

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

CUADERNOS DE DERECHO PENAL

ABRIL 2018

4

EL HOMENAJE A LOS
JURISTAS MARCELLO FINZI
Y CORRADO A. FINZI /
COMPENDIO DE ESTUDIOS
SOBRE DIVERSOS TEMAS
PENALES DE ACTUALIDAD

ISSN 2469-2085

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y
CIENCIAS SOCIALES DE CORDOBA

INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES

CUADERNOS DE DERECHO PENAL

Número 4

—EL HOMENAJE A LOS JURISTAS
MARCELLO FINZI Y CORRADO A. FINZI /
COMPENDIO DE ESTUDIOS SOBRE DIVERSOS
TEMAS PENALES DE ACTUALIDAD —

CÓRDOBA
REPÚBLICA ARGENTINA
ABRIL 2018

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

Autoridades
(Período 2016 - 2019)

JULIO I. ALTAMIRA GIGENA
Presidente

ARMANDO S. ANDRUET (h)
Vicepresidente

MARCELA ASPELL
Secretaria

GUILLERMO BARRERA BUTELER
Tesorero

LUIS MOISSET DE ESPANÉS †
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
Consulte novedades doctrinarias en:
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, 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, 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, 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](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

NOTA PRELIMINAR

La apertura de actividades del año 2018 en el Instituto de Ciencias Penales estuvo marcada por la ceremonia de donación de la biblioteca personal de los juristas Marcello Finzi y Corrado Ademar Finzi. El generoso gesto de sus descendientes, Alejandro y Sergio Finzi, ha permitido incorporar este valioso material a la biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, que luce ahora bajo la denominación de ‘Colección Finzi’.

El presente número del Cuaderno de Ciencias Penales abre, pues, con las palabras dirigidas el pasado 14 de marzo en dicho acto por nuestro director, el Dr. Carlos Julio Lascano, ante diversas autoridades gubernamentales, judiciales y académicas, así como también las de Sergio Finzi, hijo menor del Dr. Corrado A. Finzi.

Como en anteriores ediciones, el número 4 del Cuaderno compendia estudios elaborados por los miembros del Instituto que fueran oportunamente debatidos en las sesiones quincenales realizadas a lo largo del año 2017. Con su publicación en forma digital, el Instituto de Ciencias Penales procura seguir contribuyendo al tratamiento, discusión y difusión de un amplio abanico de cuestiones de actualidad penal nacional e internacional, desde la plural visión de los autores.

ÍNDICE

ACTIVIDADES:

Acto de donación al Instituto de Ciencias Penales de la biblioteca particular de los Dres. Marcello Finzi y Corrado Ademar Finzi (14 de marzo de 2018). Palabras del Dr. Carlos Julio Lascano.....	13
Palabras de Sergio Finzi.....	17

TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN:

CARLOS J. LASCANO

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.....	21
---	----

JOSÉ D. CESANO

De paseo por las Cámaras... (Observaciones al sistema de penas en el proyecto de ley de responsabilidad penal empresaria aprobado por la Cámara de Senadores de la Nación).....	31
---	----

ANA MARÍA CORTÉS

Vulnerabilidad y Victimización. Derechos Humanos y protección internacional del adulto mayor.....	45
---	----

MARÍA CRISTINA BARBERÁ DE RISO

Neopunitivismo argentino.....	65
-------------------------------	----

CAROLINA PRADO

Genealogía de la perspectiva de género en el derecho y su asimilación en la práctica judicial argentina.....	75
--	----

FEDERICO MASSEI

Moral y merecimiento: algunas notas sobre el retribucionismo contemporáneo...	91
---	----

GUSTAVO A. YOFRE

El Estado de Necesidad en la Legislación Argentina. Una mirada acerca de la ubicación sistemática del Estado de Necesidad y la regulación de los denominados “casos trágicos”.....	107
--	-----

ÁLVARO CRESPO

Los estados emocionales violentos.....	127
--	-----

ROBERTO V. VÁSQUEZ

El ensañamiento y sus aspectos problemáticos (para considerar en una eventual reforma)..... 149

JUAN I. MARTÍNEZ CASAS

Parricidio y filicidio en los casos de filiación por adopción y por técnicas de reproducción humana asistida..... 165

GUSTAVO MANZANEL Y DIEGO A. PERETTI ÁVILA

Delitos ambientales y reforma del Código Penal argentin..... 183

Breve semblanza de los juristas Marcello Finzi y Corrado A. Finzi*

por: CARLOS JULIO LASCANO

Señor Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Prof. Dr. Julio Altamira Gigena, Señor Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia Dr. Luis Eugenio Angulo, Señora Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia, Dra. Aída Tarditti, Señora Secretaria de la Academia Dra. Marcela Aspell, autoridades presentes, Señores Académicos de número, Señores integrantes del Instituto de Ciencias Penales, familiares, amigos y allegados de los Dres. Marcello Finzi y Corrado A. Finzi, señoras y señores:

Agradezco la presencia de todos Uds. Constituye para mí un alto honor, en mi carácter de Director del Instituto de Ciencias Penales “Profesor Dr. Jorge de la Rúa”, hacer uso de la palabra en este sencillo acto de recepción de los libros generosamente donados con destino a la biblioteca de nuestro Instituto por los nietos e hijos de los Dres. Marcello y Corrado A. Finzi, a quienes agradecemos sinceramente.

Pero a la vez, no puedo sustraerme a la emoción que siento porque, desde joven, estuve ligado a la familia Finzi por una linda relación de amistad y afecto, iniciada en los primeros años de la década de los 70 del siglo pasado con el Dr. Corrado Finzi, en cuya biblioteca personal de su casa de Vaquerías, en Valle Hermoso, hace ya muchos años pude ver varias veces estos libros que a partir de hoy pasan a constituir la ‘Colección Finzi’. Por ello, las palabras que diré en esta breve semblanza de los juristas cuyo nombre llevará la colección, han sido dictadas por el corazón más que por la razón.

No tuve la suerte de conocer personalmente a Marcello Finzi, porque en 1952 yo apenas tenía tres años cuando él retornó a su Italia natal, donde falleció el 4 de octubre de 1956, pero siempre escuché hablar de él a su hijo y a sus nietos, quienes lo nombraban con mucho amor como “il nonno Marcello”. Por tal motivo, me valdré de dos valiosos libros.

El primero, “*Marcello Finzi. Giurista a Modena. Università e discriminazione razziale tra storia e diritto*”, obra colectiva dirigida por Elio Tavilla, con motivo de la “Jornada de la Memoria” que tuvo lugar el 27 de enero de 2005, en el Aula Magna de la Facultad de Jurisprudencia de Módena, publicada por Leo S. Olschki en el año 2006.

El otro, un sustancioso trabajo de investigación realizado por un querido y destacado jurista cordobés, que está aquí presente, el Prof. Dr. José Daniel Cesano, Académico de número de esta corporación, Vicedirector de nuestro Instituto y miembro titular de los Institutos de Derecho Comparado y de Historia del Derecho de esta Academia. Me refiero al libro titulado “*Marcello Finzi. La inclusión de un penalista exiliado en la cultura jurídica de Córdoba*”, publicado en Córdoba, en 2014, por Lerner Editora S.R.L.

Marcello Finzi nació en Ferrara, en la Emilia Romagna, el 1° de diciembre de 1879. Completó su primera formación jurídica en la universidad de su ciudad natal, bajo la guía del gran penalista Vincenzo Manzini. Entre 1905 y 1938 se desempeñó como profesor de las cátedras de Derecho y Procedimientos Penales en las universidades de Ferrara, Bolonia, Siena y Módena. Fue Decano de la Facultad de Derecho de Ferrara desde 1920 hasta 1925. Dictó cursos en la *Scuola Superiore di Polizia Scientifica*, creada en 1902 por Salvatore

* Palabras pronunciadas el día 14 de marzo de 2018 en el Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, en el acto de recepción de los libros de la “Colección Marcello y Corrado A. Finzi” para la biblioteca de dicho Instituto, donados por los nietos e hijos de los homenajeados.

Ottolenghi. De una extensa producción bibliográfica, su obra está conformada de, por lo menos, ciento cinco títulos, entre libros, artículos y folletos. Sus inquietudes investigativas lo llevaron a ocuparse del Derecho Penal, Procesal Penal, Criminología, Criminalística, estudios biográficos e históricos y Derecho Comparado. Sus méritos científicos le permitieron dictar conferencias en el extranjero, destacándose sus viajes a Alemania para disertar en las universidades de Munich, Berlín y Heildelberg, en 1919 y 1930.

Elías José Palti, en el prefacio del libro de Cesano que estamos siguiendo, se plantea este interrogante: “*¿Cómo fue que, Marcello Finzi, este intelectual italiano de origen judío que llega a Córdoba empujado por las leyes antisemitas impuestas por Mussolini, y que gozaba de renombre internacional ya desde antes de su exilio en nuestro país, pudo insertarse en el medio provincial y convertirse en una pieza clave para la renovación de los estudios jurídicos en la Universidad local?*”.

Efectivamente, Finzi llegó a la Argentina en 1939. Su ingreso al país no estuvo exento de ciertas complicaciones, porque en mérito de una circular de la Cancillería, en un primer momento le fue rechazado el permiso de ingreso en la sede consular ante la cual lo tramitaba. No obstante ello, como sucedió con otros científicos emigrados como Rodolfo Mondolfo, personalidades de la vida académica y política argentina lograron destrabar el obstáculo; en el caso de Finzi, fueron Sebastián Soler, por entonces profesor de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Córdoba, y el Gobernador de la Provincia, Amadeo Sabattini, quienes hicieron posible el arribo del profesor italiano a nuestro país.

Inmediatamente, luego de su llegada a Buenos Aires, Finzi se trasladó a Córdoba, donde fue designado profesor de la Escuela de Policía de la Provincia. En septiembre de 1940, en el ámbito de la Facultad de Derecho de nuestra Universidad Nacional, bajo la dirección del Prof. Dr. Enrique Martínez Paz, se inauguró el Instituto de Derecho Comparado, con cinco secciones, una de las cuales era Derecho Penal, en cuya Jefatura fue designado Sebastián Soler y como Secretario Marcello Finzi. Señala Cesano (ob. cit., p. 59) que “*la contratación de Finzi no fue casual, sino que encontraba fundamento en el público reconocimiento que el Director del nuevo Instituto tenía hacia la trayectoria del profesor italiano*”.

Al poco tiempo se dedicó a una labor que tendría una gravitación importante para la cultura jurídico penal: la traducción al castellano del texto del Código Penal alemán, realizada conjuntamente con Ricardo C. Nuñez, la cual culminó en 1945 con su publicación en el volumen 2º del Instituto de Derecho Comparado. Asimismo, el Director de este instituto encomendó a Finzi, con la colaboración de Nuñez, el dictado de cursos prácticos de Derecho Penal comparado, los que desarrollaron periódicamente entre 1941 y 1950. Su relevante actuación en dicho instituto, junto a Soler, Nuñez y Ernesto Roque Gavier, nos lleva a afirmar que fue gravitante el pensamiento de Finzi en la llamada Escuela cordobesa de Derecho Penal, porque dichos maestros hicieron mérito de diversos trabajos del profesor italiano.

También fue importante colaborador y miembro del comité de redacción de la *Revista Jurídica de Córdoba*, cuyo primer número apareció en enero-marzo de 1947, dirigida por Alfredo Orgaz, Sebastián Soler y Mauricio Yadarola.

Cesano ha destacado los aportes de Marcello Finzi a la difusión en el ámbito de la Universidad Nacional de Córdoba de los estudios de Derecho Comparado, especialmente el Derecho Penal comparado, y el desarrollo de un modelo metodológico definido como *Dogmática Jurídica*. Explica que algunos autores han señalado que la obra de Finzi fue tributaria de la *Escuela técnica jurídica* iniciada en Italia por Arturo Rocco en 1910; sin

embargo, sería erróneo pensar que Finzi adhirió a un crudo tecnicismo de base exegética, algo que ni el propio Rocco sostenía. Por el contrario, afirma Cesano que la obra de Finzi es una muestra de un fino equilibrio, en donde a los estudios dogmáticos se los complementa no sólo con otros saberes normativos (especialmente, su preocupación por conectar lo procesal con la regla sustantiva) sino, también, con indagaciones criminológicas e, incluso, criminalísticas. En síntesis: Finzi amalgamó el rigor metodológico y el orden conceptual para el análisis del Derecho vigente (que antes no existía), aunque sin caer en un formalismo exacerbado, desconectado del hombre, como agente de la criminalidad.

La lamentable supresión del Instituto de Derecho Comparado fue uno de los factores que terminó por convencer a Marcello Finzi de retornar a su patria definitivamente. Ello ilustra cómo las condiciones que hicieron posible el influjo intelectual procedente del exterior irán desapareciendo progresivamente en la segunda mitad del siglo pasado, lo que se expresará en la mayor insularidad del medio académico e intelectual local.

Como no tuve el privilegio de conocer personalmente a Marcello Finzi, la vida me dio revancha, obsequiándome la amistad de su hijo Corrado, que había heredado de aquél las dotes de excelente traductor de Derecho Penal y de sólido jurista. Ello sucedió a pesar de nuestra diferencia de edad, cuando yo cursaba el último año de la carrera de Abogacía y realizaba una pasantía rentada en el Estudio jurídico del Profesor Dr. José Severo Caballero, que por entonces era el Director del Instituto de Derecho Penal. Corrado Finzi, que había sido contratado en ese Instituto desde los tiempos de la dirección de Nuñez, iba con frecuencia al estudio de Caballero para informarle sobre los avances de los trabajos encomendados. Allí tuve la fortuna de mantener con él interesantes conversaciones no sólo de Derecho Penal, sino también de muchos temas importantes de actualidad. Corrado me abrió las puertas de su familia —su amada y simpatiquísima esposa Maruja y sus cuatro hijos— y disfruté en varias oportunidades de su hospitalidad en su casa de Vaquerías, donde lo visitaba en compañía de mi familia.

Corrado Finzi había nacido en Ferrara el 18 de agosto de 1911 y también debió emigrar como su padre. De su época de traductor del viejo Instituto de Derecho Penal sería extenso mencionar sus numerosas y precisas traducciones de textos de Derecho Penal y Procesal Penal, especialmente de autores alemanes. También publicó algunos trabajos propios, entre los cuales destaco “La estafa y otros fraudes”, publicado por Editorial Depalma de Buenos Aires, en 1961.

Falleció en Valle Hermoso el 1° de mayo de 1986.

Concluyo diciendo que ambos juristas, padre e hijo, dejaron su huella indeleble en la cultura jurídico-penal cordobesa y de nuestro país. Agradezco nuevamente a su familia por la donación de estos libros, que serán de suma utilidad para los investigadores de nuestro Instituto. También a los Profesores Marcela Aspell y Christian Sommer, que han brindado con entusiasmo su decidido apoyo a esta iniciativa y han venido colaborando en este proyecto desde hace varios meses. Muchas gracias a todos.

Palabras de presentación

por: SERGIO FINZI

Es un honor para mí, hijo menor del doctor Corrado Ademar Finzi, hacer entrega formal de la colección bibliográfica que fue la herramienta de consulta, de inspiración y de trabajo de nuestro abuelo y de nuestro padre. La misma está integrada por más de 380 volúmenes, muchos de los cuales han sido escritos por mi abuelo y otros traducidos por mi padre.

Creo que esta colección, finalmente, ha encontrado albergue en el ámbito más adecuado y representativo del Derecho y las Ciencias Sociales de Córdoba. Estoy seguro que tanto mi padre como mi abuelo han de estar orgullosos de que así sea, y que parte de su legado cultural y científico sea destinado a la continuidad del estudio de la disciplina. Podemos decir que esta colección consta de dos partes: aquélla que representa la obra de Marcello Finzi y otra que manifiesta el trabajo metódico y científico de Corrado Finzi.

A continuación daré lectura a un texto, escrito por mi hermano el Dr. Alejandro Finzi, quien no reside en Córdoba y no ha podido estar hoy aquí. El texto da cuenta de la vida y dedicación de nuestro padre, persona a la que muchos de ustedes tuvieron oportunidad de conocer y valorar.

Previo a su lectura, deseo hacer especial mención al interés y dedicación de la doctora Marcela Aspel, del Dr. y querido amigo Carlos Julio Lascano, del Dr. Christian Sommer, del Dr Carlos Gonella y al trabajo realizado por mi señora esposa, Liliana Corradini. Todos ellos recibieron nuestra iniciativa de donación con tal entusiasmo que hoy han hecho posible que la Colección Marcello y Corrado Finzi forme parte de la Biblioteca del Instituto de Derecho Penal de esta prestigiosa Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. A ellos nuestro más profundo y especial agradecimiento.

Pero, ¿quién era Corrado Ademar Finzi?

Nació en Ferrara, el 18 de agosto de 1911. Su segundo nombre es una contracción de los de sus padres, Marcello y Adele. Su infancia y su territorio emocional fueron compartidos con Leonora, su hermana mayor. Creció en un ambiente paterno, de gran cultura, de lecturas, y con la destacada presencia de su abuelo, Leo Samuele Olschki, fundador de la ilustre casa editorial europea que lleva su nombre y que muere en el exilio, en 1940. Su formación juvenil incluyó los estudios musicales de piano, los idiomas, la actividad deportiva.

Dos relaciones personales sobresalen en su formación del Liceo: el haber sido alumno de Galvano della Volpe, uno de los grandes filósofos italianos del siglo pasado y el haber sido compañero de estudios de Giorgio Bassani, el autor de *Il giardino dei Finzi-Contini* y *Gli occhiali d'oro*, entre otras recordadas novelas y obras narrativas.

Llega la vida universitaria y Corrado debe hacer una elección decisiva: o seguir estudios orientados a la agronomía, o seguir estudios jurídicos. En esta elección cuenta, ciertamente, la carrera de su padre, y es así como culmina los estudios en la Universidad de Bologna, que le confiere el grado de Doctor en Leyes.

Pero Italia ya no es el país de la infancia, el país que canta Pascoli en sus poemas, sino todo lo contrario. Italia es el campo de maniobras terroristas del partido fascista, responsable de ejecutar el programa del manifiesto racial, en 1938, según el cual los seres humanos se distinguen por su raza, y que a esa distinción le cabe la carátula de grande y pequeña, según criterios biológicos que definen la existencia de una raza superior, que no asimila bajo ningún aspecto a quienes profesan la religión judía. Bajo Mussolini el judío es

un sub-humano que no tiene derecho alguno a vivir su existencia en la sociedad. No hay Dios para un judío; hay persecución, exilio, muerte, confinamiento, censura, la pérdida total de todos los derechos civiles. Entonces, pues, *‘il paese d’infanzia’*, como escribe Oscar Vadislav de Lubicz Milosz, será para siempre *‘ritrovata in lacrime’*. ¿Cuál es el país en el que vive un joven ferrarés, entonces, a quien se le arrebató, con ejercicios totalitarios, su derecho a vivir en una comunidad?

Hemos pensado mucho esto, a propósito de nuestro papá. Mucho, mucho tiempo, tratando de ponernos en su lugar, cuando sus cuatro hijos asomábamos la nariz por encima del teclado del piano en nuestra casa de Vaquerías para escucharlo interpretar a Bach, Chopin y Brahms. Lo que encontramos en nuestra memoria es su cultura literaria extraordinaria. Pudo Corrado —será ésta la respuesta— encontrar el modo de abrir las puertas del mundo, dejando correr las páginas de Goethe, Dante, Petrarca, Manzoni, Coleridge, los clásicos latinos y griegos, Croce, Racine y Heine.

Fue una marca tan fuerte, tan terrible y persecutoria su condición de hijo de una familia judía, que ya viviendo en Argentina, no supimos por él cuál era su confesión religiosa.

Cruzando la Francia ocupada, en 1939, llegó a Nueva York, para reunirse con la familia de su hermana, mientras sus padres, Marcello y Adele, viajaban también desde el país galo, pero con destino latinoamericano. Su padre, una vez radicado en esta lejana Córdoba, a instancias del Dr. Sebastián Soler, del Dr. Jiménez de Asúa y del gobernador Amadeo Sabattini, escribe a su hijo una carta, proponiéndole radicarse en Argentina, un gran país, promisorio, pleno de futuro.

Corrado se radica en Buenos Aires y trabaja para la revista Lyra, como cronista musical, mientras frecuenta el medio artístico, en el que se encontraban Rafael Alberti y Teresa de León. Allí conoce a María Ascensión Laguardia, una muy hermosa joven española, a la que propone matrimonio. Cada vez que pasamos por plaza Francia, nos preguntamos cuál será el banco en que, sentados los dos una tardecita, Corrado habló de amor a Maruja. Es inevitable, porque ese amor creció y pervive.

En 1956 es el Dr. Ricardo Nuñez quien lo convoca para sumarse al Instituto de Derecho Penal en carácter de traductor de Derecho Penal Alemán, cargo en el que se desempeña hasta ser echado de la Universidad Nacional de Córdoba por el gobierno de María Estela Martínez de Perón. Evidentemente, el manifiesto racial fascista seguía teniendo entera vigencia. De inmediato es contratado por el Instituto Max Planck de Freiburg im Breisburg para continuar su labor científica. Durante su desempeño como traductor, a solicitud de los miembros del Instituto Penal de nuestra facultad de Derecho, da a conocer la jurisprudencia penal alemana, desde Córdoba a todo el ámbito jurídico de habla castellana, en una labor que hoy perdura y continúa vigente. Asimismo, en 1961, la Editorial De Palma da a conocer su libro *La Estafa y otros fraudes, según las enseñanzas de Tolomei y los Códigos penales italiano, argentino y los códigos penales italiano, argentino y alemán en vigor, con su doctrina y jurisprudencia*. El libro tuvo muchas reediciones y una profunda difusión por la cátedra jurídica de toda Iberoamérica. Este libro y las numerosas traducciones de nuestro padre han alcanzado renombre internacional, siendo hoy estudiados y citados.

Recordamos a nuestro padre en nuestra casa, ‘Altiser’, al amanecer, yendo a su estudio, a trabajar. Su amor por el trabajo es lo que hoy corre por nuestras venas. No podemos olvidar su interpretación de cello de la *Elegie* de Gabriel Fauré, mezclada con el canto de los pájaros que entraba por la ventana de nuestra casa de Valle Hermoso. Traductor de

la Alta Casa de Estudios cordobesa y, por lo demás, exquisito filólogo, manejaba a la perfección el latín, el griego, el francés, el inglés y el alemán, nuestro idioma y el suyo.

Nuestro padre falleció en Vaquerías en 1987, luego de una dolorosa enfermedad. En su tumba, en el cementerio judío de La Falda, están escritas estas palabras de Giordano Bruno: *“Il tempo tutto toglie e tutto da, ogni cosa si muta, nulla s’annichilla”*.

Muchas gracias.

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

The regime of penal responsibility of the juridical persons for crimes against the public administration and for transnational bribe, in the parliamentary Argentine debate of 2017

por **CARLOS JULIO LASCANO***

RESUMEN: El trabajo analiza la tensión entre un Derecho Penal basado en la responsabilidad individual de las personas físicas y los requerimientos político-criminales dirigidos a la delincuencia empresarial en el mundo globalizado. Desde una visión crítica, se revisan los criterios de imputación de responsabilidad penal de la persona jurídica, según el proyecto de ley debatido en la órbita parlamentaria argentina en 2017.

PALABRAS CLAVES: Persona jurídica. Responsabilidad penal. Criterios de imputación. Debate parlamentario argentino.

ABSTRACT: *The paper analyzes the tension between a Criminal Law based on the individual responsibility of natural persons and the political-criminal requirements aimed at business crime in the globalized world.*

KEY WORDS: *Juridical person. Penal responsibility. Criteria of criminal imputation. Parliamentary debate in Argentina.*

1. Introducción

Hace algunos años tuve el honor de codirigir una obra colectiva de Derecho Penal de la empresa, junto con los destacados profesores de la Universidad de Castilla-La Mancha Luis Arroyo Zapatero y Adán Nieto Martín¹. En la presentación de ese libro expresamos que, con el cambio de siglo y los efectos económicos de la globalización, el Derecho Penal económico del Estado social, pensado sobre la base de la capacidad de control del Derecho nacional sobre los actores económicos, empresas y trabajadores, y los factores de producción, mercancías y servicios, tiene serios problemas de adaptación.

En este nuevo espacio de la economía globalizada, las grandes empresas multinacionales gozan de libertad absoluta de movimientos, imponen sus puntos de vista en los procesos de armonización internacional del Derecho de los negocios, y sus comportamientos ilícitos —contra el medioambiente, los trabajadores, o de corrupción— rara vez son juzgados por sistemas de administración de justicia mucho más débiles. Esta situación contrasta con lo que ocurre con los otros actores económicos: los trabajadores, cuya libertad de

* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional de Litoral, Argentina. Miembro de Número y Director del Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba. Profesor Titular de la asignatura Derecho Penal I, Carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Juez del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° II de Córdoba. Autor de diversos libros y artículos en publicaciones especializadas del país y del exterior.

¹ *Derecho penal de la empresa. Del Derecho penal económico del Estado social al Derecho penal de la empresa globalizada*, directores LUIS ARROYO ZAPATERO, CARLOS LASCANO Y ADÁN NIETO MARTÍN, Ediar, Buenos Aires, 2011.

movimientos en el mundo globalizado está seriamente criminalizada a través de los delitos de inmigración ilegal.

En lo que atañe a los factores de producción, los efectos de la globalización económica no han sido menores: la libertad de movimientos de capitales, unida al mantenimiento de los paraísos fiscales, ha posibilitado la comisión masiva de delitos de fraude fiscal y blanqueo de capitales; la libertad de movimientos de productos financieros ha creado una crisis económica mundial sin precedentes, cuyas raíces, en algunos casos, tienen que ver con comportamientos delictivos de falsedad en los balances, corrupción de auditores, conductas de administración desleal o grandes estafas colectivas; la libre circulación de productos ha llevado a que fármacos, pesticidas, productos transgénicos, abonos o alimentos infantiles que no pueden producirse o comercializarse en los países más ricos lo hagan en aquellos de economías más debilitadas.

A este conjunto de problemas el Derecho Penal estatal, que entiende el *ius puniendi* como ejercicio del poder soberano sobre un determinado territorio, no puede darle solución por sí solo. Por eso se debe confiar en nuevas herramientas de regulación. En primer lugar, en materia de corrupción, blanqueo de capitales o criminalidad organizada, existe ya un importante *corpus iuris internacional*, pero la comunidad internacional se expresa también hoy a través de un mecanismo regulador: el *soft law*. La importancia de las recomendaciones del GAFI en blanqueo de capitales o de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) sobre corrupción, adoptan en ocasiones esta estrategia. Esta irrupción de nuevas fuentes del Derecho Penal requiere replantearse el sentido de la reserva de ley penal.

En segundo lugar, el Derecho Penal globalizado debe confiar en la autoregulación empresarial como instrumento normativo. El incremento del control social sobre la economía, del que andamos muy necesitados, no puede despreciar la capacidad que toda corporación tiene para dictarse normas internas y controlar el comportamiento de sus miembros. El debate sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas busca comprometer a las empresas para que cooperen con el Estado en la prevención y la investigación de los hechos delictivos que pueden surgir en el desarrollo de su actividad, conminando duras sanciones para esos entes.

Se plantea así una evidente tensión entre un Derecho Penal edificado sobre los cimientos de una responsabilidad individual de las personas físicas y los requerimientos político-criminales propios de la delincuencia empresarial, que postulan castigar con penas no sólo a los ejecutores materiales de los delitos cometidos en el ámbito de los negocios, sino a las propias personas jurídicas en cuanto tales.

En nuestros días asistimos a un proceso de “erosión” del antiguo aforismo “*societas delinquere non potest*” consagrado en el Derecho Penal de la Europa Continental y los países iberoamericanos que siguen ese modelo. Dicho fenómeno se manifiesta en el Viejo Mundo donde triunfa el paradigma opuesto en Holanda, Suecia, Noruega, Portugal, Francia, Dinamarca, Irlanda, Finlandia y, a partir de 2010, España.

En este marco, en nuestro país el pasado 27 de septiembre —con 65 votos a favor— el Senado de la Nación aprobó el dictamen de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales sobre el proyecto de ley que responsabiliza penalmente a las personas jurídicas privadas por delitos contra la administración pública y por cohecho transnacional². Allí se introdujeron importantes modificaciones al texto al cual la Cámara de Diputados de la Na-

² Dictamen de Comisión del 20/9/17 en Exptes. Números CD-16/17 y 17/17.

ción había dado media sanción en la sesión del 5 de julio del corriente año, en base al proyecto remitido por el P.E. el 20 de octubre de 2016. Habrá que aguardar ahora el tratamiento de la cuestión en la Cámara de origen.

En esta ocasión me limitaré a abordar una de las cuestiones más relevantes que se plantean en dicho proyecto de ley: los criterios de imputación de responsabilidad penal de la persona jurídica en sí misma.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en sí mismas en el proyecto de ley en debate en el Parlamento argentino

Pese a las profundas divergencias, las corrientes científicas del Derecho Penal moderno coinciden en que la mayor parte de los elementos estructurales del delito responden a aptitudes psíquicas que sólo pueden darse en relación a la persona individual. En tal sentido, siguiendo las enseñanzas de su maestro don MARINO BARBERO SANTOS³, JUAN TERRADILLOS BASOCO⁴ —quien, desde una perspectiva político-criminal, no estaba seguro de que la máxima *societas delinquere non potest* fuera la más aconsejable— sostenía que parecen innegables las dificultades para que una responsabilidad penal fundamentada en el comportamiento culpable pueda ser exigible a las personas jurídicas, dado que acción y culpabilidad son conceptos dogmáticamente contruidos con referencia exclusiva a la persona física.

De tal modo, la acción como conducta humana y la culpabilidad no pueden ser vinculadas a un ente ideal, salvo estableciendo un paralelismo puramente terminológico que no responde a los principios rectores de tales categorías. Lo mismo ocurre con la pena pues —aunque se le adosen finalidades preventivas generales y especiales— tiene un sustrato retributivo que la distingue de otras consecuencias jurídicas.

En el Derecho Penal cuando el hombre actúa por medio de corporaciones, la responsabilidad sigue siendo individual, sin perjuicio que el Estado pueda establecer a su vez consecuencias que afecten a las personas jurídicas, como manifestación de una política de prevención que tiende a la regularidad en el manejo y funcionamiento de dichos entes.

Por consiguiente no resulta viable imponer penas en sentido estricto, como tampoco medidas de seguridad, pues la imposibilidad de realizar una conducta conlleva la inexistencia del hecho antijurídico y del juicio de peligrosidad, porque por definición nunca se podrá afirmar la probabilidad que la corporación cometa por sí misma delitos, aunque se pueda hablar de una “peligrosidad objetiva de la entidad, que no es sino la probabilidad de que las estructuras e instrumentos societarios provoquen la actuación criminal de los sujetos individuales”⁵.

Creemos se debe intentar otra clase de intervención jurídica estatal frente a los delitos socio-económicos que puedan cometerse a través de personas colectivas. En tal sentido, sería admisible un sistema de consecuencias para las personas ideales consistente en un **tercer género de sanciones criminales (“*tertium genus*”⁶) similares a las medidas de seguridad** (se las podría considerar una clase de medidas de seguridad especiales), basadas en la peligrosidad objetiva de comisión de delitos en la persona jurídica. Al igual que las

³ ¿Responsabilidad penal de la empresa?, en L. ARROYO ZAPATERO Y K. TIEDEMANN, “Estudios de Derecho penal económico”, Cuenca, 1994, p. 41.

⁴ *Derecho penal de la empresa*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, pp. 44 y 45.

⁵ TERRADILLOS BASOCO, JUAN M., *Empresa y Derecho Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 123.

⁶ LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL, *Derecho Penal. Parte General*, tercera edición ampliada y revisada, B de F, Julio César Faira editor, Montevideo – Buenos Aires, 2016, n° 25, p. 67.

denominadas *consecuencias accesorias* del art. 129 del Código Penal español de 1995, son de naturaleza jurídico-penal -no meramente administrativa-, «pues son consecuencias precisamente del delito y, aparte de ser sanciones impuestas por el juez penal (y previstas en normas penales), suponen privaciones de derechos de entidad considerable y (...) en todo caso de carácter preventivo»⁷.

Por todo ello, más allá de la incorrección de llamarlas “*penas aplicables a las personas jurídicas*”, es plausible el texto del proyecto de ley aprobado por el Senado el pasado 27 de septiembre que prevé -cuando se cumplen los requisitos fijados por el art. 2º- determinadas sanciones enumeradas en el art. 7º, a “*las personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjeras, con o sin participación estatal*”, las cuales resultan “*responsables*”, por los delitos enumerados en los incisos a), b), c), d) y e) del art. 1º, que “*hubieren sido realizados, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio*”, aunque “*la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad sólo si la persona humana que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquélla*” (art. 2º, último párrafo).

Efectuando un análisis comparativo de la disposición proyectada con dos antecedentes relevantes, el art. 59 del Anteproyecto de Código Penal de 2014⁸ (en adelante AP 2014) y el art. 31 bis del Código Penal español, introducido por el artículo único 4 de la LO 5/2010, en lo relativo a los delitos comprendidos por los mismos, nos parece que el art. 1º del texto aprobado por el Senado argentino tiene afinidad con aquéllos en cuanto prevén que serán únicamente referidos a un *numerus clausus* de delitos, expresamente establecidos en distintos artículos de la Parte Especial, algo que no ocurre en el Anteproyecto de 2006⁹, cuyo art. 67 carece de limitación respecto de los delitos en los que se pueden aplicar sanciones a las personas jurídicas. Similar amplitud había adoptado el texto aprobado por la Cámara de Diputados el 5 de julio pasado, en relación al proyecto objeto de este trabajo, pues en su art. 1º disponía: “*La presente ley establece el Régimen de Responsabilidad Penal para los **delitos previstos en el Código Penal de la Nación** cometidos por personas jurídicas privadas ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal*”. De tal modo, se apartaba del proyecto original elevado por el Poder Ejecutivo, cuyo art. 3º establecía: “*Las personas jurídicas son responsables por los **delitos contra la administración pública y cohecho transnacional**...*”, con lo cual quedaban comprendidos todos los delitos del extenso título 11 del Código Penal vigente. Los resaltados en letras negritas en ambos casos no se encuentran en los textos originales.

El texto aprobado por el Senado argentino es más acotado que el del proyecto original: “**ARTÍCULO 1º.- Objeto y alcance. La presente ley establece el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal, por los siguientes delitos: a) Cohecho y**

⁷ LUZÓN PEÑA, ob. cit., Cap. I, nº 27, pp. 69 y 70. Distinta es la opinión CESANO, JOSÉ DANIEL en su valioso trabajo *La responsabilidad penal de la persona jurídica en el Anteproyecto de Código penal*, publicado en “Revista de Derecho Penal y Criminología”, director Eugenio Raúl Zaffaroni, Año V, número 5, Buenos Aires, junio de 2015, pp. 155 a 163) para quien se establece “una intervención accesoria con medidas sancionatorias de carácter **fundamentalmente administrativo** y sobre la base de una previa conducta individual – que puede encontrar su base en la comisión de un delito o en la falta de supervisión -; sin que esto signifique consagrar una directa responsabilidad penal corporativa”.

⁸ *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, Infojus, Sistema Argentino de Información Jurídica, Buenos Aires, marzo de 2014, pp. 362 y 363.

⁹ *Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal de la Nación*, Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, Ediar, Buenos Aires, 2007, p. 135.

tráfico de influencias, nacional o transnacional, previstos por los artículos 258 y 258 bis del Código Penal; b) Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, previsto por el artículo 265 del Código Penal; c) Concusión, previsto por el artículo 268 del Código Penal; d) Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, previstos por los artículos 268 (1) y (2) del Código Penal; e) Balances e informes falsos agravados, previsto por el artículo 300 bis del Código Penal". El texto original no contiene resaltados en letras negritas.

Como se puede advertir, sólo quedan comprendidos los tipos delictivos expresamente mencionados y no todos los enumerados en el título 11 de código sustantivo. Además, un tipo agravado de balances e informes falsos, que en el art. 37 del texto aprobado por la Cámara Alta se proyecta incorporar al título 13 (Delitos contra el orden económico y financiero) del Código Penal como art. 300 bis¹⁰

En los tipos delictivos mencionados en los incisos b), c) y d) del art. 1º del proyecto del Senado, se exige en el autor la calidad de **funcionario público**, razón por la cual estamos en presencia de **delitos especiales propios**, porque requieren una especial condición, relaciones o cualificación en el sujeto activo y no cuentan con una figura paralela de delito común. Por tal motivo nos parece conveniente incluir en el Código Penal la cláusula de la **actuación en lugar de otro**¹¹, la cual permitiría cubrir las lagunas de punibilidad en los delitos especiales propios cuando sean cometidos por las personas físicas que actúan como órganos de las personas de existencia ideal que no reúnan los requisitos específicos exigidos para ser considerados autores, tal como lo señala la doctrina de modo uniforme.

La normativa diseñada por el Senado, en el art. 1º expresamente alude a "*responsabilidad penal*" de las personas jurídicas y el art. 7º regula las "*penas aplicables*" a dichas corporaciones. De tal forma sigue el modelo del art. 31 bis C.P. de España que establece que las personas jurídicas serán "*penalmente responsables*" y alude a "*responsabilidad penal*"; por su parte, el art. 33.7 describe cuáles son las "*penas aplicables a las personas jurídicas*", y el art. 66 bis, de modo explícito menciona las reglas para la "*aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas*".

La cuestión no es de menor importancia dado que, un sector de la doctrina española, entre los cuales se destaca ADÁN NIETO MARTÍN¹², sostiene que la reforma del año 2010 ha introducido la responsabilidad penal directa de la persona jurídica en sí misma en el art. 31 bis C.P. y ha conminado verdaderas penas para ella en el art. 33.7.

El mencionado autor sostiene que una interpretación sistemática del art. 31 bis CP permite advertir que este texto establece una **responsabilidad o culpabilidad propia de la persona jurídica**: ésta responde cuando no ha adoptado las medidas de organización necesarias para prevenir y detectar la comisión de hechos delictivos por parte de sus empleados. Responde de este modo por un hecho propio, su propio **defecto de organización**, y no

¹⁰ "Cuando los hechos delictivos previstos en el inciso 2º del artículo 300 hubieren sido realizados con el fin de ocultar la comisión de los delitos previstos en los artículos 258 y 258 bis, se impondrá pena de prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de dos (2) a cinco (5) veces el valor falseado en los documentos y actos a los que se refiere el inciso mencionado".

¹¹ Dicha cláusula había sido prevista adecuadamente en los Anteproyectos de 2006 (art. 43) y 2014 (art. 10).

¹² La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la L.O. 5/2010, en "Revista Xurídica Galega", N° 63 (2009), viernes 11 de marzo de 2011, p. 47: "La Ley Orgánica 5/2010 culmina un largo proceso de reforma del CP tendente a introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas". Hay versión electrónica disponible en: <http://resp-pj.blogspot.com/2011/03/la-responsabilidad-penal-de-las.html>.

Citado por CESANO, JOSÉ DANIEL, *La responsabilidad penal de la persona jurídica en el Anteproyecto de Código penal*, citado más arriba en nuestra nota 8.

derivado de la actuación de una persona natural. Agrega que el punto más débil de esta teoría podría ser que es excesivamente indeterminada: ¿qué es organizar bien una empresa para que no se cometan hechos delictivos en su interior? Responde que este problema está, en parte, desde hace algunos años solucionado por el Derecho Administrativo que en materias tan importantes como la protección de la seguridad del trabajador, del medio ambiente, el mercado de valores, la seguridad alimentaria, el blanqueo de capitales, etc., a través de lo que se ha dado en llamar “autoregulación”, establece la obligación de las empresas de adoptar medidas cuyo fin es similar a las medidas de organización que requiere la responsabilidad de las personas jurídicas. Por otro lado, en la práctica empresarial desde hace algún tiempo y por influencia del Derecho norteamericano son conocidos los *compliance programs*. Es más, cualquier empresa bien organizada tiene una numerosa normativa interna (protocolos, normas de conducta, códigos, etc.), cuya confección responde a una metodología análoga a la que se utiliza para crear medidas de control tendentes a impedir hechos delictivos de los subordinados.

Sin embargo, la mayor parte de la doctrina española tradicional, en la cual se ubica DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA¹³, basándose en la imposibilidad de apreciar en la persona jurídica culpabilidad, entendida como reprochabilidad individual, niega la capacidad de delinquir de las personas jurídicas en sí mismas, aunque admite que, tras la introducción en los arts. 31 bis, 33.7 y concordantes C.P., de responsabilidad penal y sanciones denominadas penas para personas jurídicas, «ha aumentado el sector que considera que la persona jurídica sí puede delinquir».

El renombrado catedrático de la Universidad de Alcalá de Henares¹⁴ enseña con claridad que, pese a la reforma de la LO 5/2012 de “*responsabilidad penal*” para las personas jurídicas y de “*penas*” para las mismas, «realmente las personas jurídicas en Derecho español siguen sin cometer delitos, que como reconocen los párrafos 1º y 2º del ap. 1 y los aps. 2 y 3 del art. 31 bis son cometidos por las personas físicas que actúan en el seno de las jurídicas; que sigue rigiendo el principio *societas delinquere non potest*, o sea que las personas jurídicas no tienen capacidad para delinquir porque no realizan una acción humana, con auténtica voluntad propia y por ello tampoco pueden ser “sujeto activo” del delito, como sigue reconociendo toda la regulación del art. 31 que regula la actuación en lugar de otro.

Tales reflexiones son aplicables al proyecto de ley aprobado por el Senado argentino que en varias disposiciones expresamente se refiere a la “*persona humana que cometió el delito*” (art. 2º, último párrafo), a las “*personas humanas autoras o partícipes del hecho delictivo*” (art. 4º), a la “*persona humana que hubiere intervenido*” (art. 6º).

Agregamos que el art. 6º del texto proyectado por el Senado —bajo el rótulo “*Independencia de las acciones*”— expresa: “*La persona jurídica podrá ser condenada aún cuando no haya sido posible identificar o juzgar a la persona humana que hubiere intervenido, siempre que las circunstancias del caso permitan establecer que **el delito no podría haberse cometido sin la tolerancia de los órganos de la persona jurídica***”. Lo resaltado en letras negritas no pertenece al texto original. Esta disposición tiene semejanza con el art. 59.3 del AP 2014, para el cual también será “responsable” la persona colectiva, aunque el hecho no redunde en su beneficio o interés, “*si la comisión del delito hubiere sido posibilitada por el incumplimiento de sus deberes de dirección y supervisión*”.

¹³ *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, Cap. 11, n° 36, p. 151.

¹⁴ Ob. cit., n° 55, p. 514.

Ello no significa que tales deberes —cuya inobservancia puede configurar culpa “*in vigilando*”— incumban a la persona de existencia ideal y, por ende, pueda existir un hecho propio de ella, atribuible a su “*defecto de organización*”. Resulta claro que tales obligaciones sólo pueden corresponder a las personas físicas que —por su función de órganos del ente corporativo— tienen que controlar la conducta de sus subordinados para evitar la comisión de delitos.

Sostenemos que el texto aprobado por el Senado propone un **sistema vicarial de responsabilidad penal de la persona colectiva**, por los delitos expresamente establecidos en el art. 1º, cometidos por sus órganos y empleados. Al respecto, acudiremos a la clara explicación de NIETO MARTÍN¹⁵: se debe «utilizar la teoría de la representación que desde hace siglos opera en el derecho privado. En el derecho de sociedades a las personas jurídicas les son imputables los comportamientos de sus órganos, es decir, de sus administradores, por lo que lo mismo habría que hacer en el derecho penal. Recurriendo a una imagen antropomórfica de la persona jurídica se indica que sus administradores son como su cerebro y sus manos. .. Al igual que en el derecho privado, la voluntad del órgano se traslada o —para otros— es la de la persona jurídica, en el derecho penal la acción, el dolo o la culpabilidad de la persona jurídica sería la de la persona natural que actúa como órgano de la misma. A esta forma de imputación se la llama “*modelo vicarial*” e implica que la persona jurídica responde automáticamente cuando un representante ha cometido un delito, en su provecho, actuando dentro del marco de sus funciones empresariales».

3. Conclusiones provisorias

En espera de que el Congreso de la Nación se expida acerca del proyecto de ley sobre el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, podemos arribar a las siguientes conclusiones provisorias respecto del texto aprobado por el Senado.

a) No resultan claros los motivos de la premura del embate reformista que se analiza en el Poder Legislativo y que tuvo origen en el proyecto elaborado en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y fue enviado al Congreso por el Presidente el 20/10/16, que postula la sanción de una ley complementaria del Código Penal para introducir un régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas por delitos de corrupción pública. Ello es así más aún si tenemos en cuenta que en el ámbito de la misma cartera ministerial se encuentra trabajando desde hace varios meses una Comisión designada por el decreto n° 103 del P.E.¹⁶, integrada por prestigiosos juristas, magistrados judiciales y representantes del gobierno, a la cual se le ha fijado el plazo de un año para elevar un proyecto de reforma integral al Código Penal argentino, comisión que —según lo han explicado algunos de sus miembros en el panel que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba el día 15 de septiembre de 2017¹⁷— habría consensuado la necesidad de la recodificación penal, mediante la incorporación al Código de las normas de contenido penal dispersas en leyes complementarias y especiales y en leyes sobre diversas materias no penales.

b) La mayoría de las últimas y espasmódicas reformas, que han acentuado la alarmante pérdida de sistematicidad de la legislación penal argentina, originada en una improvisada política criminal, han tenido su origen en recomendaciones de organismos interna-

¹⁵ *La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la L.O. 5/2010.*

¹⁶ B.O. 14/2/2017.

¹⁷ En el marco del XVII Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Penal y VII Jornadas Nacionales de Derecho Penal.

cionales como el FMI, GAFI, OMC, OCDE, etc. En el caso del proyecto que analiza el Congreso, en el mensaje de elevación del proyecto del P.E. a la Cámara de Diputados de la Nación se propone “adaptar el sistema penal argentino en materia de delitos de corrupción contra la Administración Pública y el soborno transnacional a los estándares internacionales a los cuales la República Argentina se ha obligado al adherir a la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales. Dicha convención, firmada en el ámbito de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), el 17 de diciembre de 1997, fue aprobada por el Honorable Congreso de la Nación por Ley N° 25.319 (B.O. 18/10/2000) y entró en vigor para la Argentina a partir del 9 de abril de 2001...”. En esa línea, el miembro informante del dictamen de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales del Senado, Ernesto Martínez, en la sesión del 20/9/17, expresó: “...Se tuvo en cuenta la media sanción de Diputados y se procuró, fundamentalmente, teniendo en consideración la opinión de los especialistas y el examen de derecho comparado, tanto de Francia, España y Chile y la opinión ... de la delegación y los expertos de la OCDE que plantean como exigencia para el ingreso de nuestro país a esa entidad la existencia de una norma de este nivel, fue recogida para redactar este despacho del modo que sucintamente traté de sintetizarlo ...”. Concluyó diciendo que ello es “lo que específicamente necesita Argentina para ingresar en un organismo internacional”.

c) Concuerdo con la opinión de JAVIER AUGUSTO DE LUCA en su ponencia¹⁸ presentada en el evento científico que tuvo lugar en nuestra ciudad el mes pasado, cuando expresó: “La situación de control mundial es aceptada por los representantes políticos y gobernantes sin tamices y así se genera un incremento de la normativa en un sinnúmero de actividades económicas y financieras. El resultado es que los Estados ya no son enteramente soberanos para decidir sobre sus políticas económicas y criminales”.

d) A pesar de los razonables cuestionamientos doctrinarios basados en su tensión con principios constitucionales, la responsabilidad penal de las personas jurídicas en sí mismas y las sanciones aplicables a éstas, han llegado para quedarse en la legislación de los países de la órbita del Derecho continental europeo, entre los cuales nos contamos.

e) El criterio de imputación de responsabilidad penal de las personas colectivas no radica en una supuesta culpabilidad corporativa por su defecto de organización, ya que una empresa puede tener una organización defectuosa y no haber generado la comisión de delito alguno; y viceversa, puede contar con una perfecta organización que sirva de pantalla a la comisión de delitos desde el ente de existencia ideal¹⁹. Por el contrario, se trata de un “*modelo vicarial*” de imputación porque implica que la persona jurídica responde automáticamente cuando un representante suyo ha cometido un delito, en provecho de la empresa, actuando dentro del marco de sus funciones.

f) Aunque se acepte la responsabilidad penal de la persona jurídica, ella no debería agotar la responsabilidad de las personas físicas que en su función de órganos de aquélla adoptaron decisiones, aunque no estén identificados, toda vez que la responsabilidad penal del ente corporativo no es accesoria ni subsidiaria de la responsabilidad individual, sino independiente de la misma; lo que no excluye que sea complementaria y no sustitutiva de

¹⁸ *Problemas contemporáneos de la delincuencia económica*, Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, “La reforma penal del nuevo milenio”, en el evento científico ya mencionado organizado por el Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 14 y 15 de septiembre de 2017, 3° Panel. Parte Especial, Delitos Económicos, inédita.

¹⁹ DE LUCA, JAVIER AUGUSTO, *Problemas contemporáneos de la delincuencia económica*, ponencia citada.

la sanción por el hecho individualmente cometido en el marco de la persona jurídica y en su beneficio. Por ello, postulamos incluir en el Código Penal la cláusula de la **actuación en lugar de otro**, para cubrir las lagunas de punibilidad en los delitos especiales propios cuando sean cometidos por las personas físicas que actúan como órganos de las personas de existencia ideal que no reúnan los requisitos específicos exigidos para ser considerados autores de esa clase de delitos.

g) Los “*programas de integridad*” (arts. 22 y 23 del proyecto del Senado) que podrán regular las personas jurídicas y que se prevén como “*condición para poder contratar con el Estado Nacional*” (art. 24) deberían obligar a respetar los estándares internacionales de derechos humanos y, por supuesto, del Derecho Penal nacional. No sería correcto considerarlos *ab initio* —de manera simultánea con la denuncia espontánea del delito y la devolución del beneficio indebidamente obtenido, según lo dispone el art. 9° del texto proyectado— como una causal de exención de pena de la persona jurídica y menos de las personas físicas que las representan y administran, por cuanto las reglas de incriminación penal no pueden depender de normas internas de las empresas para prevenir delitos, pues ello significaría consagrar una suerte de privatización de la justicia penal²⁰; en todo caso, deberían valorarse para la atenuación de las sanciones aplicables. Frente a la designación de oficiales de control de cumplimiento de esos programas, sean externos o internos de las sociedades, cabe preguntarse: ¿quién controla a los controladores? La respuesta correcta —según el dicho popular— sería que “el zorro no puede ser dejado al cuidado del gallinero”. Por ello, es irrenunciable el control judicial para evaluar si la empresa ha implementado un “*sistema de control y supervisión adecuado*” (art. 9° inc. b), para lo cual el órgano jurisdiccional debería contar con el auxilio técnico de un equipo interdisciplinario de especialistas.

²⁰ DE LUCA, JAVIER AUGUSTO, ob. y lug. cit.

De paseo por las Cámaras...
(Observaciones al sistema de penas en el proyecto de ley de responsabilidad penal empresarial aprobado por la Cámara de Senadores de la Nación)*

Walking through the Chambers...
(Observations on the system of penalties in the draft law on corporate criminal liability approved by the Chamber of Senators of the Nation)

por: **José Daniel Cesano****

RESUMEN: El propósito de este trabajo es realizar algunas observaciones al proyecto de ley de responsabilidad penal empresarial que fuera sancionado por el Senado de la Nación. En particular, se analiza el sistema de penas previstas para las personas jurídicas.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad penal empresarial. Penas. Personas jurídicas.

ABSTRACT: *The purpose of this paper is to make some observations on the draft law on corporate criminal liability that was sanctioned by the Senate of the Nation. In particular, the system of penalties provided for legal persons is analyzed.*

KEY WORDS: *Corporate criminal liability. Penalties. Legal persons.*

I. Introducción

El 20 de octubre del año 2016, el Poder Ejecutivo Nacional remitió a la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, un proyecto de ley tendente a establecer un régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas por delitos cometidos contra la administración pública y por el cohecho transnacional tipificado en el artículo 258 bis del Código Penal.

El 15 de junio de 2017, el proyecto obtuvo Dictamen de Mayoría, por parte de las Comisiones de Legislación Penal y de Legislación General de dicha Cámara; girándose, el texto aprobado, con media sanción, a la Honorable Cámara de Senadores.

* Exposición del autor en el Panel realizado el 9/10/2017 en la reunión conjunta del Instituto de la Empresa y del Instituto de Ciencias Penales, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Durante el proceso de publicación de este texto se sancionó la ley 27401. No obstante se ha decidido mantener la intervención en aquél panel con el propósito de testimoniar la discusión que, en el ámbito de dichos Institutos, generó el proyecto que, a la sazón, tenía media sanción en Senadores. En aquella oportunidad también intervino el Diputado Nacional, Dr. Juan Fernando Brügge. Esta decisión pretende hacer visible hasta qué punto el debate en torno a un proyecto puede verse enriquecido a partir de una visión conjunta, que reúna a parlamentarios y técnicos en Derecho mercantil y penal; con una perspectiva interdisciplinaria.

** Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Vicedirector del Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Director del Instituto de Derecho Comparado de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro correspondiente de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires. Miembro del Consejo Consultivo Internacional del ICEPS (*International Center of Economic Penal Studies* - Nueva York). Co-director del Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Derecho Penal Económico. Contacto: danielcesano@gmail.com

Esta última, a través de su Comisión de Justicia y Asuntos Penales, el 20 de septiembre del corriente año, introdujo modificaciones al texto sancionado por Diputados; razón por la cual se remitió el texto aprobado en el Senado, nuevamente, a la Cámara de origen.

Este trabajo se propone realizar una breve exposición del texto sancionado por la Cámara de Senadores, en lo que atañe al sistema de penas establecidas para las personas jurídicas; con el objeto de efectuar algunas observaciones destinadas a la discusión de la normativa propuesta; especialmente teniendo en cuenta que, la misma, volverá ser analizada por Diputados. La ocasión nos parece muy propicia porque, como decía Héctor Cámara, “antes de llegar a ser ley, toda obra prelegislativa (en este caso, se trata de una regulación *in fieri*) debe ser llevada al aire libre, para que allí se depure en la pugna de las opiniones y de los intereses que ha de encauzar (...)”¹

Con esta finalidad, comenzaremos sintetizando, en lo que concierne al tema indicado, los textos del proyecto del Poder Ejecutivo, el sancionado primigeniamente por Diputados y el texto aprobado en el Senado. Con posterioridad, nos detendremos a analizar algunas cuestiones que surgen de la regulación de este último texto.

II. La regulación del sistema de sanciones en el Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional, en el texto sancionado por la Cámara de Diputados y en el texto aprobado por la Cámara de Senadores.

El proyecto del Poder Ejecutivo, en su artículo 16º, estableció las siguientes sanciones respecto de las personas jurídicas; aclarando que, las mismas, podrían ser aplicadas en forma conjunta o alternativa:

a) Multa de entre el uno por ciento (1 %) y el veinte por ciento (20 %) de los ingresos brutos anuales que la persona jurídica condenada hubiere tenido en el último ejercicio anterior a la comisión del delito; excluyéndose, expresamente, para estos casos, la posible aplicación de la oblación voluntaria, prevista por el artículo 64 del Código Penal, como forma extintiva de la acción;

b) Suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años;

c) Suspensión del uso de patentes y marcas, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años;

d) Publicación total o parcial de la sentencia condenatoria por dos (2) días a su costa en dos (2) diarios de circulación nacional;

e) Pérdida o suspensión de los beneficios o subsidios estatales de los que gozare;

f) Suspensión para acceder a beneficios o subsidios estatales, o para participar en concursos o licitaciones públicas o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años;

g) Cancelación de la persona jurídica; esta sanción sólo podrá aplicarse si la persona jurídica hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito o si la comisión de delitos constituye su principal actividad.

Asimismo, el mismo artículo establecía que, si por razones de interés público fuere indispensable mantener la continuidad operativa de la entidad, de una obra o de un servicio en particular, no serán aplicables las sanciones de suspensión total o parcial de actividades y de cancelación.

¹ Cfr. CÁMARA, HÉCTOR, “Los delitos societarios en el proyecto de Código penal”, Cuadernos de los Institutos. Instituto de Derecho penal, Nº 64, año 1962, p. 25 y ss. El agregado entre corchetes nos pertenece.

También se preveía que si el ente ideal fuere una Pequeña y Mediana Empresa, y las personas físicas que cometieron el delito hubieren sido penadas, el tribunal podrá prescindir de aplicar sanciones a la entidad si se realizan las acciones necesarias para reparar el daño causado y restituir las cosas o ganancias que sean el producto o el provecho del delito.

El artículo 17 establecía los criterios para la determinación de las sanciones; para lo cual debía tenerse en cuenta: a) la cantidad y jerarquía de los funcionarios, empleados y colaboradores involucrados en el delito; b) la comisión directa por propietarios, directivos o integrantes, o a través de representantes, apoderados o proveedores; c) la naturaleza, la dimensión y la capacidad económica de la persona jurídica; d) la gravedad del hecho ilícito; e) la posibilidad de que las sanciones ocasionen daños graves a la comunidad o a la prestación de un servicio público; f) la existencia y alcance de un sistema de control y supervisión interno de la persona jurídica; g) la denuncia espontánea a las autoridades por parte de la persona jurídica como consecuencia de una actividad propia de detección o investigación interna y h) la cooperación prestada para el esclarecimiento del hecho, el comportamiento posterior, la disposición para mitigar o reparar el daño.

Este sistema se completaba con: a) el artículo 18, que preveía diversas circunstancias que podían operar como agravante de la sanción pecuniaria; b) la atenuación, en el artículo 19, de la misma pena, por colaboración; c) la posibilidad que, en caso de aplicarse esta pena patrimonial, el juez pueda reducir y aun eximir a la persona jurídica de las sanciones previstas en los incisos b), c), e), f) y g) del artículo 16 y d) como pena accesorio, el decomiso, aplicable en todos los casos en que recayese condena contra una persona jurídica, respecto de las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito de conformidad con el artículo 23 del Código Penal, independientemente de las sanciones previstas en la ley.

El despacho de mayoría aprobado en la Cámara de Diputados, introdujo algunas enmiendas al proyecto del Poder Ejecutivo.

La primera novedad consistió en distinguir entre una pena que debía aplicarse siempre; junto con otras que podían ser impuestas en forma conjunta o alternativa con aquella de conminación obligatoria. Concretamente: según el artículo 8º la pena de multa era de aplicación obligatoria; fijándose su quantum en una escala de entre el cero coma cinco (0,5 %) y el veinte por ciento (20 %) de los ingresos brutos anuales que la condenada hubiere tenido en el último ejercicio anterior a la comisión del delito, de conformidad con los criterios establecidos en los artículos 9 a 11 de la presente ley.

Respecto de la sanción pecuniaria, también se incluía una cláusula de actualización, la que debía practicar el Tribunal, de acuerdo al índice oficial cuya aplicación corresponda.

Junto con la sanción pecuniaria se establecía un similar catálogo de penas al que establecía el proyecto del Poder Ejecutivo; las cuales podrían ser aplicadas, en forma conjunta o alternativa. La única diferencia, en este aspecto, con el proyecto del Poder Ejecutivo consistió en la sustitución de la pena de cancelación por la de disolución y liquidación de la persona jurídica.

Se mantuvo la inaplicabilidad, del instituto de la oblación voluntaria así como, para los casos en que fuese indispensable mantener la continuidad operativa de la entidad, de una obra o de un servicio en particular, la no utilización de las sanciones de suspensión total o parcial de actividades y de disolución y la liquidación de la persona jurídica.

También se conservó, en idénticos términos al proyecto del Poder Ejecutivo, la atribución del tribunal de prescindir de sanciones para las PYMES, siempre que las perso-

nas humanas que cometieron el delito hubieren sido penadas y que se realicen las acciones necesarias para reparar el daño causado y restituir las cosas o ganancias que sean el producto o el provecho del delito.

En el artículo 9° se mantuvieron los criterios para la determinación de las sanciones que establecía el proyecto del Poder Ejecutivo, sin modificaciones.

También se mantuvieron las circunstancias agravantes para la determinación de la pena de multa (artículo 10°).

Sin embargo, se introdujeron enmiendas en las circunstancias atenuantes por colaboración; previéndose, en el artículo 11° los siguientes criterios: la sanción de multa que correspondiere a la persona jurídica condenada en función de los criterios previstos en los artículos 9° y 10 será reducida de un tercio a la mitad si se verificara alguna de las siguientes circunstancias: a) antes del inicio del proceso, la persona jurídica hubiera colaborado voluntariamente para poner en conocimiento de las autoridades la existencia de los delitos previstos en esta ley y b) la persona jurídica hubiera implementado, con anterioridad a la comisión del delito, un programa de integridad adecuado en los términos de los artículos 29 y 30 de la presente ley.

El mismo artículo establecía que si se verificaban conjuntamente las circunstancias previstas en los incisos a) y b) de la citada norma y se hubieren restituido los bienes y ganancias obtenidas como consecuencia de los hechos reconocidos y/o el valor equivalente, el tribunal podrá reducir y aun eximir a la persona jurídica de las sanciones previstas en los incisos a), b), d), e) y f) del artículo 8° de la ley.

Finalmente, el artículo 12° establecía la pena accesoria de decomiso, señalando que: “En todos los casos en que recayese condena contra una persona jurídica, la misma decidirá el decomiso de las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito de conformidad con el artículo 23 del Código Penal y/o de bienes por un valor equivalente, en caso de que aquello no sea posible, independientemente de las sanciones previstas en la ley”.

¿Qué diferencias se advierten entre la regulación de la cuestión por parte de Diputados y el texto sancionado en Senadores?

Por de pronto, y a diferencia de los textos antes mencionados, el artículo 7° habla de penas y no de sanciones; circunstancia que, indudablemente, tiene incidencia en orden al tipo de responsabilidad que consagra (responsabilidad de naturaleza penal).

En cuanto al catálogo de penas, si bien se mantuvo la pena de multa; ésta dejó de ser de imposición obligatoria.

Por otra parte se visualiza la desaparición de algunas de las sanciones que preveía el texto sancionado por Diputados; concretamente: la suspensión del uso de patentes y marcas, la pérdida o suspensión de subsidios estatales y la suspensión para acceder a beneficios o subsidios estatales. De esta forma, el artículo 7° prevé las siguientes penas: a) multa de dos (2) a cinco (5) veces del beneficio indebido obtenido o que se hubiese podido obtener; b) suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años; c) suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años; d) disolución y liquidación de la personería cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad; e) pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere y f) publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica.

En el texto aprobado en el Senado, desaparece la cláusula de inaplicabilidad de pena para los casos en que se trate de delitos cometidos en el ámbito de personas jurídicas establecidas en los términos de la ley 25.300 (ley de fomento para la micro, pequeña y mediana empresa).

También se introdujeron algunas novedades en lo concerniente a los criterios para la determinación de las sanciones. Así, el artículo 8° dispone: “Para graduar las penas previstas (...), los jueces tendrán en cuenta el incumplimiento de reglas y procedimientos internos; la cantidad y jerarquía de los funcionarios, empleados y colaboradores involucrados en el delito; la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes; la extensión del daño causado, el monto de dinero involucrado en la comisión del delito, el tamaño, la naturaleza y la capacidad económica de la persona jurídica; la denuncia espontánea a las autoridades por parte de la persona jurídica como consecuencia de una actividad propia de detección o investigación interna; el comportamiento posterior; la disposición para mitigar o reparar el daño y la reincidencia”.

La reincidencia se verifica “cuando la persona jurídica sea sancionada por un delito cometido dentro de los tres (3) años siguientes a la fecha en que quedara firme una sentencia condenatoria anterior”.

Al igual que el proyecto del Poder Ejecutivo y el texto aprobado en Diputados, el Senado conservó, para los casos en que fuere indispensable mantener la continuidad operativa de la entidad, o de una obra, o de un servicio en particular, la inaplicabilidad de las sanciones de suspensión total o parcial de actividades y de disolución y liquidación de la persona jurídica.

Con relación a la pena de multa se añadió un criterio particular para su cumplimiento consistente en la posibilidad de que el juez autorice el pago de esta sanción patrimonial “en forma fraccionada durante un período de hasta cinco (5) años cuando su cuantía y cumplimiento en un único pago pusiere en peligro la supervivencia de la persona jurídica o el mantenimiento de los puestos de trabajo”. Se mantuvo, para la pena pecuniaria, la inaplicabilidad del artículo 64 del Código Penal.

El artículo 9° estableció como causal de exención de pena y responsabilidad administrativa para la persona jurídica, la concurrencia simultánea de las siguientes circunstancias: “a) espontáneamente haya denunciado un delito previsto en esta ley como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna; b) hubiere implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los artículos 22 y 23 de esta ley, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito; y c) hubiere devuelto el beneficio indebido obtenido”.

Finalmente se mantuvo la pena accesoria de decomiso.

III. Reflexiones sobre el texto aprobado por la Cámara de Senadores

Antes de efectuar algunas precisiones particulares sobre el texto aprobado en Senadores, es conveniente realizar una apreciación general vinculada con la técnica legislativa de esta ley.

El texto proyectado por el Poder Ejecutivo y que ha tenido el periplo parlamentario reseñado se suma a una tendencia que nos parece criticable; cual es: continuar legislando, en materia penal, fuera del Código.

Hoy este aspecto resulta aún más censurable porque, la actual administración, a través del decreto 103/2017, nombró una Comisión para la Reforma del Código Penal de la

Nación, con la finalidad de elevar al Poder Ejecutivo Nacional de un anteproyecto de ley de reforma y actualización integral del Código Penal de la Nación. Tal Comisión se encuentra en plena actividad y en su agenda incluye la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Entonces, nos preguntamos: ¿se justifica avanzar en el tratamiento de esta ley cuando aquella Comisión podría regular integralmente la cuestión en el texto del futuro Código Penal?

La respuesta negativa se impone. No hay razón para que, con premura, se sancione esta ley, cuando existe la posibilidad de articularla en un proceso de reforma integral; actitud que permitiría una mayor sistematicidad en la regulación de la materia; evitando la mala praxis consistente en continuar dictando normas penales por fuera del Código. Si se repara en las orientaciones político criminales de los últimos Anteproyectos de Reforma Integral del Código Penal, del año 2006 y 2014, se advertirá que una de las ideas fuerza de aquellas propuestas ha sido, justamente, **recodificar el Derecho Penal**. Y nada indica que la Comisión, recientemente designada, postule un rumbo diverso; al menos en este aspecto.

Ingresemos, ahora, a analizar algunas cuestiones centrales de la regulación aprobada en el Senado.

Por de pronto, y si se lo compara con el texto del Despacho de Mayoría de Diputados, creemos que constituye un acierto que se excluyera la conminación obligatoria de la pena de multa. En este sentido, al incluir a la sanción pecuniaria como una, **entre varias posibles penas**, de imposición **alternativa o conjunta**, se está confiriendo al juez **una mayor flexibilidad** en esta materia.

Consideramos, además, que el texto de Senadores es superior al de Diputados, en orden a la regulación de la pena patrimonial por dos razones adicionales.

En primer término por el modo de individualización legislativa prevista para esta pena. En efecto, como se recordará, Diputados aprobó una escala penal de entre 0,5 % a 20 % de los ingresos brutos anuales que la condenada hubiere tenido en el último ejercicio anterior a la comisión del delito. Esta modalidad mereció una crítica en la reunión de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales del 1º de agosto de 2017. Especialmente, la Senadora Negre de Alonso, advirtió que este mecanismo podría generar “una igualación en la sanción frente a sujetos absolutamente distintos”². Por el contrario, el artículo 7º del texto aprobado en el Senado prevé un sistema de individualización legal de multa proporcional al beneficio obtenido o que se hubiese podido obtener. Este sistema fue expresamente defendido por el Senador Martínez en la reunión de Comisión del 20 de septiembre de 2017 al expresar: “Las penas se han establecido teniendo en cuenta, fundamentalmente, el derecho comparado. Y, específicamente, el beneficio indebido obtenido. Es decir, las ganancias que logra la compañía, la empresa o la persona jurídica a partir de su conducta delictiva”³.

El segundo aspecto positivo está constituido por la posibilidad de fraccionar en el tiempo el pago de la multa, cuando su cuantía y cumplimiento en un solo acto, pusiere en peligro la supervivencia de la persona jurídica o el mantenimiento de los puestos de traba-

² Cámara de Senadores de la Nación, Versión Taquigráfica, Reunión de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales, 1º de agosto de 2017, Publicación de la Dirección General de Taquígrafos, p. 15.

³ Cámara de Senadores de la Nación, Versión Taquigráfica, Reunión de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales, 20 de septiembre de 2017, Publicación de la Dirección General de Taquígrafos, p. 3.

jo. Se trata de una previsión que cuenta con antecedentes en el derecho extranjero; particularmente en el Código Penal Español, a través de su artículo 53.5⁴.

Si bien esta forma de individualización legislativa (multa proporcional) es más idónea que la establecida en Diputados, no es menos cierto que deja subsistente un problema: la imposibilidad del cálculo del beneficio indebido obtenido o que se hubiese podido obtener.

Este tema debiera merecer un análisis y tratamiento especial. Volviendo al derecho español, el artículo 52.4 dispone para este caso: “En los casos en los que este Código prevé una pena de multa para las personas jurídicas en proporción al beneficio obtenido o facilitado, al perjuicio causado, al valor del objeto, o a la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, de no ser posible el cálculo en base a tales conceptos, el Juez o Tribunal motivará la imposibilidad de proceder a tal cálculo y las multas previstas se sustituirán por las siguientes: a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años. b) Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el inciso anterior. c) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos”.

Aquí pareciera importante hacer una breve digresión. La fórmula legislativa española, indudablemente, ha reparado en un problema real. Sin embargo, la solución dada por ese Código no parece extensible a nuestro sistema legal, por una razón muy sencilla: las diferencias que existen, entre ambos sistemas legislativos, con relación a la regulación de la sanción pecuniaria. En tal sentido, con relación al Código español, Goena Vives ha expresado que: “En concreto, se prevén dos sistemas de determinación legal de la pena de multa – el sistema de días – multa y el sistema de multa proporcional – regulados en los arts. 50 y ss., de forma común para las personas físicas y para las personas jurídicas. A primera vista, ello podría sugerir que se trata de la misma sanción, aunque se imponga a sujetos distintos. Sin embargo, el propio Código Penal las distingue de diversas formas. Por ejemplo, mediante los matices que introducen los arts. 50.3 CP y 4 y 52.4 CP. A ellos hay que añadir las previsiones relativas al fraccionamiento del pago y a la no satisfacción de la pena de multa. Todo ello manifiesta que la multa de personas físicas no tiene por qué operar igual que la de las personas jurídicas y que, por tanto, estamos ante responsabilidades y sanciones diferentes”⁵. Nos detenemos en este aspecto porque, el legislador argentino, si quiere buscar una solución al problema planteado, deberá hacerlo por fuera del sistema jurídico español que, en varios aspectos centrales, le sirviera de modelo inspirador.

Es que, la microcomparación nos demuestra que la regulación de la multa que realiza el Código español es diversa a la que se viene efectuando en los textos que analizamos. Especialmente, no existe, en el caso argentino – ni en los textos que tratamos ni en el sistema del Código penal vigente – adopción del sistema de días – multa; como sí sucede en el código español. En síntesis: se trata de un aspecto no resuelto y que deberá intentar ser solucionado buscando alguna respuesta que consulte las particularidades del sistema argentino, tal cual viene siendo tratado.

⁴ Dispone el artículo 53.5 del Código Penal Español: “Podrá ser fraccionado el pago de la multa impuesta a una persona jurídica, durante un período de hasta cinco años, cuando su cuantía ponga probadamente en peligro la supervivencia de aquélla o el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes en la misma, o cuando lo aconseje el interés general. Si la persona jurídica condenada no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta en el plazo que se hubiere señalado, el Tribunal podrá acordar su intervención hasta el pago total de la misma”.

⁵ Cfr. GOENA VIVES, BEATRIZ, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 94/95.

No obstante el orden de su ubicación, sin duda, la sanción más grave es la prevista por el inciso 4º: disolución y liquidación de la persona jurídica cuando hubiese sido creada al sólo efecto de la comisión del delito, o estos actos constituyan la principal actividad de la entidad. De hecho esta sanción importa la denominada “muerte civil” del ente ideal⁶.

A partir de una interpretación sistemática de nuestro ordenamiento jurídico ¿resulta necesaria la previsión de esta sanción?

Consideramos que no.

