitucional Federal, en esa medida, no hacía referencia al entonces no tan usual derecho a un procedimiento equitativo, sino al art. 101 párr. 1 2ª. oración, GG, y a la noción que éste subyace con respecto a los “jueces” y “tribunales”. Cf. complementariamente, también *Roxin/Schünemann* (nota 1), p. 44 (§ 8 n.m. 1).

<sup>90</sup> En las conclusiones, también BVerfGE 21, 139 (145 s.), si bien sin referencia al concepto de procedimiento equitativo y la posición de sujeto procesal, sino con apoyo en el art. 101 párr. 1 2ª. oración, GG; igual que aquí en el contexto de los derechos de intervención activa (si bien sin referencia expresa al derecho a un proceso equitativo) *Roxin/Schünemann* (nota 1), p. 108 (§ 18 n.m. 17).

<sup>91</sup> Naturalmente, sin que esto modifique nada con respecto de una lesión ya dada de estos otros derechos fundamentales (autónomos y especiales).

<sup>92</sup> *Maunz-Dürig/Schmidt-Aßmann* (nota 52), art. 103 n.m. 74; con respecto a que por la restricción al acceso al expediente limitada al defensor en sí no se lesiona el derecho del imputado a ser oído, o a un proceso equitativo, cf. *supra* con otras referencias.

<sup>93</sup> Con relación a los límites del derecho a ser oído, desde una perspectiva constitucional, y sus manifestaciones (vista del expediente, audiencia *previa* a la decisión) en casos en los que de otro modo se pone el peligro el fin del proceso o de ciertas medidas, cf. BVerfGE 6, 12 (14); 7, 95 (99); 9, 89 (98); 18, 399 (404); 19, 49 (51); 49, 329 (342); otras referencias en *Jarass/Pieroth* (nota 5), art. 103 n.m. 22; en especial con relación a la vista del expediente, *SK-StPO/Wohlers*, tomo III, 5ª. ed. 2016, § 147 n.m. 14 s., 94 ss.; en el procedimiento de la queja, *SK-StPO/Frisch* (nota 48), § 308 n.m. 21 s.

puesto, en principio, el imputado y su defensor deben tener derecho –ya en el procedimiento preliminar– a estar presentes en las recolecciones de prueba pendientes (p.ej., declaraciones de testigos, inspecciones oculares, declaraciones de peritos), lo cual les permite estar informados en tiempo oportuno y, a la vez, mediante preguntas y objeciones, oponerse ya de antemano a medios de prueba que puedan resultar problemáticos. Esto se deriva tanto del mandato del estado de derecho en el sentido de evitar decisiones erradas como de tomar seriamente al imputado como sujeto del proceso<sup>94</sup>.

Pero, ante todo, a fin de asegurar un proceso equitativo, también resulta irrenunciable –por las mismas razones– el derecho del imputado a estar presente en el juicio oral<sup>95</sup>. En este punto, como consecuencia de su calidad de sujeto del proceso, debe tener garantizada jurídicamente para sí la posibilidad de orientar la producción judicial de prueba en la dirección necesaria para esclarecer los hechos en su favor, por ejemplo, mediante la sugerencia de las pruebas correspondientes. Cuando esto no sea posible solo mediante sugerencia de prueba, a fin de no ser convertido en mero objeto del proceso, debe tener la posibilidad jurídicamente realizable de formular requerimientos de producción de prueba para la recolección de los elementos de prueba que considere necesarios, en la medida en que estos no sean rechazados con fundamentos claros y estrictos. El instituto del requerimiento de producción de prueba, el derecho del imputado a interrogar, su derecho a alegar sobre la prueba producida y su derecho a la última palabra, así vistos, no son simple derecho procesal, sino, en su núcleo, concreciones del derecho fundamental del imputado a un proceso equitativo<sup>96</sup>. De este modo, la conocida fórmula, quizá algo extrema, según la cual gran parte del derecho procesal penal es la concreción del derecho constitucional, si se la mira desde la perspectiva del derecho del imputado a un proceso equitativo, resulta, en lo central, absolutamente correcta.

---

<sup>94</sup> En lo fundamental, también SK-StPO/Wohlers (nota 93), § 168c n.m. 1: aseguramiento de una “defensa efectiva” (la cual, por su parte, integra el derecho a un proceso equitativo en el proceso penal; cf. BVerfGE 34, 293 [302]; 38, 105 [111]; 46, 202 [210]; 63, 380 [390]; BVerfG StV 2001, 601 [602]; SK-StPO/Wohlers, previo a los §§ 137 ss., n.m. 28 ss.). Por ello, es consecuente que en los casos de vulneración del derecho a estar presente se asuma una prohibición de introducir estas pruebas sobre la base de lectura de actas o de la declaración de la persona interrogada; así, –si bien argumentando más por aplicación del art. 103, párr. 1, GG, y no tanto del proceso equitativo (v. naturalmente también § 24, n.m. 27)–, también Roxin/Schünemann (nota 1), p. 180 (§ 24 n.m. 42 con otras referencias) y Maunz-Dürig/Schmidt-Aßmann (nota 52), art. 103 párr. 1 n.m. 139.

<sup>95</sup> BVerfGE 41, 246 (249); 54, 100 (116); 59, 280 ss.; 63, 332 (337 f.); BVerfG StraFo 2007, 192; SK-StPO/Rogall (nota 14), previo a los §§ 133 ss. n.m. 85, con otras referencias; SK-StPO/Deiters, tomo IV, 5ª ed. 2015, § 230 n.m. 1.

<sup>96</sup> En esta dirección, p.ej., BVerfGE 57, 250 (274 ss.); 63, 45 (68 f.); cf. además, 70, 297 (307 s.); amplia y decididamente, Perron, Das Beweisantragsrecht des Beschuldigten im deutschen Strafprozeß, 1995, p. 28 ss., con otras referencias.



# Los preceptos constitucionales sobre la pena

## *The punishment's constitutional principles*

por **ROBERTO V. VÁSQUEZ**\*

**RESUMEN:** La pena tiene principios constitucionales y convencionales que la estructuran. Ello impide a legisladores, jueces y al poder administrador actuar con plena libertad al momento de su configuración y aplicación. Estos principios protegen al ciudadano que ha cometido un delito frente al coyuntural ímpetu punitivo que no puede obviar las prescripciones relativas a la legalidad imprescindible en la definición del delito que la merece, su especie, cantidad y modalidades de asignación. Tampoco puede omitir la prohibición de ciertas penas, los tipos de penas que ya se encuentran asignadas, los criterios para su determinación, y la finalidad y pautas de su ejecución.

**PALABRAS CLAVES:** Pena. Principio constitucional. Proporcionalidad. Punitivismo.

**ABSTRACT:** *The punishment has constitutional and conventional principles in its structure. This means that the legislator, judges and the administrator power cannot act with plenty freedom in its configuration and implementation. These principles protect the citizen that has committed a crime from the circumstantial punishment impetus, which cannot omit the prescriptions related to the legality essential in the definition of crime, and also its species, quantity and assignment modality. Furthermore it cannot omit the prohibited punishments, the types already assigned, the guidelines for its determination and its purpose and execution rules.*

**KEYWORDS:** *Punishment. Constitutional principle. Proportionality. Punitivism.*

## **I. Introducción**

Emilie Durkheim, en tiempos que la cuestión penal no se encontraba en el centro de la vida social y política, captó con singular precisión las tendencias políticos-criminales que impregnaron el Siglo XX. En efecto, en su trabajo “Dos leyes de la evolución penal” (DURKHEIM (1899-1900) 1969) señaló, por un lado, que existe relación entre la mayor intensidad del castigo y el menor grado de desarrollo y la mayor concentración del poder en una sociedad. Por el otro, indicó que la privación de la libertad se proyectaba como el principal castigo.

La noción de pena, desde entonces, en un sistema prevalentemente reactivo (aunque cada día admite nuevos mecanismos alternativos, que le reducen incidencia), también llamado “estado penal” (GARLAND (2013) 2016), alude a la amenaza de privación de un bien al autor de un delito o infracción, determinada en especie, cantidad y modalidades de asignación, expresada por quienes en distintas instancias ejercen el poder público, que no

---

\* Abogado (UNC). Doctorando en Ciencias Sociales (UNVM). Profesor Adjunto de “Políticas y Sistemas de Seguridad Comparados” (Lic. de Seguridad, UNVM).

siempre consulta principios constitucionales ni saberes criminológicos. Dicho mensaje eventualmente se concreta en una condena (determinación judicial que arrastra las mismas debilidades), y cuando ello ocurre luego se ejecuta de un modo efectivo o queda en suspenso bajo ciertas condiciones.

Dicho concepto, huérfano de sostén científico, ha sido desarrollado también sin considerar suficientemente su contenido pétreo. Es decir, desconoce el valor de las directrices constitucionales y lo voluble que son las leyes inferiores.

En el marco de las consecuencias jurídicas del delito (el campo menos conocido del sistema penal), la identificación de los principios constitucionales que las regulan (se trate de los indiscutibles, los que exigen una derivación razonada, o los de carácter general que influyen en su determinación) hoy se presenta como una impostergable tarea a la vez que, cuando resulta pertinente, se revisen la plataforma teórica –de no ser ésta inexpugnable– y las evidencias empíricas –en caso que existan– en las que se inspiran.

## **II. Una tradición normativa relevante**

La relación entre Constitución y Derecho Penal siempre fue objeto de estudio por parte de los tratadistas, pero la profundidad del análisis se incrementó notablemente a posteriori de la Segunda Guerra.

La República Argentina, a diferencia de sus influyentes pares americanos y del viejo continente, siempre convivió con declaraciones de la mayor jerarquía en materia de sanción penal. Y sus convencionales constituyentes, en dicho marco, sostuvieron memorables debates sobre las normas penales que resultaron sancionadas.

Así, v.gr.: por iniciativa bonaerense, la CN de 1853 sufrió una modificación en relación a las penas corporales que contemplaba. El art. 18 original expresaba “...Quedan abolidas para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento, los azotes y las ejecuciones alanza o cuchillo...”.

La Comisión de representantes de la Provincia de Buenos Aires que la revisó en 1860<sup>1</sup> propuso la supresión de “y las ejecuciones alanza o cuchillo” y la incorporación de la conjunción “y” entre las palabras “tormento” y “azotes”, lo que generó entre aquéllos una interesante discusión, en la que se destaca la exposición de Dalmacio Vélez Sarsfield.

El civilista aclaró que la supresión no tenía por finalidad admitirla respecto de los soldados, sino que pretendía desmentir la suposición de que en el país hubiera leyes ni ordenanzas que la permitieron, ya que la Comisión no se introdujo en la cuestión de si había o no muerte a lanza y cuchillo, es cierto que se ha “degollado” pero sin ley que lo autorizase.

Luego expresó que “con respecto al modo de dar la muerte que han utilizado los tiranos, no hay duda de que han muerto a lanza o cuchillos y hasta quemados vivos. Si vamos a ocuparnos de todas las penas que han inventado los tiranos, yo tengo una obra en cinco tomos sobre penalidades<sup>2</sup>, en que no entra la pena de azotes, pero se registra cuánto ha inventado el hombre para mortificar a sus semejantes...Así, pues, si hemos quitado eso de la Constitución, es porque ha sido una mentira o una arbitrariedad de los tiranos”.

La misma provincia que impulsó dicho cambio en el orden nacional se destaca por contar en su propia carta magna normas en la materia. Me refiero al actual art. 32 (cuyo

---

<sup>1</sup> Cfse. RAVIGNANI, EMILIO, “Asambleas Constituyentes Argentinas”, t. IV, págs. 834 y ss., Buenos Aires, Talleres S.A. Casa Jacobo Peuser Ltda., 1937.

<sup>2</sup> Sin dudas alude a Saint-Edme 1824-1828. Dicho ejemplar (con guantes y barbijo) puede ser consultado en la Biblioteca Mayor de la UNC.

texto es idéntico al 159 de la Constitución de 1854), que prohíbe “...la confiscación de bienes, el tormento, las penas crueles, infamia trascendental...”.

### **III. Los mandatos sobre el castigo**

La pena (no el delito (la condición de su asignación) es el eje explícito de mayor importancia alrededor del cual gira el sistema normativo que porta su nombre<sup>3</sup>. Está estructurada por reglas constitucionales que la configuran y constriñen.

La fuerza vinculante de las mismas difiere y se torna discutible según las concepciones a las que adhieren los intérpretes (v.gr: positivismo clásico, neo-positivismo, iusnaturalismo). Dicho de otro modo: lo dirimente, tanto o más que la norma en sí, es la concepción a la que consciente o no el legislador, el juez o el intérprete adhieren. Así, por ejemplo, una postura que tiene gran predicamento en los tribunales nacionales y locales, se destaca por sostener que la Constitución no le impone al legislador ninguna definición específica, quien puede disponer en variados sentidos siempre que el criterio elegido resulte razonable (que la ponderación sea justificable), y el juez lo deberá respetar salvo que haya cometido un error “...muy claro-tan claro que no está sujeto a la inquisición racional..” (Thayer 1893). De allí que el argumento central de la declaración de inconstitucional gire en torno a la existencia de la equivocación en la que ha incurrido quien debía actuar la norma de jerarquía superior.

Entiendo, con un sentido diverso, que ciertas reglas, por su claridad (v.gr.: la legalidad, la prohibición de la pena de muerte, las penas impuestas a ciertos delitos) quedan exentas de cualquier controversia que requiera reglamentación, y en consecuencia directamente se imponen, dada la mayor autoridad del constituyente sobre la del legislador común (que produce derecho ilegítimo si no respeta la decisión de aquél (Ferrajoli 2011)). Las normas restantes también y por la misma razón, con la diferencia que su concreción exige un plus de reflexibilidad y fundamentación, tanto a nivel parlamentario<sup>4</sup>, judicial<sup>5</sup> y ejecutivo. En este universo la insatisfacción de la manda constitucional exige su corrección, pero para ello no es necesario que se acredite un tajante “error”. La valoración del legislador tiene mayor campo de acción si no existe un pronunciamiento superior y afín a la materia que va a regular, aunque su tarea nunca se encuentra libre de los condicionamientos establecidos por prescripciones constitucionales generales, como la de igualdad (CN, art. 16).

Los preceptos ineludibles son:

#### **1. Legalidad en relación al delito, especie, cantidad, modalidad de asignación, y ejecución**

---

<sup>3</sup> La expresión “derecho penal”, así como la denominación del saber asociado a ella (“dogmática penal”), hoy resultan precarios (en la medida que conceptualmente no representan a las medidas de seguridad ni a los mecanismos alternativos que los integran). No obstante ello, la práctica comunicativa los mantienen vigentes por su carácter fundacional y porque en la actualidad, a pesar de todo, la pena sigue siendo la vía principal.

<sup>4</sup> Las leyes también deben encontrarse debidamente fundamentadas (CN, arts. 19, 1 y 5).

<sup>5</sup> En “Amodio” se ha dicho que en la administración de justicia “los jueces no deben estar cegados al principio de supremacía constitucional para que esa función sea plena y cabalmente eficaz” (Cfse. CSJN, A.2098.XLI, resuelto el 12 de junio del 2007, del voto en disidencia de los ministros Lorenzetti y Zaffaroni). Las sentencias de condena deben ser fundadas en ley (CN, art. 18), deben contar con fundamentación “lógica y legal” (Constitución de la Provincia de Córdoba, art. 155), y el declarado culpable tiene derecho a recurrir ante el juez o tribunal superior (Pacto de San José, art. 8.2.h; PIDCyP, art. 14.5; Convención del Niño, art. 37 d).

No resultan contundentes los argumentos que sostienen su origen romano o anglosajón. En cambio, a partir de los postulados teóricos de Beccaría<sup>6</sup>, surge con evidencia que el pueblo francés cristalizó el principio de legalidad en su Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, al expresar “La ley...Debe ser la misma para todos, tanto si protege como si castiga...” (art. 6), “Ninguna persona puede ser acusada, detenida ni encarcelada sino en los casos determinados por la ley según las formas prescritas en ella...” (art. 7), y “La ley no debe de establecer más que penas estrictas y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada” (art. 8); dichos enunciados, luego, fueron receptados en las declaraciones y/o constituciones de 1791<sup>7</sup>, 1793<sup>8</sup> y 1795<sup>9</sup>.

El tan difundido latinismo “*nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali*”, nunca estuvo en tales términos registrado en un cuerpo normativo de la antigüedad. Emerge como producto creativo de Feuerbach (1801) 1989<sup>10</sup>, en función de su teoría de la coacción psicológica que necesita de la prescripción legal para operar como tal (GRECO, 2010).

Frente al texto del art. 103 II<sup>11</sup> de la constitución alemana de 1949, un sector de la doctrina (Welzel 35) resiste la idea de reconocer jerarquía constitucional al principio de legalidad de la pena. Roxin, en cambio, la fundamenta: “abarca tanto el “si” cuanto el “cómo” de la punibilidad”, “la garantía constitucional del principio de legalidad tendría poco valor si no pudiera impedir también la posterior transformación de una previsión de pena muy benigna en una muy dura; en tal caso siempre sería posible la arbitrariedad estatal, que la Constitución pretende excluir...” (ROXIN, 139).

La doctrina nacional, en las obras de sus principales exponentes, no examina la cuestión, aunque reconoce y afirma su carácter suprallegal.

La Constitución de la Nación Argentina, en su art. 18, recepta el principio de legalidad, es cierto, al prescribir que: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso..” y en el 19 cuando dispone que

---

<sup>6</sup> Punto 3, Consecuencias: “...sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador que representa toda la sociedad unida por el contrato social: ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad. Pero una pena que sobrepase el límite señalado por las leyes contiene en sí la pena justa más otra adicional, por consiguiente ningún magistrado bajo pretexto de celo o de bien público puede aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente”.

<sup>7</sup> Título Primero, Disposiciones fundamentales garantizadas por la Constitución: “...la Ley podrá establecer penas contra los actos que, atentando contra la seguridad pública o los derechos de los demás, fueren perjudiciales para la sociedad”.

<sup>8</sup> Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 23 de junio de 1793 (preámbulo a la Constitución de 24 de junio de 1793): Art. 4: “La ley es la expresión libre y solemne de la voluntad general; es la misma para todos, sea para proteger o para castigar;...”. Art 10: “Nadie puede ser acusado, arrestado y mantenido en confinamiento, excepto en los casos determinados por la ley, y de acuerdo con las formas por ésta prescritas...”. Art. 14: “Nadie puede ser juzgado ni condenado sin haber sido previamente escuchado y enjuiciado, y, en virtud de una ley promulgada con anterioridad al delito. Toda ley que castigue los delitos cometidos antes de su existencia no es sino una tiranía; el efecto retroactivo otorgado a la ley constituiría un crimen”.

<sup>9</sup> Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de la Constitución de 1795, art. 13: “Todo proceso que agrave la pena determinada por la ley es un crimen”.

<sup>10</sup> Aunque en el parágrafo 20 lo presenta desagregado en tres enunciados.

<sup>11</sup> El art. 103 II GG expresa “Un hecho sólo se puede castigar si la punibilidad estuviera legalmente determinada antes de que se cometiera el hecho”. El art. 104 I dispone que sólo la restricción de la libertad de la persona, y no de otro tipo de bienes, exige “una ley formal” previa (ROXIN, 138).

“Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. Pero son los pactos internacionales, equiparados a la CN de 1853 (art. 75 inc. 22), los que de manera más explícita comprenden a la pena dentro de aquél (DUDH, art. 11.2; Convención contra el Genocidio, art. V; PIDESyC, art. 10.3; PIDCyP, arts. 6.2, 15.1; CIEDR, art. 4.b; Pacto de San José, arts. 4.2, 7.2, 9; Convención contra la Tortura, arts. 4.1, 4.2; Convención del Niño, arts. 32.2 c), 37.b).

De este modo quedan atrapados en su perímetro el indubitable vínculo que debe existir entre el delito que se sanciona y la pena establecida, sus características (especie, cantidad y modalidad de asignación), y todo lo relativo a la ejecución.

### **Implicancias del precepto:**

#### **1.1. Legalidad formal y competencia del órgano que determina la pena**

La única fuente para asignar una sanción penal es la ley específicamente penal o de otra materia que contenga disposiciones de tal naturaleza. Quien tiene competencia para expedirla es el Congreso de la Nación (CN, arts. 75 inc. 12 y 76). El Poder Ejecutivo la promulga y publica (CN, 99 inc. 3° primer párrafo), y excepcionalmente, aunque tiene prohibido inmiscuirse en materia penal mediante un decreto de necesidad y urgencia (CN, art. 99 inc. 3° tercer párrafo), puede ejercer su facultad reglamentaria (CN, art. 99 inc. 2°).

Quedan excluidas de la potestad legislativa nacional las leyes “que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal” (CN, art. 32), materia sobre la que las legislaturas provinciales conservan su autoridad, así como en todas aquellas que no han sido expresamente delegadas<sup>12</sup> o sobre las que tiene poderes concurrentes, o que lo haya sido hasta tanto la jurisdicción federal ejerza las atribuciones que se le han conferido (CN, arts. 121, 123, 125 y 126). También pueden asignar penas las ordenanzas municipales en el marco de las competencias residuales que preservan (CN, arts. 5 y 123)<sup>13</sup>.

Estos son los órganos que el orden constitucional y convencional autoriza como los únicos que pueden asignar una pena a un delito, ya sea por intermedio de una ley nacional, una ley provincial o una ordenanza (CN, arts. 18 y 19). Por defecto, carecen de tal función los usos y costumbre, la decisión de un jefe de Estado, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y los axiomas dogmáticos.

El Poder Judicial la determina en el caso concreto en base a lo que dispone la ley. A posteriori, el órgano administrativo (el PE), bajo control judicial, o un órgano judicial, según el tipo de pena de que se trate, tienen a su cargo la ejecución efectiva o en suspenso.

#### **1.2. Irretroactividad, salvo que sea más benigna**

El art. 18 de la CN afirma que “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...”. La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH, art. 11 punto 2) por su lado expresa que “Tampoco se impondrá

---

<sup>12</sup> Así la Provincia de Córdoba mediante el Código de Convivencia, según LP N° 10.326, sanciona con la pena de hasta diez (10) días de trabajo comunitario, multa de hasta veinte Unidades de Multa (20 UM) o arresto de hasta treinta (30) días a los que intimiden, hostiguen o maltraten física, psíquica o económicamente a otro, siempre que el hecho no constituya delito (art. 65).

<sup>13</sup> Así la Municipalidad de la Ciudad de Córdoba por vía de la Ordenanza N° 12.468 (también llamada Código de Convivencia), en concordancia con el art. 187 de la Constitución Provincial, respecto de diversas faltas establece las sanciones de a) inhabilitación, b) clausura, c) revocación o suspensión del permiso, concesión o habilitación, d) multa, e) decomiso, f) remediación, g) prohibición de concurrencia, h) trabajo comunitario, i) capacitación y f) amonestación o apercibimiento (art. 17).

pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”. Esta fórmula fue ratificada y ampliada por el Pacto de San José (art. 9 ), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP, art. 15), cuando agregan 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”. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADyDdelH) también lo hace, cuando en su art. XXV establece, si bien de un modo más genérico, que “Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes...”. Todas estas fórmulas, sin dudas, consignan la prohibición de la retroactividad de la ley penal, salvo que resulte más beneficiosa para el imputado, condenado o penado.

### **1.3. Determinación, certeza y taxatividad**

El tipo de pena es la determinación conceptual de los elementos de la sanción (la especie, la magnitud (mínimo, máximo y rango), y la modalidad (única, alternativa o conjunta) que la ley adjudica a un delito.

Los alemanes tienen en su Constitución (103 II) consagrado expresamente el mandato de determinar la punibilidad, que alcanza al legislador que asigna una pena, al juez que la impone en el caso concreto, y al órgano encargado de la ejecución (KUHLEN, 2012: 156). En Argentina, en cambio, la ineludible obligación de especificarla, más que una consecuencia del principio de legalidad (CN, arts. 18 y 19), deriva, como se ha visto, de cláusulas convencionales de idéntica jerarquía.

En dicho marco, nadie duda sobre que se encuentra fulminado de inconstitucionalidad todo supuesto legal que instituya una pena “en blanco”.

Menos certidumbre existe sobre la cantidad y alcances de los tipos de penas que tienen el Código Penal y sus leyes complementarias, que van mucho más allá de las mencionadas en su art. 5. En una investigación (VÁSQUEZ, 1995: 47) se determinó que sólo en el primero en la época comprendida por el estudio existían 46. Pero eso no es todo. También se advirtió lo dificultoso que en ciertos supuestos resulta especificar sus límites. Ejemplo: el CP, según LN N° 23.077, dispuso en su art. 235 párrafo tercero que “Auméntase al doble el máximo de la pena establecida para los delitos previstos en este Título, para los jefes y agentes de la fuerza pública que incurran en ellos usando u ostentando las armas y demás materiales ofensivos que se les hayan confiado en tal calidad”. En virtud de ello (del aumento al doble del máximo de la pena prevista para los delitos previstos en el Título) se definió el máximo legal de la especie de pena privativa de la libertad (muy importante a los fines de la precisión de la pena en caso de concurso real, según texto del art. 55 en ese entonces vigente), que llegaba en caso del tipo de pena de “prisión” a 30 años, en caso del tipo de pena de “reclusión” a 40 años, y en caso del tipo de pena de “prisión -asignada conjuntamente con la inhabilitación por un tiempo doble del de la condena-“ a 50 años (CP, arts. 226, párrafo segundo, en función del art. 235 párrafo tercero, y 226 párrafo segundo y 234 párrafo segundo, en función del art. 235 párrafo tercero) (VÁSQUEZ, 1995:142). Por décadas, legisladores, fiscales, jueces y dogmáticos no lo advirtieron, sin dudas, por la dificultosa identificación cuantitativa de uno de sus extremos, en otros términos, por la defectuosa técnica legislativa utilizada para su pretendida determinación.

La implicancia supone máxima taxatividad. En relación a las palabras que determinan los elementos y características de la pena se exige “priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político crimi-

nal que caracteriza al derecho penal como la ultima ratio del ordenamiento jurídico” (CSJN, in re “Acosta”, Fallos, A.2186.XLI, del 23/8/08).

## **2. En relación a las penas prohibidas:**

### **2.1. La pena de muerte**

a) No puede ser asignada por causas políticas (CN de 1853, art. 18) ni por delitos políticos o comunes conexos con los políticos (Pacto de San José, art. 4.4);

b) En los países que no la han abolido sólo podrá imponerse para los delitos más graves (Pacto de San José, art. 4.2; PIDCyP, art. 6 .2), a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren más de 18 años y menos de 70, y a las mujeres que no se encuentren en estado de ingravidez (Pacto de San José, art. 4.5);

c) No se podrá extender a delitos a los cuales no se la aplique actualmente (Pacto de San José, art. 4.2).

### **2.2. La confiscación de bienes** (CN, art. 17).

Los proyectos de extinción de dominio y repatriación de bienes obtenidos ilícitamente (v.gr.: por abusos funcionales), en estos días objeto de debate en el parlamento nacional (Cfse. Proyecto 31/16, originado y con media sanción de la H. Cámara de Diputados, al que durante su trámite se le acumularon otros, luego también aprobado con fecha 22/8/18 por el H. Senado, con modificaciones, actualmente en revisión por la Cámara de origen), así como el DNU 62/2019 del PEN, deben ser confrontados críticamente con este principio a los fines de determinar su legitimidad.

### **2.3. No puede trascender directamente de la persona del delinciente, esto es no cabrán sanciones penales vicariantes** (CN, ART. 119; Pacto de San José, art. 5.3. y punto 2 del Anexo al instrumento de ratificación de la Convención, firmado por el gobierno argentino el 14/8/84)

El modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas denominado “derivada” o “de transferencia”<sup>14</sup>, y las normas de la LN N° 27.401 que lo recepta, deben ser confrontados críticamente con este principio a los fines de determinar su legitimidad.

### **2.4. Otras penas prohibidas:**

#### **a) Las inusitadas** (DADyDdelH, art. XXVI).

Se entiende por tal, según el DRAE, aquellas no usadas o desacostumbradas. En el Proyecto de Constitución del 27 de enero de 1813 (art. 160) ya se encontraba prevista. La Enmienda Octava de la Constitución de USA también la contempla, y fue precisamente considerada respecto de la sanción de pérdida de ciudadanía aplicada a un desertor, en el conocido precedente Trop v. Dulles de 1959. Zaffaroni 1983:V:398 le llama de este modo al límite superior de la escala al que podía llegar en el concurso real, según texto del art. 55 hoy derogado del CP.

#### **b) Las inhumanas** (DUDH, art. 5; Pacto de San José, art. 5.2, PIDCyP, art. 7; Convención contra la Tortura, art. 16);

---

<sup>14</sup> Expuesto en profundidad por el Dr. José D. Cesano en la reunión del 9 de mayo del 2018 de este Instituto.

**c) Las crueles** (DUDH, art. 5 (1948); DADyDdelH, art. XXVI (1948)), Pacto de San José, art. 5.2, PIDCyP, art. 7; Convención contra la Tortura, art. 16).

Su aplicación tiene actualidad constante, dado distintos intentos por eludirlo. Así, por ejemplo, la Suprema Corte de USA, en el caso “Bucklew v. Precythe, Director, Missouri Department of Corrections et al”, resuelto el 1 de Abril del 2019, por mayoría (liderada por el Juez Gorsuch), luego de desarrollar su criterio sobre los alcances de la Octava Enmienda, entendió que al prohibir las penas crueles e inusuales no garantiza una muerte sin dolor (“a painless death”).

**d) Las degradantes** (DUDH, art. 5; Pacto de San José, art. 5.2, PIDCyP, art. 7; Convención contra la Tortura, art. 16);

**e) Las infamantes** (DADyDdelH, art. XXVI);

**f) La pena de azotes y toda especie de tormento** (CN, art. 18);

**g) El destierro** (DUDH, art. 9);

**h) Nadie será detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil** (DADyDdelH, art. XXV, párrafo segundo, Pacto de San José, art. 7 inc. 7; PIDCyP, art. 11).

### **3. En relación a los tipos de penas asignadas:**

**3.1.** Los que formulen, consientan o firmen la concesión de facultades extraordinarias al Poder Ejecutivo o la suma del poder público o el otorgamiento de sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor y las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna, tendrán la pena de los infames traidores a la patria (CN, arts. 29 y 119);

**3.2.** Los que realicen actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático, y los que usurpen funciones previstas para las autoridades democráticas, tendrán la pena de los infames traidores a la patria, y serán inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas (CN, arts. 36 primero y tercer párrafo y 119);

**3.3.** Atentará contra el sistema democrático el autor de un grave delito doloso<sup>15</sup> contra el Estado que conlleve enriquecimiento el que quedará inhabilitado por el tiempo que fije el congreso para ocupar cargos o empleos públicos (CN, art. 36 párrafos quinto y primero);

### **4. En relación a los criterios para su determinación:**

**4.1.** El Estado castigará “con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad” a todos los actos de tortura que constituyan delitos según la ley interna (Convención contra la Tortura, art. 4.1 y 4.2)

---

<sup>15</sup> En esta expresión del constituyente se refleja toda una escala: por un lado reconoce a los dolosos por sobre los culposos (que descarta), y entre los primeros –indica- no todos tienen similar entidad.

**4.2.** El Estado se compromete a “establecer sanciones penales eficaces” para castigar a las personas culpables de genocidio y actos equiparados (Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (CPySDG), art. 5).

A partir de “Las leyes” de Platón, los incipientes postulados contenidos en los apartados 20, 21 y 22 de la Carta Magna anglosajona de 1215, y comentaristas como Andrea D’isernia, entre los itálicos, el principio de proporcionalidad se fue explicitando. Así, a este último se le atribuye el registro “*Poena debet proportionari delicto*”. Por estas vías aquél se va insertando específicamente al campo penal.

En dicha línea se destaca también el aporte de Montesquieu y con gran claridad Beccaria<sup>16</sup>. De todo lo cual resulta que su procedencia y extensión (a otros tipos: la legítima defensa, el estado de necesidad, etc.) se le debe reconocer al saber político-criminal y no tanto al enfoque genérico de política pública que lo presenta como límite de toda acción estatal (denominado “prohibición de exceso”), con el cual en la actualidad confluye.

Los europeos no lo han tenido siempre a la vista. El Convenio de Derechos Humanos de 1953 no lo contempla expresamente. Recién se lo puede individualizar en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000 (art. 49 .3) cuando expresa que “la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción”. Aún así, en países como España, centro de producción de conocimiento de gran influencia en Latinoamérica, se afirma que no se admiten dudas sobre su vigencia aunque no está expresamente reconocido en la Constitución Española<sup>17</sup>.

Dicho esto se debe aclarar que el sistema constitucional y convencional argentino tiene un soporte más amplio, que va más allá de la proporcionalidad.

Nadie puede dudar que el establecimiento de una pauta de graduación respecto de un grupo específico de delitos (“todos los actos de tortura” y respecto de los “culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos” equiparados) supone también su extensión al resto de las transgresiones. No admitirlo implicaría afirmar que las penas de todos los delitos que no contengan actos de tortura o no constituyan genocidio podrían desconocer la gravedad de sus respectivos injustos o no requieran ser eficaces; una conclusión absurda.

Es por ello que sostengo a los enunciados constitucionales aquí brevemente comentados (4.1 y 4.2) como los más importantes a los fines de determinar los elementos de la pena. A la misma vez se debe advertir que existiendo fórmulas convencionales expresas sobre su determinación (que, me permito decirlo, en algunos casos son contundentes e imposibles de ser pasadas por alto) su consideración no puede omitirse en la fundamentación de leyes, sentencias, tratados y manuales y no acredita solvencia su sustitución –alineada con enfoques dogmáticos del derecho comparado carente de aquéllas- por la de un principio derivado genéricamente “del estado democrático de derecho” (CN, art. 1), que en todo caso se presenta como complementario. Si la expone, en cambio, en relación a ciertas penas y con el mismo carácter, el principio de igualdad (CN, art. 16) en tanto “veda la desigualdad de trato sin fundamento razonable” (Cfse. TSJ, en pleno, “Toledo”, S N° 148, del 20/7/2008 y en “Loyola”, S 470 del 28/10/2016).

Recapitulo. La fórmula de la Convención contra la Tortura afirma que las sanciones, es decir, se refiere a un abanico de respuestas (no exclusivamente a la pena privativa

---

<sup>16</sup> Su obra “Tratado de los delitos y de las penas” (1764) fue traducida inmediatamente a varios idiomas, entre ellas el alemán, y ejerció influencia teórica sobre distintos puntos de vistas asumidos por Feuerbach en su Tratado de 1801. Prueba de ello es que lo cita en su nota 4 del parágrafo 6 en la versión “de 1766, Ulm, 1767, de Hommel con notas y comentarios, Breslau, 1778”.

<sup>17</sup> TS Auto 500 del 22 de Marzo de 2018, ponente Menéndez de Luarda.

de la libertad), deben tener en cuenta la “gravedad” del delito, aunque para nada implica que deba ser la exclusiva circunstancia que se debe considerar, ni que dicha valoración deba conducir a una correspondencia directa (matemática), de ser posible lograrla. Pero las penas no sólo deben ser “adecuadas”. La Convención contra el Genocidio prescribe, además, que se trate de sanciones “eficaces”.

Compleja ecuación de valoraciones que permite interpelar por ilegítimos distintos tipos de penas (v.gr.: los que en su escala imponen mínimos de cuatro años de prisión<sup>18</sup>, en el sentido que lo hace la mayoría del TSJ en el caso “Loyola”, S 470 del 28/10/2016 y sus precedentes).

#### **4.3. En el marco de la adecuación y la eficacia, la proporcionalidad tiene un especial reconocimiento convencional:**

**a)** En relación a los niños, las alternativas a la internación en instituciones deben asegurar que sean tratados de manera “apropiada” para su bienestar y guardar “proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción” (Convención del Niño, art. 40.4)<sup>19</sup>.

Además, el art. 37 de dicha Convención dispone que no puede ser sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ni se le impondrá a los menores de 18 años la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación (inc. a); la prisión se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda (inc. b); y que, del mismo modo que el art. 10.2.b) del PIDCyP, en caso de privación de la libertad, estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario a su interés superior, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales (inc. c);

Vale aquí recordar que el PIDCyP en concordancia también indica que los menores “estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica” (art. 10.3) y que en el procedimiento aplicable a efectos penales se debe tener en cuenta que se trata de menores “y la importancia de estimular su readaptación social” (art.14.4).

**b)** En los países que no han abolido la pena de muerte o capital ésta sólo podrá imponerse “por los delitos más graves”<sup>20</sup> (Pacto de San José, art. 4.2) o “por los más graves delitos” (PIDCyP, art. 6.2)<sup>21</sup>;

---

<sup>18</sup> El Proyecto de Código Penal del PEN (art. 319 .2), recientemente remitido por el PEN al Senado de la Nación (Expte. 52/19, del 25/3/19) en lo que aquí interesa, le asigna a la tenencia con fines de comercialización de estupefacientes o precursores químicos para su producción o fabricación, un año más de prisión al mínimo de pena privativa de la libertad previsto actualmente por la LN N° 23737, art. 5 c), por lo que todo indica que, de aprobarse, continuará y se incrementará el debate sobre la inconstitucionalidad del mínimo legal (ya no de 4, sino ahora de 5 años de prisión).

<sup>19</sup> El Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, Aprobado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la resolución 54/263 de la Asamblea General, de 25 de mayo de 2000, en su art. 3, establece que los Estados Partes se comprometen a introducir en su legislación penal el castigo de diversas hipótesis delictivas “con penas adecuadas a su gravedad”.

<sup>20</sup> No lo era, por cierto, el contemplado por el edicto de Creonte, que en Tebas amenazó con dicha sanción al que le dé “sepultura” y “le llore” a Polinices (Sófocles 442 a.C).

<sup>21</sup> El Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte, aprobado y proclamado por la Asamblea General en su resolución 44/128, de 15 de diciembre de 1989, en su art. 21 establece que “No se admitirá ninguna reserva al presente Protocolo, con

c) Quedan abolidas para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormentos y azotes (CN de 1853, art. 18). En ningún caso se podrá aplicar “por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos” (Pacto de San José, art. 4.4);

d) La pena de muerte no se podrá imponer a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de 18 años o más de 70, ni a las mujeres en estado de ingravidez (Pacto de San José, art. 4.5).

Se deduce de dichos preceptos que la pena que suprime la vida del condenado es la más grave que se puede imponer<sup>22</sup>, en los supuestos excepcionales que distintos sistemas del derecho comparado lo admiten (entre los que Argentina no se encuentra), y por lo tanto debe corresponderse con ofensas de la mayor entidad, y, aunque esto concorra, tampoco resulta legítima frente a determinadas circunstancias de carácter personal. La proporcionalidad también debe reinar en el campo de las alternativas a la respuesta penal.

e) Implicancia de la prohibición de penas inhumanas, crueles y degradantes (Convención contra la Tortura, art. 16):

El reverso de la prohibición consolida el concepto, en la medida que el fundamento de su cuestionamiento, que incluye al plus que la caracteriza, contribuye a un proceso razonable de selección de la especie y a moldear sus contornos. Es decir, tensa a favor de definiciones respetuosas de la proporcionalidad.

La aplicación del esquema normativo antes presentado merece un análisis especial –que notablemente excede el objeto de este trabajo– respecto de la determinación de la pena en el juicio abreviado, en la medida que (con tal de llegar a un acuerdo) muchas veces se lo deja de lado.

f) Finalmente debo señalar que **el principio de proporcionalidad, del modo que ha sido configurado precedentemente, repercute en el diseño de los tipos penales, de manera tal que obliga ajustar la pena a las múltiples circunstancias que concurren en los hechos reales; a su diversa gravedad.** Es decir, se proyecta no sólo respecto de la pena sino también impone mayores exigencias a la descripción legal del hecho que la justifica.

Así, entre varios precedentes de la CIDH, se ha destacado la importancia de la determinación de la gravedad del hecho típico puesto que la graduación de los niveles de severidad de la pena aplicable debe corresponderse con aquélla.

En relación a la pena de muerte, en “Boyce vs. Barbados”, S del 20/11/2007, con cita de “Hilaire y otros vs. Trinidad Tobago”, S del 21/6/02, se ha dicho que:

“..el homicidio puede y debe ser reconocido bajo diversas categorías (tipos penales) que correspondan a la diversa gravedad de los hechos, tomando en cuenta los distintos elementos que pueden concurrir en ellos: especiales relaciones, móvil, circunstancias, medios empleados..”.

---

excepción de una reserva formulada en el momento de la ratificación o la adhesión en la que se prevea la aplicación de la pena de muerte en tiempo de guerra como consecuencia de una condena por un delito sumamente grave de carácter militar cometido en tiempo de guerra”.

<sup>22</sup> Aunque no siempre fue así. El Prof. Schünemann en su exposición del día 27/3/19 en la sede de este Instituto recordó que los chinos, a principios del siglo pasado, tenían vigente una pena que consideraban más grave que la de muerte (desmembraban gradualmente al penado hasta que moría).

En “Raxcaco Reyes vs. Guatemala”, S del 15/9/2005, se expresó que el Estado “debe modificar, dentro de un plazo razonable, el artículo 201 del CP vigente, de manera que se estructuren tipos penales diversos y específicos para determinar las diferentes formas de plagio o secuestro, en función de sus características, la gravedad de los hechos y las circunstancias del delito, con la correspondiente previsión de punibilidades diferentes, proporcionales a aquéllas, así como la atribución al juzgador de la potestad de individualizar las penas en forma consecuente con los datos del hecho y el autor, dentro de los extremos máximo y mínimo que deberá consagrar cada conminación penal..”.

## **5. En relación a la finalidad de la ejecución:**

**5.1.** Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas (CN, art. 18);

**5.2.** Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados (Pacto de San José, art. 5.6; PIDCyP, art. 10.3).

Este principio en la actualidad sigue vigente. No obstante ello la dogmática penal no puede estar ajena al debate que en los últimos 50 años gira a su alrededor, y en consecuencia lo debe confrontar con: 1) los esfuerzos científicos por verificarlo; 2) los enfoques que sostienen el colapso teórico y empírico de las tesis correccionalistas de las que deriva; 3) la emergencia del llamado “giro punitivo” que aspira sucederlo (Garland (2001) 2005:109) y 4) el callejón sin salida (¿fracaso?) al que conduce dicho intento.

## **6. En relación a las pautas de ejecución:**

**6.1.** Las cárceles de la nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas (CN, art. 18);

**6.2.** Está prohibida la pena de azotes y toda especie de tormento (CN, art. 18);

**6.3.** Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (Pacto de San José, art. 5 .2; PIDCyP, art. 10.1), humanamente (PIDCyP, art. 10.1). Por ello, la ejecución de la pena no debe ser inhumana (DUDH, art. 5; Pacto de San José, art. 5.2; PIDCyP, art. 7; Convención contra la Tortura, art. 16) ni debe afectar la dignidad ni la capacidad física e intelectual del recluso (Pacto de San José, art. 6 .2);

**6.4.** Los condenados estarán separados de los procesados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición (PIDCyP, art. 10 2. a));

**6.5.** La ejecución no debe ser cruel (DUDH, art. 5; DADyDdelH, art. XXVI (1948)), Pacto de San José, art. 5.2, PIDCyP, art. 7; Convención contra la Tortura, art. 16).