Indudablemente, la primera situación que prevé la norma (persona jurídica creada ex profeso para cometer delitos) constituye un caso de gabinete⁷.

En este sentido, en la medida en que la persona jurídica haya asumido la forma de alguno de los tipos societarios del derecho mercantil, el caso puede subsumirse (desde lo sancionatorio), directamente, en la nulidad absoluta de la sociedad, por ser el objeto social contrario al orden público, moral o buenas costumbres, o prohibido por el sistema jurídico (artículo 18, 1ª disposición de la ley 19.550). Esta nulidad genera efecto ex tunc “en relación al formal contrato constituido de la tipología societaria o sea que afecta al tipo societario y no a la existencia de la relación societaria, pues la sociedad subsiste como persona jurídica”⁸.

Obviamente es la otra situación captada por la disposición legal, la que tendrá una mayor gravitación práctica. En este sentido, dentro de la catalogación jurídica de ilegalidades que pueden tener lugar en la persona jurídica, lo más frecuente será que, **en el ámbito de una sociedad con objeto lícito**, se realicen o desarrollen algunas actividades ilícitas.

Nuevamente aquí, consideramos que, en el Derecho mercantil encontramos ya la respuesta a esta situación. Concretamente, en el artículo 19 de la ley 19.550. Dicha previsión, expresa: “Cuando la sociedad de objeto lícito realizare actividades ilícitas, se procederá a su disolución y liquidación a pedido de parte o de oficio, aplicándose las normas dispuestas en el artículo 18”.

Por tales razones, existiendo ya en nuestro derecho esta sanción específica, no parece conveniente introducirla en el menú de penas establecidas por el artículo 7º⁹.

Otro aspecto de interés en la regulación de esta materia está relacionado con los criterios de graduación de las penas y de exención de las mismas. Al respecto, hay varios aspectos que merecen destacarse.

En primer término, el artículo 8 no prefija el valor de las distintas circunstancias que enuncia. Si bien, podrá convenirse que la reincidencia operará, por regla, como agravante; los otros criterios, podrán, según el caso, funcionar en uno u otro sentido.

La modalidad utilizada por este artículo la juzgamos correcta porque se trata de un sistema, *cuya lógica* se asemeja a la del artículo 41 del Código Penal; obviamente, debiendo considerarse la especificidad regulatoria de la materia que nos ocupa. Y el empleo de

⁶ Así, BACIGALUPO, SILVINA, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Casa editorial S.A., Barcelona, 1998, p. p. 262.

⁷ Así lo reconoce RICHARD, EFRAÍN HUGO, “Sociedad con actividad no autorizada y actividad ilícita”, en AA.VV., *Anomalías societarias*, 1ª reimpresión corregida de la 1ª edición, Ed. Advocatus, Córdoba, 1996, p. 177, quien caracteriza la hipótesis como un supuesto “casi de biblioteca”.

⁸ RICHARD, “Sociedad ...”, op. cit., p. 177.

⁹ Cfr. RICHARD, EFRAÍN HUGO, “Proyectos de responsabilidad penal de las sociedades y de extinción de dominio: ¿Y el art. 19 de la Ley de Sociedades vigente desde 1972?”. Disponible en Internet en: file:///C:/Documents%20and%20Settings/Usuario/Mis%20documentos/Downloads/Responsabilidadpenalpersonasjuridicas.pdf. Accedido: 7/10/2017.

esta lógica es adecuado porque, los operadores jurídicos, tienen ya un entrenamiento en función de lo que ocurre en el Código penal; praxis que es bueno aprovechar, trasladando, aquellas experiencias, en cuanto fuesen pertinentes, respecto de la determinación de las penas para las personas jurídicas.

Las pautas de determinación de las penas se inspiran en diversos criterios: extensión del daño, reincidencia, capacidad económica, conducta posterior al delito, cantidad y jerarquía de los funcionarios, empleados y colaboradores involucrados y circunstancias vinculadas **con la autorregulación de la persona jurídica**. Nos detendremos en este último criterio porque, consideramos, que es él el que da el perfil político criminal al modelo de la responsabilidad penal de la persona jurídica que se pretende adoptar.

Este criterio se nutre por diversas pautas que menciona el artículo 8º: concretamente la norma alude a: a) incumplimiento de las reglas y procedimientos internos, b) omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y colaboradores y c) la denuncia espontánea a las autoridades por parte de la persona jurídica como consecuencia de una actividad propia de detección o investigación interna.

En los últimos años la discusión en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha experimentado nuevos impulsos. En este sentido, parte de las aportaciones provienen de posiciones teóricas que adoptan una concepción respecto de las corporaciones tributaria de los sistemas sociales autopoieticos. En efecto, como lo señala Gómez – Jara Díez – “la concepción de la empresa como sistema autopoietico, esto es, como sistema autónomo que se autoconduce, proporciona importantes elementos para afirmar la responsabilidad de la propia empresa por dicha autoconducción”¹⁰. De esta manera, la idea de autoregulación aparece como el ariete más firme para arremeter contra el principio *societas delinquere non potest*. Y de hecho, en el derecho extranjero, muchos de los casos responsabilidad penal corporativa, de reciente consagración, han seguido esta orientación; tal como sucede en Italia con el decreto legislativo n° 231¹¹ o en España, con la reforma del año 2010.

Justamente, la responsabilidad penal de los entes ideales tiene como finalidad motivar que las empresas “incrementen su nivel de autoregulación y establezcan los mecanismos necesarios de gestión, organización y control para evitar la comisión de hechos delictivos, coadyuvando con la administración de justicia en su descubrimiento”¹².

En este cometido resultan claves dos de las pautas que recién mencionáramos y que el artículo analizado emplea como criterios de graduación de las penas: la implementación de los *compliance programs* o modelos de organización, que se traducen a través de la instrumentación de los programas de cumplimiento y los sistemas de denuncia en la empresa, conocidos como *whistleblowing*.

Se designa con el nombre de *compliance* a las medidas mediante las cuales “las empresas pretenden asegurarse de que sean cumplidas las reglas vigentes para ellas y su

¹⁰ Cfr. GÓMEZ – JARA DÍEZ, CARLOS, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, Ed. B de F, Montevideo – Bs. As., 2010, p. 119. También, en la doctrina española, realiza interesantes aportes vinculados con la idea de autoregulación de la empresa, FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO, *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Ed. B de F, Montevideo – Bs. As., 2009, p. 49 y ss.

¹¹ Al respecto, cfr. GIUNTA, FAUSTO, “L’ ampliamento della responsabilità dell’ente collettivo ai reati colposi. L’esperienza italiana”, artículo disponible en la página de Internet: <http://ciidpe.com.ar/area1/LAMPLIAMENTO.%20GIUNTA.pdf>. Accedido el 7/10/2017.

¹² Cfr. NIETO MARTÍN, ADÁN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Ed. Iustel, Madrid, 2008, p. 215.

personal, que las infracciones se descubran y que eventualmente se sancionen”¹³. Lingüísticamente el término *compliance* significa “cumplimiento”, “observancia”, “conformidad con determinados mandatos”, “y hace alusión en este contexto a procedimientos para la ‘transposición de prescripciones legales’, con la pretensión de evitar la criminalidad empresarial. En este sentido, puede decirse que la finalidad de los programas es aplicar normas jurídicas u otras directivas definidas para la empresa y, a través de ello, evitar la reclamación de responsabilidad y otros perjuicios para la empresa, sus órganos y empleados. De este modo, se cumple con el Derecho vigente y, particularmente, con el Derecho penal”¹⁴. De allí que se entienda que los *compliance programs*, “naturalmente orientados al control interno, poseen un *específico contenido de prevención*: la influencia directa sobre la dirección de la empresa es desde un punto de vista de técnicas de organización el medio más eficaz para influir en la política de la empresa y compensar, así, los efectos criminógenos característicos de las organizaciones empresariales”¹⁵.

Ahora bien, la existencia de estos programas –y su eficacia– no se identifica con la inexistencia de delitos. Pueden implementarse estos programas y, no obstante, producirse ilícitos dentro de la corporación. El dato es relevante porque, nada impide, que se eluda fraudulentamente estos mecanismos de control. De allí que, parece atinado, emplear, como criterio de graduación de la pena, la existencia o no de estos programas; en la medida que, más allá que, quizá, no puedan impedir, en todo caso, la comisión de delitos, la existencia de los mismos puede actuar como un factor que torne más difícil su comisión; disminuyendo las posibilidades criminógenas de la empresa.

En estas hipótesis, el diseño de estos programas vinculados con todas las actividades de la empresa no puede tratarse como una cuestión neutra sino que, indudablemente, debe operar como una circunstancia atenuante de la pena a imponer; así como, a la inversa, la no previsión de estos mecanismos operará como factor de agravación.

Sin embargo, debe tenerse cuidado con el diseño de estos programas. No se trata de sesgar la responsabilidad, a través de criterios de autorregulación que se dirijan a los mandos medios o los eslabones jerárquicos más débiles. Por el contrario, para que la implementación del *compliance* sea considerado como atenuante es necesario evaluar muy cuidadosamente su estructura para observar si *efectivamente*, se ha gestado con el propósito de garantizar “que todos los miembros de una empresa, desde el presidente del consejo de administración hasta el último empleado, cumplan con los mandatos y las prohibiciones jurídico-penales, y a que, en caso de infracción, sea posible su pronto descubrimiento y adecuada sanción. Ello es así porque tales programas tienen “la pretensión sistemática de adoptar reglas y procesos *intraempresariales* que logren que el cumplimiento del derecho vigente no responda a la casualidad, al compromiso individual o a los intereses parciales de un departamento, sino a una arquitectura de cumplimiento vinculada con todas las actividades empresariales”¹⁶.

También es necesario realizar alguna precisión en relación al *whistleblowing* interno. Para que la denuncia interna sea considerada un factor de atenuación, será necesario

¹³ Cfr. BALCARCE, FABIÁN I. –BERRUEZO, RAFAEL, *Criminal compliance y personas jurídicas*, Ed. B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2016, p. 140.

¹⁴ Cfr. BERMEJO, MATEO G. –PALERMO, OMAR, “La intervención delictiva del *compliance officer*”, en LOT-HAR KUHLEN – JUAN PABLO MONTIEL – ÍÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 176.

¹⁵ Cfr. BERMEJO – PALERMO, “La intervención delictiva (...)”, op. cit., p. 176.

¹⁶ Cfr. GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, op. cit., p. 213.

que cumpla con determinadas condiciones; concretamente¹⁷: a) el procedimiento de denuncia debe darse a conocer entre todos los posibles usuarios, garantizando su fácil accesibilidad, características y consecuencias de su aplicación; considerando como usuarios no sólo a los miembros de la empresa (empleados, directivos) sino también, a sus clientes o proveedores; b) se deberá garantizar al informante la máxima confidencialidad; siempre que se cuide, en caso de que a partir de la denuncia se inicie un proceso judicial, asegurar el derecho de defensa sobre quien pese la imputación; c) hay que facilitar, al máximo posible, los canales de la denuncia; debiendo conservar, en todos los casos, constancia documental de la misma y de las demás actuaciones derivadas; d) el receptor de la denuncia debe ser un sujeto con conocimientos jurídicos (puede tratarse, incluso, de una sección de la empresa, con esa finalidad), a la que se asegure una cierta independencia para desarrollar la investigación interna y con acceso a los órganos directivos y de control de la compañía; e) en el diseño de este procedimiento, la empresa debe manifestar su compromiso de que, en caso de confirmar la veracidad de la denuncia, además de adoptar las correspondientes medidas disciplinarias internas, pondrá los hechos y las pruebas obtenidas en conocimiento de las autoridades y contactará con los potenciales perjudicados para reparar los posibles daños sufridos y f) cuando se detecte que el delito pudo igualmente cometerse por un procedimiento deficitario del procedimiento de la denuncia, la empresa debe comprometerse a reformar tal procedimiento en aquellos aspectos en que se haya relevado insuficiente.

Si una empresa diseña un mecanismo que cumple con estos estándares mínimos, no obstante lo cual, se produce un delito; consideramos que su previsión debiera ser utilizada por el juez como un factor de atenuación de la pena.

El texto aprobado por el Senado, en su artículo 23, al definir el contenido del Programa de Integridad, ha perfilado algunas de las características que deben tener estos factores; aspecto que juzgamos de gran importancia, sobre todo si tenemos en cuenta que los mismos son empleados no sólo como criterios para la graduación sino que, cuando ambos se dan conjuntamente con la devolución del beneficio obtenido, estas tres circunstancias operan como eximentes de pena.

Finalmente nos parece que Diputados debería volver a insistir sobre las situaciones de las micro, pequeñas y medianas empresas. El Senado no ha establecido criterios de excepción respecto de este tipo de corporaciones. Sin embargo, parece claro que estas empresas no han desarrollado, en algunos casos, una complejidad suficiente; con lo cual la implementación de estos programas quizá no resulte indispensable; a lo que debe añadirse que la capacidad económica de estas corporaciones no siempre permite solventar el alto costo económico que presupone un sistema como el diseñado por el artículo 23.

IV. Conclusiones

No pretendimos discutir aquí la cuestión de si la persona jurídica debe ser penalmente responsabilizada o, si por el contrario, la cuestión debe analizarse desde la perspectiva del Derecho penal administrativo o, directamente, a través del perfeccionamiento de los mecanismos de imputación para poder determinar las personas físicas que obran dentro de su ámbito. Ya nos hemos pronunciado, respecto de estas cuestiones en trabajos anteriores¹⁸. Partimos, por el contrario, de un dato de la realidad: la decisión legislativa de establecer

¹⁷ Seguimos aquí a RAGUÉS I VALLÈS, RAMÓN, *Whistleblowing. Una aproximación desde el derecho penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 145/146.

¹⁸ Cfr., por todos, CESANO, JOSÉ DANIEL, *Estudios sobre la Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica*, Ed. Ediar, Bs. As., 2006.

este tipo de responsabilidad penal. De allí que, sin abjurar a nuestros principios, creímos que resultaría más útil, dado el momento político en que se encuentra el texto legislativo, formular algunas observaciones para destacar aciertos, indicar omisiones; todo lo cual tiende a colaborar en la tarea que se encuentra en curso.

El texto aprobado por Senadores, según creemos haberlo demostrado, ofrece algunas ventajas con respecto al sancionado en Diputados. Siuviésemos que sintetizarlas, lo haríamos de la siguiente manera:

a) La previsión de un elenco flexible de penas para la persona jurídica; sin establecer prevalencia a favor de una (pena de multa); con desplazamiento de la importancia de otras.

b) La pena de multa posee una individualización legislativa más idónea; al adoptar el sistema de multa proporcional al beneficio obtenido o que pudo obtenerse; previendo el criterio de fraccionamiento del pago. Este último aspecto es relevante porque una sanción pecuniaria muy alta puede llegar a aniquilar a la persona jurídica.

c) También resulta positivo el modo en que operan las circunstancias para la determinación de las penas y, en particular, aquellos factores vinculados con criterios relativos a pautas de autorregulación de la empresa y su caracterización.

Asimismo hemos detectado algunas cuestiones que podrían mejorarse:

a) Por una parte, la falta de regulación de aquellas situaciones en donde no es posible determinar el beneficio obtenido y la aplicación de la pena de multa. Si no se ubica algún criterio tendente a solucionar este aspecto, en no pocos casos, la multa se tornará de imposible cálculo.

b) Desde otra perspectiva, la previsión específica, entre las penas legisladas, de la disolución y liquidación de la persona jurídica; cuando ya el ordenamiento societario prevé la regulación específica de estas situaciones; con lo cual esta duplicidad sancionatoria resultaría asistemática; si se concibe al sistema jurídico como un orden normativo dotado de cierta coherencia.

c) Finalmente no parece razonable ni conveniente la exclusión que hace el proyecto aprobado en Senadores de una previsión de excepción, o al menos que particularice la cuestión, para los casos de las PYMES.

Dos observaciones finales.

Es evidente que se está legislando con una gran premura. Es obvio que, la sanción de esta ley es producto de una fuerte presión de organismos internacionales; en este caso la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Esto exige alguna reflexión adicional. En efecto, una de las proyecciones que asume el proceso de globalización —**en lo que al fenómeno jurídico atañe**— se vincula con el rol de estas agencias financieras internacionales y su injerencia sobre los ordenamientos jurídicos internos. Hoy es muy frecuente visualizar cómo estas agencias financieras condicionan la habilitación de créditos, refinanciaciones u otros beneficios, a que las legislaciones internas de los Estados diseñen determinados sistemas que incluyan tal o cual tipificación delictiva. En el caso de la Argentina tenemos claros ejemplos en esa dirección. Así, la presión del Grupo de Acción Financiera Internacional generó un cúmulo legislativo en materia penal económica representada por la ley 25.246 (blanqueo de capitales), su modificación ulterior a través de la ley 26.683 y, a menos de siete meses de aquella sanción, una nueva batería de medidas representada por las leyes 26.733 y 26.734. Desde luego que esta *premura legislativa* se traduce, en algunos casos, en productos normativos que pueden adolecer de algunos defectos técnicos y, en otros, con una falta de reflexión y de análisis empírico previo; cualidades

esenciales que debe respetar una política criminal con mínimas pretensiones de racionalidad. En tal sentido, la evaluación de las leyes penales es algo esencial en cualquier tarea parlamentaria y la doctrina científica europea viene, en estos últimos tiempos, reclamando por esta tarea¹⁹.

En segundo término, permítasenos insistir, nuevamente en algo central: hay que volver a la cultura de la codificación. No es posible estar pensando en sancionar una ley como ésta cuando ya existe una Comisión, designada por la misma administración, destinada a reformar integralmente el Código penal. Ése debiera ser el ámbito natural en donde se discuta la inclusión de la responsabilidad penal de la persona jurídica y sus consecuencias. De lo contrario, se continúa con los parches; todo lo cual provoca serios daños; que se pagan con falta de sistematicidad y racionalidad en nuestro ordenamiento jurídico penal.

¹⁹ Cfr. RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, SAMUEL, *La evaluación de las normas penales*, Ed. Dykinson, Madrid, 2016 y NIETO MARTÍN ADÁN – MUÑOZ DE MORALES ROMERO, MARTA – BECERRA MUÑOZ, JOSÉ (dirs), *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016.

Vulnerabilidad y Victimización. Derechos Humanos y protección internacional del adulto mayor

*Vulnerability and victimization.
Human rights and international protection of the greater adult*

por: ANA MARÍA CORTÉS *

RESUMEN: El estudio de diferentes culturas y épocas sobre la situación del adulto mayor demuestra que existen casos de vulnerabilidad individual y social, lo cual amerita un análisis sobre el tema. Las disposiciones jurídicas regionales e internacionales abordan la problemática, en pos de brindar un tratamiento digno e inclusivo a quien transita esta etapa de su vida.

PALABRAS CLAVES: Adulto mayor. Vulnerabilidad. Fragilidad. Legislación internacional.

ABSTRACT: *The study of different cultures and periods on the situation of the elderly, shows cases of individual and social vulnerability which deserves an analysis on the matter. Regional and international law approach the problem in order to offer a dignified and inclusive treatment to whom transit this stage of his life.*

KEY WORDS: *Elderly. Vulnerability. Fragility. International legislation.*

Introducción

El objeto de este trabajo es visibilizar, desde el Derecho Nacional e Internacional, a un segmento vulnerable de la población, y recoger las iniciativas que han cristalizado en leyes sobre el tema.

Nuestro Derecho, público o privado, contempla diferentes tipos de infracciones: homicidio, lesiones, abandono de personas, amenazas, delitos contra la libertad individual, la propiedad, etc., es decir, todo tipo de maltrato físico, psicológico, sexual, económico o asistencial. En estos casos, la población sujeta al presente análisis es el adulto mayor por ser una persona esencialmente necesitada de protección, al estar inmersa en situación de vulnerabilidad individual y social.

La protección jurídica de sus derechos y el acceso a la justicia tratan, en general, de acentuar la dignidad de las personas, evitando la discriminación por razón de la edad, aceptando su autonomía respecto a su vida, salud, integridad, patrimonio y vivienda, teniendo como ejes su capacidad y su libertad.

Ideas sobre vulnerabilidad, víctima y victimización

Etimológicamente¹, se considera que la palabra **vulnerabilidad** proviene del latín *vulnerabilis* y está conformada por tres partes: el sustantivo *vulnus*, que puede traducirse como “herida”; la partícula – *abilis*, que es equivalente a “que puede” y, finalmente, el sufijo – *dad*, que es indicativo de “cualidad”. De allí que vulnerabilidad pueda conceptualizarse

* Abogada. Ex Profesora de Derecho Penal (Parte General) de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC y de la Facultad de Abogacía de la Universidad Blas Pascal. Ex Directora del Departamento de Cursos Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC.

¹ Diccionario etimológico. etimologias.dechile.net/vulnerable

como la cualidad que tiene alguien para poder ser herido o dañando sea física o moralmente.

El concepto puede aplicarse a una **persona** o a un **grupo social**, según su **capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse de un impacto**.

Las personas vulnerables son aquellas que, por distintos motivos, no tienen desarrollada esta capacidad de defenderse y, por lo tanto, se encuentran en situación de riesgo como los niños, las mujeres y los ancianos. También influyen condiciones sociales y culturales pudiéndose mencionar: el analfabetismo o la indigencia. Además, los desastres naturales sean inundaciones, terremotos, incendios, etc. tornan vulnerables a las personas y a las propiedades expuestas al fenómeno.

De otro costado, la vulnerabilidad ¿siempre deviene en victimización? Indudablemente que no, ya que no todas las personas vulnerables llegan a ser víctimas y las que no lo son pueden ser sujetos pasivos de un ilícito.

La palabra **víctima** es susceptible de dos significados: “*vincire*” animal que se sacrifica a los dioses o deidades o “*vincere*” que representa al sujeto vencido en la lucha. La víctima es el sujeto perjudicado, el ofendido para la ley procesal, la persona que sufre el perjuicio.

En la *Declaración sobre los principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y de Abuso de Poder. Asamblea General de la ONU, 1985*, documento donde la víctima fue conceptuada, por primera vez, en un documento internacional, se lee: “*Se entenderán por víctimas las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas y mentales o sufrimiento emocional, pérdida financiera, o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los estados miembros, incluido el abuso de poder. Se incluirá a los familiares o personas a su cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización*”².

Se comienza, así, a hablar de víctimas, victimarios, y **procesos de victimización**, siendo las claves conceptuales: la adversidad, el padecimiento y la injusticia. El victimólogo Antonio Beristain Ipiña³ advierte que ese giro terminológico tiene un enorme valor simbólico: se trata de hacer trascender que el preciso protagonismo científico reside en la víctima, en su plena y central humanidad. Además de esta dimensión simbólica, el protagonismo de la víctima nos conduce a logros objetivos propios en el terreno de la comprensión, prevención y asistencia.

La victimización se clasifica según tres niveles de impacto⁴.

a) **VICTIMIZACIÓN PRIMARIA**: Es la sufrida por la víctima a **consecuencia de la agresión originaria** o injusticia criminal. Se pueden mencionar:

- La interacción víctima-victimario, la “pareja penal” y sus relaciones de complementariedad.

² HERRERA MORENO, MYRIAM. Profesora de Derecho Penal. Universidad de Sevilla. Revista Voces contra la Trata de Mujeres. Proyecto ESPERANZA Adoratrices. Voces de nuestro país. La víctima y los procesos de victimización. Entrevista a expertos N° 11.

³ BERISTAIN IPIÑA, ANTONIO (Medina de Rioseco, Valladolid, España; 4 de abril de 1924 - San Sebastián, Guipúzcoa, España, 29 de diciembre de 2009) era un catedrático de Derecho penal. Fundador del Instituto Vasco de Criminología en 1976, director del mismo hasta 2000, y Director Honorario de dicho Instituto hasta el año 2009.

⁴ HERRERA MORENO, MYRIAM, lugar citado.

- La identificación y evaluación de factores de riesgo y desamparo victimal. Hablamos así, de *vulnerabilidad personal* (riesgos individuales psico-bio-sociales como: la falta de habilidades sociales, la diferencia cultural, el analfabetismo, la inmadurez o la minusvalía), *vulnerabilidad relacional* (debida a un acentuado diferencial de poder) o de *vulnerabilidad contextual* (se considera un contexto victimógeno el factor de desamparo).
- En los últimos estudios se identifican carreras de victimización. En estas vidas polivictimizadas la acumulación de adversidades genera auténticas escaladas de abuso e injusticia.

b) **VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA:** Es la victimización añadida, subsecuente a la primaria, que padece la víctima normalmente al ser estigmatizada, culpada o rechazada en contacto con las instituciones (policía, operadores jurídicos, asistentes) o con el marco social de reacción (medios de comunicación, comunidad, entorno de la víctima). Aquí la víctima sufre fundamentalmente por dos factores:

- Porque es instrumentalizada para el cumplimiento de otros fines que trascienden su humanidad (la lógica judicial o de la víctima noticiable).
- Porque se activan mecanismos soterrados de inculpação y rechazo social: la víctima representa el valor simbólico de recordarnos nuestra propia fragilidad; si la culpa reside en ella (su actitud fue reprochable, ella se lo buscó), si deviene de la condición o conducta no convencional de la víctima: si esta no se adecua a patrones ideales será fácil condenarla y estigmatizarla⁵.

c) **VICTIMIZACIÓN TERCIARIA,** Esta victimización ha sido relacionada con tres temáticas:

- La victimización del penado, objeto de excesos punitivos y erosión prisionalizadora.
- La que se sufre de modo vicarial o indirecto (mediante imágenes televisivas o cuando se es testigo de una victimización violenta).
- La que sufre la víctima al construir obsesivamente su identidad en torno a la victimización de relevancia para los asistentes de víctimas, cuya labor es orientar a la “desvictimización” y a una “reinserción social de la víctima”⁶.

Segmento poblacional bajo estudio

El número de personas que en el mundo rebasa la edad de 60 años, aumentó a 700 millones en la década del año 90 del siglo XX, para el año 2025 se estima que existirán alrededor de 1.200 millones de ancianos. También se ha incrementado el grupo de los "muy viejos", o sea los mayores de 80 años de edad, que en los próximos 30 años constituirán el 30 % de los adultos mayores (AAMM) en los países desarrollados y el 12 % en los llamados en vías de desarrollo⁷.

⁵ Es el caso de víctimas toxicómanas, prostitutas, de culturas que nos resultan ajenas, etc.

⁶ Según García Pablos de Molina, Antonio. Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid. Director del Instituto de Criminología de Madrid. Profesor Principal del Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales. Se trata de un proceso gradual que en absoluto debe convertirse en un procedimiento formulario y maquinal donde haya de satisfacerse la forzada obligación de “dejar de ser víctima”. Este proceso asistencial debe generar resiliencia (capacidad y fuerza restauradora) y debe contribuir a la potenciación (“empoderamiento”) de la víctima para que trascienda de un posible nivel de desamparo.

⁷ PATRICIA ALONSO GALBÁN, FÉLIX JOSÉ SANSÓ SOBERATS, ANA MARÍA DÍAZ-CANEL NAVARRO, MAYRA

El proceso de transición demográfica difiere entre distintos países. La OMS ha considerado las tasas de natalidad, mortalidad y crecimiento natural para establecer los criterios que permiten clasificarlos en cuatro grupos de transición:

- Incipiente: tasa de natalidad alta, mortalidad alta, crecimiento natural moderado (2,5 %).
- Moderada: tasa de natalidad alta, mortalidad moderada, crecimiento natural alto (3,0 %).
- Completa: tasa de natalidad moderada, mortalidad moderada o baja, crecimiento natural moderado (2,0 %).
- Avanzada: tasa de natalidad moderada o baja, mortalidad moderada o baja, crecimiento natural bajo (1,0 %).

Entre los países con transición avanzada se encuentran, por ejemplo, Japón, Italia y Grecia. En América se encuentran Argentina, Bahamas, Barbados, Canadá, Chile, Estados Unidos, Jamaica, Martinica, Puerto Rico, Uruguay y Cuba, entre otros.

El reto social que el proceso de transición demográfica representa para las naciones, se debe a las necesidades que genera desde el punto de vista económico, biomédico y social. Su repercusión sobre el sistema de salud radica en que son los ancianos los mayores consumidores (relativos o absolutos) de medicamentos y servicios de salud.

De la misma manera que el envejecimiento transforma sustancial y progresivamente la situación de salud individual, también influye sobre la estructura y la dinámica de la familia como célula básica de la sociedad.

Al ancestral interés de los humanos por vivir el mayor número de años posible se une que ellos deben transcurrir con la mejor calidad de vida; problemática que adquiere primordial importancia y es un factor decisivo en las investigaciones médicas y sociales. Las mismas se dirigen ya no sólo a los aspectos relacionados con el proceso “fisiológico” de envejecer; también se pretende conocer aquellas condiciones que colocan al AM en una situación de riesgo o potencian la disminución progresiva de la homeostasis⁸ y de la capacidad de reserva inherentes al envejecimiento.

Es de destacar que aunque la edad constituye un elemento importante, se considera insuficiente, como criterio aislado, para evaluar, cuantificar y definir las necesidades de una persona mayor.

En lo que concierne a la especie humana se reconocen **tipos diferentes de envejecimiento**, entre los que sobresalen el individual y el demográfico o poblacional. El *envejecimiento individual* es el proceso de evolución - hasta ahora irreversible - que experimenta cada persona en el transcurso de su vida mientras que el *envejecimiento poblacional* es el incremento del número de AAMM con respecto al conjunto de la población a que pertenecen. Esta dualidad de interpretaciones hace que el análisis del envejecimiento deba hacerse en **dos planos diferentes**:

- a) El social**, con implicaciones y dimensiones del micromundo y macromundo.

CARRASCO GARCÍA Y TANIA OLIVA. “Envejecimiento poblacional y fragilidad en el adulto mayor” Rev. Cubana Salud Pública v.33 n.1 Ciudad de La Habana ene.-mar. 2007.

⁸ Conjunto de fenómenos de autorregulación conducentes al mantenimiento de una relativa constancia en la composición y las propiedades del medio interno de un organismo.

- b) El proceso de **envejecimiento humano individual** el cual es el resultado de la suma de dos tipos de envejecimiento: el primario, intrínseco o *per se*⁹ y el secundario¹⁰.

Sea cual fuere el tipo de envejecimiento considerado, **la característica fundamental común a cualquiera de ellos es la pérdida de la reserva funcional**, que condiciona una mayor susceptibilidad a la agresión externa al disminuir los mecanismos de respuesta y su eficacia para conservar el equilibrio del medio interno.

Esta disminución de la respuesta, se manifiesta inicialmente sólo bajo circunstancias de intenso estrés para luego pasar a manifestarse ante mínimas agresiones. Según se pierde la reserva funcional la susceptibilidad es mayor, aumentando la posibilidad de que cualquier causa desencadene una pérdida de función, discapacidad y dependencia.

Fragilidad. Evolución del concepto

En el intento de encontrar términos con los cuales identificar la disminución de la capacidad funcional inherente al AM y, por lo tanto, el aumento de su dependencia del medio, surgen los conceptos de “fragilidad” y “anciano frágil”. Su detección precoz y el empleo oportuno de técnicas diagnósticas, terapéuticas y rehabilitadoras pueden modificar positivamente la discapacidad en el anciano, por lo que intervenir en este sentido tiene implicaciones tanto en el plano social como en la calidad de vida del AM.

Las bases de la valoración geriátrica se iniciaron en las décadas de los años 60 y 70 del siglo XX. En los años 80 del mismo siglo, se demostró su utilidad, mientras que en la década de los años 90, el interés en este tema se concentró en la evaluación de la fragilidad de los ancianos. Se ha planteado incluso que la medicina geriátrica debe dirigirse concretamente al llamado “anciano frágil”.

Para algunos autores lo que determina la fragilidad es la coexistencia de determinados procesos clínicos, para otros la dependencia en las actividades de la vida diaria y para otros la necesidad de cuidadores institucionales. También ha sido relacionada con declinación funcional, impedimento inestable y discapacidad.

El concepto se refiere a una condición dinámica, dado que lo más probable es que cualquier AM no permanezca igual de frágil o de vigoroso por largos periodos, y por otra parte, no todos los AAMM son frágiles en la misma medida.

Breve recorrido histórico sobre la situación del adulto mayor en diferentes países

LOS ANCIANOS EN LOS PUEBLOS ANTIGUOS. LA VEJEZ EN MESOAMERICA

A través de la historia, o relatos míticos, la mayoría de las veces se hace presente la imagen del anciano, considerado como sabio, incluso ocupando un lugar preponderante en el pensamiento de los pueblos mesoamericanos.

En estas culturas, el anciano fue considerado como la persona que conocía la verdad y la transmitía a aquellos que se encontraban cerca de él. En ellos está el recuerdo, el

⁹ El **envejecimiento primario** es el proceso o grupo de procesos responsables del conjunto de cambios observados con la edad en los individuos de una especie y no relacionados con la presencia de enfermedad lo que se ha denominado “envejecimiento con éxito” (*successful aging*).

¹⁰ El **envejecimiento secundario** hace referencia al que se produce en los seres vivos cuando son sometidos a la acción de fenómenos aleatorios y selectivos, que ocurren a lo largo del tiempo de vida y que interactúan con los mecanismos y cambios propios del envejecimiento primario para producir el “envejecimiento habitual” (*usual aging*). Los principales representantes de este envejecimiento secundario son los problemas de salud de carácter crónico y los diferentes hábitos y estilos de vida.

acto y la posibilidad del futuro. Asimismo eran fundadores y tenían la cualidad de otorgar el poder.

No sólo actuaban como consejeros y guías de ceremonias y rituales sino que en ocasiones encabezaban la siembra de las cosechas, conocían el momento preciso en que se debe actuar y aquel en que es mejor dar paso a la quietud. Tan importante se consideró la imagen del anciano que forma parte de la literatura e incluso de algunas figuras representativas traducidas en esculturas.

EL PERÍODO DE GLORIA PARA LOS ANCIANOS: LAS CULTURAS PRIMITIVAS

Los ancianos prehistóricos no dejaron registro de sus actividades o pensamientos. Sin embargo, podemos imaginar cuál fue su condición al comprobar que todas las culturas ágrafas que conocemos tienen una consideración parecida hacia sus ancianos. Su longevidad es motivo de orgullo para el clan, por cuanto eran los depositarios del saber, la memoria que los contactaba con los antepasados. Muchos de ellos se constituían en verdaderos intermediarios entre el presente y el más allá. No es de extrañar que los brujos y chamanes fuesen hombres mayores. Ejercían también labores de sanación, de jueces y de educadores. En esas sociedades no es infrecuente que aquellos que ejercían labores importantes les denominaren "ancianos", ajenos a su edad. En otras palabras la vejez representaba la sabiduría y el archivo histórico de la comunidad. En las sociedades antiguas, alcanzar edades avanzadas significaba un privilegio, una hazaña que no podía lograrse sin la ayuda de los dioses, por tanto, la longevidad equivalía a una recompensa divina dispensada a los justos.

EL MUNDO HEBREO

Una fuente cultural de nuestra civilización occidental proviene de la tradición hebreo cristiana. Sin lugar a dudas, para descubrir la historia de este pueblo semita, debemos recurrir a los cuarenta y seis Libros¹¹ del Antiguo Testamento que abarcan un lapso de aproximadamente un milenio de acontecimientos.

El relato de los sucesos desde el siglo IX al I A.C. nos permite comprender sus luchas y fatigas para mantenerse como un pueblo teo y etnocéntrico y de vivir la realidad de sentirse el pueblo elegido.

Al igual que otros pueblos o tribus, en sus épocas pretéritas, los ancianos ocuparon un lugar privilegiado. En su período de nomadismo cumplieron una función importante en la conducción de su grupo¹². Asimismo en el Libro de los Números encontramos la descripción de la creación del Consejo de Ancianos el cual fue conformado por setenta varones ancianos del pueblo que colaboraban con Moisés.

Los ancianos estaban investidos de una misión sagrada, portadores de un espíritu divino. En cada ciudad, el Consejo de Ancianos era todopoderoso y sus poderes religiosos y judiciales incontrarrestables.

Sin embargo después del año 935 A.C. comienza la discrepancia con este Cuerpo. Durante el período de los reyes, los soberanos respetaban escrupulosamente las atribuciones de los ancianos pero a la muerte de Salomón, tras cuarenta años de reinado, lo sucedió su hijo Roboam, el cual mantiene una actitud diferente a su antecesor y desecha la opinión

¹¹ Edición de 39 Libros en la versión protestante, 46 Libros en la versión católica y 51 Libros en la versión ortodoxa.

¹² Como por ejemplo cuando Moisés quien por órdenes de Yahvé reunía y llevaba delante de su gente a ancianos de Israel (Ex 17,5).

de los ancianos por lo cual la imagen de estos comienza a deteriorarse y su importancia fue decayendo.

Fue así que también después del siglo V los ancianos van perdiendo influencia política e incluso se hacía mención del testimonio de Qohélet (290-280 A.C.): *"Más vale mozo pobre y sabio que rey viejo y necio, que no sabe ya consultar"*.

LOS ADULTOS MAYORES EN EL MUNDO GRIEGO

La Grecia antigua realizó el vínculo entre las civilizaciones de Asia y Europa. Cuna de la civilización occidental, nos dio en herencia nuestra concepción del mundo.

Alcanzaron un notable nivel de civilización, al menos desde el siglo VII antes de Jesucristo en adelante, donde se inicia su gran historia. Y a pesar de no haber logrado una comunidad de nación, por la dispersión de "Polis", tuvieron en común la lengua. El espíritu y la lengua compartida produjeron la civilización griega¹³.

Desde que el lenguaje se hizo escrito, comprobamos su poder en la narrativa de Homero. Allí se puede advertir el horizonte cultural de la excelencia (areté), una exaltación al heroísmo y a la plenitud. Sus héroes son semidioses (aristos).

El giro del mito al logos, la percepción naturalista, su sentido de perfección llevan al anciano a una situación deteriorada. Tampoco los dioses olímpicos los amaron. Para esos griegos adoradores de la belleza, la vejez, con su deterioro inevitable, no podía menos que significar una ofensa al espíritu, motivo de mofa en sus comedias.

Las numerosas leyes atenienses que insisten en el respeto a los padres ancianos no parecen ser acatadas. La vejez fue considerada en sí misma una tara. Platón relaciona la vejez feliz a la virtud, cuando dice en la República: *"Pero aquel que nada tiene que reprocharse abriga siempre una dulce esperanza, bienhechora, nodriza de la vejez."*¹⁴.

La historia de las instituciones y la literatura parecen mostrar que a partir del siglo VIII A.C. la autoridad paterna fue declinando, favoreciendo la independencia jurídica de los hijos¹⁵.

El reverso lo constituye el hecho que es en Grecia donde por primera vez se crean instituciones de caridad preocupadas del cuidado de los ancianos necesitados. Vitruvio habla sobre "la casa de Cresos, destinada por los sardianos a los habitantes de la ciudad que, por su edad avanzada, han adquirido el privilegio de vivir en paz en una comunidad de ancianos a los que llaman Gerusía"¹⁶.

La excepción, en muchos sentidos, fue Esparta. Licurgo, personaje entre mítico y real, formuló sus famosas leyes, tremendamente severas, que exigían gran disciplina y sacrificios. El régimen espartano tenía un Senado compuesto por veintiocho miembros, todos de más de sesenta años. Cuando alguno moría, los candidatos a sucederlo, desfilaban en fila por la sala. El que recibía más aplausos quedaba elegido¹⁷.

¹³ Como dice LLEDÓ E. *El mundo homérico*. En: Camps V. Historia de la Ética Tomo I. Barcelona. Editorial Crítica 1988 p.21. "El hablar que fundará la vida "racional" habría de convertirse en sustento de la Polis, de la "Política", del primer proyecto importante de compensar inicialmente con el lenguaje, el egoísmo del individuo, la excluyente anatomía del linaje o la tribu".

¹⁴ PLATÓN. La República. Santiago de Chile. Ed Delfín 1974 I 331 a.

¹⁵ MINOIS G. *Historia de la vejez. De la Antigüedad al Renacimiento*. Madrid. Ed. Nevea. 1987. P.80. quien resume así: *"Vejez maldita y patética de las tragedias, vejez ridícula y repulsiva de las comedias; vejez contradictoria y ambigua de los filósofos. Estos últimos han reflexionado con frecuencia sobre el misterio del envejecimiento"*

¹⁶ MINOIS G. Op. Cit. p.93-94.

¹⁷ MONTANELLI I. *Historia de los griegos*. Barcelona Plaza & Janes ed. 1995 p.89.

Atenas fue diferente, los ancianos fueron perdiendo poder desde la época arcaica.

En tiempos de Homero el consejo de los ancianos sólo era un órgano consultivo. Las decisiones las tomaban los jóvenes. En el período de Solón "eupatrida" o bien nacido, patricio, tenía el monopolio del mando. Dicho poder se concentraba en el Areópago, institución aristocrática de ancianos arcontes. Tenían amplios poderes parecidos a los de la Gerusía espartana.

La llegada al poder de los demócratas significó la ruina del Areópago que perdió sus facultades políticas y judiciales quedándoles sólo las honoríficas. Los ancianos no volvieron a tener un papel importante. Atenas, en general, permaneció fiel a la juventud.

Durante el período helenístico, los ancianos robustos y ambiciosos, tuvieron más oportunidades que en la Grecia clásica. Fue una sociedad más abierta y cosmopolita, menos prejuiciosa respecto a la raza o edad.

EL MUNDO ROMANO. AUGE Y DECADENCIA

Otra fuente importante de nuestra civilización occidental proviene de la cultura romana. Resulta difícil resumir ese mundo heterogéneo, de larga duración histórica y tratar de comprender el puesto que fue ocupando el anciano en la sociedad.

El imperio romano en su esplendor significó un acontecimiento primigenio en la historia. Su extensión y diversidad, definen su cosmopolitarismo. Para lograr aquella proeza se necesitaban ciertas características del espíritu y actitud de los romanos. Su tolerancia, ductilidad y su sentido práctico los hizo responder a las circunstancias, de tal manera que sin proponérselo construyeron un imperio.

Al anciano se le dedicó una atención especial y se plantearon los problemas de la vejez desde casi todos los aspectos: políticos, sociales, psicológicos, demográficos y médicos. El notable nivel alcanzado por el Derecho, contribuyó a preocuparse por la duración de la vida humana.

La "Tabla de Ulpiano" tenía por objeto evaluar la importancia de las rentas vitalicias asignadas por legados según la edad del beneficiario. De esta tabla, basada en observaciones empíricas, podemos hacernos una idea verosímil de la esperanza de vida de los romanos para cada edad. Ulpiano (170 - 228 D.C.) elaboró una regla para el cálculo de las pensiones alimentarias. De estos cálculos, de las inscripciones funerarias y de otras fuentes, se puede sostener con bastante seguridad, que el peso demográfico de los ancianos era mayor que en el mundo griego. Asimismo, se establece que existía un mayor número de ancianos varones que de ancianas, situación inversa a la actual¹⁸.

El mundo romano evidenció un envejecimiento a partir del siglo II, en particular, en Italia.

El Derecho romano tipificaba la figura jurídica del "pater familias" que concedía a los ancianos un amplio poder, era vitalicio y su autoridad ilimitada, podía disponer hasta de la vida de un integrante de su familia que tenía un carácter extendido, pues los lazos jurídicos eran más que los naturales. La patria potestad regía no sólo a causa del nacimiento del mismo padre, sino incluso por adopción o matrimonio. El parentesco se originaba y transmitía por vía masculina. Esta amplia autoridad del "pater familia" produjo consecuencias predecibles durante la República.

¹⁸ La causa, probablemente, era debida a las muertes maternas post parto. Casi duplicaban los viudos sobre los sesenta años de edad. Las consecuencias de este perfil demográfico no dejó de manifestarse en matrimonios frecuentes de mayores con jovencitas.

La concentración del poder establece una relación asimétrica intergeneracional que genera conflictos y concluye en verdadero odio a los ancianos. La "mater familia" jugaba un papel secundario pero, en general, gozaba de la simpatía y connivencia de la prole. Logra cierta influencia en el tirano doméstico aunque la mujer anciana y sola fue brutalmente desdeñada.

La época de oro para los ancianos fue la República.

A partir del siglo I antes de nuestra era, se produce un período inestable y los valores tradicionales cambian. Augusto, el sobrino y heredero de Cesar, tras cruenta lucha por el poder, inaugura un nuevo período, floreciente para las artes y la economía, aunque también, comienza la declinación del poder del Senado y los ancianos, el cual se mantuvo menguado durante todo el Imperio. Muchos ancianos, a título personal, obtuvieron cargos importantes, pero no ocurría como durante la República, donde se confiaba en los hombres mayores para dirigir los destinos políticos.

Al perder el poder familiar y político y luego de haber concentrado la riqueza, la autoridad y la impopularidad, los ancianos cayeron en el desprecio y sufrieron los rigores de la vejez. Sin embargo, los romanos no segregaban por raza, religión o ideología. Se admiraba lo admirable y mantuvieron la dignidad de los ancianos; criticaron a los individuos, no así a un período de la vida.

EL CRISTIANISMO

El Cristianismo naciente vivía sus dificultades por sobrevivir en un ambiente difícil y urgido por evangelizar.

Los ancianos no fueron de interés para los escritores de la Iglesia que adoptó el espíritu griego que pretendía la excelencia, la virtud, la perfección y la belleza. Estos son los atributos más próximos a la juventud. Inclusive, en los primeros tiempos se estimulaba a los jóvenes - deseosos del encuentro de lo nuevo, de lo diferente o simplemente del sentido de la vida, que se convertían al cristianismo - a desobedecer y abandonar a sus padres. En general, los primeros autores cristianos fueron duros con los adultos mayores¹⁹. No obstante, la Iglesia desde sus inicios, se preocupaba por los desheredados y pobres, entre los cuales, los ancianos abundaban y, a partir del siglo III los hospitales cristianos empezaron a ocuparse de ellos.

EDAD MEDIA. TIEMPO DE CONTRASTES

Desde el siglo IV, el cristianismo se va fortaleciendo en el interior del Imperio Romano. Al mismo tiempo, la amenaza de los bárbaros se torna más real hacia un Imperio azotado por guerras civiles o emperadores endurecidos. A partir de Constantino, la mayor parte de los emperadores se confiesan cristianos. Teodosio impuso la religión cristiana pero en la vida cotidiana se mantenía el culto y las maneras paganas, en particular, en las zonas rurales.

Después de la caída de Occidente y el asentamiento de los bárbaros, los cristianos desaparecen del Imperio Romano. Sin embargo, los nuevos residentes adoptan rápidamente la fe católica, aunque conservan costumbres bárbaras.

La denominada "Edad oscura" o "Alta Edad Media", del siglo V al X, es la época de la brutalidad y del predominio de la fuerza. En semejante ámbito cultural, no es difícil imaginar el destino de los débiles, lugar que les corresponde a los ancianos.

¹⁹ La gran excepción fue San Gregorio Magno. Las reglas monásticas tampoco les concedieron privilegios, pues concebían la idea de que la vejez verdadera era la sabiduría.

Para la Iglesia no constituyen un grupo específico, sino que están en el conjunto de los desvalidos. Serán acogidos temporalmente en los hospitales y monasterios, para luego reencontrarse con la persistente realidad de sus miserias. Los cristianos no continuaron con la institución del "pater familia".

Los misioneros clamaban a la conversión y su audiencia - mayoritariamente de jóvenes y de mujeres - debían luchar contra lo establecido o sumergirse en la "clandestinidad". Su nueva convicción les hacía revelarse frente a los incrédulos, donde frecuentemente estaban sus viejos padres. El respeto a la obediencia de sus progenitores se impuso cuando la sociedad europea estuvo cristianizada en su mayoría.

Desde el siglo VI la Iglesia será la principal, casi la única, institución de unión de una adolescente Europa Occidental, emergente de los escombros del Imperio.

Época de contrastes y confusión, de yuxtaposición de costumbres bárbaras y romanas. Primó la ley del más fuerte, por lo tanto, los ancianos estaban desfavorecidos encontrándose sujetos a la solidaridad familiar para la subsistencia.

La Iglesia no tuvo una consideración especial por los AAMM. Ejemplo de ello, las Reglas de San Benito²⁰, donde el trato hacia los ancianos equivale al de los niños. La "Regla del Maestro" desplaza a los ancianos a labores de portero o pequeños trabajos manuales.

Los ancianos pobres, en todos los tiempos, sufren sin distingo de edades. Pero para los ricos nace en el siglo VI otra alternativa: la de un retiro tranquilo y seguro. La inquietud creada por la Iglesia de la salvación eterna, el temor al "Dies irae", el naciente individualismo y, por consiguiente, la relación personal con Dios, les permite pensar que la tranquilidad eterna se gana. Y, en esa lógica, buena solución es cobijarse en un monasterio. Así, también se evita el bochorno de la decadencia. Este Retiro voluntario de preparación para la vida eterna podemos visualizarlo hoy como un asilo de ancianos.

En los primeros tiempos, sólo fue para unos pocos privilegiados, pero en el siglo VII y, sobre todo, en la época carolingia, esta costumbre llega a ser reglamentada en los monasterios que con este sistema obtienen un buen beneficio económico.

El cristianismo traspasó todos los ámbitos en el medioevo, se vivió desde la religión. La sociedad era gregaria y alrededor del año mil, la Iglesia impuso a la población rural y luego a la aristocracia, la monogamia y la exogamia (no casarse con una prima), lo cual se tradujo en una familia estable y más protectora de los ancianos.

Los siglos XI al XIII tuvieron un florecimiento económico y estabilidad social. A partir del siglo XIII, debido al desarrollo material, se fortalecieron los Estados y se multiplicaron las guerras. Los ancianos tuvieron una nueva oportunidad en el mundo de los negocios. Su actividad dependía sólo de su capacidad física, no fueron, en general, segregados por su condición etaria.

La catástrofe provino de Génova en 1348. La peste negra mató a un tercio de la población de Europa en tres años. Semejante hecatombe originó consecuencias de todo orden: políticas, económicas, demográficas y culturales.

²⁰ Una de las reglas era: "La edad no es más que un número". No es tan importante como la sabiduría del monje o el tiempo que permaneciera en la comunidad. Expresamente señala que los monjes más veteranos deben respetar y cuidar de los más jóvenes. Y no será la edad de cada uno la norma para crear distinciones ni preferencias en la designación de los puestos porque Samuel y Daniel, a pesar de que eran jóvenes, juzgaron a los ancianos.

Las epidemias se sucedieron intermitentemente durante un siglo, manteniendo un nivel de inestabilidad social de todo tipo. Contraste violento entre la crueldad y una religiosidad rígida y fanática aparece la hoguera "depuradora".

Las pulgas, portadoras de la "yersinia pestis", fueron caritativas con los viejos. La peste mató preferentemente a niños y jóvenes. Más tarde en el siglo XV sucedió lo mismo con la viruela. Dicho de otra manera, se produjo un fuerte incremento de ancianos entre 1350 y 1450.

La desintegración parcial de la familia provocada por la peste se tradujo en un reagrupamiento (familias extendidas) lo cual permitió la supervivencia de los desposeídos. Los ancianos, en ocasiones, se convierten en patriarcas. Su mantenimiento les quedó frecuentemente asegurado. La vinculación entre las generaciones se vio facilitada. Aunque nuevamente, durante el siglo XV, se presentó el problema de la escasez de mujeres casaderas y la alta diferencia de edad entre cónyuges y las respectivas secuelas sociales de aquello.

En resumen, la peste favoreció a los ancianos que ganaron posición social, política y económica.

EL RENACIMIENTO O EL COMBATE CONTRA LOS VIEJOS

La acentuada presencia de la religión durante la Edad Media hace crisis. Durante el siglo XV las personas se fueron entusiasmando con el descubrimiento de las bellezas escondidas del mundo romano que yacía sepultado. El hallazgo de cualquier manuscrito excitaba la imaginación y la admiración. Los humanistas ocuparon un lugar de respeto. El ataque de los turcos sobre Europa favoreció el estudio de filósofos y autores pretéritos. A la Europa occidental le atraía los griegos antiguos, cultivadores de la belleza, juventud y perfección. Se renovaba el horizonte cultural²¹.

Este naciente espíritu individualista, tras siglos de encierro en pequeñas ciudades amuralladas y pestilentes, ahogados de miedos, violencias y miserias, rechazaron sin disimulo la vejez y todo aquello que representaba fealdad, decrepitud y decadencia.

Fueron, quizás, los tiempos más agresivos contra los ancianos. Pero, más encono aún, contra las ancianas²². El arquetipo humano del Renacimiento lo personificaron los cortesanos y los humanistas. Ambos rechazaron a los viejos, pues representaban todo aquello que quisieron suprimir.

Se observa menor violencia durante el siglo XVI que permite a los varones llegar a edades más avanzadas. En los medios aristocráticos acontece lo mismo con las mujeres, rompiendo con lo que había sido la tradición: quizás a consecuencia de una mejor higiene en la atención de los partos en ese medio social. Es probable que la actitud de cortesanos y humanistas respecto a la vejez haya sido solo una postura literaria, pues en la realidad cotidiana, la relación era más benevolente.

²¹ MINOIS, G. Ob. Cit. recuerda que todos los poetas del siglo XVI entonaban este estribillo: "Si has de creer lo que te digo, amada. En tanto que tu edad abre sus flores, En la más verde y fresca novedad, Toma las rosas de tu juventud, Pues la vejez, lo mismo que a esta flor, Hará que se marchite su belleza".

²² Refleja este sentir el más grande humanista de la época, Erasmo, que en su "Elogio a la locura" nos dice: "Pero lo que verdaderamente resulta más divertido es ver a ciertas viejas, tan decrepitas y enfermizas como si se hubieran escapado de los infiernos, gritar a todas las horas "viva la vida", estar todavía "en celo", como dicen los griegos, seducir a precio de oro a un nuevo Faón; arreglar constantemente su rostro con afeites; plantarse durante horas frente a un espejo; depilarse las partes pudibundas; enseñar con complacencia sus senos blandos y marchitos; estimular con temblorosa voz el amor lánguido, banquetear, mezclarse en la danza de los jóvenes, escribir palabras tiernas y enviar regalitos a sus enamorados".

EL MUNDO MODERNO. EL ANCIANO FRENTE A LA BUROCRACIA

El pensamiento liberal y sus consecuencias políticas revolucionarias que derivan de la formación de repúblicas, significó no sólo un cambio de poder, sino la aparición de un contingente nuevo de ciudadanos: los burócratas²³.

Previo a las revoluciones liberales, el poder se asentaba en los reyes y sus familiares, como también, en el círculo próximo de la nobleza. El Estado se identificaba con personas concretas. En cambio, el Estado moderno es impersonal, reglamentado y el poder se hace representativo, delegación del pueblo. Se entiende que en este sistema, surja la progresiva despersonalización y el creciente predominio de los funcionarios de la nueva organización.

En la actualidad, un hito muy significativo en la biografía de todo ciudadano trabajador, dentro de la estructura económica del Estado es la jubilación. Palabra tomada del latín "jubilar" que significaba "lanzar gritos de júbilo", significado que para la mayoría de nuestros contemporáneos sonaría a sarcasmo. En su origen nació como una recompensa a los trabajadores de más de cincuenta años. Ya se conocen pensiones en los Países Bajos a los funcionarios públicos en 1844. En Francia los primeros en obtener el beneficio fueron los militares y funcionarios públicos; luego los mineros y los asalariados de otras labores consideradas peligrosas.

Desde un punto de vista económico, se pasa de una gratificación benevolente a un derecho adquirido para dar un estipendio después de cierta edad, en la cual, probabilísticamente, hay una declinación del rendimiento. Así se crean los sistemas de seguros sociales y con el aumento de las expectativas de vida, se posterga la edad de la jubilación, entendiendo que si el AM ya no es productor, al menos, mantenerles un cierto nivel de consumidor.

EL MUNDO CONTEMPORÁNEO: VIOLENTO Y EN BÚSQUEDA

En nuestro siglo conviven múltiples tradiciones que se expresan en una gran complejidad.

La diversidad de tradiciones regionales sólo nos permite marcar algunos horizontes culturales. Actualmente se nos presentan tres características relevantes:

1. La ya referida complejidad que hace inevitable el pluralismo.
2. La secularización producida desde la creación de los Estados modernos que ha contribuido a una concepción más autonómica de las personas y
3. La Tecnociencia, cuya preponderancia nos ha conducido a su veneración y también a su temor.

Las tasas de fecundidad y natalidad continúan en descenso. La más amplia proporción de viudas está en directa relación a la mayor expectativa de vida de las mujeres²⁴.

Otro impacto se atribuye a la llamada liberación femenina y al cambio de la consideración del cuerpo y de la sexualidad. Karl Popper²⁵ sostiene que la primera liberación feme-

²³ Aparecen en la escena social, un estamento de funcionarios que constituyen un verdadero conglomerado y que algunos han denominado el sector terciario, a diferencia del primario de los campesinos y artesanos y los secundarios referidos a los obreros surgidos de la revolución industrial.

²⁴ En Chile la encuesta CASEN (caracterización socio-económica 1996) nos informa que la población más añosa es la más menesterosa y que el analfabetismo es más elevado entre los adultos mayores (15.8%) que en la población general (4.9%). El 43% de los adultos mayores viven sin pareja. Las viudas que, como decíamos, son la mayoría, terminan siendo varias veces castigadas: durante su vida tuvieron un menor nivel educacional y han sido remuneradas a más bajo nivel que los hombres; cuando logran un mejor nivel cumplen labores diversificadas (dentro y fuera del hogar); un menor número obtiene jubilación y, por último, su sobrevivencia mayor, las condena a una pobreza soportada por más años.

nina se produjo en 1913 con la invención del hornillo a gas y luego, toda la tecnología al servicio del hogar le permitió a las mujeres gozar de tiempo libre que muchas lo dedicaron al estudio y al trabajo fuera de su morada.

También puede mencionarse el hallazgo de las drogas anticonceptivas que separó, conscientemente, la procreación de la sexualidad. Finalmente, se llegó a una familia reducida, a una sexualidad sin procreación, por algunos llamada recreativa, a la convivencia en pareja y a una adolescencia prolongada. Evidentemente que esta modificación de la familia trae también consecuencias en la arquitectura y en las relaciones interfamiliares.

Después de la segunda guerra mundial aparecen los "teen-agers" con un corrimiento hacia las edades menores y al deseo y admiración del vigor y belleza juveniles. Todo tipo de artimañas, artefactos y hábitos para lucir jóvenes. En tales términos, este siglo violento y en búsqueda permanente, no es un ámbito favorable a los ancianos, además, el diseño de las ciudades actuales de espacios habitables reducidos, familias nucleares de nexos flojos, dejan en desamparo a los ancianos que viven en soledad²⁶.

LOS EGIPCIOS

Podemos encontrar más similitudes de lo que supone ser anciano hoy, si nos remontamos al tiempo de los egipcios, donde los primeros textos que hacen referencia a la vejez, la describen como un período de debilidad que aparece con el paso de los años. Se menciona la disminución de la capacidad visual y auditiva y el progresivo deterioro de las capacidades cognitivas y físicas en general.

Pese a esto, el papel de la persona de avanzada edad, seguía gozando de un gran prestigio social representando la sabiduría y el ejemplo de los más jóvenes. Por lo tanto, la consideración del anciano sigue siendo positiva. En cuanto a la mujer, se sabe que esta cumplía un rol diferenciado dentro de la sociedad egipcia y que no gozaba del mismo estatus que el hombre, pero sí que se la consideraba un complemento.

LOS ANCIANOS DE LOS PAÍSES ORIENTALES

Este segmento de la población tiene una posición dentro de la sociedad oriental muy diferente a la de las culturas occidentales. En China, Japón, India, Corea, Irán, Irak, Israel y en casi todos los países del continente asiático, existe un enorme respeto hacia los ancianos. Las personas mayores se consideran el pilar de la sociedad, una figura respetada y admirada por todos los miembros²⁷.

ENVEJECIMIENTO EN JAPÓN

En la actualidad, Japón es la sociedad industrial que presenta el más rápido envejecimiento; una de cada seis personas es mayor de 65 años, lo cual implica en este grupo invertir casi la mitad de los gastos de atención médica proporcionada por el gobierno del país. Para el año 2025 se estima que Japón tendrá dos veces más ancianos, la reserva de pensión probablemente estarán agotadas y la carga de atención social, costos de atención médica y jubilación para los ancianos pueden llegar a consumir cerca de las tres cuartas partes del ingreso nacional.

²⁵ POPPER K. La responsabilidad de vivir. Escrito sobre política, historia y conocimiento. Ed. Paidós. Barcelona. 1995. P 224.

²⁶ En los países de la Comunidad Europea los ancianos que viven solos superan el 30%.

²⁷ LABRADOR, ALICIA. Publicado en Casa de Misericordia de Pamplona, *Ancianos, China, Envejecimiento en oriente, Esperanza de vida*, Fundación Vicente Ferrer.

Junto con el equilibrio inestable entre viejos y jóvenes, tendencias como la urbanización, la migración y una mayor proporción de mujeres en la fuerza laboral permiten predecir que cada vez será menos factible disponer de personas para cuidar en el hogar a parientes ancianos. Con el fin de detener el deterioro del cuidado familiar, Japón ha convertido en una obligación legal cuidar a los parientes ancianos y ha establecido alivios tributarios para las personas que les presten ayuda financiera. Es de gran importancia el respeto y la honra de sus mayores tanto que en 1966 se estableció que el 15 de septiembre sería el día del respeto a la longevidad.

La mayoría de los japoneses, como la de otros países asiáticos, desean ayudar a los ancianos para que permanezcan independientes y productivos tanto como sea posible y, cuando necesiten asistencia, ayudar a sus familias para que los cuiden.

En Japón la tercera edad está muy involucrada con las labores sociales, es normal ver a ancianos controlando el tráfico o velando por la seguridad de los ciudadanos sin recibir ninguna remuneración económica. Son figuras respetadas y por lo tanto inspiran autoridad.

LA INDIA

Los ancianos y el respeto a los mayores son un pilar importante en la cultura india, donde la esperanza de vida es de 66 años. En esta cultura se enseña “el respeto a unos y a otros, especialmente a los mayores, ya que son quienes tienen más vida a sus espaldas y, por lo tanto, más experiencia y conocimientos”.

Las opiniones y la aprobación de los ancianos en la cultura india son indispensables, por eso los hindúes suelen arrodillarse ante los ellos y tocar sus pies en señal de respeto. La esperanza de vida en la India se considera de 66 años.

CHINA

Para diferentes autores, el país que más respeta a sus ancianos es China, las raíces de esta profunda admiración está en los cimientos del pensamiento chino. Confucio decía que “*Si uno no demuestra respeto hacia los ancianos, ¿en qué se diferencia de los animales?*”.

Desde el gobierno chino se concientiza a los ciudadanos para que atiendan a las personas mayores, mediante la promulgación de leyes que obligan su cuidado. Así, China es uno de los países con más ancianos del mundo, superando los 40 millones de habitantes ancianos. Mientras la tasa de natalidad y la de mortalidad disminuye, la esperanza de vida aumenta. En el año 1950 la tasa del gigante asiático era de 40 años, hoy ha ascendido hasta los 72 años según el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de Naciones Unidas. Las causas de este aumento de la esperanza de vida, es la mejora en los servicios y atenciones médicas.

Antecedentes del abordaje jurídico

Si bien desde el siglo XIX, el sistema jurídico y político se ha ocupado del envejecimiento poblacional por medio de la *seguridad social*, ello no ha sido suficiente ya que las personas mayores frecuentemente se han convertido en frágiles a causa del agotamiento de su capacidad productiva. Además, con el crecimiento de la expectativa de vida, el envejecimiento es un fenómeno global que provoca reacciones no siempre positivas como se ha visto en el breve relato histórico producido.

En 1982, se realizó en Viena una Asamblea mundial, convocada por las Naciones Unidas, en la cual se aprobó el primer Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento²⁸.

En este documento se afirmaba la necesidad de educar a la población, a los gobiernos y organizaciones públicas o privadas, acerca del proceso de envejecimiento desde edad temprana para que las personas lo perciban como un proceso natural. Se destacaba, además, la importancia del desarrollo de investigaciones en la materia, el sostenimiento de imágenes positivas y la eliminación de estereotipos y actitudes que solo conducen a la marginación de ancianos.

En la **Asamblea General de las Naciones Unidas del 16 de diciembre de 1991, por Resolución 46/91** se aprueban cinco principios para la protección de las personas mayores: *autorrealización, independencia, participación, cuidados y dignidad*.

En el año **2002, en Madrid, el Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento**, subrayó el carácter esencial de la promoción y protección de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de los sujetos en esta etapa de la vida trabajando en pos de la creación de una *sociedad incluyente*, en la cual los mayores puedan participar plenamente, sin discriminación por motivos de edad.

Durante el año **2003, la Primera Conferencia Regional Intergubernamental sobre el Envejecimiento en América Latina y el Caribe** inició la tarea de construcción de un espacio institucional para debatir la necesidad de elaboración y contenido de una Convención Internacional de Derechos Humanos para las personas de Edad. A partir de ese momento, los países de la región encabezados por la Argentina, Brasil y Chile, trabajaron para generar vías democráticas e incluyentes de participación. En este proceso han intervenido gobiernos de la región, organismos de Derechos Humanos (ONU, CELADE, CEPAL, OEA), Universidades y ONG vinculados a la Gerontología como el caso de INPEA (International Network, for the Prevention of Elder Abuse) o Help Age, entre otras.

Entre los documentos relevantes producidos, se puede mencionar a *la Declaración de Brasilia, de 2007*, plataforma político jurídica desde la cual se impulsa la elaboración de la Convención en el seno de las Naciones Unidas. **Son un conjunto de 100 reglas que consagran los estándares básicos para garantizar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana realizada en Brasilia en marzo de 2008.**

En Costa Rica fueron aprobadas en Sesión Extraordinaria de Corte Plena No. 17-2008 del 26 de mayo de 2008. Su objetivo principal es establecer líneas de actuación para los Poderes Judiciales, con el fin de brindar a las personas en condición de vulnerabilidad un trato adecuado a sus circunstancias particulares. Nuestra Corte Suprema de Justicia se adhirió por Acordada N° 5/09 del 24 de febrero de 2009 y estableció la obligatoriedad de su cumplimiento cuando ellas fueren procedentes como guía y valiosa herramienta en materia de acceso a la justicia.

Para este documento podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas o incluso de su

²⁸ DAVOBE, MARÍA ISOLINA, *Introducción* (p 1 y ss) y *De los Derechos Humanos al Derecho de la Vejez: Acceso a la justicia y protección internacional* (p 9 y ss). *Derecho Humanos de las personas mayores. Acceso a la Justicia y Protección Internacional*. Editorial ASTREA. 2ª Edición actualizada y ampliada. Buenos Aires, 2017.

nivel de desarrollo social y económico. **En la Regla N° 6, se señala que el envejecimiento puede constituirse en causa de vulnerabilidad, cuando la persona adulta mayor encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales, para ejercitar sus derechos ante el sistema de Justicia.**

En el año 2010, la **Asamblea General de las Naciones Unidas** crea los Grupos de Trabajo de composición Abierta sobre Envejecimiento (OEWG) que sesionan desde entonces.

En mayo de 2012, los países miembros de la **Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)** aprobaron en Costa Rica **La Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores** de la región. En ella los gobiernos reafirmaron su compromiso – expresado ya en la Declaración de Brasilia- de trabajar en la erradicación de todas las formas de discriminación y violencia y crear redes de protección de las personas mayores para hacer efectivos sus derechos. Además se comprometieron a reforzar la protección de los derechos humanos en el ámbito nacional, mediante la adopción de leyes especiales para las personas mayores, la atención prioritaria en la tramitación de procesos administrativos y judiciales, programas educativos, el fomento de su participación en organizaciones de la sociedad civil, etc.

Para dar cumplimiento de estos propósitos, **Naciones Unidas** avanzó en dos direcciones: **una**, en el año 2014 designó a la Sra. Rosa Kornfeld-Matte de Chile, primera experta independiente para esa función y **otra**: reconoció que los cinco principios a favor de las personas de edad aprobados por la Asamblea del año 1991, constituyen una buena plataforma para pensar el contenido de la Convención Internacional.

En consecuencia el **15 de junio del año 2015, la OEA aprobó la Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores**, primer documento regional en esta materia que entró en vigencia el 13 de enero de 2017. Ratificada por nuestro país por la ley 27360 el 31 de mayo de 2017.

Además de la labor de la comunidad internacional, en el ámbito jurídico se fueron desarrollando espacios específicos desde hace treinta años, comenzándose a llamar *Derecho de la ancianidad* en Hispanoamérica, o *Elder Law* en el derecho anglosajón a esta nueva rama del Derecho.

En nuestro país, en oportunidad de realizarse el Seminario “*Los Derechos Humanos de las Personas Mayores, Acceso a la Justicia y Protección Internacional*”, los días 6 y 7 de agosto de 2014 en el auditorio de la Fundación Navarro Viola (Buenos Aires), se debatió sobre las herramientas de protección jurídica de los Derechos Humanos de las Personas Mayores en relación con los “Principios de Naciones Unidas a favor de las personas de edad”²⁹. Repitiéndose estos encuentros hasta llegar al Ciclo de Conferencias “Norberto Bobbio” sobre “*Justicia y Derecho de la Vejez*” – VII Edición. Derechos Humanos de las Personas Mayores en la Nueva Convención Interamericana, el día 4 de julio de 2017 en el SUM del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio Gioja”. Facultad de Derecho (UBA).

²⁹ Intervinieron en la organización del evento: el Ministerio Público de la Defensa, El Ministerio del Desarrollo Social de la Nación, la Dirección Nacional de Políticas para Adultos Mayores, el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, de la Universidad de Buenos Aires, de la Universidad Nacional de Córdoba, de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, y de la Universidad de Morón. Participaron profesionales del Derecho, la Medicina, la Psicología, el Trabajo Social, la Enfermería, etc., trabajando en diferentes Talleres específicos sobre esta problemática.

Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, de la Organización de Estados Americanos (OEA)

Entrada en vigencia el 13 de enero de 2017, es un instrumento único en su campo dentro del escenario jurídico para responder a la nueva realidad social que el envejecimiento global y multigeneracional plantea.

Consta de un Preámbulo y 41 artículos, pronunciándose sobre la problemática que nos ocupa de manera completa y sistemática. Tiene como **objetivo** *promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad.*

Define: *Abandono, Cuidados paliativos, Discriminación múltiple, Discriminación por edad en la vejez, Envejecimiento, Envejecimiento activo y saludable, Maltrato, Negligencia, Persona mayor, Persona mayor que recibe servicios de cuidado a largo plazo, Servicios socio-sanitarios integrados, Unidad doméstica u hogar y a la “Vejez” como la Construcción social de la última etapa del curso de vida.*

Enuncia, en su art. 3, los **principios generales** aplicables a la Convención:

- a) *La promoción y defensa de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor.*
- b) *La valorización de la persona mayor, su papel en la sociedad y contribución al desarrollo.*
- c) *La dignidad, independencia, protagonismo y autonomía de la persona mayor.*
- d) *La igualdad y no discriminación.*
- e) *La participación, integración e inclusión plena y efectiva en la sociedad.*
- f) *El bienestar y cuidado.*
- g) *La seguridad física, económica y social.*
- h) *La autorrealización.*
- i) *La equidad e igualdad de género y enfoque de curso de vida.*
- j) *La solidaridad y fortalecimiento de la protección familiar y comunitaria.*
- k) *El buen trato y la atención preferencial.*
- l) *El enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de la persona mayor.*
- m) *El respeto y valorización de la diversidad cultural.*
- n) *La protección judicial efectiva.*
- o) *La responsabilidad del Estado y participación de la familia y de la comunidad en la integración activa, plena y productiva de la persona mayor dentro de la sociedad, así como en su cuidado y atención, de acuerdo con su legislación interna.*

El acceso a la justicia del Adulto Mayor

La fragilidad del AM, en diferente medida, es una realidad y reducir, de ser posible eliminar, la “gerontofobia” es tarea de todos, senectos y jóvenes. No bastan las declaraciones de los instrumentos legales sino que se debe posibilitar el acceso a la justicia.

Las Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad son un conjunto de estándares básicos que sirven de orientación a los operadores judiciales iberoamericanos y sus auxiliares, a fin de acercar el sistema de justicia a las personas que, por encontrarse en determinadas condiciones de vulnerabilidad les resulta dificultoso acudir a este servicio y ejercitar con plenitud los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico (Reglas 3 y 4).

En el art. 31 de la Convención Interamericana encontramos, entre otros, que *“Los Estados parte se comprometen a asegurar que las personas tengan acceso efectivo a la justicia en igualdad de condiciones con los demás, incluso mediante la adopción de ajustes de procedimientos en todos los procesos judiciales y administrativos en cualquiera de sus etapas...y a garantizar la debida diligencia y el tratamiento preferencial a la persona mayor para la tramitación, resolución y ejecución de las decisiones en procesos administrativos y judiciales.”*³⁰. Además, establece que: *“La actuación judicial deberá ser particularmente expedita en casos en que se encuentre en riesgo la salud o la vida de la persona mayor”*...