Ver en este capítulo lo dicho en el Punto 2.4 c) en relación al caso “Bucklew v. Precythe, Direcythe, Director, Missouri Department of Correccions et al”.

**6.6.** La ejecución no deben ser degradante (DUDH, art. 5; Pacto de San José, art. 5.2, PIDCyP, art. 7; Convención contra la Tortura, art. 16);

**6.7.** En la ejecución de la pena privativa de la libertad “... nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio...”. Sin embargo, en los países en los cuales ciertos delitos pueden ser castigados con la pena de prisión acompañada de trabajos forzados, dicha prohibición no alcanza “el cumplimiento de una pena de trabajos forzados impuesta por un tribunal competente”. Asimismo, no se considerarán como "trabajo forzoso u obligatorio", los trabajos o servicios que, aparte de los mencionados anteriormente, “se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada, o de una persona que habiendo sido presa en virtud de tal decisión se encuentre en libertad condicional;...” (PIDCyP, art. 8 .3) a) b) y c));

**6.8.** El penado no puede ser sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos (PIDCyP, art. 7 últ. parte).

### **Bibliografía**

- ATIENZA, MANUEL, “Constitucionalismo y Derecho penal”, en *Constitución y sistema penal*, Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo (Dir.), Marcial Pons, 2012.
- BECCARÍA, CESARE, Tratado de los delitos y de las penas, Universidad Carlos III de Madrid, (1766) 2015.
- CRESPO, EDUARDO DEMETRIO, “Constitución y sanción penal”, Libertas - Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, Nº 1, 2013 (julio).
- DE LA RÚA, JORGE, TARDITI, AÍDA, *Derecho Penal, Parte General*, Hammurabi José Luis Depalma Editor, Buenos Aires, 2014/5.
- DURKHEIM, EMILE, “Dos leyes de la evolución penal”, *Année Sociologique* Volumen IV 1899-1900, Journal Sociologique PUF 1969.
- FERRAJOLI, LUIGI, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34 (2011), consultado en [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr) el 31 de marzo de 2019.
- FEUERBACH, ANSELM V., *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, traducción al castellano de la 14 ed. Alemana (Giesen, 1847), Hammurabi, José L. Depalma Editor, Buenos Aires (1801) 1989.
- GARLAND, DAVID, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Gedisa editorial, Barcelona (2001) 2005.
- GARLAND, DAVID, “Penalidad y Estado Penal”, *Delito y Sociedad* 42, año 25, (2013) 2016.
- GRECO, LUIS, “Conveniencia y respeto: sobre lo hipotético y lo categórico en la fundamentación del Derecho Penal”, [www.indret.com](http://www.indret.com), Barcelona, octubre de 2010.
- GRECO, LUIS, “Dos formas de hacer dogmática jurídico-penal”, *Revista Discusiones* Nº 8, Bahía Blanca, 2008, consultado en [www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com) el 31 de marzo de 2019.
- KUHLEN, LOTHAR, “Sobre la relación entre el mandato de certeza y la prohibición de la analogía”, publicado en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Edición e introducción de Juan Pablo Montiel, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- KUHLEN, LOTHAR, “Concepto y particularidad de la interpretación conforme a la Constitución”, en Kuhlen, Lothar, *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*, Marcial Pons, 2012, consultado en <https://www.marcialpons.es> el 31 de marzo de 2019.

- LASCANO, CARLOS J. (h), et. al., *Derecho Penal, Parte General*, Libro de Estudio, Advocatus, Córdoba, 2005.
- LASCANO, CARLOS J. (h), “Derecho Penal y Constitución”, *Revista de derecho penal y criminología*, N° 10, La Ley, Bs. As., 2015.
- MONTIEL, JUAN PABLO, “Estructuras analíticas del principio de legalidad”, [www.indret.com](http://www.indret.com), Barcelona, Enero de 2017.
- NUÑEZ, RICARDO C., *Derecho Penal Argentino*, Editorial Bibliográfica Argentina, T I a V, Buenos Aires, 1964/7; Lerner Ediciones, T VI a VII, Córdoba, 1971/4.
- RAVIGNANI, EMILIO, *Asambleas Constituyentes Argentinas*, t. IV, págs. 834 y ss., Buenos Aires, Talleres S.A. Casa Jacobo Peuser Ltda., 1937.
- ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos, La estructura de la teoría del delito*, T 1, Civitas, Madrid, (1994) 1997.
- SAINT-EDME, THÉODORE BOURG (1785-1852), *Dictionnaire de la pénalité dans toutes les parties du monde connu, Tableau historique, chronologique et descriptif des supplices, tortures ou questions ordinaires et extraordinaires, tourmens, peines corporelles et infamantes, châtimens, Correctiones, etc., ordonnés par les Louis, ou infligés par le cruauté ou le caprice, chez tous les peuples de la terre, tant anciens que modernes, auxquels on a rattaché les faits les plus importans que l'histoire presente en condamnations ou exécutions civiles, correcxtionnelles ou criminelles; Par M.B. Saint-Edme Orné de 48 gravures, et dédié au jeune barreau francais, dans la personne de M° Merilhau, Avocat, Paris, Chez l'Editeur, Place del Odeón, N° 3, El Chez Rousselon, Libraire, Rue d'Anjou-Dauphine N° 9, 1824-1828.*
- SÓFOCLES, *Antígona*, 442 a.C, Atenas, Grecia Antigua, Peuhen Editores, 2001, consultado en <https://assets.una.edu.ar> el 31 de marzo de 2019.
- THAYER, JAMES BRADLEY, *The origin and scope of the american doctrine of constitutional law*, Harvard Law Review, Vol. VII, Octubre 25, N° 3, 1893.
- VÁSQUEZ, ROBERTO V., *La racionalidad de la pena*, Alción Editora, Córdoba, 1995.
- VÁSQUEZ, ROBERTO V., “Prolegómenos de la ejecución de la pena privativa de la libertad”, *La Ley*, Suplemento de Jurisprudencia Penal, 24 de marzo del 2000, Buenos Aires.
- VÁSQUEZ, ROBERTO V., "Interpretación histórica sobre normas de coerción personal (con motivo de la aprehensión privada en caso de flagrancia)", *La Ley*, 2015.
- VÁSQUEZ, ROBERTO V., “¿Qué delito habilita la aprehensión privada en caso de flagrancia?”, *Revista de derecho Penal y Criminología*, Número 3, La Ley, Buenos Aires, 2016.
- WELZEL, HANS, *Derecho Penal Alemán, Parte General*, 11 Edición, Editorial Jurídica de Chile, 1970.
- ZAFFARONI, EUGENIO R., *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Ediar, 1983.
- ZAFFARONI, EUGENIO R., ALAGIA, ALEJANDRO, SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Bs. As., 2000.

# **Análisis de la propuesta de incorporación del régimen de caducidad en el Código Penal Argentino, elaborado por Fernando Córdoba y Patricia Ziffer**

*Analysis of the proposal of incorporation the expiration regime in the Argentine Criminal Code, prepared by Fernando Córdoba and Patricia Ziffer*

por: **ELBA CECILIA SAUCEDO QUINTANA**\*

**RESUMEN:** En el año 2015, al artículo 59 del Código Penal Argentino, se le agregó un nuevo inciso, en donde prevé dos medios alternativos de resolución del conflicto penal. Con la propuesta efectuada por Fernando Córdoba y Patricia Ziffer, el contenido del mencionado inciso, se trasladó al art. 71. Es así que, el régimen de caducidad pasó a ser uno de los supuestos de extinción de la acción penal. El análisis se efectuará tomando en consideración, el proyecto alternativo de la parte general del Código Penal Argentino presentado por los autores y el actual código.

**PALABRAS CLAVES:** Caducidad. Plazos. Proceso penal. Acción penal.

**ABSTRACT:** *In 2015, article 59 of the Argentine Criminal Code was added a new paragraph, which provides two alternative means of resolving the criminal conflict. With the proposal made by Fernando Córdoba and Patricia Ziffer, the content of the aforementioned clause, moved to art. 71. Thus, the expiration regime became one of the suppositions of termination of the criminal action. The analysis will be made taking into consideration the alternative project of the general part of the Argentine Penal Code presented by the authors and the current code.*

**KEYWORDS:** *Expiration. Terms. Criminal process. Criminal action.*

## **Introducción**

El presente trabajo está relacionado con el que efectuara con motivo de las reformas que la Ley 27.147 —sancionada en junio de 2015— introdujo al Código Penal Argentino<sup>1</sup>. El tema elegido entonces fue la incorporación al artículo 59 del Código Penal, en su inciso 6°, de la conciliación o reparación integral del perjuicio como causales de extinción de la acción penal. La investigación tuvo en cuenta la recepción que tenían sobre el tema los códigos de procedimiento penal de las provincias, porque la reforma efectuaba la remisión a las leyes procesales; por tal motivo era adecuado saber qué decían sobre los medios alternativos de resolución de los conflictos.

Ahora, con el proyecto alternativo de la Parte General del Código Penal Argentino (elaboración conjunta de Fernando Córdoba y Patricia Ziffer) en estudio (en adelante lo

---

\* Abogada, trabaja en el Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. Correo electrónico: ceciliasaucedoquintana@hotmail.com

<sup>1</sup> ELBA CECILIA SAUCEDO QUINTANA, “Conciliación o reparación integral del perjuicio, como causales de extinción de la acción penal”. *Cuadernos de Derecho Penal*, 3, 2017, 67-81. Disponible en: <http://www.acaderc.org.ar/ediciones/cuadernos-de-derecho-penal-ndeg-3/view>

llamaré proyecto), el artículo 59 del Código Penal mantiene un inciso 6°, pero la acción quedaría extinguida “por aplicación de un régimen de caducidad, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes”<sup>2</sup>.

Como se puede advertir, tanto la Ley 27.147 como el proyecto remiten a los códigos de procedimiento penal de las distintas provincias argentinas. En el trabajo, tomaré en cuenta la parte general del proyecto buscando relacionarlo entre sí y con el actual articulado del Código Penal y, por supuesto, con el derecho de forma, orientando mi enfoque hacia el Código de Procedimiento de la Provincia de Córdoba.

Finalmente, me centraré en analizar, los fundamentos que tuvieron en cuenta los autores del proyecto, para incorporar al artículo 59 del Código Penal Argentino, referido a la extinción de acciones y de penas, un régimen de caducidad de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes.

### Consideraciones previas

Voy a transcribir un párrafo de mi anterior escrito. “A lo largo de este trabajo, menciono el principio de oportunidad y el de disponibilidad de forma indistinta, pero [...] tal cual lo refirió Carlos Lascano (h), en una conferencia pronunciada en octubre de 2015 en la Asociación de Magistrados y Funcionarios Judiciales del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, en el marco de las Jornadas sobre “El principio de oportunidad”, cuando citaba a José I. Cafferata Nores, Julio Maier, Jorge de la Rúa y otros, «los criterios de oportunidad son las razones de la disponibilidad»”.

En el año 2015, el procedimiento penal de la provincia de Córdoba, no hacía referencia al principio de oportunidad y menos cuáles eran sus supuestos. Hasta que el 24 de mayo de 2017, la Legislatura sancionó la Ley 10.457, que introdujo una serie de reformas al Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, publicadas en junio de 2017. Con esta reforma, el Código (en la sección segunda —denominada Reglas de Disponibilidad de la Acción Penal—), en su artículo 13 bis, incorporó criterios de oportunidad, en donde el Ministerio Público Fiscal continúa con el deber de promover la acción penal pública, pudiendo prescindir total o parcialmente de ella. Esta modificación al Código de Procedimiento de Córdoba se la puede contemplar (a muy grandes rasgos) en el siguiente cuadro:

1. En el procedimiento penal de Córdoba, sigue siendo la regla el principio de legalidad, pero también está previsto el principio de oportunidad; es decir, tenemos lo que se da en llamar principio de oportunidad reglado.

Regla	Excepción
Principio de legalidad (arts. 5 y 71 del C. P. P.)	Dependiente de instancia privada (arts. 5 y 6 del C. P. P.)
Sin embargo, en el art. 13 bis del C. P. P. de Córdoba menciona los criterios de oportunidad; entre ellos, en el inc. 5, se encuentra la conciliación y reparación del daño. En el art. 13 quater del C. P. P de Córdoba, se señala los efectos que tiene la aplicación de los supuestos del art. 13 bis: extinción de la acción	

<sup>2</sup> FERNANDO CÓRDOBA y PATRICIA ZIFFER, Proyecto alternativo de Parte General del Código Penal (material suministrado por la Academia Nacional de Derechos de la Ciudad de Córdoba).

penal pública, mediante el dictado de una sentencia de sobreseimiento.	
--	--

Fuente: elaboración propia en base a material bibliográfico consultado

2. El actual Código Penal remite a los criterios de oportunidad previstos en los códigos procesales; en cambio, el proyecto sigue manteniendo esa remisión, pero la diferencia está en que el mismo código también prevé los casos en donde procede la disponibilidad de la acción. Acompaño cuadro:

Actual art. 59 inc. 5 del C. P.	Art. 59 inc. 5 del proyecto de C. P.
La acción penal se extinguirá: Por aplicación de un criterio de oportunidad, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes.	La acción penal se extinguirá: Por aplicación de un criterio de oportunidad, de conformidad con lo previsto en este Código y en las leyes procesales correspondientes.

Fuente: elaboración propia en base a material bibliográfico consultado

3. Si bien el artículo 59, el 71 y siguientes del Código Penal están relacionados, en este caso sólo hago la diferencia con el artículo 71 del C. P., en donde se resalta la incorporación de cuatro supuestos de disponibilidad de la acción. La diferencia es observada en el siguiente cuadro:

Actual art. 71 del C. P.	Art. 71 del proyecto de C. P.
Regla: Principio de legalidad, pero también prevé la disponibilidad de la acción penal de conformidad a las legislaciones procesales. Excepción: las que dependieren de instancia privada y las acciones privadas.	Regla: Principio de legalidad, pero faculta al Fiscal a no instar la promoción de la acción o desistir de la promovida. Excepción: las dependientes de instancia privada.
No menciona supuestos de disponibilidad de la acción, en el mismo art. 71.	Menciona 4 supuestos, entre ellos la conciliación y reparación del daño.

Fuente: elaboración propia en base a material bibliográfico consultado

### **El art. 59 inc. 6 del Proyecto Alternativo de la Parte General del Código Penal Argentino**

Con los siguientes cuadros, resumo el cambio que plantea el proyecto con la incorporación del régimen de caducidad previsto por las leyes procesales al Código Penal.

1. Es evidente las diferencias entre el artículo actual y el del proyecto:

Actual art. 59 inc. 6 del Código Penal	Art. 59 inc. 6 del proyecto de Código Penal
La acción penal se extinguirá: Por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes.	La acción penal se extinguirá: Por aplicación de un régimen de caducidad, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes.

Fuente: elaboración propia en base a material bibliográfico consultado

2. En el actual Código Penal, el término caducidad aparece, pero referido a los pla-

zos que se necesitan para que el registro de las sentencias condenatorias caduque, y también cuando los tribunales deben comunicar a los registros la fecha de caducidad.

Actual Código Penal	Proyecto de Código Penal
El término caducidad aparece en el art. 51, segundo y cuarto párrafo.	Aparece el término caducidad en los arts. 52 y 53, y finalmente el art. 59 nombra a un régimen de caducidad.

Fuente: elaboración propia en base a material bibliográfico consultado

### Un poco de historia y de significados

Haciendo un recorrido histórico a través de los distintos proyectos que se presentaron para modificar el Código Penal argentino, veremos si el régimen de caducidad fue incorporado al artículo dedicado a la extinción de la acción penal. Comenzamos con el proyecto de Código Penal de José Peco, que en su artículo 90 señalaba: “La potestad para ejercer la acción se extingue: 1. por la amnistía, 2. por la prescripción, 3. por la renuncia del agraviado, en los delitos de acción privada”. Por su parte, el proyecto de Código Penal para la República Argentina de 1936, de Jorge Coll y Eusebio Gómez, en su artículo 103 señalaba: “La acción penal se extinguirá: 1. por la muerte del imputado, 2. por la amnistía, 3. por la prescripción, 4. por la renuncia del agraviado, respecto de los delitos de acción privada”. Asimismo, el Código Penal —proyecto del Poder Ejecutivo de 1951—, en su artículo 127 señalaba: “La acción penal se extinguirá por: 1. muerte del imputado, 2. prescripción, 3. renuncia de su titular en los delitos de acción privada, 4. muerte de su titular en los delitos de acción privada, salvo lo dispuesto en el artículo 120, 5. perdón de la víctima, en los casos establecidos en la ley, 6. anulación del matrimonio, en los casos de concubinato adulterino, 7. amnistía. Esta no eximirá de reparar el perjuicio causado, conforme a la legislación civil”.

El proyecto de Código Penal para la Nación Argentina de 1953 —Levene, Maldonado, Laplaza—, en su artículo 124 señalaba: “Las acciones penales se extinguen por: 1. muerte del imputado, 2. amnistía, 3. prescripción, 4. renuncia del titular en los delitos enumerados en el artículo 121, 5. muerte del cónyuge ofendido, en los casos de los artículos 245 y 248 inciso 4”. El proyecto de Código Penal de 1960, en su artículo 100, señalaba: “La acción penal se extinguirá: 1. por la muerte del imputado, 2. por la amnistía, 3. por la prescripción, 4. por la renuncia del agraviado, respecto de los delitos de acción privada, 5. por el casamiento con la ofendida, en los casos previstos en el art. 166. Las causales de los incisos 1° 2° y 3° no tienen efecto sobre las indemnizaciones emergentes del hecho”. El proyecto de 1973, en su artículo 101, señalaba: “La acción penal se extingue: 1. por la muerte del imputado, 2. por amnistía, 3. prescripción, 4. por la renuncia del agraviado, respecto de los delitos de acción privada o instancia privada, 5. por el casamiento con la ofendida, en los casos previstos en el artículo...”<sup>3</sup>. El anteproyecto de Código Penal de la Nación de 2014, en su artículo 46 señalaba: “1. La acción penal se extinguirá: a. Por la muerte del imputado, b. Por la amnistía, c. Por la prescripción, d. En el supuesto del inc. 5° del artículo 42° (conversión de la acción), e. En el supuesto del inc. 5° del artículo 43° (cuando cesare la incapacidad o el menor cumpliere los diez y seis años, podrán desistir de la acción promovida por su representante o, en su caso, por el fiscal), f. En los supuestos de

<sup>3</sup> EUGENIO ZAFFARONI y MIGUEL ARMEDO, *Digesto de Codificación Penal Argentina*. Tomos I, II, III, IV, V, VI, VII. Buenos Aires, A-Z editora, 1996.

los incisos 9° y 11° del artículo 45° (inc. 9 si el imputado no fuese condenado por ningún delito cometido durante el plazo de suspensión, reparase los daños conforme a lo ofrecido y cumplierse regularmente las reglas de conducta establecidas, se extinguirá la acción penal; inc. 11, siendo procedente la suspensión del proceso a prueba y tratándose de un extranjero sobre el que pesare una orden administrativa de expulsión firme, se dispondrá el extrañamiento del imputado. La acción penal solo se extinguirá si en los cinco años posteriores a su salida la persona reingresare al país.), g. Por la renuncia del agraviado, respecto de los delitos de acción privada. 2. La renuncia de la persona ofendida al ejercicio de la acción penal solo tendrá efecto para el renunciante y sus herederos”<sup>4</sup>. Como se puede apreciar, en los artículos dedicados a la extinción de la acción penal no aparece el régimen de caducidad como un supuesto de extinción de la acción penal.

Como el proyecto no tiene un artículo dedicado al significado de los conceptos, como lo tiene el actual, se tendrá que indagar. Es así que el diccionario de la Real Academia define régimen como el “conjunto de normas por las que se rige una institución, una entidad o una actividad”, mientras que por caducidad entiende la “extinción de una facultad o de una acción por el mero transcurso de un plazo configurado por la ley como carga para el ejercicio de aquellas”<sup>5</sup>. Entonces, el régimen de caducidad sería un conjunto de normas que prevén distintas facultades que, si no se las hace valer en la oportunidad indicada, tiene como efecto la imposibilidad de efectuarla con posterioridad.

Para una enciclopedia jurídica, en tanto, caducidad “es la acción y efecto de caducar, acabarse, extinguirse, perder su efecto o vigor, sea por falta de uso, por terminación de plazo u otro motivo [...] Castan menciona que la institución llamada caducidad o decadencia de derechos tiene lugar cuando la ley o la voluntad de los particulares señalan un término fijo para la terminación de un derecho, de tal modo que transcurrido este último no puede ya ser ejercitado”<sup>6</sup>. Y para el diccionario jurídico de Garrone, “La caducidad es la pérdida o extinción de una acción o de un derecho por inacción del titular en plazo perentorio, o, también, por incumplimiento de recaudos legales”<sup>7</sup>.

En función de ello, podemos decir que el régimen de caducidad es ese conjunto de normas que prevén distintos derechos o acciones que, si no se los ejercita en los plazos fijados, no se los puede efectuar posteriormente.

### **Caducidad de la acción procesal o caducidad de derecho**

Para tener un panorama general sobre el tema, recurro a lo manifestado por el doctor Carlos Creus, quien señala que “[...] encontramos dos factores que impiden la perseguibilidad del delito a fin de imponer la pena: los casos en que queda impedida la promoción válida de la acción procesal y aquellos en que esta queda extinguida”, elaboro el siguiente cuadro.

Factores que impiden la promoción válida de la acción procesal penal	Factores que extinguen la acción procesal penal
La falta de actividad del sujeto u órgano jurídicamente habilitado para promoverla	1. Muerte del imputado. 2. Amnistía.

<sup>4</sup> Anteproyecto de Código Penal de la Nación. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, marzo de 2014, 1ª edición. Buenos Aires.

<sup>5</sup> Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española. Disponible en. [www.rae.es](http://www.rae.es)

<sup>6</sup> *Enciclopedia Jurídica Omeba*, tomo II – B-Cla. Buenos Aires, Bibliografía Argentina, 1955, pp. 481-482.

<sup>7</sup> JOSÉ GARRONE, *Diccionario Jurídico Abeledo-Perrot*, tomo I – A-D. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, 2ª edición ampliada, pp. 284-285.

(titular de la acción) 1. El ofendido – víctima en los delitos de acción privada (art. 73 C. P.). 2. El representante del Ministerio Público Fiscal (arts. 71 y 72 C. P., aunque respecto del último el ejercicio está condicionado).	3. Prescripción. 4. Renuncia del agraviado, respecto de los delitos de acción privada. 5. Oblación de la multa en los delitos reprimidos exclusivamente con dicha pena (art. 64 C.P.).
---	--

Fuente: elaboración propia en base a material bibliográfico consultada

Los autores del proyecto, han ubicado al nuevo inc. 6 del art 59, en el título XIII denominado “Extinción de acciones y de penas”, por lo tanto, ¿el régimen de caducidad se estaría refiriendo a la extinción de la acción procesal penal?

La palabra caducidad está diseminada por casi toda la normativa Argentina. En el Código Civil y Comercial, el Código de Minería (arts. 218 y 219), el Código Aeronáutico (arts. 208 y 209), el Código Aduanero<sup>8</sup> (art. 945) y también en el Código de Procedimiento Penal de Córdoba.

De este concepto, vale resaltar el término *plazos*. Los autores Cafferata Nores y Tarditti, al comentar el artículo 180 del Código de Procedimiento Penal de Córdoba, señalan que “El código equipara los conceptos de «término» y de «plazo» para aludir al lapso de tiempo dentro o fuera del cual deben cumplirse los actos procesales por el órgano judicial y las partes intervinientes [...] La regla consagra como principio rector que los actos procesales se cumplan en los términos establecidos, pero las consecuencias que irroga la inobservancia de estos depende si se trata de términos ordenatorios, perentorios o fatales”<sup>9</sup>.

La preclusión, inadmisibilidad, nulidad y la caducidad son sanciones procesales penales. Para los doctores Roberto Cornejo y Eugenio Pérez Moreno, la caducidad “es la pérdida del poder jurídico para cumplir un acto procesal por haber transcurrido el término perentorio dentro del cual dicho poder debió ser ejercido”<sup>10</sup>.

Analizando los artículos del Código de Procedimiento de Córdoba<sup>11</sup>, el término caducidad aparece con las siguientes palabras: “bajo pena de caducidad”, en el artículo 102 (oposición a la intervención del actor civil), el artículo 188 (oportunidad para instar las nulidades) y el artículo 383 (oportunidad para plantear las cuestiones preliminares). En cambio, en el artículo 104, que lleva como título Caducidad e Irreproductibilidad, se refiere que, si no se opuso en la oportunidad que fija el artículo 102, la constitución del actor civil será definitiva.

Siguiendo a los doctores Cafferata Nores, Montero, Vélez, Ferrer, Novillo Corbalán, Balcarce, Hairabedian, Frascaroli y Arocena, “La caducidad no está sistematizada, sino diseminada en el articulado del Código, en forma expresa e implícita [...] son casos de caducidad implícita la oportunidad para interponer una recusación (art. 67), la oportunidad del querellante para instar su participación en el proceso (art. 92), el plazo de constitución

<sup>8</sup> Disponible en: <http://www.saij.gob.ar>

<sup>9</sup> J. CAFFERATA NORES, y A. TARDITTI. *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba – comentado* (con la colaboración de Gustavo A. Arocena), tomo II (arts. 301 al 560). Córdoba, Mediterránea, 2003, pp. 429.

<sup>10</sup> ROBERTO CORNEJO y EUGENIO PÉREZ MORENO, “Sanciones procesales (ley 8123 y modif)”. *Cuaderno 2*, Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Córdoba, Advocatus, 1997, pp. 111.

<sup>11</sup> GUSTAVO AROCENA, *Procedimiento Penal de Córdoba – Código Procesal Penal de la Provincia y normas complementarias*. Córdoba, Mediterránea, 2017, 5ª edición actualizada, ampliada y corregida.

para ejercer la acción civil resarcitoria (art. 100), el plazo para interponer recurso de reposición (art. 458)”<sup>12</sup>.

Como se observa, los artículos del Código de Procedimiento de Córdoba se están refiriendo a la caducidad de derechos; por ejemplo, si no me constituyo en querellante en la oportunidad fijada, no me opuse a la intervención del actor civil; lo que pierdo es un derecho, pero el proceso penal continúa sin mí como querellante y con un actor civil.

Respondiendo a la pregunta, que me hiciera más arriba, en el Código de Procedimiento Penal de Córdoba, la caducidad es tratada como una sanción procesal, cuya consecuencia es la pérdida de un derecho en el proceso penal.

### **Fundamentos de la reforma propuesta por el proyecto**

Cuando se efectuó la reforma en 2015, las mayorías de las provincias ya habían incorporado en sus códigos la disponibilidad de la acción. Al tener posibilidad de acceder a los antecedentes parlamentarios, podemos saber algunos de los motivos tenidos en cuenta para la reforma. El senador Rodolfo Urtubey señaló que “las provincias argentinas, un poco frente a la inacción del orden federal, en cuanto a modernizar su propio reglamento procesal, fueron avanzando, disponiendo de la acción [...] ¿Qué hicimos nosotros? [...] Pongamos en el Código Penal esta posibilidad de extinción de la acción, para que quede claramente en el Código Penal sancionado para todo el país, como código de fondo, que esa posibilidad de disponer de la acción exista”<sup>13</sup>. Atento a ello, se incluyeron tres incisos en el artículo 59 — Título 10: Extinción de Acciones y de Penas—: a) se refiere al principio de oportunidad, b) la conciliación y reparación integral del perjuicio, y c) el cumplimiento de las condiciones establecidas para la suspensión del proceso a prueba, todos de conformidad a las leyes procesales correspondientes.

De los antecedentes parlamentarios, observo que uno de los fundamentos de la incorporación de la disponibilidad de la acción al Código Penal era receptor un principio que ya era aplicado por la mayoría de las provincias y hacerlos extensivo a todas, evitando así la diversidad normativa y los posibles conflictos que pudiera derivar de ello.

Con relación al proyecto, no sabemos el motivo por el cual se quiere introducir un régimen de caducidad de conformidad a las leyes procesales, como un inciso en el artículo dedicado a la extinción de la acción; por ello, tras un detallado análisis, podemos decir que su finalidad es:

1. Completar la reforma operada en 2015, ya que la remisión que hace el artículo 59 inciso 5 al artículo 71 del proyecto de Código Penal permite uniformar los criterios de oportunidad, por una parte, pero también reconoce los supuestos propios que tuviera cada código de procedimiento penal provincial. Por ejemplo, en el procedimiento cordobés hay dos supuestos que no están en el proyecto: “si la intervención del imputado se estimara de menor relevancia y pudiera corresponder, en el caso concreto, una pena de ejecución condicional y cuando el imputado se encuentre afectado, según dictamen pericial, por una en-

---

<sup>12</sup> JOSÉ I. CAFFERATA NORES, JORGE MONTERO, VÍCTOR M. VÉLEZ, CARLOS F. FERRER, MARCELO NOVILLO CORVALÁN, FABIÁN BALCARCE, MAXIMILIANO HAIRABEDIAN, MARÍA SUSANA FRASCAROLI y GUSTAVO A. AROCENA, *Manual de Derecho Procesal Penal*. Córdoba, Advocatus, 2012, 3ª edición, actualizada y mejorada, pp.184.

<sup>13</sup> RODOLFO URTUBEY. Cámara de Senadores de la Nación, Diario de Sesiones. Sesión del 27 de mayo de 2015, pp. 103. Disponible en <http://www.senado.gov.ar/parlamentario/parlamentaria/actas>

fermedad terminal”<sup>14</sup>. A raíz de la enumeración de los casos, en donde el titular de la acción puede disponer de ellas (artículo 71 del proyecto), el inciso 6 del artículo 59 del actual C.P. se trasladó al artículo 71 del proyecto.

2. Estar a tono con el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, ya que remite en varias oportunidades a sus artículos, por ejemplo: el 75 inciso 4, “La suspensión del juicio a prueba hará inaplicables al caso las reglas de prejudicialidad de los artículos 1.775 y 1.776 del Código Civil y Comercial de la Nación”; el 12, “[...] de la responsabilidad parental conforme al Código Civil y Comercial de la Nación [...]”, etcétera. Todo esto me lleva al Capítulo 4, “Caducidad de los derechos”: son varios artículos, pero me detengo en el 2.566, que dice “La caducidad extingue el derecho no ejercido”<sup>15</sup>. Al respecto, la doctora María I. Benavente señala que “El Código Civil no contenía una definición de caducidad y tampoco un Capítulo dedicado a este instituto. Había normas individuales que establecían supuestos de caducidad sustancial y normas procesales, ámbito este en donde el instituto estaba más difundido”<sup>16</sup>. Lo que reafirma lo dicho, una de las finalidades del proyecto es estar a tono con el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ya que es novedosa la incorporación al Código Penal de un régimen de caducidad. Además, vale destacar que el nuevo Código Civil se refiere a la caducidad de derechos y no de las acciones.

### **Conclusiones**

El régimen de caducidad, abarcaría tanto a la extinción de derechos como de acciones. Pero como el proyecto hace remisión a las leyes procesales, efectué un análisis del procedimiento penal de Córdoba, el cual dio como resultado que la caducidad se estaría inclinando más por la extinción de derechos.

Las provincias, en sus códigos procesales, reglamentan una serie de derechos, algunas tendrán plazos otras no. Los derechos, no ejercidos en los plazos fijados, se pierden. No encuentro la necesidad de reafirmar la pérdida de un derecho, en el Código Penal.

Para otra oportunidad, podría ser un tema de investigación el siguiente: Algunos de los principios del Derecho Penal, debieran ser tenidos en cuenta a la hora de formular proyectos de reformas; por ejemplo, el principio de mínima suficiencia. En el sentido de ser regulados por el Código Penal, cuando sea imprescindible.

Me parece acertada la propuesta del proyecto de uniformar los criterios de oportunidad, pero sin desconocer los supuestos propios que tuviera cada Código de procedimiento penal provincial. Al enumerar, en el artículo 71 del proyecto, los casos en donde se puede disponer de la acción, me parece adecuado trasladar el inciso 6 del artículo 59 del actual Código Penal al artículo 71. Eso sí, no remplazaría ese inciso por otro, como lo propone el proyecto.

### **Bibliografía**

AA. VV. [1955] *Enciclopedia Jurídica Omeba*, tomo II – B-Cla. Buenos Aires: Bibliografía Argentina.

ABOSO, GUSTAVO EDUARDO [2017] *Código Penal de la República Argentina*. Buenos Ai-

---

<sup>14</sup>GUSTAVO AROCENA, *Procedimiento Penal de Córdoba – Código Procesal Penal de la Provincia y normas complementarias*. Córdoba, Mediterránea, 2017, 5ª edición actualizada, ampliada y corregida.

<sup>15</sup>Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, Ley 26.994. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar>

<sup>16</sup>MARÍA BENAVENTE, “Libro sexto – Disposiciones comunes a los derechos personales y reales”. En Alberto Bueres, *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*. Buenos Aires, Hamurabi, 2015, pp. 634-635.

- res: B de F. (Comentado, concordado con jurisprudencia, 4ª edición.)
- AROCENA, GUSTAVO [2017] *Procedimiento Penal de Córdoba – Código Procesal Penal de la Provincia y normas complementarias*. Córdoba: Mediterránea. (5ª edición actualizada, ampliada y corregida.)
- BENAVENTE, MARÍA [2015] “Libro sexto – Disposiciones comunes a los derechos personales y reales”. En Alberto Bueres, *Código Civil y Comercial de la Nación*. (Analizado, comparado y concordado.) Buenos Aires: Hammurabi.
- BINDER, ALBERTO [2000] *El incumplimiento de las formas procesales*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- BUTELER, CARRERA, COSTA, DE LA RUA, DESPONTIN, FERREYRA, FRASCAROLI, GAVIER, LASCANO, MONTIEL, PÉREZ BARBERÁ, PÉREZ CEPEDA, REINALDI, RIVERA, VIDAL [2000] *Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología*, Nueva Serie, N° 3. Córdoba: Lerner.
- BUTELER, ENRIQUE [2017] *Disponibilidad de la acción penal y suspensión del proceso a prueba en Córdoba*. Córdoba: Mediterránea.
- CAFFERATA NORES, JOSÉ I. (comp.) [2008] *Proceso penal: nuevos estándares y controversias*. Córdoba: Mediterránea.
- CAFFERATA NORES, JOSÉ I. y TARDITTI, AÍDA [2003] *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba – comentado* (con la colaboración de Gustavo A. Arocena), tomo II (arts. 301 al 560). Córdoba: Mediterránea.
- CAFFERATA NORES, JOSÉ I.; MONTERO, JORGE; VÉLEZ, VÍCTOR M.; FERRER, CARLOS F.; NOVILLO CORVALÁN, MARCELO; BALCARCE, FABIÁN; HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO; FRASCAROLI, MARÍA SUSANA; AROCENA, GUSTAVO A. [2012] *Manual de Derecho Procesal Penal*. Córdoba: Advocatus. (3ª edición, actualizada y mejorada.)
- CREUS, CARLOS [1999] *Derecho Penal – Parte General*. Buenos Aires: Astrea. (4ª edición, actualizada y ampliada.)
- CREUS, CARLOS [2000] *Invalidez de los actos procesales penales*. Buenos Aires: Astrea. (2ª edición, actualizada y ampliada.)
- CORNEJO, ROBERTO Y PÉREZ MORENO, EUGENIO [1997] “Sanciones procesales (ley 8.123 y modif)”. *Cuaderno 2*, Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Córdoba: Advocatus.
- DE CAMPOS, MANUEL [2004] “Sobre la necesidad de una reforma integral y sistematizada del Código Penal”. En Carlos Alberto Mahiques, *El Derecho Penal – doctrina y jurisprudencia*. Buenos Aires: El Derecho.
- GARRONE, JOSÉ [1993] *Diccionario Jurídico Abeledo – Perrot*. Tomo I – A-D. Buenos Aires: Abeledo –Perrot. (2ª edición ampliada.)
- MIR PUIG, SANTIAGO [2008] *Derecho Penal – Parte General*. Buenos Aires: B de F.
- SAUCEDO QUINTANA, ELBA CECILIA [2017] “Conciliación o reparación integral del perjuicio, como causales de extinción de la acción penal”. *Cuadernos de Derecho Penal*, 3, Academia Nacional de Derecho de Córdoba. Disponible en: <http://www.acaderc.org.ar/ediciones/cuadernos-de-derecho-penal-ndeg-3/view>
- YACOBUCCI, GUILLERMO [2002] *El sentido de los principios penales*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma.
- ZAFFARONI, EUGENIO Y ARNEDO, MIGUEL [1996] *Digesto de Codificación Penal Argentina*. Tomos I, II, III, IV, V, VI, VII. Buenos Aires: AZ editora.

## **Documentos**

Anteproyecto de Código Penal de la Nación. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, marzo de 2014, 1ª edición. Buenos Aires.

Código Civil y Comercial de la Nación, Código de Minería, Código Aeronáutico, Código Aduanero. Disponibles en: <http://www.saij.gob.ar>

Código de Trabajo y Seguridad Social. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar>

Foro de Córdoba, Suplemento de Derecho Procesal, año II, N° 4, 2002, editorial Advocatus.

Proyecto alternativo de Parte General del Código Penal, elaboración conjunta de Fernando Córdoba y Patricia Ziffer (material suministrado por la Academia Nacional de Derecho de la Ciudad de Córdoba).

RODOLFO URTUBEY. Cámara de Senadores de la Nación, Diario de Sesiones. Sesión del 27 de mayo de 2015.

Disponible en: <http://www.senado.gov.ar/parlamentario/parlamentaria/actas>

Universidad Nacional de Córdoba – Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Cuaderno 2, Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional – publicación del Departamento de derecho procesal y práctica profesional – nueva serie. Córdoba – República Argentina – 1997, editorial Advocatus.

**El robo cometido mediante el empleo impropio de un arma de fuego inidónea, ¿es un ‘robo con uso de armas’?  
Hacia una re-interpretación del sistema punitivo previsto para el ‘robo a mano armada’**

*The robbery committed by the improper use of an inept firearm, is it a ‘robbery with the use of weapons’?*

*Towards a re-interpretation of the punitive system envisaged for ‘armed robbery’*

por: **HORACIO A. CARRANZA TAGLE\***

**RESUMEN:** Este breve trabajo pretende brindar razones para sostener que, cuando durante un robo se utiliza un arma de fuego no apta para el disparo, pero de manera impropia, golpeando a la víctima a fin de vencer su resistencia al desapoderamiento, dicho hecho debe encuadrarse en la figura de *robo con arma de fuego no operativa* (art. 166 –inc. 2do., 3er. párr., 1er. sup.- C.P.), y no en la de *robo con uso de armas* (art. 166 –inc. 2do-, 1er. párr., 1er. sup.- *ibidem*). Finalmente, se enuncian las consecuencias dogmáticas que, a nuestro juicio, genera esta posición.

**PALABRAS CLAVES:** Robo. Arma impropia. Concurso de leyes.

**ABSTRACT:** *This brief work aims to present reasons to argue that, when a firearm is used during a robbery that is not suitable for firing, but improperly, striking the victim in order to overcome their resistance to disempowerment, this fact must be framed in the figure of “robbery with a non-operational firearm” (art. 166 -inc., 2nd, 3rd, paragraph., 1st, sup.- CP), and not in the figure of “robbery with the use of weapons” (art. 166 -inc. 2nd, 1st paragraph, 1st sup.- ibidem). Finally, the dogmatic consequences that, in our judgment, this position generates are stated.*

**KEYWORDS:** *Robbery. Improper weapon. Apparent competition of laws.*

### **El caso problemático**

Tal como se señala en el resumen, me propongo examinar el correcto encuadre jurídico-penal del caso consistente en que alguien desapodera a otro de una cosa mueble ajena, empleando un arma de fuego no operativa, pero de modo impropio (golpeándolo en la nuca, p.e.), para vencer así su resistencia. Es común entender que estamos ante un supuesto de “robo con uso de arma” (art. 166 –inc. 2do-, 1er. párr., 1er. sup.- C.P.). Adelanto que, a mi juicio, esta calificación legal es errónea. A continuación, brindo argumentos para sustentar mi posición.

---

\* Doctor en Derecho Penal. Asesor letrado penal en el Poder Judicial de Córdoba. Email: horacio.a.carranza@gmail.com.

## **Evolución legislativa**

En primer lugar, resulta necesario, un somero repaso de los antecedentes legislativos relativos al “robo a mano armada”, hasta arribar al régimen actual. Por ello, a continuación transcribo parte del excelente trabajo de Carlos Borinsky, que lleva el título “Derecho Penal y política judicial (a propósito del robo con armas)”<sup>1</sup>.

1. El Código Penal de 1921 castigaba con prisión de un mes a seis años al robo simple (art. 164), y la pena era de 3 a 10 años de reclusión o prisión si aquél se cometía en despoblado y con armas (art. 167, inc. 1º). Como se advierte, el funcionamiento de la agravante requería conjuntamente de las dos condiciones: la primera, que atendía a la dificultad de la víctima para recibir auxilio inmediato de terceros o para el amparo mutuo, y la segunda a la utilización del arma como instrumento para la ejecución del robo.

2. La ley 17.567 (vigente a partir del 1º de abril de 1968) modificó la estructura original del delito de robo, conminando con prisión de 1 a 6 años al hecho cometido con fuerza en las cosas, y con reclusión o prisión de 2 a 8 años cuando fuera ejecutado con intimidación o violencia en las personas. Al mismo tiempo, incluyó en el art. 166, inc. 2º, como agravante autónoma, la comisión con armas, cuya pena estableció en reclusión o prisión de 5 a 15 años.

De tal modo, advertíase un mayor rigor represivo tanto por el notable crecimiento de la escala cuanto por la exclusión, que permitirá encuadrar en la figura más grave, por ejemplo, a todos los robos con armas perpetrados en nuestra ciudad, que hasta entonces eran en principio robos simples, con una conminación mínima de un mes de prisión: Ya el umbral del castigo sería de 5 años de reclusión o prisión.

3. Con la ley 20.509 (junio de 1973 -Adla, XXXIII-C, 2952-) se vuelve al texto originario del Código Penal, hasta la sanción el 25 de enero de 1974 de la ley 20.642, publicada en el Boletín Oficial el día 29 de ese mes y año y vigente desde el 6 de febrero siguiente (Adla, XXXIV-A, 138), que al tiempo que suprime la frase y con armas del inc. 1º del art. 167 modifica el art. 166, inc. 2º, que queda así redactado: Si el robo se cometiese con armas, o en despoblado y en banda, con lo que manteniéndose la pena del robo simple en los límites del Código de 1921, la del robo agravado por su comisión con armas pasaba a ser de reclusión o prisión de 5 a 15 años.

4. La ley 21.338, vigente desde el 16 de julio de 1976 (Adla, XXXVI-B, 1113), vuelve al esquema punitivo de 1968: el robo con intimidación o violencia en las personas es penado con reclusión o prisión de 2 a 8 años y se mantiene la agravante por el uso de armas en la comisión con iguales penas alternativas entre 5 y 15 años.

5. Al sancionarse la ley 23.077 (B. O.: 27/8/84 -Adla, XLIV-C, 2535-), se estructura el sistema con el primitivo art. 164 y con la agravante del robo con armas que estableció la ley 20.642.

6. Finalmente, se dictó la ley ahora vigente, esto es, la n° 25.882, de abril de 2004 (que integra el paquete de las denominadas “Leyes Blumberg”) la cual será motivo de examen desde el punto siguiente.