Conclusiones

Envejecer no ha recibido la misma consideración a lo largo de nuestra historia, cada época ha marcado un antes y un después en la forma de asumir el envejecimiento y sería pretencioso explicitar en este breve trabajo todos los cambios que se produjeron en los diferentes países.

En nuestra sociedad occidental su percepción y tratamiento han variado según cada época. Existen numerosos factores de tipo cultural, social, económico, político, biológico, psicológico e institucional que influyen en el concepto de ser anciano.

Se puede observar que cuando los AAMM ejercían su autoridad de manera tiránica y absoluta, los jóvenes reaccionan accediendo al poder y dejándolos de lado.

A ello se debe agregar el cambio cultural que representa la admiración por lo bello, el culto a la perfección y el miedo a la vejez y la muerte. En consecuencia la senectud se ve como un castigo, totalmente diferente de la concepción de las culturas asiáticas donde el anciano goza de atención y respeto.

Según Sergio Sinay³¹: *“Cuando una sociedad está infectada por el virus del “juvenismo” (una adoración adictiva de lo joven y nuevo sólo por serlo) se instala en el inconsciente colectivo la aversión paranoica a la vejez (destino ineludible de todo ser humano y etapa natural de la vida) evidenciada en conductas irrespetuosas hacia todo lo que la presente o la recuerde”*.

Refiriéndonos a las mujeres, en muchos países, las mismas se encuentran doblemente victimizadas, no sólo por ser ancianas sino por ser mujer.

Para estos *“Seres embriagados de soledad”*³², como se refiere Ángel Rossi al Adulto Mayor por ser una persona esencialmente necesitada de protección al estar inmersa en situación de vulnerabilidad individual y social, se dictaron diferentes documentos internacionales ratificados por nuestro país, en pos de un tratamiento respetuoso e inclusivo, aceptando su autonomía respecto a su vida, salud, integridad, patrimonio y vivienda, teniendo como ejes su capacidad y libertad.

La protección jurídica de sus derechos y el acceso a la justicia tratan, en general, de acentuar la dignidad de las personas, evitando la discriminación por razón de edad.

Es de esperar que los integrantes de ambos segmentos de la vida operen conjuntamente sin sentirse amenazados unos por otros sino en pos de una convivencia productiva, respetuosa y colaborativa.

³⁰ En Jurisprudencia, además de los diferentes tipos delictivos que se pueden cometer contra los AAMM (los más frecuentes: robos, lesiones y homicidios en ocasión de robo –164, 165 y 166 del CP-), se observan en el ámbito civil, diferentes Casos de revocación de donaciones por ingratitud, CCyC arts. 1569 y 1571.

³¹ SINAY, SERGIO. “La falta de respeto”. Edit. Capital intelectual. Bs. As. 2014. P. 109

³² ROSSI, ÁNGEL. Sacerdote jesuita fundador de “Manos abiertas, 1º de junio de 2017. Encuentro solidario.

Bibliografía

- ALONSO GALBÁN, PATRICIA, SANSÓ SOBERATS, FÉLIX JOSÉ, DÍAZ-CANEL NAVARRO, ANA MARÍA, CARRASCO GARCÍA, MAYRA Y OLIVA, TANIA. *“Envejecimiento poblacional y fragilidad en el adulto mayor”* Rev Cubana Salud Pública v.33 n.1 Ciudad de La Habana ene.-mar. 2007.
- BERISTAIN, ANTONIO. *Cuestiones penales criminológicas*. Ed. Reus. San Sebastián. 1979.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel. *Derecho de la ancianidad, Nueva especialidad jurídica*. Derechos humanos de las personas mayores. Acceso a la justicia y protección internacional. Editorial Astrea. Bs As. 2017.
- DAVOBE, MARÍA ISOLINA. Directora. *De los derechos humanos al derecho de la vejez. Acceso a la justicia y protección internacional*. Derechos humanos de las personas mayores. Acceso a la justicia y protección internacional. Editorial Astrea. Bs As. 2017.
- DRAPKIN, ISRAEL. *El derecho de las víctimas*. Anuario de Derecho penal y ciencias penales. Madrid. 1980.
- GARCÍA PABLOS DE MOLINA, ANTONIO. Criminología. Colección “Estudios de Ciencias Penales”. Dirigida por Miguel Perez Arroyo. Madrid. 2007.
- HERRERA MORENO, MYRIAM. *La víctima y los procesos de victimización*. Entrevista a expertos N° 11. Profesora de Derecho Penal. Universidad de Sevilla. Revista Voces contra la Trata de Mujeres. Proyecto ESPERANZA Adoratrices. Voces de nuestro país.
- LABRADOR, ALICIA. Publicado en Casa de Misericordia de Pamplona, *Ancianos, Envejecimiento en oriente, Esperanza de vida*, Fundación Vicente Ferrer, India, Japón
- LLEDÓ, E. *El mundo homérico*. En: Camps V. Historia de la Etica Tomo I. Barcelona. Editorial Crítica 1988 p.21.
- MINOIS, GEORGES. *Historia de la vejez. De la Antigüedad al Renacimiento*. Madrid. Ed. Nerea. 1987. P.80.
- MONTANELLI, INDRO. *Historia de los griegos*. Barcelona Plaza & Janes ed. 1995 p.89.
- NEUMAN, ELÍAS. *Victimología*. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales. Edit. Universidad. Buenos aires. 1984.
- POPPER K. La responsabilidad de vivir. Escrito sobre política, historia y conocimiento. Ed. Paidós. Barcelona. 1995. P 224.
- PLATÓN. *La República*. Santiago de Chile. Ed Delfín 1974 I 331 a.
- SINAY, SERGIO. *“La falta de respeto”*. Edit. Capital intelectual. Bs. As. 2014. P. 109

Neopunitivismo argentino

Argentine Neopunitivism

por: **MARÍA CRISTINA BARBERÁ DE RISO***

RESUMEN: Se ha considerado que el Neopunitismo causó una pérdida de garantías civiles substanciales y procesales y también creó un nuevo tipo de crímenes basados en cambios sociales, culturales, económicos, técnicos y científicos. En este último sentido, se debe evitar una expansión irracional del Derecho Penal en áreas donde no es conveniente tener tal interferencia. Por otro lado, es necesario estudiar el nuevo delito transnacional y también este tipo de cambios que se producen en nuestro país. No obstante, existen algunos conflictos que ya existían y que fueron aceptados en la ciencia jurídica antes del neopunitismo y no deben confundirse con él.

PALABRAS CLAVES: Neopunitivismo en general. Neopunitivismo Argentino. Aristas. Garantías. Problemas penales contemporáneos. Conflictos tradicionales. Conceptos contemporáneos importados.

ABSTRACT: *It has been considered that the Neopunitivism caused a loss of substantial and procedural civil guarantees and also created a new kind of crimes based on social, cultural, economic, technical and scientific changes. In this last sense, it should be avoided an unreasonable expansion of Criminal Law in areas where it is not convenient to have such interference. On the other hand, is necessary to study the new transnational crime and also this kind of changes that occur our country. Nonetheless, there are some conflicts that already existed and were accepted in the legal science before Neopunitivism and should not be confused with it.*

KEYWORDS: *Neopunitivism in general. Argentine Neopunitivism. Edges Guarantees Contemporary criminal problems. Traditional conflicts. Imported contemporary concepts.*

Debemos reconocer que nos sigue preocupando el poder punitivo del Estado, sus alcances, sus límites y sus modalidades de ejecución, en general y especialmente en nuestro país.

El neopunitivismo se presenta con tres aristas: la primera refiere una posición crítica a las reglas de la punición de los estados, abandonando garantías y principios cuya protección costó mucho conseguir, posición en la que se encuentra Zaffaroni al tratar la Cuestión Criminal.

Otra arista sería descriptiva de los cambios legales con arreglo a los cambios sociales, económicos y políticos, permitiéndose incorporar libremente posiciones extranjeras al

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la 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 del Honorable Consejo Directivo de la Universidad Nacional de Córdoba. Ex miembro de la Sala Penal del Consejo de la Magistratura. Ex Profesora Adjunta por concurso de Derecho Penal, Parte General, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Autora de diversos libros y artículos.

admitir que ellas generan líneas de política criminal que, por su mayor perfección, debemos respetar. En esta línea, está Daniel Pastor.

La tercera, que es a la que nosotros pretendemos llegar, es reconocer los cambios sociales de nuestro país y elaborar un derecho penal acorde a esos cambios con respeto por las palabras usadas por la ley (sin hacer exégesis) y, respetando nuestros ricos precedentes doctrinales y jurisprudenciales, elaborar una doctrina penal argentina. Se aspira en esta tarea a lograr un derecho penal argentino contemporáneo mediante la elaboración de nuestras posiciones, sin desdeñar las extranjeras, sino procurando adaptarlas a nuestra ley, lo que es muy diferente de la anterior, pues la precedente pretende la adopción de posiciones extranjeras en la medida que se entiende que nuestra ley, doctrina y jurisprudencia se encuentran detrás de los cambios sociales, produciendo un proceso de desestimación del derecho penal argentino en cuanto a sus posiciones teóricas, respecto de los fundamentos jurisprudenciales y la ley pasa a ser orientativa.

No surge esta acepción como originaria de la jurisprudencia, sino en todo caso de la doctrina argentina.

Según Carlos Cristian Sueiro, ese concepto político criminal es acuñado por el profesor argentino Daniel Pastor, quien entiende que la actual situación del poder punitivo se deja clasificar bajo la noción neopunitivismo, entendiendo ello como corriente político criminal que se caracteriza por la renovación.

Dentro de ese supuesto, se ha elaborado el concepto de las velocidades del derecho penal y se ha publicado un documento presentado en el XVIII Congreso Latinoamericano, X Iberoamericano y I de Derecho Penal y Criminología de Bogotá, celebrado entre el 24 y el 27 de octubre de 2006, y el VI Congreso Argentino de Profesores de Derecho Penal –I Conferencia de Derecho Penal del Mercosur (Homenaje al profesor Henry Victor García), que tuvo lugar en octubre de 2006.

La discusión sobre el concepto legal llamado neopunitivismo, o cuarta velocidad del derecho penal, se originó en Italia pero ha sido defendido, entre nosotros, por el profesor de la Universidad de Buenos Aires (como dije) Daniel Pastor.

El neopunitivismo, al parecer, supone abarcar las nuevas formas que presenta el poder punitivo del Estado y, como consecuencia de ello, surgen nuevas conceptualizaciones.

Ya no resulta suficiente ni necesario señalar que la sociedad se encuentra en una situación de evolución, de grandes cambios (llamados por algunos *crisis*); lo cierto es que debemos reconocer que la sociedad cambia y cambia el derecho penal porque el poder punitivo del Estado debe adecuarse a los cambios sociales y le dan su impronta político-jurídica al país donde rigen.

Es que marca en qué línea político criminal se encuentran los países, tanto es así que tomo las palabras de un eximio autor, que si bien era español, vivió en nuestro país y escribió sobre las leyes argentinas y hoy prácticamente se lo ha olvidado.

Se trata de Sebastián Soler, quien a mediados del siglo pasado dijo: “dime qué leyes penales tienes y te diré qué país eres”.

En esa preocupación por delimitar el poder punitivo del Estado, donde debemos trazar la fina línea entre lo que es punible y sus consecuencias¹, es natural que nos encontremos a veces desorientados por lo que se ha dado en llamar “Neopunitivismo” —sus consecuencias y las conceptualizaciones contemporáneas—.

¹ Al decir de Diego Peretti: “ámbito de prohibición”, “ámbito de legalidad”, esto es lo que llamamos principio de clausura marcado por el Art 19 de la CN.

En ese menester, los títulos de los trabajos han ido cambiando, pero el que se elige para una obra no siempre refleja estrictamente a qué cambio legislativo se refiere o pretende referirse.

El autor de obras académicas, al elegir los títulos de sus ensayos, muestra una suerte de síntesis de un estado de cosas, mientras a la par se va produciendo paulatinamente un proceso de entrelazamientos de contenidos propios con otros extranjeros.

La literatura jurídica de nuestro país está muy atenta a estos cambios, pero lo que me ocupa de la cuestión es saber honestamente de qué estamos hablando.

Por ello, al margen de los títulos que se estén usando, me pareció necesario darme a explicar que, detrás de ellos, hay cuestiones que son tratadas por la ley argentina a través de sus propias palabras y la doctrina nacional ya considera estas cuestiones, pero lo hace con otros nombres.

Mi propuesta es lograr una maduración de nuestra opinión, de nuestras ideas, en nuestras propuestas académicas².

Dentro de nuestra identidad jurídica, abordamos cuestiones conflictivas y fundamos las soluciones, procurando hacerlo con las palabras de la ley dentro la interpretación doctrinal argentina basada en la Constitución Nacional y los Tratados con potencias extranjeras, las leyes penales nacionales o federales, las leyes nacionales o federales en general, como por ejemplo el Código Civil, las Constituciones Provinciales, las leyes Provinciales y Municipales, las resoluciones ministeriales y edictos policiales.

Esa es la ley en la que impacta en el quehacer cotidiano.

Aunque al revés no he leído algo parecido, es decir que los doctrinarios extranjeros tomen nuestra doctrina, nuestros conceptos, pues no veo citadas nuestras obras en la doctrina extranjera salvo rarísimas excepciones y más aún, no como consecuencia fundada de ello, las nuevas teorías y sus títulos al decir de sus expositores, parece que nos obligan a seleccionar cuestiones y concepciones útiles para una política criminal, doctrina y legislación penal Argentinas.

En verdad, me parece bien que no tomen nuestra doctrina, porque la nuestra se basa en nuestras leyes y ellos tienen otras leyes y, por ende, otra interpretación.

Creo, ciertamente, que es científicamente correcto tomar las leyes extranjeras y su interpretación para nosotros y las nuestras y su intelección para ellos a los fines una política criminal contemporánea, pero no para el enfoque doctrinal de las leyes.

Así es que “Derecho Penal de tres o cuatro velocidades”, “Derecho Penal tardo moderno”, “Acciones neutrales”, “Delitos Asociativos”, “Consecuencias tardías”, “*Compliance*”, “Actuar por otro”, “Derecho Penal del enemigo”, “Delitos Acumulativos” son nombres que estamos manejando, pero esto no es neopunitivismo.

En verdad, a los argentinos nos desvelan para tratar nuevas formas de punir temas tales como:

1) si bajamos la edad de inimputabilidad o nos ocupamos en tener lugares adecuados para asistir a jóvenes y niños infractores,

2) si frente al rechazo de la libertad condicional por la ciudadanía en los casos de condenas a penas privativas de la libertad por la comisión de delitos contra la integridad sexual, nos preguntamos cómo debe ser el período de prueba en estos casos o si se piensa que en todos los supuestos debe haber pena perpetua, atemporal, sin liberación condicio-

² Estamos en condiciones de hacerlo. Es interesante conocer el pensamiento de Robles Planas, de Greco, de Fritz, seguir leyendo a Roxin, pero nosotros tenemos una deuda con nosotros mismos: elaborar nuestras interpretaciones e ir adelante, dando un paso más sobre nuestras propias intelecciones.

nal, o se trata de ciudadanos que merecen una medida de seguridad de por vida, porque son incapaces de dirigir sus acciones, es decir, se mueven por impulsos que los tornan “peligrosos”.

Entretanto, no podemos pronunciar la palabra peligrosidad, porque la supuesta mejor doctrina argentina ha abandonado ese término, considerándolo propio de un denominado derecho penal de autor, esto es, que se condenará siempre, toda la vida, por lo que el individuo hizo, no estricta y solamente por cada hecho cometido. Lo que ocurre es que la regla de reincidencia está vigente y ningún legislador prudente va a derogar la reincidencia por un mero principio de autoridad. Consecuentemente, ¿por qué no podemos hablar de peligrosidad?; ¿por qué le tenemos miedo a esa noción? Porque no hemos racionalizado oportunamente que esa pretendida exclusión de la noción de peligrosidad carece de fundamento científico,

3) también nos acucia la supuesta legitimación social de la llamada “justicia por propia mano”, en verdad, estrictamente abuso en la legítima defensa,

4) y nos preguntamos si los civiles que participaron en el golpe cívico militar de 1976 que dio lugar a la comisión de homicidios, lesiones de todo tipo, privaciones ilegítimas de la libertad, desaparición forzada de personas, apoderamiento material ilegítimo de niños nacidos de madres en cautiverio y, obviamente, supresión de su identidad, es decir los autores de los llamados delitos de lesa humanidad por violentar principios de humanidad básicos, son también autores de esta clase de delitos y consecuentemente los delitos cometidos por ellos serían imprescriptibles,

5) nos preocupa asimismo el terrorismo. Aunque nosotros lo vivamos en menor medida, nos preguntamos: ¿es una guerra religiosa?, ¿se podría pensar que los fundamentalismos son estados patológicos en la medida que sus adeptos no aceptan la diversidad de pensamiento y, dado que sus adeptos no son capaces de aceptar nuestra cultura occidental y cristiana, les cabría una medida de seguridad a sus autores? ¿Cómo se hace la prevención y la protección de esta clase de delitos? ¿Por qué no se han resuelto los casos más importantes que hemos tenido?,

6) nuestro concepto de delitos imprescriptibles es incierto y lo más grave es que nos olvidamos del principio de seguridad jurídica,

7) vivimos nuevos ámbitos de punición y distintas modalidades de acción en nuestro país en contra de sectores como los de los pequeños vendedores de drogas, menores y mujeres infractoras reiterantes, sospecha social respecto de los socialmente excluidos,

8) y más recientemente estamos hablando de ignorancia deliberada.

Veamos qué pasa con esas conceptuaciones a las que hemos aludido, como fruto del mal llamado Neopunitivismo en lo que hemos considerado la segunda arista.

A. En el Derecho Penal de tres velocidades o cuatro velocidades (como lo trata Fabián Balcarce entre nosotros), debemos reconocer que no es la primera vez que se introduce la noción “velocidad” como forma de ubicar criterios teóricos penales en cuanto a la magnitud, al espacio o al tiempo que se ha abarcado.

Así hemos asistido a la lectura de obras que tratan el Derecho Penal de dos velocidades, como es el caso de Silva Sánchez, quien las considera como formas de expansión del Derecho Penal y dicho autor ya se planteaba sobre si cabría la tercera velocidad en el Derecho Penal del enemigo.

Balcarce, en tanto, ubica “las velocidades” tanto en la participación cuanto en la tentativa, ubicando la primera “velocidad” en el Derecho Penal denominado Nuclear, la segunda “velocidad” abrevia en el Derecho Penal Internacional y la tercera “velocidad” en el derecho penal económico y su observación está dirigida hacia qué y cómo resultan penalmente punibles las conductas de los ciudadanos.

Empero, al parecer no todos los autores coincidirían con este criterio, pues Silva Sánchez atribuye “las velocidades” a la expansión del Derecho Penal.

“Las velocidades” resultan, para el derecho penal argentino, afinamientos en la forma de imputar y de punir, tomando como centro de análisis cómo juega la interpretación doctrinal en situaciones nuevas que se van presentando frente a cambios sociales y culturales y deben ser legisladas y consecuentemente interpretadas doctrinalmente.

B. La responsabilidad penal por el actuar en lugar de otro, esto es, la responsabilidad del superior de la empresa, por el comportamiento de los empleados a su cargo —a raíz de una posición de garante—, la omisión del deber de vigilancia y la imparable inserción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se han convertido en los capítulos más importantes y protagonistas del Derecho Penal económico en la teoría y práctica.

C. “*Compliance*”, del inglés “*to comply with*”, que significa “cumplir con”, alude a la satisfacción de las leyes por los integrantes de las corporaciones empresariales que construyen estructuras de cumplimiento normativo por motivos de encuadre corporativo empresarial.

D. Las denominadas Acciones Neutrales tratan conflictos de participación. En efecto, el propio autor de “Complicidad a través de acciones neutrales; la imputación objetiva en la participación” (Luis Greco) señala que, a pesar de ser uno de los temas más interesantes discutidos en la doctrina jurídico-penal de esta última década, la problemática de las acciones neutrales aún no fue objeto de mayor atención en la doctrina brasileña. Las únicas excepciones de que se tiene noticia son las líneas que le dedica Miguel Reale Jr. en sus recientes *Instituciones de Derecho Penal* y el artículo de Flavio Pereira Cardoso.

En razón de ello, no sería del todo sorprendente que el lector estuviese de alguna forma desorientado, sin saber de lo que exactamente se hablará en este trabajo, pues como el propio autor lo señala, esto es lo que ocurrió.

Sin embargo, el campo se fue despejando a través de los casos propuestos y evidentemente como dije, son conflictos de participación.

Así, en el caso denominado 1º caso, resulta que Z quiere matar a su esposa, éste va a la casa de su amigo G, le cuenta de sus planes y le pide que le preste un hacha. El amigo accede. Esa misma noche Z parte el cráneo de su esposa de un hachazo. Pregunta ¿punibilidad de G? Claro que ingresa dentro de la cadena imputativa, al permitir correr un riesgo no permitido (lo resolvemos por la teoría de la imputación objetiva)³.

O prestó al autor un auxilio o colaboración, sin el cual el hecho no hubiera podido ejecutarse como se ejecutó (lo resolvemos por las palabras de la ley argentina: Art. 45 del C.P.). La solución es idéntica porque el hecho de homicidio que cometió Z, con el hacha que le prestó el amigo, implica para el amigo uno de los supuestos del art. 45 del C.P.

³ No se pone en duda que Z mató a su mujer con esa hacha, cuestión importante porque a raíz de ello entramos en la zona de la imputación del amigo.

Como se ve, no es una conducta neutral. Una conducta neutral no resuelve en sentido alguno; en este caso se resuelve en contra de G. Por ende, deja de ser neutral. ¿Por qué llamarla así?

Es conducta participativa, sencillamente inclinada hacia la punición del amigo.

Neutral, reitero, es imparcial, es mantenerse en el medio sin tomar partido, pero el amigo escuchó y le prestó el hacha con que mató a su mujer.

Cuántas veces hemos resuelto así el caso de quien le da el arma a otro a sabiendas de que con esa arma cometerá un delito.

En el caso 2, Y quiere matar a su esposa. Él va a la ferretería de Z, le cuenta sus planes y compra un hacha. Esa misma noche Y parte el cráneo de un hachazo a su mujer. Variante 1: Z duda acerca de que Y esté hablando en serio. En un primer momento vacila; pero ante la insistencia de Y, termina por venderle el hacha, diciéndose a sí mismo: “Apuesto que no va a ocurrir nada, pero si ocurriese, paciencia, no es problema” y vende la herramienta. Luego continúa con variantes que complican los conflictos.

Inmediatamente después se ocupa de aclaraciones terminológicas preliminares relativas a la autoría y a la participación, abordando el problema de las acciones neutrales como formas de complicidad, y propone el análisis de las distintas teorías de la participación.

Trata luego una cuestión muy amena como es la participación como forma de solidarización con el ilícito ajeno, admitiendo que hay una toma de posición a favor del injusto, analizando una crítica de la fundamentación pero correctamente resuelve qué imputación.

Se ocupa, a continuación, del fundamento del castigo de la participación.

Una fina labor permite ahondar en temas de la participación, claro que se parte de una conceptualización que hace pensar en la posibilidad del castigo de conductas que de manera patente nada dicen. Pero no por ello son neutrales; son conflictivas y se resuelven en un sentido u otro.

En verdad, son problemas delicados de la participación y más, a nuestro ver, podría haber en algún caso coautoría en el delito de daño, como el de quien se pone al lado del que está empeñado en disparar contra el vecino encerrado en su vivienda y lo acompaña silenciosamente sin hacer gesto alguno de reproche, sin instarlo a dejar de disparar y acompañando calladamente al agresor hasta que logra el cometido de romper la persiana, oportunidad en que sale el dueño de la casa increpando al dañador, ocasión en que el acompañante se retira.

Este es un caso de coautoría, como dije, pues si se queda en el lugar y no cumple conducta disuasiva está haciendo suya la del otro, tanto que recién se retira cuando el tirador logra su objetivo.

E. El “Derecho Penal tardío moderno”, es decir, el derecho penal tardío de la modernidad según sus sostenedores⁴, se caracteriza por la complejidad de la realidad actual, por la velocidad y globalidad del cambio y una intensa reflexividad en el campo institucional. Parece haber una sociedad dentro de otra, aparecen sociedades análogas en otros territorios y sociedades disímiles en el mismo.

En el Derecho Penal Tardío Moderno se tratan esas cuestiones ultimísimas que dentro del ámbito jurídico encuentra perplejos a los propios autores que se ocupan del tema.

⁴ AROCENA, GUSTAVO A., BALCARCE, FABIÁN, CESANO, JOSÉ D. “Derecho Penal tardomoderno”, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2016.

En efecto, los propios autores de una obra así denominada: *Derecho Penal Tardo moderno* señalan que no van a poder escapar a cierta subjetividad, que deben hacer un gran esfuerzo por destacar lo que en nuestro derecho ha producido grandes discusiones, pues — citando a Jacobs— señalan que en el Derecho Penal existen modas o bien que cada tiempo preso tiene su racionalidad. Asimismo, advierten que las regulaciones penales son utilizadas contemporáneamente como modalidad de hacer política y se proponen analizar esta cuestión desde el punto de vista del Derecho Penal, de la Política Criminal y de la Criminología.

F. Los denominados “Delitos Asociativos” son aquéllos que para su consumación o tentativa se necesita de una infraestructura previa de Asociación destinada a cometer delitos.

La primera cuestión es que se trata de una franja de delitos que deben ser identificados, tales como trata de personas, tráfico de drogas, tráfico de órganos, terrorismo.

En ese caso, el problema está en elucidar si la asociación ilícita cuyo tipo está construido de tal manera que es para cometer delitos **indeterminados**, al usarse en estos delitos que hemos nombrado serían asociaciones ilícitas para cometer delitos **determinados**, pero la indeterminación se refiere a que no haya un concurso de delitos con lo que no va en contra de la aceptación de este tipo delictivo que reclama una asociación ilícita.

Así, entonces, el tipo de un delito de los llamados asociativos tendrá como circunstancia intra típica implícita a la asociación ilícita y sería un solo delito por consunción por la estructura del tipo.

Al revés, podría considerarse que, como en la asociación ilícita tradicional se admite cometer delitos indeterminados, habría asociación ilícita por un lado y de otro costado el delito que requiere la asociación ilícita para consumarlos o tentarlo, en cuyo caso se generaría un concurso material con la primera.

Aunque me inclino por la primera posición, queda abierta la cuestión para considerarla.

No se crea que yo no ingresé en el uso de algunos de esos nombres. No, yo también lo he usado en “Delitos Asociativos” y debo reconocer que me equivoqué pensando que se trataba de delitos dentro de las Sociedades Civiles y Comerciales. Allí, creía, encontraría estos delitos. A poco de andar advertí que se trataba, otra vez, de una denominación ajena a nuestro derecho.

G. Las denominadas “Consecuencias tardías” son una herramienta fáctica para disminuir la pena cuando estas circunstancias no surgen durante la investigación, ni en la investigación suplementaria, sino recién en el debate.

Dado que especialmente el Poder Judicial Federal eleva las causas a juicio con una distancia importante en relación a la fecha del hecho cometido, esas consecuencias pasan a ser tardías y si bien forman parte del daño causado, a fin de individualizar la pena, las consideran como atenuante en relación a las consecuencias probadas durante la etapa investigativa.

Se trata en verdad de una investigación científicamente mal hecha, porque no calculó las verdaderas consecuencias ulteriores, y lo inaceptable es que de una insuficiente investigación surja un beneficio para su autor en desmedro de la víctima.

H. Los delitos acumulativos: son infracciones cotidianas de poco perjuicio, en cuanto se trata cada una de ellas en particular, como sería, por ejemplo, dejar una bolsa de residuos

en la calle, pero que se transforma en un delito de estructura formal o contravención contra el medio ambiente cuando dicha conducta se cumple cotidianamente.

Es decir, puede darse tanto en una contravención o en un delito; la característica es que la conducta en sí misma no revela mayor perjuicio considerada individualmente, en tanto su reiteración “acumularía” el perjuicio y da lugar a la intervención del poder punitivo del Estado.

En cuanto a los delitos, podría tratarse de un hurto menor: el ciudadano que le hurta agua a su vecino. En sí mismo no parece un injusto relevante, pero, al hacerlo diariamente, genera por acumulación su persecución y condena. O, por ejemplo, el ciudadano que en el colectivo todos los días queda de pie al lado de un pasajero sentado y le quita un cabello. Lo molesta, pero la lesión es insignificante; pero si todos los días lo hace, hay acumulación de perjuicio. También el más común de todos: el ciudadano que saca a pasear su perro y éste ensucia, con su orina y heces, la vereda del vecino. Produce un daño al vecino y otro al medioambiente. Una sola vez será objeto de un reproche verbal sin más consecuencias, pero luego reitera la acción y se transforma en una conducta acumulativa que puede ser perseguida penalmente.

I. La ignorancia deliberada, en verdad, es la ignorancia vencible, impidiendo no atribuir al hecho algún título, esto es, por los menos a título de delito culposos.

El Neopunitivismo es un término atractivo que debe interpretarse como la necesidad permanente de estar atento a cambios sociales que generan nuevos tipos de infracciones penales punibles y cuál es la actuación del Estado frente a los ciudadanos, es decir, se trata sencillamente del Derecho Penal actual o contemporáneo.

Empero, en mi opinión, en primer lugar desde el punto de vista político criminal debemos evitar la expansión del Derecho penal, manteniéndonos con el sano criterio de que el Derecho Penal es el último instrumento de control social.

Doctrinalmente, debemos usar conceptos que alberguen las palabras que la ley usa como la mejor herramienta para entender una regla de convivencia.

Esa regla de convivencia debe tener la aptitud de ser entendida por todos los ciudadanos y, por ello, los conceptos que usemos deben ser demostrativos de sus contenidos.

Pensemos, ciertamente, que estamos obligados a ocuparnos de nuestra realidad social y estamos en condiciones de elaborar nuestras propias leyes y doctrinas y aplicarlas jurisprudencialmente de manera razonable, sin que por ello dejemos de estar informados de posiciones extranjeras para generar una política legislativa propia, sana y contemporánea.

Asimismo, resulta muy razonable que en el extranjero no se ocupen de nuestras posiciones, ni de nuestras leyes, si no existe identidad alguna con su realidad social, cuestión que resulta difícil de entender por los problemas de la Europa continental no difieren tanto de los nuestros.

Por fin, quien salga al extranjero debe tener la formación necesaria para saber que estudiará lo que en el país donde se instale para hacerlo, le propondrán temas de su realidad social y lo instarán a proporcionar soluciones para aquélla.

Su mejor aporte será extraer lo que resulte adecuado para solucionar problemas de nuestro país y traerlas a nuestro conocimiento.

Bibliografía

- PASTOR, DANIEL R. “La Deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos” Revista de filosofía de Derecho Internacional y de la política global 2006.
- NAVARRETE, LUIS ALBERTO. “El neopunitivismo: las nuevas tendencias del derecho penal”
- LOPEZ DE SOUZA. “Neopunitivismo o cuarta velocidad del derecho penal delante de los derechos humanos de los ciudadanos” Nuevo Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas Vol III N° 5 enero, junio 2012 p.53 a 74.
- BERTONI, MARÍA. “El Neopunitivismo según Zaffaroni” disponible en la página de Internet: <https://espectadores.com.ar> (accedido el 27/8/2011)
- ZAFFARONI, RAÚL EUGENIO. “La cuestión Criminal”

Genealogía de la perspectiva de género en el derecho y su asimilación en la práctica judicial argentina

Genealogy of the gender perspective in the Law and its assimilation in the Argentine judicial practice

por: CAROLINA PRADO*

RESUMEN: El trabajo versa sobre las mujeres en el sistema penal y la actuación de los tribunales en la interpretación de normas que las involucran como infractoras o víctimas de delitos.

PALABRAS CLAVES: Perspectiva de género. Feminismo. Sistema Penal. Derecho Internacional de Derechos Humanos. Administración de justicia.

ABSTRACT: *The present study focuses on women in the criminal justice system and the performance of the courts in the interpretation of rules involving them as law-breakers or victims of crime.*

KEY WORDS: *Gender perspective. Feminism. Criminal justice. International Human Rights Law. Administration of Justice.*

1. Introducción

Así como el Derecho, en su carácter de elemento regulador de las relaciones sociales, refleja el modelo social predominante, también constituye, en consecuencia con ello, un elemento legitimador de las relaciones entre los sexos. Sabido es que, por debajo de sus presuntas cualidades de abstracción, universalidad y neutralidad, se esconde en realidad “una institución por excelencia patriarcal que norma y ordena las relaciones de poder de los sectores dominantes en lo económico, lo social, lo político y lo público, así como en las relaciones privadas en áreas como la familia, la salud y la sexualidad, donde explícita o implícitamente se legitima la subordinación de lo femenino”¹.

No extraña, pues, que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DDHH), como tampoco la generalidad de regulaciones penales de los Estados, no hayan escapado a ese sesgo androcéntrico, en el que lo masculino funciona no sólo como punto de partida sino, incluso, como epítome de lo humano, determinando así la negación de la mujer como sujeto de derecho y confinando su ubicación al ámbito de lo privado y su sujeción a la órbita de lo masculino. Frente a este hecho, la perspectiva de género se presenta como una herramienta idónea para la imprescindible labor de desentrañar las diferentes manifestaciones de sexismo que encierra el sistema jurídico y, a partir de allí, poner en cuestión la supuesta ‘objetividad’ que le ha sido asociada por la tradición normativista y positivista.

* Doctora en Derecho por la Universidad de Barcelona, España, y Máster Europeo en Sistema Penal y Problemas Sociales por esa misma universidad. Profesora de Derecho Penal I de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC. Miembro y Secretaria del Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba. Miembro Titular del Instituto de Derecho Comparado de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba. Funcionaria del Poder Judicial de la Nación.

¹ ARROYO VARGAS, ROXANA; “Conceptos básicos de derechos humanos y aportes feministas”, 2010, pág. 5 (disponible en www.cejeg.com/course).

2. El proceso de construcción social y positivización de los DDHHM

Para revisar sucintamente el proceso de construcción social, política y jurídica de los DDHHM, hay que comenzar en primer lugar recordando que los DDHH han sido definidos como facultades, atribuciones y exigencias fundamentales e inalienables que corresponden a las personas en razón de su naturaleza de seres humanos. Su configuración en el Derecho Internacional y su paulatino reconocimiento por parte de una amplia representación de la comunidad internacional ha significado sin duda un paso trascendente en la conformación de un estándar de moralidad universal, que incide directamente sobre los Estados, al verse compelidos a asumir compromisos concretos para adecuar sus legislaciones internas y hacerlas cumplir.

En términos generales, la normativa internacional referida a DDHH alude, por un lado, a un conjunto de normas jurídicas que, dado su carácter obligatorio, generan derechos y obligaciones que han sido plasmados en tratados, convenciones y pactos; por otro, a todas aquellas normas orientadoras que, en la forma de declaraciones y resoluciones, establecen pautas de conducta para la comunidad internacional. Así, puede decirse que la internacionalización de los DDHH ha posibilitado su articulación con sistemas de protección específicos.

§ EVOLUCIÓN Y DESARROLLO DE LOS DDHHM

En el marco del catálogo de DDHH (civiles y políticos; económicos, sociales y culturales; derechos de los pueblos), hay que destacar la recepción de los genéricamente denominados de “cuarta generación” o “emergentes”, es decir, aquellos concernientes a derechos vistos, interpretados y aplicados con una perspectiva de género, como garantía de reconocimiento para las mujeres. Esta nueva generación de derechos irrumpe en el escenario ideológico androcéntrico, abriendo el tratamiento de los DDHH por parte de la comunidad internacional de manera justa y equitativa, en condiciones de igualdad entre los géneros.

A la vista de ello, los DDHHM se imponen como un nuevo paradigma social, que propone un viraje en todos los campos —filosófico, ético, jurídico, político—, en la medida que procura modificar de manera sustancial las relaciones sociales y de poder entre hombres y mujeres.

Al respecto, hay que decir que una larga tradición en relación con el uso del Derecho distingue la historia del movimiento feminista², cuyo interés por los fenómenos jurídicos se remonta a sus mismos orígenes, partiendo desde el debate ilustrado sobre la condición de la mujer hasta, más tarde, las luchas, protestas y manifestaciones de principios del siglo XX de todos los grupos activistas por los derechos de la mujer. Repárese, en este sentido, que los inicios del sufragismo de las mujeres están relacionados con reivindicaciones legales. Esta relación histórica entre el movimiento de mujeres y el Derecho estuvo infor-

² El término “movimiento feminista” se emplea aquí en el sentido genérico de todas aquellas expresiones colectivas o individuales, con diferencias organizativas, ideológicas o políticas de las que las mujeres se han sentido portadoras y que han contribuido a reflexionar sobre ellas. Esta noción amplia engloba sin duda muchos feminismos, incluso muy diferentes entre sí. No obstante el empleo de esta noción que se plantea aquí, cabe la aclaración de que el feminismo contemporáneo nace, en las sociedades occidentales, como “movimiento político” recién después de que las mujeres alcanzaran la plena emancipación, esto es, la titularidad de derechos y la igualdad formal con los hombres, mediante luchas llevadas a cabo durante más de un siglo. Este feminismo cuestiona básicamente la persistencia de una subordinación y discriminación femenina, a pesar de la titularidad de los derechos y de la libertad formal (PITCH, TAMAR; “Justicia penal y libertad femenina” en: NICOLÁS, GEMMA/BODELÓN, ENCARNA (Comps.), *Género y Dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*, Ed. Anthropos, Barcelona, 2010, págs. 117-118).

mada desde un comienzo por el objetivo de desarrollar estrategias legales que condujeran a mejorar las condiciones de las mujeres en las diferentes esferas sociales.

Así, en el siglo XIX y principios del XX, durante la primera fase del desarrollo de los movimientos feministas, sus líderes procuraron fundamentalmente “dar voz a las mujeres en el proceso político”, y conseguir el reconocimiento del derecho al voto para el ejercicio de una ciudadanía plena. En una segunda fase, estos movimientos lucharon para extender los logros ya alcanzados, para llevarlos a la meta de la igualdad económica y política³.

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, aunque, tal como advierte BODELÓN⁴, las reivindicaciones sociales y políticas de las mujeres se transformaron, en numerosos casos, en reclamos jurídicos nominalmente legitimados 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).

Al mismo tiempo, dentro del movimiento feminista se alertaba acerca de las limitaciones de las reformas legales propiciadas, en la medida en que no fueran acompañadas de una reflexión más amplia sobre las formas de cambio social y las causas determinantes de la situación de postergación de las mujeres⁵. En este sentido, una de las discusiones clásicas dentro del movimiento feminista en relación con el Derecho ha sido, precisamente, la cuestión acerca de la concreta posibilidad de que aquél pudiera erigirse en una verdadera herramienta de transformación de las relaciones sociales y, por tanto, de la posición social de las mujeres⁶.

Huelga decir que la acción de los movimientos feministas ha sido esencial en la constitución de un espacio social apropiado para la recepción y creación de nuevos derechos e, incluso, para una apertura hacia nuevas formas de entender el Derecho, a partir de la formulación de un catálogo de necesidades que, de manera gradual y en ocasiones solamente parcial, fueron incluyéndose en las sucesivas declaraciones e instrumentos normativos de protección de los derechos. En efecto, han sido grupos y colectivos de mujeres de diferentes países los que han hecho posible, paulatinamente, la inclusión en la agenda internacional de los derechos de las mujeres, siguiendo conceptos aportados por la teoría feminista, que se han traducido en importantes avances en el ámbito internacional.

Como ejemplo de ello pueden citarse una serie de conferencias —México, Nairobi y Pekín— y de convenciones que, en su conjunto, han generado valiosos instrumentos jurídicos para la lucha contra la discriminación, entre ellas, la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), de 1979, su Proto-

³ GIDDENS, ANTHONY; *Sociología*, Ed. Alianza, Madrid, 2001, 3ª edición, pág. 651.

⁴ BODELÓN, ENCARNACIÓN; “Género y Derecho” en: AAVV (Coord.), *Derecho y Sociedad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 638.

⁵ BERGALLI, ROBERTO/BODELÓN, ENCARNACIÓN; “La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico” en: *Anuario de Filosofía del Derecho IX*, España, 1992, pág. 43.

⁶ Cabe la aclaración de que, si bien para el feminismo el uso del Derecho ha sido siempre un tema particularmente controvertido, el desarrollo de teorías sobre el Derecho y el Estado se corresponde con un período posterior de la historia del movimiento. En efecto, dentro de la denominada ‘primera ola’ del feminismo, el análisis del papel del Derecho resulta una preocupación secundaria respecto a la actividad del movimiento feminista que, recién en un momento ulterior —en especial a partir de la década de 1960—, profundiza la discusión teórica sobre Derecho y Estado (BERGALLI, ROBERTO/BODELÓN, ENCARNACIÓN; “La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico” en: *Anuario de Filosofía del Derecho IX*, España, 1992, pág. 44).

colo Facultativo y sus Recomendaciones Generales adoptadas con posterioridad, que ha modificado el concepto mismo de discriminación (por razón de sexo)⁷.

Asimismo, no puede dejar de citarse la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993, en cuanto afirma los derechos de las mujeres como parte de los derechos humanos. En la respectiva Declaración y Programa de Acción de Viena, los Estados resolvieron la adopción de medidas concretas para la lucha contra la violencia dirigida a las mujeres en todo el mundo. Este reconocimiento de los derechos de las mujeres —siguiendo las generales históricas— tuvo también lugar a instancia de los movimientos feministas, ya que la agenda inicial de la Conferencia no contemplaba este aspecto⁸.

Entre otras consecuencias positivas, es importante señalar el dato de que en algunos trabajos internacionales posteriores a la Conferencia de Viena se haya declarado a las violaciones de los derechos humanos de las mujeres como un atentado contra la sociedad, el desarrollo y la paz, así como también que se haya planteado la necesidad de incluir plenamente a las mujeres en el concepto de ciudadanía⁹.

Ya en el ámbito regional, cabe referir que la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos aprobó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belem do Para), de 1994. Este instrumento avanzó, en propiedad y profundidad, en la noción de violencia contra la mujer, al definirla como cualquier acción o conducta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en su género, que pudiera causar muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico. A la par de ello, estableció el derecho a las mujeres a una vida libre de violencia, lo que —en sus propios términos— incluye el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, planteando el vínculo entre ambos fenómenos, a la vez que recepta el derecho a la vida, a la integridad física, psicológica, a estar libre de tratos crueles y degradantes, etc.

En aquel mismo año la Comisión de Derechos Humanos de la ONU crea el cargo de Relator Especial sobre la violencia contra la mujer, al que se suma la Comisión Inter-

⁷ BODELÓN, ENCARNACIÓN; “Feminismo y Derecho: mujeres que van más allá de lo jurídico” en: NICOLÁS, GEMMA/BODELÓN, ENCARNACIÓN (Comps.), *Género y Dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*, Ed. Anthropos, Barcelona, 2009, pág. 103. Dado que el texto de la CEDAW no hace alusión explícita al tema de la violencia, la Recomendación General N° 19 (R 19) se ocupa justamente de la relación existente entre violencia y discriminación, señalando que la violencia constituye una forma de discriminación que impide el goce de derechos y libertades en pie de igualdad. Retomando el artículo 1 de la Convención, identifica los diversos modos que puede asumir la violencia contra la mujer (física, mental, sexual) y recuerda cuáles son los derechos y libertades que pueden verse afectados (a la vida, a no ser sometida a torturas, penas o malos tratos, a la protección en tiempos de conflictos armados, a la libertad y seguridad personales, a la igualdad ante la ley, a igualdad en la familia, al más alto nivel posible de salud física y mental, y a condiciones de empleo justas y favorables). Es importante el dato de que la R 19 establece que la Convención se aplica tanto a la violencia perpetrada por particulares como por autoridades públicas de los Estados signatarios, siendo éstos igualmente responsables por aquéllos, desde el momento en que no adopten medidas preventivas y/o punitivas al respecto. Asimismo, describe detalladamente las circunstancias en que la violencia de género —en la forma de trata y explotación de la prostitución— puede resultar potenciada (por desempleo, pobreza, guerras, etc.), así como las formas más comunes de afectación de la igualdad de hombres y mujeres en el empleo, en los servicios de salud, en la relación familiar, etc., todo esto en alusión a los art. 6, 11, 12, 14 y 16 de la CEDAW.

⁸ Más allá de los reparos que puedan efectuarse acerca de la insuficiencia de sus alcances, lo cierto es que la Conferencia de Viena dio cabida a un reconocimiento de los derechos de las mujeres que no estaba presente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

⁹ BODELÓN, ENCARNACIÓN; “Feminismo y Derecho: mujeres que van más allá de lo jurídico”..., pág. 104-105.

americana, al crear el cargo de Relatora Especial sobre los Derechos sobre la Mujer. En 1998 la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos establece a su vez el cargo Relator Especial sobre los Derechos de la Mujer en África. Por último, debe citarse el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en cuanto innova en el tratamiento de la violencia sexual, la violación y el genocidio, a partir de la incorporación de una perspectiva de género.

En este proceso puede observarse, además, que el Derecho Internacional de los DDHHM comienza a introducirse en los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados, para formar parte de sus respectivas normativas. De tal modo, se promueven cambios legislativos internos y se alienta la formulación e implementación de políticas tendientes a la defensa de dichos derechos humanos¹⁰.

Puntualmente, hay que decir que en los ámbitos nacionales se verifica esta tendencia de incorporar reivindicaciones de derechos de las mujeres, mediante la sanción de leyes contra la discriminación y de leyes de igualdad que aspiran a desarrollar sus derechos.

En el caso de Argentina, hay que citar la Ley de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales (Ley 26.485, BO 14.04.2009). Al centrar su foco de protección exclusivamente en la mujer, esta norma instala la problemática de género en el centro del debate¹¹.

En la misma línea, se inscribe la sanción de la Ley 26.791 (BO 14.12.2012), que siguiendo una marcada tendencia en América Latina —de la que fueron pioneros Costa Rica, Guatemala, Chile y México— incorpora el delito de femicidio al digesto punitivo. Es preciso señalar que esta reforma penal ha supuesto un cambio significativo, al suponer —luego de un debate de varias décadas— la recepción de la problemática de género en el Código Penal argentino¹².

¹⁰ El debate de esta cuestión en sesión ordinaria del Instituto de Ciencias Penales mereció el siguiente comentario del Dr. José Daniel Cesano: *“la evolución legislativa reciente en tutela de la mujer, indudablemente no se podría haber siquiera insinuado, si no fuese por ese “cruce” fuerte, que ciertas vertientes de la criminología plantearon. Cuando se trata de cuestiones culturales —y, creo, que el tema está altamente influenciado con esa concepción— la única forma de corregir prácticas o patrones de esa índole es con una intervención fuerte; en donde el discurso va generando climas propicios para esas intervenciones. Sin esos valiosos aportes continuaríamos en ese status quo.”*

¹¹ Valga la aclaración de que se trata de una norma orientada a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las ‘mujeres’. En tal sentido, no se trata —en sentido estricto— de una ‘ley de género’, aun cuando la violencia ‘por razón de género’ implique una categoría que comprende la violencia contra las mujeres. En efecto, no se trata de una ley de ‘género’, en razón de que no comprende a otros sujetos que se enmarcan en la expresión, por ejemplo niños y adolescentes varones. Se trata, en definitiva, de una ley de violencia contra la mujer. Así lo describe el propio título de la norma; la definición y formas de violencia que se enumeran en los artículos 4, 5 y 6; los principios rectores de las políticas públicas enunciadas (arts. 7); la creación del Consejo Nacional de la Mujer como el organismo competente para el diseño e implementación de las políticas públicas respectivas (arts. 8 y 9), y del Observatorio de la Violencia contra las Mujeres, destinado al monitoreo, producción, registro y sistematización de datos e información sobre la violencia contra las mujeres (arts.12/15); y el derecho de acceso a la justicia, garantizado en los artículos 16 y siguientes de la Ley.

¹² Ahora bien, la observación merece sin embargo la aclaración de que el abordaje de la violencia desde una perspectiva punitiva, no es del todo novedoso. En efecto, el ejercicio de la violencia, sea como una fórmula específica de imputación delictiva contenida en ciertas conductas ofensivas de bienes jurídicos individuales, cuya propia comisión importa un despliegue intencional de ella (caso del homicidio, el aborto, el robo, la extorsión, la trata de personas, etc.), o bien como medio de cometimiento de algunos delitos contra bienes

Por su parte, en igual año, mediante Ley 26.738 (BO 07.04.2012) se dispuso la derogación de la figura del avenimiento (artículo 32, CP), que, según es sabido, contemplaba la extinción de la acción penal frente al caso de que la víctima perdonara a su victimario y contrajera matrimonio con él¹³.

Ciertamente, todos estos avances de las legislaciones internacionales y nacionales dan cuenta de un verdadero proceso de cambio histórico: el paso de un estadio en el que el derecho trataba a la mujer desde la perspectiva de la discriminación, a otro en el que adopta un modelo de derechos que la incluye. Ahora bien, es importante precisar que la noción de ‘derechos de las mujeres’ no implica únicamente la suma de nuevos derechos a los contenidos en las declaraciones de derechos o constituciones, o bien la mera especificación de los ya existentes. No se trata de una simple inclusión de las mujeres en el marco existente de derechos, sino que, en rigor, apunta a la necesidad de transformar las relaciones sociales (mujer-hombre), de redefinir el contenido de los derechos de mujeres y hombres, posibilitando así la participación real de las mujeres y alentando la satisfacción de sus necesidades¹⁴. En este sentido, debe reconocerse que los diferentes instrumentos jurídicos internacionales han incorporado de manera todavía insuficiente las reivindicaciones de las mujeres.

A propósito de esto resulta de interés traer a colación aquí que, a la par del reconocimiento de los derechos de las mujeres plasmados en los diferentes instrumentos internacionales antes mencionados, aparece el concepto de ‘discriminación positiva’, que alude a acciones que tienen por objeto la tutela antidiscriminatoria, a favor del cumplimiento de la igualdad en nuestras sociedades. Esta noción permite introducir distinciones basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes se encuentren en situación de debilidad o desventaja.

Al respecto, resulta pertinente destacar la Recomendación General N° 25 de la CEDAW, en cuanto introduce en primer lugar una serie de precisiones acerca del significado y alcance de tal clase de medidas, denominadas en la Convención como ‘medidas especiales de carácter temporal’¹⁵, previstas para la eliminación de las múltiples formas de discriminación contra la mujer y, en segundo lugar, desarrolla una serie de recomendaciones dirigidas a los Estados Partes para que se comprometan eficazmente en el diseño y aplicación de tales medidas a través de programas concretos.

jurídicos colectivos o supraindividuales (supuesto de la exacción ilegal, la sedición, los delitos de terrorismo, etc.), ha sido siempre objeto de atención por el legislador penal.

¹³ Cambio legislativo propiciado a partir del caso de Carla Figueroa, la joven pampeana de 19 años de edad que fue asesinada por su pareja, Marcelo Tomaselli. Figueroa había denunciado a Tomaselli de haberla violado en abril de ese año, pero luego lo perdonó y acudió a la figura del avenimiento para lograr su libertad y casarse con él. Pocos meses después fue acuchillada por Tomaselli frente al hijo ambos.

¹⁴ BODELÓN, ENCARNACIÓN; *ibídem*, pág. 113.

¹⁵ Entre las principales definiciones sobre dichas medidas especiales referidas en el Párrafo 1 del artículo 4 (CEDAW) surge: a) que las mismas tienen, por finalidad, acelerar la participación de la mujer en condiciones de igualdad en todos los ámbitos (político, económico, social, cultural, etc.) y deben formar parte de una estrategia específica de los Estados Partes; b) que los Estados Partes deben distinguir claramente entre estas medidas especiales y otras políticas sociales generales tendientes a mejorar la situación de la mujer; c) que tales medidas son de carácter temporal y serán suspendidas cuando se hubieren alcanzado los objetivos buscados; d) que la connotación de “especiales” debe ser entendida como medidas destinadas a alcanzar un objetivo específico; e) que las mismas abarcan una amplia gama de instrumentos, políticas y prácticas de índole legislativa, ejecutiva, administrativa y reglamentaria; etcétera.

3. La mujer en el Sistema Penal. La actuación de los tribunales de justicia

Para focalizar la cuestión de la relación de las mujeres y el derecho en el ámbito más particular del Sistema Penal, hay que decir que el Derecho Penal (DP) ha considerado tradicionalmente a la mujer como una persona sujeta a tutela y sin plena responsabilidad, a la vez que ha establecido una serie de controles sociales sobre la sexualidad femenina (que se constata, verbigracia, en la criminalización del aborto o de la prostitución). Diversas investigaciones socio-jurídicas y criminológicas europeas y latinoamericanas han analizado la posición desigual de las mujeres en el DP, tanto como autoras de delitos ('mujeres infractoras'), cuanto como víctimas de los mismos (mujeres que utilizan el Derecho como instrumento para la protección o reconocimiento de derechos).

En el primero de los casos ('mujeres infractoras'), los estudios han revelado que las mujeres penalizadas sufren una marginación y discriminación específicas en el tratamiento que reciben en los tribunales penales y prisiones. Los estudios dan cuenta de que el sistema de justicia penal tiende a reproducir las relaciones patriarcales y a consolidar la estructura de géneros, a partir de la proyección que hace de lo masculino y lo femenino¹⁶.

Ello conduce al fenómeno de reproducción de las relaciones de género a través del Derecho, que se ponen de manifiesto primero en los procesos de regulación legislativa y, luego, en la aplicación de dichas regulaciones por los operadores jurídicos y las administraciones públicas. En este sentido, cabe afirmar que el estereotipo social de lo masculino y lo femenino se ven reflejados y reforzados por la actuación de los tribunales¹⁷, pese al prejuicio consolidado sobre la justicia en el sentido de que se presente como un sistema basado en la neutralidad y el trato igualitario¹⁸. Una atenta observación de esta realidad debería alertar acerca de la presencia de discriminación, tanto en un plano formal como material, en las leyes y en su aplicación judicial.

Por ello, muchos estudios feministas de los años sesenta habían abordado ya la cuestión de la discriminación existente en las normas penales y sentencias judiciales. El dato reviste interés dado que, hasta entonces, se pensaba que la lucha contra las disposiciones legales discriminatorias permitiría alcanzar un DP igualitario. Recién en los años ochenta cobra fuerza la idea de que la consecución de la igualdad de sexos en las leyes no implica necesariamente igualdad de los sexos ante el Derecho, ya que, en ocasiones, las normas iguales son aplicadas a grupos determinados con notables desigualdades sociales.

¹⁶ BODELÓN, ENCARNIA; "Género y sistema penal: los derechos de las mujeres en el sistema penal" en: BERGALLI, ROBERTO (Coord.), *Sistema penal y problemas sociales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 454. Los propios estudios sobre el delito y el castigo tampoco han escapado a la tendencia, si se repara en que la perspectiva masculina ha sido una constante en la teoría criminológica (MATTHEWS, ROGER; *Pagando tiempo. Una introducción a la sociología del encarcelamiento*, Ed. Belaterra, Barcelona, 2003; asimismo, CESANO, JOSÉ DANIEL/DOVIO, MARIANA Ángela; *La criminalidad femenina en el discurso del positivismo criminológico argentino*, Ed. Brujas, Córdoba, 2009). Un ejemplo elocuente de ello ha sido la interpretación desarrollada por Cesare Lombroso, aceptada aún hoy por muchas teorías, respecto de la intervención de las mujeres en actividades delictivas. En el libro *La Donna Delinquente* (1892), Lombroso y su cuñado Giovanni Ferrero defendieron la idea de que la mujer tiene una inmovilidad y pasividad particular, que viene determinada fisiológicamente. Consideraron allí que no obstante ser más obedientes a la ley, las mujeres son amorales, es decir, engañosas, frías y calculadoras y que, con frecuencia, experimentan una regresión a sus impulsos primitivos que las conduce no al delito, sino a la prostitución.

¹⁷ En este sentido, cabe la mención de que la actividad de los tribunales de justicia ha sido uno de los objetos más destacados de los estudios socio-jurídicos orientados a las relaciones de género, en particular en las áreas de Derecho Penal, derecho de familia y derecho laboral (BODELÓN, ENCARNIA; "Género y Derecho" en: AAVV (Coord.), *Derecho y Sociedad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 650.

¹⁸ BODELÓN, ENCARNIA; *ibídem*, pág. 651.

De tal modo, y pese a que las normas internacionales de protección de DDHHM son instrumentos esenciales para promover la igualdad y romper con el androcentrismo de las ciencias jurídicas, lo cierto es que eran poco conocidas hasta hace unos pocos años — en que la cuestión de género tomó presencia— y, por tanto, apenas invocadas a la hora de formular peticiones ante los Tribunales penales. Y, más aún, eran infrecuentemente empleadas a la hora de fundamentar decisiones jurisdiccionales¹⁹.

Vale decir que, si bien constituyen una herramienta clave para litigar con perspectiva de género (habida cuenta que su contenido garantiza una protección integral y que los tribunales de justicia están obligados a efectuar una aplicación directa), su presencia es aún menor en las jurisprudencias nacionales.

Esta realidad se hace visible en el ámbito del DP argentino, en lo que atañe a los límites de la aplicación del Derecho Internacional de los DDHHM. El análisis de algunos casos tomados de la jurisprudencia nacional permiten sopesar esa renuencia, o simplemente indiferencia, a la aplicación de los instrumentos internacionales en la fundamentación de sentencias judiciales dictadas en relación con imputadas (la situación de ‘mujeres infractoras’).

En efecto, más allá de precedentes destacados, se advierte que los tribunales del país, al resolver sobre cuestiones penales y procesales diversas, no han solido abonar sus decisiones en consecuencia con los instrumentos jurídicos internacionales que consagran derechos humanos de las mujeres, sustentando básicamente sus criterios en la normativa interna²⁰.

A modo de referencia, se revisan a continuación tres ejemplos referidos a la observancia o inobservancia de la normativa internacional en el tratamiento de la mujer como imputada (en temas de prisión domiciliaria y trato procesal) y víctima de delitos.

§ SOBRE LA CONCESIÓN DE LA PRISIÓN DOMICILIARIA

En el año 2008 se sanciona en Argentina la Ley 26.472 (BO. 20.01.2009), innovadora en América Latina, que introduce el arresto domiciliario para mujeres embarazadas o con hijos menores de cinco años.

Esta regulación del instituto de la prisión domiciliaria pone en evidencia que la cárcel no es un lugar adecuado para las mujeres embarazadas y madres de niños menores²¹ (así como tampoco para otros colectivos especialmente vulnerables contemplados en la norma, como es el caso de enfermos incurables en estado terminal, personas con discapa-

¹⁹La Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha elaborado una base de jurisprudencia nacional sobre género que evidencia la cuestión, disponible en: www.cjn.gov.ar/om.

²⁰ Se observa, por lo contrario, una más frecuente invocación por parte de la Defensoría General de la Nación de las pautas normativas emanadas de la Convención sobre Eliminación de todas Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, en particular el Preámbulo y los artículos 1, 4.b. y 5.b.) y de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belem do Para, en especial su artículo 9), en las presentaciones y peticiones formuladas (DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN; *Mujeres privadas de libertad. Limitaciones al encarcelamiento de las mujeres embarazadas o con hijas/os menores de edad*, Buenos Aires, 2009).

²¹ Las estadísticas indican que, en Argentina, las mujeres embarazadas o con hijos a su cargo que se hallan detenidas se encuentran, por lo general, en un estado de precariedad económica, social y educativa: la mayoría de ellas son pobres y no han accedido a instancias de educación formal. Sin perjuicio de que deba precisarse que el tratamiento de las mujeres en conflicto con la ley penal que emana de dicha ley no es el más adecuado, puesto que establece limitaciones en cuanto a la edad de los hijos —cinco años—, así como restringe su aplicación a las mujeres, sin contemplar el supuesto del progenitor varón que se encuentre a cargo de hijos menores.

ciudades y mayores de setenta años). Frente a ello, el legislador argentino ha optado por una medida alternativa al encarcelamiento²².

El tratamiento de las mujeres en conflicto con la ley penal, según emana de dicha ley, merece algunas objeciones. En primer lugar, la causal de madre de hijo menor de cinco años restringe su aplicación a las mujeres, sin contemplar el supuesto del progenitor varón que se encuentre a cargo de hijos menores²³. Por otro lado, no resulta el más apropiado, dado que establece limitaciones en cuanto a la edad de los hijos (cinco años).

A propósito de dicha ley, se destaca aquí un fallo pionero en su aplicación, que adopta una interpretación amplia de la nueva regulación en concordancia con los derechos e intereses en juego consagrados en la Constitución Nacional y en distintos Tratados Internacionales. Se trata del pronunciamiento de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala A, de fecha 03.03.2009, dictado en la causa “*Incidente de solicitud de prisión domiciliaria de Helena Opoku Jhonston*”.

El caso involucraba a una mujer extranjera residente en Argentina, a la sazón madre de una niña de cinco años, que había sido imputada en un proceso seguido por el delito de contrabando de estupefacientes. La referida Ley 26.472 fue aducida por el defensor oficial como elemento a considerar, habida cuenta de su ampliación de los supuestos de procedencia del arresto domiciliario para las madres de niños menores de cinco años. Pese a que la niña ya había cumplido los cinco años de edad, el defensor solicitó el cumplimiento de la prisión preventiva dictada a la imputada bajo el régimen de arresto domiciliario, aduciendo, por una parte, los derechos de la madre y su hija a una vida familiar normalizada, y por otra, argumentando que no había en Argentina otros familiares que pudieran hacerse cargo de la menor, por lo que el encarcelamiento de la madre la colocaba en situación de desamparo, tornando inevitable su ingreso en un instituto de menores.

La solicitud de la defensa fue denegada por el juez de primera instancia, en razón de haber cumplido la hija la edad de cinco años y en virtud de la suscripción por parte de Argentina de la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas.

En su apelación, la defensa alegó ante la Alzada la prioridad que debe darse a la Convención sobre los Derechos del Niño y otros Tratados Internacionales, que establecen

²² Medida alternativa al encarcelamiento, mas no a la privación de libertad, ya que, como es sabido, las personas destinatarias de la ley siguen cumpliendo su pena privativa de libertad —o sujetas a una medida procesal restrictiva de su libertad—, pero lo hacen en sus domicilios, fuera de los muros de la cárcel.

²³ Durante el debate entre los miembros del Instituto de Ciencias Penales, con motivo de la presentación de este trabajo en sesión ordinaria del 28.03.2018, el Dr. José Daniel Cesano apuntó que ciertos condicionantes culturales siguen atravesando aún hoy reformas normativas que han implicado un adelanto. En concreto, comentó que “*La prisión domiciliaria por esta causal de madre de hijo menor de cinco años, que desde luego es un gran adelanto, sigue muy "atada" al rol de madre; que en rigor está muy impregnado de ciertas concepciones paternalistas. Desde la psicología es indudable las particularidades de ese rol; pero, a veces, creo que "atar" esta causal a ese rol; actúa limitativamente en relación a su capacidad de rendimiento. Pensar que el niño se ve beneficiado, únicamente, por la presencia de la madre, es una manifestación de ese estereotipo. En realidad, el niño se ve beneficiado por la presencia de la madre, pero también, con una figura de madre que ayude a proveer a su manutención, a su acompañamiento escolar e, incluso, a su esparcimiento. Es indudable que el rol materno que maneja la ley (o que manejamos los operadores) se vincula con este estereotipo. De lo contrario no se explica la negativa a ciertas flexibilizaciones que podrían optimizar el instituto. Quizá esto se deba a una visión de la criminalidad femenina y su tratamiento, que aparece aun como tributaria de ciertas visiones del positivismo criminológico: determinados delitos "femeninos"; el tratamiento carcelario destinado a la formación de un estereotipo de una "buena madre de familia"; dedicada a las cuestiones domésticas; es algo que -aunque equivocadamente- continúa vigente en los imaginarios sociales*”.

especial protección a la mujer y a la familia (preceptos incorporados a la Constitución Nacional). El recurso fue acompañado por una presentación en carácter de *amicus curiae* del presidente de la Asociación de Derechos Civiles (ADC), y otra de la Comisión sobre temáticas de género de la Defensoría General de la Nación.

Frente al planteo, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico resolvió revocar la resolución de primera instancia y hacer lugar al pedido de arresto domiciliario de la imputada. Basó la decisión en las siguientes consideraciones: a) que se trataba de una mujer procesada y, por ende, amparada por la presunción de inocencia (por lo que la ley debía ser interpretada de la manera más favorable posible); b) que no era procedente la interpretación restrictiva efectuada por el juez de instrucción acerca de la disposición que autoriza la prisión domiciliaria de mujeres con hijos menores de cinco años (por no resultar armónica con el resto del ordenamiento jurídico y con disposiciones de rango constitucional); c) que la Convención Internacional referida al tráfico de estupefacientes no guardaba vinculación con la cuestión a resolver y que su jerarquía normativa es inferior a la de aquellas convenciones que contemplan los derechos de los niños. Cabe anotar que el fallo contiene una alusión genérica a los Tratados Internacionales que establecen especial protección a la mujer.

Más allá de este precedente en particular (felizmente salvado en un tribunal superior), se advierte que los tribunales del país, al resolver sobre la concesión de la prisión domiciliaria de mujeres embarazadas o con hijos menores de cinco años, no suelen abonar sus decisiones en consecuencia con los instrumentos jurídicos internacionales que consagran derechos humanos de las mujeres, sustentando básicamente sus criterios en la normativa interna o en las pautas emanadas de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, aprobada por Ley 23.849 (BO. 22.10.1990).

Se observa, por lo contrario, la frecuente invocación por parte de la Defensoría General de la Nación de las pautas normativas emanadas de la Convención sobre Eliminación de todas Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, en particular el Preámbulo y los artículos 1, 4.b. y 5.b.) y de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belem do Para, en especial su artículo 9), en las peticiones de otorgamiento de arresto domiciliario a imputadas²⁴.

§ SOBRE DISCRIMINACIÓN EN EL TRATO PROCESAL DE LAS MUJERES

Se trae a colación aquí el caso “*Ibáñez, Sara del Pilar s/ su solicitud de avocación – Privación de Justicia*”, que motivó la actuación de la Defensa Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). La relevancia del caso estriba en su filiación en el marco de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, a raíz de que en dichos autos nunca fue valorado el hecho de que la imputada, acusada de la muerte de su esposo y de sus dos hijos menores de edad, fuera una mujer sometida a agresiones físicas y psíquicas por su marido a la hora de definir su culpabilidad, extremo que resultaba fácilmente deducible de las particularidades del hecho y de sus causas desencadenantes, según las pruebas producidas en el expediente.

En el marco del citado proceso penal se procuró esclarecer las circunstancias en que se produjo la muerte de Néstor Fabián B., esposo de la imputada Sara del Pilar Ibáñez, y la de los dos pequeños hijos de la pareja B.M.M. y B.U.N.F. El Tribunal Oral interviniente

²⁴ DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN (DGN); *Mujeres privadas de libertad. Limitaciones al encarcelamiento de las mujeres embarazadas o con hijas/os menores de edad*, Buenos Aires, 2009.

dictó condena en su contra, como autora de los delitos de Homicidio calificado en concurso real, perpetrados en contra de Néstor Fabián B. y de sus hijos B.M.M. y B.U.N.F., imponiéndole la pena de reclusión perpetua, accesorias de ley y costas del proceso. Dicha sentencia fue confirmada en las sucesivas instancias.

En su actuación ante la CSJN, la Defensoría Oficial alegó, concretamente, privación de justicia y sostuvo que Sara Ibáñez padeció sistemáticas violaciones a los derechos humanos, en su doble condición de mujer y de imputada. Adujo que la nombrada fue víctima de una clara discriminación en razón de género, que puede resumirse en la siguiente falacia argumentativa: “*si cometió tan horrendo crimen, violando sus deberes de esposa y de madre, no merece defensa alguna*”.

La Defensoría Oficial sostuvo que Ibáñez careció de toda defensa, incurriéndose así en violación del debido proceso, y que el Tribunal de sentencia eligió la versión más gravosa e ignoró su condición de mujer maltratada (víctima recurrente de violencia doméstica), omitiendo evaluar debidamente las lesiones en su cuerpo y el aborto que presentaba, probablemente ocasionado por los golpes de su agresor. En esencia, la parte planteó que, durante todo el proceso, se desearon las referencias a situaciones de violencia intrafamiliar surgidas de la prueba recabada.

La defensa invocó así violación de los preceptos contenidos en la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer —con jerarquía constitucional, artículo 75, inciso 22, C.N.— y en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer. Planteó, en este sentido, que la sentencia condenatoria no sólo ignoró los artículos 1, 2 incisos c, d, y e, y 3 de la CEDAW, sino que el caso aparece como una muestra emblemática del incumplimiento del Estado argentino de la obligación impuesta en el artículo 5, inciso a, de la citada Convención, en tanto sólo una absoluta ignorancia por parte de los operadores judiciales de la problemática de género y de sus consecuencias pudo conducir a una condena de las características de la impuesta en el caso concreto²⁵.

Para concluir, hay que decir que la vía utilizada —privación de justicia— no resultó formalmente adecuada para habilitar la intervención de la CSJN, que mediante sentencia de fecha 20 de junio de 2006 rechazó la solicitud de avocación (*Fallos*, 329: 2296). Una vez más, a través de estos casos testigos, se observa la referida reticencia o indiferencia de los tribunales del país a la aplicación de las normas internacionales de protección de los DDHHM.

§ SOBRE LA CONSIDERACIÓN DE LA MUJER COMO VÍCTIMA DEL DELITO

En un fallo del año 2013, la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó una suspensión de juicio a prueba en un caso de violencia de género por considerar que la decisión jurisdiccional adoptada era incompatible con la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, aprobada por Ley 24632 (Convención de Belém do Pará). Se trata del pronunciamiento “Góngora, Gabriel Arnaldo s/ causa n° 14902”, del 23.04.2013, en el que el máximo Tribunal abrió el recurso de hecho por considerarlo formalmente procedente por hallarse en cuestión la inteligencia de las normas de un tratado internacional —artículo 7 de la Convención mencionada— y ser lo resuelto por la Cámara Federal de Casación Penal contrario al derecho que el recurrente sustentó en ellas (artículo 14, inciso 3°, Ley 48).

²⁵ MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA; *Actuación de la Defensa Oficial ante la C.S.J.N.*, Buenos Aires, 2008, pág. 655-685.

En dicha causa, el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 42 ordenó el procesamiento sin prisión preventiva de Gabriel Arnaldo Góngora por considerarlo *prima facie* autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple, reiterado —dos hechos, uno consumado y otro tentado, en concurso real—. El fiscal se opuso a la concesión de la suspensión del juicio de prueba solicitada por el imputado en audiencia indagatoria, con fundamento en la necesidad de realizar el juicio oral y público, desde que no podía descartarse que, en caso de recaer condena, ésta fuese de cumplimiento efectivo, sin perjuicio de la necesidad de esclarecer lo realmente ocurrido. Adujo asimismo que no podía apartarse del mandato expreso previsto en los instrumentos internacionales, específicamente, la Convención Belem do Pará y la Convención sobre Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. A su turno, el tribunal oral compartió los fundamentos del Ministerio Público Fiscal y rechazó la solicitud de suspensión del juicio.

La causa llegó a la Corte Suprema luego de que la Cámara de Casación revocara dicha decisión del Tribunal Oral de rechazo de la *probation* del imputado, en razón de que, a criterio de la Cámara, la oposición del fiscal al otorgamiento del instituto no era vinculante. La resolución fue recurrida por el Fiscal General por la vía del recurso extraordinario federal con fundamento en que se apartaba del fallo plenario “Kosuta” y en que se estaba en crisis el alcance de la Convención de Belém do Pará.

La sentencia de la Corte Suprema que hizo lugar por unanimidad al recurso interpuesto y revocó el referido pronunciamiento, partió de señalar que no había controversia respecto de que los sucesos investigados en el proceso ostentaban la calidad de hechos de violencia contra la mujer, de conformidad al artículo 1 de la Convención de Belem do Pará.

Postuló que la decisión del Tribunal casatorio desatendía el compromiso del Estado de sancionar dicha clase de delitos y que la norma internacional invocada impone considerar que, en el marco de un ordenamiento jurídico que ha incorporado al referido instrumento internacional, la adopción de alternativas distintas a la definición del caso en la instancia del debate oral deviene improcedente.