## **La posición mayoritaria**

Tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritarias en nuestro país entienden que, a partir de la vigencia de la ley n° 25.882 (que integra el paquete de las denominadas “Leyes

---

<sup>1</sup> Dicho trabajo aparece publicado en la Revista L.L. 1989-C, p. 535.

Blumberg”), el escalonamiento punitivo previsto para el delito de “robo a mano armada” es el que se detalla a continuación:

1) Si el aludido delito se comete mediante el empleo de un arma de fuego no operativa la pena amenazada es la de encierro de tres a diez años (art. 166 –inc. 2do., 3er. párr., 1er. sup.- C.P.). La razón de ser de esta agravante estriba únicamente en la intimidación que dicho objeto provoca en la víctima<sup>2</sup>.

2) En cambio, hay que aplicar la pena dispuesta en el art. 166, inc. 2do., 1er. párr., 1er. sup., del C.P. (esto es, de cinco a quince años de reclusión o prisión) si el robo se comete mediante el empleo de otra clase de armas, es decir, de cualquier otro objeto destinado a aumentar el poder ofensivo o defensivo de una persona (o sea, de un “arma propia”, p.e., un puñal, una daga, navaja, un cuchillo de caza), o mediante un objeto (p.e., un palo, una botella, o incluso un arma de fuego no operativa) cuya modalidad de empleo (acompetiendo) aumenta el poder ofensivo del sujeto (“arma impropia”)<sup>3</sup>. Esta mayor severidad de la agravante se debería a que, además de castigarse la intimidación provocada a la víctima (como ocurre con la anterior figura agravada) también se pune el efectivo peligro contra su vida o su integridad física, generado a raíz del empleo de dicha “arma” (“propia” o “impropia”).

3) Por último, cuando el ladrón utiliza, de manera propia o impropia, un arma de fuego operativa para lograr su cometido furtivo, la figura agravada prevé una sanción más severa aun (de seis años y ocho meses a veinte años de reclusión o prisión – art. 166 –inc. 2do., 2do. párr.- C.P.), lo cual se explica porque, además de la intimidación, el peligro contra la vida o la integridad física de la víctima es mayor que en el supuesto anterior (REINALDI, 2006, pp. 44-54; TRABALLINI, 2004, pp., 258 y 265; SIMAZ, 2012, pp. 298, 315 y 316; y MARÚM, 2009, pp. 270 y 300).

En consecuencia, con respecto al supuesto de hecho bajo análisis, la referida posición, francamente mayoritaria, sostiene que, a partir de la ley n° 25.882, el empleo impropio de un arma de fuego no operativa con fines furtivos no queda abarcado por la figura del párrafo tercero del inciso segundo del art. 166, porque la misma funda su razón de ser sólo en el poder intimidante de dicho objeto, mas no en el peligro para la vida o la integridad física de la víctima, cosa que sí se causa cuando se utiliza impropriamente dicha arma de fuego no apta para el disparo. Y esto (intimidación + peligro para la vida o integridad física de la víctima) es la razón del mayor castigo previsto con relación al tipo del *robo con uso de armas* (art. 166 -inc. 2do., 1er. sup.- C.P.)<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Con respecto a los numerosos problemas generados a raíz de la interpretación de esta figura penal, ver, por todos, SIMAZ, 2012, pp. 299-311.

<sup>3</sup> El máximo tribunal cordobés ha corrido la línea divisoria entre las “armas propias” y las “impropias”, al sostener que para que se dé lo primero basta que la estructura del objeto en sí aumente el poder defensivo u ofensivo de la persona, como, p.e., sucederá con un cuchillo de cocina, o la punta filosa de un trozo de vidrio. Siendo ello así, en estos casos bastará su mera exhibición para que se dé la agravante, no requiriéndose el acometimiento (ver T.S.J. Cba., Sala Penal, “Quiroga”, S. n° 69, 2/09/2002 –entre muchos otros). No profundizamos al respecto, porque, en cuanto al caso que nos ocupa, nadie discutiría que un arma de fuego descargada con la cual se acomete a la víctima para robarle es un arma propia usada impropriamente.

<sup>4</sup> Recientemente la Sala Penal del T.S.J. cordobés *in re* “Cala y otros” (S. n° 101, 13/04/2018) ha mutado su parecer al respecto. Concretamente, dicho cimero tribunal postula ahora encuadrar el caso bajo examen en las figuras de “robo con uso de armas” y “robo con arma de fuego no operativa”, en concurso ideal, por haberse empleado en un mismo contexto furtivo un arma de fuego no operativa de modo intimidante, y además de manera impropia.

### Crítica a la posición mayoritaria

Ahora bien, uno de los institutos propios del concurso de delitos, es el denominado “concurso de leyes” (o “concurso aparente de leyes”, o “concurso de tipos”, o “concurso impropio de delitos”). A su vez, existe consenso en aceptar, como una de sus clases, la relación de “especialidad”. Ello acontece cuando, frente a un suceso concurren dos o más figuras penales a describirlo, pero una de ellas es la que –finalmente- se utiliza para subsumirlo, porque **describe el hecho en forma más detallada** (es su “ley específica” o “especial”) en comparación con la o las restantes (que serían una ley “genérica” o “general” con relación a dicho caso). Ello sucede así, conforme al conocido principio que establece que “*lex specialis derogat legi generali*” (una ley especial desplaza a otra ley general) (PESSOA, 1996, pp. 139-142; CARAMUTI, 2005, p. 198).

Teniendo en cuenta lo anterior, con el elenco actual de agravantes del “robo a mano armada” vigentes en Argentina, no cabe duda de que, frente al hecho que ahora nos convoca, la figura de *robo con arma de fuego no operativa* es la que lo describe con más detalles, en comparación con la del *robo con uso de armas*. Ello así, pues especifica que el arma utilizada se trata no sólo de una *de fuego*, sino también que dicha arma de fuego *no es operativa*. Y esta “ley especial” no hace distinciones en cuanto a la forma de uso (propio o impropio) de dicho elemento<sup>5</sup>. Entonces, con relación al caso comentado, las referidas propiedades definitorias de esta figura la hacen prevalecer frente a la restante, más genérica a su respecto<sup>6</sup>.

Por otra parte, el empleo del arma de fuego como objeto contundente durante el atraco, no permite postular un concurso ideal de delitos (art. 54 C.P.) entre las aludidas figuras. Ello así pues dicha circunstancia (el uso impropio del mentado objeto) no es captada únicamente por la figura (más genérica) de *robo con uso de “arma”*, sino también por la del *robo con arma de fuego no operativa*, ya que esta figura (más específica con relación al hecho aquí analizado) también tiene como característica definitoria el empleo de un “arma” de fuego, no operativa (sin distinguir entre su uso propio o impropio). Entonces, el suceso es enfocado *in totum* (o sea, en cuanto a todos sus detalles penalmente relevantes)

---

Discrepo con esta posición. Es que, aun aceptando como correcta la interpretación propiciada por el tribunal de casación cordobés, si en el mismo contexto se utiliza un arma de fuego de manera intimidante, y además de manera peligrosa para la integridad personal de la víctima, no cabe duda de que el disvalor del injusto más grave, según la lógica del T.S.J. cordobés (esto es el del tipo de “robo con armas”, que contempla no sólo un aumento del poder intimidante, sino también del peligro para la víctima) absorbería el disvalor del injusto menos grave que habitualmente se presenta en estos casos (es decir, el “robo con arma de fuego no operativa, que contemplaría sólo el aumento del poder intimidante, mas no del peligro para la víctima), mediando así un concurso de leyes por tratarse de un supuesto de *acto acompañante típico* (ver, por todos, GARCÍA ALBERO, 1995, pp. 384-392).

<sup>5</sup> Para Enrique Buteler la alusión al “empleo de un arma de fuego” de nuestra ley apunta claramente a su “uso propio”, esto es, “como arma de fuego”; en cambio, cuando se usa dicho elemento de manera impropia (golpeando) no se está utilizando un arma de fuego, sino un mero objeto contundente. Por ello, entiende que todo uso impropio de un arma de fuego (incluso la operativa) debería encuadrarse en la figura del “robo con un uso de arma”. A mi juicio, más allá de que el referido uso impropio se analogue al empleo de un mero objeto contundente (“la usó como si fuera una piedra, o un palo”), lo cierto es que se está usando un arma de fuego, y eso es específicamente lo descrito en la mentada agravante.

<sup>6</sup> Ver, en idéntico sentido, Cám. Nac. Cas. Penal, Sala 3, “Zambrano Joriati”, res. del 2/09/2015, voto del Dr. Jantus al que adhiere el Dr. Días. A dicho magistrado le debo haber pensado y escrito estas líneas. Vaya, pues, mi agradecimiento.

por una sola figura, y no por dos o más, como lo exige la categoría concursal aludida en este párrafo<sup>7</sup>.

Por último, al tratarse de un único hecho (el de un robo cometido mediante el empleo impropio de un arma de fuego no operativa), y no de “hechos independientes”, surge evidente que no estamos ante un concurso real de delitos (art. 55 C.P.).

Llama poderosamente la atención que, con respecto al supuesto de hecho aquí analizado (esto es, el del robo mediante un arma de fuego no operativa utilizada de manera impropia), la posición mayoritaria desplace, entonces, la figura específica y aplique otra más genérica. Ello así, máxime cuando, aplicando el mentado principio de especialidad, acepta que, cuando el arma de fuego que se utiliza impropriamente es operativa, encuadra dicho suceso en el tipo que lo describe más específicamente (es decir, en el de *robo con arma de fuego operativa*), y no en el que lo hace genéricamente (*robo con uso de armas*).

Al respecto, pareciera que la opinión mayoritaria tiene en mente el viejo elenco de figuras relativas al delito de robo, ya que, con relación al empleo de un “arma”, no existían aún las figuras específicas alusivas a un “arma de fuego no operativa”, o a un “arma de fuego operativa”. Concretamente, antes de la entrada en vigencia de la reforma operada por la ley n° 25.882, tanto la denominada “tesis subjetiva” (que fundaba la agravante del uso de arma en la intimidación provocada a la víctima) como la “objetiva” (que resaltaba el efectivo peligro para la vida o integridad física de la víctima) concordaban en encuadrar el empleo impropio de un arma de fuego no operativa con fines furtivos en la figura del *robo con uso de armas*<sup>8</sup>. Entonces, por mera inercia, se seguiría sosteniendo dicha calificación legal.

Otra posible explicación a este mayoritario proceder es que se le ha dado total supremacía al supuesto fin perseguido por el legislador (o por la ley) mediante las figuras del *robo con arma de fuego no operativa* (castigar sólo intimidación), y del *robo con uso de armas* (punir intimidación y peligro para la vida o integridad física de la víctima), lo cual explicaría el marco punitivo progresivamente más grave de los tipos en juego. Es tan fuerte la impronta dejada por la *telesis* atribuida a dichas disposiciones legales, que genera figuras no escritas en el Código Penal, a saber: la del *robo con uso exclusivamente propio de un arma de fuego no apta para el disparo* (imaginario art. 166 –inc. 2do., 3er. párr., 1er. sup.- C.P.), y la del *robo con uso de armas, propias o impropias, aún –en este último caso- si se tratare de armas de fuego no aptas para el disparo* (imaginario art. 166 –inc. 2do., 1er. sup.- *ibidem*).

### **Consecuencias de mi posición**

Sin pretender agotar el tema, estimo que esta posición genera varias consecuencias dogmáticas. A continuación se señalan las que he advertido (sin perjuicio de que trabajos ulteriores señalen otras o rectifiquen las que aquí se mencionan):

1) En primer lugar, el robo mediante el empleo impropio de un arma de fuego inapta debe subsumirse en la figura que lo describe más detalladamente, es decir, la del *robo con arma de fuego no operativa* (art. 166 –inc. 2do., 3er. párr., 1er. sup.- C.P.). Siendo ello así, la circunstancia del empleo de dicha arma de fuego como objeto contundente deberá tenerse en cuenta como una de las circunstancias individualizadoras de la pena (art. 41

<sup>7</sup> En cuanto a lo que se requiere para la existencia de un concurso ideal de delitos, ver, por todos, CARRANZA TAGLE, 2011, pp. 4, 269 y 270.

<sup>8</sup> Ver la clara reseña de la evolución legislativa y jurisprudencial sobre este punto, efectuada por el Dr. Jantus *in re* “Zambrano Joriati” (*supra cit.*), quien se remite a BORINSKY, 1989, p. 535.

C.P.). Lo anterior implica que, si bien podría arribarse a una pena superior al mínimo (o sea, más de tres años de encierro) hasta alcanzar e, incluso -dadas las circunstancias- sobrepasar el mínimo de la figura de *robo con uso de armas* (que es de cinco años de encierro), no podrá imponerse una pena superior al máximo legal (diez años). Con la solución mayoritaria, el tope postulado es bastante superior: quince años.

2) En segundo lugar, atendiendo a la letra de la ley (la cual no distingue entre el uso “propio” o “impropio” de las armas), y al referido principio de especialidad, el escalonamiento punitivo previsto actualmente en nuestro país para un hecho consistente en un *robo a mano armada*, está conformado –en lo que aquí respecta<sup>9</sup>- por tres figuras, cuyo castigo progresivamente más grave atiende, en todas ellas, no sólo al poder intimidante generado con el uso del “arma” en cuestión, sino también –principalmente- al cada vez más alto peligro generado para la vida o la integridad física de la víctima. Vistas así las cosas, dicho sistema punitivo queda conformado de la siguiente manera:

a) Si durante el robo se usa, propia o impropriamente, un arma de fuego no operativa, la escala penal prevista es de tres y diez años de encierro (art. 166 –inc. 2do., 3er. párr., 1er. sup.- C.P.), pues existe sólo intimidación (cuando el mentado objeto se utiliza “propiamente”), o, además (si su uso es impropio, esto es, acometiendo con dicho objeto), cierto peligro para la vida o la integridad física de la víctima.

b) Si se trata, en cambio, de otra clase de arma, usada propia o impropriamente, la escala penal aumenta: de cinco a quince años de encierro (art. 166 –inc. 2do., 1er. sup.- C.P.), pues el peligro para la vida o integridad física de la víctima es mayor que en la última hipótesis anterior (esto es, la del empleo impropio de un arma de fuego inepta)<sup>10</sup>.

c) Finalmente, si se trata de un arma de fuego apta para el disparo, empleada propia o impropriamente, la escala penal es más severa aún, pues, además de intimidación, hay un peligro más elevado aun con respecto a los mencionados bienes jurídicos.

3) En tercer lugar (y si se acepta que la palabra “arma” abarca también las denominadas “armas impropias”<sup>11</sup>), al quedar comprendido el empleo impropio de un arma de fuego inidónea en la figura agravada más leve, esto es, la del *robo con arma de fuego no operativa* (que prevé de tres a diez años de encierro), cuando se utilice impropriamente como arma otro objeto, tendrá que darse un *plus* de peligro para la vida o integridad física de la víctima, que justifique la punición más gravosa (de cinco a quince años) prevista con relación al tipo del *robo con uso de armas*. Así, en virtud de lo anterior (escala penal sensiblemente más grave), *sólo podrán considerarse como “arma impropia” aquellos objetos manuales con filo* (guadaña, azada, cuchillos de cocina, trincheta, navaja de afeitar), *con punta* (punzón, púa, lezna, tijera, etc.), *o con una ingente contundencia* (un garrote, p.e.), y -en todos estos supuestos- *siempre que el profano acepte denominarlos con la expresión “arma”* (ello no ocurrirá con una máquina de escribir, ni tampoco con un tintero de peso<sup>12</sup>, o con una moto). A su vez, por imperio del *principio de proporcionalidad de la pena* con

---

<sup>9</sup> Estoy aludiendo en este trabajo a las “armas verdaderas”, y no a las de “utilería”, o réplicas.

<sup>10</sup> Más abajo (en el pto. 3) fundo este aserto.

<sup>11</sup> Digo esto porque quienes no comulgan con dicha interpretación extensiva del término “arma”, podrían postular (siguiendo mi re-interpretación de las figuras vigentes con relación al robo a mano armada) que la gravedad progresiva de ellas depende –simplemente- de que lo utilizado “propiamente” haya sido un *arma de fuego inapta, otra clase de arma propia*, o –finalmente- un *arma de fuego operativa*, relegando el empleo impropio, “como si fuera un arma”, de cualquier objeto, a la figura básica del robo simple (art. 164 C.P.).

<sup>12</sup> En cuanto al “tenor literal posible del texto” como límite a la interpretación teleológica, ver, por todos, AROCENA, 2003, pp. 327-329. Varios de los ejemplos brindados en el texto pertenecen a dicho autor.

relación a la gravedad del injusto (arg. art. 1 C.Nac.), tal como ya lo anticipé, sólo podrán considerarse dichos objetos como una de las “armas” aludidas por el art. 166, inc. 2do., del C.P., *siempre que con su uso se genere un peligro para la vida o integridad física de la víctima, que sea mayor al generado por el empleo impropio de un arma de fuego inepta*<sup>13</sup>.

Si se acepta lo anterior, el empleo de un objeto que, con relación a la vida o integridad física de la víctima, genere un peligro semejante o menor al que causa el uso impropio de un arma de fuego inepta (ello sucederá, p.e., con el uso de un pequeño palo, de una piedra chica, un alfiler, un sacapuntas, estilo “navajita”), dicho evento quedará abarcado sólo por la figura de robo simple (art. 164 C.P.), repercutiendo dicha modalidad comisiva al momento de individualizar la pena.

### Conclusión

Si respetamos la letra de la ley y el principio de especialidad en lo concerniente a las figuras del Código Penal argentino que describen el delito de *robo a mano armada*, ello implica tener en cuenta una escala penal más reducida que la propiciada por la posición mayoritaria, con respecto al caso hipotético aquí examinado, a saber: un *robo mediante el uso impropio de un arma de fuego inepta*. Además, de aceptarse que las “armas impropias” son “armas”, debe restringirse la aplicación de la figura de *robo con uso de armas*, con relación al uso de “armas impropias”, pues dicha expresión abarca un conjunto de objetos bastante más reducido de lo que la opinión mayoritaria le endilga.

### Bibliografía

- AROCENA, G. A. (2003). El concepto de arma y la interpretación de la ley penal. *Revista Pensamiento penal y criminológico*. Año 7, nº 7. Córdoba: Ed. Mediterránea.
- BORINSKY, C. (1989). Derecho Penal y política judicial (a propósito del robo con armas). En *Revista La Ley*, 1989-C, p. 535. Buenos Aires.
- CARRANZA TAGLE, H. A. (2011). *Introducción al concurso de delitos*. Buenos Aires – Montevideo: B de f.
- CARAMUTI, C. S. (2005). *Concurso de delitos*. Buenos Aires: Hammurabi.
- GARCÍA ALBERO, R. (1995), “*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales. Barcelona: Cedecs editorial.
- MARÚM, E. A. (2009). Comentario al art. 165, en AA.VV. (Baigún, D. – Zaffaroni, E. R. – Dirección – Terragni, M. - Coordinación). *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*. T. 6. Buenos Aires: Hammurabi.
- PESSOA, N. R. (1996). *Concurso de delitos. Teoría de la unidad y pluralidad delictiva. I. Concurso de tipos penales*, Buenos Aires: Hammurabi.
- REINALDI, V. F. (2006). *Delincuencia armada*, 3ra. edición. Córdoba: Ed. Mediterránea.

---

<sup>13</sup> Maximiliano Videla “puso el dedo en la llaga” de esta posición, al afirmar que en la práctica resultará difícil saber cuándo se da el aludido *plus* de peligro en comparación con el uso impropio de un arma de fuego no operativa, porque las características de dicha clase de objetos es muy variada (puede tratarse de un rifle, un revólver diminuto, una pistola calibre 9 mm, una Ithaca, etc.). A ello respondo que es posible apelar, como en otros ámbitos de la teoría del delito, a un criterio de “habitualidad” para resolver este problema. Así, p.e., en nuestra ciudad de Córdoba no es común que se utilice con fines furtivos una Magnum, sino más bien una pistola o un revólver. Y, ante la duda acerca de la existencia de ese *plus* ofensivo, deberá descartarse la aplicación de la agravante del robo con uso de armas, por las razones arriba enunciadas.

- SIMAZ, A. L. (2012). Robo con armas: aspectos novedosos y actuales a ocho años de su reforma. *Revista de Derecho Penal*. 2012-1, pp. 299–311. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni.
- TRABALLINI DE AZCONA, M. A. (2004). El nuevo robo con armas (art. 166 inc. 2º, CP) Las formas agravadas de la le 25.882. El arma de utilería. *Revista Pensamiento penal y criminológico*. Año 5, nº 9. Córdoba: Ed. Mediterránea.

## **Cuestiones procesales de la imputación penal a las personas jurídicas, a propósito de la Ley 27.401**

*Procedural issues regarding the criminal liability of legal persons, according to Law 27.401*

por: **Carolina Prado\***

**RESUMEN:** Frente a la histórica controversia doctrinaria en relación con la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas, se verifica una tendencia, en las últimas décadas, a admitir su imputación en distintos ordenamientos jurídicos nacionales en Europa y América. Argentina no ha sido ajena a ella, y paulatinamente fue inscribiéndose en un proceso de transformación en tal dirección. Este trabajo expone los cambios que, precedidos por una serie de antecedentes en la materia a nivel normativo y jurisprudencial, cristalizaron en la reciente sanción de la Ley 27.401, que consagra la responsabilidad penal empresarial por la comisión de delitos de corrupción y soborno internacional. En particular, da cuenta de las implicancias procesales de la cuestión.

**PALABRAS CLAVES:** *Persona jurídica. Responsabilidad penal. Proceso penal. Jurisprudencia. Ley 27.401.*

**ABSTRACT:** *Despite the historical controversy over criminal liability of legal persons, for some years now various legal systems in Europe and the Americas show a trend towards acceptance of this principle. After a long normative and jurisprudential process, the Law 27.401 provided corporate criminal liability for the commission of crimes of corruption and international bribery. This paper presents the changes proposed by this law, especially those relating to procedural issues.*

**KEYWORDS:** *Legal person. Criminal liability. Criminal Procedure. Jurisprudence. Law 27.401.*

### **1. Antecedentes históricos**

La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha atraído la atención del derecho penal moderno desde que, en los últimos tiempos, un gran número de países ha incluido en sus sistemas normativos determinadas cláusulas que establecen sanciones a las personas jurídicas. A afirmar esta tendencia han contribuido tanto la legislación comunitaria europea como las recomendaciones del Consejo de Europa, al conseguir que sus Estados miembros incorporasen, de distintas formas, disposiciones legales que habilitan la atribu-

---

\* Doctora en Derecho por la Universidad de Barcelona, España; Máster Europeo en Sistema Penal y Problemas Sociales y Diploma de Estudios Avanzados por esa misma Universidad. Profesora de Derecho Penal I de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Profesora de la Especialización en Derecho Penal Económico de la Universidad Blas Pascal. Miembro y Secretaria del Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro del Instituto de Derecho Comparado de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Magistrada del Poder Judicial de la Nación.

ción de responsabilidad penal a las personas jurídicas, con la consiguiente imposición de penas.

Sin embargo, más allá del cambio evidenciado a nivel legislativo, el tema continúa propiciando controversias en doctrina. Desde distintas posiciones teóricas, con fundamentos a favor y en contra, se ha discutido durante mucho tiempo sobre la posibilidad material de las personas jurídicas de cometer delitos, su capacidad de culpabilidad, aspectos relativos a la finalidad y utilidad de la pena en estos casos, así como la justificación misma de la imputación penal a los entes ideales, desde que existe la posibilidad de aplicar penas a las personas físicas que intervinieron en el hecho e incluso de imponer sanciones administrativas a las empresas<sup>1</sup>.

Así, la política criminal y la doctrina penal se hallan en tensión en el tema de la atribución o no de responsabilidad penal a las personas jurídicas: desde el punto de vista político-criminal, es clara la necesidad de extender el campo de acción del derecho penal hacia las empresas, solución que colisiona con algunos conceptos tradicionales de la teoría del delito, principalmente con los de acción y culpabilidad, así como con reparos de índole constitucional, como el principio de personalidad de las penas<sup>2</sup>.

Ahora bien, la posibilidad de imponer sanciones a las sociedades no es una novedad. Remontándose lejos en el tiempo, pueden hallarse antecedentes en la Edad Media y Moderna. Sin embargo, para legislaciones como la nuestra, tributarias del derecho continental europeo, la impronta del pensamiento de Feuerbach y de Savigny —inspirados en el derecho romano— fue tan fuerte que la máxima *la sociedad no puede delinquir* fue la regla desde finales del siglo dieciocho<sup>3</sup>. Como criterio imperante en toda la Europa continental, se consideró a las personas jurídicas como una ficción legal, postulándose así que, en el juicio penal, debía correrse el velo societario, a fin de identificar a aquellas personas físicas que habían cometido los delitos valiéndose de la estructura societaria.

En opuesto sentido, se enrolan aquellos países cuyos sistemas jurídicos han recibido la influencia del derecho anglosajón (Inglaterra, Canadá, Australia y los Estados Unidos), partidario de la responsabilidad penal de las sociedades. La doctrina ha considerado que razones pragmáticas y de política criminal hicieron que el mundo anglosajón contem-

---

<sup>1</sup> LASCANO, CARLOS J., “El régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos contra la administración pública y por soborno transnacional, en el debate parlamentario argentino de 2017” en: *Cuadernos de Derecho Penal*, Vol. IV, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Penales de Córdoba, 2018, págs. 21-29.

<sup>2</sup> Jesús-María Silva Sánchez alerta precisamente sobre estas posiciones encontradas. Señala al respecto que, por un lado, la teoría tradicional del delito —construida sobre la base de la conducta de un agente individual— hace surgir obstáculos cuando se trata de aplicar sus principios a la actuación de personas jurídicas; mientras que, por otro, la necesidad político—criminal de imponer consecuencias jurídico—penales a las personas jurídicas se basa en tres grandes líneas argumentales: a) que no siempre es posible sancionar penalmente a personas físicas (administradores, directivos, representantes) por los delitos cometidos en el marco de la actividad empresarial de la persona jurídica; b) que incluso en los casos en que tal sanción sea posible, constituiría una respuesta insuficiente para la criminalidad económica organizada; y c) que alternativas orientadas a responsabilizar a la propia persona jurídica al margen del Derecho y del proceso penal (en concreto, las sanciones u otras medidas administrativas) no son adecuadas para la mayor parte de la criminalidad que se genera en la actividad de la empresa (que, de modo no infrecuente, aparece vinculada a la criminalidad organizada) (SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA; *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2016).

<sup>3</sup> Autores como Dalmacio Vélez Sársfield, Francesco Carrara, Karl Binding, Luis Jiménez de Asúa, Sebastián Soler y Ricardo Núñez, entre otros muchos, se enrolaron en su momento en esta tesis. Por su parte, la línea contraria que en nuestro país abrió camino a la posibilidad de imponer sanciones penales a las personas jurídicas data de la década de 1940 y estuvo liderada por Enrique Aftalión y Julio Cueto Rúa.

plara, desde mediados del siglo diecinueve y en forma paulatina, la responsabilidad penal de las empresas. Dicho cambio se evidenció, primero, en orden a los delitos imprudentes y de omisión, para finalmente hacerse extensivo a toda infracción, con especial aplicación —en la práctica— para la delincuencia de los negocios.

Ahora bien, más allá de tales tendencias, un importante giro comenzó a imperar en los últimos años del siglo veinte también entre los cultores del derecho continental europeo y, así, el principio penal según el cual las empresas no pueden delinquir dejó de gozar de una vigencia generalizada. Este fenómeno jurídico llevó a que una decena de países saltaran por sobre los obstáculos dogmáticos propios de aquella vertiente del derecho, para aceptar en sus sistemas jurídicos la responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>4</sup>.

En relación con este proceso, es preciso referir que el sistema empleado por las diversas legislaciones nacionales para sancionar a las personas jurídicas ha sido variado: en muchos casos no se ha tratado de la previsión legal de sanciones penales propiamente dichas, sino de sanciones de corte económico o de índole administrativa.

## **2. El caso de Argentina**

Es sabido que el derecho penal argentino, influenciado en el derecho continental europeo, rechazó tradicionalmente el concepto de la capacidad de las personas jurídicas para delinquir. La posición histórica y mayoritaria de la doctrina ha sido la de negar responsabilidad penal a los entes ideales, sobre la base tanto en los postulados de la dogmática penal tradicional cuanto en el derecho constitucional vigente.

Ahora bien, sin perjuicio de la polémica que el tema ha supuesto en doctrina, lo cierto es que la legislación nacional ha sido más pacífica y, de manera gradual, ha venido estableciendo sanciones a las personas jurídicas en el marco de normas penales.

En efecto, normativamente la responsabilidad de las personas jurídicas ha sido una realidad en nuestro derecho positivo, desde que existen disposiciones legales que prevén sanciones o responsabilidades para aplicar a dichos entes, ya desde el siglo diecinueve. Tal es el caso de la Ordenanza de Ley de Aduanas aprobada por Ley 810 (1876), cuyo artículo 1027 consagraba la responsabilidad de los comerciantes por hechos de sus dependientes cuando se tratase de operaciones con la Aduana, y el artículo 1028, que establecía la posibilidad de imponer pena de multa a las personas jurídicas. Tras sucesivas recopilaciones en materia penal aduanera, puede afirmarse que el actual Código Aduanero constituye el mejor exponente de responsabilidad penal de los entes jurídicos. A modo ilustrativo, entre las numerosas normas que establecen sanciones y/o responsabilidad penal de las personas jurídicas pueden citarse las leyes: 11.683; 12.906, en la ley de represión de los monopolios; 14.878, de Vinos; Ley de Fondos Comunes de inversión, 15.885; 20.680, de Abastecimiento; 22.338, Régimen Penal Cambiario; 22.262, Ley de Defensa de la Competencia; 23.771, Ley Penal Tributaria y 24769, 24.192, Ley de Prevención y Represión de violencia en Espectáculos Deportivos, entre otras normas.

Más recientemente, destacan los siguientes aportes legislativos sobre el tema: Ley 26.683, nueva legislación sobre lavado de activos, que incorporó de modo irrespetuoso de la estructura del Código Penal de Tejedor un artículo nuevo (304), que dispone una serie de sanciones penales para la persona de existencia ideal. Lo novedoso, en este caso, es que este tipo de sanciones fue introducido, por primera vez, dentro del articulado del Código

---

<sup>4</sup> Así ocurrió en Holanda en 1976, luego en Portugal, en 1983, Noruega, en 1992, y Francia, en 1994. A dichos países les siguió Finlandia, en 1995, Bélgica, en 1999, e Italia en el 2001. Ya en el siglo veintiuno, se sumó Dinamarca, en 2002, Austria, en 2006, Hungría, en 2004, España, en 2010 y República Checa, en 2011.

Penal, lo que dio lugar a numerosas opiniones doctrinarias tendientes a establecer su naturaleza jurídica<sup>5</sup>. Asimismo, la reforma de Ley 26.733 al artículo 313 del Código Penal y, por último, con un texto casi idéntico al del artículo 304 del Código Penal, con la reforma de la ley 26.735 (2011), el legislador incorporó el segundo párrafo del artículo 14 de la Ley Penal Tributaria, habilitando para los delitos comprendidos en ella la aplicación de sanciones a las personas jurídicas.

En ese contexto, mediante la Ley 27.401, publicada en Boletín Oficial con fecha 01.12.2017, Argentina ha dejado instaurado un régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas privadas —sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal— por la comisión de actos de corrupción, puntualmente por delitos de cohecho y tráfico de influencias nacional y transnacional, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, concusión, enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados y balance e informes falsos.

Hay que decir que con la sanción de esta ley —fruto de un arduo debate tanto en el ámbito del Poder Ejecutivo cuanto en el seno del Congreso de la Nación— se procura ajustar nuestro sistema jurídico a los estándares internacionales, en un contexto en el que la lucha contra la corrupción ha sido planteada como uno de los ejes fundamentales de afianzamiento de la administración nacional<sup>6</sup>.

Dicha norma establece, por su parte, el cumplimiento —no obligatorio— de una serie de políticas y procedimientos internos tendientes a prevenir, detectar, corregir y eventualmente auto-denunciar la comisión de los delitos contra la administración pública que comprende, así como el soborno transnacional.

Esta novedosa legislación, que consagra en forma expresa la responsabilidad penal empresarial por delitos de corrupción y soborno transnacional, obliga a dar cuenta del tratamiento que la jurisprudencia nacional ha dado hasta el presente a la responsabilidad de las personas jurídicas. En especial, porque la regulación argentina en la materia se ha caracterizado, según lo visto, por ser asistemática, al establecer dicha responsabilidad en diversas leyes especiales, con previsión de verdaderas sanciones de naturaleza variada y discutida, pero sin correlato en la parte general del Código Penal.

Frente a dicho cuadro de situación, los tribunales del país han acompañado el proceso, reconociendo en sus pronunciamientos la posibilidad de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas en aquellos casos de previsión expresa o tácita en leyes especiales.

Según es sabido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha admitido puntualmente la posibilidad de imputar responsabilidad penal a las personas de existencia ideal y

---

<sup>5</sup> Lamentablemente, las discusiones se dieron con posterioridad a la sanción de la ley y no durante el trámite legislativo.

<sup>6</sup> Adviértase, a propósito de ello, que Argentina solicitó en abril de 2017 su ingreso a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), organismo internacional fundado en 1961 que actualmente integran 35 países miembros, cuya misión es promover las mejores prácticas para impulsar el bienestar económico y social de los distintos países del mundo. Argentina participa hoy de diversos comités y grupos de trabajo de esta organización internacional, entre los que destacan Comercio y Agricultura, Ciencia y Tecnología, Inversiones, Competencia, Estadísticas, Gobernabilidad Corporativa, Asuntos Fiscales y Anticorrupción, entre otros. Al objeto de reafirmar su voluntad de acceder a un nuevo status en la organización, nuestro país presentó el “Plan de Acción Argentina & OCDE 2016-2017”, documento que desarrolla un programa de políticas públicas tendientes a implementar reformas claves en áreas de interés como políticas económicas, estadísticas, competencia, inversión, gobernanza pública y modernización del Estado, federalismo, desarrollo regional y gobernanza multinivel, lucha contra la corrupción, educación y competencias, y economía digital.

su jurisprudencia ha sido uniforme, primero en materia de infracciones aduaneras y contravenciones a las leyes fiscales y, más tarde, en materia de delitos.

El primer fallo en el que sentó la doctrina fue en un caso de derecho aduanero, autos “Entre Ríos, Extracto de Carne Ltda. s/ Defraudación de derecho de aduana”, del 7 de diciembre de 1894. Al efecto, aceptó la responsabilidad penal de las personas jurídicas sobre la base de los artículos 1027 y 1028 de la Ordenanza de Ley de Aduanas, aprobada por Ley 810 (1876), que — según lo visto— consagraban la responsabilidad de los comerciantes por hechos de sus dependientes en operaciones con Aduana y fijaba pena de multa a las personas jurídicas, respectivamente.

Dicha línea se mantuvo constante en la jurisprudencia de la Corte Federal [CS— Fallos, 52:371; 99:213; 99:317; 126:163; 135:197; 184:162; 185:188; 201:378 y 428; 216:397, entre otros], hasta el pronunciamiento “Fly Machine SRL s/ recurso extraordinario” (CSJN, 30.05.2006), en el que el ex ministro Raúl E. Zaffaroni se apartó del fallo en sentido formal y se pronunció sobre la cuestión, en una causa que investigaba el delito de tentativa de contrabando y en la que, tanto en primera como en segunda instancia, se había declarado la nulidad del requerimiento de elevación a juicio del fiscal y de la querrela (Dirección General de Aduanas) y de todos los actos procesales que incluyeran a la empresa mencionada como imputada. Allí, Zaffaroni descartó —en un consistente voto— la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por considerar que la capacidad penal de una sociedad implica la derogación de los principios que rigen la acción, la imputabilidad, la culpabilidad y la pena<sup>7</sup>.

Por otra parte, a nivel de Tribunal casatorio, se observa una interpretación favorable a la admisión de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por citar un precedente, hay que decir que un rico análisis del tema se aprecia en la sentencia dictada el 16.11.2001 por la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, en autos “Peugeot Citroën Argentina S.A. S/ Recurso de Casación” (Reg. 715/01), en la que se hace una profusa revisión de los antecedentes legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales.

Sin embargo, no puede soslayarse un precedente más cercano en el tiempo, en el que —en sentido contrario— la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, negó la posibilidad de juzgar y penar a las personas jurídicas. Concretamente, en un proceso de contrabando y frente a la nulidad del requerimiento de elevación a juicio deducido contra una sociedad por un tribunal oral, consideró que “*las personas jurídicas no tienen capacidad de acción para cometer delitos, pues la conducta jurídico-penal debe ser evaluada desde un punto de vista psicológico y no normativo, de lo que surge que el delito es una manifes-*

---

<sup>7</sup> Tal ha sido, por su parte, la posición asumida por Raúl E. Zaffaroni en doctrina, al postular que las personas jurídicas no tienen capacidad de conducta porque la voluntad de la acción no puede concebirse respecto de ellas, lo cual —aclara— no las incapacita para realizar actos civiles válidos en función de admitir la ficción, que no debe aceptarse en materia penal. Considera que el debate en torno de la posibilidad de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas carece de relevancia, habida cuenta de que su incapacidad no implica que no puedan ser sancionados los directivos por sus delitos cometidos en el desempeño de sus cargos, y en razón de que no hay inconveniente en aplicar sanciones administrativas a los entes ideales. En orden a las leyes que sancionan a las personas jurídicas, ha sostenido que tales sanciones no son penas ni medidas de seguridad, sino que tienen una naturaleza administrativa, aunque las aplique un juez penal (ZAFFARONI, R. EUGENIO/ALAGIA, ALEJANDRO/SLOKAR, ALEJANDRO; *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000).

*tación humana que puede ser atribuida sólo a una persona física y que, por tanto, sólo éstas pueden ser juzgadas en sede penal*”<sup>8</sup>.

En cuanto a la jurisprudencia del fuero en lo Penal Económico, este Tribunal ha considerado, por su parte, que no cabe negar responsabilidad a las personas morales, en los casos de previsión en tal sentido por leyes especiales<sup>9</sup>.

Conviene citar también el precedente de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Sala B, correspondiente al incidente “Cuerpo de Fotocopias en autos Región Aduanera Córdoba s/ Denuncia Contrabando” - Expte. N° 5-R-01) en Indumed SRL, del 17.05.2002, en el que —tras un meduloso análisis de la recepción normativa de la responsabilidad penal de las personas jurídicas— el voto del Juez Luis Roberto Rueda aceptó la constitución de la Aduana como querellante contra una empresa imputada de contrabando.

De tal modo, se observa que nuestra legislación ha optado, en ocasiones, por adjudicar responsabilidad penal a las personas jurídicas por ilícitos cometidos por sus representantes, mandatarios, directores o demás personas con capacidad para obligarlas, en cuanto tales. Por su parte —y más allá de la polémica que el tema ha supuesto a nivel doctrinario— la jurisprudencia emanada de los distintos tribunales de justicia, en sus sucesivas integraciones, en modo alguno ha cuestionado la validez o la adecuación constitucional de la solución establecida por el legislador.

Ciertamente que la Ley 27.401 supone un punto de inflexión en la materia, al consagrar —en forma expresa— la responsabilidad penal, de manera independiente, de personas jurídicas privadas, por la comisión de delitos de corrupción y soborno transnacional.

### **3. Implicancias de orden procesal**

Según ha sido mencionado, nuestro sistema jurídico da cuenta de una falta de sistematización en materia de imputación penal empresarial, que se evidencia tanto en una inadecuación de la Parte General del Código Penal —por carencia de normas que la recepten—, cuanto en una multiplicidad de leyes diversas que contemplan sanciones por la comisión de delitos. A ello se añade la falta de una regulación procesal que estipule la manera de someter a proceso a las personas jurídicas.

La reciente Ley 27.401 de responsabilidad penal empresarial por hechos de corrupción y cohecho transnacional representa un cambio notable: esta norma establece el régimen jurídico aplicable, con disposiciones sustantivas y procesales que regulan el objeto y alcance de responsabilidad de las personas jurídicas frente a tales delitos, la extinción de la acción penal en caso de amnistía y prescripción, la independencia de las acciones, las penas principales y accesorias aplicables, su graduación y casos de exención de pena, así como también lo atinente a la situación procesal de la persona jurídica, con disposiciones sobre notificaciones, representación en el proceso, situación de rebeldía y conflicto de intereses y abandono de representación, entre otras.

Hasta el presente, el reproche penal a las personas jurídicas ha supuesto verdaderos esfuerzos pretorianos para los operadores jurídicos que, con frecuencia, han debido inter-

---

<sup>8</sup> CNCP, JPBA, 124-207-416. En dicho fallo, se cita como doctrina a favor la postulada ese mismo año por la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, en autos “Villalba, Jorge”, causa 3319, resolución de fecha 14.4.2003).

<sup>9</sup> CNPE, fallo N° 487, Sala III, 15.12.1967, autos “Fuhrman SAF y C. Lda s/ Contrabando”, así como en otros muchos de décadas posteriores, por ejemplo “Asociación de Cooperativas Argentinas”, reg. 251/84; Sala III; rta. 15.10.84; “Loussinian, Eduardo y otra”, Sala I, rta. 6.9.87; “Walkin, Miguel Angel”, reg. 393/89, Sala I, rta. 31.10.89; “Comaltex Comercial Algodonera Textil y otros”, Sala B, reg. 88/96, etc.).

pretar los alcances de esa responsabilidad al aplicar las normas que establecían sanciones en su contra, así como han debido definir el tratamiento procesal que correspondía asignarles. Este último aspecto resulta de especial importancia frente a eventuales lesiones a las garantías de raigambre constitucional de legalidad, defensa en juicio y debido proceso.

Aunque la falta de sistematización legal en la materia ha merecido en ocasiones la justificación de que las sanciones a las personas jurídicas tienen naturaleza administrativa, no penal, Norberto Spolansky ha señalado con acierto que ello supone en realidad una mera estrategia argumentativa, o “fraude de etiquetas”, para disimular un estado legislativo, que no varía ni soluciona la afectación de principios<sup>10</sup>.

Por ello, resulta de interés indagar en los problemas y eventuales soluciones adoptadas hasta el momento por la jurisprudencia nacional al aplicar las sanciones para las personas jurídicas previstas por leyes especiales y el propio Código Penal, frente a la falta de normas procesales.

Adviértase que, hasta la sanción de la Ley 27.401, la regulación legal imperante ha supuesto la posibilidad de imponer judicialmente una sanción a una persona de existencia ideal no convocada a proceso penal, en razón de un delito cometido por otro, con vulneración del artículo 18 de la Constitución Nacional<sup>11</sup>. No debe soslayarse que la efectiva realización de la garantía del debido proceso, con todos los recaudos que atañen a la acusación, la defensa, la producción de la prueba y la sentencia, constituye un imperativo constitucional, cualquiera sea, en definitiva, el sujeto imputado.

En tal sentido, si el derecho constitucional vigente prevé la secuencia de acusación, juicio y castigo, surge el reparo de que la imposición de pena a la persona jurídica sólo puede proceder luego de la sustanciación de un proceso en el que quien es imputado tenga posibilidad de presentarse ante el juez y ejercer sin limitaciones su derecho de defensa. Intuitivamente, ello conduce a la conclusión de que, frente a la decisión de penar a las personas jurídicas, deben observarse las mismas garantías que el sistema penal reconoce a cualquier imputado o sospechado de un delito<sup>12</sup>.