El impedimento surge de considerar que el término juicio expresado en la cláusula 7° de la Convención de Belem do Pará resulta congruente con el significado que en los ordenamientos procesales se otorga a la etapa final del procedimiento penal. En términos estrictos, sólo del juicio oral se puede derivar el pronunciamiento definitivo sobre culpabilidad o inocencia del imputado, es decir, verificarse la posibilidad de sancionar la clase de hechos exigida por la Convención²⁶. Por su parte, la concesión de la *probation* al imputado “frustraría la posibilidad de dilucidar en aquél estadio procesal la existencia de hechos que *prima facie* han sido calificados como de violencia contra la mujer, junto con la determinación de la responsabilidad de quien ha sido imputado de cometerlos y de la sanción que, en su caso, podría corresponderle²⁷”.

Sobre la base de tal entendimiento, la Corte concluyó en que prescindir del debate “implicaría contrariar una de las obligaciones que asumió el Estado al aprobar la Convención de Belem do Pará para cumplir con los deberes de prevenir, investigar y sancionar sucesos como los aquí considerados²⁸”. Por último, se descartó el argumento de la defensa, asumido por el fallo de Casación, de considerar que el ofrecimiento de reparación del daño

²⁶ (Fallos: 336: 392).

²⁷ *Ibídem*.

²⁸ *Ibídem*.

que exige el instituto de suspensión de juicio a prueba (art. 76 bis, párrafo tercero, del Código Penal) cumpla con los extremos que reclama la convención²⁹.

El presente pronunciamiento se hace eco así de los preceptos emanados de instrumentos internacionales de protección de los DDHHM.

4. Reflexiones finales

La sucinta revisión precedente permite observar cómo una serie de prejuicios, actitudes y preconceptos de los operadores del sistema de justicia penal argentino respecto de personas de sexo femenino, como así también respecto de personas que pertenecen a una raza o etnia determinada o a un grupo minoritario, influye en la interpretación y aplicación de las leyes y, al cabo, en las decisiones judiciales que aquéllos adoptan.

En este sentido, conviene poner de resalto una serie de estereotipos de género que suele emplearse de manera discriminatoria por parte de la justicia penal en la resolución de casos³⁰. Tales estereotipos de género (entendiéndose por ellos a aquellas imágenes sociales generalizadas, preconceptos sobre características personales o roles que cumplen o deben ser cumplidos por los miembros de un grupo determinado) se corresponden con costumbres, tradiciones, mitos y/o conocimientos que la gente tiene de la ley, así como el uso que la gente hace de la ley en la vida diaria. Podrían resumirse en los siguientes: ‘mujer honesta’, ‘mujer mendaz’, ‘mujer instrumental’, ‘mujer corresponsable’ y ‘mujer fabuladora’³¹.

Paralelamente, cualquier reflexión sobre la interpretación y aplicación judicial de las normas no puede prescindir de una consideración sobre la composición misma de la administración de justicia. No obstante los compromisos internacionales asumidos por nuestro país en materia de género y, puntualmente en relación con la igualdad de oportunidades para el acceso a los cargos públicos, se observa hoy una clara disparidad en lo que

²⁹ Más allá de las opiniones de doctrina en relación con el fallo, la tesis que niega la aplicación de la *probation* en casos de violencia de género cuenta con amplia acogida en la jurisprudencia. A modo ilustrativo se citan los siguientes antecedentes: “C.A.M. s/ rec. de casación”, CNCP Sala II, 30.11.2010, *Sup. Penal*/Feb., 46; “Ortega, René Vicente”, CNCP, Sala II, 7.12.2010, *Sup. Penal* 2011 (marzo), 45; “G., J. A. p.s.a. lesiones leves calificadas - Recurso de Casación”, T. S. Córdoba, Sala Penal, 31.08.2011, *DJ* 01.02.2012, 44; “Serrano Gallardo, Eduardo Nicolás s/ recurso de casación”, CNCP, Sala I, 7.11.2012, disponible en la web oficial del Poder Judicial de la Nación; “P., S.” CNCP, Sala I, 27.11.2012, *Abeledo Perrot* N° AP/JUR/4109/2012 (Documento digital, pp. 3 y 4); “P., L. L.” TSCórdoba, Sala Penal, 6.12.2012, *APJD* 19/02/2013 (Abeledo Perrot N° AP/JUR/3994/2012, pp. 4 y 5); “C., H. H. s/ impugna rechazo de suspensión de juicio a prueba”, Trib. Impugnación Penal Santa Rosa, Sala B, 06.03.2013, *LLPatagonia* 2013 (agosto), 1144; “Meza, Marco Antonio s/ recurso de casación”, CNCP, Sala III, 26.04.2013, Reg. N° 588/2013, *La Ley Online* (AR/JUR/11670/2013); “Bonelli, Rubén Daniel s/ recurso de casación” Sala III, 30.04.2013, Reg. N° 621/2013, *LA LEY* 15/05/2013, 10; “L., S. G. p/ abuso sexual cometido contra una menor de trece años-San Roque”, S.T.J. Corrientes, 29.05.2013, *Infojus* (FA13210013, pp. 3-5); “B., J. C. s/ p.s. a. lesiones leves calificadas, etc. - Recurso de casación” T. S. Córdoba, Sala Penal, 30.05.2013, *LA LEY* 26.06.2013, 15, “Kaplinsky, Daniel Isaac s/ recurso de casación”, CNCP, Sala I, 31.05.2013, *Infojus* (FA13261239, pp. 6-20, *passim*) y “G., M. R. s/ recurso de queja interpuesto por el Fiscal General”, Trib. Casación Penal Bs.As., 30.09.2013, disponible en web oficial de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

³⁰ La Defensoría General de la Nación ha recopilado y analizado casos judiciales en los que se evidencia la incidencia de los estereotipos mencionados en la interpretación y aplicación de leyes efectuada por tribunales penales argentinos de las leyes, al dictar fallos que involucran a mujeres como víctimas de delitos (esto es, mujeres que han recurrido al sistema) (DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN; *Mujeres privadas de libertad. Limitaciones al encarcelamiento de las mujeres embarazadas o con hijas/os menores de edad...*, pág. 83).

³¹ LARRAURI, ELENA; “Cinco tópicos sobre las mujeres víctimas de violencia... y algunas respuestas del feminismo oficial” en: LAURENZO/MAQUEDA/RUBIO (Coord.), *Género, Violencia y Derecho*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2008.

concierno al acceso a cargos jerárquicos. En efecto, la dificultad de acceso a los principales cargos de la magistratura se evidencia en el dato de que el 78 por ciento de los jueces federales son hombres y el 22 por ciento mujeres³².

En contrapartida a esta realidad, es justo destacar que la labor de las Oficinas de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación³³ y de los altos Tribunales de Provincia, a través de sus políticas de implementación de la perspectiva de género mediante la capacitación de sus operadores jurídicos, elaboración de mapas de género y recopilación de jurisprudencia en la materia, ha contribuido a generar una mayor conciencia acerca de la importancia de considerar la perspectiva de género en la interpretación de las normas, según los márgenes dados por la dogmática penal, para la resolución de los casos judiciales. En esta misma línea, cabe asimismo poner de resalto la actuación por más de una década de la Comisión sobre temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación, cuya misión es precisamente la de favorecer la implementación de estrategias de defensa con perspectiva de género³⁴, así como también la creación de la Unidad Fiscal Especializada de Violencia contra las Mujeres (UFEM) por parte de la Procuración General de la Nación, en el año 2015.

Bibliografía

- ARROYO VARGAS, ROXANA; “Conceptos básicos de derechos humanos y aportes feministas”, 2010, disponible en: www.cejeg.com/course.
- ARROYO VARGAS, ROXANA; “Violencia estructural de Género: una categoría necesaria de análisis para los derechos humanos de las mujeres”, 2010 disponible en: www.cejeg.com/course.
- BERGALLI, ROBERTO/BODELÓN, ENCARNACIÓN; “La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico” en: *Anuario de Filosofía del Derecho IX*, España, 1992.
- BODELÓN, ENCARNACIÓN; “Género y Derecho” en: AAVV. (Coord.), *Derecho y Sociedad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, págs. 637-653.
- BODELÓN, ENCARNACIÓN; “Género y sistema penal: los derechos de las mujeres en el sistema penal” en: BERGALLI, ROBERTO (Coord.), *Sistema penal y problemas sociales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 451-486.
- BODELÓN, ENCARNACIÓN; “Feminismo y Derecho: mujeres que van más allá de lo jurídico” en: NICOLÁS, GEMMA/BODELÓN, ENCARNACIÓN (Comps.), *Género y Dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*, Ed. Anthropos, Barcelona, 2009, págs. 95-116.

³² Los datos surgen de un informe realizado por la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), junto con otras organizaciones de la sociedad civil, a partir de datos abiertos del Ministerio de Justicia de la Nación. El informe señala que la composición no muestra demasiadas variaciones entre las distintas instancias judiciales: las cámaras federales están compuestas por un 77% de hombres y un 23% de mujeres; los tribunales orales federales están compuestos por un 79% de hombres y un 21% de mujeres; y los juzgados de primera instancia están compuestos por un 77% de hombres y un 23% de mujeres (Diario *La Nación*, 06.02.2018, disponible en www.lanacion.com.ar).

³³ La Oficina de la Mujer de la CSJN fue creada en 2009 con el objetivo de impulsar, en la esfera del Poder Judicial, un proceso de incorporación de la perspectiva de género en la planificación institucional y en los procesos internos, a fin de alcanzar la equidad de género, tanto para quienes utilizan el sistema de justicia como para quienes trabajan en él.

³⁴ No constituye un dato menor la cifra de atención a 17680 personas por violencia de género, desde 2009 a 2017, en las distintas oficinas de la Defensoría, que recibieron asistencia legal, asesoramiento prejudicial y orientación legal. De ellas, 4592 mujeres fueron patrocinadas en forma gratuita durante la tramitación de medidas de protección frente a la violencia de la que fueran víctimas (www.mpd.gov.ar).

- BODELÓN, ENCARNIA; *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales*, Ed. Didot, Buenos Aires, 2012.
- CESANO, JOSÉ DANIEL/DOVIO, MARIANA Angela; *La criminalidad femenina en el discurso del positivismo criminológico argentino*, Ed. Brujas, Córdoba, 2009
- DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN; *Mujeres privadas de libertad. Limitaciones al encarcelamiento de las mujeres embarazadas o con hijas/os menores de edad*, Buenos Aires, 2009.
- FACIO, ALDA; “El sistema internacional de protección de los derechos humanos” e: www.cejega.com/course.
- GIDDENS, ANTHONY; *Sociología*, Ed. Alianza, Madrid, 3º edición, 2001.
- MATTHEWS, ROGER; *Pagando tiempo. Una introducción a la sociología del encarcelamiento*, Ed. Belaterra, Barcelona, 2003.
- MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA; *Actuación de la Defensa Oficial ante la C.S.J.N.*, Buenos Aires, 2008.
- LARRAURI, ELENA; “Cinco tópicos sobre las mujeres víctimas de violencia... y algunas respuestas del feminismo oficial” en: LAURENZO/MAQUEDA/RUBIO (Coord.), *Género, Violencia y Derecho*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2008.
- PITCH, TAMAR; “Justicia penal y libertad femenina” en: NICOLÁS, GEMMA/BODELÓN, ENCARNIA (Comps.), *Género y Dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*, Ed. Anthropos, Barcelona, 2009, pág. 117-126.

Moral y merecimiento: algunas notas sobre el retribucionismo contemporáneo

Moral and deserving: some notes on contemporary retributivism

por: **FEDERICO MASSEI***

RESUMEN: El retribucionismo contemporáneo, en sus diferentes corrientes, ofrece otra respuesta al interrogante de por qué castigar, distinta a las teorías preventivas de la pena. Autores como Rawls, Berman y Moore fundamentan una teoría retributiva del castigo desde perspectivas filosóficas, basada en argumentos tales como merecimiento y responsabilidad moral. El presente trabajo plantea de manera esquemática los lineamientos más destacados de dichas justificaciones.

PALABRAS CLAVES: Castigo penal. Retribución. Moral. Merecimiento. Retribucionismo. Utilitarismo.

ABSTRACT: *the contemporary retributivism, in their many forms, offer another answer to the question about why to punish, different of deterrence theories. Rawls, Berman and Moore offer a retributive theory of punishment from a philosophical view, based on the idea of deserving and moral responsibility. This paper offers general guidelines about those theories.*

KEY WORDS: *Punishment. Retribution. Moral. Desert. Retributivism. Utilitarianism.*

1. Introducción

Posiblemente uno de los puntos más debatidos en la discusión académica del derecho penal sea la pregunta ¿para qué sirve el derecho penal?, o bien reformulada desde una perspectiva “funcional” ¿cuál es la función que cumple en la sociedad? La variedad de respuestas a dichos interrogantes es casi ilimitada. Una posibilidad que algunos autores sostienen es que, para contestar estas pregunta, un punto de partida es analizar la característica —y consecuencia— más destacada del derecho penal: la pena¹. Indagar sobre la función y finalidad de la pena puede, desde esta perspectiva, ser un comienzo para definir una visión sobre el derecho penal.

La variedad, cantidad y disparidad de posturas sobre el fin (y/o en su caso la función) de la imposición de castigo, las cuales se vienen dando hace ya un par de siglos, pue-

*Abogado, especialista en derecho penal (UNC), adscripto de la materia Derecho Penal I (UNC), actualmente se desempeña como prosecretario letrado en la Unidad Fiscal de Litigio Oral Estratégico –UFLOE– del Ministerio Público Fiscal de la Nación; ab.federicomassei@gmail.com

¹ Sólo a modo ilustrativo, Alcácer Guirao: “Es indudable que cuando se plantea la misión que desempeña en sociedad el Derecho penal, el primer objeto de análisis que tiende a establecerse es la pena. La sanción penal (...) es, en buena medida, la carta de presentación del Derecho penal...” (ALCÁCER GUIRAO, RAFAEL; *Los fines del Derecho Penal. Liberalismo y comunitarismo en la justificación de la pena*; editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2001; p. 19). En sentido parecido, Mir Puig, quien sostiene que la función del Derecho penal depende de la función que se le asigne a la pena (MIR PUIG, SANTIAGO; *Derecho Penal. Parte General 8° edición*; edición BdeF, Buenos Aires – Montevideo, 2007, p.77). Refiriéndose a la justificación de la teoría del delito, en sentido similar, Bacigalupo (BACIGALUPO, ENRIQUE; *Lineamientos de la Teoría del delito*, tercera edición renovada y ampliada; editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1994; p 28).

den responder a múltiples factores. La intuición me indica que ello puede deberse al hecho de que imponer un castigo a otra persona apela a las convicciones, creencias, principios y sentimientos más arraigados en cada uno de nosotros: estamos debatiendo sobre el porqué decidimos, como seres humanos, como técnicos del derecho y como sociedad en general, imponer a otra persona de manera deliberada una situación gravosa que lo prive parcialmente de sus derechos.

A grandes rasgos, cuando se indaga sobre los fines de la pena, los autores suelen presentar dos grandes “familias” de teorías de la pena: las teorías absolutas y las teorías relativas. Generalmente, el foco del análisis pasa por las llamadas teorías relativas de la pena, en donde se han desarrollado diferentes propuestas: las variantes preventivas, con la prevención especial (negativa y positiva), y prevención general (positiva y negativa); como también las denominadas teorías mixtas o unificadoras², en la cual se “fusionan” los fines preventivos generales y especiales —ambos positivos—.

Existe otro grupo de teorías de la pena, a las cuales referiré como teorías absolutas. Su análisis en la tradición dogmática y académica actual ha quedado relegado, reduciéndose en ciertos casos a una mera mención de tipo anecdótica o bien como un hito superado en la historia del pensamiento penal. Esto **no es una generalización**; en efecto, esto no ocurre con corrientes “finalistas”: así, para citar a su mayor exponente, WELZEL en su obra “Derecho Penal” parte de una postura interesante de analizar: “La pena se justifica como *retribución* según la medida de la culpabilidad. Este sentido de la pena se dirige a la comprensión y a la voluntad del hombre, tanto del autor como de la sociedad en que vive. La retribución justa de la infracción culpable *pone de manifiesto ante todo el mundo el desvalor del hecho, y consolida el juicio ético social*”³.

El debate entre posiciones retributivas y preventivas de la pena es un tema inacabado. En este sentido, algunos autores contemporáneos han retomado la discusión respecto a este tipo de teorías, mejor denominadas como **retributivas** o **retribucionistas**. Así, Luis Greco⁴, Gabriel Pérez Barberá⁵ o Bernd Schünemann⁶, han publicado diversos trabajos en donde dan cuenta de un resurgimiento de teorías de la pena retribucionistas, particularmente en el escenario académico anglosajón⁷. Lo que ha llamado mi atención han sido al menos dos cuestiones que me han motivado para encarar esta monografía: una de ellas es la

² Uno de los principales exponentes de esta postura es el maestro alemán Claus Roxin, quien en su obra *Derecho Penal. Parte General* sostiene que la persecución simultánea de fines preventivos generales y especiales no es problemática en la generalidad de los casos, pero enfatizando que “el fin de la pena sólo puede ser de tipo preventivo” (ROXIN, CLAUD; traducido por Luzón Peña, Diego-Manuel *et al*; *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*; editorial Civitas, Madrid, 1997, primera edición; p. 95 y ss.).

³ citado en SANCINETTI, MARCELO A.; *Teoría del delito y disvalor de acción*; editorial Hammurabi, reimpresión, Buenos Aires, 2001, p. 52)

⁴ GRECO, LUÍS; *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal*; editorial Marcial Pons, Buenos Aires, 2015.

⁵ PÉREZ BARBERÁ, GABRIEL; *Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena. Una justificación deontológica de la pena como institución*; publicado en *Indret* «www.indret.com», Barcelona, octubre de 2014.

⁶ SCHÜNEMANN, BERND; traducción de Peralta, José Milton; “Aporías de la teoría de la pena en la filosofía. Pensamientos sobre Immanuel Kant” en *Derecho Penal Contemporáneo*; editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2010 (disponible en versión digital en «www.indret.com», Barcelona, 2008).

⁷ Omití mencionar un trabajo en particular, por razones de espacio, pero no por ello menos interesante: “El castigo penal en EEUU. Teorías, Discursos y Racionalidades Punitivas del Presente”, de DIEGO ZYSMAN QUIRÓS, publicado en *Mitologías y discursos sobre el castigo: historias del presente y posibles escenarios*, obra colectiva a cargo de IÑAKI RIVERA BEIRAS (editorial Anthropos, Barcelona, 2004).

variedad de autores que se analizan, representativos de **diferentes corrientes dentro del retribucionismo**; por otra parte, la perspectiva filosófica desde la cual se presentan ambos artículos.

El abordaje de la problemática de los fines del castigo penal es realizado allí desde muchas aristas de la filosofía del derecho penal. En lugar de recurrir al análisis dogmático puro, de *lege lata*, los autores se permiten ir más allá de las limitaciones del derecho positivo, para hacer algunas consideraciones de tipo deontológicas.

Ello me motivó a profundizar, al menos de manera incipiente, sobre los postulados básicos de la llamada teoría retributiva o retribucionista de la pena, derivando en el modesto objetivo de este trabajo: reseñar a algunos autores que se encuadran bajo las llamadas teorías retributivas de la pena, con la idea de trazar un mapa tentativo de corrientes o posturas dentro de dichas teorías⁸. Así, a continuación realizaré una reseña de textos que “reflejan” diversas posiciones dentro del retribucionismo entendido como corriente ius filosófica; espero poder mostrar las diferencias entre las posturas a reseñar.

2. Dos conceptos de reglas: otras teorías mixtas sobre el castigo penal.

Decidí comenzar este recorrido con uno de los autores anglosajones más conocidos en nuestras latitudes. **John Rawls** (1921—2002), filósofo y profesor de filosofía en la universidad de Harvard, ha realizado grandes aportes a la filosofía política como así también a la filosofía moral. Entre nosotros, es conocido por sus aportes a la idea contractualista y al concepto de justicia distributiva⁹.

Particularmente, Rawls también ha incursionado en la teoría del castigo penal, siempre desde una perspectiva filosófica, en un artículo titulado “Dos conceptos de reglas”¹⁰ (“*Two Concepts of Rules*”). Llegué a este autor a partir del ya referido artículo de Gabriel Pérez Barberá, quien allí recurre “...a algunas ya un tanto antiguas ideas de Rawls y de Hart para identificar los diferentes ámbitos de aplicación de los principios morales que aquí interesan”¹¹.

Si bien no se trata de un autor contemporáneo, Rawls en la obra referida realiza una serie de consideraciones que me parecieron interesantes como punto de partida para esta reseña. Particularmente, respecto a la diferencia entre teorías del castigo utilitaristas y teorías del castigo retribucionistas. Si bien asume una perspectiva utilitarista, el interés en analizarlo radica en que muestra de manera clara las diferentes formas que hay para justificar el castigo.

⁸ Valga lo siguiente como advertencia preliminar al lector: en primer lugar, lo que expondré a continuación será una serie de reseñas y breves análisis de diferentes artículos, de autoría diversa. Si bien tomé como punto de partida una referencia conocida, a partir de allí la búsqueda de autores se centró en la disponibilidad de material pero también en la variedad de posturas sostenidas por cada uno. En segundo lugar, todos los artículos y autores reseñados aquí están fuertemente ligados a la filosofía del derecho penal. Finalmente, en algunos casos los textos con los que trabajé no los pude encontrar traducidos al idioma español, sino en su idioma original, el inglés; en esos casos —que se aclarará específicamente—, realicé su traducción. Así, en varias oportunidades se realizará una reseña global de la idea propuesta por el autor, en vez de una traducción literal del texto.

⁹ Entre sus obras más conocidas, *Teoría de la Justicia* (Fondo de Cultura Económica, México DF, 2010) y *Justicia como Equidad* (Tecnos, 2002), no sólo se encuentran traducidas al español sino que son material de referencia en los cursos de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC.

¹⁰ RAWLS, JOHN; en FOOT, Phillipa (coordinadora); *Teorías sobre la Ética*; editorial Fondo de Cultura Económica, México DF, 1974, p. 210 y ss; originalmente publicado en *Philosophical Review*, Vol. 64 (1955).

¹¹ PÉREZ BARBERÁ, GABRIEL; op cit. p.7.

El autor parte de la siguiente premisa: la mayoría de las personas está de acuerdo que, libre de abusos, el castigo “es una institución aceptable...”¹². Lo que sí es problemático, en cambio, es la justificación de esta institución.

A grandes rasgos, plantea que hay dos justificaciones del castigo. Por un lado, aquello que llama “punto de vista retributivo”¹³, según el cual el castigo se justifica sobre la base de la premisa moral que las malas acciones merecen castigo. Es moralmente correcto que quien hace el mal “sufra en proporción con la maldad cometida... La situación del malhechor que recibe castigo es mejor moralmente que cuando no lo recibe, y es mejor independientemente de las consecuencias que se pueda conseguir con el castigo”¹⁴.

Por otra parte, establece aquello que denomina “punto de vista utilitarista”¹⁵, el cual se fundamenta en el principio de que lo pasado es pasado y sólo importan las consecuencias futuras para las decisiones a tomar. Este punto de vista señala que el castigo se justifica sólo por las posibles consecuencias de mantenerlo como instrumento de orden social; es decir, el castigo sólo está justificado si promueve efectivamente el interés de la sociedad.

Frente a la disyuntiva de cómo conciliar ambas posturas, las cuales *a priori* lucen opuestas, Rawls plantea que deben distinguirse dos niveles de justificación. En primer lugar, debe analizarse la justificación de la práctica o institución social del castigo, tarea llevada a cabo por el legislador al momento de proponer y sancionar una ley; en este caso, afirma Rawls, la justificación del castigo responderá a criterios utilitaristas, toda vez que “...a la larga, tendrá la consecuencia de fomentar los intereses de la sociedad”¹⁶.

En segundo lugar, sostiene que hay que determinar la justificación del hecho individual de castigar en cada caso concreto, hecho específico que recae en cabeza del juez al momento de fallar en los casos que son llevados a juicio para ser resueltos; aquí la justificación del castigo se basa en conceptos retribucionistas, basados exclusivamente en un hecho que cometió la persona en el pasado.

Frente a ambas posturas, el autor busca reproducir —someramente— las críticas que una corriente realiza a la otra. Así, plantea que los retribucionistas señalan que siguiendo el principio de utilidad y beneficio social, se puede castigar a una persona inocente si de ello redundan en un beneficio social. El utilitarismo responde a esta crítica aduciendo que el castigo sólo estará justificado en aquellos sistemas que prevén que sólo quien quebrante la ley deba ser sometido a castigo; en cambio, cualquier exceso o desviación de este principio deja de estar justificado.

Sin entrar en definiciones demasiado específicas, este trabajo de Rawls permite tener un primer panorama sobre dos fundamentos o justificaciones del castigo: o bien se busca alguna utilidad social en el castigo, o bien el castigo se justifica porque castigar al culpable es algo moralmente bueno, independientemente de sus consecuencias. Trazando un paralelismo con las teorías reseñadas en la introducción, se puede fácilmente encuadrar a las que expuse como teorías absolutas como teorías retribucionistas, mientras que las teorías relativas (o de la prevención) son teorías utilitaristas.

Siguiendo a Rawls, podría decirse que al momento de indagar sobre la **justificación del castigo** debemos distinguir específicamente dos preguntas. Si lo que buscamos saber es para qué castigamos, habría que indagar en principios de tipo utilitaristas; ahora bien, si la

¹² RAWLS, JOHN, op cit., p 212.

¹³ Ídem.

¹⁴ Ídem. Sobre el uso de la palabra “malhechor” (sic), véase la nota al pie 23, *infra*.

¹⁵ Ídem, p.213.

¹⁶ Ídem, p. 214.

pregunta reside en porqué castigamos, claramente habrá que responder en base a posiciones retribucionistas.

Rawls presenta una particular propuesta sobre la justificación, una mixtura de la perspectiva utilitarista con el punto de vista retributivo, pero distinguiendo dos momentos del castigo a los cuales se les aplican fundamentos diferentes. Esto no es menor, toda vez que **un autor** que se reconoce **utilitarista concede un rol significativo a la justificación retributiva** del castigo.

En similar sentido, H.L.A. **Hart**¹⁷ ha trabajado sobre una teoría mixta o dual de la justificación del castigo. Deliberadamente omitiré su análisis dado que arriba a conclusiones parecidas a las realizadas por Rawls. Además de ello, dicho autor no se encuentra traducido, por lo que preferí concentrar los esfuerzos en autores que partan de posiciones diferentes¹⁸.

Esta teoría dual es recibida en parte por Carlos Santiago **Nino**, quien en su obra “Introducción al análisis del derecho” adopta una posición que combina tanto los aspectos positivos del utilitarismo como también los aspectos positivos del retribucionismo, “en una justificación coherente de la pena”¹⁹. En este punto, el propio autor satiriza en parte su posición; así, en “Los límites de la responsabilidad penal”, llega a plantear: “el calificativo “retribucionista” se aplica a muchas ideas diferentes (alguien podría decir que mi propia posición es retribucionista, ya que no es puramente utilitarista)”²⁰. Lo valioso de la postura de Nino, al margen de que no sea un exponente del retribucionismo puro en nuestro país, es que propone una justificación del castigo basada en argumentos retributivos/utilitarios, aventurándose a discutir una mirada de la retribución como fundamento —aunque sea tangencial— de la pena.

3. Para salir del clóset: la justificación moral del castigo en Michael S. Moore

¹⁷HART, H.L.A.; “Prolegomenon to the principle of justice”, en *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law, second edition*; editorial Oxford University Press, Nueva York, 2008, pp 1-27. Un análisis de este artículo puede hallarse en el ya citado trabajo de Gabriel Pérez Barberá. Asimismo, puede verse una ilustrativa reseña bibliográfica de esta obra a cargo de LUIS NAVARRETE, en “PROBLEMA. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho”, N°5 del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México UNAM, disponible en su página web «<http://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/filosofia-derecho/article/view/8124/10071>».

¹⁸ Sin perjuicio de ello, véase más adelante algunas breves referencias.

¹⁹ Me parece oportuno, a riesgo de sobreabundar, transcribir un párrafo de “Introducción...” en donde, en rasgos generales describe su posición: “Es posible combinar los aspectos positivos del utilitarismo y del retribucionismo en una justificación coherente de la pena. Si no se quiere abrazar el oscuro mito de concebir como buena a la suma de dos males, debe exigirse como condición necesaria de la legitimidad de toda pena el que ella sea, demostrablemente, el medio más eficaz para evitar perjuicios sociales mayores a los que ella implica. Pero una cosa es justificar una pena y otra distinta es justificar su aplicación a alguien en particular, y para dar este último paso debemos complementar el principio utilitarista de la protección social con un principio de distribución. Hay un principio de distribución de beneficios y cargas, aceptado en otros ámbitos de la vida social, que es aquí relevante; éste es un principio fundado en el consentimiento de los individuos afectados. La imposición a un individuo de una carga o sacrificio socialmente útil está justificada si es consentida por éste (recordemos lo que se dijo en la sección a acerca de cómo del principio de dignidad de la persona se infiere que cuando los hombres son tratados según su consentimiento no son tratados sólo como medios en beneficio de otros)”. (NINO, Carlos Santiago; *Introducción al análisis del derecho*, 2° edición, 12° reimpresión; editorial Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 431).

²⁰ NINO, CARLOS SANTIAGO; *Los límites de la responsabilidad penal. Una Teoría liberal del delito*; editorial Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 264.

Uno de los autores contemporáneos más citados como ejemplo del retribucionismo en su variante más pura es el norteamericano Michael S. Moore. Su obra más conocida —y citada— es *Placing Blame. A Theory of the Criminal Law*²¹, en donde se recopilan gran parte de sus trabajos en el campo de la filosofía del derecho pero también de teoría general de derecho penal. Dado su volumen, y sumado al hecho que no se encuentra traducido, decidí utilizar para este trabajo algunos pasajes de capítulos específicos —los capítulos dos y cuatro—, con la idea de mostrar al menos de manera somera los rasgos esenciales de su justificación del castigo penal.

El título que elegí para esta sección hace referencia a la propuesta de Moore en los inicios de su obra. En efecto, el capítulo dos de *Placing Blame* se titula *Closet Retributivism*²², expresión que puede traducirse como retribucionismo de clóset. Esta ingeniosa expresión es el disparador con el cual el autor comienza su análisis sobre la justificación del castigo. De hecho, y a modo de introducción, dedica el capítulo en cuestión a aquellos teóricos que, sin definirse como retribucionistas, pueden serlo sin darse cuenta: están encerrados en el closet del retribucionismo, pero en el fondo buscan salir y asumirse como tales.

Moore establece una definición inicial del teórico retribucionista, al cual define como aquel que cree que la justificación para castigar a un delincuente²³ es, simplemente, que ese delincuente **merece ser castigado**. Luego de hacer un breve repaso por las teorías del castigo predominantes (prevención especial negativa y positiva, prevención general, teorías expresivas y de la denuncia), a las cuales califica de utilitaristas y que critica porque todas ellas a su manera mediatizan a la persona en pos de una utilidad social determinada, ingresa de lleno al retribucionismo, al cual define como la visión de que **el castigo está justificado en el merecimiento del delincuente**. Así, el bien que se obtiene con el castigo no tiene nada que ver con asuntos futuros o situaciones deseables tales como la prevención de los delitos o la cohesión social. El bien que con el castigo se logra es que la persona que merece ser castigada, tenga lo que merece (vale decir, sea castigada por el hecho de merecerlo). Desde esta perspectiva, el castigo del culpable es en sí mismo un bien intrínseco, a diferencia de lo que sucede en las teorías utilitaristas en que es visto como un bien instrumental²⁴.

Luego de esta introducción, en la cual Moore ya toma una postura al menos sobre lo que considera que es la justificación retributiva del castigo, se encarga de desmitificar una serie de teorías y corrientes de pensamiento que se auto denominan retribucionistas o que han sido catalogadas como tales por los detractores del retribucionismo²⁵, pero que él considera que no lo son. Así, en primer lugar, distingue al retribucionismo de la *lex talionis*

²¹ MOORE, MICHAEL S.; *Placing Blame. A Theory of the Criminal Law*, 2ª reimpresión; editorial Oxford University Press, Oxford, 2012.

²² MOORE; Op. cit, p. 83. En el citado trabajo de Pérez Barberá también se hace referencia a esta expresión del autor.

²³ En este caso el autor usa la palabra inglesa *criminal*; opté por traducirla como delincuente por ser la expresión más corriente utilizada en nuestro lenguaje y por el hecho que en nuestro ordenamiento jurídico no hay crímenes sino delitos. Sin perjuicio de esto, soy consciente de la grave carga negativa de esta expresión, al igual que tampoco con palabras muy utilizadas en las fuentes citadas como *offender* (ofensor u agresor) o *wrong-doer* (malhechor). Considero que no es correcto su uso, el cual sólo refuerza dicho “rol” impuesto, etiqueta a la persona y la estigmatiza, a la vez que ofende su dignidad. Sólo por cuestiones terminológicas de los textos originales usaré delincuente, pero entiéndase por esto a “persona que cometió un delito”.

²⁴ El propio autor define al bien instrumental como aquel que es bueno por el hecho que genera otras consecuencias futuras que son buenas (MOORE; op. cit. p.157).

²⁵ Aquí cita algunos de los autores que Cottingham utiliza en su trabajo *Varities of Retribution*, tales como Honderich y Quinton.

o ley del talión como también de la pena capital; afirma que si bien en algún punto de su discurso el retribucionismo debe responder sobre la clase y la cantidad de pena que corresponde aplicar a una persona (situación siempre acotada al principio de que el castigo debe ser graduado en proporción al merecimiento), **no está asociado a ningún esquema de sanción o de castigo en particular**²⁶. Afirma Moore que deben darse argumentos separados, después de justificar por qué la persona es castigada, para determinar la especie y cantidad de pena merecida. Sostiene que, partiendo de esta premisa, es posible ser retribucionista y estar en contra de la pena capital y de la ley de talión.

Siguiendo esta línea crítica, plantea que el aspecto distintivo del retribucionismo es que el merecimiento moral del delincuente es una razón suficiente para castigarlo, no una condición necesaria; aquellas corrientes que consideran al merecimiento moral sólo una condición necesaria, deben agregar otras razones para considerar que el castigo esté justificado. El retribucionismo no tiene espacio para estas “otras razones”: cualquier consecuencia futura beneficiosa que pueda lograrse con el castigo será cuanto mucho una feliz coincidencia.

Continúa Moore con una interesante “definición negativa” de las características del retribucionismo: no responde a la idea que el castigo del culpable satisface demandas o deseos de venganza de la sociedad o las víctimas; de hecho, un retribucionista puede justificar el castigo aún en caso de que las víctimas sean indiferentes o aún cuando éstas se opongan. La prevención de la violencia privada, de las venganzas entre particulares, es esencialmente una justificación utilitarista. Tampoco el retribucionismo es una teoría denunciatoria, en donde el castigo funcione como vehículo por el cual la sociedad expresa su condena social; esta también es una perspectiva netamente utilitarista.

Luego de este repaso de las características definitorias de la justificación retributiva del castigo, el autor se aventura a una definición: sostiene que el retribucionismo es una teoría muy directa del castigo, en donde **el castigo está justificado porque y solamente el delincuente se lo merece**²⁷. La responsabilidad moral del delincuente no es sólo necesaria para justificar el castigo, sino que es suficiente para hacerlo; esta suficiencia le otorga a la sociedad tanto el derecho a castigar como el deber de hacerlo. El retribucionismo puede entenderse así como una verdadera teoría de la justicia, y todas las instituciones penales y del castigo deberían estar diseñadas en pos de lograr este objetivo.

En el capítulo tres de su obra, *The Moral Worth of Retribution*²⁸ (El Valor Moral de la Retribución), Moore analiza pormenorizadamente los discursos críticos en contra de la justificación moral del castigo. La estructura de este tramo de la obra es un tanto compleja, no por su contenido sino por la manera en que el autor va exponiendo argumentos críticos y luego propone sus contra argumentos; si bien llega a conclusiones en ese contrapunto, lucen un tanto complejas de traducir y resumir a los fines de este trabajo, principalmente por el hecho que se enfoca en discusiones de filosofía moral²⁹.

Muy resumidamente, el planteo con el cual comienza el autor es que una vez asumido el cometido del retribucionismo, entendido éste como el bien intrínseco de castigar al

²⁶ Para aclarar la idea: siguiendo esta afirmación de Moore, la clase de castigo merecido por lo merecido —valga la redundancia— no están asociadas en la teoría retribucionista.

²⁷ Aquí Moore utiliza la palabra *desert*, como sinónimo de *moral responsibility* (responsabilidad moral). En la nota N° 24 hice algunas aclaraciones sobre este término.

²⁸ MOORE; op. cit., p. 104 y ss.

²⁹ Un análisis profundo y detallado de este capítulo puede encontrarse en GRECO, LUÍS; “A Ilha de Kant”, en *Direito Penal como crítica da pena*; editorial Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 263 a 280.

culpable, los críticos suelen concluir que dicha premisa no puede justificarse: o bien se cree que el castigo es inherentemente bueno, o no, y allí finaliza la discusión. Frente a este planteo, Moore asume que las posibles respuestas de los teóricos retribucionistas son dos: pueden sostener al retribucionismo, pero apelando a justificaciones lógicas (no morales); o pueden lisa y llanamente afirmar que el retribucionismo es una posición injustificable.

Esta situación lleva al autor a plantear dos posibles soluciones al problema de la justificación: por una parte, sostiene, puede justificarse al retribucionismo como un principio derivado de un principio superior, el de justicia. O bien, intentar justificar una proposición moral demostrando que es el que mejor explica diferentes juicios particulares. Moore sostiene que ambas justificaciones pueden ser plenamente coherentes entre sí, aunque él se decanta por la segunda opción. A partir de esta premisa, comienza a analizar las críticas centrales a lo que denomina justificación moral del castigo; así, a través de casos particulares³⁰ busca demostrar que los “sentimientos morales” que disparan dichos casos —a los cuales le otorga validez intersubjetiva— son plenamente compatibles con el principio retributivo de castigar al culpable, como también, de un principio general de justicia retributiva.

El cuarto capítulo de la obra, *Justifying Retributivism*³¹ (Justificando el Retribucionismo), busca definir qué es el retribucionismo, como así también cómo justificarlo como la única teoría correcta del castigo. Así, parte de la premisa que el merecimiento es condición suficiente para que el castigo sea justo; partiendo de esta base, sostiene que este merecimiento de los delincuentes justifica no sólo el derecho de la sociedad a castigarlos, sino que además impone un deber en cabeza del estado y de los ciudadanos de realizar el principio de justicia retributiva no sólo a través del castigo merecido de los culpables sino también en el desarrollo de instituciones alienadas en pos de lograr ese castigo. De ello deriva que, a diferencia de la teoría mixta de Rawls, las instituciones del castigo en general (p. e., sistema penal y correccional) están justificadas por el hecho de imponer el castigo merecido, y el castigo de cada delincuente está justificado por el hecho que es por él merecido. Finalmente, reafirma que el rasgo distintivo del retribucionismo es la concepción de que los culpables reciban el castigo merecido es un bien intrínseco, no un bien instrumental.

Hasta aquí, he intentado resumir a grandes rasgos algunas de las características predominantes de la teoría retribucionista en Michael S. Moore. Estoy convencido que lo reseñado sólo sirve para comprender de manera incipiente el planteo “moral retributivo” del autor; un análisis más profundo, junto a una traducción profesional de su obra (al menos de los capítulos aquí trabajados) lucen oportunos para tal fin.

No queda clara cuál es la definición que toma Moore sobre los conceptos de merecimiento y responsabilidad moral. Tampoco se vislumbran fundamentos profundos sobre su postura moral.

Sin perjuicio de esto, de la lectura realizada, advierto una característica por demás interesante en la teoría de Moore: el lugar y el valor que adjudica a la moral como fundamento de su justificación del castigo. Acostumbrado a un discurso penal de corte dogmático cientificista, el cual valora positivamente la separación entre derecho y moral, es interesante como un autor contemporáneo apela a los sentimientos morales para fundamentar una institución tan compleja como es el castigo penal. Digo que es interesante en un buen sentido, ya que abre la discusión a un campo que nuestros autores —y los de formación

³⁰ El autor hace referencia a casos aberrantes: abusos sexuales de menores seguidos de homicidio, homicidios innecesarios en ocasión de robo, etc.

³¹ Op. cit., p. 153 y ss.

alemana y española— no suelen atender³²; ante la problemática de no saber o no poder justificar el castigo penal de modo adecuado y convincente (preocupación no sólo teórica sino también diaria de todos los operadores del sistema judicial), traer argumentos nuevos al debate parece ser, cuanto menos, constructivo.

4. Una teoría dualista del castigo: la construcción de Mitchell Berman

A continuación, expondré algunos lineamientos sobre la propuesta de Mitchell Berman. La elección de este autor no es casual; uno de los artículos que aquí reseñaré ha sido traducido al español por el profesor Marcelo Ferrante³³, docente de la Universidad Torcuato Di Tella como también de nuestra carrea de Especialización en Derecho Penal. Su propuesta, si bien retribucionista, difiere en varios aspectos a lo sostenido por Moore, y a la vez brinda otra perspectiva de la justificación del castigo basada en la retribución.

Reseñaré el trabajo titulado “Castigo y Justificación”³⁴, en el cual Berman busca fundar una “teoría dualista integrada del castigo”³⁵ (es decir consecuencialista y retribucionista), pero a diferencia de propuestas similares (fundamentalmente, Rawls y Hart), brinda una mayor fuerza al argumento retribucionista, el cual suele ser marginado. Previo al desarrollo de su posición, aclara que la frase teoría del castigo es en cierta forma desafortunada, toda vez que en realidad, las construcciones teóricas formuladas bajo ese rótulo “...son proposiciones morales en respuesta a la proposición que el castigo necesita de una justificación”³⁶.

Berman parte de la definición de castigo entendido como “...algo que se intenta que sea gravoso o doloroso, que alguien con (supuesta) autoridad impone a un (supuesto) delincuente por un (supuesto) delito”³⁷. A partir de esta definición, sostiene que el castigo contiene dos subclases: los casos centrales (reales) de castigo y los casos periféricos (supuestos) de castigo. Como su nombre lo indica, los casos centrales de castigo son aquellos que “entrañan la imposición de algo doloroso a un delincuente real por el delito que cometió y sólo en la medida en que la imposición satisfaga algún límite de proporcionalidad, ya sea de tipo retributivo o benthamita”³⁸; en cambio, los casos periféricos entrañan necesaria-

³² Esto es sólo una generalización con fines ilustrativos; sólo para citar un ejemplo que invalida esta generalización, MARCELO FERRANTE, quien en su obra *Filosofía y Derecho Penal* (editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2013) plantea abiertamente que “...los juicios de responsabilidad penal tienden a reflejar los juicios correspondientes de reprochabilidad o culpabilidad moral por la violación de esos deberes. Las reglas jurídicas de distribución de la responsabilidad penal pretenden así capturar las condiciones (independientes del derecho penal) de la reprochabilidad moral, o lo que es lo mismo, del *merecimiento* del castigo” (cursiva en el original, con cita al autor Joel Feinberg; p.37 y 38).

³³ La obra del profesor Ferrante hace especial hincapié en la filosofía del derecho penal, y entre sus fuentes se destacan gran cantidad de autores de anglo parlantes, algunos de ellos citados en este trabajo. Véase la nota anterior como ejemplo de ello.

³⁴ Publicado en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, volumen 9, de la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella, junio de 2008, disponible en su página web «http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=2935&id_item_menu=5858». Versión castellana de “*Punishment and Justification*”, traducción a cargo de Julia de la Parra y Marcelo Ferrante.

³⁵ BERMAN, MITCHELL; op. cit. p. 3.

³⁶ Ídem.

³⁷ Op. cit. p.4; la definición de castigo es tomada de R.A. DUFF, en su obra *Punishment, Communication and Community*.

³⁸ Ídem.

mente algún error, ya sea de tipo legislativo o bien judicial³⁹. Frente a esta concepción del autor, antes de justificarse ambos grupos de casos, plantea que la propia idea de justificación merece un análisis.

Sostiene que no toda conducta necesita ser justificada, sino sólo aquellas en las que dichas conductas supuestamente no deberían hacerse, o bien, que hay al menos alguna razón para no hacerlo. Esto es graficado por Berman a través de lo que llama demanda de justificación: la conducta *x* requiere justificación en virtud de *y*, en donde *y* es la base de demanda en virtud de la cual surge la necesidad de justificación⁴⁰. Frente a esta demanda de justificación, puede haber dos posibles respuestas: o bien se da una razón prevaleciente (razón compensatoria que es suficiente para anular una objeción y por tanto proporcionar una justificación), o bien se plantea una condición cancelatoria (directamente la base de demanda desaparece)⁴¹.

En base a estas precisiones metodológicas, comienza por analizar lo que denomina casos centrales de castigo; afirma que la base de demanda que respalda la necesidad de justificar el castigo es **la imposición deliberada de sufrimiento sobre el individuo castigado**, es decir, “el castigo necesita de justificación en virtud del hecho de que impone sufrimiento”⁴². Frente a esta demanda de justificación, sería necesario brindar al menos una razón prevaleciente para justificar la imposición deliberada de sufrimiento mediante el castigo. El autor se pregunta en este punto sobre el postulado retribucionista del merecimiento del delincuente, es decir, si lo que se merece es ser castigado o bien lo que se merece es el sufrimiento que emana del castigo. Aquí se decanta por la posición de que “los delincuentes merecen sufrir en virtud de su comportamiento ilícito reprochable”⁴³; graficando esta afirmación sostiene el autor la llamada **proposición del merecimiento**:

*“...una persona que injustificada e inexcusablemente produce un daño o un riesgo de daño a otras personas o a intereses sociales importantes merece sufrir por esa decisión, y merece sufrir en proporción a la medida en que su trato o consideración por los otros no satisfaga lo que le es apropiadamente exigible”*⁴⁴.

La situación que un delincuente experimente un sufrimiento, no es para los retribucionistas una situación mala en sí misma, no es intrínsecamente mala; así, el retribucionismo plantea esta justificación directamente como una condición cancelatoria. Frente a las críticas utilitaristas de que este argumento es vacuo y autorreferencial, Berman utiliza el mismo razonamiento analizado antes en Moore (citándolo) sobre la respuesta moral intersubjetiva asumida frente a diferentes casos o experimentos mentales. Asimismo afirma que la sola alegación a que existen bienes intrínsecos —como en este caso el castigo— no sirve por sí solo para una justificación racional, por lo que es necesario apelar a juicios casuísticos; así, si bien el utilitarismo plantea que el sufrimiento es un mal intrínseco, no puede responder con sólo con esa premisa a los casos que sí resuelve el retribucionismo, apelando

³⁹ El autor define una tercera subclase, los “casos degenerados”, en donde intencionalmente se busca castigar a una persona inocente; este grupo de casos no son trabajados por el autor, dado que implican lisa y llanamente casos malvados (BERMAN; op. cit. p. 5).

⁴⁰ Berman; op. cit. p. 6.

⁴¹ Respecto a la condición cancelatoria, el autor se remite a Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, 2ª edición, (Princeton University Press, Nueva Jersey, 1990, p.27).

⁴² BERMAN, op. cit. p. 9.

⁴³ Ídem, p.12.

⁴⁴ Ídem.

a su idea de bien intrínseco del castigo y de las respuestas morales en la mayoría de los casos. De esto concluye que **la justificación del castigo en los casos centrales, radica en el hecho que los delincuentes merecen sufrir.**

Resuelta esta demanda de justificación, Berman trae a colación otra de las críticas centrales de los anti—retribucionistas: el castigo debe estar justificado porque la imposición intencional de sufrimiento viola los derechos de la persona castigada. El argumento crítico a grandes rasgos sería el siguiente: aún concediendo que el sufrimiento pueda ser un bien intrínseco y que el estado está legitimado para hacerlo, la idea de que perseguir este bien a costa de la infracción de derechos no es plausible; el hecho que el sufrimiento del delincuente sea un bien intrínseco no es una razón suficientemente persuasiva para fundamentar la infracción del derecho individual contra la imposición de ese sufrimiento⁴⁵. Vale decir, no hay razones suficientes para sostener que el bien intrínseco que el delincuente sufra sea preponderante sobre el bien intrínseco de que el delincuente tenga derecho a no sufrir.

Ante esta crítica profunda, el autor rescata dos argumentos que puede asumir el retribucionismo. Uno de ellos es el que denomina “pérdida moral”⁴⁶, según el cual los individuos tienen el derecho a que otros no les impongan sufrimiento; los delincuentes pierden ese derecho en virtud de su comportamiento ilícito. Este argumento es criticado por el autor, dado que no es claro el mecanismo por el cual un delincuente pierde derechos; a su vez, resulta difícil especificar cuáles y por cuánto tiempo esos derechos se pierden⁴⁷.

Ante lo insatisfactorio de este argumento, Berman propone la idea de “justicia retributiva”⁴⁸, la cual está ligada directamente a la intuición de que el retribucionismo es una forma de justicia. Me permito su cita textual por la claridad del razonamiento: “el estado tiene un interés en realizar distintos bienes, y la fuerza de ese interés es proporcional a la importancia del bien. Quienes dudan de que el bien del sufrimiento de quien comete un delito (en virtud de y en proporción a su acto ilícito reprochable) constituye una razón de peso suficiente, o de la clase correcta, para lograr que la infracción de un derecho devenga permisible, podrían cambiar de opinión una vez que la justicia es introducida como norma o valor mediador”⁴⁹. Así, el argumento retribucionista pasa a centrarse en la idea que la justicia requiere que el delincuente sufra; por ello, lo que proporciona una razón de peso para justificar la infracción de un derecho (en este caso, el derecho del delincuente a no sufrir) es la obligación del estado de asegurar que se haga justicia. La búsqueda de justicia proporciona una razón para imponer sufrimiento, que excede en peso a la razón para no imponerlo basado en el derecho del individuo.

Ahora bien, el autor es plenamente consciente de que el concepto de justicia retributiva es muy discutible. Por ello, parte de la idea que si bien la expresión infracción o violación de derechos del delincuente no es clara, en los casos en que el estado aplica un castigo totalmente justificado al delincuente tampoco es obvio ni parece lógico afirmar que el estado le deba algo a la persona que castiga. De esto se derivaría que en realidad, en los casos en que el estado aplica un castigo justificado, directamente no existe el derecho de la

⁴⁵ Ídem, p. 16.

⁴⁶ Ídem, p. 17.

⁴⁷ Si bien es interesante el análisis realizado por el autor, crítica que comparto, parece *a priori* que podría haber profundizado mucho más en el concepto de pérdida de derechos a la luz de las constituciones y los llamados derechos fundamentales e inalienables.

⁴⁸ BERMAN; op. cit. p 17.

⁴⁹ Ídem, p. 18.

persona a que no se le imponga sufrimiento⁵⁰. A partir de aquí el autor sostiene la posición extrema de negar el derecho a que no se imponga sufrimiento intencional. Sin embargo, es consciente de que esta afirmación es altamente cuestionable, y que puede llevar a generalizaciones confusas; por eso, busca un fundamento más profundo para la afirmación que nadie tiene derecho a que se le imponga sufrimiento. De esta manera, propone una rearticulación de derechos, redefiniéndolo como el derecho a “ser tratado con respeto como una persona, derecho que usualmente implica que uno no debería ser sometido intencionalmente al sufrimiento pero que no siempre lo implica”⁵¹. Echando mano a la idea de derechos fundacionales y derechos derivativos, el autor reduce la posición antes analizada a un único derecho fundacional: ser tratado con respeto como persona, “el derecho fundacional a ser moralmente tomados en cuenta por nuestra propia personalidad distinta”⁵².

Desde esta perspectiva, el derecho fundacional a ser respetado como persona implica que alguien tenga derecho a ser respetado en sus preferencias, o bien a que se respeten sus intereses, o en su caso a que se respete su capacidad de elegir responsablemente. Dado que el delincuente experimenta el sufrimiento del castigo como un mal, una forma de respetar su derecho fundacional es no provocarle ese sufrimiento; pero en la medida en que hayan ejercido su voluntad para violar los derechos o los intereses de otros, el hecho de imponerles sufrimiento en virtud del ejercicio libre de su voluntad, también es respetarlo como persona. Así, se respeta la naturaleza de una persona como agente responsable (y con ello su dignidad) dándole lo que se merece en virtud del ejercicio de su voluntad⁵³; luego, cuando el sufrimiento merecido se impone, no estamos ante un mal intrínseco, “entonces la imposición intencional de sufrimiento proporcional confiere el respeto que se le debe a la personalidad y así no representa una infracción de derechos que requiera una ulterior justificación”⁵⁴. Tomando esto como cierto, entonces el castigo también se encuentra justificado frente a la objeción de la imposición.

Habiendo arribado a estas conclusiones, el autor analiza luego los que denominó casos periféricos de castigo. Resumidamente, advierte que de acuerdo a su teoría de la rearticulación de derechos (derecho a ser respetado en la dignidad como persona), la imposición deliberada de castigo estaría justificada en aquellos casos de castigo periférico, en donde se impuso en virtud de un error no culpable; ello atento a que el hecho de imponer sufrimiento a un supuesto delincuente, el cual lo merecería si el error o lo supuesto fuera real, tampoco estaría infringiendo su derecho.

Si bien este argumento sirve para dar respuesta a la demanda de justificación que la imposición de castigo viola derechos, en los casos marginales, no sucede lo mismo con la otra demanda de justificación, esto es, que el castigo impone sufrimiento, también en los casos marginales. Ello, en virtud que “el sufrimiento de una persona erróneamente condenada como autora de un delito sí lo constituye [sí constituye sufrimiento], y por lo tanto, constituye también una razón en contra de la imposición de sufrimiento sobre ella”⁵⁵. A diferencia de todos los otros casos, esta demanda de justificación no puede “vencerse” mediante un argumento de cancelación; deben darse razones prevalentes para ello. Así planteado, el autor considera que la única buena razón que puede darse para justificar estos

⁵⁰ Sufrimiento sólo entendido como sinónimo de castigo penal legal y proporcional a la falta cometida.

⁵¹ Ídem, p. 20.

⁵² Ídem.

⁵³ Ídem, p. 22.

⁵⁴ Ídem p. 23.

⁵⁵ Ídem, p. 25, el agregado entre corchetes me pertenece.

supuestos periféricos de castigo, frente al sufrimiento de personas inocentes castigadas, sólo es el mantenimiento del orden social a través del funcionamiento de los sistemas de castigo: como instituciones humanas, el castigo es en ocasiones falibles; si bien el castigo en casos centrales está justificado mediante argumentos retribucionistas directamente por cancelación, en los casos periféricos sólo puede sostenerse apelando a beneficios ulteriores del sistema⁵⁶.

Analizada la justificación del castigo tanto en casos centrales como en periféricos, el autor concluye que la teoría por él propuesta es tanto retribucionista como consecuencialista: “el retribucionismo justifica de manera directa una parte del castigo (el centro); el consecuencialismo justifica de manera directa la otra parte (la periferia)”⁵⁷.

Hasta aquí las principales consideraciones que realiza Mitchell Berman al momento de proponer su teoría dualista del castigo. Como el lector podrá advertir, el principal foco de esta construcción recae en los argumentos y perspectivas retribucionistas. Desde las ideas retributivas, el autor justifica la mayoría de los casos de castigo, los casos en donde no hay error involuntario de juzgamiento; y el argumento que brinda es poderoso en términos que directamente cancela la crítica (léase base de demanda). Ahora bien, en sus propias palabras, “el retribucionismo carece de recursos para proporcionar (además de una justificación todo—considerado de los casos centrales) incluso una justificación hecha a medida para los casos periféricos del castigo... [por lo que] las consideraciones consecuencialistas deben ser tenidas en cuenta”⁵⁸.

El autor es consciente, y así lo expresa, que los argumentos por cancelación que brinda son “hechos a medida”, en el sentido que sólo buscan responder a determinadas objeciones o críticas planteadas, más no así brindar una teoría omnicompreensiva de todos los posibles argumentos.

Sin perjuicio de lo novedoso de su planteo, comparado por ejemplo con la posición de Moore, luce muy interesante el desarrollo de los argumentos que ofrece para fundamentar el castigo en lo que llama casos centrales, ya que partiendo de la perspectiva retribucionista plantea respuestas que directamente anulan las crítica más frecuentes realizadas por los detractores de esta corriente.

Si se analiza detalladamente el planteo de Berman, podemos advertir otra diferencia con la teoría retribucionista de Moore. Si bien ambos autores describen de manera similar los postulados generales del retribucionismo, en el caso de Berman pareciera ser que su teoría mixta se muestra más “argumental”; en efecto, partiendo de premisas prácticamente similares a las de Moore, las va desarrollando de modo concatenado, confrontándolas con contra argumentos utilitaristas, para finalmente brindar mejores razones a favor del argumento retributivo.

6. Palabras finales

Esta exposición ha sido sólo un muestreo; no están abarcadas todas las corrientes existentes dentro de la idea que engloba al retribucionismo. Han quedado afuera autores como Anthony Duff, Joel Feinberg y Andrew Von Hirsch; haber reseñado sus obras, aún en ras-

⁵⁶ Aquí reconozco que no termina de quedar plenamente clara la postura del autor; entiendo que su objetivo es justificar estos casos marginales, sobre la premisa que aún en dichos supuestos, cuando el error es involuntario, todavía está justificado el castigo frente a la posibilidad de renunciar al castigo ante la posibilidad de castigar por error.

⁵⁷ Ídem, p. 27.

⁵⁸ Ídem, p. 32, lo agregado entre corchetes me pertenece.

gos generales, hubiera doblado el volumen de esta monografía, más allá de la barrera idiomática que implica que parte de dicho material no esté traducido.

Mi intención con esta presentación fue de lo más modesta; con los autores que aquí presenté quise mostrar otra faceta de las teorías retributivas del castigo, diferente a las que comúnmente podemos apreciar en muchos de los textos de dogmática actual.

Así, espero que el lector haya podido advertir que el retribucionismo como se entiende en la actualidad excede con creces los postulados filosóficos de Kant y Hegel, habiéndose ramificado y evolucionando hasta el siglo XXI en diversas direcciones.

Me interesa destacar la diferencia que a mi modo de ver existe entre la discusión en nuestra dogmática sobre los fundamentos del castigo y el debate que se desarrolla en el ámbito anglosajón. Un gran número de autores —aquí sólo fue una muestra— todavía continúan debatiendo, proponiendo y rebatiendo ideas tanto desde la posición utilitarista como desde el retribucionismo. Es decir, en absoluto es una discusión zanjada, y entre ambas posiciones se continúan construyendo nuevas propuestas, ya sea como respuestas o propuestas.

Las construcciones teóricas de los autores aquí reseñados creo que merecen cierto mérito para al menos ser puestas en discusión en nuestra doctrina. Luego de una lectura detenida de estos trabajos, conceptos como **merecimiento y responsabilidad moral** entiendo que puedan generar cierta incertidumbre y en algunos casos un fundado rechazo. Pero si uno parte desde una perspectiva de *lege ferenda*, la discusión puede traer ideas constructivas al debate sobre el fin de la pena.

Soy consciente que en los textos expuestos previamente hay una ausencia casi completa de otras dimensiones de análisis. Así, la perspectiva **política y social** que la pena puede —o no— estar llamada a cumplir no son objeto de estudio. Creo que avanzar en estos puntos puede sumar elementos muy ricos que permitan relativizar los postulados retributivos.

No estoy haciendo aquí ningún juicio de valor respecto a la corrección o incorrección de ninguno de los argumentos expuestos en las secciones anteriores; sólo me limité a reseñarlos, con breves comentarios aclaratorios.

Tampoco espero que se entienda esto como una crítica a las teorías de la prevención; dicho cometido requiere un volumen de estudio y de argumentación que excede con creces este trabajo. Por otra parte, sería fácil caer en la trampa argumental de criticar a las corrientes preventivas a partir de su imposibilidad o de su ineficacia para explicar los fundamentos del castigo, parados en los “datos” de la realidad: dado que la pena no logra prevenir la comisión de delitos, cuya cifra asciende constantemente, ni tampoco logra la reinserción social de la persona condenada, atento a los altos índices de reincidencia, luego, las teorías de la prevención no sirven para fundamentar el castigo. O bien por el contrario, continuar desarrollando la justificación preventiva del castigo sobre la base que así se encuentran reguladas en nuestro ordenamiento legal, constitucional y supra constitucional. Es argumentativa y metodológicamente falaz criticar y también sostener una justificación deontológica —la justificación del castigo— a partir de un argumento ontológico —los datos duros de la realidad (asumiendo que estos existan y sean fidedignos)—, o bien la existencia de una norma positiva.

Entiendo que esta breve exposición carece de un “diálogo”⁵⁹ entre las posiciones aquí reseñadas y posturas actuales de la dogmática continental europea y nacional. Como

⁵⁹ Esta expresión la tomé prestada de las profundas e enriquecedoras observaciones realizadas por el Prof. Dr. Enrique Buteler al momento de evaluar este trabajo.

una etapa próxima, una discusión más seria y fundada debería incluir no sólo un espectro más amplio de autores retribucionistas, sino también aquellos que sin serlo han dedicado espacio a discutir la finalidad de la pena desde todas las aristas.

Espero haber brindado al lector breves ideas se pretende discutir la corrección o no de las teorías preventivas o retributivas del castigo, debe tenerse presente siempre una perspectiva filosófica, que apunte al deber ser de la institución del castigo⁶⁰, y no a brindar argumentos que encajen en una realidad.

Bibliografía

- ALCÁCEZ GUIRAO, RAFAEL; *Los fines del Derecho Penal. Liberalismo y comunitarismo en la justificación de la pena*; editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2001.
- BACIGALUPO ENRIQUE; *Lineamientos de la Teoría del delito*; tercera edición renovada y ampliada; editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1994.
- BERMAN, MITCHELL; “Castigo y Justificación”, en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, volumen 9, publicación de la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella, junio de 2008, disponible en su *página web*, «<http://www.utdt.edu>», versión castellana de “Punishment and Justification”, traducción a cargo de Julia de la Parra y Marcelo Ferrante.
- COTTINGHAM, JOHN; “Varieties of Retribution”, en *The Philosophical Quarterly*, Vol.29, N° 116; editorial Blackwell Publishing, Julio 1979; artículo disponible en la *página web del autor* «<http://www.johncottingham.co.uk/>»
- DUFF, ANTHONY; “Retributive Punishment — Ideals and Actualities”; en *Israel Law Review* N° 25, 1991, disponible en *Hein Online*, «www.heinonline.org»
- FERRANTE, MARCELO; *Filosofía y Derecho Penal*; editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2013
- GRECO, LUÍS; “A Ilha de Kant”, en *Direito Penal como crítica da pena*; editorial Marcial Pons, Madrid, 2012.
- GRECO, LUÍS; *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal*; editorial Marcial Pons, Buenos Aires, 2015.
- HART, H.L.A.; “Prolegomenon to the principle of justice”, en *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law, second edition*; editorial Oxford University Press, Nueva York, 2008
- JAKOBS, GÜNTHER; *Derecho Penal Parte General Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edición; editorial Marcial Pons, Madrid, 1977.
- KANT, IMMANUEL; *La metafísica de las costumbres; Estudio preliminar de Adela Cortina Orts. Traducción y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho*, cuarta edición; editorial Tecnos, Madrid, 2008.
- MIR PUIG, SANTIAGO; *Derecho Penal. Parte General 8ª edición*; edición BdeF, Buenos Aires — Montevideo, 2007.
- MOORE, MICHAEL S.; *Placing Blame. A Theory of the Criminal Law*, 2ª reimpresión; editorial Oxford University Press, Oxford, 2012.
- NAVARRETE, LUIS; *PROBLEMA. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, N°5, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México (<http://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/filosofia-derecho/article/view/8124/10071>).

⁶⁰ En esto, es sumamente ilustrativo el texto de Antony Duff “Retributive Punishment – Ideals and Actualities”, publicado en *Israel Law Review* N°25, 1991.

- NINO, CARLOS SANTIAGO; *Introducción al análisis del derecho*, 2º edición, 12º reimpresión; editorial Astrea, Buenos Aires, 2003.
- NINO, CARLOS SANTIAGO; *Los límites de la responsabilidad penal. Una Teoría liberal del delito*; editorial Astrea, Buenos Aires, 1980
- PÉREZ BARBERÁ, GABRIEL; “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena. Una justificación deontológica de la pena como institución”; publicado en *Indret* «www.indret.com», Barcelona, octubre de 2014.
- RAWLS, JOHN; “Dos conceptos de reglas”; en FOOT, PHILLIPA; *Teorías sobre la Ética*; editorial Fondo de Cultura Económica, México DF, 1974, p. 210 y ss; originalmente publicado en *Philosophical Review*, Vol. 64 (1955).
- ROXIN, CLAUS; traducido por Luzón Peña, Diego—Manuel *et al*; *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*; editorial Civitas, Madrid, 1997, primera edición.
- SANCINETTI, MARCELO A.; *Teoría del delito y disvalor de acción*; editorial Hammurabi, reimpresión, Buenos Aires, 2001
- SCHÜNEMANN, BERND; traducción de Peralta, José Milton; “Aporías de la teoría de la pena en la filosofía. Pensamientos sobre Immanuel Kant”; en *Derecho Penal Contemporáneo*; editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2010; disponible en *Indret* «www.indret.com», Barcelona, 2008.
- ZYSMAN QUIRÓS, DIEGO; “El castigo penal en EEUU. Teorías, Discursos y Racionalidades Punitivas del Presente”; en RIVERA BEIRAS, IÑAKI (coord.); *Mitologías y discursos sobre el castigo: historias del presente y posibles escenarios*; editorial Anthropos, Barcelona, 2004.

El Estado de Necesidad en la Legislación Argentina.
Una mirada acerca de la ubicación sistemática del Estado de Necesidad
y la regulación de los denominados “casos trágicos”

The State of Necessity in the Argentine Legislation

*A look at the systematic location of the State of Necessity
and the regulation of the so-called "tragic cases"*

Gustavo A. Yofre*

RESUMEN: Para explicar el estado de necesidad, la doctrina mayoritaria recurre a la teoría de la diferenciación que distingue entre estado de necesidad justificante y exculpante, según se trate de un caso de conflicto entre intereses desiguales en donde se sacrifica el de menor valor, o un conflicto entre intereses iguales. El análisis se torna complejo frente a situaciones límite, en donde la respuesta que el derecho penal brinda para su resolución podría resultar político criminalmente excesiva. Por ello, se propone un estudio de las principales teorías existentes en la doctrina sobre el estado de necesidad y su regulación en el Código Penal argentino como en el derecho comparado.

PALABRAS CLAVES: Estado de necesidad. Naturaleza jurídica. Teorías. Legislación Argentina. Casos trágicos.

ABSTRACT: *To explain the state of necessity, the majority doctrine resorts to the differentiation theory that contrasts between state of necessity justifying and acquitting, in a case dealing with a conflict between unequal interests where the lesser valued one is sacrificed, or a conflict between equal interests. The analysis becomes complex in extreme situations, in which a result that criminal law provides for its resolution may be criminally excessive. This is the reason why, a study, of the main theories existing within the doctrine about the state of necessity is suggested, and its regulation in the Argentine Criminal Code as in comparative law.*

KEY WORDS: *State of necessity. Legal nature. Theories. Argentine Legislation. Tragic cases.*

Introducción

Existen algunas situaciones límite, conocidas en la doctrina como “casos trágicos” en donde considero que la respuesta que el derecho penal brinda para su resolución podría resultar político-criminalmente excesiva.

Piénsese, por ejemplo, en el caso de una víctima del terrorismo de estado que luego de permanecer secuestrada en un campo de concentración durante un tiempo prolongado, en condiciones inhumanas, y luego de sufrir innumerables vejaciones y tormentos, realiza actos o conductas de “colaboración” con sus captores, lo que en definitiva permite — además de aumentar las probabilidades de salvar su propia vida— que otras personas sean también secuestradas, torturadas y probablemente asesinadas.

* Abogado, especialista en derecho penal (UNC), adscripto de la materia Derecho Penal I (UNC), actualmente se desempeña en el Ministerio Público Fiscal de la Nación como Secretario en la Fiscalía General N°2 ante los Tribunales Orales de Córdoba. Contacto: gustavoyofre@gmail.com

O un caso mucho más actual aún. Repárese en una mujer, víctima del delito de “trata de personas” que luego de un considerable tiempo en donde ha sido explotada sexualmente, humillada, maltratada, vejada, etc., pasa a desempeñarse, en ese mismo contexto, como “tratante” de nuevas víctimas de este delito. En este caso, es la propia ley la que establece la no punibilidad de las conductas efectuadas bajo estas condiciones. La ley 26.364 ha previsto en su art. 5° que las personas que han sido objeto del delito de trata de personas, estarán exentos de pena por la comisión de cualquier delito que sea el resultado directo de su condición. Sin embargo, no existe consenso en la doctrina respecto a la naturaleza jurídica de dicha eximente. Así, para algunos estamos en presencia de una excusa absoluta¹ mientras que otros consideran que existe una causa de inculpabilidad.

Según la interpretación que de nuestra legislación hace la doctrina absolutamente dominante, específicamente de lo establecido por el art. 34, inc. 2°, segunda parte e inc. 3° del Código Penal², al regular el estado de necesidad³, las conductas efectuadas bajo las condiciones anteriormente descriptas estarían, con suerte, exculpadas.

Sostener en tales supuestos que una conducta realizada en ese contexto sea típica y antijurídica como lo hace la doctrina mayoritaria resulta, a mi juicio, desproporcionado. Esto es así, ya que entienden que, en tales circunstancias, si el bien “salvado” por la conducta de quien actúa en EN no es preponderantemente superior al bien “sacrificado”, dicho comportamiento es considerado típico y antijurídico y solo se “disculpa” al autor por entender que, al momento de actuar, su culpabilidad se encontraba disminuida y no se le podía exigir que obrara de otra manera. Solo cuando con el comportamiento en EN se salva un bien ostensiblemente más significativo que el sacrificado, entienden que la conducta es lícita ya que se encuentra justificada (tesis diferenciadora).

Por su parte, existen otros autores, principalmente en la doctrina española⁴ (tesis unitaria), que consideran que el EN es siempre una causa de justificación, es decir, una causa de exclusión de la antijuridicidad de la conducta.

En el presente trabajo me propongo analizar la regulación del EN en nuestro país en virtud de lo establecido por el CP en el art. 34, inc. 2°, segunda parte e inc. 3°, así como lo que al respecto ha sostenido la doctrina nacional. Luego, realizaré una breve comparación con la regulación del EN en la legislación alemana y española.

A su vez, intentaré exponer sintéticamente las principales posiciones existentes en la doctrina internacional en relación a la naturaleza jurídica del EN.

Finalmente, fundamentaré con argumentos una toma de posición respecto a cuál es la ubicación sistemática del EN que considero adecuada en el derecho argentino según lo establecido en nuestro CP. Paralelamente, intentaré dar respuesta a mi interrogante acerca de cómo debieran regularse desde un punto de vista político-criminal conductas como las descriptas al inicio de este trabajo.

I. El Estado de Necesidad en la legislación argentina

La doctrina general en nuestro país acepta que el EN puede excluir la antijuridicidad, caso en el que opera como causa de justificación, y por ello se denomina EN justificante; pero

¹ HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO, *Tráfico de personas, La trata de personas y los delitos migratorios en el derecho penal argentino e internacional*, 2° ed. actualizada y ampliada, AD-HOC, Bs. As., 2013, p. 92.

² En adelante “CP”.

³ En adelante “EN”.

⁴ En donde es seguida, entre otros, por Gimbernat Ordeig, Luzón Peña, Cuerda, Gómez Benítez, Octavio de Toledo/Huerta, Roldán Barbero, García Álvarez.

también, bajo determinadas circunstancias, puede excluir sólo la culpabilidad, en cuyo supuesto se habla de EN exculpante.