Por ello, la ausencia de regulación procesal en la materia ha generado interrogantes sobre el modo de comprobar judicialmente la eventual participación de la empresa en el hecho y, más en particular, sobre el modo de comparendo del ente ideal al proceso penal y su representación legal. Se han evidenciado dificultades de índole procesal para el enjuiciamiento penal de la persona jurídica, en razón de que las reglas que moderan el proceso penal han sido diseñadas, fundamentalmente, teniendo en cuenta a la persona física como sujeto de imputación delictiva.

---

<sup>10</sup> SPOLANSKY, NORBERTO; “Responsabilidad penal de las personas jurídicas” en: *Estudios penales en homenaje de Enrique Gimbernat*, T. II, Ed. Edisofer SL, Madrid, 2008, pág. 4.

<sup>11</sup> A modo ilustrativo, cabe la mención de que en España, antes de la reforma del Código Penal de 2010, cuando lo que se imponían eran sanciones *sui generis* llamadas consecuencias accesorias, el legislador había tomado el recaudo de prever estas cuestiones, contemplando el procedimiento a seguir para imponer tales consecuencias a las personas jurídicas: “...previa audiencia del Ministerio Fiscal y de los titulares o de sus representantes legales podrán imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias...” (artículo 129 CPE). En cambio, recaudos semejantes no fueron adoptados por el legislador ibérico en la nueva regulación establecida por LO 5/2010, que —por su parte— omite cualquier referencia a un procedimiento específico para el juzgamiento de las personas jurídicas.

<sup>12</sup> DE ALLENDE, MANUEL AGUSTÍN; “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en materia tributaria y lavado de activos” en: *Tendencias. Revista de la Universidad Blas Pascal* N° 18, Año IX, Córdoba, 2015, págs. 39-50.

De tal modo, la falta de una regulación específica de la cuestión ha dejado aspectos procesales abiertos a la moderación casuística del juzgador, lo que ha supuesto que la persona jurídica ingrese al proceso con incertidumbre respecto de las reglas procesales que le son aplicables, con riesgo para sus garantías de legalidad, defensa en juicio y debido proceso<sup>13</sup>. En especial, la cuestión del representante legal de la empresa ha sido de particular significación, habida cuenta de que puede suceder que resultase asimismo imputado por la comisión del delito y, así, que sus intereses procesales colisionen con los de la persona jurídica.

La gravedad del asunto es innegable, dado que no cabe admitir, sin más, una flexibilización de las garantías de los tratados de derechos humanos respecto a la persona jurídica. En este sentido, cobra valor la postura adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Cantos vs. Argentina”<sup>14</sup>, en el que dicho Tribunal rechazó la defensa del Estado argentino, cuando éste sostuvo que las personas jurídicas no están incluidas en la Convención Americana de Derechos Humanos. Puntualmente, señaló que los derechos y las obligaciones atribuidos a las personas morales se resuelven en derechos y obligaciones de las personas físicas que las constituyen o que actúan en su nombre o representación. Si bien la figura de las personas jurídicas no ha sido reconocida expresamente por la Convención Americana, esto no restringe la posibilidad de que, bajo determinados supuestos, el individuo pueda acudir al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos para hacer valer sus derechos fundamentales.

Sobre el punto, es preciso tener presente que nuestro Alto Tribunal ha ido ajustando sus pronunciamientos a los criterios fijados en la jurisprudencia de su par interamericano, pues frente a este orden jurídico internacional nuestro Estado no sólo tiene un deber de respeto de los derechos humanos, sino también de garantía, a la vista de que su incumplimiento compromete su responsabilidad internacional.

La ausencia de regulación procesal que acompañe la previsión legal de sanciones para las personas jurídicas por parte de las diversas leyes especiales y el propio Código Penal ha implicado la adopción de soluciones dispares por parte de la jurisprudencia nacional. A continuación, se revisa el tratamiento que, hasta hoy, ha dado la jurisprudencia a dos aspectos puntuales: la indagatoria y el procesamiento de la persona jurídica, sin perjuicio de la trascendencia de otras cuestiones procesales (como el requerimiento de instrucción, requerimiento de elevación de la causa a juicio, sentencia, etc.).

### **3.1. Indagatoria a la persona jurídica**

La doctrina ha puesto el acento en la dificultad de practicar declaración indagatoria a las personas jurídicas, siendo que consiste en el primer acto que garantiza la defensa de cual-

---

<sup>13</sup> Reparos puestos de resalto, a nivel jurisprudencial, en el voto del Dr. Madueño, en un fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, autos “ZEN, Desio Michele s/ recurso de casación”, resolución del 5.2.2010.

<sup>14</sup> Sentencia del 28.11.2002. El caso involucra a un importante grupo empresarial de la provincia de Santiago del Estero, perteneciente a José María Cantos, respecto del cual, en marzo de 1972, la Dirección General de Rentas de la Provincia, con base en una presunta infracción a la Ley de Sellos, realizó una serie de allanamientos en sus dependencias administrativas y secuestró, sin inventariar, la totalidad de la documentación contable, libros y registros de comercio, comprobantes y recibos de pago de las empresas con terceros y firmas proveedoras, así como también numerosos títulos valores y acciones mercantiles. Como consecuencia de los allanamientos, se produjo un perjuicio económico debido a la imposibilidad de operación de las empresas por falta de los títulos correspondientes y también por la imposibilidad de oponer defensas ante las ejecuciones judiciales intentadas por terceros que exigían el pago de obligaciones ya canceladas.

quier imputado<sup>15</sup>. La falta de previsión legal ha motivado el interrogante acerca de a quién (persona física) debe imponerse el hecho que se atribuye a la persona jurídica.

En efecto, la designación de representante legal es uno de los asuntos más discutidos dentro del ámbito del derecho procesal de las personas jurídicas. Muchos han coincidido en sostener que la designación debe recaer sobre un tercero extraño, a fin de evitar cualquier tipo de conflicto de intereses y en función de que debe salvaguardarse el derecho de defensa y la garantía de no declarar contra sí mismo<sup>16</sup>.

Ciertamente que la punibilidad para entes ideales supone el imperativo de contemplar en una norma procesal la declaración indagatoria de un representante legal suyo, a fin de evitar eventuales nulidades. La representación legal de las personas jurídicas no es un asunto de rango menor, a poco que se repare en las diversas hipótesis en juego.

En primer lugar, es preciso considerar la hipótesis de que el representante legal sea, a su vez, sujeto de reproche penal por la comisión de los hechos. Por otra parte, no puede descartarse el supuesto de una eventual imputación en su contra por administración infiel, en cuyo caso la representación del ente debería ser asumida por un representante nuevo, designado por la mayoría accionaria. Este supuesto nos coloca, en fin, frente a una nueva figuración: la de que esta mayoría accionaria fuese la que haya provocado, o bien convalidado, la voluntad delictiva.

A ello se suma la cuestión de la defensa técnica en el proceso. En concreto, el interrogante de si el integrante de la entidad imputado puede tener el mismo abogado defensor que la empresa. La cuestión conduce a la solución prevista en el Código Procesal Penal de la Nación, cuyo artículo 109 dispone la incompatibilidad de una defensa común por intereses contrapuestos entre co-imputados de la causa.

Ante la ausencia de normas procesales, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico se ocupó en su momento de establecer la forma de indagar a las personas jurídicas y dictó dos fallos plenarios, haciendo una interpretación análoga de la ley procesal para satisfacer la necesidad de permitir su defensa en el proceso penal.

Por un lado, dictó el fallo en pleno “Serur”, del 22.05.1968<sup>17</sup>, que reguló el caso de la sociedad colectiva y sociedad de hecho, estableciendo las siguientes reglas: “1) cuando el contrato social de la sociedad colectiva regular, ponga en cabeza de dos socios, indistintamente, la administración de la sociedad, requiriendo su firma conjunta para obligarla, deben ambos socios comparecer a prestar declaración indagatoria. En el caso de que la administración esté a cargo de más de dos socios y se requiera, igualmente, la firma conjunta de dos para obligarla, la comparecencia para satisfacer el referido acto formal debe ser igualmente de dos socios, número este requerido para representarla frente a terceros. 2) Cuando el contrato de la sociedad colectiva regular establezca que el uso de la firma social y la facultad de obrar corresponda por igual a todos los socios, puede ser llamado a prestar declaración indagatoria cualquiera de ellos, siempre y cuando no habiendo sido excluido expresamente de contratar en nombre de la sociedad, forme parte de

---

<sup>15</sup> Tradicionalmente, el concepto de imputado —aquél contra el que se dirige la pretensión penal— ha sido acotado a la persona física, como consecuencia de la falta de capacidad de acción, de culpabilidad y de idoneidad para responder a los fines de la pena que se ha postulado respecto de la persona jurídica. Así, es fácil advertir que el principio *societas delinquere non potest* se ha proyectado en el ámbito procedimental (AROCENA, GUSTAVO A. y FABIÁN, BALCARCE; “Derecho Penal Económico Procesal” en: *Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico* (CIIDPE), disponible en: [www.ciipde.com.ar](http://www.ciipde.com.ar).

<sup>16</sup> ROBIGLIO, CAROLINA; “Aspectos procesales de la imputación penal a la persona jurídica” en: *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, 2012.

<sup>17</sup> LL, 131—134 y ED, 23—193.

la razón social o tenga el uso de la firma social. 3) cuando el convenio de constitución de una sociedad irregular o de hecho ponga a cargo de uno o más socios la administración de la misma, la declaración indagatoria deberá ser prestada por dichos órganos de representación. 4) Cuando la sociedad de hecho no prevea la existencia de un órgano administrador o representante de ella, o cuando la facultad de obrar en nombre de la sociedad corresponda a cualquier socio, o cuando nada se diga expresamente al respecto, puede comparecer a prestar declaración indagatoria cualquiera de sus miembros.”

Asimismo, dicho Tribunal dictó en pleno el fallo “Metrón SRL”, del 15.12.1967<sup>18</sup>, en relación con la sociedad de responsabilidad limitada, que dispuso —en lo sustancial—: “Si en el contrato de la sociedad de responsabilidad limitada se hubiera establecido que la dirección y administración de los bienes sociales estará a cargo indistintamente de dos o más gerentes, pero que para obligar a la sociedad se requiere la firma conjunta de todos ellos o cuando menos de dos de ellos, la declaración indagatoria debe ser recibida a todos los gerentes de la sociedad o dos de ellos, según lo que al respecto establezca el contrato social”.

Por fuera de estos plenarios de la Cámara Nacional en lo Penal Económico, el tema de la indagatoria a las personas jurídicas ha supuesto soluciones diferentes por parte de los tribunales del país.

El dato curioso de los casos registrados en la jurisprudencia nacional es que, puestos a resolver sobre la articulación de la declaración indagatoria de las personas jurídicas, los tribunales pasaron a definir la cuestión misma de su responsabilidad y establecieron como límite para su sometimiento a proceso el parámetro trazado por la penalidad. Así, se ha considerado que si la ley tiene prevista sólo pena privativa de la libertad, la sociedad no admite ser autora del delito y, por tanto, objeto de indagatoria (CNPE, Sala B, DJ 2002-1-752, que ratifica años después en causa “Riva S.A.”, JA, 2007-III-750, respecto de la Ley 24.769 (antes de la reforma de Ley 26.735).

Diferente solución se ha propugnado frente a la imputación de una sociedad por infracción al ordenamiento penal aduanero, pues el contrabando que la beneficia permite también pena de multa (CNCP, Sala III, LL, 2002-C-443)<sup>19</sup>.

### **3.2. Procesamiento de la persona jurídica**

Otra cuestión procesal de interés atañe al auto de procesamiento. Dado que esta resolución de mérito provisional se halla claramente dirigida a personas físicas en la regulación del Código Procesal Penal de la Nación, ha merecido el interrogante sobre el modo de procesar a una persona jurídica y si resulta necesario hacerlo.

Sobre este punto, se ha considerado que la persona jurídica puede ser procesada respecto de determinados delitos, pese a la ausencia de regulación procesal específica en tal sentido, para lo cual debe efectuarse una interpretación homogénea con la situación de personas físicas imputadas.

Tal ha sido la interpretación del Tribunal casatorio y de la Cámara Nacional Penal Económico, registrándose pronunciamientos en este sentido desde la década de los sesenta hasta el presente (CNPE, ex Sala I, in re: “Loussinian, Eduardo y otro”, rta. 6.10.1987;

<sup>18</sup> JA, 1968-IV-274, LL, 130-245, ED, 21-804.

<sup>19</sup> Al respecto, en el fallo citado se sostuvo: “aun cuando pueda afirmarse que el instituto previsto en el art. 294 y ss. [...] fue concebido únicamente para regular la declaración de las personas de existencia visible en el proceso penal, evidentemente esas normas son las únicas que regulan el acto cuando se trata de entes ideales..., habida cuenta que sólo así se satisface acabadamente el derecho de defensa en juicio”.

CNPE, Sala B, reg. 88/96, rta. 5.3.1996; CNPE Sala A, DJ, 1998-2-1009; CNPE, Sala B, LL, 2003-A-860; CNCP, Sala III, LL, 2002-C-443). Ciertamente que, cuando la jurisprudencia ha referido “*respecto de determinados delitos*”, ha querido significar los supuestos en que las leyes especiales contemplan sanciones para las personas jurídicas.

Puntualmente, en un fallo del 31 de octubre de 1962, la Cámara Nacional en lo Penal Económico, ex Sala II, en autos “Leiro, Germán y otro”, sostuvo: “...*la vieja polémica teórica o doctrinaria en torno a si las personas jurídicas pueden ser procesadas en causa criminal ha sido superada en los hechos por la ley u la jurisprudencia, ya que ambas de consuno han terminado por admitir que las personas jurídicas pueden ser responsabilizadas criminalmente en determinados casos*”. En la misma línea, dicho Tribunal dictó fallos posteriores.

En abono de la posibilidad de procesar a entes ideales, se ha argumentado que diversas leyes nacionales dan una pauta clara de esa posibilidad concreta: así, por ejemplo, los arts. 887 C. Aduanero, 2º inciso f) de la Ley 19359, 11 de la Ley 24.192, 47 de la Ley 25.156.

Yendo un poco más lejos, también existen fallos de la Cámara Nacional en lo Penal Económico en los que se sostuvo que puede procesarse a una persona jurídica sin someterse a proceso a una persona física por ese mismo hecho, porque la imputación se dirige separadamente a uno y otro. En tal caso, si el director fallece o no puede ser habido, la acción puede seguir adelante contra el ente, en la medida que comparezca a juicio a través de su actual representante legal y esté en condiciones de ejercer su defensa (CNPE, ex Sala I, “Walkin, Miguel, reg. 75/87, rta. 31.10.1987).

Este supuesto merece la aclaración de que el sometimiento a proceso sólo de la persona jurídica puede deberse a diversas causas. Si no puede perseguirse penalmente a la persona física en virtud del fallecimiento o de la prescripción de la acción penal a su respecto, nada obsta a la prosecución de la acción penal contra la persona jurídica sola, pero distinta sería la situación en que no fuera factible determinar un autor del hecho.

En forma contradictoria, la jurisprudencia ha vedado la posibilidad de dictar su sobreseimiento [CNPE, Sala B, JPBA, 117-125-367].

#### **4. Aspectos procesales dispuestos en la Ley 27.401**

Desde el punto de vista procesal, la nueva ley de responsabilidad penal empresarial dispone que la persona jurídica tendrá los mismos derechos que la persona física y, así, podrá proponer defensores, pruebas, impugnaciones. En concreto, el artículo 11 de la Ley 27.401 reconoce a la persona jurídica los derechos y obligaciones previstos para el imputado, de acuerdo a lo establecido en los códigos de procedimientos, en cuanto le sean aplicables. Mediante esta disposición se regula el derecho de defensa en juicio de la persona jurídica en términos similares, en lo pertinente, a los de la persona humana.

Entre los aspectos procesales contemplados, afirma la importancia del domicilio legal, disponiendo que cuando la persona jurídica no se hubiera presentado al proceso, las notificaciones se le cursarán a dicho domicilio, que tendrá el carácter de constituido (artículo 12). La norma añade sin embargo que, sin perjuicio de ello, se le podrán cursar notificaciones a cualquier otro domicilio conocido.

Asimismo, la citada ley regula lo atinente a la representación de la persona jurídica en el proceso, disponiendo su artículo 13 que corresponderá a su representante legal o a cualquier persona con poder especial para el caso, quienes deberán designar abogado defensor, y en caso de no hacerlo, se le designará el defensor público. Establece a la vez la

obligación del representante de informar el domicilio de la entidad y constituir domicilio procesal, añadiendo que, desde entonces, las notificaciones a las personas jurídicas se cursarán a ese domicilio procesal. Faculta la sustitución de representante, la que deberá ser motivada si ocurre una vez iniciada la audiencia, contemplando además la interrupción del proceso dentro del límite de los plazos procesales correspondientes, con aclaración de que la sustitución no perjudicará la eficacia de los actos cumplidos por el anterior representante. Por último, deja establecido que las facultades, número e intervención de los defensores que la asistan se regirán por las disposiciones procesales correspondientes.

Contempla además el supuesto de conflicto de intereses, al estipular en su artículo 15 que, si se detectare la existencia de incompatibilidad de intereses entre la persona jurídica y la persona designada como representante, se intimará a aquélla a que la sustituya.

Por su parte, contempla la declaración de rebeldía de la persona jurídica, a requerimiento fiscal, para el caso de incomparecencia a la citación (artículo 14). Determina que dicha resolución deberá ser comunicada a la Inspección General de Justicia o autoridad equivalente en las jurisdicciones locales, a la Administración Federal de Ingresos Públicos y al Registro Nacional de Reincidencia, a sus efectos. Establece además que, en tal supuesto, el juez deberá disponer en forma inmediata todas las medidas cautelares necesarias para asegurar la oportuna continuación y finalidad del proceso, esto es, tendientes a hacer cesar la comisión del delito o sus efectos, o a obstaculizar la impunidad de sus responsables.

En materia de competencia, el artículo 26 dispone que el juez competente para entender en la aplicación de penas a las personas jurídicas será el competente para entender en el delito por cuya comisión sea imputable la persona humana. La norma procura la unificación de la tramitación de causas seguidas por un mismo hecho, en contra de la persona jurídica y las personas físicas, dado el despropósito que supone la duplicación de investigaciones con un mismo objeto procesal.

Por último, prevé la aplicación complementaria del Código Penal (artículo 27), así como la aplicación supletoria del Código Procesal Penal de la Nación en casos de competencia nacional o federal alcanzados por la ley.

Ciertamente, resulta auspicioso que la Ley 27.401 haya contemplado los aspectos procesales enunciados, para brindar certidumbre a las personas jurídicas sometidas a proceso penal por los delitos previstos en ella.

## **5. Reflexiones finales**

Para concluir, debe decirse que la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas es un tema complejo, que ha puesto en jaque al derecho penal clásico, más allá de los aciertos y desaciertos de los argumentos que abonan las distintas posiciones.

La transformación radical del mundo en las últimas décadas del pasado siglo nos ubica frente a nuevos fenómenos en materia criminal, delitos complejos de gran incidencia social y económica, desencadenados muchos de ellos en el seno de empresas, incluidas las transnacionales. Por su parte, es un hecho comprobado que los delitos efectuados a través de una estructura societaria confieren a los verdaderos autores mayores posibilidades de desvincularse del hecho y de obstaculizar la investigación.

Ello ha motivado en doctrina la cuestión de si la dogmática penal clásica debe ser modificada, o flexibilizada, con un eventual costo de vulneración de principios y garantías (principio de acción, de culpabilidad, así como la finalidad de la pena).

Frente a ello, y desde la máxima del derecho penal como *ultima ratio* del Estado, y no de herramienta idónea para dar solución a todos los problemas que emergen de la vida

social, se ha insistido en doctrina —a modo de resistencia— en dejar fuera del alcance del derecho penal a las personas jurídicas. En esta línea se inscribe la sugerencia de optimizar, en cambio, los sistemas de control de organismos estatales a fin de evitar el aprovechamiento de las estructuras del derecho societario para la comisión de delitos, ciertamente que con la facultad de imponer sanciones de índole administrativo, pero ya no como manifestación directa y pura del *ius puniendi* estatal.

En ese contexto, la admisión de un doble baremo o un doble criterio de imputación, que supone por definición la “flexibilización de algunos de los postulados del llamado derecho penal nuclear para imputar ‘acciones a las empresas’”, surge hoy la imperiosa necesidad de una re-normativización, con una regulación del tema en la parte general del Código Penal<sup>20</sup>.

Asimismo, la decisión de punir a las personas jurídicas obliga a atender a la cuestión del cómo debe procederse a la sujeción de las personas jurídicas a la investigación y enjuiciamiento penal. En otras palabras, el reconocimiento de su responsabilidad penal hace impostergable la regulación de su intervención en el proceso penal a través de normas procesales que permitan, en definitiva, la aplicación de las leyes penales vigentes, con observancia de las garantías constitucionales en juego.

Según ha sido expuesto en el presente trabajo, la ausencia de tales normas adjetivas ha supuesto la adopción de criterios y soluciones diversas a problemas recurrentes por parte de los operadores jurídicos nacionales, con el efecto, además, de una escasa presencia del tema en la jurisprudencia nacional.

La reciente sanción de la Ley 27.401 da buena cuenta de que el legislador ha reparado en dicha dificultad y ha definido los aspectos procesales sustanciales implicados en la cuestión, para establecer un régimen jurídico que contempla disposiciones procesales vinculadas a la competencia judicial, la representación de la persona jurídica, las notificaciones durante el proceso y la constitución en rebeldía, entre otros. Es de esperar que tales normas contribuyan al enjuiciamiento de los casos contemplados en el ámbito de su aplicación, en consonancia con los principios constitucionales que rigen el debido proceso.

## **Bibliografía**

- AROCENA, GUSTAVO A. y FABIÁN BALCARCE; “Derecho Penal Económico Procesal” en: *Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico (CIIDPE)* disponible en: [www.ciipde.com.ar](http://www.ciipde.com.ar)
- CESANO, JOSÉ DANIEL; “Las sanciones a las personas jurídicas en las Leyes 26.683, 26.733 y 26.734” en: DONNA, EDGARDO ALBERTO (Dir.), *Revista de Derecho Penal, Vol. 2015-1, Delitos contra el orden económico y financiero (Título XIII del Código Penal)- I*, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2015, pág. 41-67.
- DE ALLENDE, MANUEL AGUSTÍN; “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en materia tributaria y lavado de activos” en: *Tendencias. Revista de la Universidad Blas Pascal* N° 18, Año IX, Córdoba, 2015, págs. 39-50.
- LASCANO, CARLOS J.; “El régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos contra la administración pública y por soborno transnacional, en el debate parlamentario argentino de 2017” en: *Cuadernos de Derecho Penal, Vol. IV*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Penales de Córdoba, 2018, págs. 21-29.

---

<sup>20</sup> Tal el caso de los Anteproyectos de reforma de Código Penal de la Nación Argentina de 2006 y 2014.

- MARCONI, ANA CLARA; “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. ¿Pueden las sociedades cometer delitos e imponérselas una pena? en: *Revista de Derecho Penal, Vol. 2014-2, Derecho Penal Tributario - XII*, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2015, pág. 119-158.
- ROBIGLIO, CAROLINA; *La autoría en los delitos tributarios*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2004.
- ROBIGLIO, CAROLINA; “Aspectos procesales de la imputación penal a la persona jurídica” en: *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, 2012.
- ROBIGLIO, CAROLINA; “El art. 304 del Cód. Penal: Responsabilidad penal de las personas jurídicas” en: BERTAZZA, HUMBERTO J./D’ALBORA, FRANCISCO J. (Directores), *Tratado de lavado de activos y financiación del terrorismo. Prevención, investigación y represión*, Tomo I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, pág. 447-512.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA; *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedad postindustriales*, Ed. Civitas, Madrid, 2001
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA; *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2016.
- SPOLANSKY, NORBERTO; “Responsabilidad penal de las personas jurídicas” en: *Estudios penales en homenaje de Enrique Gimbernat*, T. II, Ed. Edisofer SL, Madrid, 2008.
- ZAFFARONI, R. EUGENIO/ALAGIA, ALEJANDRO/SLOKAR, ALEJANDRO; *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000.

# El enfoque restaurativo en el juzgamiento del adolescente transgresor<sup>1</sup>

*The restorative approach in the legal judgement of adolescent transgressors*

por JOSÉ H. GONZÁLEZ DEL SOLAR\*

**RESUMEN:** En este trabajo presento las razones que llevan a sostener que el enfoque restaurativo supera las miradas parciales que ofrecen el retribucionismo, el tutelarismo y el funcionalismo en la justicia juvenil, y se erige como una nueva manera de abordar el conflicto de ley penal, integral en cuanto abarca a todos los implicados, e integrativa en cuanto opera para aunarlos en el restablecimiento de la convivencia dañada por el atropello a los derechos que todo delito conlleva.

**PALABRAS CLAVE:** Adolescencia. Transgresión. Justicia penal. Ley judicial juvenil. Justicia restaurativa. Responsabilidad. Reparación. Revinculación.

**ABSTRACT:** *This work presents the reasons that lead to state that the restorative approach surpasses all the partial outlooks proposed by the retributive, the paternal and the functional approaches in the juvenile justice, standing itself as a new way to address the conflict of penalty laws. This new way is meant to be integral, as it is extensive to all the alledged participants, and integrative, as it operates to bring all the parties together so as to restore the social coexistence damaged as a result of the violation of rights entailed by a crime.*

**KEY WORDS:** *Adolescence. Transgression. Criminal justice. Judicial juvenile law. Restorative justice. Responsibility. Reparation. Relinking.*

*"Un puente no es verdaderamente puente mientras los hombres no lo crucen"*  
(Julio Cortázar)

*"Aquél que no perdona a otros, destruye el puente sobre el cual él mismo debe pasar; porque todos los hombres necesitamos ser perdonados"*  
(Lord Edward Herbert)

## I. Introducción

Llegué a trabajar como dependiente en un juzgado de menores de Córdoba en marzo de 1973. Por entonces, la justicia de menores en la Argentina, siguiendo lineamientos que se habían trazado en Occidente a partir de la creación de la primera corte juvenil (Chicago, EE.UU., 1899), se había apartado del *enfoque retributivo* clásico que caracterizaba al delito y a la justicia penal y, aunque la legislación conservaba la pena como medida de último recurso, se había ido impregnando del discurso paternalista que caracterizaba al *enfoque tutelar* positivista desarrollado en el país desde la primera mitad del siglo XX.

---

\* Abogado. Egresado, docente y ex Director de los Cursos de Especialización en Minoridad (Universidad Nacional de Córdoba), Juez Penal Juvenil en la ciudad de Córdoba.

<sup>1</sup> Trabajo final presentado por el autor para la Certificación de Estudios Avanzados sobre Justicia Juvenil, Universidad de Ginebra, 2017/2018.

El discurso tutelar era optimista: se despojaba de la *vindicta* pública como función estatal y abrazaba al adolescente como víctima de su propio obrar y del de aquéllos que debían haberlo tenido a su cuidado. Lo que no advertía ese discurso, ni las prácticas que generaba, era que el niño recibía el trato de *paciente*, aunque esto no debía sorprender demasiado pues el escenario tenía fuerte presencia de profesionales de la salud (pediatras, psiquiatras, psicólogos, etc.) que acompañaban al juez en su decisión y a los guardadores en la ejecución, y que en ese trato de pura tuición —en que estaba sujeto a medidas de cuidado y educación que fijaban las facultades omnímodas y discrecionales de la corte o tribunal— carecía de reconocimiento como sujeto de derechos y libertades que debía ejercer responsablemente, a la vez que quedaban fuera de consideración las personas que habían sido víctimas de su obrar delictuoso y la misma sociedad que vivía el desasosiego, la intranquilidad que acarrea todo delito como vulneración de la confianza mutua en que se asienta la vida en común.

A partir de la Convención sobre los Derechos del Niño se puso en cuestión la concepción del adolescente transgresor como paciente, el tutelarismo entró en crisis y brotó una nueva manera de abordar su situación de conflicto, un *enfoque neo-retributivo* que aun en nuestros días alienta su regreso a la ley penal común como vía que lo reconozca como sujeto de derechos y le brinde las garantías de que goza cualquier persona adulta en el marco de un proceso penal.

Distintos trabajos publicados<sup>2</sup> me han movido luego a buscar un enfoque alternativo que sirva de puente entre las partes en conflicto de ley penal, un *puente* que suprima las distancias que alimentan los enfoques parciales y sirva a la integración social tras la ruptura dolorosa que todo delito deja como secuela inevitable. Y siguiendo esa alegoría del puente<sup>3</sup> he arribado a la justicia juvenil con *enfoque restaurativo*, que todavía es un desafío en nuestro continente pero que ya cuenta con experiencias en distintos países que van abriendo una senda muy promisoriosa.

Si bien muchos autores lo valoran como apertura hacia la *desjudicialización*, hacia la sustracción del adolescente del proceso penal (FELLINI Z. & OTROS), y esto ya es valioso, mi responsabilidad como magistrado me lleva hoy a indagar el impacto que esta nueva mirada puede tener sobre el mismo juzgamiento, ya no como una humanización *negativa* que provenga de las garantías fundamentales inherentes a la defensa en juicio (con la que parece bastarse el neo-retribucionismo), sino como otra *positiva* que lo convierta en un medio para que el adolescente descubra la dignidad propia y de los demás, así como la importancia del respeto que todos merecen en sus derechos y libertades (art. 40, *in principio*, Convención sobre los Derechos del Niño).

## II. Justicia penal

### A. ENFOQUE RETRIBUTIVO

Para arribar a la justicia juvenil con visión de futuro y desde tierra firme, creo que lo primero que hay que preguntarse es de dónde nace la justicia que alcanza al adolescente en conflicto de ley penal. Como es un tema que remonta al pasado lejano, y se pierde en el mito, conviene aquí recuperar su verdadero sentido.

---

<sup>2</sup> Entre otros, el de KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2004).

<sup>3</sup> Una conocida fábula da sustento a esta alegoría, y puede consultarse en la red (<http://www.hermanoscapuchinos.org/docs/vocaciondoc/53/relato.pdf>).

Si atendemos brevemente a la mitología griega, hallamos que *Themis*, que representaba la justicia como orden natural, era una de las hijas de Gea y Urano en el Olimpo. Debía ser respetada y, cuando no era así, entraba en acción *Némesis*, diosa de la justicia retributiva, la venganza, el equilibrio y la fortuna, que traía el justo y colérico castigo. Los jueces eran a menudo llamados *themistopoi*, esto es “sirvientes de Themis” y no “sirvientes de Némesis”, por una sencilla razón: eran garantes del orden justo, al que debía servir la retribución<sup>4</sup>.

La venganza juega, pues, como una derivación de la justicia primigenia para recuperar el equilibrio perdido ante el delito, para restablecer la trama de relaciones humanas tras su ruptura. Por eso la filosofía clásica enseña, desde antiguo, que la pena es un desquite (MARITAIN) que mira al restablecimiento del ser<sup>5</sup>.

La venganza por mano propia hacía imposible la convivencia, y llevó a que el Estado asumiera la potestad de penar. Fue un primer paso civilizador, pero la pena era concebida como un mal con que se pretendía neutralizar o suprimir otro; sea respondiendo a modo de retribución, sea anticipándose como prevención-disuasión.

Así vemos que para E. Kant la pena pertenece al imperio de la legalidad como retribución moral del delito, como represalia que restablece un orden ético-racional. No recae en la interioridad del autor, en cuanto persona racional y libre, inasible en la experiencia (*homo noumenon*), sino en su sola exterioridad -que se caracteriza por la arbitrariedad de lo instintivo, de los deseos y pulsiones, cuando no hay impedimento para obrar de conformidad a lo exigido por la ley (*homo phaenomenon*)<sup>6</sup>. Esto lleva a H. Kelsen —bajo influjo kantiano— a sostener que la persona no es responsable por hacer algo que ha conocido y querido sino porque no debía hacerlo (LESCH, 54).

Para J. Fichte, en cambio, la pena conminada en la ley cumple una función de prevención. La pena se dirige a la voluntad del hombre —dominada por lo instintivo— a modo de coacción, como un evento causal con necesidad mecánica para forzarla a respetar el deber (LESCH, 55-58).

Lo que en Fichte es fuerza, en P. Feuerbach es intimidación. Sostiene que la ley penal se dirige al ser humano en cuanto racional y libre, que debe retribuir cuando transgrede el orden establecido, pero reconoce que hay en el mismo un hato de instintos y deseos subyacentes que explican su transgresión, por lo que la ley penal debe operar asimismo como prevención mediante la intimidación. Así, entiende que la medida de la pena no debe definirse en base a la libertad que se presume en la persona racional sino a la peligrosidad que puede provenir de su comportamiento instintivo (LESCH, 87-89).

Con G. Hegel se mantiene la pena como retribución al delito en sí, pero ya como una retribución jurídica. El transgresor no es sólo un ser instintivo sino además un ser reflexivo o racional, que se corrompe a sí mismo únicamente en apariencia, pero que se responsabiliza en cuanto persona que es, se lo honra como racional.

En Hegel lo racional es lo real. Los fenómenos humanos son mera apariencia, en sí mismos insignificantes. El delito es fenoménico; incide en algo exterior al hombre por lo que, abordándolo allí, se llega siempre tarde.

La verdad, para Hegel, es otra: Lo real en el delito es que la voluntad de una persona —el transgresor— se impone a la voluntad general que expresa la ley; su voluntad pre-

---

<sup>4</sup> OTTO, W. (1968). *Teofanía: el espíritu de la antigua religión griega*, Buenos Aires: Ed. Eudeba.

<sup>5</sup> Sobre el ser jurídico: RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, J. (2016).

<sup>6</sup> En la presentación de las distintas posiciones: LESCH, H. (2016).

tende erigirse en ley. Si la ley castiga el homicidio, al matar está diciendo a los demás que es lícito matar.

Esto así, Hegel brinda una justificación subjetiva y otra objetiva de la pena como retribución jurídica. La primera, porque la pena honra como persona a quien ha delinquido, le hace ver que su acción ha contrariado la razón que objetiva la ley como expresión de la voluntad general. La segunda, porque la coacción del delito es injusta y por lo tanto admite su neutralización o su supresión por otra coacción, la de la pena.

Hegel desarrolla una teoría dialéctica pero a la vez funcional de la pena, que compensa la culpabilidad que porta el acto delictuoso en sí, al mismo tiempo que cumple una prestación social, un provecho para el conjunto en el restablecimiento del orden jurídico vulnerado. La pena es esencialmente una compensación, y sólo subsidiariamente obtiene un beneficio social como consecuencia, cual es el respaldo que la prohibición legal recibe con la pena después de verse desairada por quien la ha desafiado (LESCH, 99).

## B. ENFOQUE TUTELAR

Esta concepción penal, fundada en la concepción de persona que trajo la Modernidad, fue sometida luego al embate proveniente de las ciencias naturales y el conflicto social que advino con la industrialización y el capitalismo liberal. Hubo un cambio importante como consecuencia ya que el pivote se desplazó desde el hecho hacia el autor, dando origen a un nuevo enfoque penal dentro del cual se iban a acuñar, desde mediados del siglo XIX, el discurso y las prácticas del *derecho de la minoridad* y su enfoque tutelar.

Con F. Liszt<sup>7</sup> la pena empieza a erigirse en un medio para curar la fisura en la personalidad de quien delinque, o para protegerlo, si no es posible, mientras dure su peligrosidad. No basta ya el disvalor del hecho o acto cometido por una persona racional y libre, como en los anteriores, sino que debe apreciarse el disvalor en quien quebranta la paz social, en quien abandona su racionalidad para comportarse con maldad.

La misma dogmática jurídico-penal, al marcar una distinción tajante entre el injusto como disvalor del hecho y la culpabilidad como disvalor de la actitud, desplaza su mirada hacia el autor en lo personal. Subyace a este desplazamiento ese determinismo que suscita el naturalismo decimonónico dominante y que va alimentando una criminología positivista naciente.

Puede decirse que este enfoque tuvo su acierto, cual fue volver la mirada sobre la persona del que delinque, pero fue perdiendo de vista aquello que la motivaba: el hecho delictuoso en sí, que fue asumido como el mero acontecimiento que legitimaba la intervención sobre el agente para adelantarse a nuevos hechos delictuosos que podían surgir de una situación personal que los estaba propiciando (LESCH, 171-191).

## III. Justicia juvenil

Esta inflexión en lo jurídico-penal explica el perfil con que surgió la justicia juvenil en el mundo. Platt nos describe con crudeza como se fue modelando la corte juvenil en Estados Unidos de América, a partir de su tribunal pionero en Chicago (Illinois, 1899). El primer objetivo fue sustraer los niños de las cárceles que los albergaban, y el segundo, ponerlos bajo la intervención de un tribunal específico. Después vendría la ley que daría sustento a esa intervención, y que impondría a las instituciones públicas su cuidado y bienestar<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Sobre la evolución de la teoría del delito desde Liszt hasta nuestros días: RAMOS MEJÍA, E. (2015).

<sup>8</sup> Esto último favorecido por el “asistencialismo” a que dio lugar el modelo de *Estado benefactor* en algunos países, como la Argentina, desde la segunda posguerra del siglo XX.

La justicia juvenil con sesgo tutelar, cuya vigencia se prolongó por más de un siglo, se fue afianzando con leyes que le daban respaldo<sup>9</sup>, y con autoridades e instituciones que se conjugaban en esa orientación dominante. Pensada para la protección, con jueces que operaban como *parens patriae* y funcionarios que giraban en derredor, el niño era considerado un exclusivo beneficiario, y por esa razón se reconocía a aquéllos facultades discrecionales amplias que ignoraban cualquier limitación a título de garantía, aun del acervo constitucional.

Los numerosos Congresos Panamericanos del Niño (OEA), durante el siglo XX, acogieron sin cuestionar esa “justicia de menores”, y lo mismo hizo la Organización de las Naciones Unidas (ONU) al sentar reglas mínimas para su desenvolvimiento<sup>10</sup>, aunque sí exigiendo que quien ejerce esas facultades tenga capacitación suficiente y respete las garantías básicas que se reconocen a quien está bajo proceso penal (arts. 6 y 7).

Este modelo entró en crisis a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño (ONU, 1989). Para entonces el asistencialismo del *Estado benefactor* estaba en retroceso, nuevos desarrollos criminológicos ya miraban al delito como una expresión del conflicto social<sup>11</sup> ínsito a la sociedad de nuestro tiempo, y había surgido una fuerte crítica hacia la “compasión-represión” que impregnaba la labor de los tribunales o cortes juveniles, y que —se decía— estaba encubriendo la discriminación y el encierro de millares de niños indefensos ante jueces que disponían de ellos a discreción<sup>12</sup>.

El garantismo penal<sup>13</sup> prevaleciente luego sólo ha alentado el regreso a la concepción retributiva como medio para liberar al adolescente de ese enfoque tutelar avistado como un paternalismo irrazonable<sup>14</sup> y promover su reconocimiento como persona y como ciudadano con los derechos consiguientes<sup>15</sup>.

La pregunta sigue siendo si ese regreso remedia la insatisfacción social que ha dejado el tutelarismo. Porque ambos enfoques pecan de parcialidad —uno centrando todo en la transgresión y el otro en el transgresor— y por distintas puertas terminan entrando en el mismo callejón sin salida, el de la privación de libertad que *per se* no enseña a vivir en libertad.

El funcionalismo penal en boga parece alentar el regreso a la retribución. Su crítica al derecho penal de autor y a los desarrollos —como el enfoque tutelar en el derecho de la minoridad— que esta corriente ha prohijado es fuerte y razonable. ¿Cuál es el punto central sobre el que recae esa crítica? Sus exponentes sostienen que la respuesta al delito se legitima en cuanto atiende a lo hecho como infracción a un deber que a todos incumbe para hacer posible la convivencia, tal como lo propugnaba Hegel, y que esto no es lo que sucede cuando la respuesta recae sobre la culpabilidad al modo en que lo sostenían Liszt y Beling,

---

<sup>9</sup> En la Argentina, la ley 10.903 de Patronato de Menores del año 1919, aunque los juzgados de menores recién se establecieron a partir del año 1938.

<sup>10</sup> Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, Beijing, 1985.

<sup>11</sup> Sobre el panorama viscoso y resbaladizo que muestra hoy la Criminología, en medio de corrientes que reclaman, cada una para sí, la exclusividad de la razón, como expresión de un saber que no haya confines: CERETTI, A. (2008).

<sup>12</sup> Entre nosotros, recibió fuerte impulso desde UNICEF Argentina, con el discurso que fueron imponiendo Elías Carranza y Emilio García Méndez (1990) sobre la evolución que tuvo la protección de la minoridad en la región bajo el “paradigma” tutelar.

<sup>13</sup> Destaca en esta corriente el iusfilósofo L. FERRAJOLI (1995).

<sup>14</sup> Sobre un paternalismo jurídico legítimo: ALEMANY GARCÍA (2005).

<sup>15</sup> Es lo que llevó a revisar las bases del llamado derecho de menores tras la Convención sobre los Derechos del Niño (GONZÁLEZ DEL SOLAR, J., 2015).

o sobre las condiciones personales y familiares del transgresor, como lo han entendido el llamado derecho penal de autor y el derecho de la minoridad, porque para éstos el delito es solamente una condición para la pena (o la medida alternativa) y no su fundamento; no apuntan al suceso sino al futuro, a que la lesión de bienes jurídicos no se repita (LESCH, 200).

Así cuestionado el enfoque tutelar, cabe preguntarse si deslegitima enteramente la justicia de menores que hoy tenemos. Vale el interrogante porque hay países en que subsiste la organización, aunque también hay una evolución que está suscitando optimismo, y hasta cierta perplejidad. Después de dar las razones que permiten sostener que la justicia juvenil ha remontado sus aristas más objetables, la destacada especialista Mary Beloff se pregunta, con miras al futuro, qué es lo que hay que hacer con la misma para que preste un mejor servicio a la niñez en conflicto de ley penal (BELOFF, 2016)<sup>16</sup>, pregunta válida porque una justicia juvenil que deja atrás el tutelarismo se encuentra ante una disyuntiva: o va en regreso hacia un retribucionismo remozado, o busca el progreso en otro enfoque que, a la vez, sea *integral* porque abarque todo lo que implica el delito en la niñez y su impacto social, pero asimismo *integradora* porque tienda a la readmisión del niño rehabilitado en el concierto social con un sentido de inclusión y de participación como ciudadano.

#### IV. Justicia juvenil restaurativa

##### A. VENTAJAS

Ese paso adelante que hoy espera la justicia juvenil, y que dejaría atrás las críticas que han recibido las parcialidades que ofrecen los enfoques antecedentes, puede estar en la nueva concepción de *justicia restaurativa* que ha surgido en este siglo, aunque su albor se produjo en la última década del siglo XX<sup>17</sup>. Conocido es que Howard Zehr, profesor en la Universidad Menonita de Harrisonburg, fue pionero en esta empresa que propone una nueva manera de abordar el delito<sup>18</sup>, sustituyendo el fin de venganza que subyace a la retribución, o el de amparo que porta la tutela estatal, que se disputaban el terreno, por otro reintegrador, que tiende a satisfacer las necesidades de los involucrados en el delito, permitiendo a la víctima rehacerse, al ofensor rehabilitarse, y a la sociedad recomponerse después del injusto penal.

El espíritu que anima a la corriente de justicia juvenil nacida de este enfoque renovador luce en la Declaración que siguió al primer Congreso sobre Justicia Juvenil Restaurativa en Lima, año 2009<sup>19</sup>. Entiende que es una manera diferente de tratar con niños y adolescentes en conflicto con la ley, dado que tiene la finalidad de reparar el daño individual, social y en las relaciones causado por el delito cometido. Además, que esta finalidad

---

<sup>16</sup> Su estudio se refiere a la justicia juvenil en la Argentina, pero muchos de sus asertos tienen validez más allá de nuestras fronteras, en países que afrontan la transición hacia una nueva justicia juvenil de manera vacilante (Ver también BELOFF, 2017).

<sup>17</sup> Sobre los orígenes: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, 116 y siguientes.

<sup>18</sup> Así lo propone en *Changing Lenses: A new focus for Crime and Justice*, Pennsylvania: Ed. Herald Press, 1990. Entre los pioneros también se cuentan VAN NESS, DANIEL Y STRONG, KAREN HEETDERKS (*Restoring Justice*, Anderson Publishing, Cincinnati 1997), MARSHALL, TONY F. (*Restorative Justice, An Overview*, Home Office, London 1999), y BRAITHWAITE, JOHN (*Restorative Justice and De-Professionalization*, The Good Society, Pennsylvania, 2004).

<sup>19</sup> El congreso fue organizado por La Fundación *Terre des hommes*, con amplia experiencia en proyectos de Justicia Juvenil en Europa, África y América Latina, la Asociación Encuentros Casa de la Juventud, la Fiscalía de la Nación del Perú, y la Pontificia Universidad Católica del Perú.

demanda un proceso en el que el agresor juvenil, la víctima y, de ser el caso, otros individuos y miembros de la comunidad, participen juntos activamente para resolver los problemas que se originan en el delito. Aclara que no existe un sólo modelo para la práctica de este enfoque de justicia restaurativa, y que la experiencia en distintos países muestra la utilidad de la mediación, las *conferencias en grupo familiar*, los *círculos de sentencia* y otros enfoques culturales específicos.

Un punto importante en la Declaración es que la justicia restaurativa debe aplicarse en todas las etapas del proceso de justicia juvenil, ya sea como una medida alternativa o como una medida adicional. Ergo, debe impulsar el abordaje del caso por una vía extrajudicial, aun en los delitos graves, pero igualmente debe impregnar el juzgamiento de los adolescentes cuando no se pueda acudir a algunas de las vías alternativas al proceso tradicional.

Un segundo Congreso Mundial, realizado en Ginebra en el año 2015, ratifica ese rumbo al más alto nivel<sup>20</sup> y en su informe final reafirma el anhelo de una justicia restaurativa y sanadora que conduzca a la reintegración. Siguiendo a la muy respetable juez austríaca Renate Winter, destaca la importancia que tiene el uso de “las medidas alternativas o la remisión para evitar que el sistema de justicia se involucre en delitos menores, conductas pre-delictivas o meros pecadillos”, a la vez que hace notar que “la mayoría de los asistentes al congreso han coincidido en que la justicia restaurativa —que toma en cuenta a las víctimas y las incorpora al ámbito de la justicia juvenil— ha introducido un aspecto educativo e incrementado el respeto por los derechos del niño, porque los jóvenes tienen que asumir un rol activo en el proceso, determinar cómo responder e involucrarse para enfrentar lo que han hecho y reconocer —en forma total, parcial o simbólica— cuál ha sido el resultado. Esto no solo puede llevar al adolescente a asumir responsabilidades, sino que el entorno calmo también le permite reparar o rehacer los vínculos sociales que su conducta ha forzado o ha roto”<sup>21</sup>.

Surgida en el marco de la comunidad jurídica iberoamericana<sup>22</sup>, la Declaración Iberoamericana en Justicia Juvenil Restaurativa da prioridad a la desjudicialización, las medidas alternativas a la privación de la libertad, y la reparación directa e indirecta por los daños causados por la infracción, a la vez que reconoce que igualmente puede operar cuando el juzgamiento luce inevitable. Así también en la Hoja de Ruta para los años 2017-2020 que se ha acordado en consecuencia<sup>23</sup>, y en el Decálogo Iberoamericano sobre Justicia Juvenil Restaurativa<sup>24</sup>.

Instalado el enfoque restaurativo, que favorece un nuevo modelo para la justicia juvenil, lo primero que debe examinarse es si sus lineamientos resisten las críticas que se levantaron contra la retribución y la tutela como fines en la respuesta ante el delito juvenil.

---

<sup>20</sup> El congreso fue nuevamente organizado por la Fundación *Terre des hommes*, esta vez con el gobierno de Suiza, tuvo una convocatoria más amplia y por primera vez reunió a representantes de los gobiernos y la sociedad civil para discutir juntos el futuro de la justicia juvenil.

<sup>21</sup> Así consta en el Informe final elaborado por Jean Zermatten, destacado especialista suizo en Justicia Juvenil.

<sup>22</sup> La Conferencia de Ministros de Justicia de Iberoamérica (COMJIB), como colofón de sus I y II Encuentros Iberoamericanos de Justicia Juvenil Restaurativa en Cartagena, año 2014.

<sup>23</sup> Así cabe entenderlo, a mi ver, cuando se propone el “establecimiento de un plan modelo de formación para la acreditación de operadores o intervinientes en los procesos restaurativos y en la ejecución de medidas no privativas y privativas de libertad”.

<sup>24</sup> Aprobado por la Conferencia de las Presidentas, los Presidentes o Representantes de las Cortes y Tribunales Supremos o Superiores de Justicia, y los Consejos de la Judicatura o Magistratura (punto 5).

Si el retribucionismo detiene su mirada en el hecho delictuoso, y se desentiende de la repercusión personal y social que tiene, el enfoque restaurativo supera esa limitación con mayor amplitud de mira porque se propone atender a todos los involucrados en el mismo: importan el ofensor, el ofendido de manera directa, su círculo próximo de afectos, y toda la comunidad que recibe el impacto de esa rebelión contra la ley, de esa voluntad y ese interés particular que quieren prevalecer sobre el interés común.

Si el tutelarismo detiene su mirada en el agente del hecho, y pierde de vista al mismo hecho delictuoso que provoca la intervención de justicia juvenil, el enfoque restaurativo recupera el valor que el hecho delictuoso tiene como motivante, pero además lo erige en el pivote sobre el cual debe asentarse y girar lo que sigue en aras de la reconstitución social.

Si el funcionalismo detiene su mirada en el delito como violación de un deber que a todos incumbe para hacer posible la convivencia, deber que surge de normas que aseguran expectativas sociales de manera general y contrafáctica, y concibe la respuesta penal como la réplica a ese querer que no debe ser, a esa expresión de sentido o manifestación de voluntad individual que ha desairado a la norma vigente, el enfoque restaurativo va más allá todavía: se propone reafirmar la vigencia de esa norma invitando al mismo transgresor a que voluntariamente se someta mediante la asunción de la responsabilidad que le cabe, la reparación del daño causado y la recuperación de un lugar en la vida social. Y más todavía: invita a quien ha sido víctima y al conjunto social a sumarse en la ratificación de la norma y la reconstitución de la convivencia. ¿Hay, acaso, algo más funcional que esto?

Así resulta que la justicia restaurativa es –como se dijo- *integral* en su comprensión, e *integradora* en su pretensión. En esa dirección aventaja a los otros enfoques conocidos, habla el lenguaje de la comunidad, de la inclusión de todos como ciudadanos responsables, de la confianza y el respeto mutuo, de los deberes que todos tienen en el sostén de la vida en común (Duff, 29-39).

## B. OBJETIVOS

La doctrina considera que la justicia restaurativa es una tercera vía dentro de las conocidas (KEMELMAJER, capítulo II). Aunque muchos la invocan con frecuencia, muy pocos la conocen en lo que verdaderamente connota, y hasta suele acudirse a ella de manera interesada y mezquina, para obtener algún provecho pasajero, utilizándola como una expresión de justicia blanda, mínima, concesiva o compasiva.

El Manual de las Naciones Unidas sobre el tema reconoce que la empatía es la clave de acceso a esta nueva dimensión de justicia juvenil<sup>25</sup>, y esto es así porque para entablar una relación con otros hay que empezar por reconocer su *otredad*, no sólo como entidades distintas a la propia del sujeto, lo cual sólo los presentaría como objeto, sino como personas con derechos, libertades, intereses, expectativas, proyectos de vida. Con el reconocimiento que el autor haga de su delito y del daño que ha inferido a los demás<sup>26</sup> empieza a desarrollarse la tríada *responsabilización-reparación-revinculación*, llamada a operar como el eje sobre el cual va a girar toda la reconstitución de las relaciones sociales dañadas por el delito.

---

<sup>25</sup> Cf. O.N.U.: “Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa”, *Office on Drugs and Crime*, Nueva York, 2006, puntos 1.5 y 5.1.9.

<sup>26</sup> *Ibíd.*, 1.5 y 6.5.

La *responsabilización* es el primer fruto de la empatía. No se trata de una mera confesión, que podría hacerse a modo ritual o como señal de descaro o de alarde, y hasta de provocación, sino de palabras o gestos de arrepentimiento. Puede ser formal, ante el funcionario policial, el fiscal o el juez, según la legislación del lugar, pero también informal, recogida por el o los operadores que impulsan la práctica restaurativa.

Esta secuencia que arranca en la responsabilización del adolescente transgresor se ve, en cierta medida, facilitada porque la transgresión juvenil en nuestra región es por lo común la expresión de los menores de edad que andan a la deriva (MATZA)<sup>27</sup>, que transitan la línea divisoria ente lo permitido y lo prohibido, que trabajan o estudian pero, a la vez, se muestran propensos al quebrantamiento de la ley cuando lo valioso o lo apetecido no está a su alcance, quebrantamiento que con frecuencia propicia el encuentro con pares en similar condición. En mi opinión, se debe más a una debilidad presente en la cultura global<sup>28</sup> que en alguna subcultura particular, aunque seguramente se manifiesta con mayor frecuencia y crudeza en ámbitos en que la escasez de recursos materiales explica la ignorancia, la impotencia, la desesperanza.

A la responsabilización debe seguir la *reparación* como una contribución personal del transgresor, acorde a sus condiciones y posibilidades, para tender un puente hacia quien o quienes han sufrido daño por la comisión o la omisión constituyente del delito. Puede tener valor real o simbólico, y dirigirse hacia la víctima, la sociedad o ambos según las circunstancias, pero en cualquiera de sus modalidades lleva un mensaje inequívoco, cual es la voluntad de reconciliarse con los demás. Es lo principal; si cubre o no la pérdida que el delito ha causado es lo accesorio.

La recomposición no sería completa si faltara la *revinculación*. El delito rompe la confianza recíproca en que se basan las relaciones sociales; quien se ve atropellado en sus derechos teme el contacto con los demás, y el que ha llevado por delante esos derechos despierta rechazo, lejanía, y en último término el encierro de la prisión o sus sucedáneos, o –lo que es peor– el destierro con el confinamiento o la deportación, o el entierro con la pena de muerte. Es lo que lleva a sostener que no puede haber restauración sin que se recompongan los vínculos que el delito ha cortado, que el transgresor y su víctima recuperen sus lazos respectivos en el contexto social a partir de la recuperación de la confianza en que el respeto mutuo y el goce de los derechos y libertades es posible en el ámbito social a que pertenecen.

### C. ALTERNATIVAS

Los objetivos que tiene el nuevo enfoque asignan el protagonismo a los mismos involucrados en el conflicto de ley penal. Sin sus aportes es imposible transitar el camino desde la empatía hasta la revinculación social. Pero ese protagonismo no es posible si no hay alguien que lo estimule, que lo propicie, que lo vehicule, sea por la negociación en la mediación, sea por la concertación en otras herramientas de conciliación.

El desarrollo de la conciencia jurídica internacional, que expresan los estándares contenidos en múltiples documentos referidos a la niñez y sus derechos, ha recomendado desde temprano procedimientos que den una respuesta al margen de la lid judicial. Desde las Reglas de Beijing (Regla 11.1) esto ha sido así, y se ha acentuado desde la Convención

---

<sup>27</sup> Lo que no quita que pueda haber adolescentes que actúen por compulsión, o por haber asumido la delincuencia como estilo de vida, incluso en bandas (como las temibles *maras* salvadoreñas).

<sup>28</sup> En la región del Plata las transgresiones son múltiples, como los actos de vandalismo, la violación de las reglas de tránsito, las contravenciones que dañan la convivencia vecinal, etc.

sobre los Derechos del Niño (Art. 40.3.b) y la Observación General N° 10 del Comité de Derechos del Niño (O.N.U.) (parágrafos 22 a 29).

Las técnicas de mediación, consolidadas a partir de un saber y una práctica que aportan personas acreditadas para ello, han sido utilizadas exitosamente en conflictos interpersonales de derecho civil, comercial y laboral, por lo que no debe extrañar que hayan sido también llamadas a prestar su concurso cuando de delitos juveniles se trata. Y esto ha sido a un punto tal que muchos han caído en una confusión no poco importante: creer que el enfoque restaurativo se reduce a esas técnicas (FELLINI Y OTROS, 33-45), muy respetables pero no principales ni exclusivas, porque la experiencia humana ha sido capaz de hallar otros instrumentos al mismo fin<sup>29</sup>. Así se han ido diseñando modelos que tienen actualidad, algunos en base a prácticas ancestrales como, por caso, el modelo de empoderamiento familiar (*family empowerment model*) neozelandés, a través de las conferencias familiares (*family group conferences*), que ya conocían los maoríes en esa región (KEMELMAJER, 317-320). También el modelo de los círculos, con distintas modalidades, como la de los círculos sanadores (*healing circles*) y la de los círculos sentenciantes (*sentencing circles*), que proceden de pueblos aborígenes norteamericanos, entre ellos la tribu Ojibwa en Manitoba, Canadá (KEMELMAJER, 320-337).

Es loable que el nuevo enfoque produzca esta apertura hacia opciones extrajudiciales que dan protagonismo a quienes se encuentran comprendidos en un conflicto de ley penal, de manera que mediadores, promotores, facilitadores, garantes, etcétera, estimulen el encuentro, el acuerdo y la recomposición de los lazos sociales y reafirmen la vigencia de la ley después de un delito. Son alternativas que escapan a la crítica frecuente que los mismos transgresores y sus familias dirigen contra el sistema judicial (MATZA, 159-220).

Empero, no debemos desatender lo que subsiste como materia para el juzgamiento por vía judicial. Parecería, si nos atenemos a cierta literatura sobre alternativas extrajudiciales, que la justicia restaurativa nada dice a la justicia tradicional, pero no es así.

## V. Juzgamiento con enfoque restaurativo

La Declaración de Lima sobre Justicia Juvenil Restaurativa brega por su aplicación “en todas las etapas del proceso judicial, ya sea como una medida alternativa o como una medida adicional”. Entiéndase: no sólo como una *desviación* hacia lo extrajudicial, en cualquier momento del proceso judicial, sino como un *aditamento* para nutrir el propio proceso judicial.

Ese proceso con enfoque restaurativo no es posible si los operadores —jueces, fiscales, abogados, profesionales de equipos técnicos— no están preparados y bien dispuestos a ese fin. Allí donde el juez asume un papel de justiciero, o el fiscal de acusador a ultranza para aventajarse en su carrera judicial o política, o el abogado defensor que antepone su fama o sus honorarios a cualquier otra consideración, o los profesionales una actuación constreñida a ciertos estereotipos ideológicos o técnicos, el proceso tradicional resulta infructuoso si lo que se espera es que sirva a la pacificación social<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> Así lo reconoce la Declaración de Lima sobre Justicia Juvenil Restaurativa al tratar el concepto de justicia restaurativa.

<sup>30</sup> Expresamente recomiendan la capacitación de los operadores la Declaración de Lima sobre Justicia Juvenil Restaurativa y la Hoja de Ruta para el trienio 2016-2019.

La Ley Modelo sobre Justicia Juvenil<sup>31</sup> reconoce la primacía que tienen los medios no judiciales de solución de conflictos en lo penal juvenil<sup>32</sup>, pero luego trata lo que sigue cuando ello no es posible, y lo hace con sumo cuidado para referirse a tres momentos: antes del juicio, en el juicio, y en las medidas de ejecución de la sentencia<sup>33</sup>.

En definitiva: el juzgamiento del niño ya adolescente<sup>34</sup> no está deslegitimado en los estándares internacionales, a condición de que exista efectiva oportunidad de emprender, en cualquier etapa, una vía alternativa a la judicial, que es la preferible y tiene primacía cuando de niño transgresor se habla. Y este es el primer elemento restaurativo —pero no el único— que debe contener el proceso judicial.

Descartada en el caso concreto esa vía alternativa, cabe afrontar el proceso judicial conjugando otros elementos restaurativos que se desprenden de los estándares antes mencionados. No encontrarán un ámbito común para ponerse de acuerdo, pero la policía, el fiscal y el tribunal, cada uno a su tiempo, deben hacerlo posible de manera que el proceso se impregne de un nuevo sentido que lo humanice —para lo cual no bastan las garantías que corrientemente se reconocen— y mantenga viva la expectativa de desjudicialización tan pronto se advierta que es viable.

En esa dirección, hay estándares internacionales que favorecen ese nuevo trato en el marco del proceso judicial. Así sucede con las Reglas de Brasilia<sup>35</sup>, que fijan directrices para el acceso a la justicia de personas vulnerables, y que por esto se refieren tanto al agente del delito, que por su edad y condición es vulnerable de suyo, como a la persona víctima de su obrar y al entorno social que vive este quebrantamiento de la ley como supuesto básico para el orden y la paz. Las disposiciones para favorecer que cada uno de los partícipes tenga su lugar y se le respeten todos sus derechos, y que la comunidad tenga también su presencia merced a una cultura jurídica cívica que lo promueva, están exigiendo que el proceso trascienda el formalismo de un ritual muchas veces estereotipado y cobre modalidades que lo hagan flexible para servir a esa línea axial que sirve a la justicia restaurativa: responsabilización, reparación y revinculación.

En cualquier tiempo del proceso judicial la autoridad pública debe actuar con un sentido integral e integrador. Debe considerar a todos los involucrados, cada uno en el lugar que la ley le asigna, y siempre con el ánimo de reducir tensiones, armonizar intereses y procurar que, pese al delito, todos se conduzcan con humanidad, como miembros del mismo entramado social que hay que reconstituir.

La intervención policial pondrá su mayor cuidado en la atención amigable y la información pertinente a quien denuncia, a quien es la supuesta víctima, al que es sindicado como autor o partícipe en la perpetración de un delito, y a cualquier otra persona que concurra como interesada. El sigilo que cubre en muchas partes el primer tramo de la investigación no debe ser óbice para que cada una de las personas involucradas sepa qué es lo que está en marcha y a qué debe atenerse.

El fiscal o el juez, según el momento que toca a cada uno, deben suscitar la empatía en el adolescente justiciable con la cooperación de equipos técnicos consustanciados con la

---

<sup>31</sup> Marco normativo de Naciones Unidas, Oficina contra la Droga y el Delito, año 2014, resultante del proyecto elaborado por la jurista austríaca Renate Winter en 1997.

<sup>32</sup> Así luce claramente en el principio 4 y en el capítulo II.

<sup>33</sup> También así lo prevén las directrices del Consejo de Europa sobre Justicia Adaptada a los Niños, adoptadas por el Comité de Ministros el 17/11/2010.

<sup>34</sup> Ver la Observación General N° 10 del Comité de Derechos del Niño (O.N.U.).

<sup>35</sup> Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (Brasilia (2008)).

misma finalidad. No es que deban arrancar una confesión al mismo —que sería una manifestación de barbarie— sino procurar que comprenda el porqué del proceso y de la repercusión que el delito que se le atribuye tiene en los demás, lo acepte como un medio civilizado de dirimir el conflicto de ley penal y, si la prueba reunida va debilitando su pretensión defensiva, pueda también aceptar con madurez las consecuencias —aun las cautelares durante el mismo proceso— y ofrecer gestos de reconciliación que tiendan a reparar el mal y a recuperar su inserción social.

Igualmente en lo que concierne a los demás interesados, convocándolos a comprender la índole del proceso judicial, no como un campo de batalla que estimula la sed de venganza y a la postre puede causar mayores heridas a quien ha sido víctima y a los demás afectados por el delito —como suele suceder cuando adviene una absolución inesperada por insuficiencia de pruebas— sino como una oportunidad para que un hecho antijurídico se esclarezca en homenaje a la verdad y a la justicia, fines a los que ellos mismos deben contribuir responsablemente, cada uno dentro de sus posibilidades, y aceptar la decisión judicial última como instrumento de pacificación social si no hubiera una salida extrajudicial.

Ante la inminencia del juicio, es loable que el tribunal invite a las partes a un acuerdo: sea extrajudicial por alguno de los mecanismos de avenimiento disponibles, aunque sujeto a plazo para evitar dilaciones que desnaturalicen la administración de justicia como función estatal; sea judicial, cuando las normas procesales lo admiten para evitar el desgaste de la controversia con todas sus asperezas y anticipar la conclusión del proceso.

No obstante, la mayor incidencia del enfoque restaurativo reside en las medidas a aplicar en consecuencia, ya no a modo de justicia para el transgresor como en otros enfoques precedentes, parcializantes en la retribución o en la tuición, sino como justicia integral para la incidencia social que importa cada delito, tanto las que tienen el nombre o el carácter de socioeducativas como las que las leyes regulan propiamente como penas juveniles. En unas y otras debe impactar con la asignación de un nuevo sentido, una resignificación: con una visión de conjunto que tienda a convertirlas en agentes de cambio, de reconstitución social en todos sus aspectos.

Como se trata de medidas judiciales al cabo de un proceso, este nuevo sentido debe incluso admitir que, en cualquier momento, hagan posible la apertura de una vía extrajudicial de recomposición que las torne de suyo innecesarias<sup>36</sup>.

Luego, y de mantenerse su ejecución, que respondan a los lineamientos que establecen los estándares internacionales en la materia, como los que están en las Reglas de Tokio<sup>37</sup>, de La Habana<sup>38</sup> y de Bangkok<sup>39</sup>, cuyas ideas-fuerza deben siempre prevalecer.

## **VI. Conclusión**

El enfoque restaurativo surge, pues, con la pretensión de convertirse en un nuevo paradigma de la justicia juvenil, y quizás con el tiempo de la justicia penal en general, al proponer una restauración integral del orden jurídico vulnerado, comprensiva del todo que hay en un delito como ruptura de la convivencia.

---

<sup>36</sup> Así lo permite, por caso, la legislación española que regula la responsabilidad penal de los menores de edad (LORRPM, Ley Orgánica 5/2000, art. 51.3).

<sup>37</sup> Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, O.N.U., 1990.

<sup>38</sup> Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad, O.N.U., 1990.

<sup>39</sup> Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes, O.N.U., 2011.

Sin poner en cuestión la gravitación que el Estado tiene como artífice del orden social, deja atrás la estrechez de la retribución penal, incluso la garantista, y la endeblez de la tutela paternalista, y permite a la sociedad recobrar su protagonismo en la reafirmación de la supremacía que la ley debe tener ante quienes se alzan pretendiendo imponer su voluntad individual o sectorial. No se trata ya del encono con que se persigue o de la lenidad con que se tutela al transgresor, sino de tender puentes para la recuperación del tejido social que el delito ha quebrantado. Una manera de remontarse de *Némesis* a *Themis*, de restaurar la justicia mítica original.

### **Bibliografía**

- ALEMANY GARCÍA, M. (2005). *El concepto y la justificación del paternalismo*. (<http://www.cervantesvirtual.com/obra/concepto-y-fundamentacin-del-paternalismo-juridico-0/>).
- BELOFF, M. (2017). *Nuevos problemas de la justicia juvenil*. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc.
- BELOFF, M. (2016). *¿Qué hacer con la justicia juvenil?* Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc.
- CARRANZA E. & GARCÍA MÉNDEZ, E. (1990). *Infancia, Adolescencia y Control Social en América Latina*. Buenos Aires: Ed. Depalma.
- CERETTI, A. (2008). *El horizonte artificial, Problemas epistemológicos de la criminología*, Montevideo-Buenos Aires: Ed. B. de f (traducción de S. Buso, del original 1992).
- Duff, A. (2015). *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, Buenos Aires: Ed. Siglo XXI (traducción de Horacio Pons, del original 2003).
- FELLINI, Z. & OTROS (2002). *Mediación Penal. Reparación como Tercera vía en el Sistema Penal Juvenil*. Buenos Aires: Ed. Lexis Nexis – Depalma.
- FERRAJOLI, L. (1995). *Derecho y Razón* Madrid: Ed. Trotta (traducción de P. Andrés Ibáñez, del original 1989).
- GARCÍA MÉNDEZ, E. & OTROS (2001). *Adolescentes y responsabilidad penal*. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc.
- GONZÁLEZ DEL SOLAR, J. (1986). *Delincuencia y Derecho de Menores. Aporte para una legislación integral*. Buenos Aires: Ed. Depalma.
- GONZÁLEZ DEL SOLAR, J. (2015). *Derecho de la Minoridad*. Córdoba, Argentina: Ed. Mediterránea.
- HERSZENBAUN, M. (2018). *La teoría del castigo en el pensamiento jurídico de Hegel*. Universitas. Revista de filosofía, derecho y política, 27, 45-75.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2004). *Justicia Restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*, Santa Fe, Argentina: Ed. Rubinzal Culzoni.
- LESCH, H. (2016). *El concepto de delito. Ideas fundamentales de una revisión funcional*. Madrid-Buenos Aires: Ed. Marcial Pons (traducción de J. Gemignani, del original 1999).
- MARITAIN, J. (1981). *Lecciones Fundamentales de Filosofía Moral*, Buenos Aires: Ed. Club de Lectores (traducción de M. Bergadá, del original 1951).
- MATZA, D. (2014). *Delincuencia de deriva. Cómo y por qué algunos jóvenes llegan a quebrantar la ley*. Buenos Aires: Ed. Siglo XXI (traducción de Teresa Beatriz Arijón, del original 1990).
- PLATT, ANTHONY (1982). *Los Salvadores del Niño, o la Invención de la Delincuencia*. México: Ed. Siglo XXI (traducción de F. Blanco, del original 1977).

- RAMOS MEJÍA, E. (2015). *La teoría del delito desde von Liszt y Beling a hoy*. *Idearium*, 4/5, 15-24.
- RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, J. (2016). *Metafísica jurídica realista*. Madrid-Buenos Aires: Marcial Pons.

# El delito de administración fraudulenta: fundamento material, perjuicio patrimonial y criterios normativos

*The corporate offense of unfair administration or management: material basis, economic prejudice and normative criteria*

por: GERARD GRAMÁTICA BOSCH\*

**RESUMEN:** El trabajo analiza el fundamento material, el perjuicio patrimonial y los criterios normativos para determinar la existencia de dicho perjuicio en el delito de administración fraudulenta.

**PALABRAS CLAVES:** Administración fraudulenta. Fundamento material. Perjuicio patrimonial. Criterios normativos.

**ABSTRACT:** *This paper analyzes the material basis, economic prejudice and the normative criteria to set the existence of such prejudice of the corporate offense of unfair administration or management.*

**KEYWORDS:** *Unfair administration or management. Material basis. Economic prejudice. Normative criteria.*

## I. Introducción

En los últimos veinte años, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos como elemento integrante de una teoría de la legitimación del Derecho penal, no ha dejado de acentuar su crisis. Se afirma que dicha crisis surgió, en realidad, tan pronto como la doctrina del bien jurídico hubo de afrontar la realidad de los nuevos procesos de criminalización para los que no estaba preparada.<sup>1</sup> No obstante, y sin perjuicio de las innumerables críticas que se han perfilado en contra de la teoría del bien jurídico,<sup>2</sup> no parece aún posible, debido

---

\* Doctor por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, España; Magíster en Derecho Penal y Ciencias Penales, Universidad de Barcelona y Pompeu Fabra, España; Magíster Oficial en Ciencias Jurídicas, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España; Profesor de Derecho Penal II de la Facultad de Derecho, UNC; Miembro del Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba; Autor, co-autor y colaborador de distintas publicaciones; Estudio jurídico Gramática-Ferrari-Gramática ([www.estudio-gramatica.com.ar](http://www.estudio-gramatica.com.ar)).

<sup>1</sup> SILVA SÁNCHEZ JESÚS M. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2010, ps. 501-502.

<sup>2</sup> Para unas mínimas referencias a la evolución y al estado actual de la discusión sobre el bien jurídico penalmente protegido, a la distinción entre el objeto de la acción, el objeto de bien jurídico y el bien jurídico, a la teoría anglosajona del *harm principle* y ciertos problemas de imputación, se pueden consultar las siguientes obras: ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, T. I, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, ps. 62-63; ROXIN, CLAUS, “¿Es la protección de bien jurídicos una finalidad del derecho penal?”, en *La teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Barcelona, 2007, p. 444; GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, “Presentación” en *La teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Barcelona, 2007, ps. 11, 13-14; SCHÜNEMANN, BERND, “El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación” en *La teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Barcelona, 2007, ps. 211-212; FRISCH, WOLFGANG, “Bien

al estado actual de la discusión, prescindir de la noción de bien jurídico.

Que el bien jurídico ya no desempeñe un papel decisivo como límite a la actividad del legislador no significa que, una vez creado, carezca de toda relevancia en la interpretación de los tipos penales. En efecto, y siguiendo a PASTOR MUÑOZ, el bien jurídico aún hoy debe constituir un referente en la interpretación de los tipos penales, si pretendemos seguir viendo la conducta típica como un riesgo no permitido de menoscabo del bien jurídico protegido por el tipo. En esta dirección, la definición del bien jurídico protegido es relevante porque incide directamente en la extensión del ámbito de aplicación de los tipos. Ello puede verse claramente en el caso de la determinación del concepto de patrimonio de cuya definición depende el alcance del ámbito de aplicación, entre otros, del delito de estafa o administración fraudulenta. La decisión de si el patrimonio se define, p. ej., en términos de la teoría económica, jurídica, mixta o personal incide directamente en la valoración (típica o no) de una determinada conducta y, en su caso, del momento consumativo. Así, la decisión sobre si las expectativas de ganancia forman parte -o no- del patrimonio incide en la determinación de si la conducta del administrador que ha rechazado una buena oferta de negocio ha menoscabado con su decisión el patrimonio de la sociedad que administra.<sup>3</sup>

Se pretende aquí poner de manifiesto cómo un bien jurídico tradicional se transforma ante cambios de la realidad económica y ante determinados tipos penales del Derecho penal económico. En este caso, el delito de administración fraudulenta (art. 173 inc. 7 CP) en el marco de las sociedades comerciales. Asimismo, se dará una definición de perjuicio (lesión de un derecho subjetivo patrimonial) en clave personal; se darán ciertos criterios

---

jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la penal estatal”, en *La teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Barcelona, 2007, ps. 312 y 314-315; WOHLERS, WOLFGANG, “Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico” en *La teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Barcelona, 2007, p. 404; WITTIG, PETRA, “Teoría del Bien Jurídico, Harm Principle y Delimitación de Ámbitos de Responsabilidad” en *La teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Barcelona, 2007, p. 341 y ss; SEHER, GERHARD, “La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico” en *La teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Barcelona, 2007, ps. 71-72, 78 y ss; VON HIRSCH, ANDREW, “El concepto de bien jurídico y el concepto del daño” en *La teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Barcelona, 2007, ps. 37-45; KAHLO, MICHAEL, “Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en derecho penal” en *La teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Barcelona, 2007, ps. 59 y ss; STRATENWERTH, GÜNTER, “Sobre la legitimación de los “delitos de conducta” Trad. Ragués i Vallès, en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, 2012, ps. 246-247; KUHLEN, LOTHAR, “Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito” Trad. Ortiz de Urbina Gimeno, en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, 2012, ps. 230-233; JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997, ps. 44-45 y 48; JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Comares, Granada, 1993, ps. 234-235; MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal, Parte General*, 6ª ed., Reppertor, Barcelona, 2002, ps. 218-219 y 163-165; HEFENDEHL, ROLAND, “El bien jurídico como eje material de la norma penal” en *La teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Barcelona, 2007, ps. 179-180; SCHULENBURG, JOHANNA, “Relaciones dogmáticas entre bien jurídico, estructura de del delito e imputación objetiva” en *La teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Barcelona, 2007, ps. 349-362.

<sup>3</sup> PASTOR MUÑOZ, NURIA, “La evolución del bien jurídico patrimonio en el seno del Derecho penal patrimonial y económico” en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Llinares (Dir.), La Ley, Madrid, 2013, ps. 85-86.

objetivos para su posible concreción en el ámbito societario y se vinculará todo con la aplicación de la teoría de la imputación objetiva.<sup>4</sup>

Por lo tanto, se analizará, en primer lugar, la evolución del concepto de patrimonio con el fin de mostrar cómo su desarrollo ha podido ir condicionando la definición del bien jurídico en el marco del delito en cuestión. A continuación, se mostrará que los casos de administración fraudulenta en el ámbito de las sociedades mercantiles ha obligado a revisar el concepto de perjuicio y, con el ello, el de patrimonio. Tras analizar estos aspectos, se trata la cuestión de cómo la traslación de los conceptos de patrimonio-perjuicio en el delito de administración fraudulenta al contexto de las sociedades mercantiles, obliga a revisar cuestiones esenciales de su definición como, p. ej., el problema de las expectativas de ganancia, las pérdidas estratégicamente ventajosas.<sup>5</sup> Luego, se expresará que, en relación al delito de administración fraudulenta en el contexto de una sociedad mercantil, la idea tradicional de perjuicio<sup>6</sup> no es adecuada en la actualidad para afirmar o negar la concurrencia del perjuicio típico.

A modo de adelanto, la valoración global de la situación patrimonial tras la correspondiente conducta no debe tener solamente en cuenta las consecuencias inmediatas para el patrimonio del ofendido penal sino, también, las consecuencias a largo plazo, salvo que se pretenda que el Derecho penal considere perjudiciales situaciones que, en términos de estrategia empresarial, son indiferentes o, incluso, beneficiosas.<sup>7</sup>

En sintonía con lo anterior, y de mantenerse una posición mixta de los conceptos de patrimonio-perjuicio, se llegaría a la conclusión de que hay perjuicio en casos en los que, concurriendo los presupuestos típicos del art. 173 inc. 7 CP, la conducta del autor tiene un efecto inmediato de disminución económica del patrimonio, con independencia de que se trate de una pérdida *rentable a largo plazo*, por ir unida a importantes expectativas de ganancia. O, viceversa, se tendría que negar la concurrencia de perjuicio patrimonial en los casos en donde la conducta investigada no genera una disminución económica directa e inmediata sino que, por las características del negocio, ésta se produce diferida en el tiempo o en los casos en los que hay un beneficio mínimo que va unido a claros pronósticos de pérdida. Evidentemente, resolver estos casos atendiendo a la mera comprobación -o no- de

---

<sup>4</sup> Es común en la doctrina y la jurisprudencia nacional que, al hablar sobre el delito de administración fraudulenta, no se especifique qué se entiende por perjuicio patrimonial (según las distintas teorías esbozadas previamente) ni, en consecuencia, cuándo se produce dicho perjuicio ni cuáles son los criterios normativos para poder precisarlo. Así, p.ej. CARRERA, DANIEL PABLO, *Administración Fraudulenta*, Astrea, Bs. As., 2002, ps. 121-123; NÚÑEZ, RICARDO C., *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, T. IV, Lerner, Córdoba, 1989, ps. 384 y ss., SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho Penal Argentino*, T. IV, TEA, Bs. As., 1983, ps. 338 y ss., CREUS, CARLOS – BUOMPADRE, JORGE E., *Derecho Penal. Parte Especial*, T. 1, 7ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Bs. As., 2007, ps. 537 y ss., CAAMAÑO IGLESIAS PAIZ, C., “Administración fraudulenta” en *Revista de Derecho Penal*, 2000-1, Estafas y otras defraudaciones –I., Dir. Donna, E.A., Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2000, ps. 231 y ss.; AROCENA, GUSTAVO A., “Administración fraudulenta” en *CIIDPE* (en línea), Dirección URL: <http://www.ciidpe.com.ar/area2/administracion%20fraudulenta.pdf>; GRASSI, ADRIÁN P., “El delito de administración fraudulenta” en *Lexis Nexis*, JA–II-929, 2002; CSJN, 12-9-96, autos “Piñero Pacheco, Raúl y otros s/Administración fraudulenta”, c.2108, p.110, XXXI; TSJ, Sala Penal, Sent. 604, del 23/12/2015, en los autos “Dujovne, Miguel y otros p.ss.aa. defraudación por administración fraudulenta –Recurso de Casación–” (SAC 1696678).

<sup>5</sup> PASTOR MUÑOZ, NURIA, “La evolución del bien jurídico patrimonio en el seno del Derecho penal patrimonial y económico” en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Llinares (Dir.), La Ley, Madrid, 2013, p. 87.

<sup>6</sup> Noción de disminución patrimonial inmediata a la realización del acto de disposición o contracción de una obligación.

<sup>7</sup> *Ibidem.*, 2013, p. 99.

la producción del perjuicio inmediato no es satisfactorio porque esta perspectiva de análisis conduce a una visión sesgada de las verdaderas consecuencias patrimoniales de la conducta del autor, olvidando la proyección de futuro de tal actuación.<sup>8</sup>

## II. Fundamento material del delito de administración fraudulenta

No pretendo aquí describir las características típicas del delito en cuestión.<sup>9</sup> Pero sí quiero pronunciarme sobre el fundamento material de este injusto.

En mi opinión, el fundamento material del art. 173 inc. 7 CP es la lesión de un deber negativo, esto es, la lesión al principio *neminem laedere*.<sup>10</sup> Lo que se pretende es prohibir que el administrador se injiera en las esferas organizativas de sus administrados. La estructura de imputación está dada por la lesión al principio de autonomía, según el cual cada individuo goza de la libertad para organizar su propia esfera en los términos que estime conveniente. Por ello, se habla de competencia organizativa. Como contrapartida necesaria, pesa sobre él la prohibición de injerirse en las esferas de autonomía ajenas (reverso de la libertad). Esta prohibición es expresión del *neminem laedere* y representa el deber nuclear del Derecho penal: cada individuo es competente por su propia esfera de libertad y debe procurar organizarla de manera tal que de ahí no surjan daños para terceros. Tiene un deber negativo de no dañar,<sup>11</sup> esto es, de no lesionar o poner en peligro bienes jurídicos.

El legislador penal, en el art. 173 inc. 7 CP y a través de la norma de conducta, les exige a los administradores que organicen sus esferas de libertad de modo tal que se abstengan de celebrar actos en forma abusiva y en perjuicio de sus administrados. Se pretende

---

<sup>8</sup> *Ibidem.*, 2013, p. 103.

<sup>9</sup> Para ello cfr., entre otros, NÚÑEZ, RICARDO C., *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, T. IV, Lerner, Córdoba, 1989, ps. 384 y ss., SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho Penal Argentino*, T. IV, TEA, Bs. As., 1983, ps. 338 y ss., CREUS, CARLOS – BUOMPADRE, JORGE E., *Derecho Penal. Parte Especial*, T. 1, 7ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Bs. As., 2007, ps. 537 y ss., LUCERO OFFREDI, GUILLERMO – SANDOVAL CEBALLOS, GUSTAVO, “Estafas y otras defraudaciones”, en AA.VV., *Estudios de las figuras delictivas*, Dir. Daniel Pablo Carrera, Advocatus, Córdoba, 1994; BAIGÚN, DAVID – BERGEL, SALVADOR D., *El fraude en la administración societaria*, Depalma, Buenos Aires, 1999; CAAMAÑO IGLESIAS PAIZ, C., “Administración fraudulenta” en *Revista de Derecho Penal*, 2000-1, Estafas y otras defraudaciones –I., Dir. Donna, E.A., Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2000; GRASSI, ADRIÁN P., “El delito de administración fraudulenta” en *Lexis Nexis*, JA-II-929, 2002; LAJE ANAYA, JUSTO – GAVIER, ERNESTO, *Notas al Código Penal Argentino*, 2ª ed., T. 2, Marcos Lerner, Córdoba, 1999, ps. 448 y ss., CARRERA, DANIEL PABLO, *Administración Fraudulenta*, Astrea, Bs. As., 2002, ps. 120 y ss., MILLÁN, ALBERTO S., *Los delitos de administración fraudulenta y desbaratamiento de derechos acordados*, 2ª ed. actualizada, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1997, ps. 23 y ss., BUOMPADRE, JORGE EDUARDO, *Tratado de Derecho Penal Parte Especial*, T. 2, 3ª ed., Astrea, Bs. As., 2009, p. 288 y ss., FONTÁN BALESTRA, CARLOS, *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial*, T. VI, 2ª ed. actualizada, reimpresión, Abeledo - Perrot, Bs. As., 1969, ps. 123 y ss., AROCENA, GUSTAVO A., “Administración fraudulenta” en *CIIDPE* (en línea), Dirección URL: <http://www.ciidpe.com.ar/area2/administracion%20fraudulenta.pdf>; GAVIER, ERNESTO JOSÉ, “Delitos contra la propiedad consistentes en apoderamientos ilegítimos de muebles o el uso de coacción” en *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, T. II, Dir. Fabián E. Balcarce, IPSO, Córdoba, 2016, ps. 202 y ss.

<sup>10</sup> Cfr. JAKOBS, GÜNTHER, “La imputación penal de la acción y de la omisión” en *Moderna dogmática penal. Estudios compilados*, 2ª ed., Porrúa, México, 2006, ps. 162 y 173 y ss. Aquí el autor se refiere a la existencia de una *obligación originaria*. También, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, JAVIER, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002, ps. 41, 83 y ss., 281 y ROBLES PLANAS, RICARDO, “Deberes negativos y positivos en Derecho penal” en *InDret*, (en línea) Dirección URL: <http://www.indret.com>, Barcelona, 4/2013, ps. 3 y ss.

<sup>11</sup> COX LEIXELARD, JUAN PABLO, *Delitos de posesión. Bases para una dogmática*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2012, p. 176.

evitar que mediante un comportamiento arriesgado de manera no permitida para el patrimonio de la víctima se lesione la sustancia jurídica de su derecho patrimonial.<sup>12</sup>

A partir de lo dicho previamente, se puede afirmar que el art. 173 inc.7 CP acarrea el menoscabo de un derecho patrimonial en forma de lesión de un deber negativo de no privar o disminuir, contra la voluntad de su titular, la sustancia jurídica de su derecho y de no constituir obligaciones contra su voluntad y en su perjuicio. En otras palabras, la lesión de un deber negativo de no reducir el estado patrimonial garantizado<sup>13</sup> o la protección de disfrutar o conservar un determinado *statu quo* con relación al valor de su derecho patrimonial.

### III. Nociones generales sobre la evolución del concepto de patrimonio y perjuicio patrimonial

La idea de bien jurídico penalmente protegido se vincula estrechamente con las nociones de patrimonio y perjuicio patrimonial. Debido a la existencia de distintas teorías en relación a estos conceptos, se torna necesario tomar posición en este debate a los fines de precisar el alcance y contenido del delito de administración fraudulenta.<sup>14</sup>

En el Derecho penal no existe sólo un concepto de patrimonio. Históricamente, cada nueva teoría que se postulaba tenía como objetivo principal brindar una solución adecuada a los distintos problemas o grupos de casos que se fueron planteando en cada momento.