En la actualidad existe consenso en la doctrina nacional respecto a que el EN justificante puede provenir de una conducta humana o de una fuerza de la naturaleza, al igual que el EN exculpante. También en que la *coacción* constituye un EN justificante cuando el mal que se evita es mayor que el que se causa.⁵

Esto no siempre fue así. De hecho, la doctrina tradicional sostenía que la *coacción* siempre se resolvía en el nivel de la culpabilidad. Así, quien bajo coacción lesionaba un bien jurídico de otra persona nunca obraba justificadamente en los términos del art. 34, inc. 3° del CP, sino sólo exculpadamente conforme al art. 34, inc. 2°, segunda parte del CP, aun cuando el autor lesionara un bien para salvar otro mayor. Esto era así porque el EN justificante no se aceptaba en los casos en que el peligro provenía de la conducta coactiva de un tercero.⁶

Como ya se ha aclarado, en la actualidad la doctrina prácticamente no sigue esta concepción. Por un lado, el término “amenaza” del art. 34, inc. 2°, segunda parte del CP no obliga necesariamente a excluir de esa disposición a los peligros provenientes de la naturaleza⁷. Como bien expresa Zaffaroni:

*“el estado de necesidad exculpante no tiene en nuestro código limitación alguna de fuentes de peligros. La amenaza de sufrir un mal grave e inminente del art. 34, inc. 2° puede provenir de un acto humano tanto como de fuerzas o acontecimientos naturales, pues no existe ninguna explicación lógica ni histórica para acotar sus fuentes”*⁸. Y agrega, “La coacción no es todo el estado de necesidad exculpante sino solo uno de sus supuestos, siempre que no diese lugar a un estado de necesidad justificante”⁹.

Por otro lado, la doctrina ampliamente mayoritaria entiende que siempre que se cause un mal para evitar otro mayor rige el EN justificante del art. 34 inc. 3° CP, con independencia de la fuente (natural o humana) de donde provenga el peligro.¹⁰

La doctrina nacional prácticamente no ha debatido respecto a la ubicación sistemática del EN, aunque la posición claramente mayoritaria se ubica dentro de la tesis diferenciadora ya que se acepta esta distinción entre EN exculpante y EN justificante.¹¹

Ambos supuestos se encuentran previstos en el art. 34 del CP. Así, la segunda parte del inc. 2° establece que no será punible “*el que obrare violentado por amenaza de sufrir*

⁵ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL/ALAGIA, ALEJANDRO/SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal, Parte General*, 2º ed., Ediar, Bs. As., 2002, p. 632.

⁶ Cfr. SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho Penal Argentino*, 5º ed. TEA, Bs. As., 1987, t. I, p. 463 y ss., y t. II, p. 118 y ss. En igual sentido, FONTÁN BALESTRA, CARLOS, *Derecho Penal, Introducción y Parte General, actualizado por Guillermo A.C. Ledesma*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1998, p. 361 y ss.

⁷ NÚÑEZ, RICARDO C., *Derecho Penal Argentino, Parte General*. Edit. Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1960, t. II, p. 122 y ss.

⁸ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, op. cit., p. 745.

⁹ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, op. cit., p. 746.

¹⁰ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Bs. As., 1999, t. IV, p. 236.

¹¹ Así Zaffaroni, (ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal, Parte General*, cit. p. 631); Fontán Balestra, (FONTÁN BALESTRA, CARLOS, *Tratado de derecho penal*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1966, t. II, p. 177); Núñez (NÚÑEZ, RICARDO C., *Derecho penal argentino*, cit. t. I, pp. 318 y 319.); Creus, (CREUS, CARLOS, *Derecho penal. Parte General*, 4º ed. actualizada y ampliada, Astrea, Bs. As., 1999, p. 361).

un mal grave e inminente". Por su parte, el inc. 3° prevé la misma consecuencia jurídica a quien "*causare un mal para evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño*".

Como se advertirá, ambas clases de EN comparten ciertos requisitos aunque difieren en otros.

Los elementos que comparten son los siguientes: I) *peligro de sufrir un mal*; II) que ese *peligro sea inminente*; III) que *la conducta sea adecuada y necesaria para evitar el peligro*; IV) que *el autor no tenga, en general, un deber de soportar el peligro*; V) que *el autor debe haber actuado para evitar el peligro*.¹²

En lo que respecta al primero de los requisitos exigidos, esto es, el *peligro de sufrir un mal*, es necesario efectuar algunas aclaraciones. En primer lugar, por *mal* debe entenderse la lesión o peligro para un bien jurídico, propio o de un tercero. Por otra parte, en cuanto al *peligro* en sí mismo, este debe ser real.¹³

Con relación al segundo requisito, se sostiene que el *peligro debe ser inminente*. La doctrina nacional entiende por *peligro inminente*, "la situación en la cual el mal puede concretarse en cualquier momento, posibilidad que no es sólo de índole temporal, sino material".¹⁴ Zaffaroni agrega que el mal puede hallarse en curso o bien puede existir un peligro de producción del mismo, que debe ser inminente, destacando que la *inminencia del mal* es independiente de todo criterio cronológico, y que es inminente un mal a cuya merced se encuentra el sujeto, aunque se trate de peligro continuo.¹⁵

Núñez, por su parte, considera que hay *inminencia* "cuando según las circunstancias, razonablemente se lo aprecia como de inmediata efectivización"¹⁶.

En cuanto al tercer requisito, que *la conducta sea adecuada y necesaria para evitar el peligro*, se trata de una exigencia en la que coinciden todos los autores e implica que el medio utilizado por el autor para evitar el peligro sea *idóneo* y, a su vez, *el menos lesivo* dentro de aquellos. Por ello, expresa Zaffaroni:

*"el mal no será necesario cuando no sea el medio adecuado para evitar otro, esto es, cuando igualmente el otro se producirá; tampoco lo será cuando se disponga de otro medio alternativo inocuo o menos lesivo"*¹⁷. Y agrega: "*la necesidad de la conducta implica el requerimiento de que la misma sea objetivamente idónea y adecuada, puesto que la conducta necesaria para apartar el peligro no puede ser tal si le faltan los requisitos de idoneidad y adecuación a la salvación del bien*".¹⁸

¹² PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN, Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el terrorismo de estado. "*Tratamiento penal de conductas típicas realizadas por personas secuestradas en Centros Clandestinos de Detención*." P. 14 y ss. Disponible en: <http://www.mpf.gov.ar/Institucional/UnidadesFE/Documento-sobre-imputaciones-a-personas-secuestra-das-en-CCD.pdf>.

¹³ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, op. cit., pp. 633 y 634.

¹⁴ PESSOA, RICARDO, en "Código Penal y Normas Complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", dirigido por Raúl Zaffaroni y David Baigún, Hammurabi, Bs. As., 1997, t. I, p. 616.

¹⁵ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, op. cit., p. 634.

¹⁶ NÚÑEZ, RICARDO., "*Las disposiciones generales del Código Penal*", ed. Lerner, Córdoba-Bs. As., 1976, p. 130.

¹⁷ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, op. cit., p. 634.

¹⁸ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, op. cit., p. 752.

Es importante destacar que la adecuación de la acción en EN debe medirse *ex ante* y sólo requiere que con ella se aumente considerablemente las probabilidades de salvar el bien amenazado.

El cuarto requisito es que el *autor no debe tener, en general, un deber de soportar el peligro*. Puede decirse que si bien no es una exigencia que se encuentre expresamente establecida en el art. 34 del CP, existe cierto consenso en la doctrina respecto a que el sujeto amenazado no debe estar jurídicamente obligado a soportar el mal cuyo riesgo se quiere neutralizar.¹⁹

Sin embargo, para algunos autores, este principio tiene sus límites. Es el caso de Zaffaroni, quien afirma:

*“El deber de afrontar o soportar riesgos tiene límites y nunca puede llegar al extremo de obligarle a soportar la muerte o una alta posibilidad cercana a la certeza”. Y agrega que “no es cierto que la necesidad exculpante no ampare -en forma absoluta- a quien tiene el deber de soportar un riesgo, sino que se requiere una mayor reducción de su autodeterminación para eliminar su culpabilidad”.*²⁰

En cuanto al último requisito que comparten, esto es, que el autor *debe haber actuado para evitar el peligro*, se trata de una exigencia que se encuentra expresamente prevista en el inc. 3º del art. 34 que requiere que el autor obre *con la intención de evitar el mal* que lo amenaza. Por tanto, debe existir un fin o ánimo de salvación.²¹ Este elemento subjetivo es requerido en todos los casos en que se invoque un EN del art 34 del CP, es decir que rige tanto para el previsto por el inc. 2º, segunda parte,²² así como el regulado por el inc. 3º. Esto es así ya que se exige que el autor haya reconocido esa situación y obrado en consecuencia.

Hasta aquí los requisitos que comparten ambos supuestos de EN. Veamos ahora en que se diferencian:

La primera diferencia reside en que en el EN del art. 34, inc. 3º del CP, el autor *debe haber sido extraño al peligro que lo impulsa a actuar*, circunstancia que no se encuentra prevista expresamente para el EN regulado por el art. 34, inc. 2º, segunda parte, del CP, aunque parte de la doctrina parece exigirlo.²³

Zaffaroni, por su parte, refiere que el art. 34 inc. 2º no prevé ninguna exclusión para quien provocó la situación de necesidad, lo que si se encuentra expresamente previsto por la ley para los casos de EN justificante, por lo que, según él, no existe base legal alguna para excluir del EN exculpante a quien provocó la situación. Lo que cabría preguntarse,

¹⁹ Cfr. CREUS, CARLOS, *Derecho penal. Parte General*, 4º, cit. p. 316; FONTÁN BALESTRA, CARLOS, *Derecho Penal, Introducción y Parte General*, cit. p.364; NÚÑEZ, RICARDO, *Manual de derecho penal, Parte General*, 4º ed. actualizada, Lerner, Bs.As., 1999, p. 162.

²⁰ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, op. cit., p. 748.

²¹ FONTÁN BALESTRA, CARLOS, *Tratado de derecho penal*, cit. p. 334; NÚÑEZ, RICARDO, *Manual de derecho penal*, cit. p. 162.

²² Fontán Balestra refiere que la acción típica debe constituir el medio necesario para evitar el mal grave e inminente y que el autor debe perseguir, además, el fin de evitarlo. Por tal motivo sostiene, coincidiendo con Núñez, no son disculpables las acciones delictivas que, careciendo de esa fundamentación causal, obedecen a otros motivos y solo se ligán ocasionalmente con la amenaza. (FONTÁN BALESTRA, CARLOS, *Derecho Penal, Introducción y Parte General*, cit. p. 364).

²³ Cfr. RIGHI, ESTEBAN, *Derecho Penal, Parte General*. LexisNexis, Bs. As., 2007, p. 345; en igual sentido, FONTÁN BALESTRA, CARLOS, *Derecho Penal, Introducción y Parte General*, cit. p. 364.

sostiene el autor, es “si es verdad que la provocación de la situación de necesidad crea un deber de soportar el riesgo, que da lugar a un injusto de mayor entidad, y, por ende, exige una mayor reducción de la autodeterminación para exculpar”.²⁴

Una posición similar corresponde a Creus, quien sostiene que en el EN exculpan “no rige pues, aquí, la exigencia de la justificante de que el mal amenazado sea extraño al autor”.²⁵

Pero la diferencia fundamental entre ambos supuestos radica en que mientras que en el EN previsto por el art 34, inc. 3° se exige que **el mal causado sea menor al evitado**, en el EN regulado por el art. 34, inc. 2°, segunda parte, sólo se exige que **el mal evitado sea grave**.²⁶

Esta diferencia explica también por qué difieren en sus fundamentos. Así, la doctrina nacional ha sostenido de manera pacífica que la razón del EN justificante es la *ponderación de bienes o intereses*. El derecho expresa un interés en la salvación del bien o interés preponderante, por lo que la lesión del bien o interés de menor valor no está jurídicamente desaprobada. Por ello, el art. 34 inc. 3° limita la justificación cuando se *causa un mal para evitar otro mayor*.

Nuestra legislación no exige expresamente, a diferencia de otras, como la Alemana, que el bien salvado sea *sustancialmente* mayor que el sacrificado, aunque la doctrina nacional, por lo general, lo requiere.²⁷ Pero además, la diferencia valorativa entre el bien salvado y el bien sacrificado debe ser *esencial*, pues sólo así se justifica el sacrificio de bienes de terceros.

Como ya ha quedado establecido, la doctrina absolutamente dominante entiende que el límite del EN justificante está dado por la producción de un mal menor que el evitado. Para la individualización del mal menor, dice Zaffaroni, debe seguirse un criterio que no puede atender solo a la jerarquía de bienes jurídicos y del que debe excluirse la valoración subjetiva del peligro amenazado, aunque no la consideración objetiva de las circunstancias personales. Agrega el autor que nuestro código no indica como criterio la ponderación abstracta de bienes jurídicos, sino que requiere una ponderación concreta de *males*. Por lo tanto, si un *bien jurídico* es la relación de disponibilidad del titular con un ente, *mal jurídico* es la afectación de esa relación.

Zaffaroni considera que no es razonable aceptar en la dogmática nacional el criterio de ponderación de bienes en sentido formal, y que si bien es cierto que la ley no puede establecer una escala absoluta al respecto, si es posible, sin embargo, enunciar algunos criterios generales, entre los que pueden señalarse los siguientes: a) la jerarquía del bien jurídico, b) la intensidad de la afectación, sea por lesión o por peligro, c) el grado de proximidad del peligro del mal que se evita o se puede evitar, d) la intensidad de la afectación en consideración a las circunstancias personales de los respectivos titulares.²⁸

²⁴ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal, Parte General*, cit. p. 751.; en igual sentido, Pessoa (PESSOA, RICARDO, en “*Código Penal y Normas Complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*”, cit. p. 617.).

²⁵ CREUS, CARLOS, op. cit., p. 362.

²⁶ Para Pessoa “mal grave” es pérdida significativa de un bien jurídico por parte de quien la soporta. (PESSOA, RICARDO, en “*Código Penal y Normas Complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*”, cit. p. 615).

²⁷ Cfr. BACIGALUPO, ENRIQUE, “*Manual de derecho penal, parte general*”, 2° ed. totalmente renovada y ampliada, 1° reimpresión, Hammurabi, Bs. As., 2007, p. 379; en igual sentido, RIGHI, ESTEBAN *Derecho penal*, cit., p. 287.

²⁸ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, op. cit. p. 635.

Esta inclusión en la ponderación de elementos que van más allá de los bienes jurídicos abstractos, ha llevado a buena parte de la doctrina a utilizar el concepto de *ponderación de intereses*”.²⁹ Por ello, se sostiene que la valoración no debe efectuarse en abstracto, es decir, tomando en cuenta la mera jerarquía del bien jurídico, sino en concreto, atendiendo también a la *intensidad del peligro*.

Esta comparación entre el interés salvado y el interés lesionado no es requerida por la doctrina nacional mayoritaria en el EN regulado por el art. 34 inc. 2º, segunda parte. En estos supuestos, el fundamento de la exención de pena no reside en la ponderación de un bien o interés sobre el otro sino en la *reducción de libertad* con que obra el sujeto en esas situaciones, lo que produce una disminución del ámbito de autodeterminación. Se entiende que, atento a la especial situación en la que se encuentra el sujeto, no resulta razonable que el derecho le exija un comportamiento de acuerdo a la norma. Por ello se dice que la idea que subyace detrás del EN exculpante es la inexigibilidad de un comportamiento conforme a derecho.³⁰

Como explica Zaffaroni, la ratio o fundamento del EN exculpante es “la notoria reducción del ámbito de autodeterminación del sujeto en la situación constelacional en que realiza la acción, lo que neutraliza la posibilidad de reproche”.³¹

Es preciso aclarar que la *inexigibilidad* no ha de entenderse de manera fáctica, sino normativa, pues aún cuando el sujeto pueda, de hecho, actuar de otro modo, en ciertas circunstancias extremas no resulta razonable que el estado le exija tal comportamiento.

Por lo tanto, para la doctrina nacional, el EN exculpante tiene lugar cuando entran en conflicto bienes jurídicos y magnitudes de afectación de estos que resultan equivalentes, o incluso, cuando se sacrifica el bien mayor. Esto es así porque, como ya se ha precisado, el único requisito exigido por el inc. 2º, segunda parte, del art. 34 del CP, es que el mal que se pretende evitar sea *grave e inminente*, el cual puede provenir de cualquier fuente y amenazar a cualquier bien jurídico.³² Al respecto, es preciso destacar que la ley no prevé limitación alguna en cuanto a los bienes jurídicos que pueden estar en peligro para que tenga lugar la eximente, tal como ocurre en otras legislaciones.³³

Tampoco exige el código que el mal que se quiere evitar deba recaer directamente sobre bienes jurídicos del necesitado, sino solo que constituya para él un mal grave e inminente. Es por esta razón que el sujeto puede verse precisado a cometer un injusto para evitar una lesión a bienes jurídicos ajenos que impliquen un mal grave e inminente para él,

²⁹ ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal, Parte General, “Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.”* Civitas, Madrid 1997 (traducción de la 2º ed. alemana, por Diego- Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal), t. I, p. 674; BACIGALUPO, ENRIQUE, op. cit., p. 378.

³⁰ PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN, Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el terrorismo de estado. “*Tratamiento penal de conductas típicas realizadas por personas secuestradas en Centros Clandestinos de Detención.*” P. 15. Disponible en: <http://www.mpf.gov.ar/Institucional/UnidadesFE/Documento-sobre-imputaciones-a-personas-secuestradas-en-CCD.pdf>.

³¹ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, op. cit., p. 747.

³² ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, op. cit., p. 750.

³³ En este sentido, Creus refiere que “la única limitación que procede del art. 34, inc. 2º del CP, es la que deriva de la gravedad del daño amenazado, con lo cual quedan fuera de la excusa, en los casos de bienes equivalentes, la salvación de un bien de escasa entidad, y en los no equivalentes, la salvación de bienes esencialmente inferiores al vulnerado” (CREUS, CARLOS, op. cit., p. 361.).

como sería el caso, por ejemplo, cuando la amenaza recayera sobre bienes jurídicos de personas estrechamente vinculadas al sujeto.³⁴

Resumiendo, la doctrina absolutamente dominante en nuestro país entiende que para diferenciar ambas clases de EN hay que tener en cuenta lo siguiente: si el bien salvado es considerablemente mayor al sacrificado existe en principio justificación; si esto no es así, sólo puede operar una exculpación si el mal evitado es grave.

II. El Estado de Necesidad en la legislación alemana

Luego de la reforma de 1975, el EN se encuentra ahora regulado en el § 34 y § 35 del StGB. El primero establece en forma expresa el EN como causa de justificación, mientras que el segundo regula el EN disculpante. Veamos ambos artículos:

“§ 34. Estado de necesidad justificante

“Quien en un peligro actual para la vida, el cuerpo, la libertad, el honor, la propiedad u otro bien jurídico no evitable de otra manera, cometa un hecho con el fin de evitar un peligro para sí o para otro, no actúa antijurídicamente si en la ponderación de los intereses en conflicto, en particular de los bienes jurídicos afectados, y de su grado del peligro amenazante, prevalecen esencialmente los intereses protegidos sobre los perjudicados. Sin embargo, esto rige solo en tanto que el hecho sea un medio adecuado para evitar el peligro”.

“§ 35. Estado de necesidad disculpante

“Quien en un peligro actual para la vida, el cuerpo o la libertad no evitable de otra manera, cometa un hecho antijurídico con el fin de evitar el peligro para él, para un pariente o para otra persona allegada, actúa sin culpabilidad. Esto no rige en tanto que al autor se le pueda exigir tolerar el peligro, de acuerdo con las circunstancias particulares, porque el mismo ha causado el peligro o porque él estaba en una especial relación jurídica. Sin embargo, se puede disminuir la pena conforme al § 49 inciso I., cuando el autor no debería tolerar el peligro en consideración a una especial relación jurídica”.

Lo primero que debemos decir es que de la redacción del § 34 y § 35 del StGB, la legislación alemana, al regular el EN, pareciera inclinarse definitivamente por la tesis diferenciadora. Esto es posible observarlo por varios motivos: en primer lugar, porque el StGB regula el EN en dos artículos diferentes. Segundo, porque en uno de ellos hace referencia específica al EN justificante y, en el otro, al EN disculpante. Pero, principalmente, porque es el propio StGB el que establece cuáles son las diferentes consecuencias jurídicas para la persona que efectúe una conducta bajo alguna de las circunstancias eximentes. Así, el § 34 especifica que el que realiza una conducta en las condiciones establecidas por el artículo para el EN justificante *“no actúa antijurídicamente”*. Por su parte, el § 35 establece que el que realiza una conducta según lo requerido por el artículo para que se configure el EN disculpante, *“actúa sin culpabilidad”*.

Si comparamos el StGB con lo establecido por nuestro CP, al regular el EN en los incisos 2º, segunda parte, y 3º del art. 34, observaremos que éste establece, en ambos casos, la misma consecuencia jurídica al indicar que *“no son punibles (...)”* los que efectúen

³⁴ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, op. cit., p. 749 y ss.

alguna de las conductas descriptas bajo esas condiciones. A su vez, el mencionado artículo, no hace referencia específica en ninguno de estos incisos, al EN exculpante o al EN justificante.

Otra diferencia entre ambas regulaciones la encontramos en lo establecido por el § 34 del StGB, el cual requiere que el bien salvado sea *esencialmente* mayor que el sacrificado, algo que no es exigido por el art. 34, inc. 3° de nuestro CP, aunque, como ya se ha aclarado, la doctrina nacional, por lo general, lo requiere.

Por su parte, el § 34 del StGB hace referencia a la ponderación de “*intereses*”, en cambio, nuestro CP hace referencia a “*males*”.

En el § 35 del StGB también podemos encontrar algunas diferencias con nuestro CP. En primer lugar, el § 35 del StGB establece que no puede beneficiarse con la inculpa- bilidad quien ha provocado la situación, algo que, como ya vimos, no es exigido por el art. 34, inc. 2°, segunda parte del CP, el cual no prevé ninguna exclusión para quien provocó la situación de necesidad, circunstancia que solo es exigida para los casos regulados por el inc. 3°.

Tampoco procede el EN disculpante según el § 35 del StGB en los casos en donde al autor “*se le pueda exigir tolerar el peligro*” por encontrarse en una especial relación jurídica, algo que tampoco se encuentra expresamente previsto por nuestro CP, si bien la doctrina nacional, suele exigirlo.

Finalmente podemos destacar una diferencia más. El § 35 del StGB prevé una limi- tación en cuanto a los bienes jurídicos que pueden estar en peligro para que tenga lugar inculpa- bilidad: *La integridad corporal, la vida o la libertad*, circunstancia que no es exigida por el art. 34, inc. 2° de nuestro CP el cual no limita los bienes jurídicos que pueden defenderse para que se verifique la eximente.

III. El Estado de Necesidad en la legislación española

Antes de la reforma de 1995, el EN era regulado por el art. 8,7° del CP español. En la ac- tualidad, es el art. 20,5° el que lo prevé. A su vez, el inc. 6°, regula los casos en que el au- tor obre “*impulsado por miedo insuperable*”.

“Artículo 20 del CP: Están exentos de responsabilidad criminal:

5°. “*El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesio- ne un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos: Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencio- nadamente por el sujeto. Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse*”.

6°. “*El que obre impulsado por miedo insuperable*”.

Como podemos observar, la regulación del CP español es sumamente amplia ya que somete todas las clases de EN a los mismos requisitos y los regula en un mismo inciso (art. 20, 5°). Incluye tanto el EN propio como el ajeno o auxilio necesario, ante peligro para intereses de otras personas. Lo único que exige es que “*el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar*”. Por su parte, como ya se ha expresado, nuestro CP regula el EN en dos incisos diferentes, requiriendo, en un caso, *que el mal causado sea menor al evitado* (art. 34, inc. 3°), y, en el otro, *la amenaza de sufrir un mal grave e inminente* (art. 34, inc. 2°, segunda parte).

Al igual que el § 35 del StGB (EN disculpante), el CP español requiere que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente y que el necesitado no tenga obligación de sacrificarse, exigencias que, como se vio, no se encuentran expresamente previstas por nuestro CP para los casos regulados por el art. 34, inc. 2º, segunda parte.

Por último, una mención al miedo insuperable regulado por art. 20, 6º del CP español.

Una parte de la doctrina española considera superflua una regulación expresa de esta circunstancia.³⁵ Bacigalupo, por su parte, entiende que el legislador español ha creado con el art. 20, 6º un supuesto restringido de EN, ya que agrega la condición de que el autor haya sido impulsado por el miedo, por lo que, en consecuencia, en los casos en los que solo concurra la relación entre el mal causado y el que se evita será siempre aplicable el art. 20, 5º y solo cuando además concurra el efecto subjetivo del miedo será aplicable el art. 20, 6º. Por lo tanto, considera que la significación práctica del miedo, y de esta eximente, queda totalmente anulada debido a que existiendo ya una eximente que excluye la pena con menos requisitos, carece de sentido otra que hace depender el mismo efecto de un mayor número de exigencias. Es por esto que arriba a la conclusión que la legislación española debería eliminar esta causa de exclusión de la responsabilidad criminal por innecesaria.³⁶

IV. Teorías en relación a la naturaleza jurídica del Estado de Necesidad

Sobre las distintas teorías acerca de la naturaleza jurídica del EN en la doctrina internacional, podemos afirmar que las mismas pueden agruparse en tres grupos: en primer lugar, la **“teoría diferenciadora o de la diferenciación”**, la cual es claramente mayoritaria. Según esta teoría, existe un EN justificante (que excluye la antijuridicidad de la conducta) y otro meramente disculpante o exculpante (que solo elimina la culpabilidad), según se trate de un caso de conflicto entre bienes o intereses desiguales en donde se sacrifica el de menor valor, o un conflicto entre bienes o intereses iguales.

En segundo lugar, la **“teoría unitaria o de la unidad”**, cuyos seguidores consideran que todo EN es justificante o excluyente de la antijuridicidad.

Y existen **teorías intermedias**, que consideran que el EN por conflicto entre bienes o intereses iguales (disculpante según la teoría diferenciadora), es una causa de exclusión del injusto, aunque no una auténtica causa de justificación, por lo que aquí se incluye a los que piensan, con la teoría ortodoxa de la diferenciación, que el EN por conflicto entre bienes iguales no llega a alcanzar la categoría de una causa de justificación, y que coinciden con la teoría de la unidad en que esa modalidad de EN es algo más que una mera causa de exculpación: lo que el EN por conflicto entre bienes iguales excluye es, en realidad, el *“estar prohibido”* (teoría de la neutralidad) del comportamiento, lo que para Kaufmann supone una conducta jurídicamente neutra, esto es, ni prohibida ni permitida, que se considera *“fuera del derecho”*, jurídicamente exento, mientras que para otros autores, entre los que podemos destacar a Maurach, Bacigalupo y Laurenzo, se trata de una causa de exclusión de la *“responsabilidad por el hecho”*, categoría intermedia entre la antijuridicidad y la culpabilidad.

³⁵ Así, Ferrer Sama; Quintano Ripollés.

³⁶ BACIGALUPO, ENRIQUE, op. cit., p. 402 y ss.

Otra categoría intermedia es la sostenida por Günther, quien considera algunos supuestos (colisión de deberes, EN coactivo, indicaciones en el aborto, etc.) como EN no justificante ni disculpante, sino como causa de exclusión del injusto penal.³⁷

IV. A. TEORÍA DE LA DIFERENCIACIÓN:

Los partidarios de esta teoría que, como ya se anticipó, es la dominante³⁸ en la doctrina alemana, española y también en nuestro país, sostienen que existe un EN que elimina la antijuridicidad de la conducta y que se lo denomina EN justificante, y otro que solo excluye la culpabilidad, al cual se lo designa como EN disculpante o exculpante.

Para efectuar la distinción y fundamentar esta circunstancia eximente, sus seguidores utilizan conjuntamente el criterio del *conflicto psicológico*³⁹ en que actúa el sujeto, y el principio del *interés preponderante*.

Por tanto, según esta teoría, cuando el mal causado es de igual envergadura que el que se trata de evitar, entonces lo que queda excluida es la *culpabilidad* de la acción cometida, que sigue siendo típica y antijurídica; por su parte, cuando los intereses en conflicto son desiguales y se sacrifica el de menor valor para salvar el que tiene un rango superior, ese EN elimina no la culpabilidad, sino ya la *antijuridicidad* de la conducta.

Por consiguiente, según los partidarios de esta teoría, la acción cometida en EN será lícita cuando el mal causado sea menor que el evitado (causa de justificación), e ilícita pero no culpable cuando el mal causado sea igual al evitado (causa de exclusión de la culpabilidad).

IV. B. TEORÍA DE LA UNIDAD:

Los partidarios de esta teoría, consideran que el EN es siempre una causa de justificación o de exclusión de la antijuridicidad de la conducta, con independencia de que el bien sacrificado sea de menor o igual jerarquía que el salvado.

Esta tesis, si bien tuvo origen en Alemania,⁴⁰ en la actualidad es en la doctrina española⁴¹ en donde encuentra mayor sustento, siendo Gimbernat su principal referente.

³⁷ LUZÓN PEÑA. DIEGO, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 2º ed., Tirant, Valencia, 2012, p. 420.

³⁸ En la doctrina alemana es seguida, entre otros, por Mezger, Jescheck, Hirsch, Lenckner, Baumann, Rudolphi, Schmidhauser, Stratenwerth, Roxin, Jakobs, Frister. En la doctrina hispanoamericana es seguida, entre otros autores, por Jiménez de Asúa, Córdoba Roda, Mir Puig, Cerezo Mir, Zaffaroni, Cuello Contreras.

³⁹ En este sentido, para Zaffaroni el fundamento de la exclusión de la culpabilidad en el EN exculpante es la situación reductora de la autodeterminación del sujeto. (ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, op. cit., p. 749.). Roxin, sostiene que si bien la opinión dominante en relación a la fundamentación de la exención de pena en los casos de EN exculpante gira en torno a una doble reducción de la culpabilidad (ya que consideran que esta se rebajaría en primer lugar por la presión anímica del sujeto y en segundo porque el sujeto que actúa en EN no sólo lesionaría un bien jurídico, sino que también preservaría otro, lo que reduciría el injusto y con ello de manera mediata la culpabilidad), debe ponerse en duda que la reducción del injusto sea un criterio central para la exención de pena en los casos de EN exculpante, ya que, según él, la cantidad del injusto realizado no depende exclusivamente de lo que el sujeto preserva, sino de la magnitud del *plus* de los bienes jurídicos que lesiona. Por lo tanto, considera que la fundamentación de la exclusión de la responsabilidad en los casos de necesidad exculpante debe efectuarse a partir de los fines de la pena. Según él, la exención de pena se debe a la falta de necesidad de prevención general y especial de punición. (ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal, Parte General, "Fundamentos. La estructura de la teoría del delito"*, cit. t. I, p. 896 y ss.). Jakobs también comparte la teoría de los fines de la pena para explicar la exclusión de la responsabilidad, aunque exclusivamente por la falta de necesidad de prevención general, rechazando la necesidad preventivo especial de intervención como causa de la exención de pena. (JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho Penal, Parte General, "Fundamentos y teoría de la imputación"*. Marcial Pons, Madrid 1997 (traducción de la 2º ed. alemana, por Javier Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo) 2º ed., corregida, p. 690.).

Gimbernat entiende que el EN es siempre una causa de justificación porque para él la culpabilidad sólo falta cuando el sujeto no es motivable en absoluto por la norma, algo que no sucede en quien actúa en EN, en donde la norma penal despliega toda su eficacia inhibitoria. Por lo tanto, para el autor, a diferencia de los casos de incapacidad de culpabilidad y de error invencible de prohibición, en los que el derecho penal no castiga porque *no puede*, en los de EN el derecho penal no castiga porque *no quiere*. Al respecto, dice Gimbernat:

“Proceder con una pena contra los hechos cometidos en estado de necesidad no sería en modo alguno ineficaz, sino que, por el contrario, podría lograrse que muchos, para evitar la pena, aceptasen la lesión del propio bien jurídico antes que menoscabar el ajeno. Todo esto lo podría alcanzar el derecho penal si quisiese; pero es que no quiere. Por ello estamos aquí en presencia de una causa de exclusión de la antijuridicidad y no de una causa de exclusión de la culpabilidad”.⁴²

Para llegar a esta conclusión, el autor expone que para determinar qué es lo que hay que castigar, el derecho se enfrenta con dos problemas distintos: en primer lugar, tiene que decidir qué es lo que quiere prohibir *frente a todos* (sector de la antijuridicidad). Cuestión que, según él, afecta al *querer*, poniendo como ejemplo que cuando a cualquiera le está permitido rechazar en legítima defensa con unas lesiones un ataque antijurídico contra el honor, ello es así porque el derecho penal *no quiere*, a pesar de que *podría*, oponerse a esas lesiones. Sostiene que el derecho penal podría perfectamente influir mediante la pena para que se soportasen ataques antijurídicos de relativa entidad o para que, ante ellos, en vez de rechazarlos, se emprendiese la huida. De ahí, agrega, que la legítima defensa sea una causa de justificación: porque el derecho penal renuncia a la pena, no porque ésta sea inidónea para combatir las acciones en legítima defensa, sino porque no quiere combatir las en absoluto.⁴³

En segundo lugar, agrega, el mecanismo inhibitorio del derecho penal tiene también sus límites (sector de la culpabilidad), cuestión que afecta al *poder*. Al respecto, sostiene: “Existen ciertas personas en referencia a las cuales sociológicamente se admite, sin más, que son inaccesibles a la motivación de la pena; bien por su inimputabilidad permanente o transitoria, bien porque –al desconocer la prohibición- no han tenido tampoco ocasión de dejarse influir por ella”.⁴⁴

Por lo tanto, considera que aquí no sucede lo mismo que en el sector de la antijuridicidad donde el derecho no quiere combatir esas acciones, sino que, muy por el contrario,

⁴⁰ En donde fue elaborada por Von Hippel, siendo luego sostenida por Maihofer y Sauer.

⁴¹ En donde es seguida, entre otros, por Gimbernat Ordeig, Luzón Peña, Roldán Barbero, Cuerda, Gómez Benítez, Octavio de Toledo/Huerta, García Álvarez. Luzón Peña considera correcta la teoría unitaria que concibe todo el estado de necesidad como causa de justificación o de la exclusión de la antijuridicidad ya que para él, “no es que la ley no pueda motivar al sujeto en situaciones extremas de inexigibilidad individual, lo que explicaría una causa de exculpación, sino que no quiere, por diversas razones materiales –de equivalencia de intereses, inexigibilidad general y respeto de la libertad de los ciudadanos- motivar, determinar a nadie a abstenerse de la conducta salvadora, o sea, que no le interesa prohibirla”. (Cfr. LUZÓN PEÑA, DIEGO, *Leciones de Derecho Penal, Parte General*, 2º ed., Tirant, Valencia, 2012, p. 421.).

⁴² GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, “El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad” en: *Estudios de derecho penal*, Tecnos, Barcelona, 1990, p. 225.

⁴³ GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, op. cit., p. 224.

⁴⁴ GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, op. cit., p. 224.

entiende que el derecho estaría encantado de combatir, mediante pena, los homicidios que cometen los inimputables o las apropiaciones indebidas ejecutadas por personas que, de modo subjetivamente invencible, desconocen la prohibición, pero *no puede* combatir esos comportamientos inculpables porque la pena es, principalmente por razones de motivabilidad, ineficaz para hacerlo. No obstante, agrega, estos comportamientos que quedan excluidos en el sector de la culpabilidad, siguen estando prohibidos (de manera general); a la pena sólo se renuncia frente a aquellos ciudadanos de los cuales se percibe fácilmente que no tendría mucho sentido proceder con ese medio de reacción.⁴⁵

Gimbernat entiende que, a diferencia de lo que sucede con el resto de las causas de justificación, como por ejemplo, la legítima defensa, en donde el derecho aprueba sin reservas la comisión de esas acciones típicas en sentido estricto, la acción ejecutada en EN por conflicto entre bienes iguales no merece esa *valoración positiva*, en el sentido de que el orden jurídico no la estima valiosa, por lo que podría hablarse de un *comportamiento jurídicamente neutral*. Y agrega que “*neutralidad al derecho*” no significa que la ley penal se abstenga de tomar posición ante el EN, sino que, por el contrario, toma una posición muy clara en cuanto que se renuncia frente a todos a motivar con la pena para que no se cometan acciones en EN. “Conformidad con el derecho no quiere decir, por consiguiente, que la acción sea valorada positivamente, sino sólo que la ley —por los motivos que sean— renuncia frente a la comunidad a amenazar con una pena, renuncia a motivar la no comisión mediante el mecanismo punitivo”.⁴⁶

Las principales críticas de Gimbernat a la teoría de la diferenciación pueden ser resumidas en las siguientes:

1) Si el EN por conflicto entre bienes iguales sólo excluye la culpabilidad, entonces, afirma el autor, el error sobre la existencia de una situación de necesidad debería ser tan irrelevante para la pena como lo es cualquier suposición equivocada del autor sobre su inculpabilidad. Para explicar ello, pone como ejemplo el caso de un sujeto que se equivoca invenciblemente sobre su salud mental (porque los mejores médicos le han asegurado que es un psicótico inimputable), luego, comete un homicidio, y después se pone de manifiesto que no padece enfermedad mental alguna, ese error, dice, carece de trascendencia para el derecho penal y no puede eximir de pena al sujeto. Sin embargo, agrega:

“En el estado de necesidad meramente exculpante la teoría de la diferenciación mantiene la relevancia del error. Un resultado correcto pero que sólo puede encontrar un fundamento sólido si se considera al estado de necesidad por conflicto entre bienes iguales como una causa de justificación y el autor cree (con error objetivamente invencible) que se da tal situación, entonces habrá realizado la materia de prohibición sin dolo e imprudencia”.⁴⁷

2) Otra crítica a la teoría de la diferenciación es en referencia a la participación, ya que según los partidarios de esta teoría, la participación en un hecho antijurídico pero inculpable es punible. Al respecto, Gimbernat sostiene:

“El resultado de que es punible la participación en un hecho cubierto por un estado de necesidad exculpante hay que decir ya que es imposible que sea correcto

⁴⁵ GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, op. cit., p. 225.

⁴⁶ GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, op. cit., p. 228.

⁴⁷ GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, op. cit., pp. 223 y 227.

en derecho español.⁴⁸ Pues no se entiende, si operamos con el conocido ejemplo de la tabla de Carneades, que el sujeto cuando hace lo más: como autor principal mata por propia mano a uno de los náufragos para salvar al otro, quede libre de responsabilidad (lo cual está fuera de discusión pues evita un mal ajeno sin que el mal causado sea mayor que el que trata de evitar), y que, en cambio, haya de responder como partícipe cuando no llega tan lejos y, en vez de privar directamente de la vida a una persona, se limita a entregar la pistola a uno de los náufragos para que mate al otro”.⁴⁹

IV. C. TEORÍA DE LA NEUTRALIDAD O DEL ÁMBITO LIBRE DE VALORACIÓN JURÍDICA:

Esta teoría, sostenida en su momento por Hellmuth Mayer, ha sido replanteada por Arthur Kaufmann, quien considera que existen comportamientos frente a los cuales el orden jurídico prescinde completamente de una valoración y que, por tanto, no pueden ser calificados ni de conformes a derecho ni de antijurídicos, a los que denomina “no prohibidos”, aclarando que de lo único que se prescinde es de una valoración negativa, sin que ello implique una valoración positiva. Kaufmann considera “fuera del derecho” los casos de conflicto en los que entran en colisión entre sí bienes o deberes equivalentes o que no son valorables racionalmente. Al respecto, expresa:

*“El espacio libre de derecho se relaciona con los casos de necesidad (estado de necesidad, interrupción del embarazo, participación en el suicidio). Su regulación jurídica estriba en que la conducta correspondiente, conforme a la ley penal, bajo determinados supuestos, se declara como “no punible”. La pregunta acerca de lo que ha de entenderse por “no punible” —no antijurídica, no culpable, etc. — no es regulada por el legislador, esto le queda reservado a la jurisprudencia y a la doctrina”.*⁵⁰

Para el autor, “espacio libre del derecho” no significa jurídicamente no regulado, sino jurídicamente no valorado, ya que para él, se trata de acciones relevantes y reguladas jurídicamente, que pese a ello no pueden ser valoradas, pertinentemente, ni como conformes a derecho, ni como antijurídicas. Es por este motivo que entiende que en vez de caracterizarlas como conductas “no prohibidas”, lo más adecuado sería hablar de “espacio libre de valoración jurídica”.⁵¹ Y agrega:

*“El problema cardinal de la teoría del espacio libre del derecho reside en la pregunta sobre si todas las formas de comportamientos relevantes penalmente no pueden ser concebidas, adecuadamente, en tanto ‘jurídicas’ y ‘antijurídicas’ (aquí no se trata de “inocencia” o “culpabilidad”). La pregunta ha de responderse negativamente. Las dos categorías se tornan inoperantes, principalmente en los casos de conflictos trágicos y de necesidad existencial, esto es, en situaciones límite”.*⁵²

⁴⁸ Recordemos que la regulación del EN en el derecho español es sumamente amplia, sometándose todas las clases a los mismos requisitos y permitiéndose el auxilio de terceros, con la única exigencia que “el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.”

⁴⁹ GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, op. cit., p. 222.

⁵⁰ KAUFMANN, ARTHUR, *Filosofía del derecho*, Universidad Externado, Colombia, 1997, p. 409.

⁵¹ KAUFMANN, ARTHUR, op. cit., p. 408.

⁵² KAUFMANN, ARTHUR, op. cit., p. 409.

Con esta teoría, Kaufmann establece una nueva categoría jurídico-penal: la de las acciones no prohibidas ni autorizadas por el derecho.

*“La categoría no prohibido tiene su ubicación sistemática “entre” la juridicidad y la antijuridicidad. Respecto de las valoraciones “jurídico” y “antijurídico” precisamente existe también una tercera posibilidad: el abstenerse de valorar”.*⁵³

IV. D. TEORÍA DEL ESTADO DE NECESIDAD EXCLUYENTE DE LA RESPONSABILIDAD POR EL HECHO:

Esta teoría elaborada por Maurach y que luego ha sido seguida por Bacigalupo, considera que junto al EN como causa de justificación (cuando el interés salvado es superior al sacrificado), se encuentra el EN por conflicto entre bienes equivalentes como una causa excluyente de la *responsabilidad por el hecho*, categoría intermedia a la que sus partidarios sitúan entre la antijuridicidad y la culpabilidad.

Según Maurach⁵⁴, la acción de EN por conflicto entre bienes equivalentes es inequívocamente antijurídica, pero la impunidad del sujeto se decide antes de llegar a la culpabilidad, ya que, para él, lo que queda excluida es *la responsabilidad por el hecho*, un escalón intermedio que introduce después de la antijuridicidad y antes de la culpabilidad.

Al respecto, afirma Maurach, en los casos de EN por conflicto entre bienes iguales no decae el reproche personalísimo, sino el juicio generalizador de que el autor no se ha comportado como lo haría el promedio. Esto es así porque para él, la exigibilidad o inexigibilidad ha sido regulada sobre la base exclusiva de un método estandarizador, por lo que lo único decisivo es la medida de la fuerza de resistencia que se exige al promedio. Considera que en estos supuestos no se cuestiona el efecto psicológico de la situación de necesidad sobre el autor concreto, ni tampoco sobre su fuerza de resistencia individual. En todo caso, dice, no debe confundirse el juicio individualizador de reproche con la cuestión acerca de la exigibilidad. Por esa razón, ante la existencia de una situación de necesidad reconocida se excluye *la responsabilidad por el hecho*. En este contexto, agrega, ni siquiera debe plantearse la pregunta acerca de la culpabilidad. Por lo tanto, para Maurach, la inexigibilidad en estas situaciones no se encuentra al final de la teoría de la culpabilidad, como lo propone la teoría dominante —de la diferenciación— sino en su comienzo.⁵⁵

En la actualidad, esta teoría es seguida entre nosotros por Bacigalupo, quien sostiene que junto a las causas de justificación, que expresan *la aprobación del orden jurídico* respecto del hecho típico, existen otros supuestos en los que el estado renuncia a la aplicación de una pena por la *insuficiencia de la gravedad de la ilicitud* para justificar la aplicación de una pena. Opina el autor que una cosa es que el orden jurídico *apruebe* la realización de una acción (la justifique) y otra es que la gravedad de la ilicitud sea insuficiente para legitimar el ejercicio del *juspuniendi*.⁵⁶

Para Bacigalupo, esta categoría dogmática intermedia que propone (de la responsabilidad por el hecho), se fundamenta, por un lado, en la diferencia que existe entre la exclusión de la pena proveniente de la ausencia de antijuridicidad, que implica una falta total

⁵³ KAUFMANN, ARTHUR, op. cit., pp. 414 y 415.

⁵⁴ MAURACH, REINHART; ZIPF, HEINZ, *Derecho Penal, Parte general*, t. I, Traducción de la 7° ed. alemana por Jorge Bofill y Enrique Aimone Gibson, Astrea, Bs. As., 1994, p. 543 y ss.

⁵⁵ MAURACH, REINHART; ZIPF, HEINZ, op. cit., p. 552.

⁵⁶ BACIGALUPO, ENRIQUE, op. cit., p. 387.

de desaprobación por parte del orden jurídico, y la exclusión de la pena resultante de la falta de desaprobación jurídico-penal, es decir, la que se expresa en la renuncia del estado a sancionar una acción típica y antijurídica aunque haya sido realizada culpablemente. Por otro lado, agrega, se fundamenta en la diferencia que existe entre los supuestos que componen esta categoría y las causas que excluyen la culpabilidad en sentido estricto (causas que excluyen la capacidad de motivación o la imputabilidad y el error de prohibición).⁵⁷

Por lo tanto, para Bacigalupo, la falta de desaprobación jurídico-penal, no depende de la falta de culpabilidad. Por este motivo, opina, no tiene sentido práctico hacer su análisis una vez comprobada ésta. De la misma manera, no tiene ningún sentido práctico comprobar la culpabilidad una vez establecido que el hecho típico y antijurídico no merece desaprobación jurídico-penal.⁵⁸ En efecto, considera que en estas hipótesis se produce una significativa y comprobada disminución del injusto frente a una secundaria disminución de la culpabilidad, que, por lo demás, sólo necesita ser presumida.

Bacigalupo agrupa dentro de ésta categoría intermedia a las causas de “inculpabilidad” dentro de las cuales incluye al EN disculpante, el miedo insuperable, el exceso en los límites de una causa de justificación, así como algunas excusas absolutorias. Opina que éstas no eliminan la antijuridicidad ni la culpabilidad. Por lo tanto, para el autor, el elemento común aglutinante de éstas causas en la categoría de la *responsabilidad por el hecho* reside en la exclusión de la desaprobación jurídico-penal y en su ineficacia para excluir la desaprobación del orden jurídico: el hecho es contrario a este último, pero no es sancionado penalmente aunque el autor hubiera podido comportarse de otra manera (hubiera sido capaz de motivación y tenido conciencia de la desaprobación del orden jurídico).⁵⁹

Una última cuestión. Bacigalupo, requiere para que se configure el EN justificante que la diferencia entre el interés salvado y el interés sacrificado sea *esencial*. Es por este motivo que para el autor, el EN que excluye la *responsabilidad por el hecho* alcanza también a todos los casos en que la diferencia valorativa de los intereses en conflicto no sea esencial. Por lo tanto, la responsabilidad por el hecho se excluye en los casos de conflicto en que los intereses son de igual jerarquía o en los que se salva un interés de mayor jerarquía que el sacrificado pero la diferencia no es esencial.⁶⁰

IV. E.TEORÍA DEL ESTADO DE NECESIDAD DE GÜNTHER:

Una posición particular es la adoptada por Günther quien engloba bajo el nombre “causas de justificación” a lo que él considera “*causas de exclusión sólo del injusto penal*” (o “de la antijuridicidad penal”), que se caracterizan por excluir la antijuridicidad específicamente penal, ya que reducen el contenido de ilícito por debajo del mínimo que exige el principio constitucional de proporcionalidad para legitimar una sanción penal, aunque la misma puede continuar siendo antijurídica para otras ramas del derecho, y “*causas de exclusión del injusto*” (“general”) cuya consecuencia principal es que extienden sus efectos a todo el ordenamiento jurídico, ya que tienen eficacia en todos los campos del derecho, dentro de las cuales incluye, por ejemplo, la legítima defensa y el EN en donde se salva un interés preponderante (EN justificante).⁶¹

⁵⁷ BACIGALUPO, ENRIQUE, op. cit., p. 398.

⁵⁸ BACIGALUPO, ENRIQUE, op. cit., pp. 398 y 399.

⁵⁹ BACIGALUPO, ENRIQUE, op. cit., p. 399.

⁶⁰ BACIGALUPO, ENRIQUE, op. cit., p. 401.

⁶¹ Cfr. LUZÓN PEÑA, DIEGO, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 2º ed., Tirant, Valencia, 2012., p. 339.

Para Günther, algunos supuestos de EN como la cláusula de la reprobabilidad en *coacciones y amenazas*⁶² (considerados como casos de EN disculpante para la teoría de la diferenciación), así como la defensa de intereses legítimos en relación con los delitos contra el honor y las indicaciones del aborto, son *causa de exclusión sólo del injusto penal*, por lo que para él, la intervención en esos hechos no es penalmente antijurídica, no está penalmente prohibida y desvalorada con carácter general, ni para autores ni para partícipes (en ello se diferencia de la solución de la exculpación, que sólo excluye con carácter individual la culpabilidad para aquellos intervinientes que sufran un conflicto motivacional disculpante), pero no se excluye que el hecho pueda ser antijurídico extrapenalmente, lo que depende de la regulación de otras ramas del derecho y de si prevén responsabilidad jurídica en su campo.⁶³

El resto de los supuestos de EN en donde entran en colisión intereses equivalentes, son considerados por el autor como causa de exclusión de la culpabilidad. Para Günther, tanto en los casos de exceso en la legítima defensa así como el EN disculpante, la exclusión de la culpabilidad se basa en una combinación de disminución de injusto y disminución adicional de culpabilidad. Es por ello que en estos casos se habla de *causas de exculpación*, para diferenciarlas de las *causas de exclusión de la culpabilidad*, en las que todo depende *exclusivamente* de factores relativos a la culpabilidad.⁶⁴

V. Conclusiones

1. A diferencia de lo que ha sucedido en la dogmática penal de otros países, como en la española y la alemana, en donde la problemática acerca de la ubicación sistemática del EN ha sido una cuestión de debate permanente, en nuestro país, por el contrario, no ha sucedido lo mismo. La doctrina nacional prácticamente no ha debatido respecto a la naturaleza jurídica del EN, aunque la posición absolutamente mayoritaria se ubica dentro de la tesis diferenciadora, ya que se acepta la distinción entre EN justificante y EN exculpante, según se trate de un caso de conflicto entre bienes o intereses desiguales en donde se sacrifica el de menor valor, o un conflicto entre bienes o intereses iguales —o incluso uno en donde se sacrifica el bien mayor—, siempre que el mal evitado sea grave.

En nuestro país, el estudio de este instituto se ha centrado básicamente en la regulación legal del artículo 34, inc. 2º, segunda parte e inc. 3º del C.P, pero no se ha profundizado en el análisis de su ubicación sistemática.

2. En la legislación argentina, el art. 34 del C.P, al regular el EN en los incisos 2º, segunda parte y 3º, establece, en ambos casos, una misma consecuencia jurídica al indicar que “*no son punibles (...)*” los que efectúen alguna de las conductas descriptas bajo esas condiciones. Asimismo, el mencionado artículo no hace referencia específica alguna, en ninguno de éstos incisos, al EN exculpante ni al EN justificante. Algo muy distinto sucede, por ejemplo, en la legislación alemana, en donde el StGB explícitamente ha receptado la tesis diferenciadora.

A pesar de ello, la interpretación prácticamente unánime que la doctrina nacional ha realizado de lo previsto por nuestro artículo 34 del C.P, se ha inclinado por considerar que el inc. 2º, segunda parte, regula el EN exculpante, en tanto que el inc. 3º prevé el EN justi-

⁶² GÜNTHER, HANS LUDWIG, “La clasificación de las causas de justificación en Derecho Penal”, en *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 45 a 66.

⁶³ Cfr. LUZÓN PEÑA, DIEGO, op. cit., p. 420.

⁶⁴ GÜNTHER, HANS LUDWIG, op. cit., pp. 63 y 64.

ficante, estableciendo, a su vez, distintas consecuencias jurídicas a cada uno de ellos —en un caso, eliminando la culpabilidad de la conducta, en el otro, la antijuridicidad—.

3. En lo que respecta a las distintas posiciones existentes en torno a la ubicación sistemática del EN, si bien la tesis diferenciadora es absolutamente mayoritaria ya que recepta la mayor parte de las adhesiones en la doctrina, entiendo que mejores razones le asisten a los argumentos esgrimidos por los defensores de la tesis de la unidad, al considerar que el EN es siempre una causa de justificación o de exclusión de la antijuridicidad de la conducta, con independencia de si el bien sacrificado es de menor o igual jerarquía que el salvado.

Desde este punto de vista, considero acertadas las apreciaciones efectuadas por Gimbernat para sostener, en todos los casos, la naturaleza justificante de esta eximente, fundado en que en la antijuridicidad el derecho decide lo que quiere prohibir frente a todos, de un modo general, mientras que en la culpabilidad el derecho renuncia a la pena por su falta de eficacia intimidante, inhibitoria, frente a ciertos grupos de personas.

Es por ello que en el EN por conflicto entre bienes iguales el derecho renuncia a sancionar con una pena esas acciones, no porque esta sea inidónea para combatir el hecho cometido en EN, sino porque *no quiere* combatir ese comportamiento.

Por este motivo, coincido con Gimbernat cuando afirma que la culpabilidad sólo falta cuando el sujeto no es motivable en absoluto por la norma, algo que, como bien sostiene, no sucede en quien actúa en EN, en donde la norma penal despliega toda su eficacia inhibitoria. Por ello, le asiste razón cuando dice que a diferencia de los casos de incapacidad de culpabilidad y de error invencible de prohibición, en los que el derecho penal no castiga porque *no puede*, en los casos de EN el derecho penal no castiga porque *no quiere*. Por estos argumentos, me parece correcta la posición del autor al considerar que estamos aquí en presencia de una causa de exclusión de la antijuridicidad y no de una causa de exclusión de la culpabilidad.

Quizás la principal crítica que pueda efectuársele a esta posición, es respecto a que si se considera que el EN es siempre una causa de justificación, incluso en los casos de conflicto entre bienes iguales —exculpante para la tesis diferenciadora— cabría invocarlo no sólo frente al que actúa amparado por esta circunstancia eximente sino también frente al que obra bajo cualquier otra causa de justificación—vgr. legítima defensa—.

Gimbernat resuelve este problema de manera satisfactoria argumentando que frente al resto de las causas de justificación, el EN queda excluido. Así, entiende que mientras que la situación de EN por conflicto entre bienes iguales no es valorada positivamente por el ordenamiento jurídico, sino que podría hablarse, según él, de un *comportamiento jurídicamente neutral*—y que por tanto, puede ser repelido, a su vez, por otro EN— las acciones cometidas al amparo del resto de circunstancias justificantes si lo son, por lo que no pueden ser rechazadas mediante la lesión de un bien jurídico, alegando que dicha lesión se ha realizado en EN.⁶⁵

Como consecuencia de la tesis aquí defendida respecto a que el EN es siempre una causa de justificación, sus resultados son los siguientes: I) Participación: la participación delictiva es impune por faltar un hecho principal antijurídico del que pueda derivar la responsabilidad penal de los partícipes. II) El error: en relación al error, el mismo es *relevante*. Es decir que el error sobre los presupuestos de una situación de EN excluye el dolo en la realización de la materia de prohibición. III) Legítima defensa: la acción de EN por con-

⁶⁵ GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, op. cit., p. 230.

flicto entre bienes iguales, por no ser antijurídica, no puede ser rechazada en legítima defensa. Lo único que cabe ante tal acción es, otro estado de necesidad.⁶⁶

4. Resultan interesantes los aportes efectuados por autores como Kaufmann, Maurach, Bacigalupo y Günther, quienes adhieren a posiciones intermedias para intentar explicar la ubicación sistemática del EN en los casos de conflicto entre bienes o intereses iguales, entendiendo que si bien estas situaciones no llegan a configurar una causa de justificación, esa modalidad de EN es algo más que una mera causa de exculpación, en donde lo que queda excluido es el “*estar prohibido*” del comportamiento, la “*responsabilidad por el hecho*”. Como se podrá advertir, estos autores se apartan de la posición mayoritaria para dar respuesta desde el derecho penal a situaciones complejas que la doctrina prácticamente unánime resuelve excluyendo sólo la culpabilidad de esos comportamientos. Es así que para Kaufmann, estamos ante conductas jurídicamente neutras, esto es, ni prohibidas ni permitidas, a las que considera “fuera del derecho”. Para el autor, la pregunta sobre si todas las formas de comportamientos relevantes penalmente no pueden ser concebidas, adecuadamente, en tanto “jurídicas” y “antijurídicas” ha de responderse negativamente, entendiendo que ambas categorías se tornan inoperantes, principalmente en los casos de conflictos trágicos y de necesidad existencial, esto es, en situaciones límite.⁶⁷

5. Para finalizar, resta intentar brindar una respuesta al interrogante planteado en la introducción, respecto a cómo debieran regularse los denominados “casos trágicos”, específicamente los mencionados al inicio de este trabajo. Pues bien, al defenderse desde este lugar los argumentos esgrimidos por la tesis de la unidad respecto a considerar que el EN es siempre una causa de justificación o de exclusión de la antijuridicidad de la conducta, por consiguiente, los comportamientos efectuados bajo esas condiciones estarán, igualmente, justificados.

De esta forma, entiendo que la posición aquí defendida, además de brindar una respuesta satisfactoria al problema de la ubicación sistemática del EN, es la que nos permite resolver de manera justa y razonable desde un punto de vista político criminal, las situaciones límite.

En este sentido, debo decir que resulta insostenible ya en el derecho penal actual, por diversos motivos, pero principalmente por razones de política criminal, equidad, proporcionalidad y razonabilidad, que conductas efectuadas en situaciones extremas para la condición humana como las planteadas al inicio de este trabajo, puedan ser consideradas típicas y antijurídicas, y que, por el contrario, todo comportamiento en el que se salve un bien de mayor jerarquía que el que se sacrifica, necesariamente se encuentre justificado.

VI. Bibliografía

- BACIGALUPO, ENRIQUE, *Derecho penal, parte general*, 2º ed. totalmente renovada y ampliada, 1º reimpresión, Hammurabi, Bs. As., 2007.
- CREUS, CARLOS, *Derecho penal. Parte General*, 4º ed. actualizada y ampliada, Astrea, Bs.As., 1999.
- FONTÁN BALESTRA, CARLOS, *Derecho Penal, Introducción y Parte General, actualizado por Guillermo A.C. Ledesma, AbeledoPerrot*, Bs. As., 1998.

⁶⁶ GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, op. cit., pp. 221 y 230.

⁶⁷ KAUFMANN, ARTHUR, op. cit., p. 409.

- FONTÁN BALESTRA, CARLOS, *Tratado de derecho penal*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1966.
- GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, “El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad”, en: *Estudios de derecho penal*, Tecnos, Barcelona, 1990.
- GÜNTHER, HANS LUDWIG, “La clasificación de las causas de justificación en Derecho Penal”, en *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995.
- HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO, *Tráfico de personas, La trata de personas y los delitos migratorios en el derecho penal argentino e internacional*, 2º ed. actualizada y ampliada, AD-HOC, Bs. As., 2013.
- KAUFMANN, ARTHUR, *Filosofía del derecho*, Universidad Externado, Colombia, 1997.
- LUZÓN PEÑA, DIEGO, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 2º ed., Tirant, Valencia, 2012.
- MAURACH, REINHART; ZIPF, HEINZ, *Derecho Penal, Parte general*, T I, Traducción de la 7º ed. alemana por Jorge Bofill y Enrique Aimone Gibson, Astrea, Bs. As., 1994.
- NÚÑEZ, RICARDO, *Derecho Penal Argentino, Parte General*. Ed. Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1960.
- NÚÑEZ, RICARDO, *Manual de derecho penal, Parte General*, 4º ed. actualizada, Lerner, Bs. As., 1999.
- NÚÑEZ, RICARDO, “*Las disposiciones generales del Código Penal*”, ed. Lerner, Córdoba-Bs. As., 1976.
- PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN, Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el terrorismo de estado. “*Tratamiento penal de conductas típicas realizadas por personas secuestradas en Centros Clandestinos de Detención.*” Disponible en internet en <http://www.mpf.gov.ar/Institucional/UnidadesFE/Documento-sobre-imputaciones-a-personas-secuestradas-en-CCD.pdf>.
- ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal, Parte General, “Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”*. Civitas, Madrid 1997 (traducción de la 2º ed. alemana, por Diego- Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal).
- PESSOA, RICARDO, en *Código Penal y Normas Complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, dirigido por Raúl Zaffaroni y David Baigún, Hammurabi, Bs. As., 1997.
- RIGHI, ESTEBAN, *Derecho Penal, Parte General*. LexisNexis, Bs. As., 2007.
- SOLER, ESTEBAN, *Derecho Penal Argentino*, 5º ed., TEA, Bs. As., 1987, T I y T II.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL/ALAGIA, ALEJANDRO/SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal, Parte General*, 2º ed., Ediar, Bs. As., 2002.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Bs. As., 1999.

Los estados emocionales violentos

Violent emotional states

por: **ÁLVARO E. CRESPO***

RESUMEN: El presente trabajo busca determinar la naturaleza jurídica y la ubicación dogmática de los estados emocionales violentos en la teoría del delito. Trata acerca de su regulación en la legislación argentina como atenuante de tipos penales específicos (homicidio y lesiones), la posibilidad de aplicación extensiva a otras figuras y las propuestas de regulación como atenuante general. Asimismo, la regulación en las legislaciones española y alemana, en ambos casos como atenuante general referida a la imputabilidad disminuida. Se analiza la diferencia entre elementos subjetivos del tipo y elementos de la culpabilidad, la cuestión de la provocación culpable del estado pasional, el criterio de la *actio libera in causa* y el carácter facultativo de la disminución de la sanción penal. En definitiva, se postula su consideración como un caso de imputabilidad disminuida y su regulación en la parte general de los códigos penales.

PALABRAS CLAVE: emoción violenta, eximentes incompletas, imputabilidad disminuida

ABSTRACT: *The present work seeks to determine the legal nature and dogmatic location of violent emotional states in crime theory. It deals with its regulation in Argentine legislation as attenuating specific types of crime (homicide and injuries), the possibility of extensive application to other figures and the proposals for regulation as a general attenuator. Also, the regulation in the Spanish and German legislations, in both cases as a general attenuating referred to the imputability diminished. We analyze the difference between subjective elements of the type and elements of guilt, the question of guilty provocation of the state of passion, the criterion of actio libera in causa and the facultative character of the reduction of the penal sanction. In short, it is postulated its consideration as a case of imputability diminished and its regulation in the general part of the penal codes.*

KEY WORDS: *violent emotion, incomplete exonerations, diminished imputability*

SUMARIO: I. Palabras preliminares. II. La emoción violenta y su relación con la culpabilidad y la imputabilidad en el código penal argentino. III. Derecho penal español: los trastornos pasionales intensos como casos de eximentes incompletas de la imputabilidad (21.1 en función del 20.1 CPE), y la atenuante específica de la obcecación (21.3 CPE). III. Derecho penal alemán: capacidad de culpabilidad disminuida. IV. Conclusiones

* El autor es Abogado y Notario por la Universidad Católica de Córdoba y Especialista en Derecho Penal por la Universidad Nacional de Córdoba. Adscripto en Derecho Penal I (UNC) y Derecho Penal II (UCC). Integrante de la Relatoría Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba desde el año 2010 a la fecha, actualmente con el cargo de Secretario Letrado de Cámara.

I. Palabras preliminares

El presente trabajo tiene por objeto el tratamiento de algunas cuestiones relacionadas con los estados emocionales violentos, que en nuestra legislación penal se encuentra prevista como atenuante de los delitos de homicidio y lesiones. Específicamente lo haremos en relación con la llamada *imputabilidad disminuida* y las llamadas *eximentes incompletas*. Reparemos, con ese fin, en las legislaciones penales española y alemana, así como a los anteproyectos de reforma del CP argentino de 2006 y 2014.

Nuestro punto de partida será el tratamiento de la emoción violenta como una causa de *disminución de la imputabilidad* en general, para considerar, en consecuencia, su ubicación dogmática en la categoría de la culpabilidad (con efectos, naturalmente, en la determinación de la pena), y su diferencia con los elementos subjetivos del tipo.

Asimismo, y relacionado con lo anterior, será objeto de análisis la conveniencia de su regulación en *tipos específicos* (homicidio y lesiones), en contraposición con el derecho español, que lo prevé expresamente como una *atenuante genérica* y a su vez, si su intensidad es mayor, como *eximente incompleta* referida a la imputabilidad disminuida. Y también en comparación con el derecho penal alemán, en el que los estados pasionales intensos pueden ubicarse también como atenuantes genéricas, en el marco de la capacidad de culpabilidad (en particular, como un trastorno profundo de conciencia).

Además, intentaremos definir si su eventual regulación como atenuante genérica en nuestro país no tornaría innecesario mantener, en la Parte Especial, la figura del homicidio bajo emoción violenta (el Anteproyecto de 2014 la mantiene, según la exposición de motivos, sólo por respetar las construcciones teóricas y la fuente del CP suizo).

Por otro lado, trataremos el asunto de la *excusabilidad* del estado de emoción violenta, que determina que aunque la imputabilidad se encuentre disminuida y, por ende, aumente la dificultad para motivarse conforme a la norma, la atenuante no se aplique, lo que a primera vista se confrontaría con el principio de culpabilidad¹. Ello se relaciona con el problema de la compensación entre la culpabilidad disminuida producida por estados emocionales violentos y ciertas circunstancias que aumentan la culpabilidad (como ser la misma provocación o el favorecimiento del estado emocional).

Del mismo modo, abordaremos el problema de la exigencia fondo patológico en los estados pasionales intensos para determinar la inimputabilidad (o la disminución de la imputabilidad, en lo que nos interesa).

Sistemáticamente veremos tales cuestiones en el derecho penal argentino, en el derecho penal español y en el alemán, y referiremos las posturas de ciertos autores al respecto. Tras ello, y a manera de conclusión, fijaremos nuestra posición sobre los puntos tratados.

No tiene este trabajo pretensiones de agotar el tema, el que nos ha resultado tan atractivo como complejo, sino tan sólo presentar los puntos más relevantes y problemáticos.

II. La emoción violenta y su relación con la culpabilidad y la imputabilidad en el código penal argentino

1. LA EMOCIÓN VIOLENTA COMO CASO DE IMPUTABILIDAD DISMINUIDA

¹ Principio según el cual la pena debe ser proporcionada a la gravedad de la culpabilidad y no puede excederla. Se considera una derivación del derecho a la dignidad de la persona y, por ello, de reconocimiento constitucional. Cf. BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal Parte General*, 2ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2012, p. 168/171.

En nuestro ámbito, De La Rúa y Tarditti señalan que excepcionalmente, en la Parte Especial, se encuentran componentes positivos requeridos para ciertos delitos, como motivos especialmente desvalorados vinculados con el injusto (odio en el homicidio agravado) o *estados anímicos* del autor que no le son imputables (*emoción violenta en el homicidio atenuado*), que *no son elementos subjetivos del tipo*².

Para efectuar esa distinción que en algunos casos parece confusa, proponen como criterio rector el *tipo objetivo*. Ello tanto para diferenciar el dolo de los elementos subjetivos, cuanto los elementos subjetivos que se radican en el tipo de los que lo hacen en la culpabilidad. Así, afirman que los elementos subjetivos que tienen una función delimitadora, como es lo propio del tipo, pertenecen al tipo subjetivo, mientras que aquellos que se vinculan con ciertos *estados afectivos que atenúan la pena* o con *móviles desvalorados que la agravan*, se radican dogmáticamente en la *culpabilidad* porque denotan una situación anímica del autor que impacta en el juicio de menor o mayor atribución personal por lo realizado³.

En particular, en lo que toca al homicidio atenuado por la *emoción violenta*, sostienen que el estado anímico no se vincula con una ultra finalidad ni con un ánimo o tendencia que contribuye a complementar el tipo, sino con *menor culpabilidad* frente a un contexto situacional (externo) anormal que incide en la autonomía individual y que conduce a una menor pena⁴.

Por las razones expuestas, los citados autores ubican la emoción violenta del homicidio en el ámbito de la primera de las condiciones positivas de la culpabilidad: la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, compuesta por elementos bio-psíquicos y elementos normativos⁵. Y es allí donde específicamente hacen referencia a la *imputabilidad disminuida* cuando la capacidad psíquica no es plena aunque permite, reducidamente, la congoscibilidad del injusto y la orientación conforme a ella⁶. Esa imputabilidad disminuida conduce a una menor culpabilidad (un ámbito más reducido de autodeterminación) y se traduce en una circunstancia atenuante al momento de la individualización de la pena.

En definitiva, exponen que la atenuación de la emoción violenta se vincula con una menor culpabilidad en razón de una imputabilidad disminuida. Destacan, en ese sentido, que otros sistemas legales, en particular el Código Penal Español, contemplan atenuantes genéricas vinculadas con una menor culpabilidad, ámbito en donde debería situarse la imputabilidad disminuida, a diferencia del Código Penal vigente en nuestro país.

3. Zaffaroni: la emoción violenta como caso de imputabilidad disminuida y su aplicación extensiva *in bonam partem*

Zaffaroni ubica a la emoción violenta directamente como un caso de imputabilidad disminuida, en el entendimiento –como la generalidad de los autores aceptan– de que entre la capacidad y la incapacidad psíquicas no hay una diferencia tajante sino una cuestión de

² DE LA RÚA, Jorge – TARDITTI, Aída, *Derecho Penal Parte General*, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, T. 2 *op.cit.*, T. 2, p. 164/165.

³ DE LA RÚA, Jorge – TARDITTI, Aída, *Derecho Penal Parte General*, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, T. 1, p. 479/480; en notas a pie de página 193 y 194 exponen las posiciones de distintos autores, entre ellos Zaffaroni, Sancinetti (para quien la emoción violenta, que atenúa la pena, refleja una culpabilidad menor), Jescheck, Roxin, Maurach, Jakobs).

⁴ DE LA RÚA, Jorge – TARDITTI, Aída, *op. cit.*, p. 480/481.

⁵ DE LA RÚA–TARDITTI, *op. cit.*, T. 2, p.165.

⁶ DE LA RÚA–TARDITTI, *op.cit.*, T. 2, p.168.

grado. En rigor, sostiene que se trata de casos de menor culpabilidad por menor reprochabilidad de la conducta (casos de reproche sensiblemente menor). Y destaca que si bien no hay en el código penal vigente una fórmula general de la imputabilidad ni de la culpabilidad disminuidas, hay claros casos de culpabilidad disminuida en la parte especial del código, como lo son la emoción violenta en el homicidio y las lesiones y las circunstancias extraordinarias de atenuación en el parricidio (arts. 81 inc. 1 y 80 CP)⁷.

Y aquí introduce una propuesta que no hemos visto en lo demás autores que hemos revisado: por vía de la analogía *in bonam partem*, la emoción violenta no debe considerarse limitada al homicidio y a las lesiones sino aplicable a cualquier delito en que sea admisible⁸.

Este criterio es reiterado por el citado autor al tratar no ya de la culpabilidad sino de la cuantificación de la pena y, en concreto, al tratar acerca de casos de mínimos problemáticos. Así, insiste en que la fórmula de la emoción violenta consagrada por el código para el homicidio y las lesiones es un *claro supuesto de culpabilidad disminuida*, por lo que no hay razón para que esa especial circunstancia de la culpabilidad sea ignorada en otros delitos⁹. Por ello concluye que todo caso de imputabilidad disminuida debe resolverse en forma analógica *in bonam partem* al homicidio y lesiones cometidos en situaciones de emoción violenta, con una reducción proporcional de la pena. Y no sólo porque la culpabilidad disminuida es un dato de la realidad que se presenta en múltiples conflictos, sino principalmente porque la reducción no puede estar prevista para el conflicto más grave de todos (el homicidio) y negarse a los menos graves e incluso leves. Y como fundamento último de su propuesta, manifiesta que el criterio descripto, aunque no haya sido receptado por la jurisprudencia, es impuesto por el principio republicano de gobierno y la jerarquía de bienes jurídicos¹⁰.

4. Las últimas propuestas de regulación de los casos de imputabilidad disminuida y la emoción violenta en nuestro país

a. ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA Y ACTUALIZACIÓN INTEGRAL DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO DE 2006 (ACP 2006)

El anteproyecto de 2006 prevé la imputabilidad disminuida como una atenuante obligatoria de la pena conforme a tentativa, junto a una medida de seguridad facultativa que se ejecuta antes que la pena (ese tiempo se computa para su duración).

En cuanto a la emoción violenta, el Anteproyecto de 2006 la mantiene y la regula de similar manera a la ley vigente y al Anteproyecto de 2014.

b. ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN DE 2014 (ACP 2014)

En la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Reforma al Código Penal Argentino de 2014, se aclara que la *emoción violenta*, prevista como atenuante del homicidio en los

⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl – ALAGIA, Alejandro – SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho Penal Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 562.