Con relación al concepto de patrimonio, existieron dos debates de gran importancia.

En primer lugar, la discusión sobre la elección de una concepción jurídica o económica. En segundo lugar, la discusión sobre si el valor del patrimonio se debía determinar en base a un criterio de mercado o atendiendo a los fines de su titular (valor de utilidad o valor afectivo).<sup>15</sup> Esta situación llevó a que, con el transcurso del tiempo, se esbozaran y defendieran distintas teorías sobre el concepto de patrimonio y perjuicio patrimonial, a saber: la teoría jurídica del patrimonio, la teoría económica, la teoría mixta y las teorías personal, funcional y dinámica.<sup>16</sup>

El concepto jurídico de *patrimonio* fue implementado durante años en la jurisprudencia y doctrina alemana, teniendo a BINDING como uno de sus mayores exponentes. Sin embargo, y durante el primer cuarto del siglo XX, perdió vigencia y actualmente su importancia se justifica porque supone el punto de partida de toda la discusión. El perjuicio que

---

<sup>12</sup> JAKOBS, GÜNTHER, “La privación de un derecho como delito patrimonial. A la vez, una contribución a la generalización de la Parte Especial” en *InDret*, (en línea) Dirección URL: [www.indret.com](http://www.indret.com), Barcelona, 4/2008, p. 8.

<sup>13</sup> *Ibidem.*, ps. 12 y ss.

<sup>14</sup> Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico protegido y la determinación de los conceptos de patrimonio y perjuicio patrimonial, cfr. PASTOR MUÑOZ, NURIA, “La evolución del bien jurídico patrimonio en el seno del Derecho penal patrimonial y económico” en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Llinares (Dir.), La Ley, Madrid, 2013, ps. 85-87.

<sup>15</sup> PASTOR MUÑOZ, NURIA, “La evolución del bien jurídico patrimonio en el seno del Derecho penal patrimonial y económico” en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Llinares (Dir.), La Ley, Madrid, 2013, p. 88; PASTOR MUÑOZ, NURIA, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Marcial Pons, Madrid, 2004, ps. 29 y ss.

<sup>16</sup> GALLEGO SOLER, JOSÉ I., *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, ps. 106-107.

se proponía desde esta óptica era jurídico y no económico, si bien en determinadas circunstancias podían coincidir.<sup>17</sup>

El concepto económico de patrimonio se empezó a consolidar en Alemania por el año 1910<sup>18</sup> y vino a reemplazar el concepto más estático de la concepción anterior. Se puso el acento en la pertenencia de los concretos elementos patrimoniales que integraban el patrimonio (bienes y derechos con valor económico) y en que su efectivo valor se decidía a partir de parámetros exclusivamente económicos y sin consideraciones jurídicas. Lo que el Derecho penal protegía, entonces, serían valores patrimoniales. La idea de perjuicio patrimonial se definió exclusivamente en base a parámetros económicos. Consistía en el empeoramiento de la situación patrimonial en su conjunto aunque no gozaran de reconocimiento por el Derecho y se concretaba en la disminución económica de su valor global. Aquí, lo relevante era determinar la disminución del saldo contable del titular del patrimonio o, en otros términos, del saldo monetariamente evaluable del titular de dicho patrimonio.<sup>19</sup>

El concepto mixto de patrimonio (jurídico-económico) es catalogado como la posición mayoritaria que asumió tanto la doctrina como la jurisprudencia argentina.<sup>20</sup> De igual modo, habría sucedido en España, Alemania e Italia.<sup>21</sup> De este modo, partiendo del valor de mercado referido a un abstracto *homo oeconomicus*, habría un perjuicio en el supuesto en el que se lograra determinar un saldo contable negativo, esto es, cuando el valor mone-

---

<sup>17</sup> Para mayores precisiones, cfr. GALLEGO SOLER, JOSÉ I., *ibídem.*, ps. 110-114, 118 y 323-324; PASTOR MUÑOZ, NURIA, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Marcial Pons, Madrid, 2004, ps. 32-34. También se refiere a dicho concepto, HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR, “Frustración de fines y perjuicio patrimonial en el derecho penal chileno” en *Revista General de Derecho Penal*, n° 11, (en línea) Dirección URL: [http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=40767](http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=40767), 2009, ps. 9-10.

<sup>18</sup> Concretamente, se le atribuye a la jurisprudencia del RGSt 44, 230 del año 1910 (caso de los abortivos inocuos), la formulación expresa de este concepto. Así, GALLEGO SOLER, JOSÉ I., *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, ps. 128-129 y PASTOR MUÑOZ, NURIA, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Marcial Pons, Madrid, 2004, ps. 35-36; PASTOR MUÑOZ, NURIA, “La evolución del bien jurídico patrimonio en el seno del Derecho penal patrimonial y económico” en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Llinares (Dir.), La Ley, Madrid, 2013, ps. 88-90.

<sup>19</sup> Para profundizar, GALLEGO SOLER, JOSÉ I., *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, ps. 126-127 y 333-335; PASTOR MUÑOZ, NURIA, “La evolución del bien jurídico patrimonio en el seno del Derecho penal patrimonial y económico” en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Llinares (Dir.), La Ley, Madrid, 2013, ps. 88 y ss. Crítico con la doctrina económica del perjuicio patrimonial, KINDHÄUSER, URS, “Concepto de patrimonio y perjuicio patrimonial. Los defectos congénitos de la doctrina económica del perjuicio patrimonial en el Derecho penal” en *Derecho Penal Empresario*, Jacobucci (Dir.), B de F, Montevideo, 2010, ps. 163 y ss. En concreto, el autor reprueba los fundamentos brindados por el *Reichsgericht* (RGSt 16, 1 y ss.) para desarrollar la doctrina económica del perjuicio patrimonial.

<sup>20</sup> GAVIER, ERNESTO JOSÉ, “Delitos contra la propiedad consistentes en apoderamientos ilegítimos de muebles o el uso de coacción” en *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, T. II, Dir. Fabián E. Balcarce, IPSO, Córdoba, 2016, p. 117, afirma que es la teoría más aceptada en nuestro país.

<sup>21</sup> GALLEGO SOLER, JOSÉ I., *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, ps. 106-107.p. 148. También considera al concepto mixto como posición claramente mayoritaria, HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR, “Frustración de fines y perjuicio patrimonial en el derecho penal chileno” en *Revista General de Derecho Penal*, n° 11, (en línea) Dirección URL: [http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=40767](http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=40767), 2009, p. 2. Según este autor, ésta sería la postura dominante en la doctrina española, alemana, italiana y portuguesa, y pareciera dominar asimismo en la doctrina chilena (ps. 2-3). PASTOR MUÑOZ, NURIA, “La evolución del bien jurídico patrimonio en el seno del Derecho penal patrimonial y económico” en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Llinares (Dir.), La Ley, Madrid, 2013, p. 90, alude a concepción dominante.

tario del patrimonio disminuyera o cuando el activo fuera menor al pasivo.<sup>22</sup> Ahora bien, si se parte de la noción de que no sería posible brindar una solución correcta a todos los casos planteados sobre la base de un criterio exclusivamente económico, se acepta la necesidad de recurrir, en un segundo nivel de análisis, a correcciones individualizadoras que permitan dispensar soluciones más justas. Por ello, al criterio económico (objetivo) se le agrega la exigencia de atender a las necesidades y a la concreta situación individual del titular del patrimonio (criterio subjetivo): valor de utilidad o valor de uso.<sup>23</sup>

Con posterioridad, se elaboraron las denominadas teorías del concepto personal de patrimonio y del concepto funcional de patrimonio. En ambas, la protección penal tomaba al patrimonio como fundamento del desarrollo o desenvolvimiento de la personalidad. Se tratan de teorías que, en general, consideran las representaciones y preferencias subjetivas del titular patrimonial para definir el concepto de patrimonio y, relacionado con él, el concepto de perjuicio. Pretenden ir más allá de una mera protección de sumas abstractas de valor económico.<sup>24</sup>

La diferencia principal con las teorías reseñadas previamente consistiría en el hecho de que éstas determinarían el patrimonio a partir de los bienes económicos, esto es, de los concretos objetos patrimoniales. Así, el objeto de protección y el bien jurídico coincidirían en la totalidad de los objetos que integran el patrimonio. Por el contrario, en las teorías personales/funcionales se haría hincapié en la relación existente entre la persona y el objeto.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> Para un análisis de las distintas opciones elaboradas con relación al concepto de patrimonio en esta teoría, PASTOR MUÑOZ, NURIA, “La evolución del bien jurídico patrimonio en el seno del Derecho penal patrimonial y económico” en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Llinares (Dir.), La Ley, Madrid, 2013, p. 88; PASTOR MUÑOZ, NURIA, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Marcial Pons, Madrid, 2004, ps. 38-39; GALLEGU SOLER, JOSÉ I., *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, ps. 150, 173, 336-341 y 357.

<sup>23</sup> Cfr., GALLEGU SOLER, JOSÉ I., *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, ps. 343-360. El autor también refiere que los únicos supuestos en los que no se habría utilizado el criterio del valor de uso serían los de prestaciones prohibidas (p. ej., pago para matar a alguien), supuestos en que se contrata a alguien para salvar a un rehén, ofrecimiento de recompensa y, en general, prestaciones contrarias a la ley, a la moral y al orden público. *Ibidem.*, p. 346. También cfr., HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR, “Frustración de fines y perjuicio patrimonial en el derecho penal chileno” en *Revista General de Derecho Penal*, n° 11, (en línea) Dirección URL: [http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=40767](http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=40767), 2009, ps. 6-7, 19-21 y 24; PASTOR MUÑOZ, NURIA, “La evolución del bien jurídico patrimonio en el seno del Derecho penal patrimonial y económico” en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Llinares (Dir.), La Ley, Madrid, 2013, ps. 90 y ss.

<sup>24</sup> GALLEGU SOLER, JOSÉ I., *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, p. 177.

<sup>25</sup> *Ibidem.*, p. 178. Sobre la teoría personal, cfr. PASTOR MUÑOZ, NURIA, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Marcial Pons, Madrid, 2004, ps. 44 y ss.; PASTOR MUÑOZ, NURIA, “La evolución del bien jurídico patrimonio en el seno del Derecho penal patrimonial y económico” en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Llinares (Dir.), La Ley, Madrid, 2013, ps. 90-93; GALLEGU SOLER, JOSÉ I., *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, ps. 184-186 y 212 y ss. El concepto personal habría sido propuesto inicialmente por BOCKELMANN en el año 1944 al describir el patrimonio como el ámbito de desenvolvimiento de la propia persona y de sus intereses en el ámbito económico (*ibidem.* p. 180). Luego, la habrían desarrollado, p. ej., HARDWIG y, fundamentalmente, OTTO (*ibidem.* ps. 181 y ss.). También, HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR, “Frustración de fines y perjuicio patrimonial en el derecho penal chileno” en *Revista General de Derecho Penal*, n° 11, (en línea) Dirección URL: [http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=40767](http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=40767), 2009, p. 10. El autor destaca la aplicación de la teoría personal por parte del Tribunal Supremo español (sentencia de 23 de abril de 1992) en el contexto del caso del aceite de colza (ps. 11-12). Sobre el concepto funcional (WEIDEMANN), cfr., HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR, *ibidem.*, ps. 9-10. Sobre las nociones de perjuicio, GALLEGU SOLER, JOSÉ I.,

Cabe destacar que, sobre la cuestión de si el legislador habría optado por un concepto de patrimonio y de perjuicio en el CP argentino, comparto la idea de que al concepto penal de patrimonio sólo se le podría acceder desde una sistemática comparación de los distintos tipos referidos al patrimonio individual<sup>26</sup> y que sería posible seguir afirmando que nos encontramos ante una cuestión de interpretación de los tipos y que el legislador penal no ha tomado partido por un concepto en detrimento de las demás posibilidades expuestas por la doctrina.<sup>27</sup>

Por lo tanto, y en base a lo todo lo anterior, corresponde a continuación tomar postura sobre el concepto de perjuicio patrimonial y luego conectarlo con el delito de administración fraudulenta, principalmente en conexión con los delitos cometidos en el seno de una sociedad comercial.

#### **IV. Perjuicio patrimonial en clave personal**

Me parece posible sostener que, con el delito de administración fraudulenta, se pretende evitar que mediante un comportamiento arriesgado de manera no permitida para el patrimonio de la víctima se lesione la sustancia jurídica de su derecho patrimonial.<sup>28</sup>

Un derecho patrimonial se lesiona, en clave personal, desde el momento en que se produce un riesgo serio, concreto y no permitido de pérdida económica. Esto es, y adhiriéndome a la posición de PASTOR MUÑOZ, hay situaciones de peligro para el patrimonio que constituyen ya un perjuicio patrimonial.<sup>29</sup> El derecho patrimonial pierde injustamente parte de su valor económico desde el momento a partir del cual el valor del derecho que tenía es menor al valor del mismo con anterioridad a la conducta desplegada por el administrador del patrimonio. Esto es, si se analizan los riesgos económicos-financieros de la operación sospechada para el titular del patrimonio, se podría advertir que las posibilidades de actuación económica serían menores que las existentes con anterioridad al acto investigado. Resulta evidente que, si el administrador tomó una decisión societaria que perjudica el patrimonio social, éste se habrá depreciado en términos económicos. Esta perspectiva resulta más compatible con la naturaleza esencialmente dinámica del patrimonio y su carácter marcadamente contextual.

#### **V. Perjuicio patrimonial en el art. 173 inc. 7 CP.**

Al administrador se le dirige una prohibición de actuación que incluye, en cumplimiento con sus deberes, evitar incurrir en conductas que generen consecuencias patrimoniales perjudiciales para la esfera patrimonial administrada.

Así, es importante, para determinar si la gestión del administrador es típica -o no-,

---

*Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, ps. 186-187, 232-233, 366-367. Han propuesto criterios intersubjetivos para determinar la existencia de un menoscabo de la utilidad del patrimonio para su titular: GALLEGU SOLER, JOSÉ I., *ibídem*, ps. 367-374; PASTOR MUÑOZ, NURIA, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Marcial Pons, Madrid, 2004, ps. 82-85.

<sup>26</sup> GALLEGU SOLER, JOSÉ I., *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, p. 231, si bien vinculado al Código Penal español pero extrapolable al ámbito nacional.

<sup>27</sup> *Ibídem*, p. 232-233. De opinión similar, si bien vinculado al ámbito de la estafa, PASTOR MUÑOZ, NURIA, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 87.

<sup>28</sup> JAKOBS, GÜNTHER, "La privación de un derecho como delito patrimonial. A la vez, una contribución a la generalización de la Parte Especial" en *InDret*, (en línea) Dirección URL: [www.indret.com](http://www.indret.com), Barcelona, 4/2008, p. 8.

<sup>29</sup> PASTOR MUÑOZ, NURIA, "La evolución del bien jurídico patrimonio en el seno del Derecho penal patrimonial y económico" en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Llinares (Dir.), La Ley, Madrid, 2013, p. 95.

analizar que la conducta sea idónea para perjudicar el patrimonio administrado. Ello obliga a determinar el concepto de perjuicio.

Retomando brevemente lo dicho con anterioridad, lo importante será la lesión de un derecho patrimonial jurídicamente garantizado, esto es, cuando el derecho a disfrutar del patrimonio, en unas determinadas condiciones, se ve afectado.

Una de las ideas principales de este trabajo es que hay situaciones de peligro para el patrimonio que constituyen ya un perjuicio del propio derecho patrimonial.<sup>30</sup> Esto es, será relevante ponderar el riesgo de pérdida económica derivado del acto que se investiga y no exclusivamente la desaparición definitiva e inmediata de elementos patrimoniales. Se parte de una visión del injusto penal que trasciende a la mera lesión físico-material del patrimonio.<sup>31</sup> Por lo tanto, con la realización del acto concreto del administrador no se está ante un peligro para el patrimonio sino ya ante un perjuicio real, con independencia de lo que ocurra en un momento posterior.<sup>32</sup>

Estas ideas, y fundamentalmente la que utilizo en este trabajo -riesgo de pérdida de valor serio, concreto y no permitido del patrimonio- tienen un cierto punto de contacto con el concepto y determinación del perjuicio en relación al *riesgo de sanción* como constitutivo del delito de administración fraudulenta en la jurisprudencia alemana. Por ejemplo, PASTOR MUÑOZ y COCA VILA examinaron si, en el marco del nuevo delito de administración fraudulenta recogido en el Proyecto de reforma del Código Penal español (art. 252 PCP), resultaba posible que aquellas conductas llevadas a cabo por el administrador constitutivas de un ilícito –sea éste penal, administrativo o civil– del que se derive un menoscabo para el patrimonio administrado sean a su vez constitutivas de un delito de administración desleal. Más concretamente, si puede constituir delito de administración desleal la comisión por parte del administrador de un ilícito (penal, administrativo, civil, comunitario) que genera la posibilidad de que recaiga una sanción sobre el patrimonio administrado.<sup>33</sup>

Las particularidades del art. 173 inc. 7 CP, llevan a que deba exigirse un riesgo de pérdida de valor serio, concreto y no permitido del patrimonio. Un menoscabo de utilidad que supondría una reducción de su potencial económico. El perjuicio patrimonial no sólo sería la pérdida de valor patrimonial sino, eventualmente, la frustración del fin económico de la víctima.

---

<sup>30</sup> Se siguen las ideas de PASTOR MUÑOZ, NURIA, “La evolución del bien jurídico patrimonio en el seno del Derecho penal patrimonial y económico” en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Llinares (Dir.), La Ley, Madrid, 2013, ps. 93-97 y ss., quien analiza la noción de perjuicio patrimonial en el ámbito de las estafas de crédito y de inversiones. GALLEGO SOLER, JOSÉ I., *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, ps. 440-441, cree válida la referencia a la idea de la concreta puesta en peligro del patrimonio como un supuesto de perjuicio patrimonial. Se trata de supuestos en los que el socio o administrador aún deben efectuar alguna prestación posterior, pero ya existe en el presente un perjuicio patrimonial típico de entidad diferente, sin perjuicio de que en el futuro se pueda agravar (*ibidem.*, p. 442).

<sup>31</sup> PASTOR MUÑOZ, NURIA; COCA VILA, IVÓ, “¿Administración desleal mediante la creación de riesgo de sanciones para el patrimonio administrado” en *Indret* (en línea), Dirección URL: <http://www.indret.com>, 2015, p. 20.

<sup>32</sup> Así, PASTOR MUÑOZ, NURIA, “La evolución del bien jurídico patrimonio en el seno del Derecho penal patrimonial y económico” en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Llinares (Dir.), La Ley, Madrid, 2013, ps. 93-97. La autora destaca, en relación al art. 291 CP español, que no es posible seguir identificando el perjuicio con la disminución de valor monetario inmediato del patrimonio.

<sup>33</sup> Para mayores referencias bibliográficas cfr., PASTOR MUÑOZ, NURIA; COCA VILA, IVÓ, “¿Administración desleal mediante la creación de riesgo de sanciones para el patrimonio administrado” en *Indret* (en línea), Dirección URL: <http://www.indret.com>, 2015, ps. 2-3, 6 y ss., 17 y ss.

Si bien vinculado al *riesgo de sanción* como constitutivo de un delito de administración desleal, cabe destacar que en la jurisprudencia alemana ya se consideró que existe una probabilidad clara de descubrimiento del ilícito y sanción efectiva del patrimonio administrado, p. ej., en los siguientes casos: en la sentencia del Tribunal del *Land* de Bonn en el caso *Kohl*; en la sentencia del Tribunal del *Land* de Wiesbaden en el caso *Kanther*, que condenó a los acusados Kanther y Wittgenstein por administración desleal con el argumento de que, como consecuencia de la dación de cuentas falsa el partido (CDU) había nacido un *riesgo elevado* de pérdida de la financiación estatal para el partido (si bien el Tribunal Federal Alemán absolvió después con argumentos de tipo subjetivo); también la sentencia del Tribunal Federal Alemán en el caso *Kellermeister* apreció un delito de administración desleal argumentando que, *de haber sido descubierta la adulteración del vino, ello habría generado un menoscabo patrimonial para la bodega*, pues ésta debería haber retirado los vinos del mercado y podría haber sido sancionada por ello; por último, la sentencia de primera instancia del caso de la Cruz Roja consideró que la infracción de los estatutos de dicha asociación por su administrador – al realizar una adquisición contraria a dichos estatutos – *había generado para la Cruz Roja el riesgo de que la Administración pública competente le privara de su estatus de entidad de utilidad pública* y, con ello, de las correspondientes ventajas fiscales.<sup>34</sup>

En efecto, habría delito sólo en los casos en los que se pueda afirmar que, en términos de racionalidad económica de la mayoría y del mercado,<sup>35</sup> el derecho patrimonial vale menos desde que se celebró el acto administrativo irregular. Así, p. ej., se podría sostener la existencia de un perjuicio económico en los términos analizados cuando se celebra un acuerdo social cuyo contenido impone un injustificado y abusivo aumento de capital que no es necesario para el desarrollo de la empresa y planificado única y exclusivamente con la finalidad de diluir a la minoría, quien de esta manera pierde una significativa parte de su participación en el capital o la reducción de su capital. Con independencia de que se ejecute esta decisión y se formalice efectivamente dicho aumento de capital, la adopción del acuerdo social bajo estos términos ya generaría un menoscabo para el derecho patrimonial del socio que constituye un perjuicio típico del mismo, esto es, un menoscabo de utilidad que supondría una reducción de su potencial económico.

Pero también se podría afirmar que habría delito cuando se genera una expectativa de ganancia u obtención de beneficios de menor valor que las que el socio creyó haber adquirido y asumido como parte del riesgo habitual de ser integrante de una sociedad mercantil, *máxime* si se demuestra una frustración concreta de la finalidad económica perseguida por el socio. Esta expectativa de ganancia con base contractual sería parte del patrimonio del administrado por cuanto configura uno de sus derechos.

Cuando, p. ej., el socio decide formar parte de una sociedad mercantil e invertir su capital, lo hace partiendo de unas determinadas condiciones que definen el grado de riesgo oportunamente asumido y que, luego, por la intervención abusiva de los administradores, no se corresponden con las reales. Concretamente, si un socio minoritario invierte pretendiendo lograr ciertos beneficios económicos y que se distribuyan los dividendos en los

---

<sup>34</sup> PASTOR MUÑOZ, NURIA; COCA VILA, IVÓ, “¿Administración desleal mediante la creación de riesgo de sanciones para el patrimonio administrado?” en *Indret* (en línea), Dirección URL: <http://www.indret.com>, 2015, ps. 9-10.

<sup>35</sup> Aquí se parte de una noción mixta de interés social.

períodos correspondientes, la negativa expresa y típicamente abusiva<sup>36</sup> a dicha distribución, si bien no implica *per se* la pérdida inmediata de una suma de dinero, sí acarrea un perjuicio desde el mismo momento en que dicho socio adquirió una expectativa de ganancia que no se corresponde con la realidad y ello se vio frustrado con la adopción del acuerdo social.

Se debe aclarar que no se hace depender la existencia del perjuicio patrimonial de la constatación del saldo negativo pero puede y debe tenérselo en cuenta para la concreta cuantificación del mismo.

## **VI. Conflicto de intereses**

La idea de conflicto de intereses introduce un elemento de utilidad para la apreciación de determinadas conductas por parte del administrador en contra de los intereses económicos de los socios y de la misma sociedad. Por ello, se puede afirmar la existencia de un interés contrapuesto o reñido al de la sociedad que integran y, a partir de allí, valorar un eventual indicio para la posible ponderación de una conducta posiblemente delictiva siempre que el administrador obtenga un lucro o ventaja patrimonial o beneficie a un tercero contra el interés del resto de los socios y del interés colectivo de la sociedad, ya sea de manera directa o indirecta. P. ej., desviando valor de la esfera social a la esfera particular o de la esfera particular ajena a la esfera particular propia.

## **VII. Criterios normativos para determinar la existencia de perjuicio patrimonial**

En este punto, se plantea el inconveniente de establecer cómo se determina el perjuicio patrimonial o, en otros términos, qué se debe tener en cuenta para su concreción. La posición asumida en este trabajo implica alejarse del enfoque tradicional basado en la focalización de la disminución patrimonial inmediata y efectiva a la adopción del acuerdo social. Por el contrario, se busca partir del análisis global de la situación patrimonial tras la celebración del acto administrativo. Para poder establecer cuándo se podría producir un perjuicio económico, será necesario recurrir a la idea de racionalidad económica de la mayoría, tener en cuenta los criterios del valor de mercado y realizar un análisis global de la situación patrimonial de la sociedad tras la celebración del acto administrativo irregular. Por consiguiente, no sólo se deben tener en cuenta las consecuencias inmediatas derivadas del acto sino también las consecuencias a largo plazo. Estas ideas deberán ser valoradas según el criterio de un observador objetivo e imparcial *ex ante*, esto es, al momento de la conducta sospechada.

Entre los criterios que integran la visión de largo plazo de una determinada decisión societaria se pueden destacar los denominados pronósticos de ganancia y pérdida, el valor estratégico de la decisión y las expectativas de ganancia futura vinculada a tal decisión. Todo revisado bajo el prisma de que tales circunstancias fueran acordes con la lógica derivada del plan global de racionalidad económica<sup>37</sup> de la mayoría y del mercado al momento de celebrar el acuerdo. Con la introducción de estas variables se pretende evaluar adecuadamente cuáles son las consecuencias, a corto y largo plazo, de la celebración de un acto

---

<sup>36</sup> P. ej., demostrándose en el caso concreto una generación de reservas excesivas o innecesarias, la plena solvencia de la sociedad, el margen evidente que se tuviera para poder repartir los beneficios solicitados, el reclamo persistente de distribución de dividendos en distintos períodos y su negativa, etc.

<sup>37</sup> Al respecto, cfr. PASTOR MUÑOZ, NURIA, “La evolución del bien jurídico patrimonio en el seno del Derecho penal patrimonial y económico” en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Llinares (Dir.), La Ley, Madrid, 2013, ps. 100-106 y nota 44.

administrativo y así poder concluir, con mayores fundamentos y en conexión con la realidad económica concreta, si realmente se ha producido una pérdida de capacidad económica. Esto es, si se ha producido un perjuicio patrimonial.

El análisis de estas variables debe excluir cualquier consecuencia imputable a factores externos del mercado (por ejemplo, una crisis inmobiliaria o una pérdida repentina del valor de unas acciones en la bolsa) o cuyos factores no sean competencia del administrador (por ejemplo, circunstancias que, por su rol o profesión, no debía conocer y no podía ponderar en su decisión).<sup>38</sup>

Si bien se reconoce la dificultad técnica de introducir estas variables en el examen global de la existencia del perjuicio patrimonial, se comparte la idea de que olvidarlos y quedarse en el mero efecto contable inmediato a la celebración del acto administrativo implicaría sostener un concepto de perjuicio que ignoraría la realidad económica a la que debe ser aplicada<sup>39</sup> y las particularidades del negocio en la que se produce la esencia del problema.

Para valorar la existencia de una extralimitación manifiesta en el ejercicio del derecho de los administradores y determinar la eventual existencia de un fin ilegítimo, injustificado o extrasocietario, se tendrá que analizar, p. ej., el tipo de negocio que se celebra, el modo en que se realiza, las partes intervinientes, los beneficiarios inmediatos de la operación, el normal desarrollo y funcionamiento del administrador, la posición del administrador en la empresa, la situación económica-financiera y contable de la misma y el contexto económico-financiero general en el que se lleva adelante la operación, las probabilidades futuras de ganancias y/o pérdidas vinculadas a la decisión social, las posibilidades de su control, lo exigible en virtud de una ordenada gestión y el valor estratégico de la decisión.

Además de los conceptos técnicos económicos, contables y financieros, será necesario contar con los informes técnicos, auditorias y pericias contables en aras a precisar si efectivamente se ha producido un eventual riesgo económico, una pérdida de capacidad económica y/o un beneficio económico en cada supuesto concreto y, en su caso, cuál ha sido su magnitud.

Como es sabido, y teniendo en cuenta los criterios generales de la imputación objetiva,<sup>40</sup> se deberá demostrar que con el acto administrativo irregular se habría generado un riesgo concreto penalmente desaprobado y el que el mismo se habría producido en el resultado patrimonialmente perjudicial, según la noción de perjuicio que se sigue en este trabajo.

En este contexto, el criterio del *riesgo permitido* asume un rol activo y de interés para restringir el ámbito de aplicación del art. 173 inc. 7 CP a determinadas conductas que se originan en el seno de la sociedad mercantil. Y aquí precisamente ingresan todos aquellos comportamientos en donde se pueda demostrar que, a pesar de haberse adoptado un acto administrativo que genera un riesgo jurídicamente relevante y concreto en contra del patrimonio, estarían permitidas atendiendo a las circunstancias del caso. Por ejemplo, podría suceder con los denominados negocios de riesgo en donde, si bien se asume un riesgo importante de pérdida, se busca la obtención de importantes beneficios pero supeditados al devenir de ciertos acontecimientos que exceden el control personal de los socios.

---

<sup>38</sup> *Ibidem.*, ps. 104-106.

<sup>39</sup> *Ibidem.*, ps. 102-103. Se refiere a la importancia de la prueba pericial en los casos complejos en los que se deba determinar el valor del patrimonio (*idem.*, nota 41).

<sup>40</sup> P. ej., disminución de riesgo, inexistencia de riesgo penalmente relevante, adecuación social, riesgo permitido, fin de protección de la norma, autopuesta en peligro, insignificancia.

En muchos casos de la actividad empresarial existe una delgada e imprecisa línea fronteriza con el ámbito de los negocios de riesgo y con la determinación del tipo subjetivo que exige la figura en cuestión.<sup>41</sup>

El riesgo es inherente a la actividad económica y al mundo de los negocios y, en muchos supuestos, el resultado de tales operaciones es francamente incierto. Es decir, es posible pasar de la obtención de grandes beneficios a la frustración más decepcionante sin que, con ello, se haya pretendido ocasionar un perjuicio u obtener un lucro indebido. Un ejemplo claro de situaciones límites, generadas por circunstancias externas al propio riesgo inherente de cada empresario, lo configura la reciente crisis económica mundial derivada de la denominada burbuja inmobiliaria que, actualmente, sigue produciendo sus efectos nocivos y colaterales en distintos países.

También podrá utilizarse para restringir el ámbito del tipo penal y ponderar adecuadamente el contenido del acto administrativo a largo plazo, el valor estratégico de la decisión, las expectativas de ganancia futura y el plan global económicamente racional de la mayoría.<sup>42</sup> Todas estas variables pueden contribuir a ampliar la perspectiva de análisis. Esto es, resulta posible que la celebración de un determinado acto administrativo implique o haya implicado la producción de pérdidas económicas inmediatas tanto para la sociedad como para algún socio, pero atendiendo a una perspectiva de largo plazo y a los criterios referidos previamente, sería posible concluir que la decisión no es perjudicial en los términos de este trabajo o, en su caso, hasta sería beneficioso al existir fundadas expectativas de importantes ganancias a futuro.

A modo de ejemplo, y sin perjuicio de recibir tutela civil y dependiendo de la justificación del caso concreto, no configura *per se* una decisión penalmente relevante aquella que reduce mínimamente la actividad mercantil de una empresa o reduce, sin mayores consecuencias económicas y/o financieras, la operatividad de las instalaciones destinadas a la fabricación de determinados productos o el mero incremento de gastos operativos, siempre que ello pueda mínimamente justificarse en base a las necesidades del momento.

Por el contrario, esta decisión sería sospechosa cuando se producen una serie de irregularidades que por su cantidad y/o por su modalidad permiten inferir la existencia de un posible delito. Ello podría suceder cuando, p. ej., como consecuencia del acto administrativo se produce una sustitución contractual que supone una restricción definitiva e irreversible de la actividad mercantil, una definitiva e irreversible inutilización de todas las instalaciones destinadas a la fabricación de los productos, una pérdida gratuita de la exclusividad contractual de la concesión, una pérdida esencial en el valor del fondo de comercio, un incremento de costes, una inutilización irreversible de recursos y/o la venta de activos

---

<sup>41</sup> Al respecto, cfr. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M., “Els delictes societaris en el Dret comparat, el Dret vigent y el nou Codi Penal” en *El Codi Penal de 1995: Part Especial*, VV.AA., Consejo General del Poder Judicial, Generalitat de Cataluña, Barcelona, 1996, p. 68. Para mayores precisiones sobre la idea de negocios de riesgo cfr., FARALDO CABANA, PATRICIA, “Los negocios de riesgo en el Código Penal de 1995” en *Estudios penales y criminológicos*, XIX, Univ. Santiago de Compostela, 1996, ps. 171-172; GALLEGO SOLER, JOSÉ I., *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, ps. 411-416; SERRANO TÁRRAGA, MARÍA D., “Los negocios de riesgo y el delito de administración desleal” en *Actualidad Penal*, nº 41, ref. XLI, T.4, La Ley, 2001; NIETO MARTÍN, ADÁN, *El delito de administración fraudulenta*, Praxis, Barcelona, 1996, ps. 49-53; GALGANO, FRANCESCO, “La società per azioni”, 2ª ed., en *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, V.7, CEDAM, Milano, 1988, p. 60.

<sup>42</sup> PASTOR MUÑOZ, NURIA, “La evolución del bien jurídico patrimonio en el seno del Derecho penal patrimonial y económico” en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Llinares (Dir.), La Ley, Madrid, 2013, ps. 100-106 y nota 44.

importantes para la empresa (p. ej. un inmueble de mucho valor o una patente). Todo ello, en beneficio de otra sociedad y hasta del propio administrador si tuviera participación en ésta. En este supuesto, se demuestra la existencia de una manifiesta extralimitación del administrador en aras al logro de un fin ilegítimo y extrasocietario (beneficiar a otra persona jurídica), un grave desvío de valor de la esfera social a la esfera particular de otra persona jurídica, esto es, la preponderancia de un interés extrasocietario por encima los intereses de los socios y en su perjuicio.

En definitiva, considero que todos estos factores serán útiles para establecer si una determinada decisión vinculada, p. ej., a la celebración de un negocio de riesgo o a una operación comercial de mayor riesgo, puede encuadrarse en el ámbito de riesgo permitido que permita excluir la conducta investigada del tipo penal.

### VIII. Conclusiones

1. En mi opinión, el fundamento material del art. 173 inc. 7 CP es la lesión de un deber negativo, esto es, la lesión al principio *neminem laedere*.

El art. 173 inc.7 CP acarrea el menoscabo de un derecho patrimonial en forma de lesión de un deber negativo de no privar o disminuir, contra la voluntad de su titular, la sustancia jurídica de su derecho y de no constituir obligaciones contra su voluntad y en su perjuicio. En otras palabras, la lesión de un deber negativo de no reducir el estado patrimonial garantizado<sup>43</sup> o la protección de disfrutar o conservar un determinado *statu quo* con relación al valor de su derecho patrimonial.

2. Se advierte en la doctrina y jurisprudencia nacional una tendencia general a no precisar los conceptos de patrimonio y perjuicio patrimonial al pronunciarse sobre el delito de administración fraudulenta. Sin ir más lejos, no se advierte que, previo a pronunciarse sobre el perjuicio patrimonial del delito en cuestión, alguien tome posición sobre qué teoría sigue a tal fin (p. ej., teoría jurídica, económica, mixta o personal/funcional). Y ello, a diferencia de lo que sucede en otros países como, p. ej., España y Alemania, trae aparejado un análisis sesgado de la amplia problemática vinculada a temas de interés como, p. ej., precisar cuándo hay perjuicio patrimonial y cuáles son los criterios normativos que permiten identificarlo; determinar el correcto *iter criminis* del injusto; establecer la posibilidad de desistimiento y cuándo podría operar; la estrecha vinculación de este delito con los denominados negocios de riesgo y la aplicación de la teoría de la imputación objetiva para confirmar -o no- la tipicidad del hecho.

3. No es menos cierto que la observación precedente no sólo se produce con respecto al delito de administración fraudulenta sino, también y de modo general, con la estafa genérica y el resto de estafas especiales previstas en nuestra legislación.

4. La decisión de si el patrimonio se define, p. ej., en términos de la teoría económica, jurídica, mixta o personal incide directamente en la valoración (típica o no) de una determinada conducta y, en su caso, del momento consumativo.

5. Un derecho patrimonial se lesiona, en clave personal, desde el momento en que se produce un riesgo serio, concreto y no permitido de pérdida económica. Esto es, hay

---

<sup>43</sup> JAKOBS, GÜNTHER, “La privación de un derecho como delito patrimonial. A la vez, una contribución a la generalización de la Parte Especial” en *InDret*, (en línea) Dirección URL: [www.indret.com](http://www.indret.com), Barcelona, 4/2008, ps. 12 y ss.

situaciones de peligro para el patrimonio que constituyen ya un perjuicio patrimonial.<sup>44</sup> Por lo tanto, será relevante ponderar el riesgo de pérdida económica derivado del acto que se investiga y no exclusivamente la desaparición definitiva e inmediata de elementos patrimoniales. Se parte de una visión del injusto penal que trasciende a la mera lesión físico-material del patrimonio.<sup>45</sup> Así, con la realización del acto concreto del administrador no se está ante un peligro para el patrimonio sino ya ante un perjuicio real, con independencia de lo que ocurra en un momento posterior.<sup>46</sup>

6. La idea de conflicto de intereses introduce un elemento de utilidad para la apreciación de determinadas conductas por parte del administrador en contra de los intereses económicos de los socios y de la misma sociedad. Por ello, se puede afirmar la existencia de un interés contrapuesto o reñido al de la sociedad que integran y, a partir de allí, valorar un eventual indicio para la posible ponderación de una conducta posiblemente delictiva siempre que el administrador obtenga un lucro o ventaja patrimonial o beneficie a un tercero contra el interés del resto de los socios y del interés colectivo de la sociedad, ya sea de manera directa o indirecta.

7. Para poder establecer cuándo se podría producir un perjuicio económico, será necesario recurrir a la idea de racionalidad económica de la mayoría, tener en cuenta los criterios del valor de mercado y realizar un análisis global de la situación patrimonial de la sociedad tras la celebración del acto administrativo irregular. Por consiguiente, no sólo se deben tener en cuenta las consecuencias inmediatas derivadas del acto sino también las consecuencias a largo plazo. Estas ideas deberán ser valoradas según el criterio de un observador objetivo e imparcial *ex ante*, esto es, al momento de la conducta sospechada.

8. Entre los criterios que integran la visión de largo plazo de una determinada decisión societaria se pueden destacar los denominados pronósticos de ganancia y pérdida, el valor estratégico de la decisión y las expectativas de ganancia futura vinculada a tal decisión. Todo revisado bajo el prisma de que tales circunstancias fueran acordes con la lógica derivada del plan global de racionalidad económica<sup>47</sup> de la mayoría y del mercado al momento de celebrar el acuerdo.

9. Como es sabido, y teniendo en cuenta los criterios generales de la imputación objetiva, se deberá demostrar que con el acto administrativo irregular se habría generado un riesgo concreto penalmente desaprobado y el que el mismo se habría producido en el resultado patrimonialmente perjudicial, según la noción de perjuicio que se sigue en este trabajo.

10. En este contexto, el criterio del riesgo permitido asume un rol activo y de interés para restringir el ámbito de aplicación del art. 173 inc. 7 CP a determinadas conductas que se originan en el seno de la sociedad mercantil.

---

<sup>44</sup> PASTOR MUÑOZ, NURIA, “La evolución del bien jurídico patrimonio en el seno del Derecho penal patrimonial y económico” en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Llinares (Dir.), La Ley, Madrid, 2013, p. 95.

<sup>45</sup> PASTOR MUÑOZ, NURIA; COCA VILA, IVÓ, “¿Administración desleal mediante la creación de riesgo de sanciones para el patrimonio administrado” en *Indret* (en línea), Dirección URL: <http://www.indret.com>, 2015, p. 20.

<sup>46</sup> Así, PASTOR MUÑOZ, NURIA, “La evolución del bien jurídico patrimonio en el seno del Derecho penal patrimonial y económico” en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Llinares (Dir.), La Ley, Madrid, 2013, ps. 93-97.

<sup>47</sup> Al respecto, cfr. PASTOR MUÑOZ, NURIA, “La evolución del bien jurídico patrimonio en el seno del Derecho penal patrimonial y económico” en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Llinares (Dir.), La Ley, Madrid, 2013, ps. 100-106 y nota 44.



## Interrupción de la gestación humana. ¿Impunidad?

*The interruption of human gestation. Impunity?*

por **MARÍA CRISTINA BARBERÁ\***

**RESUMEN:** El trabajo versa sobre la interrupción de la gestación humana sea natural o in vitro, la vigencia del principio de igualdad entre gestación in vitro y gestación natural. La aplicación de analogía jurídica in bonam partem, la propuesta de una extensión de la impunidad de la interrupción de la gestación natural por circunstancias extraordinarias psicofísicas, económicas y sociales para la madre. Modificación de la ley de fecundación in vitro permitiendo sólo la fertilización de dos óvulos para evitar la manipulación genética. Destrucción de los gametos criopreservados. Confección de estadísticas, mapa de interrupción gestacional natural e in vitro, educación para evitar la gestación natural y métodos contraceptivos naturales y artificiales no invasivos e invasivos.

**PALABRAS CLAVES:** Interrupción de la gestación natural o in vitro. Principio de Igualdad. Analogía Jurídica. Extensión de la impunidad de la interrupción de la gestación natural.

**ABSTRACT:** *The work deals with the interruption of human gestation, whether natural or in vitro, the validity of the principle of equality between in vitro gestation and natural gestation. The application of legal analogy in bonam partem, the proposal of an extension of the impunity of the interruption of the natural gestation due to extraordinary psychophysical, economic and social circumstances for the mother. Modification of the law of in vitro fertilization allowing only the fertilization of two ovules to avoid genetic manipulation. Destruction of cryopreserved gametes. Preparation of statistics, map of natural and in vitro gestational interruption, education to avoid natural gestation and non-invasive and invasive natural and artificial contraceptive methods.*

**KEY WORDS:** *Interruption of natural gestation or in vitro. Principle of Equality. Legal Analogy. Extensión de la impunidad de la interrupción de la gestación natural.*

### Legislación sobre la práctica del aborto en el mundo

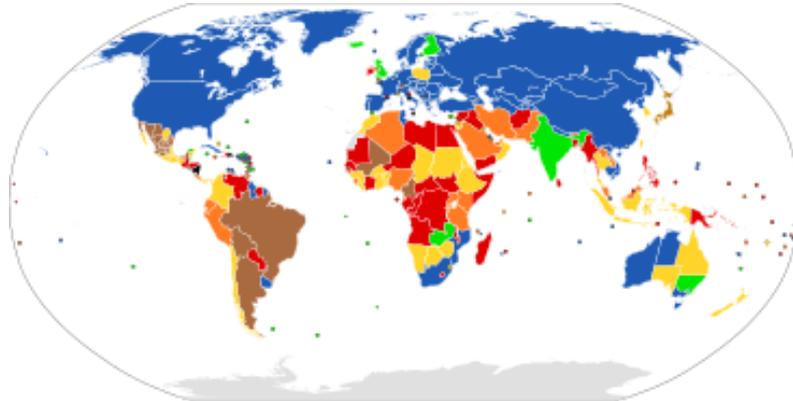
La legislación sobre el aborto en el mundo es muy diversa, desde el libre acceso al aborto en servicios sanitarios públicos gratuitos hasta la penalización con años de prisión para las mujeres y quienes practiquen el aborto inducido. Por tanto, la práctica del aborto, entendi-

---

\* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba. Miembro del Instituto de Derecho Penal de la Academia Nacional de Derecho. Directora del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro Honorario de la Asociación Argentina de Victimología. Ex Vocal de Cámara en lo Criminal Sede Capital. Ex Miembro de Honorable Concejo Directivo de la Universidad Nacional de Córdoba, Ex miembro de la Sala Penal del Concejo de la Magistratura. Ex Profesora Adjunta por concurso de Derecho Penal Parte General Facultad de Derecho Penal Universidad Nacional de Córdoba. Autora de libros y artículos en Revistas de Publicación periódica.

do como aborto inducido o interrupción voluntaria del embarazo, está sujeta al ordenamiento jurídico vigente en cada país, en el que puede recogerse como derecho o como delito penalizado (punible), conforme el siguiente gráfico<sup>1</sup>:

### Situación jurídica del aborto alrededor del mundo



- Legal bajo cualquier circunstancia dentro de plazos establecidos.
- Legal en casos de riesgo para la vida de la madre y/o de salud física o mental, violación, inviabilidad fetal y factores socioeconómicos.
- Legal en casos de riesgo para la vida de la madre y/o de salud física o mental, violación e inviabilidad fetal.
- Legal en casos de riesgo para la vida de la madre y/o de salud física o mental y violación.
- Legal en casos de riesgo para la vida de la madre y/o de salud física o mental.
- Legal en casos de riesgo para la vida de la madre.
- Ilegal sin excepciones.
- No hay información.

Nota: En la mayoría de los países y supuestos citados, la intervención ha de efectuarse antes de plazos establecidos.

En países como Canadá, Estados Unidos, Uruguay, India, los países de la antigua órbita soviética y la mayoría de los países de Europa, el aborto es legal a petición o demanda de la mujer durante cierto período de gestación. Por otro lado, en la mayoría de los países de Latinoamérica, África, Medio Oriente, Oceanía y el Sudeste Asiático el aborto es ilegal y está penalizado en alguno de los supuestos. Cinco naciones del mundo prohíben la interrupción del embarazo bajo cualquier circunstancia y tipifican penas de cárcel para toda mujer y persona que realice, intente realizar o facilite la realización de un aborto: Ciudad del Vaticano, El Salvador, Malta, Nicaragua, y República Dominicana.

El debate sobre el aborto, en relación al aborto inducido o interrupción voluntaria del embarazo, se refiere a la discusión, controversia y polémica sobre su práctica, contexto social y económico en el que se produce –referido especialmente a la mujer– así como la situación legal y penal aplicable en los distintos países y la diferente implantación de los derechos reproductivos y el acceso a la planificación familiar.

El número de abortos inducidos en todo el mundo anualmente es de unos 46 millones, 26 millones se llevan a cabo en países donde el aborto es legal y los restantes 20 millones se practican ilegalmente. El riesgo sanitario para la mujer que se practica clandesti-

<sup>1</sup> [https://es.wikipedia.org/wiki/Legislacion\\_sobre\\_la\\_practica\\_del\\_aborto\\_en\\_el\\_mundo](https://es.wikipedia.org/wiki/Legislacion_sobre_la_practica_del_aborto_en_el_mundo)

namente un aborto como consecuencia de su ilegalidad ha llevado a que diferentes sectores sociales y organizaciones soliciten su legalización. Sin embargo, esta postura se ha enfrentado a otros sectores y organizaciones que defienden el derecho a vivir del *nasciturus*, fundados en el consenso científico y médico sobre el inicio de la vida humana en el momento de la fecundación.

### **Opinión jurídica reciente**

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, que en diversas declaraciones y dictámenes ha emitido su criterio al derecho al aborto, estimó oportuno recordar recientemente, que el derecho a la vida desde el momento de la concepción se encuentra implícitamente protegido por el artículo 33 de la Constitución Nacional y ha sido consagrado de modo explícito en varias Constituciones Provinciales.

Se halla también amparado –sigue diciendo– por el 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por la ley 23054 y conocida como Pacto de San José de Costa Rica, en la que se reconoce que “persona es todo ser humano” a partir del momento de la concepción, con “derecho a vida” debiendo estar protegida por la ley; y que nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

Los proyectos ahora bajo examen vulneran el derecho intrínseco a la vida consagrado en normas de jerarquía constitucional como los artículos 1 y 6.1 de la Convención sobre Derechos del Niño, con la reserva que formuló la ley 23.849 al disponer en su artículo 1: “debe interpretarse en el sentido que se entiende niño todos ser humano desde el momento de la concepción y hasta los dieciocho años de edad”, fijando de esta forma las “condiciones para la vigencia” de la Convención (artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional). Los Proyectos de ley violan asimismo, otras normas de jerarquía constitucional que resguardan de modo estricto el derecho a la vida, como el artículo 3 de la Declaración de los Derechos Humanos (1948); el artículo 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), cuyo texto declara que “todo ser humano tiene derecho a la vida”; el artículo 1, párrafo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el que se reconoce que “persona es todo ser humano” y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado por ley 23.313), cuyo artículo 6 proclama que “todo ser humano tiene derecho a la vida”.

Dicha Academia ha dictaminado ante proyectos de aborto no punible, destacando su inconstitucionalidad, porque la Constitución garantiza el derecho a la vida desde el embarazo (artículo 75, inc. 23) al promover medidas de acción positiva favor del niño y de la madre, por parte del Congreso de la Nación, evitando en todo caso su “desamparo”. En ello cabe un régimen asistencial público que proteja ambas vidas y, a la vez, dé a la madre la posibilidad de entregarlo en adopción, cumpliendo un régimen legal regulatorio a esos efectos.

En concordancia con el criterio fijado por los autores de la Ley Fundamental, el Código Civil y Comercial declara que la persona humana comienza con la concepción.

Por todo ello, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en el ejercicio del derecho de peticionar a las autoridades, solicitó a la Honorable Cámara de Diputados de la Nación que al tratar el o los proyectos de ley, prevalezca el respeto a la Constitución y a los Convenios internacionales citados, como así también el trámite parlamentario previsto en los reglamentos de ambas Cámaras del Congreso que se contemplan en el artículo 66 de la Constitución Nacional.

## **Persona**

Hay persona, según el art. 19 del Código Civil y Comercial, a partir del momento de la concepción y, luego de mucho discutir sobre qué es concepción, se ha llegado a la conclusión que es el momento en que el espermatozoide perfora el óvulo, penetra en él y se forma otra célula. La discusión versa sobre si ése es el momento de la concepción o, cuando ya dividida la célula originaria y transformada en embrión, se instala en un útero obviamente femenino.

Con fundamentos muy serios sobre la interpretación que cabe hacer desde el punto de vista biológico se ha culminado con el criterio que concepción es a partir del momento en que se produce la unión del óvulo con el espermatozoide.<sup>2</sup>

En la actualidad la cultura no considera que pueda ser “aborto” la interrupción de la gestación de un ser humano, que no sea en el “seno materno”, viejo término que ajustó la noción: embarazo sólo al iniciado en el seno materno. Ése es embarazo cultural y gramaticalmente (RAE). El otro es fertilización porque no está dentro de las entrañas de una mujer.

Convengamos que la noción utilizada por el Código Penal es propia de 1922 fecha de sanción del C.P. mediante ley 11.179. En esa época la fertilización in vitro no estaba en la cabeza de algún jurista o legislador de modo alguno.

## **Fertilización asistida<sup>3</sup>**

Hace 30 años cuando la ciencia de la fertilidad asistida dio el paso fundamental que traería los últimos grandes avances. En 1978, Patrick Steptoe, ginecólogo inglés y Robert G. Edwards, luego de incansables estudios y numerosos fracasos dieron a conocer el nacimiento de la primera niña nacida a través de la medicina reproductiva. Fue Louise Brown, quien hoy, cumplidos ya sus 30 años, ha sido madre de modo natural. Brown fue mundialmente reconocida como la primera bebé de probeta de la historia de la humanidad. Para llegar a este momento, Steptoe y Edwards hicieron muchos intentos y contaban con algunos fracasos “esperanzadores”, como la obtención de dos embarazos extrauterinos. Louise Brown nació el 25 de julio de 1978, pesó 2.700 gramos y las crónicas de la época la describían como “una niña saludable y regordeta”. Su nacimiento fue el puntapié inicial para innumerables mejoras en las técnicas utilizadas originariamente, lo que mejoró las tasas de éxito de cada intento.

Una década más tarde, Lanzendorf publicó un novedoso sistema ICSI (Intra Cytoplasmic Semen Injection) mediante el cual nacieron nuevas esperanzas para muchos hombres cuyo daño espermático era tal que, antes de este descubrimiento, sólo hubieran tenido el recurso de acudir a la donación de esperma para que su esposa logre una concepción. Hasta entonces, todos los métodos que ayudaban a conseguir un embarazo estaban dedicados al tratamiento sobre la mujer. Y fue en 1988 cuando se comenzó a ensayar con el sistema SUZI (subzonal sperm injection), que fue casi inmediatamente dejado de lado por el ICSI de Lanzendorf.

Las diferentes técnicas que se fueron sucediendo en el tiempo trajeron consigo ilusiones y fracasos, y sólo lograron instalarse en la práctica médica las que permitían los mejores resultados. Así, la Fertilización In Vitro de Edwards y Steptoe es, básicamente, una de las más utilizadas en la actualidad. Claro que desde entonces hubo enormes y sorprendentes avances, sobre todo en lo que respecta al laboratorio de reproducción y los me-

---

<sup>2</sup> Noticias Globales. Paula Prieto Martínez ¿De dónde venimos y hacia dónde vamos?

<sup>3</sup> Revista de Bioética y Derecho. Florencia Luna. Revista IUS nro.39, Puebla, enero-junio 2017.

dios de cultivo embrionario, que lograron, sobre una base bastante simple, aumentar sensiblemente las posibilidades de cada tratamiento.

Si bien con la cantidad de técnicas de fertilidad asistida disponibles al día de hoy, no hay garantías de éxito, es necesario decir que la investigación no se detiene y que cada día aparecen nuevas y mejores posibilidades. En la actualidad es posible algo que hace unos pocos años no se cruzaba por la imaginación de los especialistas. Se trata de la vitrificación de óvulos, lo que significa, por ejemplo, que una mujer que debe ser tratada con quimioterapia o con radioterapia a raíz de un cáncer puede, antes de iniciar el tratamiento, congelar sus propios óvulos para ser madre cuando la enfermedad haya sido superada. También se pueden criopreservar espermatozoides, aunque este es un descubrimiento que tiene más de 80 años de historia.

Todo esto permite decir que el futuro de la medicina reproductiva asoma bastante incierto pero, al mismo tiempo, muy promisorio. Hay avances concretos en la consecución de óvulos en animales a partir de trabajo sobre las células madre de ese mismo animal, lo que puede significar que en el futuro podríamos estar a salvo de situaciones devastadoras para una mujer como es la menopausia precoz. No podemos negar lo bueno que han sido los avances en esta especialidad para la humanidad entera, a la vez que no podemos negar lo peligroso que puede ser utilizar estos avances sin escrúpulos, ética ni responsabilidad. Nuestro compromiso es trabajar en forma cada vez más eficiente, dando respuestas a esas familias que tienen dificultades para ver llegar a sus hijos tan esperados.

En general los países de Europa y América del Norte y Latinoamérica lo admiten y siguen avanzando sobre nuevos métodos procurando cada vez más los derechos humanos de nasciturus.

### **Ley 26862 de fertilización asistida**

La interrupción de la gestación humana en Argentina está permitida a partir del dictado de esta ley, pues los gametos que se excluyen por su mayor morbilidad se los crioconserva durante un lapso de 5 años, si no se implantan en el útero femenino de la persona que generó la fertilización o en otro.

El gameto en el seno materno demora entre 4 y 9 días para anidarse y transformarse en embrión. Si tomamos el último día posible de gestación: es el día 21 del ciclo femenino y, si se agregan 9 días más hasta la anidación, nos vamos a treinta días, dos más de la finalización del ciclo que culmina el 28.

La mujer ya advierte su posible embarazo dos días antes de que el gameto se instale en el seno materno. pues no menstruará en tiempo por la producción de una hormona gonadotropina coriónica propia de la existencia del gameto en su útero.

Si la persona humana es tal al momento de la formación de los gametos, los excluidos y crioconservados son personas, y si ya se considera legal su exclusión en el proceso gestacional interrumpiéndolo durante 5 años, en que recién se autoriza a destruirlos, hay una contraposición legal entre la punibilidad de la interrupción de una gestación humana generado naturalmente con el permiso de hacerlo en una gestación in vitro. Fuera o dentro del seno materno la gestación implica una persona.

Desde este punto de vista la interpretación es más benigna; entre dos leyes en conflicto (C.P. art. 2), hay que estar a la más benigna. Ya la Corte suprema ha dado pasos en ese sentido, equiparando por analogía la falta de consentimiento en la violación, como lo es en el caso de la mujer idiota o demente.

Pregunto: ¿con lo dispuesto por dicha ley de fertilización asistida, no parece arbitrario pensar que una gestación donde se haya producido la anidación del gameto en el útero femenino en el término de doce o catorce semanas sea ilegal?

¿No parece más grave la crioconservación de gametos durante cinco años, pues interrumpe una gestación de quien —según los términos de la ley— si se los hubiera implantado en un útero sano hubiera podido nacer un niño y tendría quince años según el tiempo de destrucción?

### **Déficits**

Antes de tratarlos una breve consideración: Hoy —cualquiera sea la posición que lleguemos adoptar: punición, no punición— debemos reconocer que debemos hablar de interrupción de la gestación, partiendo de la base de que las interrupciones gestacionales in vitro deben ser consideradas tales.

Asimismo, cabe destacar que las interrupciones gestacionales in vitro corresponden a ciudadanos que pertenecen a una franja de ciudadanos con recursos económicos, culturales y sociales de medios o altos y no se interrumpe salvo casos excepcionales, la de los gestantes sino, como vengo señalando, la de los gametos que quedan sin ser implantados. Al revés, las interrupciones gestacionales naturales pertenecen a grupos de personas que manejan recursos culturales, sociales y económicos heterogéneos, es decir, desde los más altos, hasta la pauperización más absoluta.

De allí que, en estos últimos (valga la redundancia, los “últimos” no serán nunca los primeros), serán siempre los “últimos” en ser atendidos en las peores condiciones de higiene y los primeros serán los primeros en atención psicofísica, asepsia y bioseguridad.

Debemos reconocer que en cuanto a la interrupción de la gestación natural no tenemos estadísticas serias acerca de:

- 1) cantidad de abortos de gestaciones naturales que se hacen en nuestro país,
- 2) cuáles son las zonas de mayor ejercicio de esta práctica,
- 3) qué cantidad de interrupciones gestacionales se hacen en lugares peligrosos para la salud de la mujer y cuántos en lugares seguros para ese mismo fin,
- 4) en qué franjas etarias, culturales, sociales y económicas se producen más cantidad,
- 5) qué cantidad de mujeres mueren producto de un aborto o quedan con secuelas físicas o psíquicas.

Tampoco hay estadísticas desde el punto de vista de las interrupciones de gestaciones in vitro o, mejor dicho, de los gametos menos viables o más mórbidos, esto es, de la cantidad de gametos que están siendo crioconservados a la espera de un útero femenino o el transcurso de los cinco años que establece la ley para ser destruidos.

### **La realidad**

Puede afirmarse, respecto de la interrupción de la gestación, que sin gestación no habrá interrupción de la misma y sin ejercicio sexual no habría gestaciones porque aún en la gestación in vitro hay ejercicio sexual por parte del hombre en el caso de la infertilidad de la mujer, sólo que con prácticas onanistas que algunas religiones condenan.

Así las cosas, se presentan los siguientes aspectos:

- 1) reiteramos: existe una franca desigualdad entre la interrupción de la gestación natural respecto de la interrupción de la gestación in vitro, porque una es punible y la otra no, apareciendo hasta más perversa la interrupción de la gestación in vitro, por impedir el

desarrollo de gametos que serían luego niños, computando el término de cinco años para destruirlos, serían niños de casi cinco años de edad si el gameto se hubiera implantado y hubiera prosperado su evolución,

2) Para ser consecuentes, no parece que deba derogarse la ley de fertilización in vitro, pues ya está instalado ese derecho en nuestro país, es un adelanto científico muy importante y satisface legítimos derechos de los padres a tener hijos biológicamente propios,

3) empero, no se ha analizado hasta qué punto desde el ámbito del cuerpo Constitucional y de los Tratados mencionados se está impidiendo el derecho a la vida de esos gametos, razón a la que sobradamente alude dicha legislación,

4) si nos hemos ocupado en analizar la contraposición entre el derecho a la vida del niño por nacer y la dignidad de la vida de la mujer, inclinándonos por la vida del niño por su vulnerabilidad e INDEFENSIÓN, pero no hemos analizado, porque no hay estadísticas, como dije, de la vulnerabilidad de cierta franja social de mujeres,

5) no hay campañas eficaces exitosas sobre prevención del embarazo responsable en niños con capacidad para engendrar y en jóvenes y menos jóvenes; ello nos lleva a tener gestaciones humanas no deseadas y consecuentes interrupciones por irresponsabilidad, ignorancia, pauperización, sometimiento de la mujer por la propia pareja e ignorancia deliberada, esto es, nuevas formas de hablar de intención dolosa.

"Ante la duda abstente"<sup>4</sup> es un principio inconcuso y no debemos quedarnos con la duda, se debe exigir la información completa en todos los aspectos de lo que implica la gestación in vitro, su obtención, implantación y selección de gametos. Profesionales, técnicos y ciudadanos en general no estamos autorizados a desconocer lo mínimo indispensable y no discutible para desenvolvemos como tales y, mucho menos, en decisiones propias trascendentales como es traer una persona a este mundo.

Más aún los profesionales deben informar al o los pacientes en todo acto médico que deban cumplir y sus consecuencias para ellos y de los otros seres vivientes como son los gametos (ley 26529). Éste es el aspecto subjetivo (imputación subjetiva o culpabilidad) que une la interrupción de la gestación natural y la interrupción de la gestación artificial o in vitro. En ambos casos habría dolo, pues no se puede alegar ignorancia respecto del hecho de la interrupción de la vida del gameto, sea de la que está implantada, que puede ser sencillamente un gameto como hemos visto, hasta convertirse en embrión y luego feto, sea de la que todavía solamente está gestada e, insisto, si hay criminalidad hasta aparece más criminosa (permítaseme esa licencia) la interrupción gestacional de varios gametos, despreciándolos por su menor viabilidad o mayor morbilidad que la surgida de la gestación natural<sup>5</sup>

El principio jurídico superior que funda la punición del aborto es la vida y el principio jurídico superior que legitima la fertilización in vitro también es la vida, pero ésta deja de lado la punición por lo que se dejará a su suerte, seres que empiezan a ser personas y nunca serán implantados y consecuentemente será imposible sobrevivir.

### **Razonabilidad. El límite de la interpretación es el absurdo**

Sin embargo resulta muy claro que queremos preservar la vida del "*nasciturus*" de acciones violentas, arbitrarias, destructivas, interruptoras de su prosecución, pues a la pérdida de la vida naturalmente, la tenemos admitida. El límite de la interpretación es el absurdo y

---

<sup>4</sup> Sebastián Soler, Ed. 1970 t. II

<sup>5</sup> Análisis de la nueva ley sobre derechos del paciente, Consentimiento Informado e Historia Clínica Walter Fabián Martínez\*

esto que estamos analizando nos permite conocer a través del absurdo qué es lo jurídica, doctrinal y jurisprudencialmente aceptable, porque está sostenido por la ciencia jurídica.

A la solución para este presente inmediato la encontramos dentro del sistema de leyes: fundándonos en un principio jurídico superior que es la igualdad ante el derecho a la vida preservada constitucionalmente.

En efecto, el principio superior es el derecho a la vida. Si se admite en la ley de fertilización asistida la interrupción de la gestación hasta por cinco años cuando no se alojan los gametos (tiempo de concepción) durante ese tiempo (5 años) y luego su destrucción es definitiva, ese principio permite fundar la interrupción de la gestación natural intrauterina por un término que no ponga en peligro la vida de la madre (10 o doce semanas).

Si la ley de fertilización asistida permite tener en calidad de gametos e impide su transformarlos en embrión y luego en feto y más tarde en un ser humano conformado totalmente durante cinco años, ese principio jurídico superior de la preservación de la vida de la personas por nacer ya está acotado en la gestación artificial hasta cinco años. En consecuencia, se puede admitir la no punibilidad de la gestación natural por aplicación de analogía jurídica “in bonam partem” C.N. Art. 18 “a contrario sensu”.

### **Propuesta**

Propongo entonces expandir la no punición de la interrupción del embarazo cuando concurren circunstancias extraordinarias psicofísicas para la madre, y a pedido de ésta si es mayor de 18 años, o a pedido de su representante legal si es menor de dicha edad.

La naturaleza jurídica es una situación de atipicidad por ausencia de dolo de la gestante que abarcaría la legitimidad del cuerpo de médico interviniente, quedando expedita el ejercicio de la acción civil por daño, en caso de haber agraviados por la decisión tomada por la madre de manera inconsulta con su pareja o terceros con interés legítimo, como es el caso de su pareja conviviente o ex conviviente, si la gestación fuere fruto de la unión con alguno de ellos y de sus herederos forzosos.

Se evaluará que concurren esas circunstancias extraordinarias, debiendo establecerse en el decreto reglamentario dentro de qué tiempo de gestación se debe llevar a cabo su interrupción.

La interrupción se efectuará en clínicas, hospitales u otras instituciones de salud habilitados para prácticas médicas de todo tipo y que cuenten con la infraestructura adecuada para evitar cualquier complicación.

El médico interviniente deberá evaluar la situación extraordinaria como tal.

Toda clínica u hospital privado o público deberá contar con UN EQUIPO médico, por lo menos, que carezca de inhibición de conciencia por la interrupción de la gestación, de manera que se preservará la libertad de conciencia de los médicos que pudieran llegar a intervenir. No puede admitirse la objeción de conciencia de una clínica u hospital porque son entes jurídicos que carecen de conciencia para tener objeción.

Debe mantenerse la propuesta de efectuar las estadísticas a las que me referí, el plan de educación para evitar embarazos no queridos por la razón que sea y elaborar una política de estado en los siguientes aspectos: 1) administración de preservativos orales o por vía parenteral gratuitamente para los grupos pauperizados y más aún en lugares donde la convivencia es promiscua; 2) educación sobre contracepción natural a través de la preservación de contacto sexual o con uso de contraceptivos locales en los días fértiles; 3) promover la infertilización del hombre a través de vasectomía y la ligadura de trompas en la mujer, como último recurso .

Debe modificarse la ley de fertilización asistida: 1) a la generación de dos gametos exclusivamente, que serán los implantados, evitando así la selección de algunos y crioconservación del resto; 2) imponer un plazo de 15 días a partir de la publicación de la ley respectiva de interrupción de la gestación para destruir los gametos crioconservados, evitando así la manipulación genética espuria.

Las campañas de prevención del embarazo no deseado deben ser cumplidas desde el momento en que el niño está en condiciones de concebir. Puede hacerse formal e informalmente: en primer lugar en el hogar para que los propios padres esté informados y a su vez transmitan esa información a sus hijos, complementariamente, con el consentimiento de los padres, en las escuelas y en centros comunitarios de acceso plural. Puede haber casos que, a fin de evitar riesgos de embarazos no queridos, sea conveniente, como política de estado en franjas sociales muy pauperizadas, implantar la información de padres e hijos consecutivamente en los centros de comunitarios de acceso plural.

Logrado su desarrollo físico y consecuentemente la capacidad de concebir, el joven debe hacerse responsable de esa aptitud y que puede embarazar y embarazarse (varones y mujeres respectivamente), pero la educación sexual debe iniciarse muy tempranamente, para evitar abusos sexuales con consecuencias no deseadas. La educación sexual del niño será un gran método preventivo de abusos sexuales. Consecuentemente, se deberá profundizar la continuación de la educación sexual que se imparta prevalemente en el hogar y luego en las escuelas y en centros comunitarios.

### **Mi opinión**

Estando en juego la vida de una persona (gameto) cuya viabilidad depende de otra persona que es la gestante, su exclusión NO ES UNA ACCCIÓN PRIVADA conforme el art. 19 de la Constitución de la Nación. Afecta la moral, el orden público, las buenas costumbres y también puede afectar los derechos de terceros.

No existe diferencia con la madre sana que, alegando el derecho que tiene a ser libre, reconociendo la demanda que un niño recién nacido tiene, no lo alimente, higienice y cuide la salud física y psíquica del niño ya nacido, de una nueva vida sea natural o artificialmente, debiendo discernir a qué título responderá cada uno de ellos.

Así las cosas, una gestación humana entra dentro de la órbita de los magistrados y se debe cumplir con el deber de control del cumplimiento de la posición de garante de la madre por la persona alojada en su cuerpo y por quienes la produjeron con la fertilización, en el caso de las personas nacidas naturalmente o fruto de la crioconservación.

Si pudiera haber alguna otra forma de intervención que no fuera penalmente tuitiva de la persona por nacer o crioconservada, me inclinaría por ella, dado que participo de la idea que el Derecho Penal es el último instrumento de control social, mas por ahora no encuentro otra respuesta que no sea la que surge del ámbito penal.

Como ningún derecho ni deber es absoluto, es que propiciamos tener en cuenta situaciones extraordinarias para la mujer en los términos antedichos. Consecuentemente, es imperioso trabajar en la prevención de los embarazos no queridos, sea que a ellos se pueda llegar por ignorancia, impedimentos familiares, sociales o irresponsabilidad.

Igualmente es de suma urgencia trabajar por la modificación de la ley de fertilización asistida para generar tantos gametos (en general no deben ser más de dos), cuanto pueden ser implantados de inmediato a la mujer que acepta la fertilización asistida (que será en definitiva su madre biológica, dado que nuestro derecho no acepta la madre subro-

gante o alquiler de vientre) y proceder a la urgente eliminación de los gametos crioconservados, para evitar manipulación genética.

Propicio un urgente plan de salud reproductiva que debe iniciarse por el Estado, comunicando a nivel familiar a los padres y éstos a sus hijos y así en sucesivas generaciones, ocupándose especialmente de los pueblos nativos, de los niños capaces de concebir y de las franjas sociales pauperizadas.

Las personas que practiquen interrupciones de embarazos sin estar autorizadas por carecer de idoneidad profesional son autoras del delito de interrupción de la gestación (aborto) y de ejercicio ilegal de la medicina en concurso real. En ese sentido, esto así porque cabe destacar que la interrupción de una gestación es un acto médico por sus características y debe ser objeto de una atención de este tipo.

# El aborto al Congreso ¿Legalización, despenalización, o nada?

por: OSCAR T. VERA BARROS

**Advertencia:** No es el objetivo de este trabajo realizar una investigación exhaustiva, o la búsqueda de información a los efectos de tener un panorama completo de datos empíricos tales como la cantidad de abortos practicados en determinado tiempo en los países en que es legal, los abortos clandestinos que se pueden detectar en nuestro medio, mapa de las legislaciones que punen el aborto o de las que no lo castigan, datos jurisprudenciales, etc. Ello así, porque como se verá, el análisis parte de un problema de base a resolver, y de las dos posiciones centrales respecto a la cuestión: legalizar o castigar. Tampoco consideramos de importancia indagar con precisión las distintas posiciones no jurídicas respecto al aborto.

**Sumario:** 1) Planteo del problema. 2) El problema social 3) Necesidad de análisis. 4) Alguna legislación comparada. 5) Marco conceptual no jurídico. 6) Marco conceptual jurídico. 7) La cuestión penal. 7.1) Legalización. 7.2) Despenalización. 7.3) El Código Penal. 8) Situación final del problema. 9) Nuestra propuesta.

## 1. Planteo del problema

Hay alrededor del aborto una *cuestión* que la podemos ver como un *problema*. Decimos “cuestión”, en el sentido de pregunta que se hace con la intención de argumentar y discutir.

Y lo vemos como un problema, porque hay una situación que exige una respuesta que desconocemos y deberíamos obtenerla a través de método científico

Desde hace unos años y recurrentemente está presente en más de un sector de la sociedad la discusión sobre la posibilidad del aborto libre, es decir una legalización del aborto en el sentido de que sea una conducta sin reproche penal alguno. En la práctica estas exigencias han sido banderas de lucha de los movimientos feministas, y en general de actvistas que adhieren a los movimientos feministas acompañando sus reclamos. Cabe reflexionar si es un problema de la mujer o de la sociedad en su conjunto.

Citando a Carolina Prado decimos que, “*hacia fines de la década de 1950, las denominadas políticas de la igualdad de derechos constituyeron uno de los objetivos comunes de los movimientos de mujeres, pero, en la práctica, desatendidos (piénsese en aspectos como la igualdad salarial, la despenalización del aborto, las leyes contra la discriminación y la violencia sexual, etcétera)*”<sup>1</sup>.

La solución que se propone en los colectivos que llevan adelante la propuesta es, en síntesis, la derogación de los tipos penales que castigan el aborto, con algunas diferencias en cuanto al tiempo máximo transcurrido desde la fecundación. Tan es así, que el planteo público tuvo el siguiente título en un matutino<sup>2</sup>: “*Legal o clandestino: para algunos, esa es*

---

<sup>1</sup> Carolina Prado. 2018. “Genealogía de la perspectiva de género en el derecho y su asimilación en la práctica judicial argentina”. Conferencia dictada el 28 de marzo en el Instituto de Ciencias Penales de la Academia de Derecho Córdoba.

<sup>2</sup> La Voz del Interior. 18/abril/2018, pág. 5

*la cuestión*". Es decir, que para muchas de las activistas, el aborto se sigue y se seguirá practicando, exigiendo medidas para que deje de ser clandestino.

Con ello quedan planteadas esas dos alternativas en los reclamos: legal o clandestino. Consideramos que la opción entre legalidad o clandestinidad no es una falsa opción, pues es una exigencia desde un plano no jurídico y por ello incontestable desde la ciencia.

## **2. El problema social**

Haciéndonos eco de lo expuesto por María Cristina Barberá de Riso, podemos tener como dato que: *"El debate sobre el aborto, en relación al aborto inducido o interrupción voluntaria del embarazo, se refiere a la discusión, controversia y polémica sobre su práctica, contexto social y económico en el que se produce –referido especialmente a la mujer– así como la situación legal y penal aplicable en los distintos países y la diferente implantación de los derechos reproductivos y el acceso a la planificación familiar.*

*El número de abortos inducidos en todo el mundo anualmente es de unos 46 millones, 26 millones se llevan a cabo en países donde el aborto es legal y los restantes 20 millones se practican ilegalmente. El riesgo sanitario para la mujer que se practica clandestinamente un aborto como consecuencia de su ilegalidad ha llevado a que diferentes sectores sociales y organizaciones soliciten su legalización. Sin embargo, esta postura se ha enfrentado a otros sectores y organizaciones que defienden el derecho a vivir del nasciturus, fundados en el consenso científico y médico sobre el inicio de la vida humana en el momento de la fecundación<sup>3</sup>".*

Decimos que es un problema social (además de jurídico), porque los grupos que más abortan son los conformados por mujeres adolescentes o muy jóvenes, mujeres marginales, mujeres de baja instrucción, y en general mujeres que pertenecen a la capa pobre de la sociedad; de acuerdo a lo que se puede percibir a partir de los datos suministrados extraoficialmente por aquellos que están vinculados a los hospitales públicos o a la administración de justicia.

¿DERECHO AL ABORTO? Se ha planteado la cuestión como la pretensión del reconocimiento del derecho que tiene toda mujer a interrumpir su embarazo; y queda por discutir si ese derecho sería absoluto o relativo.

Si tal derecho existiera, de ninguna manera puede ser absoluto, pues, en primer lugar tenemos que considerar al varón que participó en la concepción. Desde luego que nos referimos a una relación sexual consentida y con pleno conocimiento de la posible consecuencia: el embarazo.

Desde ya que nuestro Sistema Jurídico en su más alta jerarquía<sup>4</sup> plantea un imperativo categórico: toda persona tiene derecho a que se respete su vida, y una definición plasmada constitucionalmente: la existencia de la persona comienza en la concepción.

Entonces, si la persona tiene derecho a que se respete su vida, tal derecho cede solamente ante la necesidad de otro de defender su propia existencia.

Con ello, pensamos que si existe algún derecho de rango constitucional, es el derecho de toda persona a que se respete su vida, y este derecho es relativo, ya que se justifica una defensa legitimada.

---

<sup>3</sup> María Cristina Barberá de Riso. 2018. *Interrupción de la gestación humana. ¿Impunidad?* Conferencia dictada el 11 de abril en el Instituto de Ciencias Penales de la Academia de Derecho Córdoba.

<sup>4</sup> Artículo 4º, inciso 1º de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos; con jerarquía constitucional de acuerdo al artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

Ahora bien, si planteamos la hipótesis de que toda mujer tiene derecho a abortar, tal hipótesis es solamente una expresión de deseos, pues no tiene cabida en el ámbito jurídico. Basta tan solo reflexionar que si nuestro derecho está integrado por la presunción *juris et de jure* de que existe persona desde la concepción, esa persona por nacer no tiene voz ni movimientos defensivos.

Desde otro lado, el supuesto derecho de una mujer embarazada a practicar un aborto, colisiona con el derecho del varón co-gestante a que ese hijo también suyo pueda nacer.

La diputada Victoria Donda, autora de uno de los proyectos a debatir en el Congreso, señaló<sup>5</sup> que la discusión no pasa por “aborto si, aborto no” sino “por legalizar una práctica que está instalada”, concluyendo que “o legalizamos el aborto o lo mantenemos clandestino. Si lo mantenemos clandestino, pueden acceder al aborto los que tienen dinero porque lo va a seguir haciendo la mujer que decida”

### 3. Necesidad de análisis

Es de público y notorio que en nuestro país se ha instalado la cuestión y nos deja un problema a resolver. En la Cámara de Diputados de la Nación se trata el tema con fuerte repercusión en los medios. Se ha comenzado con audiencias en la Comisión respectiva, en la que han participado muchas personas en forma particular, así como representantes de organizaciones sociales, juristas, sociólogos, etc.

Lo que se expone en Diputados puede ser sintetizado como dos posiciones antagónicas: los que se oponen a cualquier tipo de legalización del aborto en algunos casos o de despenalización en otros casos; y los que pretenden que se legalice o despenalice.

Algunos de los puntos de discusión que advertimos, pasan por las interpretaciones que se hacen a partir del conocimiento científico, en relación cuál es el momento en que el cigoto<sup>6</sup>, esto es, la célula que resulta de la unión del gameto femenino con el masculino (óvulo y espermatozoide); y en consecuencia, cuál es el momento en que científicamente puede decirse que ese cigoto ya se considera un ser humano. Decimos “ser humano” por el momento, ya que el concepto de “persona” está fuertemente vinculado al plano jurídico, sobre lo que volveremos luego.

El análisis que debemos hacer es, hasta dónde nuestro Sistema Jurídico podría admitir una despenalización por la vía de la legalización, o no; y su vez, si legalizar es posible por la vía de la derogación del tipo penal.

En un repaso breve pero suficiente para esta cuestión, desde lo periodístico<sup>7</sup> y reflejando la actual discusión se opina que buena parte de los argentinos ya tienen firmes posturas tomadas sobre el tema. En ello encontramos lo siguiente:

ENCUESTA. a) En una encuesta a alumnos de abogacía y medicina tomando 1.104 casos, los resultados generales mostraron que son más los estudiantes de derecho que los de medicina los que están de acuerdo en despenalizar el aborto; y b) El número de quienes está de acuerdo es mayor para el caso de embarazo resultado de violación, disminuyendo en los otros casos encuestados que son: peligro para la vida de la mujer, evidencias de deformidad del feto, mujer menor de edad, imposibilidad económica de mantener un nuevo hijo; y finalmente el número menor corresponde al caso de que la mujer o la pareja decide no tener más hijos.

---

<sup>5</sup> Diario La Voz del Interior, 24 de abril, página 11

<sup>6</sup> Del griego *uncido* o *unido*.

<sup>7</sup> Diario La Voz del Interior – Córdoba, Argentina, publicaciones de los días 18, 24 y 25 de abril de 2018.

Los autores de la encuesta manifiestan que se trabajó en proporciones iguales entre la Universidad Nacional de Córdoba y la Universidad Católica de Córdoba, manteniendo igual proporción entre los estudiantes de abogacía y de medicina. Lo llamativo es que los encuestadores encontraron que si bien ningún alumno se negó a responder, algunos profesores no permitieron hacer la encuesta.

También de los encuestados surgió que la despenalización surge necesaria para evitar las prácticas clandestinas que ponen en riesgo la vida de la mujer.

DIPUTADOS. En las comisiones de la Cámara de Diputados de la Nación, se está escuchando opiniones de prácticamente todos los sectores de la sociedad: actrices y actores, escritores, constitucionalistas, penalistas, políticos, representantes de facultades de medicina, médicos clínicos, cirujanos y pediatras, miembros de sectores abortistas y antiabortistas, representantes de la iglesia católica y otras iglesias, ministros del gabinete del Presidente de la Nación, filósofos, etcétera.

La diputada Brenda Austin<sup>8</sup>, opina que la cuestión importante es saber cuál es el rol de un Estado que ha elegido responder con el Código Penal, como si fuese suficiente para disuadir a una mujer que quiere abortar. Afirma que esa criminalización ha fracasado, puesto que mujeres de todas las clases sociales y edades que deciden interrumpir sus embarazos lo hacen; entonces lo que hay que discutir es en qué condiciones lo hacen, “si va a ser clandestino poniendo en riesgo sus vidas, o como dice la Organización Mundial de la Salud (OMS), en condiciones de seguridad y salubridad”.

Por su parte y en las antípodas, el legislador de Córdoba Aurelio García Elorrio<sup>9</sup> dice que “existe mucha presencia del aborto químico por el descontrol que hay respecto de las farmacias y droguerías. En consecuencia, las prácticas del aborto se hacen hoy por fármacos que se venden y son ampliamente publicitados por los grupos que están a favor del aborto”. Afirma también que “la estadística judicial ínfima demuestra la falacia de la exageración permanente de que mueren muchas mujeres por abortos, ya que generalmente el aborto que llega a la justicia, es el que está vinculado a la muerte o grave daño a la salud de la madre, recién allí el sistema judicial reacciona”.

#### **4. Alguna legislación comparada**

Aprovechando para este trabajo lo expuesto por Barberá de Riso<sup>10</sup>, cito: “En países como Canadá, Estados Unidos, Uruguay, India, los países de la antigua órbita soviética y la mayoría de los países de Europa, el aborto es legal a petición o demanda de la mujer durante cierto período de gestación. Por otro lado, en la mayoría de los países de Latinoamérica, África, Medio Oriente, Oceanía y el Sudeste Asiático el aborto es ilegal y está penalizado en alguno de los supuestos. Cinco naciones del mundo prohíben la interrupción del embarazo bajo cualquier circunstancia y tipifican penas de cárcel para toda mujer y persona que realice, intente realizar o facilite la realización de un aborto: Ciudad del Vaticano, El Salvador, Malta, Nicaragua, y República Dominicana”.

Entendemos que el hecho de que en varios países el aborto es legal, nos muestra que la decisión de legalizar el aborto, o al menos omitir su tipificación, no es para nada novedoso. Pero, la solución al problema por la vía de considerarlo legal, sin dudas tiene

---

<sup>8</sup> La Voz del Interior, 25 de abril de 2018, pág. 5

<sup>9</sup> La Voz del Interior, 25 de abril de 2018, pág. 5

<sup>10</sup> María Cristina Barberá de Riso. 2018. Conferencia citada.

mucho que ver con cada uno de los sistemas jurídicos que lo admiten, lo que no parece posible en el nuestro, como lo veremos.

## **5. Marco conceptual no jurídico**

Para poder discutir un problema empírico, es necesario primero, resolver bajo cuál marco conceptual se dará la discusión. Dentro de lo que denominamos plano no jurídico o extra jurídico se pueden plantear muchos puntos de partida, tales como el moral, ético, religioso, sentimental, emocional, político, etcétera.

En general, y salvo desde el plano de la discusión política, la moral, la ética, o lo religioso, determinan puntos de partida demasiado subjetivos y por ello no susceptibles de debatir, ya que suponen un conjunto de principios o creencias indiscutibles, con el carácter de verdaderos fundamentos.

Ello hace que cualquier discusión en contra o a favor del aborto que de alguna manera contraríe tales fundamentos derivará necesariamente en una mera disputa verbal.

Distinto es el caso de una discusión desde la política, respecto a la cual podemos decir que es la forma en que se plantea la armonía y buen funcionamiento de un grupo social determinado. Punto que trataremos más adelante.

## **6. Marco conceptual jurídico**

Desde el plano jurídico, la cuestión puede arribar a alguna conclusión, dependiendo, claro está, si lo que se discute es la legalización o la despenalización, que como se verá, lleva a conclusiones distintas.

ACADEMIAS DE DERECHO. Tanto la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires como la de Córdoba se han expedido planteando la cuestión desde lo jurídico, de un modo exhaustivo y de alto nivel.

En las conclusiones de los académicos, la cuestión parece estar dirigida a analizar la posible legalización, lo que es rotundamente negado con criterio y argumentos que consideramos intachables; y en ese plano de discusión nos resulta plausible y por ello adherimos.

No debemos dejar de lado que el tratamiento penal del aborto está contemplado en el Capítulo I del Título I del Libro Primero del Código Penal, de lo que surge que la represión del aborto se estableció como protección a la persona, y específicamente como protección de la vida de la persona. Esto es importante, pues el legislador ha dispuesto que el por nacer es una persona.

ACADEMIA NACIONAL DE MEDICINA. Esta Academia argentina manifestó su rechazo a la despenalización del aborto. El académico Edgardo Young<sup>11</sup>, especialista en ginecología y fertilización asistida explicó la posición de la Academia al manifestar que “Biológicamente, la vida humana empieza cuando se fusionan el espermatozoide y el óvulo”

## **7. La cuestión penal**

### **7.1. Legalización**

Legalizar el aborto tiene dos caminos: a) La justificación; y b) Derogación del tipo penal.

En a) se plantea la hipótesis de la legalización del aborto por el camino de la justificación. Consideramos que ello es inviable, pues en nuestro Sistema Jurídico impera el sistema de causas de justificación legales: sean las dispuestas en el mismo Código Penal o en

---

<sup>11</sup> Diario La Nación, 3 de mayo de 2018.

otros sectores del Derecho, tal como ocurre en el Código Civil y Comercial en los artículos 2240 (recuperar la posesión de propia autoridad) y 2587 (derecho a retener la cosa ajena); y no encontramos alguna causa que lo justifique, ya que tanto el estado de necesidad, como el legítimo ejercicio de un derecho están muy lejos de ser una causa. En el estado de necesidad está en juego solamente la consideración de un bien como de mayor valor que otro, y por otro lado no puede tenerse como el ejercicio de un derecho, el de interrumpir un embarazo. Por cierto que tampoco se puede considerar una defensa, ya que es imposible que exista agresión por parte del por nacer.