⁸ ZAFFARONI– ALAGIA–SLOKAR, op.cit., p. 562.

⁹ Ejemplifica con el cliente enfurecido que amenaza con un arma la restitución de un servicio esencial que fue cortado por falta de pago en una situación de crisis personal y económica general, y anota la situación de intolerable irracionalidad que podría darse en ese caso –así como en otros– si no se aceptara tal conclusión: si en esa situación una persona sólo amenaza y otra persona mata, ambos en estado de emoción violenta, la escala penal sería idéntica, esto es, de 3 a 6 años de prisión, para el que amenazó y para el que mató (art. 149 ter y 81 inc. 1 CP).

¹⁰ ZAFFARONI– ALAGIA–SLOKAR, op.cit., p. 740/741.

mismos términos que el código penal vigente (art. 78 del Anteproyecto), es un *supuesto de imputabilidad o culpabilidad disminuida o atenuada*. Se menciona, por ese motivo, que la necesidad de mantener la fórmula de la emoción violenta se encontraba discutida, por cuanto el texto del Anteproyecto ya prevé en su parte general la fórmula de la imputabilidad atenuada. Se explica que la decisión de mantenerla se tomó “en homenaje a la tradición legislativa, la vieja fórmula proveniente del proyecto suizo¹¹ y el trabajo doctrinario en torno al concepto”, aunque se aclara que su naturaleza no deja de ser la mencionada, esto es, un supuesto de imputabilidad atenuada¹².

La atenuante general por imputabilidad disminuida de los anteproyectos de 2006 y 2014 es similar a la previsión de los códigos penales español y alemán, como veremos a continuación.

III. Derecho penal español: los trastornos pasionales intensos como casos de eximentes incompletas de la imputabilidad (21.1 en función del 20.1 CPE), y la atenuante específica de la obcecación (21.3 CPE)

Expondremos a continuación el tratamiento que efectúan algunos autores españoles, quienes en términos generales coinciden en distinguir la *eximente incompleta*¹³ vinculada a la imputabilidad disminuida (21.1 en función del 20.1) y la atenuante de la obcecación u otro estado pasional producidos por causas o estímulos poderosos (21.3). Ambas previstas en la parte general del CP español y, por ende, aplicables a todos los delitos que puedan dar lugar a su comisión en esas condiciones. La primera considerada una atenuante calificada por la mayor intensidad en que disminuye la imputabilidad, y la segunda, una atenuante ordinaria.

1. BACIGALUPO

a. Agravantes y atenuantes en el marco de la cuantificación del delito: ubicación sistemática

En la doctrina española, Bacigalupo, en el capítulo referido a “La cuantificación del delito”, habla de “circunstancias modificativas de la responsabilidad penal”, al considerar que el delito es, precisamente, una entidad jurídica cuantificable. Y con base en ello, refiere que el Código Penal español establece un sistema de reglas que regulan la graduación de la culpabilidad relativa a los delitos¹⁴. Hace referencia así a *agravantes y atenuantes* previstas por el código en su Parte General (arts. 21 en función del 20, y 22, CP español), y las considera pertenecientes sistemáticamente más al *ámbito de la individualización de la pena*

¹¹ Con esa fórmula del viejo Código Penal suizo se intentaba evitar los abusos que se habían producido, habida cuenta que cualquier impulso pasional, terminaba siendo una atenuante del homicidio (DONNA, Edgardo A., *Derecho Penal Parte Especial*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999, p. 53/54), y posibilitaba absoluciones escandalosas por parte de los jurados (SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Parte Especial, 3ª edición, TEA, Buenos Aires, 1970, T.3, p. 48/49).

¹² Anteproyecto de Código Penal de la Nación, Infojus, Buenos Aires, 2014, p. 171.

¹³ Entre nosotros, con una terminología similar a la de los españoles, Donna trata expresamente a la emoción violenta como una “eximente incompleta” y la relaciona con la “eximente completa” del art. 34 inc. 1 CP: “La emoción, según la ley, para que pueda llegar a ser una eximente incompleta y por ende disminuir la pena, debe ser violenta, en el sentido de que con su intensidad disminuyan o se debiliten los frenos inhibitorios de la voluntad. Si, en cambio, la intensidad de la emoción lleva a que se pierdan tales frenos inhibitorios, la conducta se encuadraría en la eximente completa del artículo 34, inciso 1º, del Código Penal, esto es la incapacidad de culpabilidad o inimputabilidad” (DONNA, op.cit., p. 57).

¹⁴ BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal Parte General*, 2ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2012, p. 595.

que al de la teoría del delito. No obstante, afirma que se trata de circunstancias que requieren elementos objetivos y subjetivos especificados en la ley que completan la descripción típica del hecho, incorporándose al tipo objetivo o al tipo subjetivo. No obstante ello, son ajenas al tipo y se enmarcan en la culpabilidad, como se verá a continuación.

b. Fundamento de las circunstancias atenuantes: menor culpabilidad (reprochabilidad) por menor imputabilidad

Al tratar de las circunstancias atenuantes, Bacigalupo sostiene que su fundamento es la *menor culpabilidad* del autor: éste merece un menor reproche por su culpabilidad y, como consecuencia de ello también una menor pena (trae a colación la concepción de Kant de la culpabilidad como una entidad cuantificable). Aquellas operan, a su entender, como una consecuencia del principio de culpabilidad¹⁵.

Enumera, así, las circunstancias que reducen la reprochabilidad por el hecho: a) la imputabilidad disminuida (CPE, 21.1; es la eximente incompleta de inimputabilidad); b) la grave adicción al alcohol, drogas tóxicas, etcétera (CPE, 21.2); c) el arrebato y los estados pasionales producidos por causas o estímulos poderosos (CPE, 21.3)¹⁶.

La imputabilidad disminuida en el derecho español se encuentra regulada efectivamente como una eximente incompleta (CPE, 21.1) referida a las causas de inimputabilidad (CPE, 20.1): no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad por inimputabilidad, porque las anomalías y alteraciones psíquicas aparecen en una forma débil y no alcanzan la gravedad suficiente para excluirla y sólo la disminuyen, por lo que la culpabilidad es menor, ya que el autor no se ha podido motivar por la norma en forma plena (la capacidad de comprender la ilicitud y de conducirse de acuerdo con la comprensión no desaparece sino que se encuentra seriamente disminuida)¹⁷.

Y respecto de la atenuante del arrebato, obcecación u otro estado pasional (CPE, 21.3), que comprende casos de reacciones emocionales violentas que no excluyen la imputabilidad, puede dar lugar a una eximente incompleta con relación a la inimputabilidad (CPE, 21.1 y 20.1), porque su fundamento es una disminución de la imputabilidad. Sería, pues, un caso de imputabilidad o capacidad de culpabilidad disminuida¹⁸.

c. Relación de las atenuantes y agravantes con el tipo penal y la culpabilidad

En cuanto a la relación entre las atenuantes y las agravantes del CP español (en lo que nos interesa, la eximente incompleta del 21.1 CPE y los estados pasionales del 21.3 CPE que, como vimos, pueden llegar a ser eximentes incompletas si disminuyen con gran intensidad la imputabilidad) y el tipo penal, Bacigalupo afirma que constituyen elementos que, *accidentalmente, completan la descripción del tipo penal* agregándole circunstancias que hacen referencia a la gravedad de la ilicitud o –en lo que aquí nos interesa– de la culpabilidad, pero que son ajenas al tipo. Por esa razón, no las trata en el capítulo referido al tipo (salvo para destacar esa ajenezidad), sino en el referido a la culpabilidad (culpabilidad disminuida), como casos en que la capacidad de motivación no se encuentra excluida sino reducida considerablemente. En ese sentido, afirma que las *eximentes incompletas* (21.1 CPE), que se

¹⁵ BACIGALUPO, *op. cit.*, p. 598.

¹⁶ BACIGALUPO, *op. cit.*, p. 599.

¹⁷ BACIGALUPO, *op. cit.*, p. 600.

¹⁸ BACIGALUPO, *op. cit.*, 2012, p. 601.

reducen a los casos de capacidad de culpabilidad disminuida¹⁹, son ajenas a los problemas del tipo penal. En cuanto a las restantes atenuantes del art. 21 –entre las que se encuentran, en lo que aquí concierne, los estados pasionales del art. 21.3– resultan también ajenas al tipo penal porque afectan directamente a la gravedad de la culpabilidad²⁰. Sin embargo, como se trata de elementos que accidentalmente completan la descripción típica, se rigen por las reglas de la tipicidad en lo referente a la subsunción y a la conexión que debe existir entre el tipo objetivo y el subjetivo²¹.

d. Requisitos del arrebató u obcecación (21.3)

Destaca Bacigalupo ciertas características de los estados emocionales del 21.3 del CPE²²: a) se trata de casos en los que el autor ha obrado con “*justo dolor*”; b) son casos en los que la jurisprudencia repetidamente ha exigido una *cierta proporcionalidad* entre la causa del estado pasional y la reacción emocional del autor; c) además, la jurisprudencia ha exigido que la reacción emocional proceda de un *comportamiento precedente de la víctima*; d) cierta jurisprudencia exige que los estímulos y las causas a las que obedece el estado pasional sean *socialmente aprobados*²³.

2. MIR PUIG

a. Estado emocional e imputabilidad: el trastorno mental transitorio como eximente completa, como eximente incompleta o como arrebató u obcecación

En el capítulo dedicado particularmente a la *inimputabilidad*, previo destacar que ésta incluye la capacidad de *comprender* lo injusto –la antijuridicidad– del hecho y de *dirigir* la actuación conforme a dicho entendimiento, elementos exigidos tanto por el derecho penal español como por el alemán, la define –en su concepción de responsabilidad penal– en función de la normalidad motivacional del sujeto: la responsabilidad penal falta cuando el sujeto actúa bajo el influjo de una motivación anormal, en términos tales que afecte su normalidad psíquica²⁴.

Y relacionado con el tema aquí tratado, desarrolla la eximente del trastorno mental transitorio (art. 20.1, primer párrafo en función del segundo). Remarca que debe producir *el mismo efecto* que el requerido para que una anomalía o alteración psíquica pueda eximir de responsabilidad penal: la exclusión de la capacidad de conocer lo ilícito y de dirigir su propia conducta según dicho conocimiento. Lo que en su concepción, según explica, se traduce en que falta la imputabilidad cuando el trastorno mental transitorio implique una plena anormalidad de las condiciones motivacionales del sujeto, relativas a sus facultades cognoscitivas o volitivas²⁵.

¹⁹ Si bien textualmente el 21.1 también se aplicaría a los demás casos del 20.1 ajenos a la imputabilidad, como por ejemplo la legítima defensa incompleta o estado de necesidad incompleto, 20.4 y 20.4 CPE, en rigor estos son supuestos de error de prohibición evitable, regulados por el art. 14 CPE. Por ello es que, repetidos, las eximentes incompletas del art. 21.1 sólo son aplicables a los casos de imputabilidad disminuida en relación con el art. 20.1. Cf. BACIGALUPO, *op. cit.*, p. 240 y 601.

²⁰ BACIGALUPO, *op. cit.*, p. 240/241.

²¹ BACIGALUPO, *op. cit.*, p. 596.

²² BACIGALUPO, *op. cit.*, p. 601.

²³ En este punto, no obstante, cita un fallo donde se apreció la atenuante en el caso de un testigo de Jehová que produjo a muerte de otro desconectando el aparato de transfusión.

²⁴ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal Parte General*, 9ª ed., BdeF, Buenos Aires, 2011, p. 569/570.

²⁵ MIR PUIG, *op. cit.*, p. 587/588.

Y así llega a lo que aquí nos interesa: si la perturbación no llega a ser plena, pero es notable, debe apreciarse la eximente incompleta (21.1 CPE); si su intensidad es menor, cabe acudir a la atenuante del art. 21.3, a la atenuante analógica del art. 21.6, o, en su caso, a la de arrebató u obcecación²⁶.

De tal manera que el trastorno mental transitorio, de acuerdo a lo que Mir Puig expone, puede dar lugar a una eximente completa (excluye la imputabilidad; la perturbación es plena), a una eximente incompleta (disminuye la imputabilidad: la perturbación no es plena pero es notable), o al arrebató u obcecación u otro estado pasional (disminuye la imputabilidad aunque en menor medida; la perturbación no es plena, al igual que la eximente incompleta, pero la intensidad es menor que la que da lugar a esta última).

Como puede verse, Mir Puig arriba a similares conclusiones que Bacigalupo. El estado emocional (21.3) no es sino un caso de imputabilidad disminuida por trastorno mental transitorio que no llega a producir una perturbación plena de la mente (caso en que se excluiría la imputabilidad y daría lugar a una eximente completa; 20.1) ni tampoco de gran intensidad (caso en que se disminuiría la imputabilidad y daría lugar a una eximente incompleta; 21.1 con relación al 20.1)²⁷.

Reconoce Mir Puig la dificultad en fijar la frontera entre la perturbación plena y la parcial, pero ello no le impide sostener la concepción referida²⁸.

c. Técnica legislativa y ubicación dogmática

Ahora bien, en cuanto a la técnica legislativa, explica Mir Puig, al igual que Bacigalupo, que es característico de los códigos penales españoles prever en la parte general una serie de “circunstancias atenuantes” y “circunstancias agravantes”, cuyo efecto es el de disminuir o aumentar la pena con arreglo a ciertas reglas legalmente establecidas, y es lo que los distingue de otros sistemas legislativos, como el francés y el alemán, que prevén circunstancias modificativas en los concretos delitos de la parte especial (el sistema alemán contiene en la parte general una serie de criterios que el juez debe tener en cuenta al determinar a pena, pero sin efectos legalmente tasados)²⁹.

Se trata de elementos accidentales del delito, ya que de ellos no depende el ser del delito sino su gravedad³⁰. Pero del hecho de que sean elementos accidentales no impide, según Mir Puig, que afecten a elementos esenciales del delito: por ejemplo, la imputabilidad resulta disminuida cuando concurre la atenuante de adicción o la de estado pasional (art. 21, 2 y 3 CPE). En definitiva, las eximentes incompletas afectan el injusto o su imputación personal, mas sólo determinan la disminución del *quantum* de tales elementos y no dan lugar a un cambio del delito³¹.

²⁶ MIR PUIG, *op. cit.*, p. 589.

²⁷ Como señalamos más arriba, Bacigalupo sostiene que para autores como Mir Puig, las reacciones emocionales violentas (tales el arrebató, obcecación u otro estado pasional) pueden dar lugar a una eximente incompleta del art. 20.1 CPE. Con otras palabras: las reacciones emocionales violentas están previstas expresamente por el 21.3 como una atenuante autónoma que disminuye la imputabilidad, y precisamente por esto último —esto es, porque disminuye la imputabilidad— puede llegar a erigirse en un eximente incompleta (21.1) con relación a la imputabilidad (20.1). En definitiva, siempre se está ante un caso de imputabilidad disminuida aunque con distinta intensidad.

²⁸ MIR PUIG, *op. cit.*, p. 589.

²⁹ MIR PUIG, *op. cit.*, p. 614.

³⁰ MIR PUIG, *op. cit.*, p. 614.

³¹ MIR PUIG, *op. cit.*, p. 615.

Destaca Mir Puig que en Alemania las circunstancias modificativas (del injusto o de la imputación personal) se estudian en el seno de la teoría de la pena, mientras que en España, dentro de la teoría del delito. La posición que asume Mir Puig es la siguiente: la determinación de la pena pertenece a la teoría de la pena, pero no puede desvincularse de la gravedad de su principal presupuesto, el delito, y dicha gravedad ha de poder explicarse según el esquema de la teoría del delito.

d. Distinción entre atenuantes privilegiadas y ordinarias. El estado pasional (21.3) como atenuante ordinaria. Relación con la eximente incompleta –atenuante privilegiada– del trastorno mental transitorio (21.1 en función del 20.1)

Mir Puig distingue, en el marco de las atenuantes, entre *privilegiadas y ordinarias*. A las primeras las denomina así porque atenúan la pena en mayor medida que las ordinarias. Son las eximentes incompletas (21.1 CPE), que como dijimos más arriba, disminuyen la imputabilidad de manera más intensa que la adicción y el estado pasional (21.2 y 21.3), esto es, requiere que se produzca en forma no plena pero notable el efecto psicológico correspondiente que afecta la normal motivación del sujeto. A las ordinarias, por su parte, las llama de esa forma porque no tienen la naturaleza ni efectos especiales de las eximentes incompletas. Son la adicción (21.2), el estado pasional (21.3), la confesión (21.4) y la reparación (21.5). Sólo las dos primeras disminuyen la imputabilidad, aunque de manera menos intensa –como ya vimos– que las eximentes incompletas. Las dos últimas (confesión y reparación), en cambio, sólo disminuyen la pena por un comportamiento posterior al hecho, por lo que no influyen ni en su injusto ni en su imputación personal³².

Ello sin perjuicio de que un estado pasional pueda producir un trastorno mental de entidad tal que, por disminuir intensamente la imputabilidad, importe también una eximente incompleta (21.1 con relación al 20.1), o por excluirla por completo, dé lugar a la eximente de trastorno mental transitorio (20.1)³³.

En definitiva, y en lo que aquí nos interesa, el *estado pasional* (21.3 CPE) es, para Mir Puig, una atenuante que disminuye el grado de imputación personal, sin que tenga la suficiente entidad para constituir una eximente incompleta (art. 21.1 con relación al 20.1) y sin que llegue a excluirla en su totalidad, caso en el cual daría lugar a la eximente del trastorno mental transitorio (20.1)³⁴. El fundamento de la atenuante es, entonces, la disminución de la imputabilidad³⁵.

e. Motivos del estado pasional

Cabe destacar que Mir Puig hace una breve referencia a la valoración de los motivos del estado emocional, sobre lo cual afirma que ello carece de interés. Lo relevante, dice, es la intensidad de los motivos (que hace a la imputación personal) y no la valoración de aquellos (que hace al ámbito de lo injusto). Critica, por esa razón, a la jurisprudencia que exige que el estado pasional no haya sido ocasionado por una conducta lícita de la víctima³⁶.

³² MIR PUIG, *op. cit.*, p. 618/620.

³³ MIR PUIG, *op. cit.*, p. 618/620.

³⁴ MIR PUIG, *op. cit.*, p. 622.

³⁵ MIR PUIG, *op. cit.*, p. 621.

³⁶ MIR PUIG, *op. cit.*, 2011, p. 622.

3. BORJA JIMÉNEZ. RELACIÓN ENTRE LA ATENUANTE DE ARREBATO U OBCECACIÓN (21.3) Y LA EXIMENTE INCOMPLETA DEL TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO (21.1 CON RELACIÓN AL 20.1)

Borja Jiménez³⁷ plantea como cuestión controvertida la distinción entre la atenuante de arrebató u obcecación (21.3) y la eximente incompleta del trastorno mental transitorio (21.1 con relación al 20.1). Y comenta que un sector de la jurisprudencia tradicional exigía una base patológica en el segundo y no así en el primero, pero que actualmente esa diferencia ha sido dejada de lado por la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, que no exigen ya base patológica alguna. La diferencia más relevante, sostiene, se encuentra en la intensidad de la perturbación, y con cita de jurisprudencia, afirma que “el límite superior de la atenuante lo constituye el trastorno mental transitorio –completo o incompleto– mientras que el límite inferior lo integra el simple acaloramiento característico de la mecánica comisiva de ciertas infracciones, o por el leve aturdimiento que acompaña a otras”³⁸.

III. Derecho penal alemán: capacidad de culpabilidad disminuida

1. REGULACIÓN LEGAL

El código penal alemán (StGB) prevé la incapacidad de culpabilidad por perturbaciones psíquicas que impiden *comprender lo injusto* del hecho o *actuar conforme a esa comprensión* (§ 20)³⁹ y, con relación a ella, y en lo que aquí nos interesa por su relación con la emoción violenta, la *capacidad de culpabilidad reducida* (§ 21). Esto es, los casos de inimputabilidad, por un lado, y de imputabilidad disminuida, por el otro. En este último supuesto la pena no necesariamente será menor, pues sólo se concede una *facultad* de disminución de la pena que se analizará en el caso concreto (al igual de lo que sucede, como se ha visto, en el CPE y en los Anteproyectos de reforma integral del CP argentino de 2006 y 2014).

Asimismo, prevé una especie de homicidio atenuado similar a la figura de homicidio en estado de emoción violenta del CP argentino: § 213.

2. ROXIN: EL ESTADO PASIONAL INTENSO COMO CASO DE IMPUTABILIDAD DISMINUIDA

a. Distinción entre elementos subjetivos del tipo y elementos de la culpabilidad

Roxin, en el capítulo referido al tipo, trata acerca de la delimitación entre los elementos subjetivos del tipo y los elementos de la culpabilidad. El criterio rector que propone es tomar en cuenta una circunstancia decisiva para ubicar sistemáticamente los elementos subjetivos en el injusto, cual es la referencia al tipo delictivo. En ese entendimiento, sostiene que un elemento subjetivo puede caracterizar el tipo delictivo al referirse al bien jurídico protegido, pero también puede cooperar a determinar el tipo delictivo caracterizando el objeto de la acción típica, la forma de su menoscabo o tendencias relevantes para el injusto. En esos casos, según el autor, nos encontramos ante un elemento subjetivo del tipo. En cambio, los elementos de la culpabilidad son aquellos que no se refieren al tipo delictivo sino que únicamente describen motivos, sentimiento y actitudes internas independientes de

³⁷ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Las circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

³⁸ BORJA JIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 151/155.

³⁹ § 20. *Incapacidad de culpabilidad por perturbaciones psíquicas. Actúa sin culpabilidad quien en la comisión de un hecho es incapaz por una perturbación síquica patológica, por perturbación profunda de la conciencia o por debilidad mental o por otra alteración síquica grave de comprender lo injusto del hecho o actuar de acuerdo con esa comprensión.*

aqué, como el homicidio por codicia, pues el deseo de ganancia del autor es independiente del bien jurídico protegido y no caracteriza ninguna forma específica de ataque, ni nada aporta a la caracterización del tipo delictivo. De todos modos, entre los ejemplos que brinda no figuran los estados pasionales atenuantes de la culpabilidad.

b. Incapacidad de culpabilidad. Método mixto (discusión)

Con relación al tema que nos ocupa (los estados emotivos como atenuantes de la culpabilidad), Roxin, al tratar acerca de la incapacidad de culpabilidad o inimputabilidad prevista en el § 20, desarrolla los distintos supuestos previstos por la norma (cuatro “estados o diagnósticos psicopatológicos): el trastorno psíquico patológico, el trastorno profundo de la conciencia, la debilidad mental grave (oligofrenia) y toda otra anomalía psíquica grave. Determinado algunos de esos supuestos como primer peldaño, se pasa al segundo peldaño del examen de la imputabilidad: si el sujeto, debido a ello, es incapaz de comprender el injusto del hecho o de actuar conforme a esa comprensión⁴⁰. Hasta aquí, el análisis coincide, en general, con la inimputabilidad prevista por la regulación penal española y argentina.

Explica Roxin el método elegido por la ley para la constatación de la inimputabilidad: primero la verificación de determinado estado orgánico y a continuación la determinación de la exclusión de la capacidad de comprensión (método psíquico-normativo)⁴¹. Ese método mixto ha sido preferido al de otras dos posibilidades: basarse sólo en determinadas formas de trastornos psíquicos, o centrarse meramente en la capacidad de comprensión y de inhibición. Rechaza la primera, porque la inimputabilidad no se puede derivar en abstracto de un estado o diagnóstico sino de un hecho concreto, a tal punto que un determinado trastorno psíquico puede excluir la imputabilidad respecto de algunas conductas y no de otras. No obstante, considera más lógica la segunda posibilidad, eso es, la de renunciar completamente a determinados estados psicopatológicos y fijarse sólo en la capacidad de comprensión y de inhibición, que al final resulta decisiva⁴².

Sin embargo, Roxin explica la razón por la cual no se incorporó en el CP alemán una propuesta similar que se presentó en su momento: el temor a la inseguridad jurídica y a declaraciones de inimputabilidad sin comprobación o diagnóstico suficiente, estimándose conveniente fijar los presupuestos o los conceptos, con valor de guía y control, bajo los cuales los jueces podían analizar una posible inimputabilidad⁴³.

No obstante, Roxin toma postura –a diferencia de otros autores como Jescheck, conforme veremos más abajo– por aplicar analógicamente el § 20 a cualquier caso en que resulte excluida la capacidad de control, a pesar de que no concurren los estados o diagnósticos de conexión previstos en esa norma (el trastorno psíquico patológico, el trastorno profundo de la conciencia, la debilidad mental grave u oligofrenia, y toda otra anomalía psíquica grave). Y pese a reconocer que la opinión dominante es contraria a esa posición, considera que cualquier otra hipótesis atentaría contra el principio de culpabilidad⁴⁴. De todos modos, concluye que la discusión carece de trascendencia práctica, por cuanto los

⁴⁰ ROXIN, *Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Traducción de la 2ª edición alemana, Civitas – Thomson Reuters, Madrid, 1997/ Buenos Aires, 2015, p. 819 y ss.

⁴¹ ROXIN, *op. cit.*, p. 823/825.

⁴² ROXIN, *op. cit.* p. 825/826.

⁴³ ROXIN, *op. cit.*, p. 826.

⁴⁴ ROXIN, *op. cit.*, p. 826.

supuestos de “trastorno profundo de conciencia” y de “anomalía” son amplios y abarcarían todas las circunstancias que puedan plantearse⁴⁵.

c. Trastorno profundo de conciencia (§ 20): estados pasionales intensos

El profesor de Munich expone acerca del “trastorno profundo de conciencia” del § 20 (extensible a la capacidad de culpabilidad reducida del § 21), y aclara que se refiere a trastornos de conciencia no patológicos, psicológicamente normales pero profundos, e incluye en ellos, entre otros, a *determinadas formas de estado pasional*. Remarca que el trastorno de conciencia debe ser “profundo”, como remarca la disposición legal, y que ello debe entenderse como un trastorno “equivalente” al trastorno psíquico patológico⁴⁶. Y esa equivalencia la estima aplicable, sobre todo, a los *estados pasionales intensos*.

A su vez, el autor alemán pone de relieve que, en la práctica, *los estados pasionales intensos* (aunque psicológicamente normales) ocupan el primer plano como causa de inimputabilidad o incapacidad de culpabilidad. Y tras destacar la negativa inicial de la Psiquiatría de incluirlos como causales de inimputabilidad debido al influjo del concepto psiquiátrico de enfermedad, señala que la jurisprudencia de la posguerra los reconoció constantemente, si bien para casos excepcionales, como casos de inimputabilidad. Las ciencias empíricas, agrega Roxin, también aceptan que en un *desbordamiento pasional acontecido en estado de alto grado de excitación*, la capacidad de control en el momento del hecho puede estar excluida; además, que ese desbordamiento pasional tiene como condición previa directamente la destrucción de las instancias de control⁴⁷.

d. Provocación culpable del estado pasional: criterios de la actio libera in causa

Ahora bien, reconoce que estas posibilidades de exculpación abiertas pueden ser demasiado amplias por razones de prevención general, por lo que la jurisprudencia ha exigido la *no provocación culpable del estado pasional* (reseña fragmentos de fallos en ese sentido, como los casos de “sujetos que se colocan a sí mismos culpablemente en situaciones que conducen después a roces o hechos violentos”, aunque se pone en duda que esa restricción sea legítima en los casos de completa supresión de toda conciencia). Roxin asume la siguiente posición al respecto: cuando en el momento del hecho está absolutamente excluida la capacidad de control, *no se puede negar la exculpación por el hecho de que el propio estado pasional estuviera provocado culpablemente*. Y frente a algunas posiciones contrarias que temen a una exagerada amplitud, brinda tres razones para sostener su posición: a) no cualquier estado pasional se cualifica como “trastorno profundo de conciencia”; b) un

⁴⁵ ROXIN, *op. cit.*, p. 826.

⁴⁶ ROXIN, *op. cit.*, p. 828/9. En apoyo, menciona que el Boletín del Parlamento Federal (BT-Drucks. V/4095, 11) expresa que el trastorno ha de “ser de tal intensidad..., que la estructura psíquica del afectado esté destruida o, en el caso del 21... perturbada”. En similar sentido, cita doctrina del Tribunal Supremo Federal Alemán (BGH): “Un trastorno de conciencia con relevancia forense en el sentido de los §§ 20 y 21 existe tb. **en caso de estado pasional** sólo cuando su repercusión en la capacidad de comprensión y de control sea equivalente a los trastornos psíquicos patológicos en el sentido de los §§ 20 y 21” (cita BGH NSTZ 1990, 231).

⁴⁷ ROXIN, *op. cit.*, p. 829/830. Transcribe un fallo del Tribunal Supremo Federal alemán (BGH) que considera directriz en la materia y que resume las distintas resoluciones dictadas al respecto (fallo BGHSt 11, 20): “*puede darse un trastorno de la conciencia en el sentido del § 51 StGB [código penal alemán] (hoy § 20) en un sujeto que actúa en estado de excitación extrema, aun cuando el mismo no padezca enfermedad alguna y su estado pasional tampoco vaya acompañado de otras manifestaciones o síntomas de deficiencias (como p. ej. somnolencia, hipnosis, fiebre o deficiencias similares)*”.

principio de culpabilidad referido o adscrito al tipo sólo resulta creíble cuando no se lo sacrifica en cada caso conflictivo a intereses preventivos incluso contra el tenor literal de la ley; c) no existe ninguna razón en virtud de la cual las exculpaciones por inimputabilidad fomenten la criminalidad⁴⁸.

No obstante, Roxin admite la posibilidad de basar la responsabilidad jurídico-penal de un sujeto que actúa en estado pasional en los principios de la *actio libera in causa*. Lo explica, en resumen, en los siguientes términos:

a) los hechos pasionales no son repentinos sino el resultado de un conflicto de larga duración y presentan, por lo general, tres fases: nacimiento, agravación y descarga; b) en la primera fase (nacimiento), los agravios y fracasos a asimilar no conducen a tensiones psíquicas; c) en la segunda fase (agravación), los agravios y fracasos se convierten en representaciones destructivas, y existe un conflicto del sujeto con sus tendencias agresivas; d) en la tercera fase (descarga), basta un motivo aparentemente insignificante para hacer que se produzca un derrumbamiento total de la capacidad de control y el desbordamiento pasional; f) la capacidad de control se mantiene todavía en la segunda fase, por lo que si no toma precauciones contra una posible descarga pasional que posteriormente no será controlable, existe una provocación ulterior del resultado que puede fundamentar una responsabilidad político-criminal (ejemplifica con el sujeto que no se aleja de la zona de influencia de la víctima potencial o incluso compra un arma de fuego)⁴⁹.

De todas maneras, a su ver la mayoría de las veces la conducta del sujeto va a representar sólo una imprudencia, porque confía negligentemente en poder evitar el desbordamiento pasional.

Ahora bien, estos *estados pasionales*, que Roxin trata en el supuesto del “trastorno profundo de la conciencia” (como vimos, uno de los cuatro supuestos de la inimputabilidad del § 20), pueden no excluir la imputabilidad pero sí disminuirla notablemente. Por ello el autor alemán los trata también en el capítulo referido a la *capacidad de culpabilidad o imputabilidad notablemente disminuida*⁵⁰. Esta comprende los cuatro supuestos del §21, aunque lo que aquí nos interesa son los estados pasionales que causan el “trastorno profundo de conciencia”. En estos casos de imputabilidad disminuida, el sujeto es imputable porque es capaz de comprender el injusto del hecho y de actuar conforme a esa comprensión,

⁴⁸ ROXIN, *op. cit.*, p. 830/832.

⁴⁹ ROXIN, *op. cit.*, p. 832. En la jurisprudencia del TSJ Cba., encontramos un caso en el que el homicida convocó a su ex pareja mujer, a quien insistía con la reanudación de la relación sentimental a pesar de saber que ella la había iniciado con un tercero, a una reunión “para aclarar definitivamente la situación”, a la que el hombre arribó munido de un arma de fuego, con la que dio muerte a aquella. Se consideró que la presencia de la nueva pareja no será suficiente para producir una intensa alteración del ánimo, y sin perjuicio de ello se consideró que esa alteración no era excusable por haber él provocado la situación (TSJ Cba., Sala Penal, “Pascheta”, S. n° 235, 16/9/2010). En otro caso, el homicida había dejado a su alcance un arma de fuego para la eventualidad de que la víctima –mujer que pretendía amorosamente a una de las hijas de aquél– se presentara a su vivienda, por lo que se excluyó la emoción violenta por no ser ella excusable, a pesar de que efectivamente mató en un estado de conmoción del ánimo originado por la provocación de aquélla (TSJ Cba., Sala Penal, “Torres”, S. n° 54, 28/3/2014). Finalmente, en otro caso similar al primero, el homicida provocó el encuentro con la víctima mujer, quien era su pareja y había decidido tiempo antes terminar la relación sentimental con aquél (lo que aquel conocía fehacientemente desde hacía dos semanas), decisión no aceptada por el sujeto y que derivó, al llevarse a cabo el encuentro e insistir ambos con sus posturas, en la alteración emocional del hombre y el homicidio, el que quedó fuera de la atenuante de la emoción violenta por no ser excusable (TSJ Sala Penal, “Morlacchi”, S. n° 250, 28/7/2014).

⁵⁰ Secc. 5: Culpabilidad y responsabilidad; § 20: Capacidad de culpabilidad o imputabilidad; IV: Capacidad de culpabilidad o imputabilidad notablemente disminuida.

mas la capacidad de control está sustancialmente reducida, por lo que –por regla general– disminuye la culpabilidad. Y por ese motivo la disposición del § 21 prevé una causal de atenuación de la pena⁵¹.

e. La disminución de la culpabilidad debe ser notable

Por lo demás, Roxin efectúa una aclaración muy importante con relación a los casos de culpabilidad disminuida, que en rigor surge de la misma ley: el legislador exige una *notable disminución de la capacidad de control*, pues mermas de grado inferior existen de ordinario en los delitos capitales, en los relativos al instinto (sexual) y por tendencia o propensión⁵². Con otras palabras, afirma que para la procedencia del marco pena especial abierto del § 21, la constitución psíquica del sujeto debe apartarse claramente de la medida de la normalidad, esto es, debe acercarse a la inimputabilidad⁵³.

f. Carácter potestativo de la atenuación. Compensación con circunstancias que aumentan de la culpabilidad

Finalmente, el autor alemán plantea una cuestión que considera fundamental y que también comparten otros autores como, por ejemplo, Jeschek: el carácter meramente potestativo de la atenuación del § 21 y la compatibilidad de ello con el principio de culpabilidad. Si se parte, dice, del reconocido principio de que la pena no puede superar la medida de la culpabilidad, entonces la imputabilidad disminuida debe derivar, necesariamente, en una pena notablemente disminuida. De tal manera, la atenuación potestativa aparece como claramente vulneratoria del principio de culpabilidad⁵⁴.

No obstante, señala que la jurisprudencia y la doctrina dominante han brindado diferentes argumentos en defensa de esa reducción facultativa⁵⁵. Su opinión es que a pesar de no poder ser tachada de inconstitucional dicha potestad⁵⁶, debe restringirse a un ámbito estrecho de aplicación. Y ese ámbito estrecho, de acuerdo a la jurisprudencia y parte de la doctrina actuales, para denegar la reducción del marco penal, sólo pueden ser dos, según Roxin: a) la compensación de la capacidad de control notablemente disminuida por otras circunstancias que aumentan la culpabilidad, y b) la restricción de la culpabilidad provocada culpablemente por el propio sujeto, lo que sucede generalmente en los delitos cometidos en estado de embriaguez y en los hechos cometidos en estado pasionales. Este último caso, aclara, se encuentra comprendido en el primero, porque la previa provocación culpable es un caso especial de circunstancia que aumenta la culpabilidad⁵⁷.

Concluye, así, que si en un caso de capacidad de control notablemente disminuida se presentan circunstancias especiales que aumentan la culpabilidad, debe considerarse

⁵¹ ROXIN, *op. cit.*, p. 839.

⁵² Cita textual que hace el autor de la Fundamentación del Proyecto 1962.

⁵³ ROXIN, *op. cit.*, p. 840.

⁵⁴ ROXIN, *op. cit.*, p. 841/842.

⁵⁵ Menciona el criterio de la menor sensibilidad a la pena de los oligofrénicos o los psicópatas insensibles, y la llamada “teoría del esfuerzo”, según la cual quien está en situación de imputabilidad disminuida debe compensar sus debilidades mediante esfuerzos intensificados, de tal modo que si no lo hace puede ser castigado de acuerdo al marco penal no atenuado. Rechaza ambas, la primera porque no puede medirse la sensibilidad con suficiente seguridad, y la segunda, porque precisamente la capacidad de oponerse a los impulsos mediante la fuerza de voluntad está sustancialmente debilitada.

⁵⁶ Señala que el Tribunal Constitucional Federal –BverfG– se abstiene de tomar postura pero no tiene objeciones de orden constitucional contra ese arbitrio judicial en la atenuación de la pena.

⁵⁷ ROXIN, *op. cit.*, p. 842/843.

aceptable, en principio, la aplicación del marco penal normal. Si esas circunstancias especiales que incrementan la culpabilidad se presentan en un sujeto con capacidad de culpabilidad reducida y en un sujeto normal, la diferencia de culpabilidad se reflejará en la individualización judicial de la pena dentro del mismo marco penal. Ello siempre y cuando las circunstancias que supuestamente aumentan la culpabilidad no sean las mismas que, a su vez, hayan conducido a una disminución notable de la culpabilidad (ejemplifica con el caso jurisprudencial en el que una oligofrenia, que disminuye notablemente la culpabilidad, a su vez fue valorada en cuanto a la insensibilidad que provocó en el autor de un homicidio)⁵⁸.

3. JESCHECK

a. Distinción entre elementos subjetivos del tipo y elementos de la culpabilidad

Jescheck, al igual que Roxin, trata acerca de la necesidad de distinguir, de entre los elementos de un tipo penal que describen factores psíquicos, aquellos elementos subjetivos del injusto y aquellos elementos subjetivos de la culpabilidad. Los primeros caracterizan la voluntad del autor, por ir referidos a la modalidad comisiva del hecho, al bien jurídico o al objeto de la acción protegido por el tipo. Los elementos de la culpabilidad, en cambio, son las circunstancias que caracterizan más detalladamente la formación de la voluntad del autor, y que hacen aparecer a la actitud interna, de la que emana la resolución delictiva, bajo una luz más o menos negativa⁵⁹.

b. Culpabilidad, libertad y capacidad de control: el arrebató y la medida del juicio de culpabilidad

Al analizar específicamente la *culpabilidad*, la define como *reprochabilidad por la formación de la voluntad*⁶⁰, y su examen reside en indagar si un hecho puede ser *personalmente reproachable* al autor (a diferencia de la antijuridicidad, que indaga la corrección objetiva de un hecho en su coincidencia con el ordenamiento jurídico)⁶¹. Además, define el principio de culpabilidad como el *presupuesto subjetivo decisivo de la responsabilidad penal*, según el cual la pena solo puede ser fundamentada sobre la comprobación de que *al autor se le puede reprochar la formación de la voluntad que le condujo a la resolución delictiva*, y, además, nunca puede ser más grave que lo que el autor merece según su culpabilidad. Y considera que el principio de culpabilidad tiene como presupuesto lógico la *libertad de decisión de la persona*⁶².

De esta manera, equipara libertad con *capacidad de control* (el autor es tratado como alguien libre si su capacidad de control está intacta), y destaca que hay supuestos en los que la concreta infracción penal es tan sólo el resultado de la relación de fuerzas existente

⁵⁸ ROXIN, *op. cit.*, p. 845.

⁵⁹ JESCHECK, Hans Heinrich – WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, traducción de Miguel Olmedo Cardenote, 5ª ed., Comares, Granada, 2002., p. 341. También aquí, al igual que Roxin (v. nota a pie más arriba), señala la importancia práctica de la distinción con relación a la disposición, concierne a la participación, del § 28 del código penal alemán.

⁶⁰ JESCHECK–WEIGEND, *op. cit.*, p. 434.

⁶¹ JESCHECK–WEIGEND, *op. cit.*, p. 456.

⁶² JESCHECK–WEIGEND, *op. cit.*, p. 437. Subrayemos aquí esta necesidad de dominio –control– de los instintos criminales, porque es precisamente lo que se pierde en un estado pasional como el que aquí estudiamos, aunque parece haber un punto en el que el estado emocional todavía no impide el control de los impulsos por parte de agente, lo que sucede antes de su eclosión –la conmoción violenta del ánimo, según hablan nuestros autores– y por ende la posterior eclosión emotiva o pasional le será atribuible y no será de aplicación la atenuante)

en ese momento entre los diferentes impulsos anímicos, y que sencillamente ante una situación única e irrepetible falten al autor las fuerzas para determinarse conforme a las normas del ordenamiento jurídico. Y en lo que aquí nos interesa, sostiene que ello puede ocurrir en los supuestos de *arrebato*, en los que el ímpetu de los motivos puede ocasionar una *alteración de la conciencia* en el sentido del § 20⁶³.

A su entender, entonces, el *juicio de culpabilidad* se encuentra relacionado con el *conjunto de acontecimientos que intervienen en la formación de la voluntad* (de acuerdo a ello se podrá determinar si su conducta le es reprochable). En ese sentido, afirma que en los hechos cometidos por *arrebato* (similar a nuestra emoción violenta), en los que hay una *disminución de la conciencia*, el reproche de culpabilidad se refiere a la *pérdida de control de los impulsos psíquicos profundos en la etapa previa de la tensión afectiva*⁶⁴ (similar a lo que Roxin trataba –conforme expusimos más arriba– como primera y segunda fase, donde aún hay posibilidad de control, previas a la tercera fase de la pérdida de control y desbordamiento pasional).

c. Incapacidad de culpabilidad por trastornos mentales: método mixto (discusión)

Y así llega a tratar los casos de incapacidad de culpabilidad motivada por trastornos mentales, y hace mención –al igual que Roxin– al método mixto, esto es, biológico-psicológico, que el código penal alemán prevé en el ya mencionado § 20: los trastornos psíquicos que allí expresamente se designan (factores biológicos), y la incapacidad para comprender la ilegalidad del hecho o de actuar conforme a esa comprensión (elementos psicológicos).

Afirma que el método mixto, reconocido en la psiquiatría forense, tiene la ventaja, frente al meramente biológico, de que el trastorno mental puede ser analizado con el alcance de su gravedad y su significado para el hecho concreto, y frente al meramente psicológico, la ventaja de que la vinculación con los trastornos psíquicos descritos legalmente, cuya esencia y modo de acción son investigados por la psiquiatría y la psicología, crea la necesaria seguridad jurídica⁶⁵ (posición diferente a la de Roxin, quien se pronuncia por aplicar analógicamente el § 20 a cualquier caso en que resulte excluida la capacidad de control, con base en el principio de culpabilidad).

Al tratar específicamente sobre la *alteración profunda de la conciencia* (§20), refiere que comprende aquellos trastornos no patológicos que no están condicionados mentalmente o a los que se les añade un factor aglutinante como el alcohol o la extenuación. Además, que esa alteración consiste en un importante menoscabo de la conciencia de uno mismo o del entorno, y que la expresión “profunda” indica que sólo deben ser consideradas aquellas alteraciones de conciencia que han alcanzado un grado que va más allá del margen de lo normal. E incluye como el caso principal dentro de esta categoría al *arrebato grave* (furor, odio, celos, miedo)⁶⁶.

d. Arrebato evitable: el criterio de la actio libera in causa

Menciona Jescheck la cuestión del *arrebato evitable*. Explica que la jurisprudencia y una parte de la doctrina aceptan que, en ese caso, no se excluya la culpabilidad, con el argu-

⁶³ JESCHECK–WEIGEND, *op. cit.*, p. 441.

⁶⁴ JESCHECK–WEIGEND, *op. cit.*, p. 447.

⁶⁵ JESCHECK–WEIGEND, *op. cit.*, p. 469. En nota al pie destaca la postura de distintos autores, entre ellos Roxin, quien “quiere incluso renunciar completamente a la caracterización de las situaciones de anormalidad psicopatológica”.

⁶⁶ JESCHECK–WEIGEND, *op. cit.*, p.471.

mento de que puede encontrarse un comportamiento culpable en el hecho de dejar conscientemente que se origine una congestión emocional, que va a afluir en la descarga incontrolable de un determinado delito grave. Pero el autor considera que esta concepción es difícilmente compatible con el § 20, el que sólo hace referencia a la existencia de una alteración de la conciencia en el momento de la comisión del hecho. Y propone como solución la aplicación de los principios relativos a la *actio libera in causa*⁶⁷ (tal como lo propone también Roxin, cuando trata acerca de la provocación del estado pasional, conforme se expuso antes). La *actio libera in causa* –refiere– es una excepción doctrinaria y jurisprudencial a la regla de que la culpabilidad del autor se refiere al momento del hecho (§ 20), y comprende aquel comportamiento cuya realización se decide en una situación en la que se posee capacidad de culpabilidad o que, en todo caso, pudo prever en esas condiciones, pero cuya ejecución sólo tiene lugar cuando el autor ha perdido la capacidad de acción o la plena aptitud para a culpabilidad⁶⁸.

Ciertamente, estima necesario que a la comprobación del elemento psicológico –en lo que aquí interesa, el trastorno profundo de inconsciencia, y concretamente, el arrebato o estado pasional intenso– deba añadirse la repercusión sobre la capacidad de comprensión o de control de la acción⁶⁹ (evidentemente, en lo que se refiere al arrebato, lo determinante es la *posibilidad de control*, independientemente de la capacidad de comprensión)⁷⁰.

e. Capacidad disminuida

Finalmente, el autor hace referencia a la *capacidad disminuida* regulada por el § 21. Refiere que permite un tratamiento adecuado de la culpabilidad en los supuestos en que se detectan niveles menos graves de oligofrenia, *arrebato*, intoxicaciones por consumo de alcohol o sustancias estupefacientes, así como para aquellos delitos que son cometidos bajo la influencia de psicopatías, neurosis y anomalías del instinto⁷¹. De esta manera, Jescheck nos lleva por el mismo camino a incluir a los estados pasionales como casos de imputabilidad disminuida.

Destaca, por lo demás, que los elementos biológicos de la capacidad disminuida son los mismos que en la incapacidad de culpabilidad del § 20 (ergo, incluye el trastorno profundo de la conciencia, en el que se pueden también considerar los estados pasionales intensos), y que la diferencia radica en los elementos psicológicos: la capacidad de comprensión o de control de la acción no está en verdad excluida, pero sí considerablemente disminuida, por lo que la pena puede ser atenuada conforme el § 49 I.⁷²

f. Carácter facultativo de la disminución de la pena

Por último, señala Jescheck el *carácter meramente facultativo de la atenuación de la pena y su objeción constitucional* (por violación al principio de culpabilidad).

En efecto, aclara que el juez puede atenuar la pena pero no está obligado a ello, porque la disminución de la capacidad puede estar compensada con circunstancias que

⁶⁷ JESCHECK–WEIGEND, *op. cit.*, p.471/472. Ejemplifica, entre otros supuestos, con el caso de la muerte de la esposa en un estado de excitación máxima tras incansables peleas ligadas a graves maltratos.

⁶⁸ JESCHECK–WEIGEND, *op. cit.*, p.479.

⁶⁹ JESCHECK–WEIGEND, *op. cit.*, p.473.

⁷⁰ Así lo da a entender el autor aunque con relación a otros casos, como la embriaguez alcohólica, psicopatías, neurosis y trastornos del instinto. *Op. cit.*, p. 474.

⁷¹ JESCHECK–WEIGEND, *op. cit.*, p.475.

⁷² JESCHECK–WEIGEND, *op. cit.*, p.475/476.

agravan la culpabilidad, especialmente por medio de la causación culpable del trastorno psíquico (menciona el caso de la embriaguez). Opina también que esa atenuación facultativa no es objetable constitucionalmente. Considera que la culpabilidad, frente al caso normal de disminución del §21, puede estar notablemente incrementada por el hecho de que el autor haya originado culpablemente el trastorno psíquico y, por ende, pudo haber previsto el peligro de la comisión del delito. En ese caso, pues, no se aplicaría la reducción de la pena prevista por los §§ 21 y 49 I. No obstante, al igual que Roxin, sostiene que la disminución de la culpabilidad sí se tendrá en cuenta en el contexto del marco reglado de la pena, salvo en el caso de la cadena perpetua del asesinato (§ 211), en que será obligatoria la aplicación del marco punitivo del § 49 I⁷³.

g. Deficiencias del carácter

Por lo demás, Jescheck considera acertado que la jurisprudencia sostenga que la debilidad de voluntad, las deficiencias de carácter y la predisposición criminal no justifican por sí solas la aplicación del § 21⁷⁴.

En nuestra doctrina clásica, a la misma conclusión se arriba con la idea de exclusión de la agravante en casos en que estado emocional se origine en la “propia intemperancia (Soler y Núñez, entre otros)”⁷⁵. Y en la concepción de Roxin referida más arriba, podremos ubicarla en el ámbito de la segunda de las fases por él propuestas cuando aplica el principio de la *actio libera in causa*: intemperante sería quien en la etapa del conflicto del sujeto con sus tendencias agresivas, fruto de fracasos o agravios, todavía tiene la capacidad de control mas no toma ningún tipo de precaución contra la posible descarga pasional.

En similar sentido, entre los autores nacionales se exige al autor que sea inculpable, esto es, que sea extraño a la causa operativa de la emoción, y será culpable respecto de la causa de la emoción, *el que la provoca* –incitándola— o la facilita a sabiendas poniendo las condiciones para que opere⁷⁶.

⁷³ JESCHECK–WEIGEND, *op. cit.*, p.476.

⁷⁴ JESCHECK–WEIGEND, *op. cit.*, p.476, nota 51. Cita en apoyo fallos del Tribunal Supremo Federal alemán (BGH).

⁷⁵ Así, Soler sostiene que “la ley atenúa el hecho cuando éste constituye la reacción explicable, comprensible, excusable y externamente motivada de una conciencia normal; pero no quiere que las exaltadas reacciones de un intemperante o de un ebrio, por ejemplo, tengan el privilegio de una excusa, cuando han llevado al sujeto desmesuradamente más allá de toda prudencia, de manera que el exceso de la reacción no sea íntegramente explicable por las circunstancias, sino más bien por la carencia de controles inhibitorios... Si no se guarda esa medida de la prudencia, se corre el riesgo de caer en un subjetivismo desenfrenado ante el cual toda reacción emotiva es excusable” (SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino, Parte Especial*, 3ª ed., TEA, Buenos Aires, 1970, T. 3, p. 66). En similar sentido, Núñez: “La atenuante que tratamos no premia al intemperante ni al malvado. La emoción, por violenta que sea, que encuentra su causa en la sola intemperancia o en el solo desarreglo del autor, no lo beneficia, pues con el carácter y la falta de moderación carga aquí quien los posee y no la sociedad o los terceros” (NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino, Parte Especial*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1965, p. 86).

⁷⁶ NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino, Parte Especial*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1965, p.94. De manera similar: SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino, Parte Especial*, 3ª ed., TEA, Buenos Aires, 1970, T. 3, p. 64/67, quien hace hincapié en los casos de provocación –aunque reconoce que ampliamente se pueden aceptar otras circunstancias que hagan explicable la emoción violenta– y en la necesidad de una valoración desde el punto de vista jurídico; CREUS, Carlos – BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Derecho Penal Parte Especial*, 7ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2007, T. 1, p. 42/44, quienes distinguen excusabilidad objetiva, en el sentido de que las circunstancias provocadoras deben ser ajenas al temperamento del autor, y la excusabilidad objetiva, que es la ausencia de provocación intencional del estímulo por parte del autor para emocionarse (caso que consideran casi académico, pero posible); FONTÁN BALESTRA, Carlos,

IV. Conclusiones

Las consideraciones generales hasta aquí expuestas nos son útiles para efectuar algunas conclusiones, conforme las metas propuestas al comienzo del presente trabajo.

La primera de ellas es que la emoción violenta excusable, en nuestro derecho, es un elemento subjetivo que, si bien se encuentra descripto en el tipo, se ubica dogmáticamente en la culpabilidad. Con otras palabras, se trata de un elemento subjetivo previsto en tipos legales específicos atenuados (homicidio y lesiones en estado de emoción violenta excusable), al que se aplican las reglas de la tipicidad (subsunción y relación entre tipo objetivo y subjetivo) porque completan la descripción típica, pero que, a pesar de ello, no corresponde ubicar dogmáticamente en la categoría de la tipicidad (como parte del tipo subjetivo), sino en la de la culpabilidad (imputabilidad). En síntesis: se trata de un elemento subjetivo de la culpabilidad.

Asimismo, la emoción violenta en general, esto es, no limitada a figura delictiva alguna, según nuestra propuesta, es un trastorno mental o de conciencia transitorio, sin base patológica (aunque equivalente a un trastorno psíquico patológico), que disminuye notablemente⁷⁷ la capacidad psíquica de culpabilidad (imputabilidad) y por ello implica un menor reproche penal y deriva en una pena menor. Como tal, y en virtud de una interpretación *in bonam partem*, es extensible a cualquier delito susceptible de ser cometido en ese estado emocional, por lo que debería ser regulado en la parte general del código penal con relación a la capacidad de culpabilidad disminuida (como en los anteproyectos de reforma integral del CP de 2006 y 2014, y en los CP español y alemán).

Lo anterior, a su vez, tornaría en principio innecesaria su regulación en la parte especial para delitos determinados, salvo que para ciertas figuras específicas se considerase conveniente establecer un estándar diferenciado de acuerdo a la mayor o menor intensidad del estado pasional y, por ende, una diferencia cuantitativa en la disminución de la imputabilidad que deba reflejarse en escalas penales diferentes. En ese sentido, sería conveniente una explicitación más detallada de los motivos por los cuales, en los anteproyectos de reforma analizados, se propone mantener su regulación en las figuras de homicidio y lesiones a pesar de tratarse, claramente, de casos de imputabilidad disminuida previstos en la parte general, lo que no hemos observado en la exposición de motivos del anteproyecto de 2014 (excepto por la invocación del antecedente suizo mencionado y de la mera tradición doctrinaria y legislativa).

Por lo demás, tratándose el homicidio con emoción violenta de nuestro CP de un caso de imputabilidad muy atenuada y con una escala penal muy baja, sería conveniente que se regule una disminución de la pena para casos de homicidios con estados pasionales que impliquen un trastorno mental de menor entidad, esto es, que no disminuyan tan severamente la imputabilidad. De ese modo, quedarían incluidos casos en los que evidentemente el autor actúa con un estado emocional insuficiente para disminuir la imputabilidad al

Tratado de Derecho Penal Parte Especial, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, T. 4, p. 135/136, quien hace también referencia a la exigencia de que el autor no haya buscado de propósito o facilitado del mismo modo el aparente motivo provocador de la emoción (aunque refiere que en ese caso difícilmente se produzca el estado de emoción). Véanse los fallos de la Sala Penal del TSJ Cba. “Pascheta”, “Torres” y “Morlacchi”, ya citados, en los que se da claramente la provocación o la facilitación mencionadas.

⁷⁷ Esa disminución debe ser, efectivamente, notable, y sólo así podrá hablarse de un caso de imputabilidad disminuida. Y ello porque muchas veces delitos como los homicidios o abusos sexuales implican, sin duda alguna, meras de grado inferior que se reflejarán al momento de individualizar la pena.

nivel exigido por el homicidio en estado de emoción violenta, pero suficiente para que la pena mínima del homicidio básico aparezca desproporcionada. De todos modos, la individualización judicial de la pena permite actualmente ubicar la pena cerca en el mínimo de la figura de homicidio simple si se produce un estado de emoción violenta que no llega a un nivel importante, pero quedarían fuera casos en que la pena justa se ubicaría entre el máximo de la figura atenuada (homicidio en estado de emoción violenta) y el mínimo de la figura simple, con la violación que ello implica del principio de culpabilidad.

En definitiva, estimamos aquí necesaria la regulación de los estados pasionales intensos como eximente incompleta en la *parte general* del código penal, ya sea específicamente referida al estado emocional aplicable a cualquier delito susceptible de ser cometido con ese trastorno psíquico (e.g. art. 21.3 CP español), ya sea como eximente incompleta más amplia relacionada con la imputabilidad disminuida (e.g. 21.1 CP español), ya sea de ambas formas para comprender distintas intensidades de disminución de la imputabilidad (como lo hace, precisamente, el CP español).

De otro costado, lo expuesto por los autores españoles y alemanes que hemos citado, respecto de la provocación del estado emotivo, puede ser aplicado, *mutatis mutandi*, a lo que en nuestro derecho es una previsión expresa de la ley: el estado de emoción violenta atenúa la pena del homicidio y de las lesiones sólo en los casos en que “las circunstancias [la] hicieren excusable” (art. 81, 1, a, CPA). Si, por el contrario, median circunstancias que aumentan la imputabilidad y compensan, de esa manera, su disminución por el estado de emoción violenta (e.g. en homicidios cometidos en situaciones de violencia de género), entre las que puede mencionarse la misma causación culpable de ese estado o su provocación, la figura atenuada queda excluida porque aquellas no excusan el trastorno emotivo.

Por ese mismo motivo, parece acertado que en una eventual regulación en la parte general como atenuante genérica, la disminución de la pena por emoción violenta sea *facultativa* para el juez, conforme se propone en los anteproyecto de reforma de 2006 y 2014 para los casos de imputabilidad disminuida. De esa manera, podrá aplicarse una pena acorde con la culpabilidad en aquellos casos en que, a pesar de existir claramente una disminución de la imputabilidad por un estado pasional intenso, existen otras circunstancias que la aumentan. Y ello con el debido respeto a las exigencias del principio de culpabilidad.

Bibliografía

- ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN, Infojus, Buenos Aires, 2014.
- ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA Y ACTUALIZACIÓN INTEGRAL DEL CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN, Presentación de Luigi Ferrajoli, Ediar, Buenos Aires, 2007, p. 62.
- BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal Parte General*, 2ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2012.
- BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal Parte General*, 2ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2012.
- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Las circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- CREUS, Carlos – BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Derecho Penal Parte Especial*, 7ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2007, T. 1.
- DE LA RÚA, Jorge – TARDITTI, Aída, *Derecho Penal Parte General*, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, T. 1.
- DE LA RÚA, Jorge – TARDITTI, Aída, *Derecho Penal Parte General*, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, T. 2.

- DONNA, Edgardo A., *Derecho Penal Parte Especial*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal Parte Especial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, T. 4.
- JESCHECK, Hans Heinrich – WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, traducción de Miguel Olmedo Cardenote, 5ª ed., Comares, Granada, 2002.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal Parte General*, 9ª ed., BdeF, Buenos Aires, 2011.
- NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino, Parte Especial*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1965.
- PERALTA, José Milton, “Homicidios por odio como delitos de sometimiento”, InDret – Revista para el análisis del derecho, Barcelona, 2013, p. 13/14, en línea: <http://www.indret.com/pdf/1005.pdf>”.
- ROXIN, *Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Traducción de la 2ª edición alemana, Civitas – Thomson Reuters, Madrid, 1997/ Buenos Aires, 2015.
- SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino, Parte Especial*, 3ª edición, TEA, Buenos Aires, 1970, T.3.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl – ALAGIA, Alejandro – SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho Penal Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2005.

El ensañamiento y sus aspectos problemáticos (para considerar en una eventual reforma)

*The extreme cruelty and its problematic aspects
(to consider for an eventual reform)*

por. **ROBERTO V. VÁSQUEZ***

RESUMEN: La ciencia del derecho penal debe reconocer las limitaciones teóricas que siempre ha tenido para determinar el concepto de la violencia, aspecto central –se supone– en el catálogo de delitos y sanciones, y en consecuencia, la falta de utilización sistemática de su noción a lo largo de proyectos y ordenamientos. Tal afirmación puede ser compulsada en el análisis que en el presente trabajo se realiza del “ensañamiento”, manifestación de aquellas inscripta como componente de ofensas que atentan contra la vida humana y animal, que en función de diversas aristas de la subjetividad, debe ser diferenciada de impulsos, odios y placeres que también suelen acompañar a la acción mortal.

PALABRAS CLAVES: Ensañamiento. Homicidio. Asesinato. Crueldad. Elementos subjetivos.

ABSTRACT: *The science of penal law must recognize their theoretical limitation that has always had to determine the concept of the violence, a central aspect- it is supposed- in the catalogue of crimes and penalties and therefore, the lack of systematic use of its notion in projects and legal system. Such statement can be compared with the analysis of “extreme cruelty” done in this work; a demonstration of the violence’s as a component of offenses that attempt to human and animal life, that according to different subjectivity’s aspects must be distinguished from impetus, pleasures and hates, that also should be present in the lethal action.*

KEY WORDS: *Extreme cruelty. Homicide. Murder. Cruelty. Subjective elements.*

I. Introducción

Los principios que el analista produce para explicar su objeto de estudio no pueden desprenderse de las condiciones de su aparición, por más cuidados epistemológicos y vigilancias éticas y políticas que aplique (Bourdieu 2007:9). Así, cuando pretende identificar el concepto de “ensañamiento” en el ordenamiento penal argentino tales limitaciones afloran por distintos costados, dada una dogmática carente de evidencias provistas por otras disciplinas, cuando ello resulta necesario.

Es que ¿se puede hacer un buen trabajo para analizar el homicidio calificado por el “modo” y su “motivo”, sin abordar científicamente a este último, y si tal conocimiento se sustituye por hojas y hojas escritas plenas de razonamientos secundarios sin mencionar una cita que se haga cargo de su concepto desde una perspectiva integral?. El problema va más allá de meros desacoples: la PGeneral cuando selecciona ejemplos para aclarar un principio

* Abogado (UNC). Doctorando en Ciencias Sociales (UNVM).

decisivo no siempre logra su cometido, y la PEspecial no siempre lo reconoce ni desarrolla cuando analiza el precepto al que debe aplicarse (Roxin 1997: 193 y 314). Tratándose de una circunstancia que agrava la pena la cuestión es más compleja ¿basta decir, v.gr.: respecto del “placer”, que es un elemento eminentemente subjetivo, interno, un estado mental?. El “ensañamiento”, como se verá, queda atrapado en tales tensiones en la medida que la doctrina exige para su configuración, junto al elemento objetivo, la constatación de profundas experiencias.

La dogmática no sólo es interpretación, sistematización, elaboración y desarrollo de disposiciones legales y de miméticas opiniones doctrinarias que sólo a ellas refieren, sino que también tiene a su cargo la mucho más compleja tarea de hacerlo respecto de los descubrimientos científicos que las informan y generan nuevos conceptos, aunque no se los recepte, que deben ser abordados cuando se analiza el delito, la pena y otras respuestas¹.

En lo referente a la implicación interna del autor con su hecho, Jakobs 1995:375 expresa que el Derecho Penal cuenta como herramienta con una “psicología esotérica”. Hassemer 2011, por su lado, cree que en Alemania los penalistas lograron respecto de las ciencias sociales, en condiciones de “igualdad”, “una adaptación e integración de piezas sistémicas diversas, un desarrollo conjunto de ambas ciencias”, y que respecto de la biología nunca rechazaron “*a limine*” sus conocimientos, por el contrario, “los han reclamado; están obligadas a reclamarlos, si quieren mantener la dogmática de la culpabilidad al día”.

II. Expresiones y significados en danza

El legislador penal cuando escribe, por más que esfuere su imaginación, no siempre tiene plena conciencia que el frecuente contacto entre la ciencia jurídica y el devenir de los significados comprendidos en un diccionario², ineludible en la interpretación literal, no sortea las dificultades que introduce el tesoro europeo que utiliza, ni del alcance que por vía de la lectura histórica, teleológica, científica y sistemática las palabras pueden llegar a tener.

No por ello pierde utilidad una consulta al libro de libros, en este caso a lo que define por “saña”, “ensañar”, “ensañamiento”, “cruel”, “crueldad” y, para mencionar a título de ejemplo un segmento de la subjetividad con la cual se comunican, el “placer”.

Por “saña”, aquél enseña que debe entenderse “Furor, enojo ciego”, “Intención rencorosa y cruel”. Por “ensañar”, “Irritar, enfurecer” y, particularmente, “Deleitar-se en causar el mayor daño y dolor posibles a quien ya no está en condiciones de defenderse. El “ensañamiento” es, por lo tanto, la “acción y efecto de ensañar o ensañarse”, y equiparándose a un manual de la especialidad agrega “que consiste en aumentar inhumanamente y de forma deliberada el sufrimiento de la víctima, causándole padecimientos innecesarios para la comisión del delito”.

¹ Nótese que ROXIN 1997:91, en su exposición de las teorías de la pena (la de prevención general), apela a tesis de Freud (El tabú y la ambivalencia de los sentimientos, en Totem y tabú, 1912/3). Aunque no es la única perspectiva, y mucha agua ha corrido por el río, sin cambiar de texto, al tiempo de analizar los elementos de la actitud interna, bien podría haber dialogado con dicho autor también sobre la pulsión de matar.

² El diccionario almacena un lenguaje, “alfabeto de símbolos cuyo ejercicio presupone un pasado que los interlocutores comparten” (BORGES 1986), devenido en el más exquisito “género literario” (BORGES 2007), que, más que “tumba” es “fuego escondido” (NERUDA 2007). El de la lengua que con múltiples raíces se forjó culturalmente en tierra castellana (en el que hoy todavía se abreva, a falta de otro, en el sur de América), dentro de un período mayor de oralidad predominante, comprende una fase escrita iniciada por Antonio de Nebrija (1495), ajena a los aportes científicos que constantemente -fuera de su cauce- reconfiguran la estructura de sus conceptos.

“Cruel”, según la misma fuente, es quien “se deleita en hacer sufrir o se complace en los padecimientos ajenos”, “sangriento, duro, violento”. Mientras que la “crueldad” se caracteriza por la “inhumanidad, fiereza de ánimo, impiedad”.

El “placer”, para la Real Academia Española, es el “goce o disfrute físico o espiritual producido por la realización o la percepción de algo que gusta o se considera bueno”³.

III. ¿Asesinato u homicidio calificado?

III. 1. EMERGENCIA HISTÓRICA

El matar a otro no siempre fue considerado delito. Los germanos lo admitían por derecho de venganza siempre que su ejecución fuera pública (CARRARA 1945:I:312). En la Grecia antigua, como en otros pueblos primitivos, la primera modalidad que surge es la que contempla sólo como víctima a un miembro del grupo familiar (FERRAJOLI 1995:462); la vida de los extraños quedaba fuera de la protección penal. Con el paso del tiempo fueron tutelados todos los hombres libres, y emergió la distinción (particularmente por la especie y medida de la pena) entre homicidio y asesinato, surgiendo, según el país que se analice, el cometido “con ensañamiento” (o sus equivalentes) como agravante del primero⁴ o constitutivo del segundo.

La expresión “asesinato” habría tenido origen en la Edad Media, época en la que existían “pueblos” llamados “asesinos” en las inmediaciones del Monte Líbano, sectarios de Arsácides (el Viejo de la Montaña) que armaba y dirigía estrategias contra las Cruzadas, para lo cual reclutaba jóvenes fanatizados y embriagados de “hasis” (hachís) que llevaban a cabo (vestidos como cristianos) sangrientas matanzas de príncipes y fieles enemigos (CARRARA 1945:I:229; MONTANOS FERRIN 1990: 259).

La decretal *Pro Humani Redemptione* de 1249 (dictada por Inocencio IV) recoge el nombre y lo asigna al ejecutor de la acción de matar por encargo de un tercero⁵. En las Partidas 7, 27, 3, que receptó la encíclica, se contempla una noción más amplia del vocablo: contiene el mandato, el precio y la traición⁶. Los historiadores, sin embargo, señalan que la distorsión del significado histórico de la palabra “asesinato” tuvo origen entre los juristas y traductores franceses, a partir de la confusión de dos vocablos utilizados por el legislador de 1810, que se derramó en códigos por él influenciados: “assassinat” (el correcto para

³ La expresiones “saña” y “cruel” convergen y se superponen con la de “placer” (cuando de matar se trata), desde que se escribía con “z” y con acento (plazér), en la medida que se encuentra asociada al deleite. Es decir, de manera circular se indica al intérprete que obra con saña y es cruel quien se regocija con el sufrimiento humano. Ello sin duda genera perplejidad en el dogmático, que, frente a las palabras de la ley, las tiene que distinguir. Dicho de otro modo, el culto al diccionario no siempre rinde frutos al saber penal.

⁴ Las circunstancias agravantes, tal como hoy se conocen, no se encontraban en el derecho romano ni en las Partidas. Fue una construcción de los codificadores, como freno a la arbitrariedad judicial (Montanos Ferrin 1990:77)

⁵ Liber Sextus 5, 4, 1:“...Cum igitur illi, qui sim horrenda in humanitate, detestandaque saevitia mortem sitiunt aliorum ut ipsos faciant per assassinos occidi,...”, según texto completo transcripto por MONTANOS FERRIN, 1990:259. La decretal sanciona por igual tanto a uno como a otro. La doctrina no es unánime sobre la motivación histórica del precepto canónico. CARRARA, I:230 afirma que se buscó “fortalecer los ánimos” de los cristianos atemorizados frente a tales acciones de sumarse a las Cruzadas. Por otro lado, en cambio, se dice que tales situaciones también habrían ocurrido en el entorno clerical (MONTANOS FERRIN, 1990:259).

⁶ “Asesinos son llamados una manera que ha de omes desesperados, e malos, que matan á los omes a traycion de manera que non se pueden dellos guardar.... Otrosi dezimos, que los asesinos e los otros omnes desesperados que matan los omnes por algo que les den, que deben morir porende; tambien ellos, como los otros por cuyo mandado lo fazen”, según texto completo transcripto por MONTANOS FERRIN, 1990:267.

referir al cometido por cuenta ajena) que terminó absorbido por “assassinium” (que alude al homicidio premeditado) (CARRARA 1945:I:226).

El CP de Napoleón (arts. 295 y sgts.), asimismo, distingue sin precisión el homicidio del asesinato, y, es cierto, dentro de las hipótesis de este último está el premeditado y no aparece el cometido por encargo. Sin embargo, su detenida lectura indica que bajo el mismo rótulo contiene otras, por ejemplo, cuando el que mata usa “tormentos” o comete “actos de barbarie” (art. 303)⁷. Es decir, la muerte de otro se califica de asesinato en virtud de un catálogo de situaciones ajenas a la premeditación (que por error sustituyó una circunstancia diversa (matar por mandato)), entre las que se encuentran los primeros antecedentes del tipo analizado en el presente trabajo. En otros términos, la conjetura del gran maestro italiano explica dicha simbiosis pero no la amplitud de circunstancias mortales extremadamente graves que el concepto de asesinato -con el paso del tiempo- fue acumulando.

Años más tarde, entre los antecedentes españoles (que receptan la convivencia entre homicidio y asesinato) el CP DE 1822 establece como agravante genérica (art. 106) la “crueldad, violencia ó artificio”, mientras que en el art. 609 llama asesinos a los que maten “con tormentos ó con algún acto de ferocidad ó crueldad...”. El CP de 1848 se destaca por la originalidad de establecer como calificante del parricidio (art. 323 inc. 1), al “ensañamiento aumentando deliberadamente el dolor del ofendido”, mientras que el art. 324 inc. 5 lo hace respecto del homicidio simple, agregando que el dolor también debe aumentar “inhumanamente”. Esquema que se mantiene, en cuanto a la conceptualización, en los CPs de 1850 (arts. 332 y 333), 1870, 1928 (cuyo art. 519 exige que el dolor del ofendido aumente “inhumana e innecesariamente”), 1944, revisado en 1963, y en las reformas subsiguientes, hasta llegar al de 1995 y al actual de 2015⁸.

III. 2. LOS ANTECEDENTES NACIONALES

El Proyecto Tejedor de 1866/67 en su PGeneral contemplaba como pauta agravante de la criminalidad, que el juez debía respetar en la determinación de la pena, a los “deseos y pasiones” que hacían obrar al autor cuando eran “más perversos y peligrosos” (Parte Primera, Libro Segundo, Título 6º, arts. 1º y 3º). A la misma vez en la PEspecial receptó la co-existencia del homicidio simple (en el párrafo 1) y la figura del asesinato (en el párrafo 2)⁹. En esta última incluyó, entre distintos supuestos y siguiendo los trazos del CP Español de 1848 antes visto y otros precedentes latinoamericanos (Perú, Bolivia, Brasil): “El ejecutado con ensañamiento aumentando deliberada é inhumanamente el dolor del ofendido” (Parte Segunda, Libro 1, Título 1, párrafo 2, art. 4 inc. 2). Aparece aquí por

⁷ En la actualidad, el CP de Francia de 1994 (art. 221-3) establece que el homicidio cometido con premeditación constituye un asesinato, y la pena se agravará “...cuando la víctima es menor de 15 años y el asesinato está precedido o acompañado de violación, torturas o de agresión con ensañamiento”.