En síntesis, la legalización por justificación resulta imposible en nuestro ordenamiento, ya que choca indefectiblemente con la Constitución Nacional.

En cuanto a la derogación del tipo penal planteada en b), es decir, por la vía de la atipicidad del aborto, consideramos que deberían derogarse los artículos 86 y 88, y modificarse el artículo 85.

Texto vigente del artículo 85:

Artículo 85. El que causare un aborto será reprimido:

1. Con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer;

2. Con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si obrare con consentimiento de la mujer. El máximo de la pena se elevará a seis años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.

Texto con la posible modificación, refundido con el artículo 88:

Artículo 85. El que sin ser médico diplomado causare un aborto será reprimido:

1. Con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer;

2. Con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si obrare con consentimiento de la mujer. El máximo de la pena se elevará a seis años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.

3. Será reprimida con prisión de uno a cuatro años, la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare. La tentativa de la mujer no es punible.

Sin dudas que esta propuesta es una legalización por atipicidad, conservando el delito de aborto para los casos en los que se practique por cualquiera que no sea médico.

Es evidente que esta legalización choca también con la garantía constitucional de la defensa de la vida desde la concepción, y por ello inviable, pues se admite implícitamente que cualquier mujer abortaría libremente, con la condición de que el acto sea llevado a cabo por un médico

## **7.2. Despenalización**

La despenalización es diferente a la legalización ya considerada. En esta hipótesis analizaremos la posición según la cual, el delito no se cancela, pero no se aplica pena en ciertos y determinados casos.

La vía posible para la despenalización puede consistir en una excusa absolutoria de responsabilidad, cuando junto a la consumación del delito estén presentes circunstancias que no lo afectan como delito ya consumado pero que, por razones de política criminal eximen de pena al autor.

### **7.3. El Código Penal**

Las excusas absolutorias de responsabilidad que traen aparejada la impunidad, no colisionan con la protección de diversos bienes jurídicos, pues no legalizan la conducta. Ejemplo de ellas los tenemos entre otros, en los artículos 116 (injurias recíprocas), 86 inciso 2° (aborto no punible), 277 inciso 4° (encubrimiento), etc.

Se sostiene<sup>12</sup> que la segunda disposición del artículo 88: “La tentativa de la mujer no es punible”, es una excusa absolutoria cuya razón se funda en “la evitación del mayor perjuicio social”.

Se debe tener en cuenta que en doctrina y jurisprudencia no hay un reparo en cuanto a la constitucionalidad de estas excusas, aun en los casos de una cuestión tan delicada y sensible como es el aborto no punible.

También es de notar que desde el caso “F.A.L.” del año 2012, en el que la Corte interpretó que el inciso 2° del artículo 86 dispone la impunidad del aborto aun para las mujeres violadas que no sean ni idiotas ni dementes, no parece haberse registrado una mayor cantidad de abortos.

### **8. Situación final del problema**

Creemos que ante el problema planteado en el sentido de situación que exige una respuesta, si encontramos una respuesta ésta será de índole política. Ello, porque es un problema social que trae aparejados muchos matices entre los cuales se destaca la situación en que se encuentran muchas mujeres que sienten la “necesidad” de interrumpir su embarazo, muchas de ellas menores, registrándose casos en que la edad no llega a 12 años, y en general, son niñas o mujeres que están inmersas en lo que llamamos grupos vulnerables con todo lo que ello representa. Al decir de Núñez en la cita anterior, estamos en muchos casos en que un castigo apareja un “perjuicio social”.

Ante la cuestión planteada respecto a una hipotética despenalización del aborto, es posible que estemos ante una situación similar a la del año 1987, en que se reguló en nuestro país el régimen de divorcio vincular mediante la ley 25315; ya que las críticas que recibió el proyecto, hacían hincapié en que con dicha ley se produciría una innumerable cantidad de divorcios aprovechando la existencia de la ley. La historia nos mostró lo contrario.

Si de algo estamos seguros, es que desde el plano jurídico-constitucional es inadmisibles la legalización del aborto, ya sea por la vía de la atipicidad, ya sea por la vía de la justificación como ya lo hemos analizado. El castigo del aborto tuvo dos etapas: la que tenía fundamentación en una ley del Congreso (ley 340 - Código Civil) que imponía la presunción legal de que existe la persona desde la concepción; pero esta ley bien podía ser derogada o modificada por otra ley del Congreso; por ejemplo, que existe persona desde el tercer mes de embarazo.

La segunda etapa comienza con la reforma constitucional de 1994 en que se incorporan a la estructura de la Constitución los pactos internacionales por la vía del inciso 22 del artículo 75, entre ellos, el llamado pacto de San José de Costa Rica que en el artículo

---

<sup>12</sup> Núñez, Ricardo C. 1988. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo III, Vol. I, página 181. Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba.

4º, inciso 1) establece que la vida humana comienza con la concepción. De esa manera, es imposible legalizar el aborto mediante una ley del Congreso. El único modo, sería la denuncia de los pactos o tratados internacionales.

Hemos llegado a la conclusión también, que la cuestión del aborto tal como se está planteando, nos muestra que estamos ante un problema social de cierta gravedad: las mujeres no dejan de interrumpir sus embarazos porque la ley lo castiga, recordemos la consigna de las activistas pro aborto: o clandestino o legal.

Se debe tener en cuenta otro dato de la realidad que no necesita una investigación especial: no parece sostenible el hecho de que practicarse un aborto sea una liviana decisión. Todo lo contrario, pues se trata de una decisión que una mujer nunca querría tomar.

Ello nos lleva a pensar, que su decisión “voluntaria” tal vez no sea tal, pues de acuerdo a la definición de la ley civil (artículo 260), acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad; y, tal vez para todos los casos, deberíamos dudar seriamente en que al decidir abortar, la mujer haya tomado esa decisión con libertad plena, justamente, porque está fuertemente presionada por una serie de condicionamientos de diversa índole, tales como sus convicciones, creencias, afectos, sentimientos de mujer, etc., que operan como un factor negativo de fuerte incidencia emocional y psíquica.

## **9. Nuestra propuesta**

Ante la conclusión de que existe un grave problema social y que jurídicamente es imposible la legalización del aborto, y ante el hecho de la realidad de que tal práctica se realiza aun contrariando la ley que castiga con prisión, pensamos que la solución es política, y por ello el Estado necesariamente debe atender esta situación.

También consideramos viable el camino de una excusa absolutoria similar a las de los incisos 1º y 2º del artículo 86 del Código Penal, incorporando un inciso 3º con una redacción posible como la siguiente:

Artículo 86. Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo.

El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

1. Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios;

2. Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

3. Si la embarazada es soltera menor de veinte años dentro de las doce semanas de gestación.

# Compendio de Derecho Penal. Parte General y Especial\*

Parte Primera: del delito en general.

## Capítulo 7: La acción, el evento y el nexo causal

por: **ROCCO PEZZANO**

traducción a cargo de: **ALDO RISO** \*\*

**SUMARIO:** Sección Primera: La acción. 1. La conducta generalidad. 2. La acción. 3. La omisión. 4. Los presupuestos de la conducta. 5. La conciencia y la voluntad de la acción. 6. Clasificación de los delitos en base a la conducta. Sección Segunda: El Evento. 7. Las dos concepciones del evento: La concepción naturalista y la concepción jurídica. 8. Distinción de los delitos en base al evento. Sección Tercera: La relación de causalidad. 9. La relación de causalidad: generalidad y disciplina codificada. 10. La teoría de la equivalencia de las condiciones o de la *conditio sine qua non*. 11. La teoría de la causalidad adecuada. 12. La teoría de la causalidad humana. 13. La subsunción de la relación causal bajo leyes científicas. 14. La imputación objetiva del evento. 15. La imputación objetiva del evento según la teoría normativa. 16. La causalidad en los delitos omisivos: reenvío. 17. El concurso de los factores culposos independientes.

**PALABRAS CLAVES:** Acción. Omisión. Conducta. Relación de causalidad.

**SUMMARY:** *The action -1. General behavior -2. The action. -3. The omission -4. The budgets of behavior. -5. The conscience and the will of the action. 6. Classification of crimes based on behavior. -Section Two: The Event. -7. The two conceptions of the event: The naturalist conception and the legal conception. - 8. Distinction of crimes based on the event. -Section Three: The causality report. -9. The causality report: generality and codified discipline. - 10. The theory of the equivalence of conditions or conditio sine qua non. - 11. The theory of appropriate causality. - 12. The theory of human causality. -13. The subsumption of the causal report under scientific laws. -14. The objective imputation of the event. -fifteen. The objective imputation of the event according to the normative theory. -16. The causality in omission crimes: remand. -17. The contest of independent fault factors.*

**KEYWORDS:** *Action Omission. Conduct. Causal relationship.*

### Sección Primera

#### La acción

##### 1. La conducta: Generalidad

---

\* Ediciones Jurídicas Simone, grupo editorial Simone. Editado en abril de 2017. Referencias normativas: Constitución Italiana: art. 27; C.P. arts. 40, 41, 42, 43, 45, 49, 56.

\*\* Abogado en el ejercicio profesional. Traductor. Miembro Titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Instituto de Ciencias Penales. Autor de síntesis de fallos para el ex Semanario Jurídico de Comercio y Justicia

Con el término conducta (o acción entendida en sentido lato) se indica el comportamiento humano que constituye el delito. Para ser penalmente relevante la conducta debe corresponder a aquella descripta por la norma incriminante especial, debe ser por lo tanto típica. El art. 42, párrafo 1, afirma <Nadie puede ser castigado por una acción u omisión prevista por la ley como delito si no la ha cometido con consciencia y voluntad>. Desde esta norma se deducen los elementos basales del concepto de conducta. La conducta puede ser positiva (acción) o negativa (omisión) o en cada uno de los casos debe estar acompañada por la consciencia y voluntad que cada uno cumple.

## **2. La acción**

Según la opinión dominante de hoy en doctrina, para que haya acción es necesario un movimiento corporal del hombre (entendiéndose por tal, también la palabra) concretándose en actos externamente visibles (PANNAIN, ANTOLISEI-MUSCO). Así entendida, la acción puede ser constituida por un solo acto que en tal caso se habla de delitos (uni-subsistentes) o de una pluralidad de actos (delitos pluri-subsistentes) en este último caso, para que la acción reste como única, la doctrina mayoritaria reputa necesario que todos los actos sean contextuales (o sea que sigan sin intervenciones notables de tiempo) y también directos hacia un único fin.

## **3. La omisión**

Ante los fallidos esfuerzos de dar una dimensión <física> a la omisión, la doctrina prevalente hoy define la omisión misma como el complemento faltante de la acción que se esperaba de una persona (ANTOLISEI-PANNAIN).

La fuente de la obligación de comportamiento debe ser una norma jurídica, siendo irrelevante que el sujeto se haya empeñado, por ejemplo, por respeto a un precepto moral o por mera cortesía.

La doctrina distingue a los delitos omisivos en dos categorías:

-delitos omisivos propios: son aquellos en cuanto su subsistencia es necesaria y suficiente la simple conducta negativa del reo, sin ser requerido también un efecto ulterior de tal conducta: por ejemplo: el delito de omisión del informe. El delito de omisión de registros de oficina etc., todas hipótesis expresamente tipificadas por el legislador;

Delitos omisivos mediante omisión; para que ocurran, es necesario que el sujeto haya causado con la propia omisión, un determinado evento: tal es por ejemplo el caso del guardavía el cual, omitiendo de maniobrar un cambio, causa un siniestro ferroviario. Este tipo de delitos no están directamente reglados, pero surgen de la conversión de los casos de comisión por omisión ex art. 40.

## **4. Los presupuestos de la conducta**

Con el término <presupuestos de la conducta> la doctrina dominante (ANTOLISEI-MANTOVANI) se refiere a aquellos elementos de hechos o de derecho que preexisten a la conducta y de los cuales la conducta misma toma los movimientos para que el delito subsista (así expresamente MANTOVANI).

Forman parte entre los presupuestos de la conducta:

- el estado de embarazo en los delitos de aborto;
- lo que precede en el matrimonio de la bigamia;
- la detentación de otros en el hurto;

Tal categoría, como lo señala MANTOVANI, adquiere relevancia práctica bajo el perfil del elemento subjetivo del delito en cuanto a los presupuestos, al ser del todo independiente de la conducta del agente, pueden ser por el solamente conocidos, pero no queridos.

## **5. La conciencia y la voluntad de la acción**

### **A) GENERALIDAD**

Tal coeficiente psíquico, como hemos visto, está indicado en el artículo 42 párrafo 1, y es necesaria porque permite hablar de conducta.

Es reconocido por Antolisei, el mérito de haber enfrentado y resuelto brillantemente el tema de la conciencia y voluntad de la acción y su opinión ha sido acogida ya sea por la jurisprudencia que por la doctrina dominante.

Antolisei parte desde la consideración, ampliamente demostrada por la psicología, que existen algunos actos, los cuales, aun desenvolviéndose por debajo de la esfera lúcida del intelecto, son atribuibles al agente, el cual con un esfuerzo voluntario habría podido evitarlos (actos automáticos y actos habituales).

Los únicos actos que, en vez, se sustraen del todo a la señoría y al control de la voluntad son aquellos que no pueden, en algún modo, ser impedidos por el sujeto (actos instintivos y actos reflejos): así por ejemplo los movimientos que el sujeto cumple en el delirio de una enfermedad, un ataque de vomito o uno de tos.

Cuando se afirma y con mayor razón, aun frente a la omisión debido a un simple olvido, en cuanto aun aquí haciendo un esfuerzo consciente se habría podido evitar el mismo olvido.

Por lo tanto, Antolisei retiene que la <consciencia y voluntad> en cual habla el art. 42 consiste en la relación del acto con el deseo del sujeto que se puede realizar de los dos modos arriba considerados.

Ya es posible comprender la diferencia que corre entre conciencia y voluntad de acción o de la omisión prevista en el art. 42 párrafo 1° y la capacidad de entendimiento y de querer del art. 85.

Según la doctrina prevalente, el art. 42 prevé un requisito esencial de la acción para que pueda considerarse como conducta, mientras que el art. 85 se refiere a la capacidad de entendimiento y de querer del sujeto, entendidas como la capacidad de valorar del sujeto de valorar las acciones que cumple: capacidad que le faltan a las personas enfermas mentales, también dormidas.

### **B) LAS CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CONCIENCIA Y VOLUNTAD: LA FUERZA MAYOR Y LA OBLIGACIÓN FÍSICA**

Otro que en el caso de inconciencia voluntaria debido a condiciones patológica o a otras causas que resultan excluidas mediante dos hipótesis elegidas expresamente por el legislador: la fuerza mayor y el sometimiento físico.

#### **a) Fuerza mayor**

De acuerdo al art. 45 <no es punible quien ha cometido el hecho por (...) por fuerza mayor>.

Por fuerza mayor se entiende, en doctrina, cada fuerza externa contra la cual el sujeto no puede resistir a lo que lo determina en contra de su voluntad y de un modo inevitable, al cumplimiento de una acción.

Pensemos en un pintor que, empujado por un golpe de aire, precipita al suelo un andamio matando a una persona que allí abajo circulaba.

Es evidente que en este caso la conducta no será atribuible a la voluntad del sujeto, faltará, por lo tanto, la conciencia y voluntad requerida del art. 42.

#### b) Constreñimiento físico

Para el art. 46 <no es punible quien ha cometido el hecho por haber sido obligado por otros, mediante violencia física mediante la cual era irresistible o no podía sustraerse. En tal caso del hecho cometido por la persona obligada responde el autor de la violencia.

Es el caso del centinela que no pudo dar alarma por encontrarse amordazado por un grupo de sediciosos, o de quien haya matado porque otro sujeto había guiado su mano para ocasionar el golpe.

En esta hipótesis el autor material del delito representa solo un medio, una longa manus de otro sujeto que la ley considera responsable del delito el constreñimiento físico constituye en el fondo, una figura específica de fuerza mayor, y excluye, por lo tanto, también ello a la conciencia y voluntad del sujeto forzado.

Sobre la configuración del constreñimiento físico cual excepción a la regla general sobre el concurso de personas, en base del <autor mediato> véase el Cap. 20 & 4, letra A).

### **6. Clasificación de los delitos en base de la conducta**

En base a la estructura y al tipo de conducta previsto por la singular norma incriminante los delitos se distinguen en:

a) delitos de acción y delitos de omisión: son delitos de acción o comisivos aquellos que pueden ser cometidos solamente mediante una acción (ejemplo: hurto, rapiña); y son delitos de omisión aquellos que pueden ser cumplidos solamente mediante una omisión (ejemplo: omisión de relato o relación; o de obligación cargo o empleo).

No faltan todavía delitos como (por ejemplo, homicidio) que pueden cumplirse ya sea con una acción o con una omisión.

b) delitos con conducta mixta: son aquellos delitos que requieren para su realización acumulación ya sea una acción que una omisión (ejemplo delito de insolvencia fraudulenta);

c) delitos de forma libre y delitos en forma vinculada: la distinción está hecha según la ley lo describa más o menos precisamente, en la figura típica, la actividad ejecutiva buscada para la comisión del delito.

El legislador recorre de una a la otra, las dos técnicas de tipificación del ilícito en relación ya sea la mayor o menor dificultad a delinear precisamente conductas penalmente sancionables en relación de un determinado bien a tutelar, ya sea en relación a la relevancia del bien mismo, de regla, tanto más intangible y el bien tutelado, tanto más se tiende a tipificar los casos en forma libre, de modo de comprender cualquier modalidad agresiva causalmente idónea a ofender o perjudicar (se habla en tal sentido de casos de delitos causalmente orientados o de delitos causales puros, y cuyo ejemplo paradigmático es el homicidio). En viceversa se recurre a la tipificación en forma vinculada cuando, se ha tenido precaución en cuanto al bien jurídico tutelado, se refiere al deber de limitar la intervención sancionatoria a determinadas modalidades agresivas, seleccionando de tal modo exclusi-

vamente aquellas realmente merecedoras de sanciones penales (pensemos en los delitos contra del patrimonio);

d) delitos uni-subsistentes y pluri-subsistentes: también esta distinción no clasifica automáticamente todos los delitos en dos categorías, porque existen delitos que pueden ser realizados ya sea con uno o en más actos. Esta distinción es importante dentro del tema de delitos de tentativa (v., cap. 16, &9);

e) los llamados delitos sin acción: son los llamados., <delitos de posición>, también dicho delitos de <mera sospecha>. La definición es debida al hecho que en las normas que las prevén (ej., art. 707, la formulación de la ley no describe la conducta en sí misma, sino en el momento que el sujeto viene a ser descubierto.

## **Sección Segunda**

### **El evento**

#### **7. Las dos concepciones del evento: la concepción naturalista y la concepción jurídica**

Del evento son posibles dos concepciones, una que está dirigida a la realidad fenoménica por lo tanto llamada naturalista, y a otra que mira hacia la realidad jurídica y por lo tanto llamada jurídica.

Puesto que <evento> y cualquier acaecimiento es consecuencia de una determinada conducta:

-para la concepción naturalista, evento es cualquier modificación de la realidad, consecuencia de la conducta exterior del hombre, en donde el ordenamiento jurídico recoge determinados efectos;

- para la concepción jurídica, en vez, el evento coincide con la ofensa de un perjuicio potencial del delito que consiste en la lesión o puesta en peligro del bien protegido por la norma.

Las consecuencias de la una y de la otra concepción son evidentes y de no poca relevancia; de hecho:

-para la concepción naturalista (ANTOLISEI in primis):

-el evento no es un elemento que descansa en el delito (falta, por ejemplo, en la evasión o en la omisión de ayuda o socorro).

-existen delitos con pluralidad de eventos (por ejemplo: la rapiña que trae como efecto una violencia y una sustracción);

-existen, finalmente, delitos agravados por el evento, en donde el evento es solo circunstancia agravante (pensemos en el delito de malos tratos o vejación, agravado por el hecho verificado, la lesión o la muerte):

-por la concepción jurídica a su vez (PANNAIN, in primis);

-cada delito consta necesariamente de un evento, en cuanto todos los delitos ofenden o colocan en peligro un bien;

-no existen delitos con dobles eventos o delitos agravados por el evento: mientras la concepción naturalista considera tales aquellos delitos que presentan, a la par del evento-base, un segundo <evento>, el cual induce al legislador a conminar una pena diversa (por ejemplo: el aborto congloba dos eventos (la muerte y la lesión) la concepción jurídica re- tiene que se debe hablar siempre de un solo evento en cuanto ulteriormente resulta la

(muerte) no va considerado como evento en sentido técnico, más bien simplemente, como circunstancia del delito;

-del evento dependen las circunstancias de los delitos: cada delito posee su evento entendido en sentido jurídico;

-cada evento está ligado a la conducta de un nexo de causalidad: eso de hecho constituye la consecuencia jurídica de la conducta del reo.

La disputa entre las dos teorías nace de la lectura de los arts. 40, 41, 43 y 49, que, en su formulación literal, parecería relacionar a cada delito con un <evento dañino y peligroso> haciendo por lo tanto un elemento esencial e indefendible.

En realidad, mirando bien, tal disputa no tiene razón de ser hacia una lectura preconcebida desde las normas del código, nos damos cuenta que, el mismo legislador usa el termino <evento> a veces en su misma acepción de <acontecimiento exterior> y a veces en su misma acepción de <ofensa>.

## **8. Distinción de los delitos en base al evento**

En este punto es posible distinguir los delitos, en relación al evento:

### a) Delitos de pura conducta-Delitos de evento

Son delitos de pura conducta (ej., los delitos formales).

-según la concepción naturalista, aquellos delitos en los cuales falta el evento, siendo suficiente para su realización el cumplimiento de una determinada conducta (ej. Evasión);

-según la concepción jurídica, en aquellos delitos existen solo el evento jurídico ni siquiera es un evento entendido en sentido naturalista.

Son delitos de evento (los llamados, delitos materiales):

-según la concepción naturalista, aquellos delitos que, por la cual su configuración, es solicitada por encima de la acción o de la omisión, a la verificación de un evento;

-según la concepción jurídica, aquellos delitos que presentan además del evento jurídico que nunca puede faltar, también un evento material (o naturalista).

### b) Delitos omisivos propios e impropios

A la distinción precedente se relaciona aquella entre:

-delitos omisivos propios, y

-delitos omisivos impropios

De los cual ya hemos hablado en el & 3, en donde se reenvía.

### c) Delitos de daño y de peligro

La diferencia está hecha según que el evento sea de daño o de peligro y que consista tanto en la <lesión> o en la simple <puesta en peligro> del bien protegido de la norma.

Sobre este punto véase también lo dicho al & 5 del capítulo 6.

### d) Delitos instantáneos y delitos permanentes

Para la teoría dominante son instantáneos aquellos delitos cuyos eventos se producen en un solo instante (es la muerte en el homicidio).

Son en vez, delitos permanentes (ver ampliado en el cap. 23, & 3) aquellos en cuyo evento comprende a la consumación, que perdura por un cierto lapso de tiempo (ej., secuestro de persona con fin de extorsión) por voluntad del reo.

La permanencia del delito es relevante para establecer el tiempo y el lugar del delito cometido y, por lo tanto, incide concretamente sobre su instituto sustancial (ejemplo: sucesiones de leyes penales, prescripciones etc.) y procesales (ejemplo: competencia territorial, flagrancia en el delito).

### **Sección Tercera**

#### **La relación de causalidad**

A los fines de la existencia del delito, es necesario que la conducta y el evento se encuentren ligados a un nexo causal.

La exigencia de este tercer elemento se encuentra expresada en el art. 40 el cual dice que nadie puede ser considerado autor del delito si el evento dañoso o peligroso que lo caracteriza no se encuentra en relación causal con su comportamiento.

El principio se encuentra afirmado en el art. 27 de la Constitución, el cual estatuye que <la responsabilidad penal es personal> consiente en configurar que la responsabilidad penal es exclusivamente por hecho propio (MANTOVANI).

El concepto de <relación causal> no está controvertido desde el punto de vista naturalista: eso indica el conjunto de condiciones con antecedentes empíricos, contiguos en el espacio y continuo en el tiempo, de la cual depende su verificación del evento según una uniformidad regular. Las dificultades surgen, a su vez si se quieren aclarar cuando una determinada relación sea penalmente relevante y, en particular, cuando un sujeto cuya conducta constituye una condición del evento, pueda ser considerado <autor> del mismo.

A tal fin, es necesario referirse ante todo a la disciplina del codificado art. 40 y 41.

El art. 40, aun afirmando la necesidad del nexo causal entre conducta y evento, no nos provee de indicaciones sobre las condiciones necesarias para que eso exista.

Más específico aparece, al respecto, el art. 41 que en el 1° y 3° párrafo afirma que <el concurso de causas preexistentes o surgidas, también si son independientes de la acción u omisión del culpable, no excluye de la relación de causalidad entre la acción y la omisión>> (párrafo 1), precisando otro sí, que <<las disposiciones precedentes se aplican también cuando la causa preexistente o simultánea o sobrevenida consiste en el hecho ilícito de otros>> (párrafo 3)

La incertidumbre interpretativa derivadas de la lectura de las normas mencionadas ha dado espacio a teorías contrastantes sobre el elemento en examen.

#### **10. La teoría de la equivalencia de las condiciones o de la *conditio sine que non***

Según la teoría condicional la causa del evento está unida a los antecedentes sin los cuales el evento no se habría verificado: por existir un vínculo causal, por lo tanto, basta que el agente haya realizado una condición cualquiera del evento ansiando que todas las condiciones sean equivalentes.

Para determinar la existencia de tal nexo causal es suficiente el recurso al procedimiento de la eliminación mental (o juicio contra-factual) si eliminando mentalmente la conducta tomada en consideración el evento queda, tal conducta no es causa de lo mismo, si al revés, eliminando mentalmente la conducta no se cumple el evento, esto es causado por aquello.

Tal teoría posee el defecto de llevarlo hacia una excesiva extensión de la responsabilidad: considerando de hecho, equivalentes todas las condiciones que concurren a la pro-

ducción de un evento, se termina por considerar también relevantes los antecedentes más remotos hasta llegar a conclusiones paradójica.

Otro límite de la teoría condicional está en su incapacidad de explicar el porqué de que ocurra un determinado evento, en todos aquellos casos en que no se conozcan, a priori, si aquella determinada acción pertenece por lo menos a la lista de las condiciones idóneas a producirlo.

### **11. La teoría de la causalidad adecuada**

La teoría de la causalidad adecuada ha surgido para obviar el peligro de la excesiva extensión del concepto de causa (y de consecuencia de la responsabilidad) la cual trae la teoría condicional.

Según tal teoría, de hecho, causa del evento es solo aquella condición que, según *l'id quod plerumque accidit*, es decir según la común experiencia, es la más idónea a producirlo:

También esta teoría, pero que no se sustrae a críticas.

La referencia a la <experiencia común>, al desarrollo normal del asunto la convierte en práctica, una teoría poco rigurosa y exclusivamente empírica.

Pero, sobre todo, tal teoría termina con limitar excesivamente el campo de la responsabilidad penal no solo porque excluye todas las causas atípicas sino, sobre todo, termina con negar relevancia penal a la hipótesis de la explotación dolosa de particulares conocimientos individuales.

### **12. La teoría de la causalidad humana**

Para obviar los límites de la causalidad adecuada, ANTOLISEI ha ideado la teoría llamada de la causalidad humana.

El autor retiene que existe una esfera de acción que el hombre puede dominar en virtud de sus poderes cognitivos y volitivos; ahora bien, solo los resultados que vuelven a entrar en esta esfera pueden considerarse causados por el hombre, porque, si también ellos no lo han querido era, por cierto, capaz de impedirlo.

Lo que escapa verdaderamente a la señoría del hombre, es a su vez, aquel hecho que tiene una probabilidad mínima en producirse, o bien, el hecho excepcional.

En definitiva, por lo tanto, para la existencia de la relación de causalidad, es necesario que el hombre haya dado vida a una condición del evento y que esta última no sea el resultado del concurso de factores excepcionales.

También la teoría de la causalidad humana, pero, no va exento de críticas: esa no logra superar los problemas dogmáticos puestos por la *teoría condicional, relativa a lo indemostrable* del nexo causal en el caso por el cual no se conozca a priori la idoneidad de la condición para causar el hecho.

### **13. La subsunción de la relación causal bajo las leyes científicas**

Las críticas a las teorías hasta aquí expuestas se superan solo si se alcanza a una explicación causal de tipo generalizado, es decir, mediante el recurso de leyes validas científicamente (también en virtud del principio de legalidad y determinación).

Tal investigación, como lo aclaró luego MANTOVANI, no está hecha sobre la base de la sola experiencia del agente (porque de lo contrario habríamos dado nociones de causalidad de todos cuanto son los diversos niveles de conocimientos de las personas humanas) ni sobre la base de la experiencia media de la humanidad (porque, de otro modo, se

caería en el error de fondo de la causalidad adecuada), más bien, sobre la base de una mejor ciencia y experiencia de aquel momento particular histórico y en esa determinada materia.

Es propio a este concepto que se entrelaza la teoría condicional orientada según el modelo de la subsunción bajo leyes científicas (STELLA, FIANDACA-MUSCO, ROMANO, PADOVANI, FIORE): para establecer si un antecedente puede considerarse causa de un evento sucesivo, será necesario comprobar que eso vuelva a entrar junto a esos acontecimientos que, sobre la base de una sucesión regular conforme a una ley científica (llamada ley de cobertura), llevan hacia eventos del tipo de aquellos verificados en concreto.

Obviamente la ley de cobertura no debe necesariamente ser universal (admitiendo que existen leyes científicas universales) y por lo tanto idóneas en afirmar que a aquella conducta siga siempre a aquel evento, pero puede ser también estadística, basada sobre un alto grado de probabilidad de que se produzca el evento a continuación de esa determinada conducta.

Encontrada la ley de cobertura se controla si el hecho singular, así como se ha realizado concretamente, pueda ser subsumido debajo de ésta.

La referencia a las llamadas teorías de la causalidad alternativa hipotética y adicional, que pretenden resolver casos particulares, deben ser excluidas, como la teoría de la equivalencia de condiciones pues conducirían a soluciones inaceptables.

Examinando un caso de causalidad alternativa hipotética: Tizio le dispara a Caio, matándolo, un instante antes que un rayo lo matara, aplicando la teoría de la <conditio sine qua non> si nosotros eliminamos el disparo de pistola de Tizio, Caio muere lo mismo, porque de allí a un instante lo carbonizaría un rayo: Tizio, por lo tanto, no es la causa de la muerte de Caio.

En realidad, lo que le da relevancia al evento concreto, así como se ha verificado es por lo tanto no ya, <muerte de Caio,> es <más bien muerte de Caio por disparo de pistola > y es con respecto a tal evento innegable la causalidad de la conducta de Tizio.

A los fines de determinar el nexo causal, por lo tanto, no tiene ninguna importancia la llamada causas alternativas hipotéticas las cuales, al punto por ser hipotéticas, no han nunca operado y, por lo tanto, son tomadas en consideración.

Por cuanto en relación al caso de las causas adicionales, son posibles dos hipótesis, es decir que las dos causas han actuado acumulándose (llamándose causalidad acumulativa) o que las dos causas han actuado juntas, pero cada una era idónea a actualizar el evento (llamadas doble causalidad).

¿Constituye hipótesis de causalidad acumulativa el caso de Tizio y Caio que, una por el desconocimiento de la otra, propinan a Sempronio cada uno diez gotas de un veneno letal, cuando se acumulan la cantidad de veinte gotas, muerto Sempronio, podrán Tizio y Caio ser detenidos por causa del evento?

Aquí la solución es simple: en realidad en este caso la eliminación mental se opera en relación a ambas condiciones, porque las mismas han operado sumándose, porque ambas poseen eficacia causal.

Veamos a su vez la hipótesis de la llamada doble causalidad: Tizio y Caio, siempre sin saberlo ninguno de los dos propinan a Sempronio cada uno veinte gotas de veneno, por lo que cada uno cumple una acción de por sí idónea a ocasionar la muerte de Sempronio.

Aplicando la teoría condicional en su formulación originaria se llegaría a resultados padójicos: Tizio y Caio, bien podrían exculparse el uno del otro, sosteniendo cada uno que

la propia conducta no es causal en cuanto al evento, se habría verificado igualmente, que cuanto a la muerte de Sempronio ninguno respondería.

En realidad, en este caso si se ha excluido la hipótesis que una de la dos dosis actuó primero (en tal caso de hecho solo esa tendría eficacia causal, poniéndose la otra como alternativa hipotética, y por eso irrelevante), ambas deben responder por la muerte de Sempronio: el evento a considerar registrado <*hic et nunc*> de hecho es <muerte de Sempronio por la muerte de cuarenta gotas de veneno> y con respecto de tal evento la conducta de Tizio es aquella de Caio no pueden no ser pensadas acumulativamente sin que el evento falte.

Concluyendo, por lo tanto, según el modelo de la subsunción bajo ley científica, el nexo de condicionamiento entre una determinada conducta y un determinado evento se asegurará estableciéndose en su caso:

--en base al procedimiento lógico contra factico que aquella conducta no puede ser eliminada mentalmente sin que el evento se incumpla, esa es por lo tanto <*conditio sine qua non*> de evento mismo;

--el evento constituya consecuencia de aquella conducta según una ley científica, y por eso según la mejor ciencia y experiencia del momento, que puede coincidir también con conocimientos específicos de un solo hombre (así expresamente PADOVANI).

Sobre el criterio de detección del nexo causal, se señala definitivamente un pronunciamiento sobre la Casación, según el cual lo mismo es configurable siempre que haya sido verificado con juicio en alternativa de que cualquiera que no haya sido fundado por una ley de explicación de naturaleza universal o meramente estadística —por la ausencia de una revelación de frecuencia de los casos examinados— si bien sobre máximas generalizadas de experiencia y de sentido común y que haya sido atendible según criterios de elevada credibilidad racional, en cuanto fundada sobre la verificación, también empírica, pero conducida científicamente con todos los elementos de juicio disponibles, críticamente examinados (Casación 13/2/2003 n°7026).

#### **14. La imputación objetiva del evento**

La comprobación en el nexo de causalidad según el modelo de la subsunción bajo la ley científica no puede satisfacer las exigencias del derecho penal: eso de hecho, nos dice que una determinada conducta es científicamente causada por un determinado evento, pero ello no basta para decir también que esa es penalmente relevante.

Cierto criterio delimitado por la relevancia penal en el nexo, de condicionamiento, parece en vez, ser aquel contenido en el segundo párrafo del art. 41, en virtud del cual <las causas sobrevinientes excluyen la relación de causalidad cuando han sido por sí sola suficientes para determinar el evento>.

La interpretación de esta norma ha dado luego a contrastantes teorías en doctrina y en jurisprudencia entre las cuales:

##### **A). TEORIA DE ANTOLISEI (ADVENIMIENTO EXCEPCIONAL)**

Para ANTOLISEI el párrafo 2 del art. 41 constituye una limitación a la teoría de la *conditio sine qua non*.

Para el autor, la fórmula del código no puede ser tomada a la letra, como puede de hecho, ¿una concausa o (causa sobrevenida) ser de por sí sola suficiente a determinar un resultado?

Hablar de concausa suficiente representa una <*contradictio in terminis*>

El art. 41, párrafo 2 va interpretado en el sentido de excluir el nexo causalidad cuando el resultado corresponde a un advenimiento excepcional.

#### B) TEORÍA DE MANTOVANI (caso fortuito)

Para MANTOVANI el art.41, Representa una aplicación del art. 45 y más particularmente una hipótesis de caso fortuito *juntamente con los factores causales acaecidos, preexistentes y simultáneos*, los cuales han excepcionalmente hecho posible la verificación de un evento que, al momento de la conducta, se presentaba como inverosímil.

Ejemplo de caso fortuito es, para el autor, en el caso de Tizio que con la intención de provocar la muerte de Caio, lo induce a emprender un determinado viaje confiando en un desastre ferroviario que no tiene razón de prever y que todavía es verificable.

#### C) LA POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia está desde hace tiempo encabezada en la posición de la doctrina tradicional: no trata la teoría de la *conditio sine qua non*, con alguna concesión a la teoría de la causalidad humana de ANTOLISEI.

Recientemente, aún no han faltado aperturas a la teoría de la subsunción bajo leyes científicas.

Y luego en cuanto a la imputación objetiva del evento, la Casación es en general orientada en el sentido de considerar que las causa que tuvo lugar no solo a producir el evento que, a los sentidos del segundo párrafo del art. 41, excluyen el nexo causal entre la conducta del agente y el evento mismo, son solamente aquellas que constituyen series causales autónomas, con respecto a las causas precedentes sea considerar *tamquam non esset*, como inexistente (así entre las más recientes, Casación, 19/10/1991 n° 187142).

### **15. La imputación objetiva del evento según la teoría normativa**

Según la Teoría Normativa (PAGLIARO-DELL'EANDRO) La imputación objetiva del evento solo si se hace necesaria a la función preventiva de la norma, también independientemente, también de la presencia de un nexo condicional.

El criterio guía de la individualización de la hipótesis concreta de exclusión de la imputación objetiva y aquel del riesgo, según el cual:

--No puede haber responsabilidad penal como consecuencia de un riesgo lícito (o consentido);

--No puede haber responsabilidad penal cuando el evento, aun causalmente ligado a la conducta del agente, no forma parte de los riesgos específicos de la norma de tanto en tanto violada mirada a prevenir.

En aplicación de tal criterio, por lo tanto, la teoría normativa excluye la imputación objetiva del evento.

a) para los delitos dolosos, en caso de:

1) Por riesgo consentido: así el boxeador que respeta todas las reglas del pugilato no responde de las lesiones sufridas por su adversario durante el combate, aunque las haya querido efectivamente ocasionar; al mismo tiempo el cirujano que ha operado en presencia de todas las indicaciones para la intervención y con respeto de todas las técnicas de su profesión no responde por la muerte de la paciente ocasionada por él, aunque la misma era previsible.

2) La adjudicación a los otros y la corrección y respeto de las reglas desde afuera de los casos de concurso de los delitos y de excepciones expresamente previstas (ejemplo

art.116 c.p., en el cual veremos infra cap. 20. & 7) el haber hecho posible a otros la comisión de un delito con un comportamiento lícito no comporta responsabilidad alguna; así no responderé de algún delito si debo perseguir una labor de restauración de un inmueble mío, he instalado un andamio mediante la cual se hayan servido los ladrones penetrando en el departamento y desvalijarlo;

3) Previsión expresa de un garante del bien puesto en peligro: en todos los casos en la cual la ley prevé expresamente a cargo de un determinado sujeto la obligación de impedir un evento y solo estos que son los que están llamados a responder, así por ejemplo, si yo dejo abierta la puerta del vagón ferroviario que no ha sido cerrada ni siquiera por el guardia del tren, esta hace que un pasajero se precipite del mismo, muriendo, del evento responderá solamente el guardia, que por ley está obligado a garantizar la seguridad del convoy (sobre los delitos comisivos mediante omisión y sobre la posición de garantía véase el cap.13).

4) Disminución del riesgo: así me doy cuenta que Tizio está por ser aplastado por una masa de cemento que cae desde lo alto, y para salvarlo, le doy un fuerte empujón ocasionándole una fractura, no seré imputado por lesiones porque mi conducta constituye un riesgo lícito con respecto al riesgo más grave que evité.

b) En los delitos culposos, además de los cuatro casos ya vistos, la imputación objetiva del evento además está excluida en los casos de:

5) Al verificarse un evento diverso;

6) Por un comportamiento alternativo lícito;

7) La imprevisibilidad del evento;

Sobre el punto tomaremos más ampliamente a continuación (ver infra cap. 11).

c) en los casos de responsabilidad objetiva, finalmente, la imputación objetiva resta excluida de la imprevisibilidad del evento en cuanto, como diremos (cfr. Infra cap. 12, par.,1 letra c) imputación de un evento a título, de responsabilidad objetiva no puede prescindir, luego de la sentencia 364/1988 de la Corte Constitucional, sobre el requisito de la previsión del evento.

## **16. La causalidad en los delitos omisivos: reenvío**

Sobre el problema puesto del párrafo 2 del art. 40 que de la causalidad del delito omisivo en las sedes materiae, cuando será puntualmente examinada, cuando se encuentre lista el presupuesto del delito omisivo (ver infra cap. 13 & 5).

## **17. El concurso de factores culposos independientes**

Según la enseñanza constante de la doctrina y de la jurisprudencia habrá concurso de causa culposa (llamados también factores culposos) independientemente, cada vez que un determinado evento se verifica por efecto de muchas causas debido al comportamiento culposo *de dos o más* sujetos, aunque materialmente relacionados, son todavía independientes el uno del otro y poseen toda la eficiencia causal con respecto al evento (así, Casación del 17/2/1982 n° 1543).

El campo en el cual llama mayormente la atención es el concurso de factores culposos independientes, que son los accidentes viales, pensemos, por ejemplo: cada uno de los conductores de cada vehículo que habían chocado, conducían de forma particularmente no adecuada a las condiciones ambientales o porque uno de ellos no respetaba la obligación de ir por su mano derecha y el otro con exceso de velocidad.

También el concurso de los factores culposos independientes encuentra su reglamentación en el art. 41; en particular:

a) en cuanto al primer párrafo cuando en la mayoría de las veces hemos concurrido a la producción del evento, no está dado distinguir entre causas antecedentes, concomitantes y sucesivas, dependientes e independientes, mediatas e inmediatas, por lo que cada uno de los dos o más sujetos que han puesto en existencia a la misma causa, será llamado a responder autónomamente del delito.

b) en cuanto al segundo párrafo, si una de las dos o más causas se ponen como excepcionales con respecto a las otras (por aquí a pesar del más alto grado de providencia y prudencia no es posible predisponer de alguna medida para evitar el evento), tenemos la interrupción de la relación de causalidad, con la consiguiente responsabilidad por el sujeto solo que puso en existencia el factor excepcional.

c) en cuanto al último párrafo, al final, en caso de concurso de causas culposas independientes, no podrán encontrar nunca aplicaciones hacia el principio de las llamadas compensación de las causas, por la cual a los fines de la punibilidad de cada uno de los autores del hecho nadie detectará la culpa del otro o de los otros sujetos.

El concurso de causas culposas independientes debe ser visto distintamente de la cooperación culposa en donde el art. 113 cp. (ver cap. 20, &12): mientras, de hecho, en el concurso de causas culposas independientes más comportamientos culposos producen el evento sin que entre los autores de ellos exista algún vínculo psicológico, tan es así que los diferentes comportamientos pueden obtenerse causas productoras de modo totalmente independiente; en la cooperación del delito culposo, a su vez subsiste entre los otros sujetos un vínculo psicológico referido a la conducta de cada uno, en el sentido que cada uno contribuye con la propia acción de otros, confiriendo el propio aporte a la conducta causativa del evento (sin que obviamente, desear el evento mismo). De hecho, a los fines de la exacta individualización de la figura de la cooperación culposa es requerida la voluntad de concurrir a la realización de la conducta contraria a las reglas cautelares a causa del evento (MANTOVANI) Casación S.U.11/3/1999, n° 5).

En la cooperación culposa tenemos por lo tanto *unicidad de delito con pluralidad de sujetos que lo ponen en existencia*, mientras que en el concurso de causas culposas independientes tenemos pluralidad de delitos no obstante la unicidad del evento (así Cas. 3/11/80 n° 12593).



editado por:

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba



Mayo 2019