⁸ El CP reformado según LO 1/2015 del 30 de marzo, dispone en su art. 139 inc. 3 que se castigará como reo de asesinato al que mate a otro “Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido”. En el art. 337 también se reprime el ensañamiento aplicado a animales.

⁹ TEJEDOR 1866/7:243 ya sabía que “La palabra asesinato no siempre ha significado lo mismo. Después de haber sido originariamente el homicidio oculto, pasó á ser el homicidio mercenario, y acabó por ser sinónimo de homicidio premeditado. Y que “En el Derecho Romano se distinguía muchas especies de homicidio, según que el hecho se había cometido propósito, impetu, casu...El homicidio cometido por un arrebató, ímpetu, como ejecutado en un momento de perturbación mental, era castigado menos severamente que el premeditado... según “la doctrina conocida y profesada por los criminalistas Italianos del siglo 15”. “De la práctica y desarrollo de los principios sobre el dolus malus y el ímpetu nació más tarde la distinción moderna entre el asesinato y el homicidio”.

primera vez el “ensañamiento”, acompañado de su concepto, como una hipótesis de asesinato y con la mayor pena; diseño que obliga al estudioso a examinar la teoría que lo sustenta y sus consecuencias prácticas (el asesinato ¿es un tipo calificado del homicidio?, ¿existe entre ellos una relación de concurso?, ¿es aplicable la teoría de los “delictum sui generis”?).

Tejedor incorpora al ensañamiento como un supuesto constitutivo de la versión ampliada del asesinato, y a éste no se le puede identificar ningún elemento que lo diferencie del homicidio agravado. En dicho esquema, el “asesinato”, podría ser catalogado como un tipo de pluralidad de hipótesis, una “calificación” del homicidio (trazada sobre consideraciones criminológicas, presunciones o elementos de un tipo de autor), afín a la teoría “delictum sui generis”, que abarca y se superpone totalmente con la existencia de un vínculo entre el autor y la víctima, con la modalidad ejecutiva, con el fin, motivo o causa, con el medio, con el número de personas que han intervenido, etc..

El H. Congreso Nacional en el año 1868 sancionó una ley autorizando al Presidente Sarmiento la conformación de una comisión para que presente un “informe” que facilite la revisión del Proyecto Tejedor. A tales fines fueron inmediatamente designados los Dres. Pérez (suplantado en 1871 por López), Ugarte (suplantado en 1872 por Malaver), Quintana, y los que finalmente pudieron cumplir el encargo, Villegas (designado en 1873), Ugarriza (que en 1874 suplantó a López) y García (que en 1877 suplantó a Quintana), quienes, producto de su examen prolijo y maduro entendieron que correspondía presentar un nuevo proyecto, a la sazón en el año 1881, que es el que, en base a una superficial mención, decide suprimir la subdivisión entre homicidio simple y asesinato, en el Título IV De los delitos contra las personas, a partir del art. 197¹⁰.

La Comisión, que en los fundamentos del Proyecto hace gala de erudición, y a la que debe reconocerse independencia de criterio y claridad conceptual en la cuestión puntual aquí tratada, no exterioriza las razones de su decisión, siendo que los principales códigos europeos consultados en dicha época contenían la figura del asesinato. Es cierto que todavía la incipiente doctrina penal no había desarrollado métodos ni clasificaciones. Sin embargo, en lugar del silencio hubiera sido suficiente afirmar que a pesar de la mayor riqueza comunicativa del vocablo receptado por Tejedor (muy difundido en el campo literario, que en el giro lingüístico ordinario (o lenguaje popular) aparenta denotar situaciones extremas en el universo de acciones letales) dicha noción introduce confusión, puesto que reposa en diversas hipótesis, todas, en definitiva, agravantes del simple homicidio. Es decir, el asesinato carece de un núcleo específico que lo caracterice (elementos objetivos y subjetivos captados por un verbo y un aspecto a proteger del bien jurídico “vida”). No tiene nada propio para aportar: la acción de matar la debe al homicidio y las circunstancias agravantes que agrupa necesariamente convergen¹¹.

En cuanto al ensañamiento, el Proyecto de 1881, por un lado considera como agravante general “Aumentar deliberadamente el mal, causando otros innecesarios para la ejecución” (art. 97 inc. 5), y por el otro lo incorpora como agravante del homicidio en los siguientes términos: “Con ensañamiento que aumente deliberada, inhumana é innecesariamente para el objeto del delito la aflicción de la víctima” (art. 202 párrafo 5).

¹⁰ Este Proyecto en Córdoba se transformó en el Código Penal de 1882.

¹¹ Hoy, claro está, es fácil decirlo, después de casi un siglo y medio transcurrido. La advertencia trasciende la reconstrucción histórica, si se repara que en la actualidad sistemas jurídicos muy reconocidos (como el alemán, el español, el francés), mantienen la figura.

En 1886, a pesar de tales esfuerzos, a nivel nacional todavía subsistía la necesidad de contar con un Código Penal para los delitos comunes¹². Es por ello que el H. Congreso de la Nación lo sanciona, en base al Proyecto Tejedor pero modificado según los consejos de la Comisión de Códigos de la H. Cámara de Diputados, la cual, aceptó puntualmente el esquema propuesto por Villegas et al de suprimir la distinción aquí comentada, postura que sin debate alguno se mantuvo hasta el presente. Es decir, a partir de este momento legisladores y doctrinarios ya no hablan más de asesinato (en todo caso el uso de tal expresión en el sistema penal argentino tendrá connotaciones exclusivamente criminológicas), se cierran las puertas a la teoría de los “*delictum sui generis*”, y queda cristalizada la técnica legislativa de incluir las circunstancias del homicidio que merezcan mayor pena como agravantes de su indudable tipo básico. El Código de 1886 no menciona al ensañamiento, pero prevé como agravante genérica para todos los delitos: “Aumentar deliberadamente el mal, causando otros innecesarios para la ejecución”, la cual, conjugada con el homicidio, conduce a la pena divisible de 10 años de presidio hasta tiempo indeterminado (arts. 84 inc. 3 en función del 96 inc. 1).

El Proyecto de 1891 reincorpora al ensañamiento, a secas, es decir, sin el concepto que lo venía acompañando (art. 111: inc. 2°), como calificante del homicidio, junto al “impulso de perversidad brutal”¹³. El Proyecto de 1906 le agrega, entremedio, las “sevicias graves” (art. 84 inc. 2).

El Proyecto de 1917 (art. 80) y el Código de 1921 (art. 80) configuran el tipo contenido en el inc. 2 del modo que sigue: “Al que matare a otro con...ensañamiento, ..., sevicias graves, impulso de perversidad brutal...”.

El Decreto-Ley N° 4778/63 (B.O.N. del 19/6/1963) mantiene las tres circunstancias como calificantes del homicidio, incorporando al “placer” y al “odio racial o religioso”. La llamada LN N° 17567 (B.O.N del 12/1/1968), en cambio, basada en el Proyecto Soler de 1960, suprime las sevicias graves y el impulso de perversidad brutal¹⁴, y mantiene las dos últimas agravantes mencionadas anteriormente. La LN N° 20509 al derogar la 17567 (y toda disposición penal no emanada del Congreso Nacional) resucita la convivencia de las tres agravantes. La llamada LN N° 21338 es la que inserta el actual inc. 2 del art. 80, en el que sólo subsiste el ensañamiento. Recuperada la democracia, la LN N° 23077 deroga el ordenamiento penal impuesto por la dictadura, pero como excepción preserva el texto del mencionado art. 80, y es así como llega hasta estos días (2018). La LN N° 26791 (del año 2012) incorpora, a la saga conocida de causas o motivos del homicidio, el odio “de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión” (CP, art. 80 inc. 4).

¹² La LN N° 49 de 1863, que rigió hasta que fue derogada por el art. 305 de la Ley nacional N° 11.179 de 1921, no tenía parte general y sólo instituía delitos federales, entre los que no se encontraban delitos contra la vida.

¹³ Novedad receptada de la legislación penal italiana que la contemplaba como “brutal maldad” (BUOMPA-DRE, 2000:137).

¹⁴ Núñez no comparte la supresión. En relación a las sevicias las razones que invoca no pasan exclusivamente por cuestiones de política criminal (del cambio resultaba que injustos graves quedaban con menor sanción y no se contemplaban propuestas tendientes a mejorar “la instituciones destinadas a la prevención del delito y a la ejecución de penas y medidas de seguridad”), sino por la abierta e inmediata oposición que manifiesta contra el “rápido procedimiento de sala de consejo” implementado por el gobierno de facto para modificar el CP de 1921 sancionado por el Congreso Nacional. También es crítica su posición respecto de la eliminación del impulso de perversidad brutal, aunque en este caso no es tan significativa, ya que, en virtud de una especie de ecuación de subjetividades realizada por el legislador, el mantenimiento de la agravante “por placer” “cubre en parte el vacío que deja” (NÚÑEZ, 1968:1193).

IV. La parte especial ¿contiene derrames de derecho penal de autor?

El estudio de ciertas figuras delictivas (v.gr.: el homicidio con ensañamiento) promueve la duda sobre si algunos elementos utilizados por el legislador para describirlas, a pesar de todos los embates y advertencias que se plantean entre los principios de la parte general, no contradicen mandamientos constitucionales y político-criminales fundamentales. Tal incertidumbre debe durar poco. Para desecharla se recomienda la lectura de Roxin 1997:184, cuando, precisamente en relación al equivalente germano del aquí analizado, señala que “....existe actualmente un amplio acuerdo en que también se deben interpretar conforme al Derecho penal del hecho, y no al de autor, los tipos que atienden a determinados motivos o actitudes internas del sujeto activo”. Y luego expresa “Y para la comprobación de esa actitud no importa si el autor como tal es una persona cruel¹⁵, lo que sería un punto de vista del Derecho penal de autor, sino que el BGH dice expresamente: "Tal actitud interna, que pertenece al concepto de actuación cruel, no tiene por qué radicar en el modo de ser del autor ni influir constantemente en el conjunto de su comportamiento".

V. Nociones emparentadas

En la Introducción anticipé que resulta inocultable la carencia de respaldo teórico de normas y construcciones dogmáticas dedicadas a la dimensión subjetiva del actuar humano, lo cual afecta el mandato de determinación que ilumina con preferencia la Parte Especial. La miopía y sordera alcanza tanto a la creación e interpretación de la norma penal como al proceso concreto que caso por caso le da vida¹⁶.

La cuestión se torna mucho más compleja puesto que además de develar lo que, como ocurre en el presente trabajo, es el “ensañamiento”, se supone que se tienen claras ideas también de sus nociones conexas (crueldad, tormentos, actos de barbarie, ferocidad, sevicias graves, impulso de perversidad brutal, placer (ilegítimo), odios (prohibidos)) y que existe un mismo enfoque para comprenderlas a todas.

El propio Código Penal exhibe serias dificultades para sistematizarlas. Ejemplo: las “causas” o “motivos”¹⁷ (CP, art. 80, incs. 3, 4, 7, 8 y 12: por precio o promesa remuneratoria, por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión, el *criminis causae*, por la función, cargo o condición de la víctima, con el propósito de causar sufrimiento) y los “modos” (CP, art. 80, incs. 2, 6 y 9: ensañamiento, concurso premeditado de dos o más personas, abuso de función o cargo) que califican al homicidio, no están regulados, por lo menos categóricamente, cada uno por su lado, como la doctrina lo sostiene sin debate alguno. Por el contrario, están íntimamente mezclados, como en la figura que aquí se estudia, mixtura del comportamiento que objetiva crueldad con la satisfacción que experimenta quien la despliega.

Avanzaré someramente sobre algunos puntos que interesan.

¹⁵ Si con sus actos el autor satisface una “tendencia sádica” (SOLER, 1978:III:27)

¹⁶ En el que, con intervención de peritos forenses, el más sofisticado concepto es traducido.

¹⁷ Nótese que la doctrina equipara sin más “causas” con “motivos” que agravan el homicidio. El CP específicamente refiere a los “motivos” en la Parte General: arts. 26 (que lo “impulsaron” a delinquir, como fundamento de la condena condicional) y 40 y 41 (la “calidad” “de los “motivos” que lo determinaron a delinquir”, como circunstancia individualizadora de la pena). Al respecto ZAFFARONI, 2000:543 tangencialmente expresa “En general, el criterio distintivo entre los elementos del tipo y de la culpabilidad se funda en que los primeros siempre responden a un *adonde* y los segundos a un *de dónde*: *ánimos* y *ultrafinalidades* son direcciones de la voluntad; *móviles* y *motivaciones* son causas de la voluntad. Si bien toda voluntad con cierta dirección tiene una causa o móvil, una misma dirección puede reconocer diferentes móviles y un motivo puede ser móvil de muy diferentes acciones”.

LA RELACIÓN ENTRE ENSAÑAMIENTO Y CRUELDAD

La doctrina que hoy conceptualiza el ensañamiento se basa, muchas veces sin reconocerlo, en las expresiones utilizadas por el legislador español en el CP de 1848. Lejos de un abordaje interdisciplinario, lo define como el aumento deliberado, inhumano e innecesario de sufrimientos, físicos y/o psíquicos de la víctima, en el momento de su muerte¹⁸.

La “crueldad”, en el sistema jurídico argentino y regional (en el marco de la CIDH), al compás de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, principalmente ha sido estudiada desde la perspectiva de la determinación y ejecución de penas y medidas aplicadas al infractor, preso o penado¹⁹, dimensión en la que no siempre es fácil distinguirla del componente principal de la “tortura”. La CIDH también se refiere a ella cuando analiza múltiples “masacres” ejecutadas en pueblos latinoamericanos. En otro orden se la trata cuando va dirigida a los animales (en función de la LN N° 14346). En el alemán, en cambio, la doctrina y jurisprudencia con preferencia ha trabajado el concepto como condimento del injusto (por imperio del StGB parágrafos 211 y 225), y de allí que todos sus desarrollos se presentan aptos para ser anclados en relación al ensañamiento.

Siendo ello así, y resultando trascendente en el punto aquí abordado (si el ensañamiento se distingue o no de la crueldad), no existe otra conclusión posible: siempre que hay ensañamiento hay crueldad. Ésta, es cierto, tiene un concepto más amplio (puede haber crueldad y no ensañamiento), pero sin dudas aclara el panorama saber que el ensañamiento representa una de sus tantas manifestaciones, en tanto atrocidad desnuda y placer reflexivo de hacer sufrir.

SOBRE LAS SEVICIAS GRAVES

El DRAE enseña que la palabra “sevicia” se corresponde con la “crueldad excesiva” y “el trato cruel” y la investigación histórica determina que como circunstancia agravante genérica (art. 61 inc. 4: “l'avere adoperato sevizie”, es decir, “tortura” sobre la persona (hipótesis paralela a “l'aver agito con crudeltà”)) y como circunstancia agravante del parricidio y del homicidio (arts. 576 inc. 2 y 577 inc. 4°) procede del sistema jurídico italiano, por lo menos, desde el CP de 1889 (art. 366 inc. 3) hasta el presente (CP reformado en el 2016).

En el punto III se ha presentado su sinuoso recorrido legislativo nacional, del que se desprende la cuestión de si existe identidad entre el ensañamiento y la sevicia, y, para quienes afirman diferencias, si la derogación de la última amplía o no el contenido de la primera.

Es correcta la tesis que las distingue, no sin artilugios, caracterizando a la “sevicia” también por dos elementos. Por un lado, los tormentos, actos de crueldad o malos tratos, particularmente los provocados con “anterioridad”²⁰ a la acción (el último golpe) que pro-

¹⁸ En la Parte General de los CPs españoles el carácter de “innecesario” del dolor infligido al tiempo de ejecutar cualquier delito es exigido por la agravante genérica que contemplan. En cambio, en la Parte Especial de dichos ordenamientos (con excepción del CP de 1928, art. 519), no requieren tal condición para el “ensañamiento” como agravante específica del asesinato. Lo advierte MUÑOZ CONDE 1999:53. La cuestión se discute. Así, por ejemplo, la jurisprudencia consolidada del TS sí lo impone.

¹⁹ Ese es el sentido que tiene el inc. c del art. 10 del CP, al autorizar respecto del interno discapacitado cumplir la pena en detención domiciliaria cuando por su condición la privación de la libertad en un establecimiento carcelario resulte inadecuada, implicándole un trato indigno, inhumano o cruel.

²⁰ Cfse. SOLER, 1978:III:29.

voca la muerte, que, al repetirse o desplegarse paulatinamente, la desencadena²¹. Subjetivamente consiste en la deliberada ejecución de aquéllos para que la víctima padezca y presenciar el “espectáculo” (Núñez 1961:III:43). Admite el dolo eventual del homicidio. La supresión de esta agravante, que para Núñez 1968:194 no “merece aplausos”, remite al tipo básico las circunstancias que la diferenciaban del ensañamiento.

SOBRE EL IMPULSO DE PERVERSIDAD BRUTAL

Lejos también de una descripción profunda, la doctrina no duda de su existencia, señalando que la especificidad radica en que la causa impulsiva de la decisión de matar reside en una actitud subjetiva, que, sin derivar necesariamente de un trastorno, anomalía o enfermedad mental, tiene su sede en el mundo de los sentimientos y valoraciones, en la propia inhumanidad del ejecutor (la propia intemperancia) (NÚÑEZ 1961:III:61). Las mejores citas, históricamente previas a lo que hoy se conoce como cuerpo consolidado de conocimientos de la psiquiatría y la psicología, hablan de instintos característicos de ciertos animales y del impulso de maldad.

Se excluye el caso de dar muerte sin motivo externo, en una acción ligera (sin odio ni desprecio a la condición humana de la víctima), pero no cuando concurre con una causa fútil o de otra fuente, siempre que sus extremos específicos resulten determinantes. Se predica que el autor mata movilizado por un estímulo de su mente, que refleja “ferocidad”, “desprecio” u “odio objetivo” a la humanidad (no el odio particular contra alguien). Se trata de casos que también han sido denominados homicidio “brutal”, “ad lasciviam” o “libidine de sangre” (Carrara 1945:I:241).

La “perversidad” radica en la suma maldad y la “brutalidad” en lo inhumano (NÚÑEZ 1961:III:61)²². La conceptualización de lo que es el “impulso” que las contiene, en cambio, resulta problemática. El intérprete que aspire administrar con seriedad una epistemología de la subjetividad debe exigir a las disciplinas especializadas su determinación y procedencia. Y hasta tanto no disponga de tales precisiones, tiene que evitar hacer referencia a dicha entelequia.

La llamada LN N° 21338, como se ha visto, es la que definitivamente la suprime.

Apreciaciones finales (tan necesarias como provisorias):

SOBRE LOS “ACTOS DE BARBARIE”

El CP toscano de 1853 los recepta como agravante proveniente del sistema francés (aunque luego los abandona por entender que la “premeditación” en los casos comprendidos ya permitía un suficiente salto de pena) y es por eso que Carrara 1945:I:312 los analiza y enseña que tiene un elemento material y otro intencional. El primero constituido por una “mayor suma de dolores físicos además del necesario para matar”. El segundo exige que el autor “se haya propuesto también hacerlo morir sufriendo atrocemente”, con “especial refinamiento de venganza”.

SOBRE EL PLACER

²¹ Ejemplo: la aplicación durante 6 meses de quemaduras, latigazos, mordiscos y golpes, a una niña de 3 años que finalmente muere (NÚÑEZ, 1961:III:43).

²² Ejemplo: El que por haber jurado que todos los días iba a correr sangre humana, mata al que primero encuentra en la mañana (CARRARA, 1945:I:245). Un sector de la doctrina admite la venganza transversal (BUOMPADRE, 2000:139).

El que mata por placer no lo hace de cualquier manera. Tampoco basta con matar y que la muerte origine en el espíritu del ejecutor algún bienestar. El tipo objetivo exige que el autor organice y disponga las condiciones que incrementan el riesgo de producción del resultado fatal para alcanzar dicha satisfacción.

El placer puede surgir del solo hecho de matar o ser otro el gusto que se procura con la producción de la muerte (CP, art. 80 inc. 4 primera hipótesis)²³. Consiste en el agrado que el protagonista busca obtener con la percepción de las circunstancias simultáneas y/o sucesivas, entre ellas la misma ejecución, relativas a la impiadosa extinción de la vida de otro, aunque en el momento de consumir su acción no logre experimentar tal sensación (Núñez, 1961:III:64 y Núñez, 2008:48) .

SOBRE EL ODIO

El abordaje del odio racial o religioso, así como el de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión (CP, art. 80 inc. 4°, 3° a 8° hipótesis), por las superposiciones que pueda guardar con el ensañamiento, también resulta necesario para la sistematización del árbol de parentesco hasta aquí identificado, pero tal esfuerzo, claro está, va mucho más allá del objeto de este trabajo.

Así las cosas, el lector exagera sus expectativas si a estas breves consideraciones (germen de una investigación futura) imagina le seguirá un cotejo del ensañamiento, crueldad, sevicias y perversidad, con el placer no permitido, y luego con todos los odios prohibidos, marcando semejanzas y diferencias en función de una teoría solvente de la acción humana que explique adecuadamente su subjetividad (sin caer en las garras del subjetivismo, del determinismo, del biologicismo, de un derecho penal de la actitud interna, ni de concepciones lombrosianas).

VI. El homicidio con ensañamiento

El tipo complejo expresa: el que matare a otro “con ensañamiento” (CP, art. 80 inc. 2, primer supuesto)²⁴. La determinación conceptual del núcleo de la agravante es problemática, en especial todo lo atinente a la subjetividad del ejecutor. No obstante ello, la doctrina mayoritaria acepta (sin decirlo), aunque no forme parte del texto legal y con autonomía de teorías sociales, de enfoques psicológicos y de la ciencia de procesos neuronales, que resulta suficiente tener como punto de partida la fórmula antes vista procedente del CP español de 1848, cuando afirma que consiste en el aumento deliberado e inhumano de sufrimientos, físicos y/o psíquicos de la víctima, en el momento de su muerte. A la que un sector mayoritario adiciona el requisito de la “innecesariedad” (elemento objetivo implícito) y sin nitidez un elemento subjetivo implícito ligado con la tenebrosa “dicha” del autor.

El ensañamiento, como circunstancia agravante, consiste en la crueldad objetiva y subjetiva que por acción u omisión el autor adjunta a la acción u omisión que mata a otro. Deben concurrir las siguientes notas: afectaciones inhumanas e innecesarias, dirigidas por el autor del homicidio a producir padecimientos extras en la víctima (al mismo final de su vida), a las que subyacen vivencias psíquicas descalificadas.

El plus de crueldad, anticipada mentalmente o ejecutada creativamente en el mismo momento del hecho, no debe confundirse con el despliegue tendiente a no fallar, a consolidar el macabro y principal resultado: la muerte.

²³ Por lo tanto, debe advertirse que la previsión nacional es más amplia que el matar exclusivamente por el placer de matar (parágrafo 211 del StGB).

²⁴ La circunstancia también está prevista en los arts. 92 y 105 del CP.

No basta la sola presencia de la objetividad (el uso del fuego, la flagelación, el emparedamiento, la asfixia, repetición de golpes, el gran número de heridas) ni de la subjetividad (la intención de producir sufrimiento²⁵ en la víctima y el regodeo por lograrlo). Deben concurrir. Por lo tanto, la agravante no capta al que goza o satisface algún placer diabólico por el hecho de sacrificar la vida ajena sin incrementar dolores ni tormentos.

El mayor perjuicio causado debe ser padecido por la misma víctima del suceso letal y destinataria del mayor sufrimiento. Este requisito no se satisface si la desesperación tiene origen en su desequilibrio mental patológico, desconocido por el autor, que con su obrar puede tener otra meta y encontrarse desinteresado respecto de tales circunstancias.

El tipo objetivo supone dos resultados: la muerte y el sufrimiento de la víctima producidos por la acción del autor. A tales fines resulta vago afirmar que basta con un comportamiento impropio de un ser humano. El que mata con ensañamiento por un lado crea un alto riesgo de producción del resultado muerte, que se concreta, y, coetáneamente, mientras la víctima sigue viva (y consciente) y hasta que muera, también le irroga lesiones, amenazas, tormentos, simulaciones y ardides objetivamente aptos para producir dolor y sufrimiento en aquélla. Pero con ello no alcanza. Tales afectaciones, innecesarias respecto de la consumación del homicidio, deben estar orientadas a provocar un efecto extra: el aumento de aflicción física y/o psíquica en quien las padece durante el proceso en el que se desencadena su muerte (quedan excluidas las impuestas con anterioridad).

En función de las circunstancias previstas en el tipo objetivo, y sobre el conocimiento del autor de que con una acción mata y con otra provoca dolores extraordinarios al sujeto pasivo y la decidida voluntad de hacerlo para que sufra más: deliberadamente (NÚÑEZ, 1961:III:40; BUOMPADRE, 2000:119), el tipo subjetivo también contiene un elemento íntimamente ligado al concepto de ensañamiento: la complacencia (NÚÑEZ, 1961:III:41, aunque en su Manual 2008, ya no la menciona; DONNA, 2003:I:38)²⁶.

La doctrina enseña que en los tipos dolosos el legislador introduce expresamente elementos subjetivos referidos al autor de la más diversa naturaleza: conocimientos sobre los extremos del tipo objetivo, estados anímicos o afectivos, fines o intenciones, actitudes y motivos (o móviles) desvalorados (DE LA RÚA/TARDITTI, 2014/5:I:475).

Tales elementos subjetivos no siempre aparecen en forma expresa, “sino también de manera implícita por ciertas modalidades de ejecución de la conducta que no sólo es objetiva, como sucede con ciertas agravaciones o configuraciones básicas por modos especialmente crueles” (con cita del ensañamiento DE LA RÚA/TARDITTI 2014/5:I:477), supuestos en los cuales, dado que la letra de la ley “nada dice” sobre lo subjetivo, la tarea queda librada a “una fina tarea de interpretación”, bajo el riesgo de “tergiversación”, puesto que “corresponde al jurista descubrirlo mediante la correcta comprensión de la acción descripta en la figura, que sólo conceptualmente supone su concurrencia en el sujeto activo” (NÚÑEZ 1942:12).

²⁵ Al “sufrimiento” refiere el art. 144 ter .3 del CP, cuando conceptualiza la “tortura”: “se entenderá no solamente los tormentos físicos, sino también la imposición de sufrimientos psíquicos, cuando éstos tengan gravedad suficiente”, y recientemente, el art. 80 inc. 12, al instituir una nueva agravante del homicidio: “Con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inciso 1º” (*según LN N° 26791 del 2012*).

²⁶ En contra CREUS, 1998:I:19, en base a una imagen de ensañamiento sin deleite, que amplía los contornos del tipo subjetivo para captar bajo el mismo rótulo casos donde actúa una especie de torturador místico o autocrítico (al que le repugna su propio quehacer).

Si cumplen una función delimitadora, complementadora, quedan en el tipo subjetivo²⁷. Sin embargo, la ubicación de los móviles desvalorados (explícitos o implícitos) que agravan una figura en la nueva dogmática generan no pocos debates en lo atinente a su diferenciación con los elementos de la culpabilidad.

La doctrina alemana, en el análisis de tipos como el asesinato (parágrafo 211 del StGB)²⁸ y de cuestiones vinculadas a la medición de la pena (parágrafo 46 del StGB), clasifica los motivos, siempre con referencia a un tipo delictivo determinado, en “propios” que integran la culpabilidad²⁹ (puesto que tienen una exclusiva referencia interna) y “semipropios” (que tienen una referencia externa), donde ROXIN, I:315 ubica al “cruelmente” del parágrafo 211 (noción equiparable al ensañamiento), que son aquellos que cumplen una doble función: por un lado complementan una modalidad de realización del tipo, pero por otro, pasa a la culpabilidad la consideración del disvalor de la actitud interna a los fines de la determinación de la pena.

En el ordenamiento penal argentino, en cambio, la radicación exclusiva en el tipo subjetivo de los considerados elementos de la actitud interna “impropios” (como los relativos al ensañamiento) ningún quiebre de principios constitucionales ni inconsistencia en las premisas de la dogmática contemporánea genera³⁰. Tampoco se identifican consecuencias prácticas inadecuadas, por el contrario, en relación a la imputación, exhibe ventajas³¹.

Recapitulo. Bien puede decirse, entonces, que, para el intérprete, el tipo subjetivo del ensañamiento tiene la estructura de una escala inmaterial. Inicialmente analiza el aspecto cognitivo del autor junto con su decisión de aplicar los tormentos para ampliar el sufrimiento de la víctima (el dolo directo). Luego audita un elemento implícito, asociado con el disfrute, faceta de la crueldad³².

Como se ha visto, en Alemania el aspecto anímico de la agravante “cruelmente” (parágrafo 211 del StGB), con independencia de la ubicación sistemática que se le asigne, consiste en “una actitud inmisericorde y sin sentimientos” (ROXIN, 1997:I:315).

En España, frente al texto que expresa “Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido” (art. 139 inc. 3), de gran influencia sobre el concepto que de la misma agravante se acepta en Argentina, la Sala Penal del Tribunal Supremo ha desarrollado premisas que ilustran. En relación a si la acción puede ser o no apre-

²⁷ A diferencia de los que aluden a ciertos estados afectivos que atenúan la pena (v.gr: la emoción violenta), que se radican en la culpabilidad. Aunque esta cuestión también se discute (CRESPO, 2017)

²⁸ El § 211, según texto reformado en plena época del nazismo alemán (1941), detalla que los exégetas no siempre recuerdan, bajo el nombre de “Asesinato”, establece que: (1) El asesino se castigará con pena privativa de la libertad de por vida (2) “Asesino es quien por placer de matar, para satisfacer el instinto sexual, por codicia, o de otra manera por motivos bajos, con alevosía, o cruelmente, o con medios que constituyen un peligro público, o para facilitar otro hecho o para encubrirlo, mata a un ser humano”. El Código de Baviera de 1813, receptó la distinción entre asesinato y homicidio del CP Francés de 1810. El primer CP Alemán de 1871, que se basó en aquél, también la hizo propia. Actualmente sigue vigente con modificaciones varias que lo han modernizado notablemente, salvo en la temática aquí estudiada. La fórmula del § 211 antes transcrita es destinataria de severas críticas, en base a las cuales un comité de expertos en el año 2015 presentó ante el Ministerio de Justicia un informe (disponible en www.bmjv.de) que reclama su reforma.

²⁹ Por ejemplo, “maliciosamente”.

³⁰ En contra, en el orden nacional, puede mencionarse DE LA RÚA/TARDITTI, I:482 y II:187.

³¹ El argumento fue expuesto por la Dra. María C. Barberá de Riso al abrirse el debate, luego de la presentación que sobre el ensañamiento pude realizar en el Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, con la presencia de destacados miembros, el día 22 de Noviembre de 2017.

³² La sofisticada doctrina de la Parte General reconoce en el ensañamiento la existencia de “un” elemento subjetivo implícito, pero no aclara cuál sería.

ciada en el momento del hecho como resultado de un ejecutor perverso, calculador, refinado, sereno, con frialdad de ánimo, existen dos posturas. Quienes afirman que sí, señalan que tal carácter no es compatible con la cólera de quien hiere o golpea ciegamente y sin cesar, de una actuación violenta e incontinida³³, ni con “la brutalidad alocada que inspira un momento” (TS, S 691 del 3/11/15). La más moderna, en cambio, sostiene que el encuadre no puede quedar subordinado al temperamento o modo de ser específico del autor, que es el que determina un comportamiento más o menos frío o reflexivo o más o menos apasionado o acalorado, ya que “Hay quien controla más y quien controla menos sus sentimientos. Y hay quien los mantiene disimulados en su interior” (TS, S 850 del 26/10/15).

También ha dicho que además de perseguir el resultado propio del delito (la muerte), el autor busca que la víctima tenga “sufrimiento añadido”, es decir se trata de una “maldad brutal sin finalidad”, “simple placer” de hacer daño (TS, S 850 del 26/10/15). Y que la agravante exige una “maldad” “reflexiva”, de “lujo” (TS, S 691 del 3/11/15).

No basta concluir que han existido gran cantidad de cuchilladas o golpes extendidos en el tiempo sobre la víctima indefensa, o que ha vaciado el cargador dirigiendo los disparos sólo a las piernas, y en consecuencia, sin enunciados complementarios relativos a la motivación, que el autor ha actuado al menos con dolo eventual respecto a que aceptaba que con su acción era altamente probable que falleciera (TS, S 2368 del 5/12/13). Lo que con certeza debe quedar acreditado, generalmente a partir de inferencias, es decir, en base a un exquisito y riguroso sentido de apreciación de indicios, dado que se trata de experiencias que las personas no suelen verbalizar ni traducir en sus discursos, es la aplicación de crueles ofensas (elemento objetivo) acompañadas por el “deseo de causar sufrimientos adicionales a la víctima, deleitándose en la metódica y perversa forma de ejecutar el delito de homicidio” (TS, S 16 del 16/1/18 y S 1232 del 5/12/06), algo más y distinto que “el placer morboso que se pueda experimentar con el sufrimiento ajeno” (ST, S 357 del 20/4/05). En otros términos, “un interno propósito de satisfacer instintos de perversidad”, de modo que no se apreciará la agravante, por más brutal que haya sido la agresión, si no se da su “complacencia” (TS, S 16 del 16/1/18 y 850 del 26/10/15).

Bibliografía

- BOURDIEU, PIERRE, El sentido práctico, Siglo XXI Editores, (1980) 2007, descargado el 17 de Octubre del 2012 en www.4shared.com
- BORGES, JORGE L., Prefacio a un diccionario, Revista Ómnibus N° 15 Año III junio 2007, consultada en www.omni-bus.com el 8 de Marzo de 2018.
- BORGES, JORGE L., “El Aleph”, en *El Aleph*, Emecé Editores, Buenos Aires, (1957) 1986.
- BUOMPADRE, JORGE E., Derecho Penal, Parte Especial Tomo I, MAVE, Buenos Aires, 2000.
- CARRARA, FRANCISCO, Programa del Curso de Derecho Criminal, Parte Especial, Vol. I, Depalma, (1863) 1945.

³³ Vale aquí recordar que PACHECO, 1848:III:23, contemporáneo al nacimiento de la fórmula proyectada hasta el presente, criticó la ubicación del ensañamiento como una circunstancia agravante, cuando dijo: “....corresponde á otro jénero: nace de la pasion, del arrebató, de la cólera; ó por lo ménos puede nacer de ellos, tanto y mas que de la frialdad del espíritu, que de la crueldad del ánimo. El ensañamiento es á la verdad una cosa repugnante; pero la razon concibe bien algunos casos, en que, lejos de ser un motivo de inmensa agravacion, como aquí se dispone, lo sea realmente, ó por lo ménos sea síntoma de una atenuación...”

- CRESPO, ÁLVARO, “Los estados emocionales violentos en el marco de la culpabilidad”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Año VII, N° 4, La Ley, 2017.
- CREUS, CARLOS, *Derecho Penal, Parte Especial, I*, Sexta Edición Actualizada y Ampliada, Astrea, Bs. As., 1998.
- DE LA RÚA, JORGE, TARDITTI, AÍDA, *Derecho Penal, Parte General*, Hammurabi José Luis Depalma Editor, Buenos Aires, 2014/5.
- DONNA, EDGARDO A., *Derecho Penal, Parte Especial*, T I, Rubinzal Culzoni Ed., Santa Fe, 2003.
- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, RAE, 21° Edición, Madrid, 1992.
- HASSEMER, WINFRIED, “Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal, Barcelona, 2011, consultado en www.InDret.com, el 1 de Diciembre 2017.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, (1989) 1995.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Principia Iuris, Teoría del derecho y de la democracia*, Editorial Trotta, Madrid, (2007) 2011.
- JAKOBS, GÜNTER, *Derecho Penal, Parte General*, Marcial Pons, Madrid, (1983) 1995.
- LASCANO, CARLOS J. (h), et. al., *Derecho Penal, Parte General*, Libro de Estudio, Advocatus, Córdoba, 2005.
- MONTANOS FERRIN, EMMA, SANCHEZ-ARCILLA, JOSÉ, *Estudios de Historia del Derecho Criminal*, Jacaryan, Madrid, 1990.
- MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal Parte Especial*, duodécima Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- NERUDA, PABLO, “Oda al Diccionario”, *Revista Ómnibus* N° 15 Año III junio 2007, consultada en www.omni-bus.com el 8 de Marzo de 2018.
- NÚÑEZ, RICARDO C., “Los elementos subjetivos del tipo penal” (Investigación sobre los elementos espirituales de la acción), *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, N° 3, Año VI, Córdoba, 1942.
- NÚÑEZ, RICARDO C., *Derecho Penal Argentino*, Editorial Bibliográfica Argentina, T I a V, Buenos Aires, 1961/7; Lerner Ediciones, T VI a VII, Córdoba, 1971/4.
- NÚÑEZ, RICARDO C., *Manual Parte Especial, Parte Especial*, 3° Edición actualizada por el Dr. Víctor F. Reinaldi, Lerner Editora, Córdoba, (1976) 2008.
- NÚÑEZ, RICARDO C., “La reforma del Código Penal”, *La Ley*, T 129, Sección Doctrina, ps. 1189 y sgts., 1968.
- PACHECO, JOAQUÍN FRANCISCO, *El Código Penal concordado y comentado*, Madrid, 1848.
- PEREYRA, JOSÉ M., *Motivos Reprochables, Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- Proyecto de Código Penal para la República Argentina, trabajado por encargo del Gobierno Nacional por el Dr. Carlos Tejedor, Primera y Segunda Parte, Imprenta del Comercio del Plata, Buenos Aires, 1866/7.
- Proyecto de Código Penal, presentado al PEN por la comisión nombrada para examinar el proyecto redactado por el Dr. Carlos Tejedor, compuesta por Sisto Villegas, Andrés Ugariza y Juan A. García, Imprenta de El Nacional, Bs. As., 1881.
- ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, T 1, Fundamentos, La estructura de la teoría del delito, Civitas, Madrid, (1994) 1997.
- ROXIN, CLAUS, “El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania”, *Revista para el análisis del derecho*, www.indret.com, 2009.

SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho Penal Argentino*, octava reimpresión total, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, (T I y II:1940, T III a V:1945/6) 1978.

ZAFFARONI, EUGENIO R., ALAGIA, ALEJANDRO, SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Bs. As., 2000.

Parricidio y filicidio en los casos de filiación por adopción y por técnicas de reproducción humana asistida

Parricide and filicide in cases of adoption filiation and assisted human reproduction techniques

Por JUAN I. MARTÍNEZ CASAS*

RESUMEN: El objeto de este trabajo es indagar sobre la posibilidad de calificar el homicidio agravado por el vínculo previsto en el art. 80 inc. 1° del Código Penal argentino en los casos de filiación por adopción y por técnicas de reproducción humana asistida, a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de ese país.

PALABRAS CLAVES: Parricidio. Filicidio. Adopción. Técnicas de reproducción humana asistida. Código Penal. Código Civil y Comercial de la Nación.

ABSTRACT: *The purpose of this paper is to investigate the possibility of applying the aggravated homicide by the bond provided by section 80 subsection 1° of the Argentine Penal Code in cases of adoption filiation and assisted human reproduction techniques, taking into account the new Civil and Commercial Code of that country.*

KEY WORDS: *Parricide. Filicide. Adoption. Human assisted reproduction techniques. Argentinian Criminal Code. Argentinian Civil and Commercial Code.*

Introducción

La sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) ha producido modificaciones sustanciales en las relaciones de familia, en particular, en el ámbito del derecho filial¹. Junto a la filiación por naturaleza o de sangre la nueva codificación unificada ha introducido cambios en la filiación por adopción y, por último y no menos importante, ha innovado en lo que se denomina la tercera vía filial derivada de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA). Es en esta última especie de filiación donde la legislación civil argentina ha dado un salto jurídico cualitativamente trascendental², aunque en rigor no ha hecho más que regular una realidad social y cultural que la precedía³.

* Abogado litigante. Asociado al Estudio Caballero, Rodríguez de la Puente & Laguinde. Especialista en Derecho Penal Económico, Universidad de Castilla-La Mancha, España. Adscripto y docente de Derecho Penal I, Universidad Nacional de Córdoba. Docente en la modalidad a distancia y presencial de Derecho Penal I, de la Universidad Siglo XXI. Miembro del Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Correo: jmartinezcasas@gmail.com.

¹ RODRÍGUEZ ITURBURU, MARIANA; “La determinación filial en las técnicas de reproducción humana asistida a la luz del Código Civil y Comercial. La voluntad procreacional y el consentimiento informado”, en *Suplemento Especial. Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental*, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 68.

² GONZÁLEZ MAGAÑA, IGNACIO; “Filiación”, en RIVERA, JULIO CÉSAR –MEDINA, GRACIELA (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 337, para quien la filiación por TRHA “implica un cambio de paradigma radical al modo en que tradicionalmente se han establecido las relaciones filiales en nuestro sistema normativo”. Con sentido crítico, ALTERINI, JORGE HORACIO, *Código Civil y Comercial Comentado – Tratado exegético*, tomo III, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 420,

Como consecuencia del nuevo sistema normativo sobre filiación⁴ condensado ahora en el CCCN, me lleva inexorablemente a considerar y reflexionar acerca de su influencia en la legislación penal. Para ello, he de partir de las premisas de unicidad del orden jurídico y de que el sistema sancionatorio más extremo del Estado de derecho configura un sistema discontinuado de ilicitudes que no hace más que seleccionar y castigar aquellas conductas que el resto del ordenamiento ya reprueba o regula y donde en definitiva “la prohibición penal es la culminación y no el comienzo de la ilicitud”⁵.

El objeto principal del presente trabajo será, por lo tanto, indagar acerca de la influencia del CCCN en la interpretación del homicidio calificado por el vínculo previsto en el art. 80 inc. 1° del Código Penal (CP), que agrava esa conducta —en lo que aquí interesa— al que mata a su *ascendiente* o a su *descendiente*. Intento alcanzar además tres objetivos adicionales: (i) explicitar sintéticamente cuáles han sido los cambios más relevantes en materia de filiación, sin pretender en absoluto agotar el abordaje de la temática porque sobrepasaría con creces el ámbito de mi competencia y porque este trabajo no procura erigirse en doctrina sobre derecho de familia; (ii) establecer las limitaciones que exterioriza el tipo agravado en cuestión en función de los principios que rigen la *tipicidad* (mandato de determinación, máxima taxatividad, función delimitadora, etc.) y los inconvenientes de armonización que se presentan con el nuevo régimen civil; y (iii) proponer una interpretación *de lege lata* del parricidio y del filicidio acorde con la nuevas formas de filiación, así como también formular propuestas *de lege ferenda* que aseguren una solución racional y previsible de los casos que puedan presentarse.

En vista de los objetivos así planteados, mi aportación queda estructurada del siguiente modo. En primer término, pasaré revista de las principales modificaciones introducidas en la legislación civil en materia de filiación, en particular, en la filiación por adopción y la derivada de las TRHA. En segundo término, explicitaré las posiciones más salientes de la doctrina argentina referidas al alcance del parricidio y del filicidio, sobre todo teniendo en cuenta —como explicaré luego— que se ha adscripto mayoritariamente a una concepción que yo denomino *histórico naturalista* de la agravante. En tercer y último término, esbozaré las conclusiones sobre el alcance que debe asignarse a la figura partiendo del nuevo régimen filiatorio civil, sus posibles tensiones con el principio de legalidad, situaciones problemáticas que podrían plantearse y, finalmente, soluciones superadoras tanto en el orden dogmático cuanto en el legislativo.

Por último, debo aclarar que el CCCN ha generado grandes y acalorados debates en lo referido al derecho filial por TRHA, tanto en los sectores más representativos de la

advierte que “con las técnicas de reproducción humana asistida el paradigma biológico se derrumba de manera más definitiva. La biología no es todo en la filiación, pero tampoco puede pretenderse que no es nada, o que no tiene significación alguna en la identidad de la persona y que el derecho puede disimular o escamotearla sin consecuencias.”

³ GONZÁLEZ, MARIANA E., “La filiación biológica o por naturaleza en el Código Civil y Comercial: Las TRHA como una tercera fuente filial”, *Suplemento Especial. Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental*, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 27.; RODRIGUEZ ITURBURU, MARIANA, *ibídem*.

⁴ Cabe destacar que los avances en materia de filiación son anteriores a la sanción del nuevo CCCN (Ley 26.994). Así, cabe mencionar la Ley 26.618 sobre reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo, la Ley 26.485 de Protección integral a las mujeres, la Ley 26.682 sobre cobertura de tratamientos de TRHA.

⁵ SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho Penal Argentino*, tomo I, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1970, pp. 10/13. En el mismo sentido, NUÑEZ, RICARDO C., *Derecho Penal Argentino*, tomo I, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959, pp. 39/41.

sociedad, cuanto en los ámbitos académicos, filosóficos y religiosos⁶. Sin embargo, creo que en mi tarea de intentar hacer dogmática dentro de la órbita del Derecho penal, no corresponde que emita juicios de valor sobre la legitimidad o no de las nuevas regulaciones civiles, sino que simplemente voy a partir del presupuesto de que son válidas. Mi labor, será entonces, intentar escudriñar qué bienes jurídicos merecen protección jurídico-penal a partir de los cambios que han operado en el ordenamiento civil.

1. La filiación por adopción y por TRHA

1.1. PRINCIPIOS GENERALES

El CCCN es categórico en cuanto a la *equiparación de los efectos jurídicos* que producen la filiación por adopción plena, por naturaleza o por TRHA⁷. Por un lado, aunque el régimen civil actual mantiene la idea del Código Civil derogado (CC) —aunque ahora lo hace expresamente en el art. 558 del CCCN— pueden existir hasta un máximo de *dos vínculos filiales*⁸, por otro, se observa una diferencia fundamental con el CC: “la irrelevancia de la orientación sexual de las personas con quien se crea el vínculo filial, de conformidad con lo dispuesto por la ley 26.618 que introdujo al ordenamiento jurídico la posibilidad de que las personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio...”⁹, lo que significa que, trasladado al campo filial, una persona puede tener sólo un padre, o sólo una madre, o un padre y una madre, o dos padres, o dos madres. Los cambios sustanciales en materia de filiación vienen dados fundamentalmente por lo que la doctrina civilista denomina la *constitucionalización del derecho privado*, que deviene de receptar desde el nivel constitucional los principios del *interés superior del niño* (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3), *de la igualdad de todos los hijos*, sean matrimoniales o extramatrimoniales, del *derecho a la identidad* (Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 7 y 8), el *derecho a fundar una familia y a no ser discriminado en el acceso a ella*¹⁰, entre otros.

⁶ Puede verse una visión crítica tanto moral como jurídica sobre las TRHA en SAMBRIZZI, EDUARDO A., *La filiación en el Código Civil y Comercial de la Nación*, La Ley, Buenos Aires, 2016, pp. 50 y ss. y ALTERINI, JORGE HORACIO, *Código Civil y Comercial comentado – Tratado exegético*, La Ley, Buenos Aires, 2016, pp. 415 y ss.

⁷ “Art. 558. *Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos*. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción.

La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.

Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.”

⁸ Esa rígida regla, sin embargo, reconocería su ampliación a más de dos vínculos filiales por decisión judicial en casos excepcionales para los vínculos por adopción plena, simple y por integración que más adelante explicaré, las cuales, se hallan contenidas en el CCCN. Por un lado, el art. 621 dispone, en su segundo párrafo, que: “Cuando sea más conveniente para el niño, niña o adolescente, a pedido de parte y por motivos fundados, el juez puede mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena, y crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple. En este caso, no se modifica el régimen legal de la sucesión, ni de la responsabilidad parental, ni de los impedimentos matrimoniales regulados en este Código para cada tipo de adopción.” Por otro, el art. 631 inc. b) al regular los efectos de la adopción por integración, remite al mismo art. 621: “si el adoptado tiene doble vínculo filial de origen se aplica lo dispuesto en el artículo 621”. Al respecto, Cfr. SAMBRIZZI, EDUARDO A., *La filiación en el Código Civil y Comercial de la Nación*, La Ley, Buenos Aires, 2016, pp. 37/40.

⁹ LORENZETTI, LUIS RICARDO, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo III, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2015, p. 474.

¹⁰ LORENZETTI, LUIS RICARDO, *ibidem* p. 476/477.

El sistema tripartito de filiación que es iluminado por los principios mencionados anteriormente, sin embargo, exige distinguirlos entre sí por existir singulares diferencias entre ellos. En tal sentido, hay tres pautas o baremos que deben hacerse jugar en este ámbito para evaluar cuál de ellos tiene mayor predominancia: lo *biológico*, lo *genético* y lo *volitivo* o también denominada *voluntad procreacional*. En la filiación por naturaleza lo determinante es el elemento biológico que supone que la procreación se produce a partir del acto sexual y comprende el elemento genético, independientemente incluso —y a veces con prescindencia— del elemento volitivo (el querer ser padre). En la filiación por adopción lo biológico y lo genético será preexistente al acto adoptivo, pero el vínculo de esta clase estará determinado por una sentencia judicial, predominando entonces el elemento volitivo. En la filiación por TRHA, sobre todo en ciertos casos que explicaré más adelante, puede haber una disociación entre lo biológico —ya que no requerirá el acto sexual— y lo genético —los espermias y los óvulos pueden ser aportados por terceros—, siendo decisivo y determinante sólo la voluntad procreacional, elemento éste que *per se* configura muchos de los supuestos abarcados por las TRHA.

1.2. ASPECTOS PARTICULARES DE LA ADOPCIÓN

El régimen de adopción regulado en el CCCN no ha sufrido grandes cambios respecto del CC derogado. Sí es dable destacar que junto a la adopción simple y plena que ya existían en el régimen anterior¹¹, se ha incorporado ahora en forma autónoma el tipo conocido como *adopción por integración* (art. 619 CCCN) que si bien también estaba regulado en el CC, su regulación era dispersa. Resulta entonces fundamental analizar en líneas generales los efectos jurídicos que cada uno de esos tipos produce en el ámbito del derecho filial¹².

Respecto de la *adopción plena*, se ha dicho que el CCCN ha mejorado la técnica legislativa¹³. La principal consecuencia que se asigna a este tipo de adopción radica en que el hijo adoptivo pasa a formar parte del grupo familiar del adoptante con los mismos derechos y obligaciones que los hijos nacidos por naturaleza o por TRHA, es decir, que se encuentra en el mismo plano de igualdad con respecto a la familia del adoptante. En suma, se extingue el vínculo jurídico del adoptado para con su familia biológica. Por imperio del art. 624 del CCCN, la adopción plena es irrevocable¹⁴. Sin embargo, subsisten ciertos efectos con la familia de origen, tales como los impedimentos de ligamen, la acción por alimentos

¹¹ La Ley 13.252 de 1948 incorporó la adopción simple que sólo creaba vínculo entre adoptante y adoptado pero no con el resto de la familia. En tanto, la adopción plena que sustituye la filiación de origen se incorporó —tal como viene hasta hoy, aunque con algunos cambios— mediante la Ley 19.134 de 1971 y se integró al CC derogado mediante Ley 24.779 de 1997.

¹² “Art. 620. *Concepto*. La adopción plena confiere al adoptado la condición de hijo y extingue los vínculos jurídicos con la familia de origen, con la excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene en la familia adoptiva los mismos derechos y obligaciones de todo hijo.

La adopción simple confiere el estado de hijo al adoptado, pero no crea vínculos jurídicos con los parientes ni con el cónyuge del adoptante, excepto lo dispuesto en este Código.

La adopción de integración se configura cuando se adopta al hijo del cónyuge o del conviviente y genera los efectos previstos en la Sección 4ª de este Capítulo.”

¹³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA – HERRERA, MARISA – LLOVERAS, NORA (dir.) y AA.VV., *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, tomo III, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 526.

¹⁴ “Art. 624 *Irrevocabilidad. Otros efectos*. La adopción plena es irrevocable.

La acción de filiación del adoptado contra sus progenitores o el reconocimiento son admisibles sólo a los efectos de posibilitar los derechos alimentarios y sucesorios del adoptado, sin alterar los otros efectos de la adopción.”

y el derecho hereditario. Cabe destacar que, excepcionalmente, el juez que resuelve la adopción puede mantener vigente algunos de los vínculos biológicos en aras de salvaguardar el interés superior del niño, conforme la facultad dispensada en el art. 621 del CCCN.¹⁵

La *adopción simple* —a diferencia de la plena— no extingue los vínculos jurídicos con la familia de origen o biológica, siendo que solamente el adoptante emplaza al adoptado en el estado de hijo y, por contrapartida, el adoptado no crea vínculo jurídico alguno con la familia del adoptante, ni con su cónyuge o conviviente. En rigor, el efecto principal de este tipo adoptivo finca en que se transfiere el ejercicio de la *responsabilidad parental* hacia el adoptante¹⁶. No obstante, el juez de sentencia puede flexibilizar la regla ampliando el instituto hacia otros familiares del adoptante, según lo dispuesto por el art. 631 del CCCN. Este tipo de adopción es revocable, si se verifican alguno de los supuestos previstos en el art. 633 del CCCN¹⁷.

Por último, la *adopción por integración*, fue incorporada a nuestra legislación positiva a través del CCCN y su inclusión respondía a la necesidad de dar soluciones más acordes a una realidad social que hacía varios años venía verificándose donde, en muchos casos, se ha mutado de una familia tradicional a lo que se conoce como la *familia ensamblada*. Este tipo adoptivo supone que “el hijo adoptivo se integra jurídicamente a la familia del cónyuge o conviviente de su propio progenitor, es decir, es emplazado formalmente en una familia que ya le proveía la satisfacción de sus derechos”¹⁸.

La adopción integrativa produce dos efectos jurídicos esenciales. Entre el adoptado y su familia de origen *siempre* se mantiene el vínculo filiatorio (art. 630 del CCCN).¹⁹ Entre el adoptado y el adoptante se debe distinguir si aquél posee un doble o simple vínculo filial (art. 631 del CCCN)²⁰. Si el adoptado tiene doble vínculo filial, por regla general, los efectos que producirá con la familia del adoptante serán de los mismos que la adopción simple. Si el adoptado tiene un único vínculo filial, en principio, producirá idénticos efectos que la adopción plena frente al adoptante y su familia. Este tipo adoptivo permite su revocación, a tenor de lo dispuesto por el art. 633 del CCCN²¹ que remite al art. 629 del mismo plexo normativo y que ya he transcripto.

¹⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA – HERRERA, MARISA – LLOVERAS, NORA (dir.) y AA.VV., ob. cit., p. 527.

¹⁶ *Ibíd.*, p. 530.

¹⁷ “Art. 629 *Revocación*. La adopción simple es revocable:

- a) por haber incurrido el adoptado o el adoptante en las causales de indignidad previstas en este Código;
- b) por petición justificada del adoptado mayor de edad;
- c) por acuerdo de adoptante y adoptado mayor de edad manifestado judicialmente.

La revocación extingue la adopción desde que la sentencia queda firme y para el futuro.

Revocada la adopción, el adoptado pierde el apellido de adopción. Sin embargo, con fundamento en el derecho a la identidad, puede ser autorizado por el juez a conservarlo.”

¹⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA – HERRERA, MARISA – LLOVERAS, NORA (dir.) y AA.VV., ob. cit., p. 90.

¹⁹ “Art. 630. *Efectos entre el adoptado y su progenitor de origen*. La adopción de integración siempre mantiene el vínculo filiatorio y todos sus efectos entre el adoptado y su progenitor de origen, cónyuge o conviviente del adoptante.”

²⁰ “Art. 631. *Efectos entre el adoptado y el adoptante*. La adopción de integración produce los siguientes efectos entre el adoptado y el adoptante:

- a) si el adoptado tiene un solo vínculo filial de origen, se inserta en la familia del adoptante con los efectos de la adopción plena; las reglas relativas a la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental se aplican a las relaciones entre el progenitor de origen, el adoptante y el adoptado;
- b) si el adoptado tiene doble vínculo filial de origen se aplica lo dispuesto en el artículo 621.”

²¹ “Art. 633 *Revocación*. La adopción de integración es revocable por las mismas causales previstas para la adopción simple, se haya otorgado con carácter de plena o simple.”

1.3. ASPECTOS PARTICULARES DE LA FILIACIÓN POR TRHA

Una de las principales características de esta especie filiatoria es que da mayor preeminencia al elemento volitivo, es decir, a la idea de *querer ser padre*²². Por lo tanto, no resulta indispensable el elemento biológico y el genético, esenciales en la filiación por naturaleza.

La ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013 —anterior a la sanción del CCCN— había regulado por primera vez las TRHA. Allí se establecieron, en primer lugar, lo que se denominan las *técnicas de baja complejidad* que implican la unión entre el óvulo y el espermatozoide *dentro* del sistema reproductor femenino, método conocido como inseminación artificial (IA), lograda a través de la inducción de la ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación e inseminación intrauterina, intra-cervical o intravaginal, con semen de la pareja o donante. En segundo lugar, las *técnicas de alta complejidad* son aquellas cuyo objetivo es unir el óvulo y el espermatozoide *fuera* del sistema reproductor femenino, a través de los métodos de fecundación in vitro (FIV), la inyección intracitoplasmática de espermatozoides, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos.

Pongo de relieve que ambas técnicas —FIV e IA— pueden agruparse de dos maneras según de dónde provenga el material genético. Por un lado, me refiero a las técnicas de base *homólogas* que se emplean cuando el material genético es aportado por la misma pareja heterosexual que concurre a engendrar al hijo y, por otro lado, aquellas de características *heterólogas* que se dan cuando se realizan aportes de material genético, en todo o en parte, de un tercero o terceros ajenos a la pareja solicitante y, generalmente, anónimo.

Siguiendo a GONZÁLEZ MAGAÑA²³, las técnicas heterólogas nos permiten contemplar los siguientes supuestos: 1) Matrimonio o pareja heterosexual con material genético propio producen la fecundación en forma extracorpórea y su posterior implantación en el seno materno de la mujer; 2) Matrimonio o pareja heterosexual donde la mujer no puede generar óvulos ni concebir y el embrión se forma con el semen del hombre y los óvulos de una mujer donante para luego ser implantado en el seno del cónyuge o de la pareja; 3) Matrimonio o pareja compuesta de dos mujeres en donde ninguna de ellas puede concebir pero pueden generar óvulos y el embrión se forma con el óvulo de una de las mujeres y con el semen de un hombre donante, implantándose en cualquiera de ellas; 4) Mujer que aporta su óvulo y el embrión se forma con el semen de un hombre donante, para luego

²² “Art. 562. *Voluntad procreacional*. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.” El art. 560 por su parte refiere al respecto que: “El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones”. Y el art. 561 establece la forma de ese consentimiento: “La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión”.

“Art. 575. *Determinación (de la filiación) en las técnicas de reproducción humana asistida*. En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la ley especial. Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena.”

²³ GONZÁLEZ MAGAÑA, IGNACIO, ob. cit., p. 338.

implantarse en el seno de la mujer; 5) Mujer que no puede generar óvulos, formando el embrión con material genético donado –semen y óvulos– e implantados luego en el seno de la mujer.

Cabe aclarar que ni el CCCN, ni el resto de la regulación que hemos mencionado, han previsto el supuesto de *sustitución de vientres* o *maternidad subrogada*, con lo cual quedarían excluidos de la posibilidad de acceder a las TRHA los siguientes casos: 1) Matrimonio o pareja de hombres, donde uno de ellos aporta el semen, una mujer donante el óvulo y el embrión es implantado en el seno de una tercera mujer; 2) Hombre que aporta su semen o de un tercero, una mujer el óvulo y el embrión es implantado en el seno de una tercera mujer; 3) Pareja o matrimonio heterosexual en el que la mujer no puede concebir pero sí generar óvulos, el hombre o un tercero aportan el semen, para luego implantarse en el seno de una tercera mujer.

En los casos de TRHA permitidos por la ley civil, la filiación queda determinada entonces por la persona que dio a luz al hijo —sólo la mujer obviamente— y por quien prestó el consentimiento para alguna de las técnicas que hemos mencionado, en forma previa, informada y libre (art. 575 del CCCN) sea hombre o mujer tal como lo he explicado.

De esta forma, conforme a la norma antes citada, en el caso de que se acuda al empleo de una técnica de base *heteróloga*, quien o quienes hayan simplemente concurrido a aportar los gametos masculinos o femeninos carecerán de vínculo filial alguno con el nacido, salvo para el impedimento de ligamen y, por tanto, serán padres quien haya dado a luz y quien haya prestado su consentimiento en la forma y requisitos establecidos por la ley.

Respecto de la filiación por TRHA cabe hacer la siguiente aclaración. Cuando las técnicas de IA o de FIV tengan base *homóloga*, es decir, cuando un matrimonio o una pareja heterosexual aportan sus propios gametos y es la misma mujer la que lleva adelante el embarazo, no cabe duda que existe una filiación de sangre o por naturaleza con el hijo nacido, sólo que la ciencia médica ha ayudado o contribuido a su consecución. De hecho, gran parte de la doctrina civilista, sostiene que las TRHA no son en realidad un tipo de filiación autónomo, sino que, a fin de cuentas, todas —salvo la adoptiva— son creaciones de la naturaleza ya que la vida humana no puede engendrarse de modo artificial. Por lo tanto, resulta indiscutible hoy que el homicidio de un padre o de un hijo emergente de las TRHA de base *homóloga* es un homicidio calificado por el vínculo.

El problema radica, pues, en los supuestos de filiación por TRHA de base *heteróloga*, es decir, cuando quien o quienes concurren a generar un nuevo vínculo filial se valen, en todo o en parte, de los gametos masculino o femenino provenientes de terceros. En esos casos, pareciera que no está claro si corresponde agravar el homicidio bajo tales circunstancias, sobre todo, teniendo en cuenta que hoy tienen recepción y regulación en el ordenamiento civil.

2. El parricidio y el filicidio. El alcance del art. 80 inc. 1° del CP según la doctrina penal

La doctrina penal argentina, en general y conforme a la redacción contenida en la calificante bajo análisis que contempla a quien da muerte al *ascendiente* o al *descendiente*, ha adscrito a una concepción que yo denomino *histórico naturalista*, al considerar que el alcance de la agravante se extiende únicamente al vínculo de sangre y que ello responde a una

larga tradición jurídica que se remonta incluso hasta el Derecho romano²⁴, en particular, a la Ley de las XII Tablas que sólo abarcaba la filiación por naturaleza.

En realidad, la discusión en la doctrina penal argentina ha girado siempre en torno a la posibilidad de considerar el parricidio o el filicidio en el vínculo derivado de la adopción, aunque autores como Soler y Nuñez ni siquiera se ocupaban de ello, dando por sentado que sólo era posible la agravante mediando vínculo de sangre²⁵. Seguramente, ello se debía a que la adopción plena fue incorporada a nuestra legislación positiva recién en el año 1971 a través de la Ley 19.134²⁶. No obstante, Nuñez se refirió a la cuestión recién en el año 1986²⁷ al afirmar que “El parentesco (sic) por adopción, no siendo de sangre, ascendente o descendente, no califica el homicidio como parricidio”.

En esa misma línea, la doctrina posterior en forma mayoritaria ha negado la posibilidad de considerar al adoptante o al adoptado como sujetos activos del delito de filicidio o parricidio, respectivamente. Así, Creus entiende que la razón de la agravante finca en el “menosprecio que el autor ha tenido para con el vínculo de sangre”²⁸, concluyendo que no “quedan comprendidos en la agravante los adoptantes y los adoptados, ya que pese al vínculo de familia que la ley crea entre ellos no pueden considerarse ascendientes y descendientes en el sentido del art. 80 inc. 1°.”²⁹

En una posición más reflexiva, Laje Anaya, se pregunta si es posible incluir dentro de la agravante al parentesco por adopción, concluyendo en forma negativa, al afirmar que: “El inc. 1° del art. 80 habla de *ascendiente* y de *descendiente*, pero no de hijos y padres, lo cual ya es un índice demostrativo de que los comprendidos tienen que descender del ascendiente, o ascender en relación al descendiente, situación que no se verifica con respecto a los padres e hijos adoptivos que, por ser tales, no descienden ni ascienden los unos de los otros. Es que la ley penal, puede decirse, se ha concretado únicamente a tener en cuenta el vínculo *natural de sangre*, limitación que impide hacer extensiva la calificante, al vínculo *nacido de la ley*.”³⁰ Pero resulta curioso que este mismo autor sostenga al mismo tiempo que “quedan fuera del inc.1° del art. 80, quienes dejaron jurídicamente de ser parientes, aunque biológicamente conserven esa condición de *hecho* pero no de *derecho*.”³¹

Idéntica postura ya había asumido Daniel P. Carrera^{**32} quien, aunque hace más de 40 años ya advertía que “La aplicación de la ley penal común debe acomodarse a los al-

²⁴ SOLER, SEBASTIÁN, ob. cit., tomo III, p. 15; NUÑEZ, RICARDO C., tomo III, p. 30. El maestro cordobés explica que la Ley de las XII Tablas restringía la figura de parricidio a la muerte de los padres cometida por los hijos, posteriormente la legislación romana lo extendió a los demás ascendientes, descendientes, esposa, sobrinos, primos, suegro del yerno y nuera del amo. Finalmente, la doctrina terminó por distinguir entre el *parricidio propio* referido a la muerte de los padres, ascendientes y descendientes y el *parricidio impropio* para el cónyuge y otros parientes en línea recta o colateral.

²⁵ SOLER, SEBASTIÁN, ob. cit., tomo III, pp. 15/16 y NUÑEZ, RICARDO C., ob. cit., tomo III, pp. 29/32.

²⁶ NUÑEZ, RICARDO C., tampoco trató la cuestión en su *Tratado de Derecho Penal*, tomo actualización, Lerner, Córdoba, 1975, p. 19.

²⁷ NUÑEZ, RICARDO C., *Manual de Derecho Penal – Parte Especial*, 2a. ed., Lerner, Córdoba, 1986, p. 49.

²⁸ CREUS, CARLOS, *Derecho Penal – Parte Especial*, Astrea, Buenos Aires, 1983, p. 12.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ LAJE ANAYA, JUSTO, *Estudios de Derecho Penal*, tomo I, Lerner, Córdoba, 2001, pp. 349/350.

³¹ *Ibidem*, p. 347/348.

^{**} Nobleza obliga aclararlo, agradezco a JOSÉ DANIEL CESANO por recordarme y proporcionarme este valioso artículo.

³² CARRERA, DANIEL P., “Incidencias jurídico-penales de la adopción plena”, en *Jurisprudencia Argentina Doctrina* 1973, pp. 372/375, aclarando que las nuevas normas sobre adopción irradian su contenido incluso a

cances de la adopción plena”³³, sin embargo, sostenía, que partiendo de la premisa que los términos *ascendiente* y *descendiente* contenida en el art. 80 inc. 1º, la agravante se refiere únicamente a los parientes por consanguinidad. Si éstos dejaban de serlo jurídicamente en virtud de la adopción plena, no podían constituir la figura agravada del homicidio de sus consanguíneos. A su vez, los familiares del adoptado, cual si fueran de sangre, tampoco podrían agravar el homicidio por no originarse éste en la fuente biológica que prevé la ley penal³⁴. Fundaba esa conclusión en que la ley penal “en orden a la mayor criminalidad del hecho no tiene, necesariamente, por qué otorgar el mismo efecto a las situaciones previstas por la ley civil como dotadas de idénticos alcances jurídicos (...) de otra manera, ‘in malam partem’, se ampliaría la previsión represiva, quebrantando el superior principio de legalidad.”³⁵ Finalmente, es dable reconocer en este autor que admitía la posibilidad de incluir el supuesto de adopción plena dentro de las agravantes pero que ello es facultad privativa legislador penal y, hasta tanto ello no suceda, “corresponde a la interpretación procurar que la ley penal se aplique con el mejor sentido posible, de acuerdo a las relaciones y limitaciones de las normas legales entre sí, derivadas del contexto del derecho vigente.”³⁶

Más modernamente, se enroscan en la postura *histórico naturalista*, Buompadre para quien queda excluido de la agravante el parentesco por adopción “pues el vínculo que los hijos adoptivos adquieren no es de sangre sino jurídico”³⁷. En igual sentido se expide Aboso para quien “Tampoco quedan en el agravante las relaciones establecidas por la adopción”³⁸ y aunque admite que conforme la legislación civil —hoy derogada— en la adopción plena el adoptado tiene una filiación que sustituye a la de origen, sostiene que “la cuestión es clara, ya que, pese al vínculo de familia que la ley crea entre ellos, no pueden considerarse ascendientes o descendientes en el sentido del art. 80 inc. 1º.”³⁹ Este último autor, citó en apoyo de su postura, un pronunciamiento judicial que negó la calificación del homicidio agravado a quien dio muerte a su madre adoptiva por adopción plena con justificación en el respeto al principio de legalidad⁴⁰.

Donna, por su parte, no resuelve la cuestión desde el punto de vista del principio de legalidad sino del de igualdad para excluir la agravante al ponderar que: “sólo se podrá aplicar la agravante en un solo caso, ya sea en el caso de sangre o de adopción, pero nunca en ambos, ya que de ese modo se colocaría a la familia adoptiva en desigualdad de condiciones.”⁴¹

la parte general del CP, por ejemplo, entre otros supuestos que analiza pone en evidencia lo relativo al ejercicio de las acciones dependientes de instancia privada (art. 72) por parte de los *representantes legales*, donde claramente será tal el adoptante frente al adoptado, quedando excluidos los padres biológicos.

³³ *Ibíd.*, p. 373.

³⁴ *Ibíd.*, p. 374.

³⁵ *Ibíd.*

³⁶ *Ibíd.*, p. 375.

³⁷ BUOMPADRE, JORGE EDUARDO, *Tratado de Derecho Penal – Parte Especial*, tomo I, 3ª ed. actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 101 y el mismo autor, *Manual de Derecho Penal – Parte Especial*, 3ª reimp., Astrea, Buenos Aires, 2017, p. 31.

³⁸ ABOSO, GUSTAVO EDUARDO, *Código Penal de la República Argentina*, 2ª ed. act., BdeF, Buenos Aires, 2014, p. 456.

³⁹ *Ibíd.*

⁴⁰ LA LEY, 2001-A-550, caso “Agreste”, 13/09/2000. También citan ese antecedente ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL – BAIGÚN, DAVID (dir.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, tomo III, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 148.

⁴¹ DONNA, EDGARDO ALBERTO, *Derecho Penal – Parte Especial*, tomo I, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1999, p. 29.

La posición mayoritaria que ha venido rechazando la posibilidad de extender la agravante del homicidio a los casos de adopción quizás resulte entendible por varios motivos. En primer lugar, porque Vélez Sársfield no receptó en el CC la adopción como forma filiatoria, regulando sólo la consanguínea. En segundo lugar, porque el CP que incluyó la agravante de matar al *ascendiente* o al *descendiente* era de 1921 y la primera ley de adopción —la simple— data de 1948 (Ley 13.252). En tercer lugar, aun cuando se receptó la adopción plena en 1971 (Ley 19.134) y se incorporó luego al CC en 1997 (Ley 24.779), no se modificó el concepto de parentesco consanguíneo que había instaurado Vélez Sársfield, fundamentalmente, los arts. 345 y 352 del CC. Todo ello hacía razonable pensar que el concepto de *ascendiente* y *descendiente* que se incluía en la agravante del homicidio, sólo podía provenir de un vínculo de sangre.

Con todo, creo importante poner de relieve en este trabajo, como muy minoritaria la postura que sí ha admitido calificar el homicidio por el vínculo —al menos en los casos de adopción plena—, incluso, a partir del comienzo de vida de este instituto a partir de la sanción de la ley 19.134. Así lo entendía López Bolado al sostener que el art. 14 de ese dispositivo legal ya establecía que la adopción plena confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen y crea un nuevo estado de familia⁴².

Por último, he de mencionar en este apartado, que sólo se han ocupado de calificar el homicidio con otros vínculos que no sean de sangre —aparte del conyugal— el Proyecto de Tejedor⁴³ que incluía el vínculo adoptivo aunque con una pena distinta del parricidio propio, de presidio o penitenciaría por tiempo indeterminado en el primer caso, y de asesinato en el segundo. Y más recientemente, el Anteproyecto de Código Penal de 2014, recepta la agravante por adopción pero reduciéndola a quien mata a su padre, madre o hijos adoptivos⁴⁴, excluyendo el resto de los ascendientes y descendientes.

3. Influencia del CCCN en el art. 80 inc. 1° del CP

3.1. CUESTIÓN PREVIA. ÁMBITO DE DELIMITACIÓN DE PROBLEMA: LOS ELEMENTOS NORMATIVOS DEL TIPO

A esta altura de mi aportación, cabe analizar si a la luz del nuevo CCCN las diferentes formas de adopción y la derivada de las TRHA pueden *de lege lata* quedar atrapadas en el homicidio agravado por el vínculo, conforme su actual redacción⁴⁵. La cuestión no es menor y no se reduce a una mera discusión teórica que interesa sólo a los académicos, sino que su repercusión práctica es sumamente relevante y grave, pues *optar* entre aplicar la

⁴² LOPEZ BOLADO, JORGE, *Los homicidios calificados*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1975, p. 57.

⁴³ Citado por NUÑEZ, RICARDO C., ob. cit., tomo III, p. 30, nota 25.

⁴⁴ “Art. 77.- Homicidios agravados

1. Se impondrá prisión de quince (15) a treinta (30) años, al que matare: a) A su cónyuge o a su conviviente estable, o a quienes lo hayan sido, a su ascendiente o descendiente, a su padre, madre o hijo adoptivos, sabiendo que lo son.” (ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN, Infojus, Buenos Aires, 2014, p. 376).

⁴⁵ Comparto la opinión de TAZZA, ALEJANDRO, *Código Penal de la Nación Argentina Comentado – Parte Especial*, tomo I, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2018, pp. 34/35, que sostiene que “para establecer quiénes son ascendientes, descendientes, conviviente o cónyuge habrá que recurrir al Código Civil y Comercial de la Nación”, agregando en lo que aquí interesa que “la implicancia que ha tenido la reforma (sic) al Código Civil y Comercial de la Nación ha provocado que los conceptos e institutos jurídicos del ámbito privado sean debidamente traspolados al orden penal, ya que el Derecho Penal no ‘inventa’ tipos penales, sino que toma del resto del ordenamiento jurídico aquellas conductas que considera disvaliosas...” Sin embargo, como explicaré, más adelante discrepo con dicho autor respecto de los casos excluidos e incluidos.

figura básica del homicidio o la del homicidio agravado importa decidir entre una pena temporal cuyo máximo es de 25 años o bien una pena perpetua.

Evidentemente, que la cuestión debe estudiarse dentro del estrato analítico de la *tipicidad* y, en particular, dentro del *tipo objetivo* pues no hay duda de que los términos *ascendiente* y *descendiente* que emplea el CP tienen tal atributo. Debo reconocer, no obstante, que ambos términos contenidos en la agravante encuentran un límite difícil de establecer en cuanto a si se trata de *elementos objetivos* o *normativos* del tipo⁴⁶.

Para De la Rúa y Tarditti “Los elementos objetivos consisten en las expresiones que se emplean en el tipo para referirse a todo componente descriptivo de naturaleza material o real, es decir, captable sensorialmente aunque se aplique para su interpretación el bagaje normativo”. En tanto que “Los elementos normativos abarcan un conjunto muy diferente de conceptos, que tienen como eje común la indispensabilidad de una valoración normativa para determinar su existencia y, por tanto, lo sensorial es inidóneo para captarlos.”

Sin embargo, estos autores reconocen que la cuestión es compleja en los casos en que se trate de materialidades asequibles por los sentidos, pero que requieran ser complementados por regulaciones legales, tal como ocurre con la vida humana (nacer y morir). Un elemento de distinción, entre lo normativo y lo objetivo, estaría dado cuando la percepción sensorial y la expresión lingüística es coetánea, de donde la identificación lingüística de la percepción encierra los atributos de esencia del objeto (perro, vaca, cosa, etcétera). En cambio, en el elemento normativo la aprehensión sensorial es nula o insuficiente, pues el objeto se compone de atributos que no surgen del mero encuadramiento de la aprehensión en una expresión lingüística (cosa ajena, instrumento público, etcétera).⁴⁷

Con contundencia y efectividad Roxin distingue ambos elementos al afirmar que “los elementos descriptivos requieren una percepción sensorial, y en cambio los normativos, una comprensión espiritual”, aunque reconoce que “la mayoría de los elementos del tipo son una mezcla de elementos normativos y descriptivos, en los que tan pronto predomina un factor como el otro.”⁴⁸

A partir de estas consideraciones básicas, cuadra preguntarse si la calidad de *ascendiente* o *descendiente* es asequible por los sentidos y por tanto un elemento objetivo del tipo, o si se trata de componentes que requieren esencialmente de definiciones normativas. La respuesta a tal interrogante, creo, debe resolverse en el plano del elemento normativo del tipo, donde la definición de ambos términos depende de valoraciones jurídicas emergentes del resto del ordenamiento, en nuestro caso, del civil. Justamente, el tema que nos ocupa es puesto como ejemplo por Bacigalupo como un elemento normativo del tipo objetivo⁴⁹. La realidad jurídica actual ha abandonado el estilo tradicional de familia por un lado y, por otro, los diversos supuestos o combinaciones de familia que pueden verificarse, impiden definirla sensorialmente con suficiencia (v.gr., hijos/padres adoptivos o hijos/padres nacidos de TRHA con base heteróloga). Por tal razón, en muchos casos, será indispensable

⁴⁶ Sobre el tópico sigo a DE LA RÚA, JORGE – TARDITTI, AÍDA, *Derecho Penal – Parte General*, tomo I, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, pp. 280/281 y nota 3.

⁴⁷ *Ibíd.*

⁴⁸ ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal Parte General*, tomo I, trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Días y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Civitas, 1997, pp. 305/307.

⁴⁹ BACIGALUPO, ENRIQUE, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 229 al sostener que “Cuando el tribunal deba verificar la existencia de un elemento normativo que contiene una valoración jurídica (por ejemplo: ‘cosa ajena’, ‘documento’, ‘tributo’, ‘pariente’, etcétera) el razonamiento silogístico en nada diferirá de los ya expuestos en relación a los elementos descriptivos.”

recurrir al régimen civil para establecer quién o quiénes revisten la calidad de *ascendientes* o *descendientes*.

En este sentido, el art. 529 del CCCN define al *parentesco* como “el vínculo jurídico existente entre personas en razón de la naturaleza, las técnicas de reproducción humana asistida, la adopción y la afinidad. Las disposiciones de este Código que se refieran al parentesco sin distinción se aplican sólo al parentesco por naturaleza, por métodos de reproducción humana asistida y por adopción, sea en línea recta o colateral”. Por su parte el art. 532 del CCCN define a la línea recta como aquella “que une a los ascendientes y los descendientes”. Por último el art. 535 del CCCN establece que “en la adopción plena, el adoptado adquiere el mismo parentesco que tendría un hijo del adoptante con todos los parientes de éste” en tanto en la adopción simple “sólo crea vínculo de parentesco entre el adoptado y el adoptante; en ambos casos, reza la norma, “el parentesco se crea con los límites determinados por este Código y la decisión judicial que dispone la adopción”.

De la simple transcripción de las normas antes mencionadas, surge con toda claridad que nuestro derecho positivo ha virado hacia una concepción *normativa* del concepto de parentesco, donde se ha equiparado la ascendencia y la descendencia por adopción o por TRHA a la de sangre⁵⁰, y se ha abandonado la vieja definición de parentesco del CC como “el vínculo subsistente entre todos los individuos de los dos sexos que descienden de un mismo tronco”⁵¹. Por tal motivo, interpreto que ya no puede sostenerse aquella concepción *histórico naturalista* que ha predominado en la doctrina penal vernácula donde sólo hacía posible la agravante entre los consanguíneos en línea recta.

Esa tesis que sostenían autores como Laje Anaya y Carrera era plausible y lógica a tenor de la definición de parentesco ascendente y descendente que nos daba el CC derogado en los arts. 350 y 351⁵² y cuya conceptualización actual ha cambiado sustancialmente, como lo he explicado.

Por lo tanto, entiendo que si los elementos *ascendiente* o *descendiente* a que se refiere el art. 80 inc. 1° del CP tienen naturaleza *normativa*, su definición, contenido y alcance estará dado por las regulaciones que se presenten en el ordenamiento civil. Esto significa admitir finalmente, por otra parte, que tales componentes no son estáticos —tal como pareciera pregonarlo la concepción *histórico naturalista* sobre la que ya me he ocupado— sino dinámicos y cambiantes, dependiente en gran medida de los cambios culturales y sociales que se produzcan en un momento dado y que tengan como correlato, claro está, su recepción en el ordenamiento jurídico positivo. Ello me lleva a sostener que, más allá de las discusiones en torno al concepto de familia y, en particular, de los términos *ascendiente*

⁵⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA – HERRERA, MARISA – LLOVERAS, NORA, ob. cit., tomo II, pp. 237 y ss. Dichas autoras argumentan que: “La definición adoptada por el artículo 529 no sólo supera las acertadas críticas que la doctrina había efectuado a la vieja fórmula de Vélez, sino que además visibiliza y protege el cúmulo de nuevas y elocuentes realidades que se despliegan en las familias de la sociedad argentina actual y que no se limitan exclusivamente a la existencia de un elemento biológico (...) Esta nueva cosmovisión implica desprenderse de la concepción que entroniza el elemento biológico como determinante del linaje familiar y sustento casi exclusivo de los vínculos parentales.” Concluyen que el CCCN “recepta el principio igualitario —que se cuela en esta materia— mediante la unificación de la normativa del parentesco que tiene su fuente en la naturaleza y en las técnicas de reproducción asistida.”

⁵¹ *Ibíd.*, p. 240.

⁵² “Art. 350. Se llama línea descendente la serie de grados o generaciones que unen el tronco común con sus hijos, nietos y demás descendientes.” “Art. 351. Se llama línea ascendente la serie de grados o generaciones que ligan al tronco con su padre, abuelo y otros ascendientes.”

o *descendiente*, lo cierto es que el Derecho penal no puede permanecer ajeno a las nuevas relaciones sociales que el resto del Derecho regula y reconoce.

En definitiva, a partir de la sanción del nuevo CCCN se debe aceptar que el Derecho civil ha modificado sustancialmente el elemento normativo contenido en el art. 80 inc. 1º en su actual redacción, por lo que, a modo de conclusión provisoria, cabría admitir *de lege lata* esa calificación legal en los casos de adopción y de TRHA, sobre lo cual, me referiré a continuación con mayor detalle⁵³.

3.2. CASOS COMPRENDIDOS Y EXCLUIDOS

3.2.1. Filiación por adopción plena, simple y por integración

Respecto de la *adopción plena*, con arreglo a los arts. 535 y 558 del CCCN el adoptado adquiere en la familia del adoptante el mismo parentesco que el resto de su familia, tal como si fuere un hijo biológico. Tales preceptos encuentran su confirmación en las disposiciones específicas relativas a la adopción en cuyo art. 620 se dispone que el adoptado tiene en la familia adoptiva los mismos derechos y obligaciones de todo hijo.

La claridad meridiana de las normas bajo análisis me conducen a las siguientes conclusiones: el adoptado es un *descendiente* del adoptante porque ocupa el mismo lugar —con los mismos derechos y obligaciones— que los hijos biológicos, su calidad de hijo está equiparada *in totum* con el resto de la familia del adoptante. Por consiguiente, el padre del adoptante, pasa a ser el abuelo del adoptado y éste el nieto de aquél, ya que el CCCN no estableció limitaciones en sus grados (arts. 532 y 533 del CCCN). En suma, de lo expuesto puedo colegir que aquel hijo adoptivo que mata al adoptante, al padre del adoptante y así sucesivamente, es acreedor a la pena prevista en el art. 80 del CP. Del mismo modo, el adoptante y/o sus ascendientes que matan al hijo adoptivo o sus descendientes merecen idéntico castigo.

La cuestión se complica en los casos en que el juez que decreta la adopción decida fundadamente y por las causales previstas en la ley mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen (art. 621 del CCCN). En tales supuestos, creo, correspondería aplicar la agravante sólo si, v.gr., se ha decidido que el hijo mantenga el vínculo jurídico con el padre, la madre u otro ascendiente y éstos o el hijo biológico realizan la acción homicida.

En los casos de *adopción simple* la situación es, sin embargo, bien distinta a la adopción plena. Ello es así, dado que en función de lo dispuesto por el art. 535 del CCCN la adopción simple sólo crea vínculo de parentesco entre el adoptado y el adoptante y sólo produce la transferencia de la titularidad de la *responsabilidad parental*. Por ende, en principio, correspondería en este supuesto únicamente calificar el homicidio respecto del adoptante que mata al adoptado y viceversa⁵⁴. Por imperio del art. 621 del CCCN también sería procedente agravar el homicidio respecto de aquellas personas a las que el juez haya extendido el vínculo jurídico adoptivo (v.gr., el cónyuge del adoptante). Por otra parte, como subsiste el vínculo biológico del adoptado con la familia de origen, igualmente correspondería mantener la agravante cuando el delito sea perpetrado al padre, otro ascendiente o al hijo biológico. No habría homicidio calificado, en cambio, si quien dio muerte a su adoptado o adoptante, lo hizo luego de revocada la adopción (art. 629 del CCCN), más allá de

⁵³ TAZZA, ALEJANDRO, ob. cit., p. 36, al afirmar que “No cabe duda pues, a la luz de lo establecido en nuestro Código Civil y Comercial, que el parentesco pasa a ser ni más ni menos que un vínculo jurídico, y que dentro de ese vínculo jurídico se encuentra la adopción.”

⁵⁴ Esa es la posición de TAZZA, ALEJANDRO, ob. cit., p. 36.

que podría mensurarse una mayor pena en la *individualización judicial*, conforme las pautas de los arts. 40 y 41 del CP, pero ya en la figura básica (art. 79 del CP).

Ahora bien, no se me escapa que agravar el homicidio en este supuesto —el de la adopción simple— según la redacción actual del art. 80 inc. 1°, podría tener algunas objeciones desde el principio de legalidad, toda vez que tal como lo postulé en este trabajo, el art. 558, 2° párr. del CCCN equipara los efectos filiatorios sólo en la filiación por naturaleza, por adopción plena o por TRHA. Parecería desprenderse entonces que la adopción simple se encuentra en un nivel inferior de valoración por parte del legislador civil frente a los otros supuestos, con lo cual, la calificación jurídico-penal no debería ser la misma si se pretende que exista una correlación o armonía entre el régimen civil y el penal ya que el padre o hijo adoptivo en forma simple recibiría igual sanción que quien se encuentra sujeto a adopción plena. En consecuencia, entiendo que, *de lege lata*, una solución más justa y proporcionada en el caso de la adopción simple frente a los otros tipos filiatorios —por naturaleza, adopción plena y por TRHA— sería aplicar la figura del homicidio simple, aunque, claro está, imponiendo un castigo más cercano al máximo de la escala penal prevista para esa figura. Por último, si todo lo anterior es correcto, al mantenerse indemne jurídicamente el vínculo biológico entre el adoptado y los padres biológicos, sí procedería agravar el homicidio en caso de que aquél dé muerte a éstos o viceversa.

La *adopción por integración* al mantener siempre indemne el vínculo jurídico de origen con el adoptado (art. 630 del CCCN) entiendo que la agravante bajo análisis debe mantenerse. En cuanto al vínculo que se crea entre el adoptado y el adoptante y su familia, habrá que distinguir a su vez si la adopción fue otorgada con carácter plena o simple, según si el adoptado tiene un único o doble vínculo filial (art. 631 del CCCN). Si el adoptado que se inserta en la familia del adoptante tiene un solo vínculo filial, se aplicarán todos los efectos de la adopción plena por lo que, a mi modo de ver, deberá aplicarse la agravante conforme los argumentos explicitados para la adopción plena. En tanto que si el adoptado tiene doble vínculo filial y la adopción es otorgada en forma simple, deberá excluirse la agravante y valen aquí las mismas consideraciones que he efectuado para la adopción simple.⁵⁵

3.2.2. Filiación por TRHA

En los casos de que el vínculo haya tenido origen en TRHA, tanto sea por FIV o por IA, entiendo que no hay ningún impedimento en calificar el homicidio, conforme la actual redacción del art. 80 inc. 1° del CP cuando el hijo engendrado sea una consecuencia de técnicas de base *homólogas*, es decir, en los casos en que una pareja o matrimonio heterosexual concurren al empleo de las posibilidades que brinda la ciencia actual y la mujer sea quien lleva adelante el embarazo. Es claro entonces, que este supuesto no importa diferencia alguna con la filiación por naturaleza o de sangre, sólo que la ciencia ha contribuido o ayudado al resultado *natural* perseguido por los padres. En consecuencia, si no hay diferencias con la filiación natural, no existe razón alguna para no aplicar la agravante de parricidio o filicidio.

⁵⁵ No comparto la opinión de TAZZA, ALEJANDRO, ob. cit., p. 36, al excluir sin más de la agravante a los casos de adopción por integración, incluso entre adoptante y adoptado, brindando como solución la figura básica o, como alternativa, aplicar la agravante del inc. 12 del art. 80. Creo que dicho autor olvida, justamente, que este tipo filiatorio puede tener los efectos de la adopción plena o de la simple, con lo cual, en el primer caso, no habría ninguna razón para no aplicar la calificante.

La dificultad estriba, sin embargo, en los supuestos de empleo de TRHA cuando tengan base *heteróloga*. Las distintas situaciones que ya he desarrollado más arriba — punto 1.3.— exigen un mayor esfuerzo interpretativo y argumentativo dado que se trata de casos en que una o dos personas requieren que el espermatozoide o el óvulo —o ambos— sea donado por terceras personas ajenas que carecen de *voluntad procreacional*, para que quienes en realidad la tengan generen un nuevo vínculo filiatorio.

Como ya lo he explicado, conforme el CCCN, esta situación es sólo posible según las siguientes combinaciones:

- Matrimonio o pareja heterosexual/óvulo donante/espermatozoide padre.
- Matrimonio o pareja heterosexual/óvulo madre/espermatozoide donante.
- Matrimonio o pareja heterosexual/óvulo donante/espermatozoide donante.
- Matrimonio o pareja del mismo sexo/óvulo madre/espermatozoide donante.
- Matrimonio o pareja del mismo sexo/óvulo donante/espermatozoide donante.
- Mujer/óvulo suyo/espermatozoide donante.
- Mujer/óvulo donante/espermatozoide donante.

La nueva legislación civil dispone que en los casos de filiación por TRHA los hijos son de quien los dio a luz y del hombre o de la mujer que ha prestado su consentimiento previo, informado y libre (arts. 560, 561 y 562 del CCCN). El cambio de paradigma en el derecho filial significa que lo que conforma el vínculo entre padres e hijos no estará dado por el elemento biológico o genético, sino por la *voluntad procreacional*. Sin este último elemento, es claro que el hijo no habría nacido, pero tampoco puede perderse de vista que sin el aporte del elemento genético el *nasciturus* tampoco habría venido a este mundo.

La pregunta es ineludible ¿Cómo calificamos el homicidio en este caso? En principio no habría ninguna duda de aplicar la agravante por el vínculo respecto de quien recurrió al uso de las TRHA, por lo que debe ser considerado como *ascendiente* y su hijo como *descendiente*, sobre todo por la equiparación de efectos en el parentesco y en la filiación que se desprende en forma contundente del CCCN (arts. 529 y 558).

Pero subsiste todavía un interrogante aún más inquietante ¿Cómo responden quienes aportaron el gameto femenino y/o el masculino frente al hijo nacido y viceversa? Creo que en este punto no hay una única respuesta posible. En efecto, desde una perspectiva, puramente *normativa* habría que considerar que quien mata a su donante incurriría en un homicidio simple, pues la legislación civil no lo considera padre y si no es padre no es tampoco *ascendiente*, por ende, habría que excluir la agravante. A igual conclusión, lógicamente, se arriba respecto del donante que mata al nacido por TRHA, aun cuando estén unidos por un vínculo biológico.

Desde una visión puramente *naturalista*, donde no sólo inciden cuestiones sociales, culturales, filosóficas y, fundamentalmente, religiosas y morales, padre es quien biológicamente posibilitó la creación del nuevo ser humano, por lo tanto, para una interpretación de esta índole existiría un parricidio o filicidio.

Con todo, la solución a estos supuestos no resulta sencilla. Sin embargo, es aquí donde se debería recurrir a los principios garantizadores o limitadores del poder punitivo estatal. Si el Derecho civil considera *no padre*⁵⁶ a quien aportó el elemento genético, el De-

⁵⁶ LORENZETTI, RICARDO LUIS, ob. cit., p. 480, quien sostiene que “Lo distintivo es que mientras en la filiación biológica el elemento ‘naturaleza’ es definitorio para determinar el vínculo jurídico, en la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida este elemento es secundario porque, sea que el material pertenezca a la pareja o a un tercero, o a un miembro de una pareja y a un tercero, el elemento central para

recho penal no podría considerar lo contrario, so pena de incurrir en una contradicción con el resto del orden jurídico, con el agravante de que lo haría en perjuicio del justiciable, vulnerando de ese modo el principio de legalidad. La puesta en jaque del *nullum crimen sine lege* de aceptarse aquella postura se derivaría de contradecir específicamente normas particulares del CCCN que imponen que “ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación” (art. 558), que “los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya aportado los gametos” (art. 562), y “cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena” (art. 575), todo lo cual, significa excluir de la paternidad a quien simplemente se constituyó en donante del elemento genético.

Creo en este punto que el debate seguirá siendo intenso en todos los sectores de la sociedad, pero dado el esquema normativo vigente, no debería calificarse el homicidio en los casos en que la víctima/victimario sea el donante frente al nacido por TRHA. Será, en definitiva, el ordenamiento civil el que nos diga qué debemos considerar como *ascendiente* y qué *descendiente*.

4. El fundamento de la agravante

Dada la complejidad que representa el tópico en tratamiento, he dejado para el final lo que, en general, se acostumbra tratar en forma liminar en cada delito de la parte especial que resulte objeto de estudio: el fundamento de la agravante. Creo que es evidente, por todo lo antes dicho, que la razón de la mayor criminalidad que emana de los vínculos o lazos familiares ha mutado sustancialmente. En función de las nuevas regulaciones civiles hoy vigentes ya no puede considerarse *ascendientes* o *descendientes* a aquellas personas ligadas por un vínculo de sangre, sino que tal calidad la tienen aquellas personas ligadas por un vínculo jurídico reconocido por la ley y cuyos efectos han sido equiparados por el sistema normativo vigente. Con todo, la mayor severidad que representa hoy el art. 80 inc. 1° del CP, relativo a la descendencia y ascendencia, se ha visto ampliado expresamente por el régimen civil a otro orden de relaciones consideradas tan intensas en la sociedad actual como el vínculo consanguíneo.

De este modo, asumo que la agravante tiene su razón de ser hoy en el menosprecio por parte del autor del vínculo jurídico que deriva del parentesco y que la ley civil le asigna derechos y deberes especiales. Ello, claro está, sin perder de vista la existencia de una mayor afectividad y compromiso que se verifica incluso frente a otras clases de relaciones humanas (v.gr. amistad, relaciones de pareja, etc.).

5. Conclusiones

a. El CCCN ha producido una reforma profunda en las relaciones de familia. Una concepción de familia tradicional basada en el paradigma de la *patria potestad* predominante en una sociedad patriarcal ha mutado hacia un concepto de familia más amplio donde gobier-

generar vínculo entre el niño nacido y las personas que someten a la práctica médica es la voluntad procreacional, no a quien pertenece el material genético —óvulo y/o espermatozoide—.”

na la *responsabilidad parental* referida a los deberes y derechos entre padres e hijos⁵⁷ y que es positivizado expresamente en el art. 638 del CCCN. El lenguaje utilizado por el nuevo régimen civil no es casual ni irrelevante. La eliminación de términos tales como *progenitor*, instituyendo en su lugar otra terminología más ajustada a la realidad como lo es la de *padre* confirman un nuevo panorama.

b. El paradigma *biológico* que configuraba a la familia tradicional ha cedido en el régimen civil actual pasando a ser la *voluntad procreacional* el protagonista o el eje de la filiación, sobre todo, en las TRHA, al convertirse en su componente determinante.

c. El Derecho penal como parte integrante del orden jurídico argentino no puede ni debe permanecer ajeno a los cambios operados en el régimen civil. Debe abandonarse la interpretación *histórico naturalista* que se ha realizado sobre los elementos normativos *ascendiente y descendiente* contenidos en el art. 80 inc. 1° del CP, debiendo adoptarse un concepto *normativo* de esos términos, pero con adecuada sujeción al Derecho civil con el objeto de evitar interpretaciones *contra legem* que vulneren el principio de legalidad.

d. Si no se admitiera una interpretación acorde a los nuevos cambios legislativos ocurridos en materia civil, implicaría sostener *de lege lata* respecto del homicidio calificado por el vínculo una *incoherencia sistemática* del orden jurídico y, en particular, una política criminal inconveniente, toda vez que el CP vigente incluye dentro del art. 80 inc. 1° supuestos cuya fuerza vincular o social son mucho más débiles que los casos aquí tratados, como lo es la *relación de pareja*, sea actual o pasada, haya o no mediado convivencia. En otras palabras, la filiación por adopción y por TRHA supone un entramado jurídico y familiar mucho más intenso y, por tanto, digno de protección jurídico-penal.

e. ¿Resulta hoy político criminalmente correcto seguir considerando que el que mata a su adoptante, a su adoptado, o al que se ubica en línea ascendente o descendente, tenga la sanción del homicidio simple? ¿Es conveniente castigar al que engendra mediante una TRHA como autor de homicidio simple o con la misma calificación legal al que nació producto de estas técnicas que atenta contra la vida de quien prestó su consentimiento procreacional? La respuesta negativa parece imponerse.

f. Por lo tanto, dado que los términos *ascendiente y descendiente* constituyen elementos normativos del tipo que requieren una valoración jurídica que el juzgador deberá echar mano en el Derecho civil, no existe en mi opinión tensión alguna con el principio de legalidad para considerar atrapados dentro de la agravante a los vínculos por adopción plena y por TRHA.

g. La adopción plena que supone la extinción del vínculo filiatorio con la familia de origen y donde adoptado y adoptante tienen los mismos derechos y obligaciones que la familia biológica queda entonces equiparada a la de sangre o por naturaleza. En consecuencia, homicidios de esta clase deben subsumirse como homicidios calificados.

h. La adopción simple, en cambio, al no haber sido igualada en sus efectos por el CCCN junto a la de sangre, adopción plena y por TRHA se encuentra en un nivel inferior de valoración, por lo cual, en aras de respetar el principio de legalidad debería quedar excluida de la agravante del homicidio del adoptante/adoptado e incluida respecto de la familia de origen atento la subsistencia del vínculo filiatorio biológico. En la adopción por integración habrá que aplicar o no la agravante según que quien se inserte en la familia del adoptante lo haga en forma plena o simple.

⁵⁷ CATALDI, MYRIAM M., “El ejercicio de la responsabilidad parental y la noción de coparentalidad”, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA – HERRERA, MARISA (dir.), *Suplemento Especial. Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental*, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 129.

i. La agravante por el vínculo debería aplicarse sin dudar respecto de las TRHA con base *homóloga* pues no existe diferencias con la filiación de sangre. Igualmente, en las técnicas de base *heteróloga* serán considerados padres la mujer que dio a luz al niño y quien prestó el consentimiento para tal forma de reproducción. Es discutible la situación de quienes donaron sus gametos frente a la figura del homicidio, aunque una posible interpretación desincriminatoria derivaría del respeto al principio de legalidad. El CCCN prohíbe la existencia de más de *dos vínculos filiales*, con lo cual, excluiría al donante de la calidad de padre y de *ascendiente* y al hijo como *descendiente*, en el sentido jurídico del término.

j. La razón de la mayor penalidad para quien mate a su descendencia o ascendencia no deriva del desprecio del vínculo de sangre exclusivamente, sino de que tal sentimiento se verifica en el vínculo jurídico que nace del parentesco, sea éste de sangre, por adopción o por TRHA.

k. Por último, si el intérprete entendiera que aplicar derechamente las nuevas regulaciones del orden civil a los elementos normativos *ascendiente* y *descendiente* pondría en riesgo el principio de legalidad por importar calificar el homicidio a un supuesto no contemplado por la ley penal, con el agravante de que podría dejar librado a los jueces interpretar qué casos quedan incluidos y cuáles no con la consecuente tensión con el principio de igualdad, *de lege ferenda*, resultaría necesario una reforma, sobre todo por las dudas que genera la adopción simple y para evitar la inconsistencia del sistema que expliqué en el punto d. de estas conclusiones. En esa línea, arriesgo dos métodos posibles: el primero, sería incluir los diversos casos dentro del catálogo de las agravantes previstas en la parte especial del CP (tal el caso del art. 80); el segundo —el que preferiría— definiendo ambos términos —*ascendiente* y *descendiente*— en el art. 77 del CP como un supuesto de interpretación auténtica. Esta última alternativa, incluso permitiría irradiar todos sus efectos a otras regulaciones de la parte especial que contienen los mismos componentes, tales como, v.gr., ocurre en los arts. 119, 125, 126, 127, 133, 142, 142 bis, 145 ter, 170, y 185 del CP.

Delitos ambientales y reforma del Código Penal argentino

Environmental crimes and reform of the Argentine Penal Code

por: **GUSTAVO MANZANEL Y DIEGO A. PERETTI ÁVILA***

RESUMEN: Resulta preocupante la falta de regulación que existe sobre delitos ambientales en el Derecho Penal argentino. Entendemos que este aspecto debe ser tenido en cuenta en momentos de llevar a cabo un futuro proceso de reforma del Código Penal.

PALABRAS CLAVE: Medio Ambiente; Derecho penal argentino.

ABSTRACT: *It is worrying the lack of regulation that exists on environmental crimes in Argentine Criminal Law. We understand that this aspect must be taken into account at the time of carrying out a future Penal Code Reform Process.*

KEYWORDS: Environment; Argentine Criminal Law.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Marco normativo aplicable – Tipificación de los delitos contra el medio ambiente: Delitos de peligro. 3. El principio de legalidad y la ley penal en blanco. 4. Riesgo permitido. 5. El bien jurídico tutelado. 6. Regulación en códigos penales extranjeros. 7. Normativa internacional. 8. Algunas conclusiones generales 9. Bibliografía consultada.

1. Introducción

Inicialmente el Derecho se introdujo al ámbito medioambiental mediante la protección de sus diversos elementos, por ESER denominados “campos parciales”¹, no obstante, la tutela jurídica se caracterizaba, en estos casos, más que por la necesidad de conservar el ambiente, por la “optimación unilateral de una explotación orientada hacia los hombres de manera puramente antropocéntrica”², es por eso que “tal protección refleja del ambiente en siglos pasados era especialmente individualista y, por tanto, muy localizada [...], en cierto modo, ‘microcósmica’³”. De esta manera, ya desde el Código de Hammurabi (siglo XVII A.C.), la prohibición de sobreexplotar a los animales se encontraba concebida más en atención a la conservación de su capacidad de trabajo a favor del ser humano que a la subsistencia de la especie. De igual forma, en el Derecho Romano, la muerte de un animal era comprendido como un acto que perjudicaba las posibilidades de explotación agrícola. Posteriormente, durante la Alta Edad Media, el Derecho Municipal concedió cierto nivel de protección al medio ambiente, en tanto coincidía con ciertos intereses del hombre. En la misma línea aparecen las regulaciones municipales sobre eliminación de residuos y protección de

* **Gustavo Manzanel**, Abogado de la matrícula, ex Secretario en lo Penal del Juzgado Federal de La Rioja, ex docente de Derecho Penal Parte General –Universidad Nacional de La Rioja-, miembro del Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba. **Diego A. Peretti Ávila**: Doctor en Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba; Profesor de Derecho Penal, Parte General, de la U.N.C., Miembro del Instituto de Ciencias Penales y del Instituto de Derecho Comparado, ambos de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

¹ ESER, ALBIN. “Derecho Ecológico”. Trad. De la Cuesta Arzamendi & Sanz Moràn. En ESER, ALBIN. *Temas de Derecho Penal*, pág. 122, primera edición, Lima, Idemsa, 1998.

² Ibid., Pág. 122.

³ Ibid., Pág. 123.

aguas, en la medida que la tutela se encontraba destinada más a la conservación o mejora de las condiciones de vida⁴.

Que, más recientemente, es decir desde el inicio de la denominada Revolución Industrial, ocurrida entre los siglos XI y XII, cantidades innumerables de alteraciones ha padecido el planeta y por ende el medio ambiente, como consecuencia directa de tal avance técnico, el sistema macroeconómico y el notable incremento de la población mundial.

La protección jurídica del medio ambiente ha cobrado, especial connotación en las últimas décadas, sobre todo a partir de la Conferencia de Rio de Janeiro de 1992 en la cual se reconoció mundialmente la crisis ecológica y la sociedad pudo verse a sí misma, según ha denunciado el sociólogo alemán Ulrich Beck, como "sociedad de riesgo mundial"⁵, cuya posición será analizada infra.

En los últimos años lamentablemente ha aumentado notablemente el deterioro sufrido por el medio ambiente a causa de las distintas actividades humanas, incompatibles con el equilibrio de la naturaleza. Actualmente, gran parte de la comunidad es consciente de la importancia de prevenir la consumación de los daños ambientales, pues se tiene en cuenta que los mismos se caracterizan por ser irreparables, de fácil expansión hacia distintos recursos naturales; así como de notable afectación a la salud, la economía en cuanto ataca los recursos utilizados para la producción lugareña y el entorno visual de una población paisaje.

Se considera que el Derecho Penal, en virtud de sus graves sanciones, puede ser una herramienta eficaz para evitar que las actividades humanas se desarrollen en forma irresponsable deteriorando el ambiente. Lo que se pretende es que el carácter persuasivo de esta rama del Derecho lleve a los individuos a tomar los cuidados necesarios a fin de evitar el deterioro ambiental. Para ello existen distintas variantes, tales como la incorporación de los denominados "delitos ecológicos o contra el medio ambiente"⁶, o bien la creación de leyes especiales que contemplen las particularidades de estos últimos.

Que, en tal sentido estamos en condiciones de mencionar que los delitos ecológicos son conceptualizados como aquellas acciones cometidas sin justificación social, realizadas con incuria o interés lucrativo, que modifican el sistema ecológico en forma grave o irreversible. Por lo general, a través de este tipo de delitos, se sanciona el peligro como consecuencia directa de la lógica preventiva que rige en materia ambiental.

Con posterioridad a la constitucionalización del ambiente, han existido varias iniciativas legislativas con el objeto de modificar el Código Penal adicionando esta tipología de delitos en un capítulo separado denominado "Delitos contra el Medio Ambiente" en el mencionado cuerpo normativo. Sin embargo, ninguno de los proyectos llegó a convertirse en una ley formal.

Ello obedece básicamente a que la tipificación de delitos ambientales, que *prima facie* parece ser una solución sencilla al conflicto del daño ambiental, es sumamente compleja. Esta dificultad responde, por un lado, a la propia naturaleza amplia e imprecisa del bien jurídico protegido: ambiente y, por el otro, a las garantías constitucionales y a la última ratio del Derecho Penal.

⁴ Ibid., pág. 122-123

⁵ BECK, ULRICH. *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, traducción de Bernardo Moreno y María Rosa Borrás, pág. 56, Ediciones Paidós, Barcelona, 1998.

⁶ BERRA, ELISABETH Y RODRÍGUEZ, JIMENA NAHIR. "La problemática del derecho penal ambiental", *Revista jurídica Uces*, págs. 157/169.

En el presente trabajo nos proponemos analizar las dificultades derivadas de la aplicación tradicional del Derecho Penal en materia ambiental.

2. Marco normativo aplicable – Tipificación de los delitos contra el medio ambiente: delitos de peligro

La legislación penal orientada a la protección del ambiente no está unificada en un solo cuerpo normativo en nuestro derecho local, muy por el contrario, se ubica en distintas normas concretamente, las disposiciones pertinentes del Código Penal, las Leyes de Residuos Peligrosos y de Fauna.

En primer lugar, el ordenamiento Penal en el artículo 186, inciso 2º, apartado b sanciona las conductas que ocasionen incendios o estragos en bosques.

Asimismo, dedica un capítulo completo a los delitos contra la salud pública; en efecto, en los artículos 200, 202 y 203 tipifica los actos de envenenamiento o adulteración de agua potable, sustancias alimenticias o, medicinales.

En segundo término, la Ley de Protección y Conservación de la Fauna Silvestre en el Capítulo VIII abarca diferentes tipos de delitos y sus respectivas penas. Básicamente se contemplan las siguientes acciones: caza furtiva depredación de la fauna silvestre, uso de armas prohibidas, y, el comercio, transporte, acopio e industrialización de los productos provenientes de las mencionadas actividades.

Tercero, en la Ley de Residuos Peligrosos también pueden observarse cláusulas referidas a la responsabilidad penal aplicable a la generación, manipulación, transporte, tratamiento y disposición final de residuos peligrosos, ya sea que se encuentren ubicados en lugares sometidos a jurisdicción nacional, en el territorio de una provincia –siempre que estuvieran destinados al transporte fuera del mismo o, cuando fueran susceptibles afectar a personas o al ambiente más allá de la frontera del Estado local en que se generaron.

En el Capítulo IX de tal normativa se establecen sanciones para quien mediante el uso de estos residuos “envenenare, adulterare o contaminare de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general”. Se trata claramente, de un tipo penal doloso, lo que se ve reforzado por la fórmula de redacción empleada en el artículo 56.

Efectivamente, en dicha norma contempla la figura culposa para los casos en que la conducta típica se cometiere por “imprudencia o negligencia o por impericia en el propio arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas (...)”.

Además, la Ley de Residuos Peligrosos establece la extensión de la pena a los directivos de una persona jurídica cuando los delitos fueran cometidos por decisión de esta última.

Finalmente, no pueden soslayarse las disposiciones pertinentes contenidas en el Código Procesal Penal de la Nación. Este ordenamiento dispone que los delitos susceptibles de menoscabar el medio ambiente son de acción pública lo que lleva implícito la posibilidad de todo individuo de efectuar la denuncia correspondiente, sin que sea exigible ningún tipo de capacidad especial. Asimismo, recae sobre los funcionarios públicos la obligación de denunciar esta tipología de acciones, ya que de lo contrario incurren en delito de omisión.

La situación descripta en modo alguno implica que el denunciante se vuelva automáticamente parte en el proceso penal, toda vez que la capacidad para denunciar no es

asimilable a la que se requiere para ser querellante y parte en el pleito. Para alcanzar este carácter, se torna necesario acreditar un “derecho particular vulnerado”⁷.

Que, analizado el marco legal vigente en nuestro país referido a los delitos ambientales, es de vital importancia hacer referencia a la especial TIPOLIGIA de tales delitos incluidos en tal normativa.

La protección penal de los bienes jurídicos colectivos entre los que se puede ubicar al medio ambiente, suele articularse a través de la técnica de los **tipos de peligro**, pues aunque los tipos de lesión han sido históricamente, como De la Cuesta Aguado ha precisado: “el núcleo básico de los códigos penales tradicionales, el desarrollo de las sociedades modernas y la aparición de la idea de “sociedad de riesgos”⁸, han obligado el adelantamiento de la intervención penal a fases previas a la lesión de los bienes jurídicos.

La doctrina jurídico-penal se ha abocado a determinar la legitimidad de dicha fórmula legislativa y su concordancia con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y de lesividad.

La lógica nos lleva a deducir razonadamente la ineptitud de las fórmulas de lesión para la protección eficaz de los bienes jurídico-penales colectivos. Si se exigiera la lesión del bien jurídico, en el caso que nos ocupa, es decir en los delitos contra el medio ambiente, es probable que la protección penal resulte innecesaria, pues dicho bien jurídico habría resultado seriamente afectados, es por estos motivos que Silva Sánchez⁹ ha señalado que la imputación en estos casos no surge por la peligrosidad en sí de la conducta, sino en la que se produciría si todos hicieran lo mismo. En este sentido resulta evidente que en la tipificación de las conductas relacionadas a los bienes jurídicos colectivos deberá optarse por las fórmulas de peligro, haciendo propias las palabras de Monge Fernández: “constituyen la técnica habitual de protección de los intereses colectivos”¹⁰

En apoyo a tal postura Bramont Airas, considera que “la tipificación de los delitos contra el medio ambiente guarda relación con la naturaleza del bien jurídico a proteger, lo que hace permisible un adelanto de las barreras de punición a fases previas a la lesión de interés jurídico”¹¹.

No obstante, surge aquí una cuestión adicional a ser analizada, que es si éstos deben hacer referencia a un peligro concreto o a un peligro abstracto.

Que, estrechamente ligada a la cuestión arriba referida, es de vital importancia resaltar que no todo peligro justifica la intervención del derecho penal, sino que dicha intervención debe operar ante la existencia de un peligro grave, no un mero incumplimiento de una norma de índole administrativa, debe afectar a la salud en forma tangible, toda vez que ella de utiliza como parámetro de la degradación ambiental, todo atendiendo al carácter de ultima ratio del derecho penal.

Que, en éste punto es relevante afirmar que estamos en presencia de delitos de peligro concreto cuando la conducta típica endilgada implique la generación de un peligro en concreto, una verdadera situación de riesgo respecto del bien jurídico protegido, esto es el

⁷ BERRA, ELISABETH Y RODRÍGUEZ, JIMENA NAHIR. Ob. cit.

⁸ DE LA CUESTA, PAZ MERCEDES. *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, Segunda Edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, págs. 66/76.

⁹ SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. “Política criminal y técnica legislativa en delitos ambientales”, *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, 3, 4/5, 134).

¹⁰ LUIS REYNA ALFARO, “Reflexiones sobre el contenido del bien jurídico penal y la protección de los bienes jurídicos colectivos”. En *Revista jurídica del Perú*, año LI, N°18, págs. 187/200.-

¹¹ BRAMONT ARIAS, LUIS. *El principio de legalidad de la represión y la nueva Constitución Política del Perú*, pág. 34, Lima 1980.

medio ambiente. Por nuestra parte entendemos que tales delitos de peligro aparecen poco adecuados para la protección de bienes jurídicos colectivos de índole o naturaleza colectivos, en la medida que a través de esta técnica la lesión del bien jurídico aparece muy cercana y la verificación *ex ante* de peligro resulta difícilmente constatable, lo que conlleva a la ineficacia de la protección penal.

Por el contrario, en los delitos de peligro abstracto la prohibición recae respecto de un accionar determinado por su peligrosidad, al margen o independientemente de la puesta en riesgo del bien jurídico- penal tutelado. Que la postura doctrinaria mayoritaria, tanto nacional como internacional, se mayoritariamente entiende que tales delitos son de peligro abstracto.

Que, referente al tópico en estudio, Silva Sánchez, entiende que en los delitos de peligro concreto nos encontramos con la necesidad de constatar la existencia de las relaciones de causalidad y de imputación objetiva entre la conducta y el resultado fáctico, es decir el perjuicio irrogado.

Tal punto adquiere sustancial importancia, ya que constituye uno de los principales escollos a resolver, esto es la dificultad para acreditar la existencia del nexo causal, ello a que frecuentemente son diversas o concurrentes las causas que producen el daño.

En lo atinente a los delitos de peligro abstracto, si bien su aceptación es la predominante, podemos encontrar reparos de orden constitucional, ya que se ponen en jaque las garantías vinculadas al Derecho Penal, lo que obstaculiza la posibilidad de delimitar claramente las conductas que están penalmente permitidas y las prohibidas, afectándose eventualmente el principio “*nullum crimen sine lege*”, de raigambre constitucional. Ello implica que el legislador deberá concebir una tipología más detallada, que contengan la mayor cantidad de elementos descriptivos posible, todo ello en orden a la probabilidad remota por oposición a la concreta en los tipos de peligro concreto, siendo que en la práctica al estar el peligro distante del daño el juez está facultado para completar el tipo penal.

Que, tal como supra se dijo, de no contar el tipo con la suficiente determinación, no se daría cumplimiento a los estándares de legalidad exigidas al respecto y estaríamos ante una clara ambigüedad al no estar las conductas y el bien jurídico-penal que se pretende proteger correctamente definidas, con las consecuencias que ello implica.

3. El principio de legalidad y la ley penal en blanco.

Las leyes penales en blanco fueron así denominadas por el penalista alemán Karl Binding (1841-1920), refiriéndose a aquellas que imponen una sanción pero la descripción de la figura delictiva a la que se refieren, está contenida en otra norma jurídica, pudiendo remitirse a otra ley penal o de otro sector del ordenamiento jurídico, o a alguna norma reglamentaria jerárquicamente inferior, que necesariamente las debe complementar. La razón de que se dicten estas clases de leyes penales en blanco es que se trata de prescribir sobre conductas que varían a lo largo del tiempo o que requieren ir adaptándose a las circunstancias, ello en orden a la evolución del comportamiento social.

La teoría de Binding, resulta de vital importancia en el Derecho Penal actual, pero no obstante no es pacífica su aceptación en la doctrina.

Que, en tal orden de ideas, las posiciones contrarias a los referidos tipos penales en blanco o abiertos se sustentan en su posible conculcación respecto el principio de legalidad penal, es así que Jescheck entiende que: “La teoría de los tipos abiertos o leyes en penales en blanco deben (...) rechazarse, pues si el tipo se entiende como clase de injusto, pues sólo debe imaginarse como cerrado, ya que de lo contrario le faltaría, precisamente el ca-

rácter típico¹². La tipicidad, según este autor, constituye un círculo que, para mantener su indemnidad, debe contener la totalidad de sus elementos: norma de conducta y consecuencia jurídica, de lo contrario, el círculo de tipicidad se mantendría abierto y con ello el principio de legalidad resultaría afectado con total claridad.

En la posición opuesta se encuentran Arroyo Zapatero y García Rivas quienes son claros al señalar: "la norma penal en blanco define el núcleo central de la conducta criminal y, con ello, se satisfacen las exigencias del principio de legalidad"¹³. Por su parte, Bramont Arias, se interroga respecto de tal tópico: ¿Es conciliable con el principio de legalidad el hecho de que la determinación concreta de las conductas delictivas quede entregada a la autoridad administrativa y no la haga la ley?, responde positivamente, entendiendo que el reenvío no significa entregar a la autoridad administrativa una "carta blanca" para crear delitos, pues estas autoridades tienen limitaciones bastantes marcadas, por lo que no podrán excederse en el ejercicio de esa potestad"¹⁴. Lo que sería contrario de garantía y legalidad en materia penal, pues las normas de rango inferior imponen sanciones en lugar de describir los tipos penales. Por ello podemos concluir que tales normas no afectan el principio de legalidad penal, salvo aquellos casos en que la norma extrapenal, integrante de la norma punitiva, describa la prohibición de manera ambigua, muy genérica, impidiendo de tal modo conocer con certeza de permitido y lo prohibido. No se puede, en consecuencia, hablar de una singular afectación al principio de legalidad a través de las normas penales en blanco.

Afirman Muñoz Conde y García Arán, "la norma penal en blanco, una vez completada, es tan norma penal como cualquiera otra. Desde un punto de vista estructural la norma penal en blanco no plantea, por consiguiente, especiales dificultades, el supuesto de hecho consignado en la norma extra penal pertenece a la norma penal, integrándola o completándola"¹⁵.

Que, en tal orden de ideas el Código Penal argentino contiene leyes penales en blanco, muchas veces un artículo remite a otro contenido en la misma ley, como ocurre con el artículo 92 del código penal, el que establece una penalidad remitiéndose a otros artículos del mismo código para configurar la conducta delictiva. En cambio el artículo 205 del mismo texto legal, sanciona con un apena de prisión de seis meses a dos años a quien violare las medidas que las autoridades competentes adoptaran, para no permitir que se introduzca o propague epidemia.

El artículo 206 del citado código, remite para la aplicación de su pena (prisión de uno a seis meses) a la violación de las reglas impuestas por las leyes de policía sanitaria animal.

Que, en suma, consideramos a la ley penal en blanco una herramienta necesaria y útil para tutelar bienes de índole colectivos, como el ambiente.

¹² JESCHECK, HANS- HEINRICH. *Tratado de Derecho Penal*, traducción de Manzanares Samaniego, pág. 335, Granada, 1993.

¹³ ARROYO ZAPATERO, LUIS & GARCÍA RIVAS, NICOLÁS. *Protección Penal de la Propiedad Intelectual*. Págs. 347 y ss.

¹⁴ ARROYO ZAPATERO, LUIS & GARCÍA RIVAS, NICOLÁS. *Protección Penal de la Propiedad Intelectual*, en Mazuelos Coello, Julio, ob. Cit.

¹⁵ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO & GARCÍA ARAN, MERCEDES. *Derecho Penal, Parte General*, Pág. 36.

4. Riesgo permitido

Que, en éste tópico, es pertinente hacer referirnos, aunque brevemente, a la figura denominada por la doctrina como “riesgo permitido”. En efecto, la actual evolución de la tecnología, la globalización de las relaciones mundiales, el desarrollo económico global, componen las bases de la actual sociedad de riesgo. Si bien es cierto que tales adelantos han implicado beneficios a la humanidad, también implican nuevos riesgos y amenazas de grandes peligros que eventualmente pueden tornarse incontrolables por las personas, con las consecuencias que ello implica.-

Que, en tal orden de ideas, Silva Sánchez entiende que la figura del “riesgo permitido” opera como limitador de la protección del medio ambiente, excluyendo, la tipicidad a conductas que podrían, en principio, encuadrar dentro un determinado tipo delictivo.

Los Riesgos o peligros producidos sistemáticamente en el proceso de modernización deben ser limitados, de modo tal, que no obstaculicen el desarrollo de dicho procedimiento ni sobrepasen los límites de lo tolerable.

En este contexto es de vital relevancia citar al sociólogo alemán Ulrich Beck¹⁶ quien sostiene que sociedad postmoderna asume una carga de riesgo en su propia identidad que encierra una grave contradicción: el peligro de supervivencia de la especie. La rentabilidad del sistema corre el riesgo de la incertidumbre; no parte de la asunción de la seguridad y de un escenario sostenible en términos ecológicos, sino que conoce que existen márgenes de peligrosidad para la especie cuya cobertura no es, paradójicamente, prioritaria en un sistema guiado por la obtención de beneficios y una representación retórica de la racionalidad que oculta la racionalidad.-

Desde el punto de vista del Derecho Penal, son acciones que en sí mismas serían típicas, pero que deben ser toleradas en miras al desarrollo sustentable de la vida moderna.

En suma, entendemos que el “riesgo permitido” son las acciones que son toleradas o soportadas en función de los beneficios de todo orden que implican un beneficio para la sociedad, por lo que es imperativo arribar a un equilibrio entre tales beneficios y los daños que potencialmente se pueden irrogar al medio ambiente.-

5. El bien jurídico tutelado

Que, en tal orden de ideas, es relevante señalar, en primer término, que el bien jurídico protegido opera como limitador del *ius puniendi* estatal, ello en función de las garantías de raigambre constitucional que deben atenderse a fin de sortear los estándares de legalidad requeridos.

Es éste el motivo por el cual se determinan y definen ciertos comportamientos u omisiones como incorrectos, recurriéndose a la amenaza punitiva para que los ciudadanos omitan o ejecuten dichos actos. Al Estado le interesa pues orientar, a través del ejercicio del *ius puniendi*, el comportamiento de los individuos que lo integran.

Ante la evidencia constatada de que la actividad punitiva del Estado supone una de las más graves afectaciones de los derechos fundamentales de la persona, aparece la necesidad de fijar límites al referido poder punitivo estatal, todo ello en orden a los estándares que requeridos por el principio de legalidad.

¹⁶ BECK, ULRICH. Ob. Cit.

Es en ese contexto que aparece el concepto: “bien jurídico”, como criterio limitador de la intervención penal del Estado y que, haciendo propios los términos de Serrano-Piedecabras: “acota el círculo del ámbito legítimo de intervención”¹⁷.

Por nuestra parte, entendemos a modo genérico que el bien jurídico está representado por aquellos valores fundamentales de toda sociedad que por su importancia son acreedores de tutela penal.

Que no obstante tales consideraciones, Mir Puig, efectuando un análisis más profundo de la cuestión, entiende que el concepto bien jurídico no resulta suficiente para decidirse por la protección penal. Y esto es porque: “No todo bien jurídico requiere tutela penal, no todo bien jurídico ha de convertirse en un bien jurídico-penal. Aparece entonces la necesidad de diferenciar ambos conceptos: bien jurídico y bien jurídico-penal. La diferencia entre ambas categorías se marca en el carácter más restringido que posee este último concepto por ello es que Mir Puig señala: “Para que un bien jurídico (en sentido político-criminal) pueda considerarse, además, un bien jurídico-penal, cabe exigir de él dos condiciones: suficiente importancia social y necesidad de protección por el Derecho penal.”¹⁸

Que, corresponde ahora hacer referencia a la situación del Derecho Penal argentino en tal tópico; por cuanto el Código Penal no contiene una figura especial referida al daño ecológico como tipo delictivo, sancionando solo los supuestos de envenenamiento de aguas o sustancias alimenticias o medicinales, sin contemplar los casos de menoscabos a la atmósfera o a los suelos, excepto que los mismos pudieran incluirse en algún otro tipo penal.

Que, en tal orden de ideas, la dificultad real aparece cuando se intenta definir o conceptualizar el medio ambiente. Así, tenemos una concepción “egocéntrica”, en la que el ambiente no puede ser protegido por sí mismo, sino en función del ser humano, sus intereses y necesidades y por otro lado la denominada concepción “ecológica”, la que intenta alcanzar una protección directa de los bienes ambientales.

Lamentablemente, el problema pasa, además por las diferentes concepciones que se tengan de la vida y las diversas visiones e intereses políticos, dejando lo atinente al Derecho Penal en un plano secundario, casi irrelevante.

Como puede observarse no existe aún en nuestra legislación nacional una protección autónoma del ambiente, independientemente que a partir del año 1994 se le otorga al derecho a un medio ambiente sano la máxima jerarquía normativa a través de su incorporación al texto de la Constitución Nacional en el artículo 41.

Que, a modo de colofón, debemos afirmar que el Derecho Penal tiene vital importancia para toda la humanidad, siendo por lo tanto un derecho humano no negociable, de carácter irrenunciable, inherente a la vida misma, y debe concientizarse al ser humano, de la no protección adecuada del medio ambiente tiene como consecuencias directas e integrales, toda vez que afecta la salud, y todo lo a ella concierne.

Que, en orden a tales parámetros, en la República Argentina, luego de su reforma constitucional del año 1994, se toman los criterios más modernos en materia de protección

¹⁷ SERRANO PIEDECASAS, JOSÉ RAMÓN. *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho Penal*, pág. 103, año 1999, Lima, Ed. Gráfica Horizonte.

¹⁸ MIR PUIG, SANTIAGO. “Bien Jurídico y Bien Jurídico Penal como límites del ius puniendi” En: MIR PUIG, SANTIAGO. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Barcelona, Edit. Ariel. Págs. 159/169, año 1994.

del ambiente instituyendo una “Ley Marco de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental”¹⁹.

Además, se incorpora el artículo 41 a nuestra carta magna, que se relaciona con la identificación y caracterización del objeto tutelado, esto es el ambiente. Esto deja en claro que sentaron las bases de una demarcación imperativa de que no puede ser objeto de los ciudadanos el uso irracional del ambiente sin su consiguiente atribución de responsabilidad. En la actualidad, existen leyes generales del ambiente, con pretensiones codificadoras, cuya fase de aplicación muestra que deben ser puestas en coordinación con los tratados internacionales, las leyes estatales, las directivas de los órganos de control y las leyes no ambientales, entiéndase tributarias, administrativas, urbanísticas, de regulación económicas, etc. No obstante la reforma constitucional del 1994, abrió los caminos para la comprensión entre ambiente y derecho, estableciendo ciertos criterios dogmáticos y programáticos, fijando conjuntamente prohibiciones explícitas y dejando además la reglamentación de sus institutos.

Que, felizmente tal necesidad de contar con una legislación en la materia, ser vera plasmada en la inminente reforma a nuestro Código Penal. En el que se contemplan los tipos penales específicos referentes a los delitos ecológicos o medioambientales, incluyendo la fauna, siendo que para este fin la comisión reformadora recibió el aporte de diversos organismos (ONG) especializadas en tales temas, como Greenpeace, entre los diversos aspectos que abarca tal reforma.

6. Regulación en códigos penales extranjeros

La escasez de regulación que adolece nuestra legislación penal codificada observa como contrapartida algunos sistemas jurídicos, a los que haremos seguidamente referencia en este trabajo, en los que se puede apreciar un proceso de normativización completo y detallado.

En el **Código Penal Alemán**, en la vigésimo novena sección, que va de los parágrafos 324 a 330, se encuentran contemplados los “*Delitos contra el medioambiente*” – ***Straftaten gegen die Umwelt***-. La regulación aparece, en comparación con la nuestra, altamente detallada y específica. En el § 324 se contempla la “*Contaminación de aguas*” – ***Gewässerverunreinigung***-, figura en la que se contempla una pena de hasta cinco años de prisión o multa, en caso de conductas dolosas, admitiéndose la tentativa y, en la redacción del mismo parágrafo, la figura culposa, conminándose, en este último caso, una pena de prisión de hasta tres años o multa. En el § 324a. se regula en modo específico la “*Contaminación de suelos*” – ***Bodenverunreinigung***-, con idénticas sanciones a las referidas en el apartado anterior comentado e igual régimen respecto de la tentativa y la figura culposa. En el § 325 se encuentra prevista la “*Contaminación del aire*” – ***Luftverunreinigung***-, con idénticas consecuencias.

Como ya hemos referidos y puede observar el lector, la regulación del Código Penal Alemán, producto de un proceso que se remonta a varias décadas atrás, luce más completa que la de nuestro cuerpo legal, observándose en ella una descripción minuciosa y detallada de las diversas conductas típicas relacionadas con las ofensas o lesiones al medioambiente y de sus consecuencias; tal es así que, sumadas a las que señalamos en el párrafo anterior, el ***Strafgesetzbuch*** o Código Penal Alemán, prosigue su regulación y en el § 325a. se prevé y reprime la “*Causación de ruidos, vibraciones y radiaciones ionizantes*”-

¹⁹ GRAFEUILLE, ELÍAS, *Formulación de un porqué del Derecho Penal ambiental*, Ed. Microjuris.com Argentina, 16/3/17, págs. 1/6.

Verursachen von Lärm, Erschütterungen und nichtionisierenden Strahlen-; en el § 326 el “Manejo prohibido de residuos peligrosos” -*Unerlaubter Umgang mit gefährlichen Abfällen*-; en el § 327 la “Operación no autorizada de plantas (industriales, químicas o nucleares)” -*Unerlaubtes Betreiben von Anlagen*-; en el § 328, con sus seis apartados, se prevé el “manejo no autorizado de materiales radiactivos y otras sustancias o bienes peligrosos”-*Unerlaubter Umgang mit radioaktiven Stoffen und anderen gefährlichen Stoffen und Gütern*-; en el § 329 la “Puesta en peligro de áreas necesitadas de protección” -*Gefährdung schutzbedürftiger Gebiete*-; en el § 330 se elevan hasta los diez años de prisión las penas de las conductas tipificadas en los párrafos anteriores, cuando se trate de “Casos especialmente graves de delitos contra el medioambiente” -*Besonders schwerer Fall einer Umweltstraftat*-, que este ítem, en sus tres apartados, se encarga de definir; en el §330a. se contempla la “Grave puesta en peligro por liberación de tóxicos” -*Schwere Gefährdung durch Freisetzen von Giften*-; para culminar la completitud de esta regulación con un apartado que contempla el “Arrepentimiento eficaz” - *Tätige Reue*-, § 330b.; la “Confiscación” de bienes, materiales y objetos – *Einziehung*-, § 330c. y un apartado especial destinado a la “Definición de conceptos” -*Begriffsbestimmungen*-, § 330d., al mejor estilo de un cuasi código penal dentro de un código penal.

En **Italia**, el sistema resulta regulado en modo parecido; pero algo más completo que en el sistema alemán. Los delitos contra el medioambiente se encuentran contemplados en el Título IVbis, que abarca de los artículos 452 bis. al 452 terdecies. Allí se prevén las figuras de la “Contaminación ambiental” -*Inquinamento ambientale*- art. 452 bis., donde se castigan la puesta en compromiso o daños significativos de aguas, aire, porciones considerables de suelo o de subsuelo; de un ecosistema, de la biodiversidad, aun agraria, de la flora o de la fauna, disponiendo que la pena –que en este caso es sólo de multa, a diferencia del StGB comentado-, cuando la contaminación se produce en un área natural protegida o con un valor paisajístico, ambiental, histórico, artístico, arquitectónico o arqueológico, resultará aumentada. La pena de prisión se encuentra reservada esencialmente, en situaciones de contaminación del medioambiente, en aquellos casos en los que resultan lesiones –leves, graves o gravísimas-, o cuando se ocasiona la muerte de uno o varios sujetos como consecuencia no deseada de acciones contaminantes, estableciéndose pena de reclusión, fijándose un límite de veinte años para la pena –*Morte o lesioni come conseguenza del delitto di inquinamento ambientale 452 ter.-*. El artículo 452 quater, regula el “Desastre ambiental” -*Disastro ambientale*-, previendo una pena de reclusión de cinco a quince años en casos de alteración irreversible del equilibrio de un ecosistema; la alteración del equilibrio de un ecosistema, cuya eliminación resulte particularmente onerosa y conseguible sólo con medidas -*provvedimenti*- speciali o la ofensa pública a la incolumidad del ecosistema a causa del compromiso o de los efectos lesivos o debido al número de personas lesionadas o expuestas a peligro. En el artículo 452 quinquies, se encuentran regulados los delitos culposos -*Delitti colposi contro l'ambiente*-. El Tráfico y abandono de materiales a otra radioactividad -*Traffico e abbandono di materiale ad alta radioattività*-, el artículo 452 sexies; el “Impedimento del control” -*Impedimento del controllo*- art. 452 septies; el artículo 452 octies, trata sobre las “Circunstancias agravantes”; el artículo 452 nonies contempla la “Agravante ambiental” -*Aggravante ambientale*- 452 decies. “Arrepentimiento útil” -*Ravvedimento operoso*-, 452 undecies “Confiscación” -*Confisca*-. Los dos últimos apartados contemplan la “Restauración del estado de los lugares afectados” (452 duodecies) -*Ripristino dello stato dei luoghi*-, que pone a cargo la reparación de los espacios o recursos dañados en cabeza del autor y el artículo 452-terdecies -*Omessa bo-*

nifica- que castiga con pena de multa a la omisión de restauración o desinfección de los lugares afectados por el daño ambiental.

El **Código Penal Español**, en el Libro I, Título XVI; Capítulo III: “*De los delitos contra los recursos naturales y el medioambiente*”, legisla, de los **artículos 325 a 331**, de modo muy completo, sobre esta clase de figuras, abarcando dicha regulación áreas de intersección con los límites de esta problemática, en el capítulo siguiente, destinado a la protección de la flora, fauna y animales domésticos, especialmente en lo que va de los **artículos 332 a 336**, que prevé sanciones para los autores que pongan en peligro especies animales o vegetales, lo que repercute de manera directa sobre el equilibrio y conservación del ambiente.

Existen países como **Francia**, en los que, en lo referente a la regulación de los daños producidos al ambiente, y en lo que refiere al Código Penal, se encuentran disposiciones dispersas, a lo largo de su extensión, generalmente agrupadas bajo figuras cuyo bien jurídico predominantemente tutelado es otro, a criterio del órgano legislativo. Como ejemplo de esto que decimos, podemos citar el caso de los artículos 322-5 y 322-6 que, ubicados en el Libro Tercero: “*De los crímenes y delitos contra los bienes*” –***Des crimes et délits contre les biens***- Título II: “*De otros atentados contra los bienes*” –***Des autres atteintes aux biens***-, Capítulo II, Sección 2: “*De la destrucción, degradación o deterioros peligrosos para las personas*” –***Des Destructions, Dégradations et Détériorations dangereuses pour les personnes***-, cuando, a raíz de este tipo de actividades, además de poner en riesgo seres humanos, se causa un *daño ambiental de tipo irreversible* –***dommage irréversible à l'environnement***-.

En lo que respecta a los Códigos Penales Latinoamericanos, encontramos el caso de el de la República de **Ecuador** que, en el **Capítulo IV**: “*Delitos contra el ambiente y la naturaleza o Pacha Mama*”, con sus cinco Secciones, que abarcan del **artículo 245 al 267**, contemplan los “*Delitos contra la biodiversidad*” –Sección Primera-; los “*Delitos contra los recursos naturales*” –Sección Segunda-; “*Delitos contra la gestión ambiental*” –Sección Tercera-; “*Disposiciones comunes*” –Sección Cuarta- y los “*Delitos contra los recursos naturales no renovables*” –Sección Quinta-.

El **Código Penal Colombiano**, en su Título XI: “*De los delitos contra los recursos naturales*”, que posee un Capítulo Único, que abarca de los artículos 328 a 339, contempla y reprime diferentes tipos penales como el “*Ilícito aprovechamiento de los recursos naturales renovables*” –art. 328-; la “*Violación de fronteras para la explotación de recursos naturales*” –art. 329-; el “*Manejo ilícito de microorganismos nocivos*” –art. 330-; los “*Daños en los recursos naturales*” –art. 331-; la “*Contaminación ambiental*” –dolosa art. 332 y culposa art. 339-; la “*Contaminación ambiental culposa por explotación de yacimiento minero o hidrocarburo*” –art. 333-; la “*Experimentación ilegal en especies animales o vegetales*” –art. 334- o la “*Invasión de áreas de especial importancia ecológica*” –art. 337-.

El **Código Penal de la República del Salvador**, también, en el Libro II, Título X: “*Delitos relativos a la ordenación del territorio, la protección de los recursos naturales y el medioambiente*”; Capítulo II: “*De los delitos relativos a la naturaleza y el medio ambiente*”, regula, desde el artículo 255 a 263, delitos como la contaminación ambiental, admitiendo una figura agravada en su modalidad dolosa y una forma culposa de comisión –arts. 255 a 257-, la depredación de bosques, flora y fauna protegidas –arts. 258 a 261-; la responsabilidad de los funcionarios públicos –art. 262-; la quema de rastrojos y el comercio y transporte de sustancias peligrosas –arts. 262A. y 262B.-; estableciendo, a su vez, una

excusa absolutoria en aquellos casos en los que “...*el autor voluntaria y oportunamente reparare el daño ocasionado*” –art. 263-.

En el caso de **México**, su Código Penal también contempla esta clase de delitos de modo pormenorizado, en su Libro Segundo; Título XXV: “*Delitos contra el Ambiente y la Gestión Ambiental*”, que va del art. 414 al 423 y que comprende cinco Capítulos: “*De las actividades tecnológicas y peligrosas*” –Cap. 1-; “*De la biodiversidad*” –Cap. 2-; “*De la bioseguridad*” –Cap. 3-; “*Delitos contra la gestión ambiental*” –Cap. 4- y “*Disposiciones comunes a los delitos contra el ambiente*” –Cap. 5-.

Finalmente, entre algunos de los códigos penales más destacados de Latinoamérica, en la materia que abordamos, se encuentra el de la **República de Perú** que en el Libro II; Título XIII contempla los “*Delitos Contra la Ecología*”, que consta de un Capítulo Único, titulado: “*Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*” y extiende de los artículos 304 al 314.

7. Normativa internacional

Las normas internacionales relacionadas con este tipo de ofensas que aquí analizamos y no podemos, en función de los fines de nuestra exposición, analizar en detalle, resultan ser el producto de un movimiento que arranca, con idas y vueltas, más o menos a partir de la segunda mitad del siglo pasado.

Entre los tratados y convenciones más importantes, encontramos los siguientes:

- El Convenio internacional para la regulación de la caza de la ballena (1946);
- La Convención Internacional para la prevención de la polución del mar a través de combustibles (1954, 1962, 1969);
- El Tratado Antártico (1959);
- La Convención sobre zonas húmedas de importancia internacional, especialmente como hábitat de aves acuáticas –RAMSAR- (1971);
- La Convención sobre conservación de focas antárticas (1972);
- La Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestre –CITES- (1975);
- El Convenio sobre la conservación de especies migratorias y fauna salvaje (1981);
- La Convención para la conservación de los recursos vivos marinos antárticos (1982);
- La Convención de Basilea (1989);
- El Protocolo de Montreal –SAOs- (1989);
- El Convenio sobre diversidad biológica (1992);
- La Convención marco de la O.N.U. sobre el cambio climático (1994);
- Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares (1996);
- El Convenio de Estocolmo (1997);
- La Convención de la O.N.U. de lucha contra la desertificación (1997);
- La Convención de la O.N.U. sobre Derecho del Mar (1997) y
- El Convenio de Rotterdam (1998).

En un reciente documento, de fecha 15 de septiembre de 2016, la Corte Penal Internacional, ha incluido entre su órbita de persecución y competencia –art. 93(10) del Estatuto de Roma-, el *acaparamiento de tierras o la explotación ilegal de recursos naturales o des-*

trucción del medioambiente -*illegal exploitation of natural resources... land grabbing or the destruction of the environment*-²⁰.

8. Algunas conclusiones generales

A los efectos de cerrar este trabajo, conviene destacar algunos puntos que han sido puestos de manifiesto a lo largo de esta breve presentación y que estimamos resultan relevantes a los fines de encarar un futuro proceso de reforma del Código Penal de la Nación:

De la comparación con otros sistemas jurídicos, la escasez de la normativa penal ambiental de nuestro país, resultando incompleta la regulación actual, sobre todo, si tomamos en cuenta a nuestros países vecinos latinoamericanos, legislaciones en las cuales se observa un claro y sostenido avance en la materia.

Estimamos conveniente, en un proceso de reforma del Código Penal, incorporar un título especial, al estilo de la legislación alemana, salvadoreña, colombiana, ecuatoriana, mejicana o española, por ejemplo, destinado exclusivamente a la regulación de *los delitos contra los recursos naturales y el ambiente*, que tenga en cuenta los avances de la regulación extranjera en la materia, en especial, la correspondiente a los países latinoamericanos.

9. Bibliografía

- ARROYO ZAPATERO, LUIS & GARCÍA RIVAS, NICOLÁS. "Protección Penal de la Propiedad Intelectual", en Mazuelos Coello, Julio (comp) ob. cit. Pag. 347 y ss.
- BERRA, ELISABETH Y RODRÍGUEZ, JIMENA NAHIR. "La problemática del derecho penal ambiental", *Revista jurídica Uces*, 16, 157-169. Año 2012. <http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/handle/123456789/1956>
- BECK, ULRICH. *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, traducción de Bernardo Moreno y María Rosa Borrás, pág. 56, Ediciones Paidós, Barcelona, 1998.
- BRAMONT ARIAS, LUIS. "El principio de legalidad de la represión y la nueva Constitución Política del Perú", en Hurtado Pozo, José (Ed.) año 1980, pág 34.
- DE LA CUESTA, PAZ MERCEDES. *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, Segunda Edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, 66/76.
- ESER, ALBIN. "Derecho Ecológico". Trad. De la Cuesta Arzamendi & Sanz Morán. En Eser, Albin. *Temas de Derecho Penal*, pág. 122, primera edición, Lima Idemsa, 1998.
- GRAFEUILLE, ELÍAS G., ELÍAS. "Formulación de un porqué del DPA". <https://aldiaargentina.microjuris.com/.../formulacion-de-un-porque-de-un-derecho-penal>, pág 1/6, 16/3/17
- INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: "Office of the Prosecutor. Policy Paper on Case Selection and Prioritisation", document del 15/09/16, publicado en la página web del Tribunal Internacional: www.icc-cpi.int.
- JESCHECK, HANS-HEINRICH. *Tratado de Derecho Penal*, traducción de Manzanares Samaniego, pág. 335, Granada, 1993.
- MIR PUIG, SANTIAGO. "Bien Jurídico y Bien Jurídico Penal como límites del ius puniendi" En: Mir Puig, Santiago. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Barcelona, Edit. Ariel.1994, págs.. 159/169.

²⁰ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: "Office of the Prosecutor. Policy Paper on Case Selection and Prioritisation", documento de fecha 15/09/16, publicado en la página web del Tribunal Internacional: www.icc-cpi.int.

- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO & GARCÍA ARAN, MERCEDES. *Derecho Penal, Parte General*, pág 36/37, Valencia. 1996,
- REYNA ALFARO, LUIS. “Reflexiones sobre el contenido del bien jurídico penal y la protección de los bienes jurídicos colectivos”. En *Revista jurídica del Perú*, año LI, N°18, págs 187,200.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. “Política criminal y técnica legislativa en materia de delitos contra el medio ambiente”. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 3, 4/5 134. Buenos Aires: Ad Hoc.
- SERRANO PIEDECASAS, JOSÉ RAMÓN. “Conocimiento científico y fundamentos del Derecho Penal”. *Anotaciones de Derecho Peruano* por el Profesor Carlos Caro, Primera Edición, Lima, Grafica Horizonte. 1996, pág. 103.

editado por:

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba



Abril 2018